

ARTICOLI

INDICAZIONI GEOGRAFICHE E DENOMINAZIONI DI ORIGINE SUL MERCATO GLOBALE: CONVERGENZE E CONFLITTI

Sommario: **1.** *Agroalimentare di qualità: la necessità di una protezione globale* - **2.** *Lo standard di tutela delle indicazioni geografiche previsto dal TRIPs Agreement e dalle altre Convenzioni internazionali multilaterali* - **3.** *Denominazioni di origine e diritto comunitario: a. L'evoluzione della disciplina del settore vitivinicolo* - **4.** *Segue: b. Gli altri prodotti agroalimentari: DOP, IGP e STG* - **5.** *La tutela delle denominazioni di origine nel diritto italiano e la nuova formulazione dell'art. 30 CPI* - **6.** *Le possibili interferenze tra denominazioni di origine e marchi geografici, individuali e collettivi: il rilievo decisivo della percezione del pubblico* - **7.** *Diritto comunitario e trattati preesistenti: la composizione dei possibili conflitti* - **8.** *Denominazioni geografiche e contraffazione sul web* - **9.** *Nomi geografici, protezione contro l'agganciamento parassitario e divieto d'inganno: una possibile road map per l'armonizzazione a livello internazionale.*

1. Agroalimentare di qualità: la necessità di una protezione globale

Certamente l'Italia è in prima linea nella protezione delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche, che sono qualificate nel nostro ordinamento come veri e propri diritti di proprietà industriale, protette contro ogni uso di segni eguali o simili idoneo a determinare inganno del pubblico o agganciamento parassitario, con una norma che estende a tutti i settori le regole di tutela dettate a livello di Unione europea nel solo campo agroalimentare. Norme speciali assicurano inoltre il coordinamento di questa protezione con le disposizioni sull'uso dei nomi geografici come marchi, individuali e collettivi.

Ad essere ancora largamente insoddisfacente è però la loro difesa a livello internazionale: mentre infatti la protezione oggi accordata a queste denominazioni è di regola intensa nei loro Paesi di origine, siamo ancora molto lontani da una loro protezione esauriente sul piano internazionale, e quindi al livello globale che oggi caratterizza gli scambi commerciali. Sotto questo profilo, la strada da percorrere è ancora molto lunga, a causa delle rilevanti differenze di disciplina presenti tra i diversi sistemi giuridici, non superate neppure dal *TRIPs Agreement*¹, mentre la più importante Convenzione internazionale del settore (l'Accordo di Lisbona del 1958) conta solo ventotto adesioni ed anche la sua recentissima revisione, cristallizzata nel c.d. «*Geneva Act of revision of Lisbon Agreement*» adottato e sottoscritto il 21 maggio 2015 a Ginevra, non sembra in grado di allargarne significativamente la base.

Ciò probabilmente è dovuto al fatto che, a differenza di altri settori del diritto industriale, come quelli dei marchi e dei brevetti, nei quali, pur con una serie di differenze, la posizione dei Paesi economicamente più avanzati è sostanzialmente omogenea, qui è fortissima la contrapposizione di interessi fra i Paesi (e il nostro è in prima fila) che hanno una forte tradizione nella produzione di prodotti agroalimentari di qualità caratterizzati localmente, e quelli che una tradizione di questo genere non hanno e che quindi tendono piuttosto a favorire i loro produttori che, prendendo a modello quei prodotti, vogliono contraddistinguere i propri con denominazioni e simboli che richiamino le tradizioni alle quali si ispirano, mettendosi commercialmente "al traino" di esse². Può così accadere che una denominazione di origine famosa in tutto il mondo come «Prosciutto di Parma» in Canada costituisca (nella versione inglese «Parma Ham») l'oggetto del marchio, e quindi dell'esclusiva di un produttore locale, o nel campo dei vini che negli Stati Uniti nomi italiani vengano usati diffusamente sulle etichette di prodotti locali allo scopo di renderli più appetibili agli occhi dei consumatori, appunto speculando sulla fama di cui i vini italiani godono anche in America: tanto che, e non da oggi, negli Stati Uniti quasi la

¹ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights stipulato a Marrakech nel 1994 nell'ambito del c.d. Uruguay Round del GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), su cui si veda in generale S. SANDRI, *La nuova disciplina della proprietà intellettuale dopo i GATT-TRIPs*, Padova, Cedam, 1996. L'Italia ha dato attuazione al *TRIPs Agreement* con il d.lgvo 19 marzo 1996, n. 198, emanato in attuazione della delega contenuta nella legge 29 dicembre 1994, n. 747: in materia si veda AA.VV., *Decreto legislativo 19 marzo 1996, n. 198. Commentario*, a cura di P. AUTERI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, p. 71 ss., spec. pp. 161-168, ove si legge il commento di M. LIBERTINI all'art. 31 del decreto, contenente appunto la disciplina delle indicazioni geografiche emanata per dare attuazione agli artt. 22 e 23 del *TRIPs Agreement*.

² Per questo rilievo cfr. già C. GALLI, *Globalizzazione dell'economia e tutela delle denominazioni di origine dei prodotti agro-alimentari*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, I, p. 60 ss.

metà dei prodotti vinicoli che presentano un'etichetta che richiama l'Italia in realtà non sono italiani. E la situazione è anche peggiore per prodotti alimentari di settori diversi da quello vitivinicolo, come quello dei formaggi³, dove pure questo fenomeno, che prende il nome di «*Italian Sounding*» è estremamente diffuso.

Tutto questo non può stupire, se si pensa che, come è stato efficacemente scritto, la globalizzazione dell'economia non si traduce soltanto in globalizzazione dei mercati, ma anche in globalizzazione dei fattori produttivi, e quindi in una deterritorializzazione – oltre che in una dematerializzazione – dell'economia⁴, rispetto alla quale i prodotti tipici sembrano porsi in controtendenza, perché si fondano su un elemento di localizzazione forte, sul quale le denominazioni che denotano l'origine di questi prodotti pongono l'accento. Proprio i fenomeni imitativi che si sono ricordati dimostrano tuttavia che anche questo elemento fortemente "*local*" può rappresentare un valore spendibile con successo sul mercato e quindi un *plus* importante per la competitività internazionale delle imprese delle zone tipiche, a condizione che ad esso si sia in grado di apprestare una tutela "*global*", cioè una tutela che operi non solo nei Paesi di origine dei prodotti tipici (e delle relative denominazioni), ma anche sugli altri mercati nei quali questi prodotti vengono esportati. Lo scopo di questo studio è appunto quello di verificare quali siano oggi lo stato dell'arte e le prospettive di evoluzione per tale tutela.

2. Lo standard di tutela delle indicazioni geografiche previsto dal TRIPs Agreement e dalle altre Convenzioni internazionali multilaterali

La *sedes materiae* per una protezione globale delle indicazioni geografiche, come di tutti gli altri diritti di proprietà intellettuale, sembrerebbe dover essere rappresentata dal *TRIPs Agreement (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights)*, adottato a Marrakech nel 1994 contestualmente all'istituzione della *World Trade Organisation*, che

³ A puro titolo di esempio si vedano A. FRASSOLDATI, *Quattordici gioielli del "made in Italy" «E ora tuteliamoli»*, in *Il Giorno*, 29 agosto 2003 e, per il settore vitivinicolo, *Bere*, novembre 2003, p. 16 (dove veniva imputato anche a questo fenomeno il calo del 3% nelle esportazioni di vini italiani negli Stati Uniti riscontrato nel 2002) e p. 61 (dove si parlava dei tentativi di risoluzione del problema a livello di accordi bilaterali, già conclusi tra Unione europea e Canada per le denominazioni di alcune bevande alcoliche).

⁴ Così espressamente G. CARLI, voce *Indicazioni di provenienza e denominazioni di origine: II) Ordinamento comunitario*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. X, Roma, 1999, p. 3.

storicamente ha rappresentato il punto di svolta dell'evoluzione nella tutela della proprietà intellettuale, perché con esso il blocco dei Paesi economicamente più progrediti, con in testa gli Stati Uniti, ha subordinato la liberalizzazione del commercio con i Paesi meno sviluppati al rispetto da parte loro di certi *standard* di protezione appunto dei diritti di proprietà intellettuale, diritti i più importanti dei quali fanno capo a soggetti appartenenti al primo blocco di Paesi⁵. Nel *TRIPs Agreement* è così contenuta una disciplina essenziale dell'ambito di protezione e dei presupposti di tutela di segni distintivi, brevetti e diritti d'autore, nonché quella dei rimedi di ordine processuale contro la loro violazione; il *TRIPs Agreement* assomiglia inoltre a questi diritti anche quelli relativi alle indicazioni geografiche ed ai segreti industriali.

La contrapposizione di interessi cui si è fatto cenno sopra ha però fatto sì che lo *standard* minimo di tutela che il *TRIPs Agreement* ha accordato alle indicazioni geografiche sia ancora estremamente basso, in rapporto a quello concesso agli altri istituti del diritto industriale. La norma del *TRIPs Agreement* che concerne in generale le indicazioni d'origine (art. 22) le tutela infatti soltanto contro l'inganno del pubblico⁶; la forma forse più insidiosa di sfruttamento abusivo di queste denominazioni, e cioè l'uso di esse insieme a locuzioni come «tipo», «modello» e simili, che non determinano inganno sull'origine del prodotto, ma comportano certamente un agganciamento alla reputazione del prodotto cui l'indicazione geografica «originale» si riferisce, viene invece repressa solo per le indicazioni di origine relative ai vini, per i quali tradizionalmente il livello di protezione è più elevato che per gli altri prodotti tipici (art. 23). Lo *standard* di protezione di queste denominazioni imposto a tutti i Paesi aderenti all'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO) prevede dunque solo una prote-

⁵ Per la sottolineatura di questo aspetto si vedano ad esempio G. GHIDINI, *Prospettive "protezioniste" nel diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1995, I, p. 73 ss., alle pp. 89-90; T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, Cedam, 1998, pp. 158-159; e C. GALLI, *Protezione del marchio e interessi del mercato*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Vanzetti*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 661 ss., nonché più ampiamente ID., *Il dibattito sulla proprietà intellettuale*, in AA.VV., *La proprietà (intellettuale) è un furto? Riflessioni su un diritto per il futuro*, Treviglio-Soveria Mannelli, L. Facco-Rubbettino, 2007, p. 5 ss.

⁶ M. LIBERTINI, Commento all'art. 31, in AA.VV. *Decreto Legislativo 19 marzo 1996 n. 198 - Commentari*, in AUTERI (a cura di), *Nuove Leggi Civili*, 1998, pp. 164-165 rileva che nel nostro ordinamento, già prima dell'attuazione del *TRIPs Agreement*, la protezione contro l'inganno era ricavabile dalle norme in materia di concorrenza sleale e di pubblicità ingannevole, rispetto alle quali l'art. 31 del d.lgvo n. 198/96 avrebbe essenzialmente la portata di «esprime(re) una *ratio* rafforzativa del divieto», giustificandone «una interpretazione estensiva», in particolare in relazione alle «indicazioni geografiche ambigue», ossia a quelle «parole e immagini allusive che, pur potendosi intendere come riferite all'origine storica o allo "stile" di un prodotto, possono però essere percepite da un consumatore medio anche come indicazioni di provenienza geografica». Si veda anche M. LIBERTINI, *L'informazione sull'origine dei prodotti nella disciplina comunitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, I, pp. 289 ss.

zione contro l'inganno, inteso come vero e proprio errore da parte del pubblico sulla provenienza geografica o comunque sulle qualità del prodotto, ma non anche (se non in parte per i vini) contro l'agganciamento parassitario, che in quest'epoca dominata dai mezzi di comunicazione è invece altrettanto importante, sia per i produttori, sia per i consumatori, le cui scelte sono comunque influenzate (e quindi fuorviate) dall'uso di denominazioni che siano in grado di mettere produzioni estranee alla zona «tipica» al traino della reputazione di cui godono i prodotti originari di essa: reputazione che di regola è in stretto rapporto con la loro qualità, o comunque è percepita come tale.

Il tentativo di riservare una più intensa protezione almeno ad alcune specifiche denominazioni di origine, particolarmente famose e particolarmente sfruttate appunto in chiave parassitaria, è stato fatto, sempre nell'ambito della WTO, in occasione delle periodiche conferenze interministeriali svoltesi nell'ambito dell'Organizzazione, ma sinora senza particolare successo⁷, cosicché attualmente, come già si è ricordato, si cerca di trovare soluzioni al problema della protezione internazionale delle denominazioni di origine attraverso accordi bilaterali, almeno con i Paesi extracomunitari che rappresentano i mercati più significativi per i prodotti tipici europei, e cioè con Canada e Stati Uniti, ma anche su questa strada il tragitto da compiere è ancora molto lungo.

In realtà sempre a livello internazionale una protezione avanzata delle denominazioni di origine esisteva già molto prima del *TRIPs Agreement*: già nel 1958, infatti, l'*Arrangement* di Lisbona prevedeva un meccanismo di registrazione internazionale delle denominazioni di origine di prodotti le cui caratteristiche fossero legate all'ambiente geografico da cui essi sono originari, che vengono protette (art. 3) «contro qualsiasi usurpazione o imitazione, ancorché l'origine vera del prodotto sia indicata o la denominazione sia tradotta e accompagnata da espressioni come "genere", "tipo",

⁷ Già la Dichiarazione resa al termine della quarta conferenza interministeriale, tenutasi a Doha nel novembre 2001, raccoglieva l'indicazione di un certo numero di Paesi che chiedevano di estendere a prodotti diversi dai vini e dalle bevande alcoliche il più elevato livello di protezione che l'art. 23 del *TRIPs Agreement* garantisce esclusivamente a questi ultimi. In prima linea in questa battaglia è stata l'Unione europea, che in vista della quinta conferenza interministeriale, in programma per il 2003 a Cancun, ha proposto una modifica dell'Accordo sull'agricoltura, che – in cambio di una riduzione significativa degli aiuti all'agricoltura e dei dazi di importazione dei prodotti agricoli –, prevedeva tra l'altro l'introduzione all'art. 4 dell'Accordo di una disposizione che proibiva, in relazione ad una serie di denominazioni (in tutto quarantuno, delle quali quattordici erano italiane), qualsiasi uso di esse, anche in traduzione, per prodotti non provenienti dall'area geografica tipica, anche quando la vera origine fosse indicata e anche quando le stesse venissero accompagnate da espressioni come «al modo di ...», «tipo ...», «stile ...», «imitazione ...», «metodo», e così via. Senonché il negoziato sull'agricoltura a Cancun è finito con un nulla di fatto, e quindi anche questi progetti sono rimasti sulla carta.

"modo", "imitazione" o simili»⁸. Se però andiamo a guardare quali sono i Paesi che hanno aderito all'*Arrangement* di Lisbona scopriamo che sono pochissimi, ventotto in tutto: in Europa solo la Bulgaria, alcuni Stati della ex-Jugoslavia (Bosnia Erzegovina, Macedonia, Montenegro e Serbia), il Portogallo, la Repubblica Ceca, la Slovacchia, l'Ungheria, la Moldavia, e naturalmente la Francia e l'Italia, ossia Paesi che hanno loro tradizioni produttive da difendere⁹. Fuori dell'Europa, mancano in particolare gli Stati Uniti, il Canada e tutti i Paesi asiatici, tranne Israele, la Georgia e la Corea del Nord.

Più efficaci si sono dimostrati taluni accordi settoriali, come la Convenzione di Stresa del 1951 sull'uso dei nominativi di origine e delle denominazioni dei formaggi¹⁰, mentre anche gli accordi bilaterali si sono

⁸ Anche la Convenzione di Unione di Parigi – che il *TRIPs Agreement* ha espressamente richiamato, rendendola applicabile *per relationem* anche ai Paesi aderenti all'Organizzazione Mondiale del Commercio che non erano già parti di essa – contiene una previsione relativa alle denominazioni di origine (l'art. 10), che peraltro si limita a sanzionare la «utilizzazione diretta o indiretta di una indicazione falsa relativa alla provenienza del prodotto»; più specifico è l'Accordo di Madrid del 1891 (cui non hanno peraltro aderito né Stati Uniti, né Canada), che oltre a vietare, all'art. 1, l'uso di una indicazione «*fausse ou fallacieuse*» che indichi direttamente o indirettamente un Paese aderente alla Convenzione o un luogo in esso compreso come origine di prodotti in realtà realizzati altrove, all'art. 3 proibisce anche l'uso di «*toutes indications ayant un caractère de publicité et susceptibles de tromper le public sur la provenance des produits*». In argomento si veda in particolare L. SORDELLI, *L'identificazione dei prodotti agricoli sul mercato*, in *Riv. dir. ind.*, 1994, I, p. 471 ss., alle pp. 484-485. La «importazione e l'esportazione a fini di commercializzazione ovvero la commercializzazione di prodotti recanti false o fallaci indicazioni di provenienza», ed in particolare l'uso per prodotti non italiani della «stampigliatura "made in Italy"» o comunque di «segni, figure o quant'altro possa indurre il consumatore a ritenere che il prodotto o la merce sia di origine italiana», sono state espressamente ricondotte alla fattispecie penale di cui all'art. 517 c.p. dall'art. 4, comma 49, 49 bis e 49 ter della legge 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria 2004); la compatibilità di queste disposizioni col diritto comunitario (oltre che la stessa legittimità costituzionale di esse) è peraltro molto dubbia (si veda al riguardo C. GALLI – R. CASTIGLIONI, *La tutela penale del Made in Italy*, in C. GALLI - A. GAMBINO, *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, Torino, Utet, 2011, p. 2635 ss.) ed infatti ha portato da ultimo la Commissione europea, nell'ambito della procedura 5938/13/SNC, a richiedere espressamente alle autorità italiane di abrogare la parte di tale normativa (come modificata da ultimo dalla legge n. 134/2012) relativa ai prodotti alimentari.

⁹ Sottolineava questo aspetto ancora L. SORDELLI, *L'identificazione dei prodotti agricoli sul mercato*, cit. supra, nota 8, pp. 485-488, che ricorda anche il fallimento dei tentativi effettuati a più riprese nell'ambito OMPI per una revisione dell'Accordo di Madrid e di quello di Lisbona. Una nuova conferenza diplomatica per la revisione dell'Accordo di Lisbona si è tenuta dall'11 al 21 maggio 2015 presso la sede OMPI di Ginevra ed ha portato all'adozione di un testo riveduto in base al quale potranno essere registrate anche semplici indicazioni geografiche, ma che è bel lungi dal potersi considerare attraente per Paesi come gli Stati Uniti e il Canada.

¹⁰ Citava la Convenzione di Stresa appunto come esempio di una Convenzione (settoriale) che si è dimostrata idonea a realizzare «un certo contemperamento di interessi per l'impiego delle denominazioni di origine» sempre L. SORDELLI, *L'identificazione dei prodotti agricoli sul mercato*, cit. supra, nota 8, pp. 485-488. Sul (limitato) ambito di perdurante operatività di questa e delle altre Convenzioni stipulate anteriormente al Trattato istitutivo della Comunità europea, si veda *infra*.

quasi sempre limitati, con poche eccezioni, a intese tra Paesi che conoscono entrambi denominazioni famose, delle quali, per così dire, si "scambiano" la protezione¹¹. Più di recente sono stati siglati accordi «di seconda generazione», soprattutto tra l'Unione europea o altri Paesi, per particolari settori o su specifiche denominazioni¹².

3. Denominazioni di origine e diritto comunitario: a. L'evoluzione della disciplina del settore vitivinicolo

Più sviluppata e coerente – data la maggiore omogeneità degli interessi da tutelare – è certamente la legislazione comunitaria, che pure prevede – come nel *TRIPs Agreement* – una contrapposizione tra la disciplina delle denominazioni dei prodotti vitivinicoli e quella delle restanti denominazioni di origine.

Per i vini, una serie di Regolamenti si sono succeduti nel tempo: attualmente in questa materia è in vigore il Regolamento (Ce) n. 479/2008, che comprende centoventinove articoli, ottantotto *considerando* e nove allegati, e che a sua volta ha richiesto un ulteriore Regolamento di applicazione (attualmente il Regolamento (Ce) n. 607/2009); ad esso si affianca un separato Regolamento, a sua volta evoluto nel tempo (il testo attualmente vigente è quello del Regolamento (Ce) n. 110/2008), riguardante le bevande spiritose, peraltro di impostazione molto simile a quello sui vini. La disciplina comunitaria è in questo caso anzitutto costituita da una sorta di nomenclatura, che precisa quali termini possono essere utilizzati già solo per descrivere i prodotti, quali nomi vanno considerati generici, che cosa è il vino da tavola, che cosa è il mosto, e via seguitando, con tutta una serie di indicazioni di caratteristiche tecniche, dettate evidentemente a tu-

¹¹ Emblematici sono i Trattati che erano stati conclusi tra l'Italia e la Francia, tra i quali vanno segnalati in particolare l'Accordo del 29 maggio 1948 concernente la protezione dei nominativi di origine e la salvaguardia delle denominazioni di certi prodotti; l'Accordo del 26 settembre 1949 in materia di proprietà industriale e di denominazioni di origine; e la Convenzione del 28 aprile 1964 concernente la protezione delle denominazioni di origine, delle indicazioni di provenienza e delle denominazioni di alcuni prodotti.

¹² Significativo è l'accordo c.d. 10 + 10 concluso dall'Unione europea con la Repubblica Popolare Cinese nel 2007 (DG AGRI/AQSIQ), che ha portato al riconoscimento in Europa di dieci indicazioni geografiche cinesi e in Cina di dieci indicazioni geografiche europee (tra cui il Grana Padano e il Prosciutto di Parma, registrate nel 2012), superando almeno per queste denominazioni la situazione di *impasse* derivante dall'assenza dei regolamenti attuativi delle disposizioni cinesi che pure consentono, in teoria, anche ai soggetti stranieri di avviare il procedimento amministrativo per il riconoscimento delle indicazioni geografiche presso le competenti autorità cinesi, ma, in pratica, sono tuttora inoperanti, appunto a causa della mancanza delle norme attuative: cfr. in argomento D. FOLLADOR, *La tutela delle Indicazioni Geografiche in Cina e le opportunità offerte da EXPO*, in corso di pubblicazione.

tela della salute dei consumatori e che in buona parte si innestano sulle singole discipline nazionali preesistenti¹³.

Il Regolamento (Ce) n. 479/2008 prevede quindi la disciplina delle denominazioni d'origine e delle indicazioni geografiche (che si distinguono tra loro essenzialmente perché per fregiarsi delle prime al vino è richiesto che «la sua qualità e le sue caratteristiche sono dovute essenzialmente o esclusivamente ad un particolare ambiente geografico ed ai suoi fattori naturali e umani», mentre per l'uso delle seconde basta che esso «possieda qualità, notorietà o altre caratteristiche specifiche attribuibili a tale origine geografica»: art. 34 Regolamento (Ce) n. 479/2008), alle quali si affiancano poi le «menzioni tradizionali», definite come «l'espressione usata tradizionalmente negli Stati membri, in relazione ai prodotti di cui all'articolo 33, paragrafo 1, per indicare: a) che il prodotto reca una denominazione di origine protetta o un'indicazione geografica protetta dal diritto comunitario o da quello dello Stato membro; b) il metodo di produzione o di invecchiamento oppure la qualità, il colore, il tipo di luogo o ancora un evento particolare legato alla storia del prodotto a denominazione di origine protetta o a indicazione geografica protetta» (art. 54 del medesimo Regolamento). Per le bevande spiritose è invece ovviamente prevista solo la disciplina delle indicazioni geografiche, intendendosi per tale «un'indicazione che identifichi una bevanda spiritosa come originaria del territorio di un paese, o di una regione o località di detto territorio, quando una determinata qualità, la rinomanza o altra caratteristica della bevanda spiritosa sia essenzialmente attribuibile alla sua origine geografica» (art. 15 Regolamento (Ce) n. 110/2008).

In questi Regolamenti comunitari vengono comunque precisate molto in dettaglio cose che forse in altri settori sono meno enfatizzate; in particolare, ampio spazio è dedicato alle norme sulla etichettatura e alle modalità di utilizzo delle qualifiche, nell'ottica comunitaria di promozione generale dell'agricoltura europea, che muove dall'idea che sia la qualità l'elemento vincente per poter competere sui mercati internazionali.

Degna di nota è però soprattutto l'evoluzione dell'ambito di tutela riservato alle denominazioni di origine e alle indicazioni geografiche disciplinate dal Regolamento: mentre infatti ancora nel Regolamento (Ce) n. 1493/1999 era solo imposto (all'art. 50) agli Stati membri di prevedere una protezione tale da «consentire agli interessati di impedire» l'uso di in-

¹³ Per l'Italia, le norme fondamentali in materia di vini risalgono alla legge 3 febbraio 1963, n. 116 ed al dpr 12 luglio 1963, n. 930 emanato in base alla delega contenuta nella legge n. 116/63, formulati sul modello francese e più volte modificati ed integrati da successivi interventi legislativi.

dicazioni non veritiere, alle condizioni di cui agli artt. 23 e 24 del *TRIPs Agreement*, e quindi «anche qualora la vera origine dei prodotti sia indicata oppure l'indicazione geografica sia utilizzata in una traduzione o sia corredata da menzioni quali "genere", "tipo", "stile", "imitazione" o simili», nella più recente versione del Regolamento – così come, per le bevande spiritose, all'art. 19 del Regolamento (Ce) n. 110/2008 – la protezione è concessa non solo contro l'inganno del pubblico, ma anche contro «a) qualsiasi uso commerciale diretto o indiretto di un nome protetto: i) per prodotti comparabili non conformi al disciplinare del nome protetto, oppure ii) nella misura in cui tale uso sfrutti la notorietà di una denominazione di origine o di una indicazione geografica»¹⁴.

Quest'ultima previsione (che, come vedremo, deriva da quella già anteriormente adottata per i segni protetti fuori dell'ambito vitivinicolo) è particolarmente significativa, perché in pratica appresta a queste denominazioni una protezione anche extra-merceologica contro lo sfruttamento parassitario, in qualche modo assimilabile a quella dei marchi che godono di rinomanza: a conferma del progressivo ravvicinamento, sotto questo profilo, della disciplina delle denominazioni di origine a quella dei marchi¹⁵.

4. *Segue: b. Gli altri prodotti agroalimentari: DOP, IGP e STG*

Questi ultimi sviluppi hanno reso la disciplina comunitaria delle denominazioni dei prodotti vitivinicoli più omogenea con quella relativa alle denominazioni dei prodotti agroalimentari diversi da quelli vitivinicoli,

¹⁴ Art. 45 del Regolamento (Ce) n. 479/2008, che le protegge inoltre specificamente contro «b) qualsiasi usurpazione, imitazione o evocazione, anche se l'origine vera del prodotto o servizio è indicata o se il nome protetto è una traduzione o è accompagnato da espressioni quali "genere", "tipo", "metodo", "alla maniera", "imitazione", "gusto", "come" o simili; c) qualsiasi altra indicazione falsa o ingannevole relativa alla provenienza, all'origine, alla natura o alle qualità essenziali del prodotto usata sulla confezione o sull'imballaggio, nella pubblicità o sui documenti relativi al prodotto vitivinicolo in esame nonché l'impiego, per il condizionamento, di recipienti che possono indurre in errore sulla sua origine; d) qualsiasi altra pratica che possa indurre in errore il consumatore sulla vera origine del prodotto».

¹⁵ Ad integrazione dei Regolamenti sulle denominazioni e sulle indicazioni di origine e sulle attestazioni di specificità, va ancora ricordata la disciplina comunitaria sull'etichettatura, disciplina anche questa estremamente articolata, e recentemente ridefinita dal Regolamento Ue n. 1169/2011, che ha sostanzialmente fuso tra loro (e aggiornato) la direttiva n. 90/496/Cee relativa all'etichettatura nutrizionale e la direttiva n. 2000/13/Ce relativa all'etichettatura dei prodotti alimentari (più volte modificata: se ne veda il testo consolidato alla pagina web <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2000L0013:20090807:IT:PDF> e sulla quale si veda in particolare S. ALAGNA, *Le etichette: strumenti essenziali del sistema di qualità dei prodotti alimentari*, in *Contr. e impr. Europa*, 2002, p. 1069 ss.).

per le quali la duplice protezione contro l'inganno e contro l'approfittamento della reputazione era stata in effetti già prevista sin dalla formulazione originaria della disciplina comunitaria delle denominazioni di origine, contenuta principalmente nel Regolamento (Cee) n. 2081/92¹⁶, poi sostituito dal Regolamento (Ce) n. 510/2006¹⁷ e ora dal Regolamento (Ue) n. 1151/2012¹⁸, prevedendo le due figure della denominazione di origine protetta (DOP) e dell'indicazione geografica protetta (IGP)¹⁹.

Per ciò che concerne i presupposti per la registrazione (individuati dall'art. 5 del vigente Regolamento), le DOP sono in qualche misura assimilabili alle denominazioni previste dall'*Arrangement* di Lisbona, perché presuppongono che «la qualità» o «le caratteristiche» del prodotto contrassegnato – e cioè degli elementi *obiettivi* di esso – siano «dovute essenzialmente o esclusivamente ad un particolare ambiente geografico ed ai suoi intrinseci fattori naturali e umani» e «le cui fasi di produzione si svolg(a)no nella zona geografica delimitata»; le IGP sono invece più simi-

¹⁶ Sul Regolamento (Cee) n. 2081/92 (poi modificato dal Regolamento (Ce) n. 535/97) si vedano in particolare L. SORDELLI, *Indicazioni geografiche e denominazioni di origine nella disciplina comunitaria*, in *Il dir. ind.*, 1994, p. 837 ss.; e G. LA VILLA, *Denominazioni di origine e indicazioni geografiche nel diritto comunitario*, *ivi*, 1995, p. 154 ss., ove si parla anche del parallelo Regolamento (Cee) n. 2082/92. Quest'ultimo Regolamento, varato lo stesso giorno del Regolamento (Cee) n. 2081/92, era relativo alle attestazioni di specificità dei prodotti agricoli alimentari (in sigla, STG), e cioè a nomi tradizionali di specifici prodotti agricoli o alimentari realizzati «utilizzando materie prime tradizionali oppure (...) una composizione tradizionale», o ancora che hanno «subito un metodo di produzione e/o di trasformazione del tipo tradizionale», ma il cui carattere specifico non «risieda nella provenienza o nell'origine geografica» (art. 4 del Regolamento (Cee) n. 2082/92). Anche in questo caso, come per il settore vitivinicolo, il legislatore comunitario voleva cioè stabilire una sorta di "nomenclatura" garantita, per prodotti rispondenti sì ad una tradizione, ma ad una tradizione delocalizzata: nomenclatura che come tale poteva essere utilizzata anche da soggetti operanti in luoghi diversi da quelli in cui il prodotto era nato, naturalmente a condizione di non fare riferimento a tali luoghi. Le cause del sostanziale insuccesso di questo secondo Regolamento vanno probabilmente ricercate nel legame tra tradizione e localizzazione, che fa sì che di regola i prodotti tradizionali siano tipici di una regione determinata; il collegamento geografico dei prodotti tradizionali si sposa del resto con il forte regionalismo che caratterizza i Paesi europei e che oggi riemerge con forza anche in sede comunitaria.

¹⁷ In argomento si veda M. LIBERTINI, *L'informazione sull'origine dei prodotti nella disciplina comunitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, I, pp. 289-311.

¹⁸ Regolamento (Ue) n. 1151/2012, che ha sostituito anche il preesistente Regolamento sulle STG, riunendo quindi in un unico testo normativo anche la disciplina di queste ultime. Su tale Regolamento v. F. CAPELLI, *Il Regolamento (Ue) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agro-alimentari: luci ed ombre*, in questa *Rivista*, 2013, p. 515 ss.

¹⁹ Anche in questo caso peraltro le norme nazionali preesistenti hanno assunto uno speciale rilievo, venendo almeno in parte ad integrarsi con la disciplina comunitaria, tanto che quest'ultima prevedeva una procedura semplificata per poter accedere alla DOP o alla IGP nell'ipotesi in cui vi fosse già un riconoscimento statale in un singolo Stato membro per una di queste denominazioni. Questa possibilità era prevista dall'art. 17 del Regolamento (Cee) n. 2081/1992; in base a questa speciale procedura di registrazione sono state concesse, con i Regolamenti (Ce) n. 1107/96 e n. 1263/96, le DOP e le IGP indicate negli allegati ai Regolamenti in questione.

li alle indicazioni di provenienza disciplinate dal *TRIPs Agreement*, perché richiedono soltanto che all'«origine geografica» del prodotto siano «essenzialmente attribuibili una data qualità; la reputazione o altre caratteristiche» di esso e che la produzione di esso «si svolg(a) per almeno una delle sue fasi nella zona geografica delimitata»²⁰.

Inoltre, già in base alla prima versione del Regolamento – rimasto sotto questo profilo sostanzialmente invariato²¹ – DOP e IGP erano tutelate sia contro «tutte le prassi che possano indurre in errore il pubblico»²², sia contro «qualsiasi impiego commerciale diretto o indiretto di una denominazione registrata per prodotti che non sono oggetto di registrazione, nella misura in cui questi ultimi siano comparabili ai prodotti registrati con questa denominazione o nella misura in cui l'uso di tale denominazione consenta di sfruttare indebitamente la reputazione della denominazione protetta»²³.

Viene dunque protetta direttamente la reputazione del segno contro ogni forma di sfruttamento parassitario, anche in assenza di un inganno del pubblico, e quindi le indicazioni geografiche e le denominazioni di origine (come si è visto, ora anche nel settore vitivinicolo) vengono dunque

²⁰ Quest'ultimo è forse l'unico mutamento sostanziale intervenuto, giacché nell'art. 2 del Regolamento n. 2081/92/Cee per le IGP si prevedeva non solo che «una determinata qualità, la reputazione o un'altra caratteristica» del prodotto potessero essere attribuite all'origine geografica, ma anche che la «produzione, trasformazione ed elaborazione (di esso) avven(issero) nell'area geografica determinata».

²¹ Alla «protezione» è oggi intitolato l'art. 13 del Regolamento (Ue) n. 1151/12, in base al quale «1. I nomi registrati sono protetti contro: a) qualsiasi impiego commerciale diretto o indiretto di un nome registrato per prodotti che non sono oggetto di registrazione, qualora questi ultimi siano comparabili ai prodotti registrati con tale nome o l'uso di tale nome consenta di sfruttare la notorietà del nome protetto, anche nel caso in cui tali prodotti siano utilizzati come ingrediente; b) qualsiasi usurpazione, imitazione o evocazione, anche se l'origine vera dei prodotti o servizi è indicata o se il nome protetto è una traduzione o è accompagnato da espressioni quali «stile», «tipo», «metodo», «alla maniera», «imitazione» o simili, anche nel caso in cui tali prodotti siano utilizzati come ingrediente; c) qualsiasi altra indicazione falsa o ingannevole relativa alla provenienza, all'origine, alla natura o alle qualità essenziali del prodotto usata sulla confezione o sull'imballaggio, nel materiale pubblicitario o sui documenti relativi al prodotto considerato nonché l'impiego, per il confezionamento, di recipienti che possano indurre in errore sulla sua origine; d) qualsiasi altra pratica che possa indurre in errore il consumatore sulla vera origine del prodotto», con la precisazione che "Se una denominazione di origine protetta o un'indicazione geografica protetta contiene il nome di un prodotto considerato generico, l'uso di tale nome generico non è considerato contrario al primo comma, lettera a) o b)».

²² Art. 17 del Regolamento (Cee) n. 2081/92; la stessa protezione era prevista per le attestazioni di specificità dall'art. 13, par. 1, lett. c-d del Regolamento (Cee) n. 2082/92.

²³ Art. 13, par. 1, lett. a., del Regolamento (Cee) n. 2081/92. In base all'art. 13, par. 1, lett. b., del medesimo Regolamento, come si è visto parimenti ripreso nella norma attuale, questi segni erano altresì protetti contro qualsiasi utilizzazione di essi per prodotti non provenienti dalla zona tipica, anche se la vera area di produzione è indicata ovvero se le denominazioni sono usate in traduzione o accompagnate dalle espressioni che già abbiamo più volte incontrato, quali «genere», «tipo» e via seguitando.

ad avvicinarsi agli (altri) segni distintivi, ed in particolare ai marchi, che sono del pari oggi protetti contro ogni forma di parassitismo commerciale²⁴: a questi fini sarebbe in effetti irragionevole discriminare tra indicazioni di provenienza che comunicano al pubblico l'esistenza di determinate caratteristiche o di un livello qualitativo connessi all'ambiente geografico (e quindi le DOP) e indicazioni di provenienza che comunicano (solo) l'esistenza di una reputazione connessa a questo ambiente (e quindi le IGP); ed ancor più irragionevole sarebbe richiedere come presupposto della tutela che le stesse caratteristiche o lo stesso livello qualitativo non si possano ritrovare anche in prodotti legati ad un altro ambiente, posto che, anche se questo presupposto non si verifica, egualmente l'uso della denominazione da parte di un soggetto che realizza prodotti in ipotesi anche identici a quelli della zona tipica, ma realizzati in un ambiente geografico diverso, implica uno sfruttamento parassitario del valore di mercato connesso alla denominazione cui il pubblico associa una tipicità: fermo restando che la denominazione, per essere tutelata come tale, deve comunque esprimere un legame tra il prodotto ed il territorio, in difetto del quale essa in realtà sarebbe equivalente ad un segno di fantasia, e nulla si opporrebbe quindi anche alla sua monopolizzazione come marchio individuale di uno specifico imprenditore.

5. La tutela delle denominazioni di origine nel diritto italiano e la nuova formulazione dell'art. 30 CPI

Ad un'evoluzione analoga si è assistito anche nella legislazione interna italiana, che, pur essendosi sviluppata in modo disorganico – essendo stata spesso adottata in relazione a situazioni specifiche, come ad esempio quella del Prosciutto di Parma, il cui riconoscimento come denominazione di origine è avvenuto per effetto di leggi speciali, la prima delle quali risale al 1970²⁵ – ha progressivamente acquisito coerenza e omogeneità proprio in relazione all'adattamento alle Convenzioni internazionali e al diritto comunitario.

²⁴ In argomento cfr. A. VANZETTI, *I marchi nel mercato globale*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, p. 92 ss., spec. p. 102; e C. GALLI, *L'allargamento della tutela del marchio e i problemi di Internet*, *ibidem*, p. 103 ss., spec. p. 123-124 (entrambi i saggi si leggono anche in AA.VV., *Il futuro dei marchi e le sfide della globalizzazione*, a cura di C. GALLI, Padova, Cedam, 2003).

²⁵ Legge 4 luglio 1970, n. 506, poi sostituita dalla legge 13 febbraio 1990, n. 26. Attualmente la denominazione «Prosciutto di Parma» forma oggetto di una DOP concessa a livello comunitario in base al Regolamento (Ce) n. 2081/92, di cui si parlerà più avanti nel testo. Per un'ampia rassegna delle numerose leggi speciali in materia di denominazioni geografiche presenti nel nostro Paese si veda M. PINNARÓ, voce *Indicazioni di provenienza e denominazioni di origine: I) Ordinamento italiano*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. X, Roma, 1996.

In termini più generali, nell'ordinamento italiano lo spazio per una tutela delle denominazioni di origine non limitata alle ipotesi di inganno del pubblico, come quella prevista come *standard* minimo dal *TRIPs Agreement*, è stata anzitutto affidata alle norme in materia di concorrenza sleale. Le stesse disposizioni dedicate alle indicazioni di provenienza contenute negli artt. 29 e 30 del Codice della Proprietà Industriale (e che, nella loro formulazione originaria, erano sostanzialmente corrispondenti all'art. 31 del dlgs n. 198/96, che aveva dato attuazione al *TRIPs Agreement*) fanno espressamente salve le disposizioni in materia di concorrenza sleale, perché tradizionalmente l'uso di denominazioni d'origine non conformi al vero è considerato nel nostro Paese un'ipotesi di concorrenza sleale per appropriazione di pregi; ciò in quanto si tratti per l'appunto di indicazioni geografiche c.d. qualificate, ossia di segni che non esprimono soltanto il fatto, per così dire, "anagrafico" della provenienza di un prodotto da un determinato luogo, ma comunicano al pubblico anche un'informazione ulteriore, relativa a «qualità, reputazione o caratteristiche» del prodotto stesso: qualità, reputazione o caratteristiche che siano appunto legate alla sua produzione in una determinata area²⁶.

È anche importante notare che già nella sua formulazione originaria l'art. 30 CPI accordava esplicitamente questa protezione a tutte le denominazioni che rispondono ai requisiti indicati all'art. 29, ossia a quelle che «identificano un paese, una regione o una località, quando siano adottate per designare un prodotto che ne è originario e le cui qualità, reputazione o caratteristiche sono dovute esclusivamente o essenzialmente all'ambiente geografico d'origine, comprensivo dei fattori naturali, umani e di tradizione», indipendentemente dal fatto che esse abbiano ottenuto protezione attraverso una disciplina legislativa *ad hoc*. Questa definizione, inoltre, non corrisponde integralmente a quella prevista dall'*Arrangement* di Lisbona – che, come abbiamo visto, subordina la registrazione e la tutela delle denominazioni alla presenza di un «*milieu géographique*», inteso come collegamento fra le caratteristiche *obiettive* del prodotto e l'ambiente geografico di cui esso è originario comprendente i fattori naturali ed i fattori umani²⁷ –, bastando invece a questo fine, come per le IGP comuni-

²⁶ In tal senso si vedano, tra le molte, Trib. Napoli, 8 luglio 1996, in *Il dir. ind.*, 1996, p. 1016 ss.; App. Bologna, 24 giugno 1996, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1997, n. 3598; Trib. Modena, 17 agosto 1993, *ivi*, 1993, n. 2990; Trib. Modena, ord. 30 aprile 1991, *ivi*, 1991, n. 2662; e App. Genova, 4 luglio 1990, *ivi*, 1990, n. 2631.

²⁷ Questa differenza è tanto più rilevante, in quanto, nell'applicazione dell'*Arrangement*, la nostra giurisprudenza ha sempre preteso di controllare caso per caso l'esistenza di questo «*milieu*» – sottolineando l'imprescindibilità del rapporto tra caratteristiche del prodotto e ambiente geografico e ritenendo che l'assenza di questo rapporto determini l'invalidità delle denominazioni registrate in base all'*Arrangement* di Lisbona (si veda in particolare Cass., 28

tarie, che all'ambiente sia legata anche soltanto la «reputazione» del prodotto stesso, come del resto è previsto in generale dalla norma corrispondente del *TRIPs Agreement*.

Questa nuova e più moderna prospettiva ha trovato il suo invero con la riforma del Codice della Proprietà Industriale operata dal dlgs n. 131/2010, che ha riformulato la norma che delinea l'ambito di protezione delle indicazioni geografiche (art. 30), il cui nuovo testo riprende pressoché alla lettera il dettato dell'art. 13, par. 1, lett. a. del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 sulla tutela di DOP e IGP, tutelando quindi nel nostro Paese tutte le denominazioni d'origine (e quindi non solo quelle del settore agro-alimentare registrate a livello comunitario) contro ogni loro uso non autorizzato che «consenta di sfruttare indebitamente la reputazione della denominazione protetta», e cioè appunto contro lo sfruttamento parassitario. Degna di nota, sempre nella stessa chiave, è anche la modifica, operata sempre dal dlgs n. 131/2010, all'art. 11 CPI, che consente l'uso nel commercio dei nomi geografici, ancorché registrati come marchio collettivo, ora subordinato alla sola condizione che quest'uso sia conforme alla correttezza professionale, con la cancellazione della limitazione della liceità di quest'uso al caso in cui il nome sia usato «in funzione di indicazione di provenienza» geografica; con la nuova formulazione, quindi, si stabilisce la liceità dell'uso dei nomi geografici che non determini né confusione, né agganciamento, applicando anche ai marchi collettivi la regola prevista dall'art. 21 CPI per i marchi individuali.

In tutti i casi il parassitismo segna così la misura ed il limite della protezione, prendendo anche qui atto del progressivo avvicinamento tra la disciplina delle denominazioni di origine e quella dei marchi, intervenuto non solo sul versante della tutela, ma anche su quello – strettamente correlato al primo sul piano del bilanciamento di interessi – del rilievo primario attribuito alla non ingannevolezza del segno (che è da sempre fondamentale per le denominazioni di origine e che è ora divenuto anche la chiave di volta del nuovo diritto dei marchi), creando una sorta di diritto comune dei

novembre 1996, n. 10857, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1996, n. 3565) –, nonostante il meccanismo di (potenziale) controllo preventivo previsto nell'ambito della procedura di registrazione delle denominazioni, e ciò anche in relazione al fatto che questo controllo è essenzialmente affidato all'iniziativa degli Stati aderenti (che devono notificare, entro termini assai brevi, un rifiuto di protezione), e lascia ben poco spazio (e ben poche garanzie) ai privati interessati. La giurisprudenza italiana ha anzi interpretato in senso estremamente restrittivo la nozione di «milieu», affermando talora che la tutela prevista dalla Convenzione presuppone che «i fattori naturali ed umani (...) siano così strettamente associati all'ambiente da risultarne imprescindibili per l'influenza che hanno sul prodotto e da renderlo assolutamente unico e irripetibile altrove» (così Trib. Milano, 26 novembre 1998, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1998, n. 3843 e, nella stessa causa, App. Milano, 1° dicembre 2000, *ivi*, 2001, n. 4254, poi confermata da Cass., 10 settembre 2002, n. 13168, *ivi*, 2002, n. 4337).

segni commerciali: che non significa ovviamente uniformità di disciplina per segni di tipo diverso, ma certamente esistenza di un denominatore comune tra essi²⁸.

Ed anche qui è appena il caso di rilevare come appaia infondata la preoccupazione di chi paventa che prevedere questa regola anche a favore dei segni notori, così come delle denominazioni geografiche «qualificate», ma non registrate, possa creare problemi di certezza del diritto, giacché lo sfruttamento della rinomanza presuppone appunto la rinomanza e quindi una situazione di notorietà generale: sostanzialmente la stessa situazione che giustifica per i marchi la protezione anche al di là dei limiti della registrazione, e che è a sua volta una situazione di fatto, derivante dall'uso, alla quale vengono ricollegati effetti giuridici. Il nuovo Codice che esce da questa revisione viene dunque a consacrare il riconoscimento legislativo del ruolo svolto non solo dal marchio e dagli altri segni distintivi, anche non registrati, ma anche dalle denominazioni geografiche come strumenti di comunicazione, e quindi la loro protezione contro ogni sfruttamento parassitario, e cioè contro tutte le utilizzazioni di segni eguali o simili che comportino l'appropriazione non autorizzata di quella sorta di «economia esterna» del marchio che è legata al messaggio in esso incorporato.

6. Le possibili interferenze tra denominazioni di origine e marchi geografici, individuali e collettivi: il rilievo decisivo della percezione del pubblico

In linea di principio, la circostanza che un nome geografico sia percepito come denominazione di origine sembra invece logicamente incompatibile con l'appropriazione in esclusiva del nome geografico in questione mediante la sua registrazione come marchio, poiché per definizione esso comunica al pubblico un messaggio relativo alla qualità o alla reputazione dei prodotti contraddistinti, in quanto provenienti (non da una determinata impresa, ma) da un determinato territorio; in questo caso, le esigenze pro-concorrenziali che la Corte di giustizia europea ha più volte riconosciuto essere sottese ai divieti di registrazione come marchio previsti dall'art. 3 della direttiva n. 89/104/Cee (ora divenuta, nel testo codificato, la direttiva n. 2008/95/Ce²⁹) e dalle corrispondenti disposizioni dell'art. 13 CPI im-

²⁸ In argomento si veda C. GALLI, *Codice della proprietà industriale: la riforma 2010*, Milano, Ipsoa, 2010, p. 19 ss.

²⁹ Anche questo testo è peraltro prossimo ad essere rivisto, dopo che Parlamento, Commissione e Consiglio hanno raggiunto un accordo provvisorio sulla riforma di direttiva e Regolamento sul marchio comunitario noto come «pacchetto marchi»: cfr. *European*

pongono che il segno in questione resti a disposizione di tutti i soggetti operanti nel territorio in questione. I Giudici comunitari hanno anzi dato dell'art. 3, par. 1, lett. c., della direttiva un'interpretazione particolarmente rigorosa, che vieta la registrazione come marchio (individuale)³⁰ non soltanto di una denominazione geografica che attualmente influenzi il giudizio del pubblico sulla qualità dei prodotti contraddistinti, ma anche di una denominazione che sia solo *potenzialmente* in grado di designare la provenienza geografica della categoria di prodotti per cui il marchio venga richiesto³¹.

In questo caso i diritti consolidati assumono un rilievo significativo, dal momento che il Regolamento ammette la coesistenza di un marchio coincidente con una DOP o una IGP, purché lo stesso sia anteriore al 1996, quando è entrato a regime il sistema, fosse stato registrato in buona fede e non sia decaduto; e poiché la decadenza del marchio può verificarsi anche per perdita di capacità distintiva e per inganno del pubblico, ecco di nuovo l'antidoto contro il rischio che il titolare di un marchio preesistente ormai percepito come una denominazione geografica possa impedirne la registrazione come denominazione geografica e monopolizzarne il significato ormai divenuto generico.

Proprio perché si tratta qui di applicare in realtà la regola generale immanente al sistema dei segni distintivi, non pare possibile riconoscere, come pure si è sostenuto, che la Commissione europea abbia qui un potere discrezionale di bilanciare gli interessi³², giacché in realtà anche in questo

Parliament and EU Council back European Commission trade mark reform package, 21 aprile 2015, in http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4823_en.htm?locale=en.

³⁰ Ciò che oggi qualifica il marchio collettivo e lo distingue dal marchio individuale non è l'esistenza di una garanzia di qualità, presente per entrambi, e nemmeno l'uso plurimo, che può avvenire anche per il secondo, quanto piuttosto il fatto che il marchio collettivo deve obbligatoriamente prevedere un disciplinare depositato, regole d'utilizzo e, soprattutto, controlli e sanzioni: il rilievo di quest'ultimo elemento, di natura pubblicistica, è tale che la legge prevede la decadenza del marchio collettivo, anche se esso viene utilizzato solo per prodotti o servizi che sono tutti conformi alle regole del disciplinare, per il sol fatto che non vengano esercitati i controlli. Sul punto rinvio a C. GALLI, *I toponimi, tra tutele, volgarizzazione e diritti consolidati*, in *Aedon*, 2014 (leggibile anche alla pagina web <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2014/1/galli.htm>).

³¹ Espressamente in tal senso si vedano sentenze della Corte di giustizia del 4 maggio 1999 in cause riunite n. C-108/97 e n. C-109/97, *Windsurfing Chiemsee Produktions- und Vertriebs GmbH (WSC) c. Boots- und Segelzubehör Walter Huber e Franz Attenberger*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 2779, EU:C:1999:230, e del 7 gennaio 2004 in causa n. C-100/02, *Gerolsteiner Brunnen GmbH & Co. c. Putsch GmbH*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 691, EU:C:2004:11, annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 290. In senso analogo in relazione al marchio comunitario si veda anche, sentenza del Tribunale di primo grado del 15 ottobre 2003 in causa n. T-295/01, in *Raccolta*, 2003, II, p. 4365, EU:T:2003:267.

³² In tal senso G. E. SIRONI, *Conflitti tra marchi e indicazioni comunitarie di qualità (DOP, IGP, STG)*, in B. UBERTAZZI - E. M. ESPADA, *Le indicazioni di qualità degli alimenti*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 215. In senso critico, sulla base del rilievo che «la norma indica un

caso si deve fare riferimento alla percezione del pubblico, ossia al significato che un segno presenta in un determinato momento storico.

A questa stessa regola generale sembrerebbero ispirate anche le norme del Regolamento che considerano l'ipotesi speculare della registrazione (e dell'uso) di un marchio che contiene un nome geografico che è diventato denominazione d'origine, e cioè gli artt. 13 e 14 del Regolamento (ossia le norme sull'ambito di protezione e la portata invalidante di DOP e IGP), che, secondo logica, dovrebbero consentire tale registrazione ogni volta che l'inserimento del nome geografico del marchio non dà luogo a un inganno del pubblico o a un approfittamento della reputazione della denominazione geografica: ed in tal senso si erano in effetti espresse sia la giurisprudenza della Corte di giustizia europea³³, sia la dottrina³⁴. Sennonché la norma corrispondente del Regolamento sulle denominazioni vitivinicole è stata recentemente interpretata dal Tribunale di primo grado europeo nel senso che il divieto di registrazione del toponimo come marchio sia invece automatico e assoluto, ossia valga per qualunque tipo di prodotto e per qualunque forma di inserimento del nome geografico nel segno³⁵. È peral-

criterio preciso per la valutazione che la Commissione deve compiere, e cioè quello di stabilire se la denominazione è "tale da indurre in errore il consumatore quanto alla vera identità del prodotto", il che può certamente presentare margini di incertezza, ma non consente alla Commissione di effettuare un bilanciamento tra gli interessi contrapposti che vengono in considerazione nel caso di specie», si veda A. CONTINI, *Il divieto di registrazione per le denominazioni generiche e per i nomi di varietà vegetali e di razze animali e i conflitti con gli omonimi e con i marchi*, in C. GALLI - A. GAMBINO, *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, cit. supra, nota 8, p. 2250 ss.

³³ Si veda in particolare sentenza della Corte di giustizia del 4 marzo 1999 in causa n. C-87/97, *Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola c. Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co Kg, Eduard Bracharz GmbH*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1301, EU:C:1999:115, che al punto 41 ha precisato che «l'ipotesi di diniego di registrazione, di nullità del marchio o di decadenza dei diritti del titolare che ostano alla prosecuzione dell'uso del marchio medesimo ai sensi dell'art. 14 del regolamento presuppongono l'accertamento di un inganno effettivo o di un rischio sufficientemente grave di inganno del consumatore». Vedi la sentenza anche in questa *Rivista*, 1999, p. 259 ss., con commento di F. CAPELLI, *La Corte di giustizia tra «Feta» e «Cambozola»*, 1999, p. 273 ss.

³⁴ In tal senso si veda già C. GALLI, *Globalizzazione dell'economia e tutela delle denominazioni di origine dei prodotti agro-alimentari*, cit. supra, nota 2, p. 77-78 ed altresì D. SARTI, *La tutela delle indicazioni geografiche nel sistema comunitario*, in B. UBERTAZZI - E. M. ESPADA, *Le indicazioni di qualità degli alimenti*, loc. cit., p. 343 e A. CONTINI, *Le possibili interferenze tra diritti su DOP e IGP e diritti di marchio*, in C. GALLI - A. GAMBINO, *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, cit. supra, nota 8, p. 2299 ss.

³⁵ Sentenza del Tribunale dell'Unione europea dell'11 maggio 2010 in causa n. T-237/08, *Abadía Retuerta, SA c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno*, in *Raccolta*, 2010, II, p. 1583 ss., EU:T:2010:185, secondo cui «la registrazione del marchio richiesto va rifiutata per il solo motivo che detto marchio contiene o consiste in un'indicazione geografica che identifica vini che invece non hanno tale origine» e che «ne discende che la circostanza che il nome che beneficia di una denominazione di origine controllata sia sconosciuto al grande pubblico o agli ambienti interessati, o che presenti un carattere polisemico tale da affievolire l'indicazione geografica del medesimo, è priva di rilevanza per l'applicazione dell'impedimen-

tro evidente, ed è infatti già stata enfatizzata³⁶, la contraddittorietà intrinseca di questo ragionamento, che non può venire giustificato neppure sulla base delle peculiari esigenze pubblicistiche del settore agricolo, posto che in difetto di un richiamo alla DOP o all'IGP non sussistono neppure le esigenze di tutela che il legislatore ha inteso soddisfare con questi istituti e che riguardano da un lato il rischio d'inganno e dall'altro l'agganciamento di tipo parassitario al messaggio evocato dal segno.

7. Diritto comunitario e trattati preesistenti: la composizione dei possibili conflitti

Un altro profilo problematico del diritto delle denominazioni d'origine nel settore agroalimentare riguarda la possibile difformità tra le previsioni del diritto comunitario e quelle previste da convenzioni stipulate anteriormente all'entrata in vigore del Trattato Istitutivo della Comunità europea (oggi Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea).

Tali Convenzioni sono ovviamente superate nei rapporti tra gli Stati membri dell'Unione europea; tuttavia nei rapporti tra uno o più Paesi membri ed un Paese terzo esse devono essere ancora applicate, anche nell'ipotesi in cui questi confliggano con quanto previsto dal Trattato stesso e dalla (successiva) normativa comunitaria da esso derivante. Ciò è espressamente stabilito dall'art. 351 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (già art. 307 del Trattato istitutivo della Comunità europea, che dispone testualmente: «Le disposizioni del presente trattato non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra» ed è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia³⁷; e lo stesso Regolamento (Cee) n. 2081/92 (poi, co-

to assoluto alla registrazione di cui all'art. 7, n. 1, lett. j), del regolamento n. 40/94» sul marchio comunitario (oggi Regolamento (Ce) n. 207/2009).

³⁶ Si veda ancora A. CONTINI, *Le possibili interferenze tra diritti su DOP e IGP e diritti di marchio*, cit. supra, nota 34, pp. 2300-2301.

³⁷ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 3 marzo 2009 in causa n. C-249/06, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Svezia*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 1335, EU:C:2009:119: «In forza dell'art. 307, primo comma, CE, i diritti e gli obblighi derivanti da una convenzione conclusa anteriormente alla data di adesione di uno Stato membro tra quest'ultimo e uno Stato terzo non sono pregiudicati dalle disposizioni del Trattato. Tale disposizione è volta a precisare, conformemente ai principi del diritto internazionale, che l'applicazione del Trattato non pregiudica l'impegno assunto dallo Stato membro interessato di rispettare i diritti dei paesi terzi derivanti da una convenzione antecedente e di attenersi agli obblighi corrispondenti»; si vedano anche le sentenze della Corte di giustizia 14 ottobre 1980 in causa n. 812/79, *Attorney General c. Juan C. Burgoa*, in *Raccolta*, 1980, p. 2787,

me si è visto, divenuto il Regolamento (Ce) n. 510/2006, e ora il Regolamento (Ue) n. 1151/2012 su DOP, IGP e STG) prevede al suo art. 7, comma 3, lett. c., la possibilità di presentare opposizione alla registrazione di una DOP/IGP sulla base di una denominazione/indicazione (di un Paese membro o di un Paese terzo) non registrata a livello comunitario: così esplicitamente confermando la possibilità che esistano denominazioni di origine e/o indicazioni geografiche al di fuori del sistema comunitario e che queste possano (ed anzi debbano!) ricevere tutela.

Nella giurisprudenza italiana più recente questa tutela è stata così riconosciuta ad esempio alla denominazione svizzera «Emmental», in quanto tutelata dalla Convenzione di Stresa del 1951, che pure è ormai inoperante nei rapporti tra i Paesi comunitari³⁸; e ciò fermo restando che un ambito di tutela per le denominazioni geografiche che siano percepite come tali dal pubblico può essere recuperato nel nostro ordinamento sia in base ai richiamati artt. 29 e 30 CPI, sia, e prima ancora, alle norme della Convenzione di Unione di Parigi che vietano l'uso di segni e messaggi ingannevoli, e a quelle in materia di concorrenza sleale. Anche in questo caso decisiva appare dunque la percezione del pubblico: e su di essa sembra quindi giocoforza fare leva anche per tutelare le denominazioni d'origine del nostro Paese nelle aree geografiche dove questo istituto non è riconosciuto, essendo comunque vietato, appunto in base alla Convenzione di Unione, ogni forma di pubblicità ingannevole e, di regola, anche l'agganciamento parassitario.

EU:C:1980:231, in questa *Rivista*, 1982, p. 459; 4 luglio 2000 in causa n. C-84/98, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica portoghese*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 5215, EU:C:2000:359; 18 novembre 2003 in causa n. C-216/01, *Budějovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 13617, EU:C:2003:618; e 22 settembre 1988 in causa n. C-286/86, *Pubblico ministero c. Gérard Deserbais*, in *Raccolta*, 1988, p. 4907, EU:C:1988:434, che, in un caso in cui veniva invocata la Convenzione di Stresa, ha stabilito che «conformemente ai principi del diritto internazionale (...) l'applicazione del trattato non pregiudica l'impegno dello Stato membro interessato di rispettare i diritti degli Stati terzi derivanti da una convenzione anteriore e di osservare gli obblighi corrispondenti».

³⁸ Si veda, più recentemente, Trib. Milano, 17 marzo 2012, in www.darts-ip.com, che ha affermato che «la possibilità che una norma comunitaria sia resa inoperante da una convenzione internazionale è subordinata alla duplice condizione che si tratti di una convenzione conclusa precedentemente all'entrata in vigore del trattato e che il paese terzo interessato ne tragga diritti di cui può chiedere il rispetto da parte dello Stato membro interessato» (in argomento si veda C. GALLI, *Swiss Emmentaler protected in Italy as denomination of origin even without EU registration*, in www.worldtrademarkreview.com). Che la Convenzione di Stresa fosse tuttora valida e vincolante anche per il nostro Paese, nei rapporti con la Svizzera, era stato affermato da Cass. pen., 19 novembre 1993, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1209 (resa tra l'altro dopo l'introduzione del citato Regolamento (Ce) n. 2081/92), secondo cui «La denominazione di origine «Emmental» spetta soltanto al formaggio fabbricato in Svizzera, in forza del d.P.R. 18 novembre 1953, n. 1099 che ha reso esecutiva in Italia la convenzione internazionale di Stresa del 1 giugno 1951».

8. Denominazioni geografiche e contraffazione sul web

Anche per il settore agroalimentare il web rappresenta una grande opportunità, per commercializzare e prima ancora per far conoscere a una platea più ampia e potenzialmente estesa a tutto il mondo i prodotti di qualità ed i loro segni distintivi, ma anche una grande minaccia, perché mette a disposizione dei contraffattori nuovi strumenti per la diffusione dei falsi: particolarmente grave è il fenomeno rappresentato dagli imitatori che operano direttamente tramite piattaforme *online*, configurandosi spesso come «*pure players*», ossia soggetti che non hanno un negozio reale, ma vendono soltanto attraverso la rete internet, con l'inevitabile corollario della difficile identificabilità di essi e quindi delle problematiche attinenti al potere di controllo (e alla correlativa responsabilità) degli ISP, *Internet service provider*, sul contenuto degli annunci pubblicati attraverso di essi.

Emblematica sotto questo profilo è la situazione del mercato cinese, dove i nostri prodotti agroalimentari stanno riscuotendo un crescente successo e dove tanto le opportunità che le minacce assumono, già sul piano quantitativo, una portata notevolissima, in un Paese i cui gli utenti web superano di gran lunga l'intera popolazione degli Stati Uniti e oltre duecento milioni di "navigatori" acquistano regolarmente prodotti attraverso la rete internet³⁹. Sotto questo profilo, dunque, si ritrovano in Cina problemi del tutto analoghi a quelli che si incontrano in Europa, ingigantiti non solo dalle dimensioni del fenomeno, ma anche dal fatto che nella realtà economica cinese il commercio elettronico non si è sovrapposto a preesistenti strutture organizzate di mercato, ma è nato "in parallelo" con l'apertura della Cina ai consumi di massa e quindi assume un rilievo molto più pregnante che da noi.

Alle nuove minacce del web si affiancano però anche nuovi strumenti efficaci per fronteggiarle. Se è vero infatti che la responsabilità degli *Internet Service Provider* (ISP) è regolamentata in Europa con una disci-

³⁹ Il 32° Rapporto del CNNIC, *China Internet Network Information Center*, pubblicato il 17 luglio 2013 (consultabile attraverso il sito web www1.cnnic.cn/IDR/ReportDownloads/201310/P020131029430558704972.pdf) mostra infatti come la Cina sia ad oggi il paese al mondo con il maggior numero di utenti web: 591 milioni di persone usano internet regolarmente, con una penetrazione nella popolazione del 44%, e tra il «popolo della rete» cinese acquistano regolarmente *online* prodotti o servizi ben 210 milioni di utenti, di cui 44,4 milioni direttamente accedendo dal proprio *smartphone*. Tutte e tre le tipologie di piattaforme di *e-commerce* sono largamente rappresentate in Cina: *Business-to-Business* (B2B), come Alibaba.com; *Business-to-Consumer* (B2C), come Tmall (che è la piattaforma B2C del gruppo Alibaba e rappresenta oggi il B2C più visitato in Cina, sul quale ormai sempre più imprese straniere hanno deciso di investire nella vendita diretta dei propri prodotti, come L'Oréal, Adidas, Unilever, Procter&Gamble; la restante quota di mercato è gestita principalmente da 360buy, Amazon China e Dangdang); e *Consumer-to-Consumer* (C2C), di cui Taobao ha una quota di mercato del 90%.

plina di favore rispetto a quella generale degli intermediari nelle attività di contraffazione (prevista dalla direttiva n. 2000/31/Ce, attuata dall'Italia con il dlgs n. 70 del 9 aprile 2003, emanato in forza della delega conferita al Governo dalla legge 1 marzo 2002, n. 39, ossia dalla Legge comunitaria 2001), è però anche vero che l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria ha portato a riconoscere a carico dell'ISP non solo una responsabilità per le violazioni alle quali abbia attivamente cooperato o che non abbia fatto cessare una volta reso edotto dell'esistenza delle stesse, ma anche un onere di attivarsi per la prevenzione di ulteriori illeciti, precisando che, in base a quanto previsto dall'art. 11 della direttiva n. 2004/48/Ce e alla *ratio* di tale direttiva «la competenza attribuita (...) agli organi giurisdizionali nazionali deve consentire a questi ultimi di ingiungere al prestatore di un servizio online, quale colui che mette a disposizione degli utenti di Internet un mercato online, di adottare provvedimenti che contribuiscano in modo effettivo, non solo a porre fine alle violazioni condotte attraverso tale mercato, ma anche a prevenire nuove violazioni»⁴⁰.

Parallelamente anche in Cina, l'art. 23 delle *Regulations on the Protection of Rights to Information Network Communication* prevede sì la regola del c.d. «safe harbour»⁴¹, secondo la quale la piattaforma *online* che, a seguito della segnalazione del titolare del diritto violato, elimina il *link* al prodotto contraffattorio non sarà tenuta al risarcimento dei danni nei confronti del titolare del diritto, ma prevede un'eccezione a questa regola (e quindi la responsabilità anche risarcitoria degli ISP) in tutti i casi in cui il titolare del diritto violato sia in grado di dimostrare che l'ISP era a conoscenza o comunque avrebbe dovuto essere a conoscenza di tale attività

⁴⁰ Così sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2011 in causa n. C-324/09, *L'Oréal c. eBay*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 6011, EU:C:2011:474, punti 128-134 della decisione. La sentenza è annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 510. Per una ricognizione dei problemi giuridici che la contraffazione web comporta in Europa e delle soluzioni approntate dalla dottrina e dalla giurisprudenza si veda C. GALLI, *Contraffazione web e luxury goods: le sfide del commercio elettronico al sistema della moda*, in *Il dir. ind.*, 2013, p. 342 ss., ove si sviluppano considerazioni che, pur concernenti anzitutto il comparto della moda, possono in realtà estendersi anche ai prodotti agroalimentari di eccellenza.

⁴¹ Sotto questo profilo, in Europa la direttiva n. 2004/48/Ce (la c.d. "direttiva enforcement"), dopo aver espressamente richiamato per lasciarle impregiudicate le disposizioni della direttiva sul commercio elettronico n. 2000/31/Ce (*considerando* 15), prescrive (al *considerando* 25 e all'art. 9) che gli Stati membri prevedano che possano essere disposti provvedimenti cautelari anche «contro un intermediario i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare un diritto di proprietà intellettuale»: e in attuazione di questa prescrizione in Italia, con il dlgs n. 140 del 16 marzo 2006, è stata inserita nell'art. 131 CPI una disposizione che statuisce che «L'inibitoria e l'ordine di ritiro dal commercio possono essere chiesti, sugli stessi presupposti, contro ogni soggetto i cui servizi siano utilizzati per violare un diritto di proprietà industriale», e analogamente è stato fatto nell'art. 124 in relazione all'inibitoria cautelare.

contraffattoria⁴², ed anche in questo caso la giurisprudenza si è mossa in modo coerente: in particolare una pronuncia resa dalla Prima Corte Intermedia di Shanghai, che in un celebre caso, avente ad oggetto la violazione di un marchio di un'impresa coreana effettuata attraverso la piattaforma *online* Taobao (la più grande piattaforma di *e-commerce* al mondo con più di sessanta milioni di visitatori al giorno), ha riconosciuto in capo ad essa un vero e proprio obbligo di attivarsi per prevenire la commissione dell'illecito⁴³. Ulteriori sviluppi si possono attendere a seguito di un rapporto emesso dal SAIC (*State Administration for Industry & Commerce*) sull'inadeguatezza delle attività di prevenzione messe in atto da Alibaba⁴⁴.

Nel nostro Paese vanno inoltre segnalati i recenti interventi dell' Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e del Garante delle Telecomunicazioni, che offrono ai soggetti interessati ulteriori strumenti di grande rapidità. La prima è infatti sempre più attiva nella repressione dei siti che offrono sistematicamente prodotti-copia spesso imitando anche l'aspetto esteriore dei siti originali: al fine di contrastare la diffusione attraverso le reti telematiche o di telecomunicazione di pratiche commerciali sleali ed ingannevoli e di tutelare i consumatori ed il mercato, l'AGCM procede quindi all'oscuramento (ovviamente limitato all'Italia e attuato attraverso la Polizia Postale, ma comunque efficace) dei siti clone; una serie di segnalazioni di INDICAM, l'Istituto di Centromarca per la Lotta alla Contraffazione, ha portato a mettere "fuori rete" alcune centinaia di siti clone, e altri interventi sono seguiti e continuano tuttora a ritmo serrato. La seconda ha invece varato un regolamento⁴⁵ che prevede una procedura

⁴² Per avere un'idea del fenomeno, basti pensare che nel solo anno 2013 Alibaba ha rimosso sette milioni di prodotti contraffatti in vendita sulla sua piattaforma. Più diffusamente sul punto si veda J. VAN DER LUIT DRUMMOND, *Alibaba needs your help in the fight against fakes*, in *WTR Daily*, 14 March 2014.

⁴³ Prima Corte Intermedia di Shanghai, (2011) Hu Yi Zhong Min Wu (Zhi) Zhong Zi No. 40. Sulle problematiche della contraffazione web in Cina e sugli strumenti più idonei per affrontarla si veda da ultimo C. GALLI - A. FRATTI, *La contraffazione dei segni distintivi registrati e non registrati in Cina: la lunga marcia dalla tutela contro la confondibilità a quella contro il parassitismo*, in *Il dir. ind.*, 2014, p. 219 ss., ove si commenta ampiamente anche la sentenza citata.

⁴⁴ Il rapporto è stato successivamente ritirato, ma è ancora accessibile *online*: se ne veda la traduzione inglese alla pagina web <http://qz.com/335675/the-chinese-government-has-erased-a-damning-report-on-alibaba-but-you-can-read-it-here/>. Analoghe accuse sono venute da associazioni industriali americane: cfr. G. WONG, *Alibaba Disputes U.S. Group's Claim It Tolerates Fake Goods on Taobao*, in *Wall Street Journal*, 14 aprile 2015, accessibile alla pagina web <http://www.wsj.com/articles/alibaba-rebuts-u-s-groups-claim-it-tolerates-fake-goods-on-taobao-1428981233>.

⁴⁵ Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del dlgs n. 70 del 9 aprile 2003, adottato con delibera n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013. Proprio il varo del Regolamento AGCOM ha permesso per la prima volta all'Italia di uscire dalla *Watch List* dei Paesi considerati a rischio per le imprese americane, sotto il profilo dell'insufficiente tutela dei diritti di proprietà

semplice, economica e veloce (specie nei casi che presentano motivi di urgenza) per la rimozione dalla rete dei contenuti che violano diritti d'autore altrui. Naturalmente queste nuove procedure, se sono particolarmente accattivanti per i titolari dei diritti, anche perché i passaggi successivi alla segnalazione si svolgono "d'ufficio" e quindi hanno costi e oneri molto ridotti, presentano i loro limiti, specie in termini di *follow-up*: è infatti frequente che siti e contenuti illeciti, una volta rimossi, riappaiano spesso in forma identica, semplicemente "trasferendosi" sotto altri indirizzi web. In molti casi, inoltre, il contraffattore non fa altro che togliere (spesso solo temporaneamente) le copie del produttore che lo ha denunciato o ha ottenuto dal Giudice civile un'inibitoria a suo carico, lasciando in linea (e continuando a vendere!) tutti gli altri cloni, con una sorta di "rotazione delle copie" che gli consente di continuare a guadagnare abbastanza da rendere conveniente la violazione dei diritti altrui, divenuta in molti casi una vera e propria industria del falso, che si approvvigiona in Estremo Oriente e lavora letteralmente *on demand*, creando e importando in Europa tutti e solo gli esemplari effettivamente ordinati da consumatori talvolta ignari della falsificazione, ma molto spesso convinti di avere fatto un "buon affare", anche se a spese del vero creatore dell'opera copiata.

Per fronteggiare in modo efficace questi fenomeni, facendo in modo che davvero «la contraffazione non paghi» una possibile soluzione è probabilmente quella di intraprendere azioni giudiziarie «di gruppo» dei produttori e dei Consorzi vittime della copiatura, attraverso una sorta di *class action* diretta ad ottenere provvedimenti giudiziari dotati di efficacia paneuropea e, soprattutto, ad ampio spettro, ossia riferiti a tutti o quasi tutti i cloni realizzati da un singolo imitatore, in modo da infliggergli in un sol colpo un danno rilevante e soprattutto da rendere non più conveniente per lui insistere nella sua illecita attività. Operazioni di questo tipo sono concepibili in tutti i settori, purché siano condotte in modo estremamente serio e quindi vengano precedute da un serio lavoro sia di impostazione giuridica, sia di *intelligence*, ed anzitutto di monitoraggio mirato, volta a ricostruire quanto più possibile la filiera dei falsi e i *cluster* della contraffazione, identificando i soggetti maggiormente coinvolti e le basi dei falsificatori (e possibilmente anche i loro conti correnti ...).

intellettuale, che il Ministero del commercio estero USA predispose annualmente e nella quale l'Italia era inserita sin dalla sua istituzione, nel 1989 (cfr. sul punto C. GALLI - P. PAGANINI, *How Italy successfully improved its approach to intellectual property rights protection - Case Study on Italy*, in *2014 International Property Rights Index*, disponibile al sito internet www.internationalpropertyrightsindex.org); esso tuttavia è attualmente al vaglio della Corte costituzionale, a seguito della rimessione disposta da TAR Lazio, sez. I, ord. 26 settembre 2014, n. 10016.

Anche sotto questo profilo sembra dunque possibile far compiere alla lotta alla contraffazione web un "salto di qualità", che fa leva anche sulla maggiore sensibilità giuridica e culturale che sembra emergere anche nella Magistratura rispetto a questi fenomeni, testimoniata in particolare nel nostro Paese da una Relazione estremamente circostanziata su forme di contraffazione in rete e responsabilità dei soggetti coinvolti, tenuta recentemente dalla Presidente della Sezione dell'Impresa del Tribunale di Milano (la più importante d'Italia, anche per numero di casi esaminati) dott.ssa *Marina Tavassi*. Siamo dunque in un momento topico: ed una maggiore consapevolezza dei propri diritti e degli strumenti per difenderli anche in capo agli operatori dell'agroalimentare potrebbe davvero fare la differenza rispetto al passato.

9. Nomi geografici, protezione contro l'agganciamento parassitario e divieto d'inganno: una possibile *road map* per l'armonizzazione a livello internazionale

Abbiamo visto che l'ambito di protezione di DOP e IGP viene oggi a delinearsi con confini sostanzialmente corrispondenti a quelli della tutela della rinomanza dei marchi, che rappresenta il criterio di base per la protezione dei segni distintivi, di cui la (vecchia) regola che faceva riferimento alla confondibilità rappresenta oggi non un'alternativa, ma una *species*.

In tutti i casi il parassitismo segna così la misura ed il limite della protezione, ma in pari tempo il progressivo avvicinamento tra la disciplina delle denominazioni di origine e quella dei marchi, si manifesta non solo sul versante della tutela, ma anche su quello – strettamente correlato al primo sul piano del bilanciamento di interessi – del rilievo primario che, come già abbiamo ricordato, viene attribuito alla non ingannevolezza del segno (che è da sempre fondamentale per le denominazioni di origine e che è ora divenuto anche la chiave di volta del nuovo diritto dei marchi), creando una sorta di diritto comune dei segni commerciali.

Questo ravvicinamento tra la disciplina delle denominazioni di origine e dei marchi sembra anche indicare una possibile strada per l'armonizzazione della disciplina a livello internazionale, creando le condizioni per il superamento dell'attuale divaricazione tra la posizione degli Stati europei e quella dei Paesi extraeuropei, in special modo americani ed asiatici. È anzi degno di nota che su questa protezione cresca il consenso anche a livello internazionale: il Congresso mondiale di AIPPI (Associazione Internazionale per la Protezione della Proprietà Intellettuale, che riunisce professionisti ed esperti di tutto il mondo in questa materia) tenutosi a Göte-

borg nell'ottobre 2006, ha infatti approvato una Risoluzione⁴⁶ che prospetta appunto il divieto dell'inganno del pubblico e quello dello sfruttamento abusivo della reputazione commerciale come linea-guida per risolvere, anche a livello internazionale, i frequenti conflitti tra marchi e denominazioni di origine. Ed è estremamente significativo che questa proposta abbia raccolto i voti favorevoli anche dei delegati nord-americani, indicando quindi un possibile percorso di armonizzazione, ed anche una strada praticabile per dirimere questi conflitti già sulla base della disciplina vigente.

Sotto questo profilo le scelte più recenti del legislatore italiano sembrano anzi configurarsi come una *best practice*, che potrebbe servire come guida per un percorso di convergenza a livello internazionale. Come si è già osservato, in occasione della riforma del 2010 del Codice della proprietà industriale, la regola appena ricordata del binomio tra protezione contro il parassitismo e divieto d'inganno è stata infatti estesa dal legislatore italiano a tutti i segni distintivi e a tutte le denominazioni d'origine, anche a quelle estranee al settore agroalimentare, ed anche a quelle del settore agroalimentare tutelate nel nostro Paese in base a norme diverse da quelle comunitarie, ma ancora applicabili perché compatibili col diritto Ue, che in base alla nuova formulazione dell'art. 30 CPI sono tutelate contro ogni forma di sfruttamento parassitario.

Nel loro complesso le modifiche inserite nel Codice in questo campo dalla riforma del 2010 appaiono infatti dirette a rendere più compiuta e coerente la protezione dei marchi, degli altri segni distintivi e delle denominazioni di origine contro i comportamenti diretti a sfruttare indebitamente i valori di avviamento commerciale incorporati in questi segni, ma in pari tempo anche a consentire ai titolari di essi di sfruttare legittimamente in proprio (direttamente o indirettamente, in particolare attraverso la concessione di licenze) questi stessi valori.

Nella medesima chiave assume rilievo anche la nuova formulazione dell'art. 19 CPI, che attua la delega in base alla quale è stata espressamente accordata ai Comuni (e agli altri enti pubblici territoriali, Regioni comprese) «la possibilità di ottenere il riconoscimento di un marchio e utilizzarlo per fini commerciali per identificare con elementi grafici distintivi il patrimonio culturale, storico, architettonico, ambientale del relativo territorio», fermo restando che in tal caso «lo sfruttamento del marchio a fini commerciali può essere esercitato direttamente dal comune anche attraverso lo svolgimento di attività di merchandising, vincolando in ogni caso la destinazione dei proventi ad esso connessi al finanziamento delle attività

⁴⁶ Vedi <https://www.aippi.org/download/committees/191/RS191English.pdf>.

istituzionali o alla copertura dei disavanzi pregressi dell'ente». Queste disposizioni consentono sia ai Consorzi di tutela delle denominazioni d'origine, sia agli enti pubblici territoriali di utilizzare al meglio i nomi geografici e gli altri simboli legati al territorio come strumento per valorizzare tutte le esternalità positive legate alla fama del territorio medesimo (e sappiamo bene che in Italia non vi è area geografica che non abbia peculiarità geografiche, storiche o ambientali di valore!), non solo vietando ogni forma di *free-riding* e di sfruttamento parassitario di essa, ma anche – in positivo – consentendo loro di monetizzare questa fama, in particolare concedendo questi segni in uso a imprese operanti sul territorio, naturalmente imponendo ad esse limiti precisi per evitare che i segni stessi divengano fonte di inganno, e quindi facendo anche da volano per lo sviluppo di iniziative localizzate nella propria area territoriale⁴⁷.

Questa possibilità è significativa – e foriera di innescare circoli virtuosi, sia per le casse degli enti, sia per le attività economiche locali – là dove al territorio sono legate tipicità produttive (anzitutto, ma non solo, agroalimentari: si pensi all'artigianato tipico), perché in tal caso si possono immaginare registrazioni di marchi, individuali o collettivi, diretti a sfruttare la fama dei prodotti tipici al fine di promuovere più in generale le attività del territorio, sempre servendosi quindi dello strumento del marchio come volano per la crescita, ma al tempo stesso come fonte di reddito, mediante la percezione dei canoni di licenza ed eventualmente attività di *merchandising* territoriale, naturalmente da studiare caso per caso.

Anche in questo caso il limite a tali possibilità consiste nei diritti consolidati di terzi, anche solo all'uso in funzione non distintiva di questi segni: anche se non si può escludere che una mutata percezione del pubblico possa comportare la decadenza di questi diritti o consentirne diverse forme di sfruttamento in funzione distintiva. La chiave di volta, ancora una volta, sarà rappresentata dalla percezione del pubblico, che è l'elemento decisivo sia per stabilire se un segno è tutelabile – ciò che presuppone che esso consista in una realtà che i consumatori percepiscano appunto come «segno», ovvero come portatrice di un significato, e che questo significato sia specifico, e quindi indichi (anche) l'esistenza di un'esclusiva sull'uso di esso in un determinato settore in capo ad un soggetto che assume la responsabilità per le caratteristiche dei prodotti o dei servizi da esso contrasse-

⁴⁷ Su queste possibilità si veda già C. GALLI, *Codice della proprietà industriale: la riforma 2010*, cit. *supra*, nota 28, e, nello stesso volume, A. CONTINI, *Le opportunità di sfruttamento della nuova protezione delle denominazioni di origine e il ruolo dei Consorzi*, p. 43 ss.

gnati –, sia per delimitarne l'ambito di tutela, in piena coerenza con le indicazioni che vengono dal diritto comunitario.

Tutto questo delinea quindi un nuovo equilibrio tra esclusive, concorrenza e contratti nel quale la protezione può essere riconosciuta solo a ciò che davvero questa protezione richiede, nella consapevolezza del fatto che le norme sono chiamate a disciplinare realtà concrete e che la giustificazione di esse è strettamente connessa con l'esperienza umana di queste realtà, secondo una prospettiva, che potremmo definire giusnaturalistica, di adeguamento del diritto alle relazioni interpersonali della vita reale⁴⁸, sulla quale potrebbe auspicabilmente innestarsi un processo virtuoso di evoluzione del diritto a livello globale.

Cesare Galli*

SINTESI

In un'epoca caratterizzata dalla globalizzazione non solo dell'economia, ma anche dei fattori della produzione, l'elemento di forte localizzazione insito nei prodotti tipici, di cui le denominazioni che denotano l'origine di essi costituiscono il simbolo, ha sempre più bisogno di una protezione che non riguardi solo i Paesi da cui questi prodotti tipici provengono, ma anche gli altri mercati nei quali essi vengono esportati. Tuttavia, nonostante l'*Accordo TRIPs* e l'*Arrangement* di Lisbona (e i Regolamenti comunitari in questo campo, che hanno acquistato col tempo maggiore coerenza), a livello internazionale le differenze nella tutela restano enormi. Ciò richiede una strategia a livello globale per la gestione dei relativi diritti, che segua un approccio pragmatico e flessibile nel servirsi dei diversi strumenti di protezione previsti da ciascun singolo ordinamento.

Dopo aver passato in rassegna le norme esistenti a livello nazionale, comunitario e internazionale, l'articolo individua nel divieto d'inganno e in quello dello sfruttamento parassitario della reputazione commerciale gli strumenti più adeguati per risolvere, anche sul piano internazionale, i frequenti conflitti tra marchi e denominazioni d'origine già sulla base delle regole attualmente esistenti e, in pari tempo, una possibile strada verso una futura armonizzazione.

⁴⁸ Per questa impostazione richiamo il mio saggio *La proprietà industriale tra diritto internazionale e diritti naturali*, in AA. VV., *L'incidenza del diritto internazionale sul diritto civile*, Atti del V Convegno Nazionale SISDIC, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 117 ss.

* Avvocato in Milano; Professore Ordinario di Diritto Industriale / Università degli Studi di Parma

ABSTRACT

In an age of globalization of both the economy and the factors of production, the element of strong localization of typical products, which is stressed by designations denoting their origin, is increasingly in need of protection not only in the countries of origin but also in the other markets to which these goods are exported. However, despite of the TRIPs and the Lisbon Agreement (and of the increased consistency of the EC Regulations in this field), huge differences still exist at an international level. Therefore a global management strategy is needed, with a pragmatic approach aimed at being flexible in using the different tools provided in each jurisdiction for protecting the signs indicating the origin of products.

After considering the existing rules at national, EU and international level, the article indicates that a ban on public deception and undue exploitation of commercial reputation may be both a workable strategy at an international level too for settling the frequent conflicts between trademarks and designations of origin on the basis of current rules and a viable path towards future harmonization.

REGOLAZIONE E PROSPETTIVE DEL MERCATO DELLO SHALE GAS IN CINA TRA DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE, DIRITTO DELL'ENERGIA, ACCORDI DI PRODUZIONE, PROTEZIONE AMBIENTALE E SVILUPPO SOSTENIBILE: UN CONFRONTO CON L'ESPERIENZA STATUNITENSE*

Sommario: **1.** *Introduzione* - **2.** *Lo sviluppo dell'industria della produzione e della commercializzazione dello shale gas in Cina: accordi per l'esplorazione e lo sfruttamento* - **3.** *La cornice istituzionale, amministrativa e normativa cinese* - **4.** *Problematice ambientali, gestione delle risorse idriche ed esigenze di sviluppo e crescita economica* - **5.** *Analisi comparatistica con la pregressa esperienza degli Stati Uniti d'America: un modello di riferimento per lo sviluppo dell'industria del gas non convenzionale?* - **6.** *Conclusioni: il futuro dello shale gas in Cina tra interventi normativi e nuovi equilibri geopolitici.*

* This scientific result is part of the West Virginia University Energy Institute and Multi-Disciplinary Center for Shale Gas Utilization (WV, USA). The research leading to these results has received funding from the People Programme (Marie Curie Actions) of the European Union's Seventh Framework Programme (FP7/2007-2013) under REA grant agreement n° 269327 Acronym of the Project: EPSEI (2011-2015) entitled «Evaluating Policies for Sustainable Energy Investments: Towards an Integrated Approach on National and International Stage», Coordinated by University of Turin - Dipartimento di Giurisprudenza. Recent drafts of this paper were submitted to the Ninth Annual General Conference of the European China Law Studies Association (ECLS), «Making, Enforcing and Accessing the Law» held at Chinese University of Hong Kong, Faculty of Law, Hong Kong, 15-16 November 2014 and were presented at Colloquium on Environmental Scholarship 2013, Vermont Law School (USA), at the faculty workshops at University of Amsterdam Law School 2013 (Netherlands), at West Virginia University, Eberly College of Arts and Sciences, Department of Public Administration and College of Law (USA), at the Conference «Managing the Globalization of Sanitation and Water Services: "Blue Gold" Regulatory and Economic Challenges», organized by the Chinese University of Hong Kong, Faculty of Law, in cooperation with Maastricht University, Faculty of Law, University of Sydney, School of Economics, University of Leeds, Business School, British Institute of International and Comparative Law, held at Chinese University of Hong Kong, Faculty of Law, Hong Kong, March 23-24, 2015, workshops and lectures at University of Macau and at Fundação Rui Cunha in Macao, March 25-26, 2015.

1. Introduzione

La significativa crescita registrata nella produzione di idrocarburi estratti dalle formazioni di scisto (di seguito «*shale gas*» o «gas non convenzionale»¹) costituisce uno degli sviluppi più rilevanti nel settore ener-

A special thanks should be addressed to the participants in the above mentioned events as well as *Nicholas Ashford* (MIT), *Sachin Desai*, *Fernando Dias Simões* (University of Macau, Faculty of Law), *Sharon Jacobs* (University of Colorado Law School and Harvard Law School), *Sam Kalen* (University of Wyoming College of Law), *Andreas Kotsakis* (Oxford Brookes University Law School), *Brad Mank* (University of Cincinnati Law School), *Rebecca Purdom* (Vermont Law School), *Melissa Scanlan* (Vermont Law School), *Siu Tip Lam* (Vermont Law School), *Anatole Boute* (Chinese University of Hong Kong), *Julien Chaisse* (Chinese University of Hong Kong), *Yuhong Zhao* (Chinese University of Hong Kong), *Laurence Boisson de Chazournes* (University of Geneva) for their questions and comments. The usual disclaimers apply. The article is the result of the joint research of the authors, as shown in the abstract, in par. 1 and par. 6. *Paolo Davide FARAH* focused on par. 3 and par. 5 and *Riccardo TREMOLADA* on par. 2 and par. 4. The respective comments and inputs are gratefully acknowledged. *Corresponding Author* e-mail address, Professor Paolo Davide Farah: paolofarah@yahoo.com.

¹ Il termine «gas non convenzionale» viene utilizzato qui per indicare lo *shale gas*, riconosciuto universalmente come il gas non convenzionale più promettente. Occorre rilevare tuttavia che, oltre ai giacimenti di *shale gas*, esistono altre riserve di gas non convenzionali. Ciò nonostante, il nostro studio si concentra sullo *shale gas* alla luce dell'enorme sviluppo nella sua produzione osservato recentemente e il suo potenziale rispetto al fabbisogno energetico cinese. Invero, l'espressione «gas non convenzionale» ha assunto negli anni diverse accezioni. Negli anni Settanta, la differenziazione aveva una natura prevalentemente economica, nel senso che le riserve di gas non convenienti o poco convenienti da un punto di vista economico furono definite non convenzionali. In prosieguo, le caratteristiche geologiche sono state utilizzate per distinguere i diversi tipi di gas, per esempio le riserve di gas convenzionale comprendevano i depositi guidati dalla spinta di galleggiamento, mentre le riserve di gas non convenzionale erano identificate con i depositi non guidati dalla spinta di galleggiamento. Si veda B. E. LAW - J. B. CURTIS, *Introduction to Unconventional Petroleum Systems*, in *American Association of Petroleum Geologists Bulletin*, 2002, 86, pp. 1851-1852. Un'interessante definizione fa invece riferimento ai metodi estrattivi richiesti, così *Stephen A. Holditch* definisce le riserve convenzionali di petrolio e gas naturale come «quelle che possono essere prodotte a livello di flussi economici e che producono volumi economici di petrolio e gas senza processi di stimolazione intensivi o particolari tecniche di recupero», mentre le riserve non convenzionali di petrolio e gas sono quelle «che non possono essere prodotte a livello di flussi economici o che non producono volumi economici di petrolio e gas senza l'intervento di processi di stimolazione intensivi o particolari tecniche o tecnologie di recupero». Negli anni, numerosi giacimenti di gas sono stati etichettati come «non convenzionali», *inter alia*, *a*. gas naturale in carbone (*Coal Bed Methane*, CBM – si veda *infra*, par. 3), gas di carbone, gas in livelli di carbone e *Coal Bed Natural Gas* (CBNG); *b*. gas naturale in argille/argilliti, ossia *shale gas*; *c*. gas naturale in depositi clastici a bassa permeabilità (gas di sabbie compatte, gas da arenarie compatte, o *tight gas*); *d*. gas biogenico naturale nei serbatoi convenzionali; *e*. idrati di gas naturale (idrati di metano); *f*. gas naturale nei rifiuti solidi urbani (gas di discarica, gas biogenico); *g*. gas naturale negli acquiferi geopressurizzati; *h*. gas naturale in rocce metamorfiche e ignee con sistemi di fratture naturali; *i*. gas naturale in formazioni carbonatiche e clastiche profonde (più di 6000 m). Attualmente, solo quattro tipi principali di giacimenti sono obiettivo dell'esplorazione internazionale di gas naturale e della sua produzione industriale: il metano associato ai livelli di carbone, lo *shale gas*, il *tight gas* e gli idrati di gas. Per gli aspetti tecnici e l'evoluzione dell'espressione «gas non convenzionale» si veda, *ex multis*, S. A. HOLDITCH, *The Increasing Role of Unconventional Reservoirs in the Future of Oil and Gas Business*, in 55(11) *J. Petroleum Tech.*, November 2003, p. 34; M. B., *A Dynamic Global Gas Market*, in 15(3) *Oilfield Review*, 2003, pp. 4-7; H. VON SCHOENFELDT ET AL., *Unconventional Drilling Methods for Unconventional Reservoirs in the US and Overseas*, in *Proceedings of the 2004 International Coalbed Methane Symposium*, University of Alabama, Tuscaloosa, 3-7

getico, resa possibile dall'abbattimento dei costi di produzione e dal superamento delle barriere tecnologiche. In effetti, i recenti sviluppi concernenti la tecnologia di fratturazione idraulica (il c.d. «*fracking*») e di trivellazione orizzontale («*horizontal drilling*») hanno determinato un vertiginoso aumento della produzione di *shale gas*, anzitutto negli Stati Uniti d'America. Questa inattesa "rivoluzione energetica" e il conseguente riflesso sul mercato e sulle relazioni geopolitiche hanno spinto gli esperti del settore a definire lo *shale gas* come un «combustibile-ponte» verso le risorse energetiche rinnovabili quali principale fonte di energia. Formazioni di scisto sono state rinvenute in numerose regioni del mondo, rendendo il potenziale di sviluppo dello *shale gas* estremamente rilevante².

Sebbene tale gas non convenzionale rappresenti un elemento rivoluzionario nel panorama energetico mondiale³, esso solleva al contempo numerosi dubbi con particolare riguardo ai rischi ambientali collegati ai processi di estrazione e produzione, come l'uso di fluidi contenenti anche componenti

May 2004, Paper 0441; J. M. SCHOPF, *A Definition of Coal*, in 51 *Economic Geology*, 1956, pp. 521-527; S. D. SCHWOCHOW, *Major Plays*, in *Oil And Gas Investor Supplement*, December 2003, CBM-3; NPC (National Petroleum Council), *Unconventional Gas Sources*, Washington DC, NPC, 1980, 6v.; I. D. PALMER - J. MANSOORI, *How Permeability Depends on Stress and Pore Pressure in Coalbeds: a New Model*, *SPE Reservoir Evaluation & Engineering*, 12, 1998, pp. 539-544; I. D. PALMER ET AL., *Coalbed Methane Well Completions and Stimulations*, in B. E. LAW e D. D. RICE (eds.), *Hydrocarbons From Coal*, Tulsa (OK), American Association of Petroleum Geologists, 1993, pp. 303-339.

² Sulla diffusione dei giacimenti di gas non convenzionale, si vedano C. MCGLADE - J. SPEIRS e S. SORRELL, *Unconventional Gas - A Review of Regional and Global Resource Estimates*, in 55 *Energy*, 2013, nn. 571-584; C. M. BOYER, *Unconventional Gas Resources Gain Importance in Future Gas Production*, in *Fundamentals of The World Gas Industry*, London, The Petroleum Economist, 2005, p. 90; WORLD ENERGY COUNCIL, *Survey of Energy Resources: Shale Gas - What's New?*, World Energy Council, London, 2011; C. MCGLADE - J. SPEIRS e S. SORRELL, *A Review of Regional and Global Estimates of Unconventional Gas Resources. A Report to the Energy Security Unit of the Joint Research Centre of the European Commission*, 15 December 2011.

³ Per una visione d'insieme delle principali questioni energetiche e della loro relazione con la disciplina giuridica del commercio internazionale, si vedano, *ex multis*, T. COTTIER - O. NARTOVA - S. Z. BIGDELI (a cura di), *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change: World Trade Forum*, Cambridge University Press, 2009; J. WATSON, *The WTO and the Environment: Development of Competence Beyond Trade*, Londra, Routledge, 2012; H. HOHMANN, *Agreeing and Implementing the Doha Round of the WTO*, Cambridge University Press, 2008; G. BIGLAISER - J. K. HOROWITZ, *Pollution Regulation and Incentives for Pollution-Control Research*, in 3 *Journal of Economics and Management Strategy*, vol. 3, 1995, pp. 663-684; W. ANTWEILER - B. R. COPELAND - M. S. TAYLOR, *Is Free Trade Good for the Environment?*, in *American Economic Review*, vol. 91, 2001, pp. 877-908; M. A. COLE - R. J. R. ELLIOTT, *Determining the Trade-Environment Composition Effect: the Role of Capital, Labor and Environmental Regulations*, in 46 *Journal of Environmental Economics and Management*, vol. 48, 2003, pp. 363-383; M. DAVID - B. SINCLAIR-DESGAGNÉ, *Environmental Regulation and the Eco-Industry*, in *Journal of Regulatory Economics*, vol. 28, 2005, pp. 141-155; J. EDERINGTON - P. MCCALMAN, *Endogenous Firm Heterogeneity and the Dynamics of Trade Liberalization*, in *Journal of International Economics*, vol. 74, 2008, pp. 422-440; Z. ZHANG, *Liberalizing Climate-Friendly Goods and Technologies in the WTO: Product Coverage, Modalities, Challenges and the Way Forward*, 2009.

chimiche nella fratturazione idraulica e il conseguente pericolo di contaminazione dei bacini d'acqua potabile⁴. Come si può riscontrare dalla pregressa esperienza degli Stati Uniti d'America, da un lato occorre ricordare il ruolo centrale che lo *shale gas* sta attualmente rivestendo nel quadro delle relazioni geopolitiche, economiche e d'indipendenza energetica degli Stati nell'era della globalizzazione e della frammentazione del diritto internazionale⁵. D'altro canto, è essenziale assicurarsi che lo sviluppo di queste risorse sia perseguito attraverso un approccio ecosostenibile⁶.

La *leadership* cinese è pienamente consapevole dell'importanza del gas non convenzionale come fonte di energia a basso impatto di carbonio e come elemento chiave per raggiungere gli obiettivi energetici e ambientali. Essendo la nazione con il più alto tasso d'incremento delle emissioni di gas serra, il successo della Cina nel sostituire il carbone con un gas più economico come principale combustibile nella produzione di energia elettrica può rappresentare un punto di svolta nella lotta al riscaldamento globale⁷. Tuttavia, la Cina deve far fronte alla mancanza di un

⁴ La fratturazione idraulica comporta l'iniezione ad alta pressione di milioni di galloni di fluido di fratturazione a base d'acqua per aumentare la permeabilità della roccia mantenendo aperte le spaccature. Il fluido di fratturazione è un composto formato al 90 per cento da acqua, al 9.5 per cento da sabbia e allo 0.5 per cento da additivi chimici. Si veda in generale ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, *Hydraulic Fracturing Research Study*, 2010.

⁵ Sulla frammentazione del diritto internazionale si vedano UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L.682, 13 April 2006. Si vedano altresì M. KOSKENNIEMI e P. LEINO, *Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 553-579; A. FISHER-LESCANO e G. TEUBNER, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in *Mich. J. Int'l L.*, vol. 25, 2004, pp. 999-1046; L.A.N. M. BARNHOORN e K. WELLENS (eds.), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, The Hague, Nijhoff, 1995.

⁶ Si vedano H. WISEMAN, *Untested Waters: The Rise of Hydraulic Fracturing in Oil and Gas Production and the Need to Revisit Regulation*, in 20 *Fordham Envtl. L. Rev.*, 2009, p. 115, p. 116; E. STEPHENSON - A. DOUKAS e K. SHAW, *Greenwashing Gas: Might a "Transition Fuel" Label Legitimize Carbon-intensive Natural Gas Development?*, in 46 *Energ. Pol'v.*, 2012, pp. 452-459. Si vedano, altresì, S. G. OSBORN ET AL., *Methane Contamination of Drinking Water Accompanying Gas-Well Drilling and Hydraulic Fracturing*, in 108.20 *Proceedings of The National Academy of Sciences*, 2011, pp. 8172-8176; D. M. KARGBO - R. G. WILHELM e D. J. CAMPBELL, *Natural Gas Plays in the Marcellus Shale: Challenges and Potential Opportunities*, in 44.15 *Environmental Science & Technology*, 2010, pp. 5679-5684; C. W. SCHMIDT, *Blind Rush? Shale Gas Boom Proceeds Amid Human Health Questions*, in 119.8 *Environmental Health Perspectives*, 2011, p. 348; R. W. HOWARTH - A. INGRAFFEA e T. ENGELDER, *Natural Gas: Should Fracking Stop?*, in 477.7364 *Nature*, 2011, pp. 271-275.

⁷ La letteratura sul tema dell'intervento cinese in materia di lotta ai cambiamenti climatici è ormai copiosa, si vedano *ex multis*, C. CHU - B. CHATTERJEE e A. BROWN, *The Current Status of Greenhouse Gas Reporting By Chinese Companies: A Test of Legitimacy Theory*, in 28(2) *Managerial Auditing J.*, 2013, pp. 114-139; M. CAO, *Greenhouse Gas Emission Reduction*, in 43(1) *Envtl. Pol'v & L.*, 2013, p. 52; Z. LIU ET AL., *Uncovering China's Greenhouse Gas Emission From Regional and Sectorial Perspectives*, in *Energ.*, 2012; L. SUGAR - C. KENNEDY e E. LEMAN, *Greenhouse Gas Emissions From Chinese Cities*, in 16(4) *J. Indus.*

quadro normativo adeguato, in grado di gestire i potenziali rischi ambientali provocati dall'estrazione dello *shale gas*. Il presente contributo esaminerà le implicazioni dello sviluppo del gas non convenzionale cinese sul mercato energetico globale e la sua rilevanza relativamente al tema della sicurezza energetica. Si analizzeranno altresì le zone d'ombra e le discrepanze nell'attuale sistema giuridico, incluse le carenze istituzionali che intralciano la concreta attuazione delle normative ambientali, il regime fiscale e le barriere all'entrata nel mercato energetico cinese per gli investitori stranieri. Si valuterà pertanto la pregressa esperienza statunitense valutando la possibilità e l'opportunità di assumerla, *mutatis mutandis*, a modello per la futura produzione e sfruttamento commerciale dello *shale gas* in Cina. In conclusione si rimarcherà la necessità di una riforma giuridica e regolatoria che incida in profondità sul sistema amministrativo e istituzionale cinese per promuovere uno sviluppo ecosostenibile del settore del gas non convenzionale in Cina⁸.

2. Lo sviluppo dell'industria della produzione e della commercializzazione dello *shale gas* in Cina: accordi per l'esplorazione e lo sfruttamento

La possibilità di produzione e sfruttamento dello *shale gas* è oggetto di valutazione in numerose nazioni. Il gas è presente in giacimenti dai quali viene estratto operando direttamente sulla roccia madre, caratterizzata da una bassa permeabilità, attraverso una combinazione di tecniche, tra cui la

Ecol., 2012, pp. 552-563. H. HUO ET AL., *Projection of Energy Use and Greenhouse Gas Emissions by Motor Vehicles in China: Policy Options and Impacts*, in 43 *Energy Pol'y*, 2012, pp. 37-48.

⁸ Gli obiettivi da raggiungere e i problemi da affrontare da parte del Governo cinese sono estremamente complessi da delineare. La Cina deve tenere conto della necessità di rafforzare la sicurezza energetica con il raggiungimento degli obiettivi energetici previsti per il futuro, pianificati e necessari al mantenimento della crescita economica e dello sviluppo costante sia delle città e delle megalopoli già esistenti, ma anche delle nuove aree della Cina che stanno uscendo dalla povertà e il cui sviluppo (o diritto allo sviluppo) è fortemente legato al crescente bisogno e disponibilità di energia. Allo stesso tempo, la Cina deve assicurarsi una crescita economica incentrata sulla protezione delle generazioni presenti e future e del mondo in generale ovvero impostando delle politiche che vadano davvero nella direzione della creazione di una «civiltà ecologica». Tale espressione indica sia un'etica culturale che mira alla coesistenza armoniosa tra uomo, società e natura, sia una strategia di sviluppo che, basandosi sulla coesistenza armoniosa tra uomo e natura, consenta contemporaneamente di migliorare il tenore di vita della popolazione e di far fronte alla minaccia che la limitatezza delle risorse pone allo sviluppo economico. In altri termini, «[L]a civiltà ecologica è l'unione dei risultati materiali, spirituali ed istituzionali da parte di persone che utilizzano la natura proteggendola e che migliorano le relazioni tra uomo e natura». Si veda sul punto S. ZHOU, *Vigorously Exploring the New Path for Environmental Protection in China and Striving for a Higher Level of Ecological Civilization*, intervento al 2010 Annual General Meeting of China Council for International Cooperation on Environment and Development, 10 novembre 2010.

fratturazione idraulica e la trivellazione orizzontale⁹, generando fenditure nella roccia che permettono di liberare il gas ivi contenuto che così emerge in superficie (si veda Figura 1. Schema illustrativo delle operazioni di fratturazione idraulica e trivellazione orizzontale).

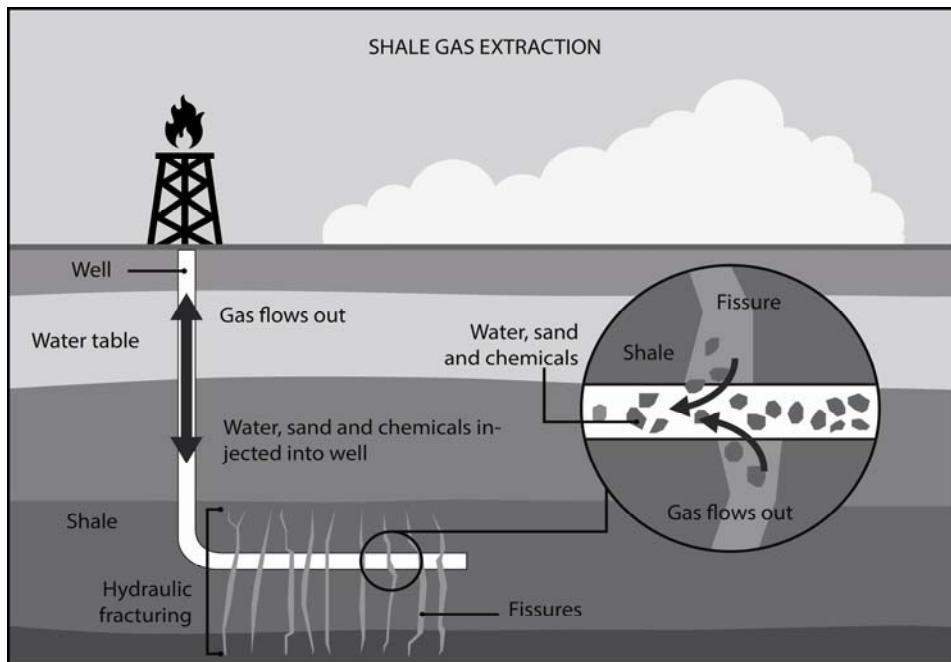


Figura 1. Schema illustrativo delle operazioni di fratturazione idraulica e trivellazione orizzontale.

Lo *shale gas* è stato diffusamente definito come «*bridge fuel*», alludendo alla sua capacità di stimolare un ricambio energetico finalizzato a sostituire gli idrocarburi con fonti rinnovabili a basso impatto di carbonio come fonte primaria di energia¹⁰. Questo concetto muove dal presupposto che le risorse rinnovabili non possono puntare a sostituire *in toto* gli idro-

⁹ La trivellazione orizzontale richiede lo scavo di un pozzo verticale e successivamente uno scavo laterale per raggiungere una zona più ampia del giacimento.

¹⁰ Sulla portata "rivoluzionaria" dello *shale gas*, si vedano H. MÄKINEN, *Shale Gas—a Game Changer in the Global Energy Play*, in 1 *Baltic rim economies*, 2010; A. MYERS JAFFE, *Shale Gas Will Rock the World*, in *Wall Street Journal*, May 10, 2010; P. STEVENS, *The "Shale Gas Revolution: Hope and Reality*, 2010; N. LIOR, *Sustainable Energy Development with Some Game-Changers*, in 40(1) *Energy*, 2012, pp. 3-18; M. WOLF, *Prepare for a Golden Age of Gas*, in *Financial Times*, Feb. 22, 2012.

carburi in una prospettiva temporale di breve periodo e che, sebbene lo *shale gas* stesso sia anch'esso un idrocarburo, il suo consumo produce tuttavia conseguenze molto meno dannose rispetto agli altri combustibili fossili. Invero, la sostituzione del carbone con il gas naturale, ivi incluso lo *shale gas*, quale combustibile primario consentirebbe un abbattimento delle emissioni di biossido di carbonio di circa il cinquanta per cento. Al contrario, attualmente sembra emergere un generale svantaggio delle fonti rinnovabili rispetto agli idrocarburi – soprattutto gas naturale – in termini di costi-benefici¹¹. Esse, infatti, non risultano ancora abbastanza competitive in relazione alle fonti energetiche tradizionali. Peraltro, prendendo le pregresse esperienze in materia di Stati Uniti d'America e dell'Unione europea come modelli e analizzando gli sforzi profusi nella realizzazione di progetti di energia elettrica prodotta con fonti rinnovabili e nella commercializzazione dell'energia prodotta da tali progetti, appare chiaro come esse non possano prescindere da un flusso costante di finanziamenti e sussidi statali¹². L'attuale recessione fa presupporre che tali forme di finanziamento non potranno essere concesse in futuro, come si può anche desumere dal *trend* già in atto in numerosi paesi europei, che hanno ridotto o eliminato del tutto tali finanziamenti al settore delle energie rinnovabili, non ritenendo più che costituissero una priorità su cui allocare le proprie già limitate risorse¹³.

¹¹ L'uso delle fonti rinnovabili come quella solare ed eolica per la produzione di elettricità costa da due a cinque volte di più rispetto all'uso del gas. Inoltre, dal momento che la maggior parte di tali fonti rinnovabili può generare elettricità solo a frequenza intermittente, un'unità di elettricità prodotta da una fonte rinnovabile vale appena il 25 per cento di un'unità di elettricità prodotta attraverso l'uso del gas. P. L. JOSKOW, *Comparing the Costs of Intermittent and Dispatchable Electricity Generating Technologies*, in 100(3) *Am. Econ. Rev.: Papers & Proceedings*, 2011, pp. 238–241 available at http://web.mit.edu/ceep/www/publications/reprints/Reprint_231_WC.pdf (last visited Apr. 6, 2015); P. D. FARAH e E. CIMA, *Energy Trade and the WTO: Implications for Renewable Energy and the OPEC Cartel*, in 16 (3) *J. Int'l Econ. L.*, 2013, pp. 707-740; P. D. FARAH e E. CIMA, *L'energia nel contesto degli Accordi dell'OMC: Sovvenzioni per le energie rinnovabili e pratiche OPEC di controllo dei prezzi*, in *Dir. comm. int.*, 2013, pp. 343-381.

¹² Circa il ruolo del sostegno pubblico finanziario alle energie rinnovabili, si vedano M. FRONDEL ET AL., *Economic Impacts From The Promotion of Renewable Energy Technologies: The German Experience*, in 38(8) *Energy Pol'y*, 2010, pp. 4048-4056; R. SCHMALENSEE, *Evaluating Policies To Increase Electricity Generation From Renewable Energy*, in 6(1) *Rev. Envtl. Econ. & Pol'y*, 2012, pp. 45-64; R. SCHMALENSEE, *Evaluating Policies to Increase the Generation of Electricity from Renewable Energy*, MIT Ceep (Center for Energy and Environmental Policy Research), May 2011; M. A. DELUCCHI e M. Z. JACOBSON, *Providing All Global Energy with Wind, Water, and Solar Power. Part II: Reliability, System and Transmission Costs, and Policies*, in 39(3) *Energy Pol'y*, 2011, pp. 1170-1190; K. WILLIGES - J. LILLIESTAM e A. PATT, *Making Concentrated Solar Power Competitive with Coal: the Costs of a European Feed-In Tariff*, in 38(6) *Energy Pol'y*, 2010, pp. 3089-3097; P. LEHMANN e E. GAWEL, *Why Should Support Schemes for Renewable Electricity Complement the EU Emissions Trading Scheme*, in *Energy Pol'y*, 2012.

¹³ A titolo esemplificativo, Spagna e Portogallo hanno preso la decisione di concludere gli

Orbene, il totale abbandono degli idrocarburi a favore delle fonti rinnovabili potrà avvenire solamente in un'ottica di lungo periodo¹⁴. Al contempo, la possibilità per lo *shale gas* di divenire un «combustibile di transazione» dipende dalla capacità di adottare tutte le misure idonee a rassicurare la società circa un possibile utilizzo della fratturazione idraulica a basso impatto ambientale. Per quanto riguarda la Cina, è altamente probabile che derivino grandi benefici dalla produzione e dallo sfruttamento dello *shale gas*. Da un lato questo aiuterebbe a fronteggiare la crescente domanda energetica interna¹⁵ e, dall'altro, contribuirebbe alla lotta contro il riscaldamento globale¹⁶.

impegni a lungo termine che avevano assunto per sostenere le energie sostenibili, eliminando retroattivamente i sussidi. In questo modo, i due Paesi iberici hanno risparmiato numerosi miliardi di euro, nel tentativo di evitare il *default* causato dal loro debito sovrano. M. PIANTA e M. IUCCHESI, *Una politica industriale per l'Europa*, in *Economia & Lavoro*, 2014. Per una prospettiva cinese sul punto si veda, X. OUYANG e B. LIN, *Impacts of Increasing Renewable Energy Subsidies and Phasing Out Fossil Fuel Subsidies in China*, in *37 Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 2014, pp. 933-942. Occorre rilevare che questo *trend* non ha, per ora, interessato la Cina. Invero, l'aumento di energia ricavata da fonti rinnovabili in Cina negli ultimi anni è notevole. Si pensi infatti che le centrali idroelettriche hanno visto l'installazione di oltre 30 GW nel periodo 2010-2014, e tra queste vi è la centrale sulla diga delle Tre Gole sul Fiume Azzurro, completata nel 2011 e divenuta la più grande centrale idroelettrica del mondo. Parimenti, anche le centrali eoliche e fotovoltaiche stanno diffondendosi su tutto il territorio cinese. La Cina si è così affermata tra i *leader* mondiali del settore, tra i principali finanziatori di nuovi progetti e anche *leader* nella ricerca e sviluppo. L. MASELLI, *Cina: "Obsessione" Energia*, 5 maggio 2014, ISPI, disponibile su <http://www.ispionline.it/it/pubblicazione/cina-ossessione-energia-10335>.

¹⁴ R. J. PIERCE, Jr. *Natural Gas: A Long Bridge to a Promising Destination*, in *32 Utah Envtl. L. Rev.*, 2012, p. 245. Si veda anche D. P. SCHRAG, *Is Shale Gas Good for Climate Change?*, in *141(2) Daedalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, 2012. D'altro canto, la produzione di gas naturale non convenzionale è nota per l'elevato ammontare di possibili perdite di metano, uno dei più potenti gas serra. Durante i processi di produzione di petrolio e gas, le emissioni diffuse di metano sono fatte filtrare o ventilate volontariamente alla sorgente del pozzo, dalle tubature e dalle valvole. M. ENOE - Y. HE e E. POHNAN, *Lessons Learned: A Path toward Responsible Development of China's Shale Gas Resources*, in *Nat. Resources Def. Couns.*, 2012, p. 6. Sostenendo che innovazioni dinamiche nella *governance* possano rendere più agevole il bilanciamento tra clima, energia e acqua, colmando le attuali lacune nella *governance* del gas naturale. E. BURLESON, *Climate Change and Natural Gas Dynamic Governance*, in *63(4) Case W. Res. L. Rev.*, 2013.

¹⁵ L'Agenzia Internazionale per l'Energia (IEA) stima che la Cina consumerà più gas di tutti i Paesi dell'Unione europea entro il 2035. *Are We Entering a Golden Age of Gas?*, Special Report (International Energy Agency, OECD, Paris, 2011). In base alle stime del Fondo Monetario Internazionale (FMI), la crescita del prodotto interno lordo della Cina è rallentata a un valore stimato del 7.7 per cento nel 2013, dopo aver registrato un tasso di crescita annuo del 10 per cento fino al 2000 e del 9.2 per cento nel 2011 nonostante la crisi economica mondiale. Al fine di sostenere la vertiginosa crescita economica anche il consumo di energia elettrica, più che raddoppiato dal 2003, è in forte aumento. In base ai dati del National Energy Bureau del Consiglio di Stato cinese, nel 2011 i consumi di energia elettrica sono saliti del 11.7 per cento toccando i 4.693 miliardi di kWh, rispetto ai 4.190 miliardi di kWh del 2010, consacrando la Cina come il più grande consumatore mondiale di energia. Così L. MASELLI, *Cina: "Obsessione" Energia*, cit. *supra*, nota 13.

¹⁶ Per una prospettiva scientifica sul dato che una percentuale rilevante del recente riscaldamento globale sia provocata dall'accumulo nell'atmosfera terrestre di gas serra, si veda

Tuttavia, lo sviluppo dello *shale gas* comporta il potenziale rischio di distogliere interesse e capitali dallo sviluppo delle energie rinnovabili, frustrando l'*appeal* economico dei progetti di energia solare, eolica e geotermica e finendo con il compromettere o perlomeno posticipare di svariati anni il passaggio alle fonti rinnovabili¹⁷. Su questo punto, Nobuo Tanaka, già direttore esecutivo dell'Agenzia Internazionale dell'Energia (*International Energy Agency* - IEA), ha affermato: «Sebbene il gas naturale sia il combustibile fossile meno inquinante, resta comunque un combustibile fossile. Il suo uso su larga scala potrebbe escludere l'impiego di combustibili a basso impatto carbonico, come le fonti rinnovabili (...) la sola espansione dell'uso del gas non è la panacea per il cambiamento climatico»¹⁸.

Non da ultimo, un'eccessiva dipendenza da gas naturale finirebbe ugualmente per frustrare gli sforzi profusi per mantenere una certa varietà nel *mix* di idrocarburi presenti nel mercato energetico, lasciando l'economia e, in ultima istanza, i consumatori in balia della volatilità del prezzo del gas. Ad opinione di chi scrive, ulteriori azioni complementari sono dunque necessarie per avere una concreta possibilità di soddisfare gli o-

J. DODSON, *Introduction*, in *Changing Climates, Earth Systems and Society XIX*, Dordrecht - Heidelberg - London - New York, Springer Netherlands, 2010.

¹⁷ Invero, l'uso dello *shale gas* come fonte a basso costo di energia elettrica negli Stati Uniti d'America ha reso molto più difficile l'ingresso nel mercato di nuovi progetti eolici (si veda D. YERGIN, *The Quest: Energy Security and the Remaking of the Modern World*, New York, The Penguin Press, 2011. In maniera analoga, l'IEA ritiene che l'abbassamento dei prezzi del gas convenzionale a causa di una maggiore produzione di *shale gas* potrebbe ostacolare seriamente l'attuabilità delle fonti alternative a basso impatto di carbonio. Ciò è stato altresì confermato da Fatih Birol, già economista capo dell'IEA, che ha affermato che «se i prezzi del gas si abbassassero, questo eserciterebbe una grande pressione sui governi, spingendoli a rivedere le loro attuali politiche di sostegno alle energie rinnovabili (...) Potremmo vedere cancellati molti progetti sulle energie rinnovabili». F. HARVEY, *Natural Gas is No Climate Change "Panacea"*, *Warns IEA*, *The Guardian*, Jun. 6, 2011, disponibile all'indirizzo <http://www.theguardian.com/environment/2011/jun/06/natural-gas-climate-change-no-panacea>. Ad ogni modo, è importante tenere a mente che l'adozione di criteri di regolamentazione più severi per lo *shale gas* non assicurerebbe il mantenimento dei prezzi piuttosto bassi attualmente riscontrabili, senza contare che il concorrente definitivo per quanto riguarda i prezzi nel settore energetico non è il gas, ma il carbone (e, per quanto riguarda la capacità minima, l'energia nucleare e l'idroelettrica). Su questo punto, Jenner e Lamadrid sottolineano come «la sfida cruciale per ottenere una vera e totale concorrenza e sostituibilità è il raggiungimento della parità con il prezzo del carbone. Questo obiettivo può essere raggiunto in due modi diversi: aumentando il rapporto costi-benefici delle energie rinnovabili e delle modalità di stoccaggio grazie a un ulteriore progresso tecnologico; oppure includendo il costo del carbonio all'interno del prezzo di valore del carbone. Entrambe le strade percorribili sono relativamente indipendenti dalla questione dello shale gas». S. JENNER - A. J. LAMADRID, *Shale Gas vs. Coal: Policy Implications from Environmental Impact Comparisons of Shale Gas, Conventional Gas, and Coal on Air, Water, and Land in the United States*, in *53 Energy Pol'y*, 2013, pp. 442-453.

¹⁸ International Energy Agency (IEA), May 2012, *Golden Rules for a Golden Age of Gas*, International Energy Agency May 2009, p. 91, disponibile su <http://www.worldenergyoutlook.org/goldenrules/>.

biettivi della lotta contro i cambiamenti climatici¹⁹. Per raggiungere questo risultato, l'agenda della *governance* energetica internazionale deve dare priorità agli investimenti a basso impatto di carbonio e alle energie rinnovabili nonché sostenere lo sviluppo di tecnologie per la cattura e lo stoccaggio del carbonio e misure energetiche ad alta efficienza. Un ulteriore e indispensabile passo in tal senso sarebbe l'introduzione quanto più ampia possibile di una tassa sul carbonio, riducendo in tal modo le ripercussioni delle esternalità negative dei combustibili fossili sulla società *lato sensu*²⁰. Dato il costante progresso tecnologico nel settore dello *shale gas*, una maggiore e più strutturata cooperazione su queste tematiche tra le agenzie governative e le autorità energetiche internazionali si rivela necessaria.

Pechino riconosce il ruolo del gas non convenzionale come risorsa fondamentale per raggiungere gli obiettivi energetici che su essa gravano, *inter alia*, l'aumento della sicurezza energetica, l'abbattimento delle emissioni di gas serra²¹ e il miglioramento della qualità domestica dell'aria²².

¹⁹ Ad opinione di chi scrive, gas naturale e risorse rinnovabili dovrebbero essere considerati non già concorrenti, bensì come fonti complementari nel settore energetico. Le centrali a gas naturale possono rapidamente aumentare o diminuire la propria produzione elettrica e agire dunque da efficace sostegno all'intermittenza delle energie rinnovabili. In questo senso, si veda CENTER FOR CLIMATE AND ENERGY SOLUTIONS (C2ES). *Leveraging Natural Gas to Reduce Greenhouse Gas Emissions*. Summary Report, The Center for Climate and Energy Solutions, June 2013, disponibile all'indirizzo <http://www.c2es.org/publications/leveraging-natural-gas-reduce-greenhouse-gas-emissions>.

²⁰ Circa i vantaggi e la *ratio* sottostante l'introduzione di una c.d. «carbon tax», si vedano W. D. NORDHAUS, *To Tax or Not to Tax: Alternative Approaches to Slowing Global Warming*, in 1(1) *Rev. Envtl. Econ. Pol'y*, 2007, pp. 26-44. Infine, ogni ulteriore intervento richiederebbe il previo sviluppo di un meccanismo di riduzione delle emissioni di metano rilasciate nell'atmosfera durante il processo estrattivo. Tali emissioni sono prevalentemente causate dal "riflusso" dell'acqua iniettata nella formazione rocciosa durante la fratturazione, e da perdite durante le fasi di elaborazione e di trasporto. Studi recenti suggeriscono che queste perdite possono essere limitate facendo ricorso alle tecnologie più avanzate attualmente disponibili, pur non essendo del tutto eliminabili, tant'è che altri studi scientifici indicano che affidarsi allo *shale gas* potrebbe persino avere gli stessi effetti deleteri sull'ambiente del carbone. R. W. HOWARTH - R. SANTORO e A. INGRAFFEA. *Methane and the Greenhouse-Gas Footprint of Natural Gas from Shale Formations*, in 106(4) *Climatic Change*, 2011, pp. 679-690. A tal proposito diventa essenziale misurare con precisione le emissioni di gas serra rilasciate durante la produzione e il consumo di gas in modo da minimizzarle durante l'intera catena produttiva. Ovviamente, il gas naturale non è privo di impatto carbonico. Al contrario, rilascia emissioni durante la sua combustione e, inoltre, contiene metano (CH₄), un potente gas serra, il cui rilascio durante la produzione, la trasmissione e la distribuzione potrebbe annullare gli effettivi benefici sul clima derivanti dal suo uso.

²¹ Seguendo gli obblighi di riduzione delle emissioni previsti dal Protocollo di Kyoto, il Governo cinese ha annunciato il 25 novembre 2009 che il rapporto tra il prodotto interno lordo e le emissioni di CO₂ nel 2020 sarà ridotto del 40-45 per cento rispetto a quello del 2005. M. KIM - R. JONES, *China's Energy Security and the Climate Change Conundrum*, in 19(3) *Nat. Resources & Env't*, 2005, p. 3 ss.; D. HAIFENG, *Legal Interactive Mechanism on Climate Change: A Comparative Study of China and U.S. Experiences*, in 8 *US-China L. Rev.*, 2011, pp. 431-444; P. HOWARD, *Harmony in China's Climate Change Policy*, in M. HOSSAIN - E. SELVANATHAN (eds). *Climate Change and Growth in Asia*, Cheltenham UK - Northampton (USA), Edward Elgar Publishing, 2011.

Una valutazione sulle risorse di *shale gas* commissionata dall'Energy Information Agency (EIA) statunitense nel 2013²³ ha stimato che le riserve di gas teoricamente sfruttabili in Cina ammontano a 1,175 miliardi di piedi cubi²⁴, quasi il 50 per cento in più rispetto agli Stati Uniti²⁵. Tuttavia, la rigida struttura dell'industria statale petrolifera e del gas in Cina frena ogni tentativo di sfruttare tali riserve, dal momento che l'assenza di concorrenza tra i tre colossi energetici nazionali – China National Petroleum Corporation – (CNPC), China Petroleum & Chemical Corporation (Sinopec) e PetroChina – non favorisce un'equa allocazione delle risorse²⁶. Nonostante ciò, le compagnie petrolifere nazionali in Cina hanno già iniziato trivellazioni esplorative con l'assistenza tecnica e finanziaria di società multinazionali come Total, British Petroleum e Royal Dutch Shell, attraverso accordi di *joint-venture*. Inoltre, i numerosi investimenti cinesi nei bacini di *shale gas* statunitensi mostrano quanto sia serio l'impegno di Pechino nell'esplorare il potenziale offerto dalle risorse di gas non convenzionale, considerato che la Cina sta aumentando esponenzialmente la sua conoscenza nel settore²⁷. Emerge pertanto l'impegno cinese nelle relazioni in-

²² Per una previsione sul consumo energetico cinese e le emissioni di biossido di carbonio nel 2020, si vedano W. LU - Y. MA, *Image of energy consumption of well off society in China*, 45 *Energy Conversion & Mgmt.*, 2004, pp. 1357-1367. Sulla relazione tra crescita economica e sviluppo sociale, si veda in generale G. H. POPESCU, *The Social Evolution of China's Economic Growth*, in 1 *Contemp. Readings in Law and Social Justice*, 2013, pp. 88-93.

²³ L'IEA è un'agenzia indipendente del Department of Energy statunitense.

²⁴ Technically Recoverable Shale Oil and Shale Gas Resources: An Assessment of 137 Shale Formations in 41 Countries Outside the United States (2013 report). Si veda inoltre S. LI, *The Status of World Shale Gas Exploration and Development and Implications for China*, in 6 *Geological Bulletin*, 2010, pp. 918-924 (in cinese).

²⁵ È stimato che la Cina possiede 1,115 bilioni di piedi cubi di *shale gas* teoricamente estraibile, principalmente in rocce di scisto marine – e lacustri – nei giacimenti del Sichuan (626 tcf), Tarim (216 Tcf), Junggar (36 Tcf), e Songliao (16 Tcf). Altri 222 tcf di *shale gas* teoricamente estraibile si trovano nei giacimenti più piccoli e complessi strutturalmente della Piattaforma Yangtze, Jianghan e Subei. Le concessioni e le trivellazioni esplorative sono già in corso in Cina, in particolare nel giacimento del Sichuan e nella Piattaforma Yangtze, da parte di PetroChina, Sinopec e Shell, mentre il Governo ha fissato l'ambizioso e probabilmente inattuabile obiettivo di aumento di produzione dello *shale gas* da 5.8 a 9.7 Bcfd entro il 2020. Vedi C. MCGLADE - J. SPEIRS e S. SORRELL, *Unconventional Gas*, cit. *supra*, nota 2.

²⁶ Al contempo, come verrà esposto *infra*, par. 3 e 4, l'attuale panorama legislativo energetico cinese è caratterizzato da un'ipertrofia regolamentare e da un sistema giuridico in materia ambientale al tempo stesso incompleto e incoerente. Per una rassegna panoramica della normativa energetica cinese, si veda X. QIU - H. LI, *Energy Regulation and Legislation in China*, in 42 *Envtl. L. Rep.*, 2012, pp. 10678.

²⁷ A livello globale, gli Stati stringono accordi multilaterali o bilaterali per garantirsi una maggiore sicurezza energetica, accumulando al contempo ingenti riserve che hanno un impatto inevitabile sull'offerta di petrolio e gas naturale mondiale. Si veda in tal senso P. D. FARAH e P. ROSSI, *National Energy Policies and Energy Security in the Context of Climate Change and Global Environmental Risks: A Theoretical Framework for Reconciling Domestic and International Law through a Multiscalar and Multilevel Approach*, in 20(6) *Eur. Energy & Envtl. L. Rev.*, 2011, pp. 232-234; R. LEAL-ARCAS e A. FILIS, *The Fragmented Governance of the*

tra-statali finalizzate a garantire un costante afflusso di energia per soddisfare il proprio fabbisogno energetico, sempre crescente²⁸. Come accennato, nel tracciare una valutazione dello sviluppo industriale dello *shale gas* in Cina, non si può trascurare di rilevare l'insufficienza, la disorganicità e la mancanza di trasparenza del sistema giuridico attualmente applicabile. La Cina deve ancora tracciare un'adeguata cornice legislativa relativa alla normativa energetica e alle infrastrutture collegate, ai meccanismi di fissazione del prezzo e anche al controllo dei rischi ambientali connessi allo sviluppo delle risorse di gas non convenzionali. Lo sfruttamento delle risorse naturali è un settore strategico per la sicurezza nazionale e, a tal proposito, è altamente sensibile alle influenze politiche ed estremamente incline a subire interventi statali, tanto più che il governo centrale controlla saldamente i giacimenti di *shale gas* tramite la concessione dei diritti di esplorazione e degli appalti.

La prima serie di gare d'appalto per gli scavi esplorativi di *shale gas* tenuta nel giugno del 2011 ha assunto la forma di una gara a invito, cui hanno concorso soltanto società di capitali controllate dallo Stato o da singole province, nello specifico China National Off-shore Oil Corporation, Sinopec, PetroChina, Yanchang Petroleum, China United Coalbed Methane Corporation e Henan CBM. L'esclusione delle compagnie straniere dal novero di quelle in grado di ottenere le licenze di produzione era strumentale a mantenere il controllo del Governo sugli investimenti e le quote di produzione. La seconda serie di gare si è tenuta nell'ottobre del 2012 e ha allargato la partecipazione anche ad aziende statali operanti in settori dell'industria diversi dall'ambito petrolifero e a fondi d'investimento privati cinesi (Sinochem, Zhenhua Oil), in modo da promuovere una maggiore concorrenza all'interno della neonata industria dello *shale gas*.

Global Energy Economy: a Legal-Institutional Analysis, in 6(4) *J. World Energy L. & Bus.*, 2013, pp. 1-58.

²⁸ A. GOLDTHAU, *Energy Diplomacy in Trade and Investment in Oil and Gas*, in A. GOLDTHAU - J. M. WITTE (a cura di), *Global Energy Governance: The New Rules Of The Game*, Washington, D.C., Brookings Institution Press, 2010, pp. 25-47. Al momento la domanda di gas naturale continua a superare le risorse disponibili, rendendo la Cina un importatore netto, ma la produzione domestica è cresciuta a un ritmo vertiginoso, facendo passare la quota di gas naturale all'interno del fabbisogno energetico complessivo dal 2 al 4 per cento, con un incremento dell'8 per cento previsto per il 2015 e del 10 per cento entro il 2020. La Cina ha aumentato la sua produzione interna di gas naturale passando da 27.2 miliardi di metri cubi (bcm) nel 2001 (all'incirca il 106 per cento del consumo interno) a 94.5 bcm nel 2010 (all'incirca l'89 per cento del consumo interno). Si vedano altresì: B. LIN e T. WANG, *Forecasting Natural Gas Supply in China: Production Peak and Import Trends*, in *Energy Pol.* v. 2012: G. CK LEUNG, *China's Energy Security: Perception and Reality*, in 39(3) *Energy Pol.* v. 2011, nn. 1330-1337; G. LIU - C. YANG e T. HAO (eds), *Oil and Gas Resources in China: A Roadmap to 2050*, Beijing, Springer Science Press, 2011; J. LIA - X. DONGA - J. SHANGGUANB e M. HOOKC, *Forecasting the Growth of China's Natural Gas Consumption*, in 36(3) *Energy*, 2011, pp. 1380-1385.

Tuttavia, il Governo cinese mantiene ancora un enorme controllo sulla scelta di quali società possano accedere a questa industria²⁹. Il quadro regolatorio è ancora più restrittivo per le società straniere, che non sono in grado di partecipare alle gare o attivare autonomamente progetti di estrazione o di costruzione d'impianti, essendo autorizzate ad operare soltanto tramite accordi di *joint venture* con società di proprietà cinese³⁰. Viceversa, le grandi *State-Owned Enterprise* (SOEs) cinesi dell'energia, al fine di acquisire specifiche competenze tecnologiche investono nelle compagnie statunitensi che operano nel settore dello *shale gas* stringendo accordi di *joint venture* con loro. Ad esempio, Shell e CNPC hanno attuato un progetto congiunto che ha portato allo scavo di più di trenta pozzi di gas nella provincia del Sichuan Centrale e alla scoperta di giacimenti di *shale gas* nell'area di Fushun-Yongchuan, ponendo in essere quello che viene considerato il primo progetto commerciale avente ad oggetto gas non convenzionale in Cina. In maniera analoga, la società statunitense Conoco sta rafforzando la cooperazione con CNPC e parteciperà ai progetti esplorativi nell'area Neijiang-Dazu.

Tendenzialmente, le società straniere operanti nel settore petrolifero e del gas puntano a stringere accordi di produzione condivisa (*production sharing agreement* - PSA), che rappresentano la forma tradizionale di contrattazione per le fonti di gas e petrolifere. Tali accordi prevedono l'associazione della società straniera, in via esclusiva, alle operazioni di estrazione e produzione da condursi nell'area definita nel contratto, ma non alla titolarità delle risorse minerarie la quale, come la titolarità dei diritti esclusivi di ricerca e produzione di idrocarburi e di svolgimento delle attività connesse con l'esercizio di tali diritti, resta in capo alla società di Stato competente per il settore petrolifero e del gas. La compagnia petrolifera, contrattista per conto della società statale, sopporta il rischio del mancato ritrovamento di idrocarburi. Ne deriva che sia la proprietà degli idrocarburi rinvenuti sia la responsabilità per la gestione della relativa attività sono della società statale, la quale, attraverso la c.d. *management clause*, si assicura la direzione delle operazioni. La durata del PSC è normalmente di 4 o 6 anni per la fase esplorativa, cui fa generalmente poi seguito una fase di sviluppo e produzione in caso di scoperta commerciale (venti anni). I termini sono generalmente prorogabili. Il contrattista deve provvedere a tutti i fondi per

²⁹ C. LARSON, *China's Shale-Gas Potential and Peril*, in *Bloomberg Business Week*, April 18, 2013.

³⁰ Le società domestiche, invece, debbono meramente presentare una domanda per ottenere la concessione di permessi esplorativi e di costruzione, ottenuti i quali possono negoziare accordi con gli investitori stranieri. KPMG GLOBAL ENERGY INSTITUTE, *Shale Gas: Global M&A Trends*, KPMG International, May 2012.

la conduzione delle operazioni, pur sopportando il rischio. In caso di esito positivo dell'operazione, egli avrà diritto a una quota destinata a rimborsarlo dei costi di esplorazione e di sviluppo sostenuti (*cost oil*), e ad un'ulteriore quota-parte finalizzata ad assicurare la redditività del proprio investimento (*profit oil*). Si noti peraltro che la proprietà della quota di idrocarburi spettante al contrattista passa al punto di esportazione, dunque qualificandosi i diritti del contrattista non quali diritti minerari, bensì solo come diritti economici³¹.

Sotto un altro aspetto, alcune grandi compagnie petrolifere quali Statoil, Conoco Phillips, BP, Chevron ed Exxon Mobil hanno siglato lo *Joint Study Agreements* (JSA) con le compagnie petrolifere nazionali cinesi per un periodo limitato di tempo (al massimo due o tre anni). Durante questo periodo l'investitore straniero ed il suo *partner* cinese s'impegnano a condurre uno studio congiunto per determinare se vi sono riserve di gas di scisto in una determinata area e se esse sono in quantità tale da poter essere sfruttate commercialmente. Un JSA può contenere molte delle clausole presenti negli PSA o negli accordi di *joint venture*. Un JSA può ricoprire un ruolo molto importante – permettere alla società cinese e al suo *partner* straniero (che è molto probabile che sia una società esperta del gas di scisto e che abbia quindi una tecnologia avanzata e un buon *know-how*) di condurre operazioni per un breve periodo, prima di negoziare un eventuale PSA o una *joint venture* e proseguire con le operazioni di estrazione³².

In Cina il Governo partecipa attivamente alla conduzione del settore energetico al fine di controllare e ottimizzare i benefici derivanti dallo sfruttamento delle risorse strategiche. L'industria degli idrocarburi è ben strutturata e attiva sia nelle operazioni *upstream* sia in quelle di *downstream*. La tecnica principale per sostenere la produzione e l'utilizzo di gas naturale – e dunque, anche di *shale gas* – prevede obiettivi stabiliti dal Governo, perseguiti dalle compagnie statali, con il parziale intervento delle aziende private. La nutrita partecipazione alle menzionate gare d'appalto riflette l'entusiasmo del mercato cinese rispetto al potenziale dell'in-

³¹ Per una panoramica dei contratti utilizzati nell'industria del gas, si veda P. BERNARDINI, *La regolamentazione contrattuale in materia di ricerca e produzione di idrocarburi*, in *Enciclopedia degli Idrocarburi*. Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana Treccani, 2007, pp. 847-858. Si veda altresì, A. F. M. MANIRUZZAMAN, *The New Generation of Energy and Natural Resource Development Agreements: Some Reflections*, in 11 *Journal of Energy and Natural Resources Law*, 1993, pp. 221-247; B. MONTEBAULT, *La stabilisation des contrats d'Etat à travers l'exemple des contrats pétroliers. Le retour des dieux de l'Olimpe?*, in 6 *Revue de Droit des Affaires Internationales-International Business Law Journal*, 2003, pp. 593-643.

³² Sui vantaggi delle *joint venture* rispetto ai PSA, si veda lo *special issue* sul gas non convenzionale in *Journal of World Energy Law and Business*, vol. 7, Issue 5, October 2014.

dustria dello *shale gas*. Tuttavia, la maggior parte delle società aggiudicatrici nel secondo turno di gare per l'assegnazione delle concessioni non dispone delle competenze tecnologiche necessarie per lo sfruttamento dello *shale gas*³³. La mancanza di *know-how*, equipaggiamento e reti di trasporto, oltre che uno sfruttamento eccessivo dei giacimenti nella prima fase di esplorazione rappresentano la sfida precipua per lo sviluppo dello *shale gas* in Cina.

Occorre peraltro valutare quali saranno le conseguenze dal punto di vista dei costi ambientali. Lo *shale gas* è estratto tramite la tecnica della c.d. fratturazione idraulica (o «*fracking*»), un metodo estrattivo molto controverso suscettibile di causare serie minacce ambientali, segnatamente la contaminazione delle falde acquifere potabili con i fluidi di fratturazione, e l'esaurimento delle fonti d'acqua locali, come mostrato dallo sviluppo dello *shale gas* avvenuto di recente negli Stati Uniti³⁴. In Cina, questi ostacoli ad un serio sfruttamento delle riserve nazionali di gas non convenzionale sono amplificati da due problemi strettamente collegati: l'assenza di un quadro normativo esaustivo espressamente dedicato al controllo dei potenziali disastri ambientali legati alla produzione di *shale gas*; e una debolissima attuazione e applicazione delle disposizioni di legge e dei regolamenti rilevanti. Pur riconoscendo l'importanza dello *shale gas* come fonte di energia di transizione per il passaggio dai combustibili fossili a fonti energetiche pulite, la necessità impellente è minimizzare i danni ambientali legati alla sua estrazione e riuscire a incanalare la produzione di *shale gas* in un contesto ecosostenibile, obiettivo raggiungibile prevalentemente tramite la regolamentazione e l'attuazione efficace e puntuale della stessa. Nella scorsa decade, gli Stati Uniti d'America sono diventati la potenza *leader* nell'esplorazione, sviluppo, perfezionamento tecnologico, sfruttamento, produzione ed esportazione dello *shale gas*, come osserveremo più avanti. Pertanto, la loro esperienza potrebbe risultare un utile modello di riferimento per altre nazioni, tra le quali la Cina.

³³ Cfr. *supra*, nota 32.

³⁴ L'autore Premio Pulitzer *Daniel Yergin* nota quanto velocemente il gas naturale ottenuto dalle formazioni di scisto sia entrato a far parte del *mix* energetico negli Stati Uniti: «La rivoluzione dello *shale gas* è stata davvero un processo rapidissimo (...) il gas è passato dall'essere praticamente assente dalla nostra produzione di gas naturale a costituirne circa il 30 per cento». D. YERGIN, *The Quest: Energy Security and the Remaking of the Modern World*, New York, Penguin, 2011. Si veda altresì A. C. CUPAS, *The Not-So-Safe Drinking Water Act: Why We Must Regulate Hydraulic Fracturing at the Federal Level*, in 33 *William & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev.*, 2009, p. 605.

3. La cornice istituzionale, amministrativa e normativa cinese

Da una prima disamina del regime giuridico applicabile al gas non convenzionale emerge che l'intero sistema di gestione delle risorse naturali della Repubblica Popolare Cinese è estremamente frammentato e riflette una sostanziale mancanza di chiarezza nella ripartizione delle competenze tra istituzioni. In ottica di organizzazione verticale, nel panorama della produzione di *shale gas*, il Ministero della Protezione Ambientale (*Ministry of Environmental Protection* - MEP)³⁵ svolge un ruolo fondamentale, essendo responsabile per l'applicazione della normativa ambientale attraverso le sue articolazioni provinciali e municipali. Un organo altrettanto essenziale è la Commissione Nazionale di Sviluppo e Riforma (*National Development and Reform Commission* - NDRC)³⁶, che sovrintende l'amministrazione energetica nazionale e fissa gli *standard* ambientali generali e gli obiettivi di lungo termine, la cui attuazione spetta alle sezioni decentralizzate locali del Ministero della Protezione Ambientale³⁷. A livello orizzontale, la frammentazione istituzionale è, se possibile, ancor più marcata in quanto v'è una concorrenza spesso caratterizzata da sovrapposizioni e conflitti di interessi tra almeno sei autorità a livello ministeriale³⁸. La

³⁵ Ministero della Protezione Ambientale (Ministry of Environmental Protection - MEP). In cinese *Zhong Hua Ren Min Gong He Guo Huan Jing Bao Hu Bu* o 中华人民共和国环境保护部.

³⁶ Commissione Nazionale di Sviluppo e Riforma (*National Development and Reform Commission* - NDRC). In cinese *Zhong Hua Ren Min Gong He Guo Guo Jia Fa Zhan He Gai Ge Wei Yuan Hui* o 中华人民共和国国家发展和改革委员会.

³⁷ A. CHEN, *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, Hong Kong, LexisNexis, 2004.

³⁸ In particolare: il NDRC, il Ministero delle Risorse Naturali (*Ministry of Land and Resources* - MLR; in cinese *Zhong Hua Ren Min Gong He Guo Guo Tu Zi Yuan Bu* o 中华人民共和国国土资源部), il Ministero della Finanze (*Ministry of Finance* - MOF; in cinese *Zhong Hua Ren Min Gong He Guo Cai Zheng Bu* o 中华人民共和国财政部), il Ministero della Protezione Ambientale (MEP), il Ministero della Scienza e della Tecnologia (*Ministry of Science and Technology* - MOST; in cinese *Zhong Hua Ren Min Gong He Guo Ke Xue Ji Shu Bu* o 中华人民共和国科学技术部) e l'Amministrazione Tributaria Statale (*State Administration of Taxation* - SAT; in cinese *Guo Jia Shui Wu Zong Ju* o 国家税务总局). Segnatamente, il NDRC si occupa delle politiche e della pianificazione industriale. Il MLR è responsabile per le gare d'appalto pubbliche relative ai bacini ricchi di *shale gas* e per la gestione di eventuali barriere all'entrata nel mercato. Il MOF e il SAT determinano congiuntamente gli incentivi fiscali, quali finanziamenti o regimi fiscali preferenziali. Il MOST si occupa di migliorare e sviluppare le tecnologie necessarie per lo sfruttamento del peculiare ambiente geologico cinese, mentre il MEP ha un'importanza strategica, essendo un supervisore generale nonché il soggetto incaricato di fissare *standard* minimi per la protezione delle falde acquifere di superficie e sotterranee, del trattamento e del riciclo delle acque di scarico, dell'inquinamento atmosferico e della protezione delle specie animali e vegetali. *Ibid.*

presenza di un così gran numero di istituzioni aventi, *inter alia*, funzioni normative e regolatorie accresce il rischio di conflitti e rende incerta la ripartizione delle competenze.

Per quanto concerne la disciplina normativa, pur non essendoci una normativa *ad hoc* applicabile alle diverse fasi del ciclo produttivo di *shale gas*, alcune norme potrebbero trovare applicazione in questo contesto, ove interpretate in via estensiva. In particolare, lo strumento di rango legislativo più appropriato sembra essere la *Water Pollution Prevention and Control Law (WPPCL)*³⁹ che fissa *standard* qualitativi idrici ai quali le amministrazioni locali devono conformare le loro regolamentazioni⁴⁰. Questo strumento prevede un ventaglio di misure finalizzate alla protezione delle fonti d'acqua potabile⁴¹, proibendo inoltre la costruzione di piattaforme di drenaggio in determinate aree. L'art. 38 della WPPCL prevede che «durante la costruzione d'infrastrutture sotterranee o altre attività, come esplorazioni o estrazioni (...) saranno adottate misure protettive». L'espressione «altre attività sotterranee» è generalmente intesa come inclusiva dei processi di fratturazione. La WPPCL vieta peraltro il rilascio di un certo numero di sostanze chimiche generalmente utilizzate nei fluidi di fratturazione⁴², mentre la quantità di sostanze inquinanti il cui rilascio è autorizzato è soggetta a un tetto massimo⁴³. Occorre tuttavia rilevare che la WPPCL trova un'applicazione alquanto limitata, dal momento che essa richiede che lo Stato adotti e curi un meccanismo di compensazione per la protezione delle risorse idriche nelle zone che presentano bacini d'acqua potabile. Inoltre, la WPPCL presenta alcune ambiguità: ad esempio, non contiene alcuna precisazione sulle competenze delle amministrazioni locali, creando un vuoto che ne indebolisce notevolmente la portata⁴⁴.

³⁹ *Water Pollution Prevention and Control Law (WPPCL)*, adottata dal Comitato Permanente del Sesto Congresso Nazionale del Popolo in data 11 maggio 1984, emendata il 28 febbraio 2008. In cinese *Zhong Hua Ren Min Gong He Guo Shui Wu Ran Fang Zhi Fa* o *中华人民共和国水污染防治法*. Un'altra legge che potrebbe essere rilevante in questo contesto è la *Water and Soil Conservation Law of the People's Republic of China* (in cinese *中华人民共和国水土保持法*). Su questo argomento, vedi N. LIU, *People's Republic of China: Water and Soil Conservation Law*, in 1 *IUCN Academy of Environmental Law e-Journal*, 2012, pp. 69-74, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=2040619>.

⁴⁰ Il modello ricalca quello del c.d. «federalismo cooperativo», si veda E. BURLESON, *Co-operative Federalism and Hydraulic Fracturing: A Human Right to a Clean Environment*, in 22 *Cornell J. L. & Pub. Pol'y*, 2013, p. 289.

⁴¹ WPPCL, *cit. supra*, nota 39, art. 56.

⁴² Come ad esempio «ogni soluzione petrolifera, acida o alcalina, od ogni rifiuto liquido altamente tossico» o «ogni residuo solubile altamente tossico che contiene mercurio, cadmio, arsenico, cromo, piombo, cianuro, ecc.». WPPCL, *cit. supra*, nota 39, artt. 29 e 33.

⁴³ WPPCL, *cit. supra*, nota 39, art. 18.

⁴⁴ Sui poteri e le responsabilità delle amministrazioni locali cinesi circa i problemi

Un altro strumento rilevante è la *Mineral Resources Law* del 1986⁴⁵. Essa contiene disposizioni che delineano un regime regionale unico di registrazione e concessione di titoli amministrativi per l'esplorazione delle risorse minerarie, potendo dunque trovare applicazione rispetto alla produzione di *shale gas*. Si richiede in particolare la presentazione e l'approvazione di un piano di produzione per ottenere il permesso di effettuare esplorazioni ed estrazioni. Tuttavia, i criteri per l'approvazione sono piuttosto vaghi e la norma non li specifica nel dettaglio⁴⁶. Sotto diverso profilo, con riguardo alla normazione in materia di protezione ambientale, nonostante gli sforzi compiuti dalla Cina negli ultimi trent'anni per elaborare una solida cornice normativa in materia ambientale, il rispetto delle norme, ovvero il c.d. *enforcement*, continua ad essere fortemente limitato⁴⁷. Tuttavia, nel corso dell'undicesimo piano quinquennale (2006-2010), la Cina ha inaugurato innovativi piani d'azione diretti alla protezione ambientale e all'efficienza energetica, fissando con alta priorità obiettivi di riduzione delle emissioni inquinanti e di miglioramento delle *performance* energetiche, responsabilizzando i governatori provinciali e regionali, magistrati locali e vertici delle aziende controllate dallo Stato⁴⁸.

ambientali, si veda, A. WANG, *The Search for Sustainable Legitimacy: Environmental Law and Bureaucracy in China*, in 37 *Harv. Envtl. L. Rev.*, 2013, p. 365. Invero, a seguito della decentralizzazione del potere amministrativo a favore delle province e istituzioni locali avviato da parte del Governo cinese nel corso degli anni Ottanta, la legge cinese consente ai governatori delle province, delle regioni autonome e delle municipalità di fissare i propri *standard* nei settori che non sono già regolati da un'autorità centrale e prevede misure fortemente punitive da applicare nei confronti di coloro che non rispettino tali parametri, ai quali può essere imposto il pagamento di sanzioni e obblighi risarcitori o ripristinatori. In particolare, la versione della WPPCL emendata nel febbraio del 2008 (entrata in vigore in data 1° giugno 2008) contiene sanzioni più severe nei confronti dei soggetti che violino le sue disposizioni. In ogni caso, data la mancanza di linee guida dettagliate sull'applicazione della legge, l'effettiva irrogazione delle suddette sanzioni resta un'incognita.

⁴⁵ *Mineral Resources Law of the People's Republic of China* (adottata durante il Sesto Congresso Nazionale del Popolo il 19 marzo 1986, emendata il 29 agosto, 1996). In cinese *Zhong Hua Ren Min Gong He Guo Kuang Chan Zi Yuan Fa* o *中华人民共和国矿产资源法*. Si veda anche *Rules For Implementation of The Mineral Resources Law of The People's Republic of China* (in cinese *Zhong Hua Ren Min Gong He Guo Kuang Chan Zi Yuan Fa Shi Shi Xi Ze* o *中华人民共和国矿产资源法实施细则*) del 1994.

⁴⁶ Il criterio determinante per l'approvazione richiede la conformità «agli standard qualitativi previsti dallo Stato, e il dipartimento incaricato di esaminare e approvare potrà, nel rispetto della legge e dei regolamenti statali rilevanti, esaminare l'area mineraria dell'impresa, il suo progetto o piano di attività estrattiva, le condizioni produttive e tecnologiche, e le misure precauzionali per garantire la sicurezza e la protezione ambientale» (cfr. nota 45).

⁴⁷ Un eminente studioso di diritto ambientale cinese ha platealmente affermato: «la normativa ecologica della Cina è inutile». J. WANG, *China's Green Laws are Useless*, in *China Dialogue*, September 23, 2010, <http://www.chinadialogue.net/article/show/single/en/3831>.

⁴⁸ Peraltro negli ultimi anni la protezione ambientale ha assunto un ruolo crescente nel sistema utilizzato per la valutazione dei quadri statali in Cina. I quadri sono gli apparati burocratici di uno Stato, che, nel sistema cinese, comprendono i funzionari delle agenzie e

Ampliando l'ambito della presente analisi, si nota che l'elaborazione delle norme cinesi a tutela dell'ambiente può essere divisa in due generazioni: la prima incentrata sullo sviluppo economico, la seconda sulla protezione ambientale⁴⁹. In ottica comparatistica, si può osservare un simile sviluppo nella produzione normativa ambientale statunitense con riferimento al periodo legislativo pre-1960 e in seguito alle nuove norme emanate negli anni Sessanta, Settanta e Ottanta⁵⁰. Vagliando le norme cinesi in

degli uffici governativi, i rappresentanti dei lavoratori nelle imprese controllate dallo Stato e tutto lo *staff* di altre istituzioni statali. Come sottolineato da *Alex L. Wang*, questo sistema di valutazione è parte di una strategia politica su larga scala finalizzata a limitare i rischi per il controllo del potere da parte del partito. Infatti, attraverso questo strumento, la *leadership* di Pechino ha promosso la protezione ambientale come uno strumento funzionale alla crescita economica sostenibile e alla stabilità sociale. Questo mostra quanto il ruolo della legge nella *governance* cinese sia ancora fortemente decentrato e rimarca invece la centralità delle strutture gerarchiche e della burocrazia. *Alex L. Wang* sottolinea: «I piani burocratici sono al vertice dell'apparato governativo cinese, dettando la linea da seguire. Nonostante anni di retorica ufficiale sullo sviluppo del principio dello Stato di diritto in Cina, le leggi e i regolamenti continuano ad occupare un ruolo secondario. La loro applicazione è inoltre pesantemente influenzata dalla circostanza che essi seguano o siano in conflitto con i piani burocratici di vertice. In effetti, per comprendere la *governance* cinese dobbiamo comprendere tale rapporto tra gli obiettivi e la legge». Si veda *Wang, loc. cit.*; si veda altresì C. MINZNER, *China's Turn against Law*, in 59 *Am. J. Comp. L.*, 2011, p. 935. Di fatto, i *leader* cinesi si sono tradizionalmente affidati ai programmi della burocrazia di partito per definire i risultati dei nuovi obiettivi ambientali. Allo stesso tempo, il sistema di valutazione dei quadri rappresenta uno sforzo per la promozione (sebbene in maniera oscillante) dei valori ambientali come nuova fonte di legittimazione dell'azione statale, in accordo con la dottrina della creazione di una società armoniosa quale risposta programmatica ai timori di una legittimazione statale in costante diminuzione. Nei primi anni 2000, la *leadership* cinese suscitò un dibattito interno sul modo migliore per rafforzare la legittimazione del regime. Il dibattito rispecchiò le questioni sollevate circa i limiti della legittimazione del regime basata soprattutto sulle *performance* economiche e sottolineò la necessità di «un costante cambiamento da un sistema di risultati incentrato sulla crescita ad un metodo di legittimazione che andasse oltre la mera crescita economica ed incorporasse l'eguaglianza sociale, la giustizia e il welfare». B. GILLEY - H. HOLBIG, *The Debate on Party Legitimacy in China: a Mixed Quantitative/Qualitative Analysis*, in 18:59 *J. Contemp. China* 339, March. 1, 2009.

⁴⁹ N. A. ROBINSON, *Challenges Confronting the Progressive Development of a Second Generation of Environmental Laws*, in L. LIN-HENG with M. SOCORRO Z. MANGUIAT, (eds.), *Towards a "Second Generation" in Environmental Laws in the Asian and Pacific Region: Select Trends*, Gland, Switzerland and Cambridge, UK, IUCN Environmental Policy and Law, Paper No. 48, 2003, pp. 27-32.

⁵⁰ Per un approfondimento circa la normativa ambientale statunitense e il suo sviluppo, si vedano: *ex multis*, F. W. BROWNELL - D. R. CASE - R. E. CARDWELL ET AL., *Environmental Law Handbook*, Lanham, Government Institutes, 2011; B. DUNTON, *Recent Developments in Environmental Law*, in 26 *Tul. Env'tl. L.J.*, 2012, pp. 147-147; L. HEINZERLING, *New Directions in Environmental Law: A Climate of Possibility*, in 35 *Harv. Env'tl. L. Rev.*, 2011, n. 263; L. K. BREGGIN ET AL., *Trends in Environmental Law Scholarship 2008-2012*, in 2011 *Env'tl. L.*, 2012, n. 337; A. J. WILDERMUTH, *Next Step: The Integration of Energy Law and Environmental Law*, in 31 *Utah Env'tl. L. Rev.*, 2011, p. 369; D. N. ZILLMAN, *Evolution of Modern Energy Law: a Personal Retrospective*, in 30(4) *J. Energy & Nat. Resources L.*, 2012; J. B. RUHL, *Climate Change Adaptation and the Structural Transformation of Environmental Law*, in 40 *Env'tl. L.*, 2010, n. 343; si vedano V. P. NANDA - G. ROCK PRING, *International Environmental Law and Policy for the 21st Century*, Leiden - Boston, Martinus Nijhoff, 2013; R. D. KELEMEN - D. VOGEL, *Trading Places: The Role of the United States and the European Union in International Environmental Politics*, in 43(4) *Comp. Pol. Stud.*, 2010, pp. 427-456.

materia di protezione ambientale più risalenti⁵¹, emerge la loro attenzione allo sviluppo sostenibile nell'uso di risorse naturali da parte dell'uomo⁵², la cui base etica è da trovarsi nel tradizionale concetto confuciano di «natura armoniosa»⁵³. Queste norme però non si concentrano sulla prevenzione dell'inquinamento ambientale, conformandosi quindi al c.d. principio di precauzione, ma si focalizzano piuttosto sui rimedi e sulle reazioni *ex post*. Al contrario, la nuova generazione di norme ambientali cinesi pro-

⁵¹ In particolare si vedano la WPPCL, *cit. supra*, nota 39, la Law of the People's Republic of China on the Prevention and Control of Atmospheric Pollution (in cinese Zhong Hua Ren Min Gong He Guo Da Qi Wu Ran Fang Zhi Fa o 中华人民共和国大气污染防治法) del 2000, disponibile su <http://www.fdi.gov.cn/resupload/epdf/e01407.pdf>, la Law of the People's Republic of China on Prevention and Control of Radioactive Pollution (in cinese Zhong Hua Ren Min Gong He Guo Fang She Xing Wu Ran Fang Zhi Fa o 中华人民共和国放射性污染防治法) del 2003, disponibile su http://english.gov.cn/laws/2005-09/06/content_29737.htm. Per una panoramica della normazione ambientale in Cina, si vedano i contributi di M. CAO, *The Current and Future Trends in Chinese Environmental and Energy Law and Policy*, in 18 *Pace Int'l L. Rev.*, 2006, p. 253, disponibile all'indirizzo <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol18/iss1/9>.

⁵² CAO osserva come la legislazione e la politica energetica e ambientale in Cina prima degli anni 2000 fosse basata su un'etica di totale antropocentrismo, il cui concetto chiave dal punto di vista legislativo rispecchiava la teoria naturale dell'utilitarismo. M. CAO, *ibid.*

⁵³ M. CAO sottolinea che il concetto di «natura armoniosa» ha una profonda radice culturale nella tradizione cinese e che dovrebbe essere applicata alle sfide ambientali odierne. A tal proposito, il Confucianesimo sviluppò il principio «della mutua comprensione tra uomo e natura» e «della fusione tra uomo e natura». Per quanto riguarda il rapporto tra uomo e natura, il Taoismo professa la non interferenza e l'adattamento al corso naturale degli eventi. Seguendo lo stesso concetto, il Buddismo sosteneva il diritto all'esistenza di ogni altra forma di vita oltre all'uomo. M. CAO - Y. XU, *The Codification of China's Civil Law and Environmental Protection*, in 4 *Modern Law Science*, 2003, p. 13. Si permetta di rinviare anche a P. D. FARAH, *L'influenza della concezione confuciana sulla costruzione del sistema giuridico e politico cinese*, in G. BOMBELLI e B. MONTANARI (a cura di), *Identità Europea e Politiche Migratorie*, Milano, Vita e Pensiero, 2008, pp. 193-226. In proposito si rileva come nel febbraio 2005, il già Presidente cinese Hu Jintao avesse sottolineato l'importanza di promuovere la creazione di «un'armoniosa società socialista», cioè una società basata sulla democrazia e sul principio dello stato di diritto, giustizia ed equità, onestà e amicizia, piena di vigore e improntata a un armonioso rapporto tra gli esseri umani e la natura. Si veda J. HU, *Building a Harmonious Society Important Task for CPC*, in *People's Daily Online*, Feb. 21, 2005. Cfr., inoltre, P. D. FARAH, *Five Years of China's WTO Membership. EU and US Perspectives about China's Compliance with Transparency Commitments and the Transitional Review Mechanism*, in 33 (3) *Legal Issues of Economic Integration*, 2006, pp. 263-304. Sulla stessa linea, il Rapporto presentato al XVIII Congresso del Partito evidenzia l'importanza della cultura ecologica come elemento chiave per il benessere del popolo cinese e del futuro della nazione. Il Rapporto traccia anche il concetto di «bellissima Cina», introducendo una nozione di sviluppo che enfatizzi l'importanza strategica della protezione ambientale anche nei casi in cui essa possa trovarsi in contrasto con la sicurezza energetica e lo sviluppo economico. Bruce GILLEY e Heike HOLBIG ritengono che la società armoniosa descritta da HU-WEN rappresenti «la soluzione programmatica al dilemma cinese dei risultati economici e un modello innovativo di legittimazione politica». B. GILLEY - H. HOLBIG, *The Debate on Party Legitimacy in China: a Mixed Quantitative/Qualitative Analysis*, in 18:59 *J. Contemp. China* 339, March. 1, 2009. Su questo punto, si veda *Resolution on Strengthening the Construction of the Party's Governing Capacity*, approvata dalla quarta sezione plenaria del XVI Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese (16-19 settembre 2004) tradotto nel 180 *China Q.* 1123, pp. 1153-71 (2004), disponibile all'indirizzo <http://www.people.com.cn/GB/shizheng/1026/28093350.html>.

muove in un'ottica preventiva e precauzionale un'economia basata su processi di produzione ecosostenibili⁵⁴, dando massima rilevanza all'abbattimento dell'inquinamento sin dalle fasi iniziali del processo produttivo. Nel panorama dei rischi ambientali relativi allo *shale gas*, due strumenti normativi vengono in rilievo: la *Cleaner Production Promotion Law* del 2003⁵⁵ e la *Law on Evaluation of Environmental Effects* del 2002⁵⁶. La prima si concentra sull'inquinamento derivante dalla produzione petrolifera e di gas, imponendo agli operatori e ai subappaltatori coinvolti nella produzione di petrolio di «proteggere le risorse ittiche e le altre risorse naturali, salvaguardando al contempo l'ambiente, evitando che l'aria, i mari, i fiumi, i laghi e il terreno siano danneggiati o inquinati», attraverso il rispetto di *standard* internazionali e di regole di buona prassi⁵⁷. La *Law on Evaluation of Environmental Effects* del 2002, invece, promuove una politica di valutazione preventiva dell'impatto ambientale. In osservanza degli obiettivi di sviluppo sostenibile⁵⁸ e del principio di precauzione del diritto am-

⁵⁴ La «produzione sostenibile» viene definita come un nuovo processo industriale che si avvalga di plausibilità tecnica, razionalità economica ed efficienza ecosostenibile, elementi chiave per la realizzazione di un sistema industriale privo di rischi, secondo il quale la produzione sia organizzata nel rispetto dei principi ambientali e i materiali grezzi siano riciclati in un sistema chiuso. J. HU, *China's "Triple-Simultaneous" Environmental Law System Needs Improvement*, in 5 *China Law*, 2008, pp. 81-84.

⁵⁵ *Cleaner Production Promotion Law* (2003) disponibile all'indirizzo http://www.gov.cn/english/laws/2005-10/08/content_75059.htm. In cinese Zhong Hua Ren Min Gong He Guo Qing Jie Sheng Chan Cu Jin Fa o 中华人民共和国清洁生产促进法.

⁵⁶ *Law on Evaluation of Environmental Effects* (2002), disponibile all'indirizzo http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/06/content_1382122.htm. In cinese Zhong Hua Ren Min Gong He Guo Huan Jing Ying Xiang Ping Jia Fa o 中华人民共和国环境影响评价法. Si veda J. L. MOORMAN e Z. GE, *Promoting and Strengthening Public Participation in China's Environmental Impact Assessment Process: Comparing China's EIA Law and U.S. NEPA*, in 8 *Vermont Journal of Environmental Law*, 2006-2007, p. 278.

⁵⁷ Un caso indicativo sull'applicazione della normativa è la fuoriuscita di benzene nel Fiume Junheua nel 2005. W. DUAN - G. CHEN - O. YE e O. CHEN. *The Situation of Hazardous Chemical Accidents in China between 2000 and 2006*, in 186(2-3) *J. Hazardous Materials*, 2011, pp. 1489-1494; J. OIU. *China to Spend Billions Cleaning Up Groundwater*, in 334(6057) *Science*, 2011, p. 745; X. WANG - G. ZHU - Y. WAN - X. ZHU e X. MIAO. *Water Pollution Emergencies in China: Actualities, Prevention and Response*, in 159 *Advanced Materials Research*, 2011, pp. 589-594.

⁵⁸ Questo concetto di «sviluppo sostenibile» deriva dall'idea che gli individui dovrebbero rispettare la comunità, riconoscere che tutti gli esseri viventi sono interdipendenti e che ogni forma di vita ha un valore indipendentemente dalla sua utilità per l'essere umano. Vedi N. A. ROBINSON, *Enforcing Environmental Norms: Diplomatic and Judicial Approaches*, in 26 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 2003, p. 387, pp. 387-389. Come sottolineano Chapin, Folke e Kofinas: «la sostenibilità socio-economica richiede che l'economia della società e le altre attività umane non eccedano la capacità di un ecosistema di fornire servizi, che, a sua volta, è limitata dalla capacità di sostenere la vita del pianeta», in F. S. CHAPIN III - C. FOLKE e G. P. KOFINAS (eds.), *A Framework for Understanding Change*, in *Principles of Ecosystem Stewardship: Resilience-Based Natural Resource Management in a Changing World* 6, New

bientale⁵⁹. Le norme *de qua* presentano tuttavia alcuni aspetti che ne inficiano l'efficacia nell'assicurare la protezione delle risorse idriche durante il processo di fratturazione. In ragione del contenuto atecnico e della mancanza di una precisa e dettagliata valutazione dei rischi in rispetto degli *standard* internazionali in materia, tali strumenti sono più simili a impegni politici alquanto vaghi piuttosto che a strumenti normativi efficaci e vincolanti.

Orbene, emerge che nonostante le menzionate difficoltà la Cina dispone di un certo numero di norme che potrebbero essere rilevanti rispetto alla produzione di *shale gas*, tra cui anche alcune disposizioni concernenti i processi estrattivi in generale, seppur originariamente aventi come oggetto precipuo altre risorse energetiche⁶⁰. Ad esempio, la normativa cinese sullo sviluppo e la produzione del gas non convenzionale potrebbe in parte riflettere alcune soluzioni giuridiche adottate per l'estrazione del metano dai giacimenti di carbone (*Coalbed Methane* o CBM)⁶¹. Questo comporterebbe una serie di riduzioni sui dazi d'importazione o esenzioni per le importazioni tecnologiche utilizzate per l'esplorazione dello *shale gas*, esenzioni dal pagamento dei diritti di esplorazione ed estrazione e altresì sussidi alla produzione⁶². Il Governo cinese sta in effetti già facendo riferi-

York, Springer-Verlag, 2009. Si veda anche D. M. BROWN, *Market and Exchange in Pre-modern Economies*, in P. A. O'HARA (ed.), *Encyclopedia of Political Economy*, London, Routledge, 2001, vol. 2, p. 694.

⁵⁹ A tal proposito, si vedano J. E. HICKEY JR e V. R. WALKER, *Refining the Precautionary Principle in International Environmental Law*, in 14 *Virginia Env'tl. L. J.*, 1994, n. 423; e N. DE SADELEER, *Environmental Principles: from Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

⁶⁰ In particolare, alcuni tra i regolamenti emanati dal Ministero della Protezione Ambientale si occupano delle questioni legate agli *standard* di emissione, i meccanismi di drenaggio di superficie e le restrizioni sul rilascio di gas nell'atmosfera. Conformemente, i regolamenti emanati dal Ministero delle Risorse Naturali disciplinano il quadro regolatorio nazionale sulle tariffe e i diritti di sfruttamento da corrispondere per le esplorazioni minerarie e altre tematiche di natura fiscale. Infine, la regolamentazione della proprietà agricola e il controllo dei fondi in cui si trovano i giacimenti di *shale gas* sono soggetti alla disciplina elaborata dal Ministero delle Risorse.

⁶¹ Il CBM è un gas metano che viene estratto dagli strati di carbone presenti nel sottosuolo in alcuni bacini geologici. Y. YU - O. YANG - D. LIU - W. HUANG, *A Review on Studies of Coalbed Methane Reservoirs in China*, in 1 *Geological Sci. & Tech. Information*, 2001, nn. 56-60; Y. OIN, *Advances and Reviews on Research of Coalbed Gas Geology in China*, in 3 *Geological J. China Universities*, 2003, p. 2.

⁶² Si rileva che, in questo contesto, occorre valutare se anche le norme dell'Accordo in seno all'OMC sulle Sovvenzioni e le Misure Compensative (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures o ASCM), in specie gli Articoli I e III che ne definiscono l'oggetto e l'ambito di applicazione, trovino riscontro nel settore dell'energia. Per un'analisi approfondita della regolamentazione dei sussidi nell'ambito della normativa OMC, si vedano P. F. J. MACRORY - A. E. APPLETON e M. G. PLUMMER, *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis* 687-734, Springer US, 2005; J. WAINCYMER, *WTO Litigation: Procedural Aspects of Formal Dispute Settlement*, London, Cameron May, 2002, pp. 765-769; R. K. GUPTA, *Anti-Dumping and Countervailing Measures: the Complete Reference*

mento alla normativa sviluppata per il CBM come modello di riferimento per delinearne una relativa allo *shale gas*⁶³, in particolare per quanto riguarda le politiche ambientali elaborate in materia di CBM⁶⁴. Per quanto riguarda le politiche per la cooperazione internazionale, l'esplorazione del CBM da parte di società straniere deve avvenire in conformità alla legislazione domestica sulle risorse petrolifere *on-shore*, in modo da garantire uno *standard* minimo di tutela ambientale, che sarebbe consigliabile attuare anche nel settore dello *shale gas*⁶⁵.

Un ulteriore aspetto sul quale la normativa in materia di CBM può essere un utile modello è rappresentato dalla politica fiscale per le società energetiche coinvolte nel ciclo produttivo del gas non convenzionale. Ad esempio, ogni società energetica che opera nel settore del CBM riceve un rimborso completo delle imposte sul valore aggiunto. In maniera analoga, l'equipaggiamento e le strumentazioni necessarie per le operazioni di esplorazione e sviluppo sono esentate dai dazi e dalle tasse sulle importazioni, e dalle imposte sul valore aggiunto. Sono altresì auspicabili tassazioni sui redditi d'impresa meno gravose. A tal proposito, il Governo cinese ha fissato l'imposta sui redditi d'impresa per le società nazionali indipendenti che operano nel settore del CBM al favorevole tasso del venticinque per cento a partire dal 2008. In maniera analoga, le compagnie

(Sage, 1996); M. J. TREBILCOCK - R. HOWSE, *The Regulation of International Trade*, Abingdon, Oxon, Routledge, 2005, pp. 268-273; A. O. SYKES, *The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures*, in *John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 186*, Chicago, May 2003. Si vedano anche V. DI COMITE, *Le Sovvenzioni e le Misure Compensative nell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Wolters Kluwer Italia, 2009; M. ORLANDI, *La disciplina delle sovvenzioni concesse dagli Stati nella normativa OMC*, in *Quaderni di Studi Europei. I Sussidi e gli Aiuti di Stato*, 2002.

⁶³ D. K. LUO - Y. J. DAI e L. Y. XIA, *Economic Evaluation Based Policy Analysis for Coal-bed Methane Industry in China*, in 36(1) *Energy*, 2011, pp. 360-368.

⁶⁴ Nello specifico, nel 2008 il Ministero della protezione ambientale ha emanato gli Standard di Emissione per il CBM, riguardanti le nuove miniere e i sistemi di drenaggio di superficie. Emission Standard of CBM/CMM, adottati dal Ministero per la protezione ambientale nel luglio 2008.

⁶⁵ In proposito, lo sviluppo delle tecnologie nel campo dell'esplorazione dello sfruttamento delle risorse di *shale gas* dovrebbe essere incoraggiato dalla *leadership* cinese come ha già fatto all'interno del Programma Nazionale sulla Ricerca delle Tecnologie Essenziali del 1983, con cui il Governo ha incentivato lo sviluppo della tecnologia relativa all'esplorazione e allo sviluppo del CBM. B. LI e R. YAO, *Urbanisation and its Impact on Building Energy Consumption and Efficiency in China*, in 34 (9) *Renewable Energy 1994-1998*, 2009. A tal proposito, lo sviluppo di tecnologie innovative nell'esplorazione del petrolio e del gas naturale è stato promosso anche dal Programma Scientifico e Tecnologico a Medio e Lungo termine (2006-2020). S. GU ET AL., *China's System and Vision of Innovation: Analysis of the National Medium- and Long-term Science and Technology Development Plan (2006-2020)*, articolo presentato alla *Sixth Globelics Conference "New Insights for Understanding Innovation and Competence Building for Sustainable Development and Social Justice"*, Mexico City 2008, 22-24 settembre 2008.

energetiche domestiche che cooperano con aziende straniere nel settore del CBM godono di una politica fiscale preferenziale, secondo la quale sono esentate dal corrispondere le imposte sui redditi per due anni a partire dal primo anno in cui i redditi sono maturati. Questo meccanismo potrebbe permettere alle società operanti nel settore energetico di fronteggiare gli altissimi costi iniziali della produzione di gas non convenzionale, favorendo in questo modo gli investimenti e lo sviluppo tecnologico. Infine, stante il fatto che il costo della produzione di *shale gas* in Cina è notevolmente più alto di quello del gas convenzionale, una politica di sussidi è consigliabile in modo da consentire alle imprese di entrare nel settore. Questa tecnica è stata già adottata dal Ministero delle Finanze per le società energetiche coinvolte nel settore del CBM in Cina, le quali hanno diritto a un sussidio finanziario di 0,02 renminbi per metro cubo laddove il gas venga utilizzato localmente, commercializzato per uso domestico o utilizzato come materia prima per processi chimici. In tal senso, il Governo cinese ha introdotto alcuni incentivi per lo sviluppo dell'industria dello *shale gas*, offrendo alle imprese minerarie operanti nel settore un sussidio di 0,4 renminbi per metro cubo dal 2012 al 2015, il doppio di quello previsto per il settore del metano derivante da giacimenti di carbone, sebbene si rileva che la durata ridotta dell'incentivo non sia sufficiente ad attrarre investimenti stranieri. Sotto ulteriore profilo, ai sensi del *Foreign Investment Industrial Guidance Catalogue* (in vigore dal 30 gennaio 2012)⁶⁶, gli investimenti stranieri nel settore dello *shale gas* sono sussunti nella categoria degli investimenti "promozionali", il che consente agli investitori stranieri di formare *joint venture*, anche contrattuali, con i loro *partner* cinesi. Inoltre, l'equipaggiamento e le tecnologie importate per l'esplorazione e lo sviluppo dell'industria dello *shale gas*, destinate a quell'uso specifico e non producibili in Cina sono esentate dai dazi e dalle tariffe doganali⁶⁷.

⁶⁶ *Foreign Investment Industrial Guidance Catalogue*. In cinese Wai Shang Tou Zi Chan Ye Zhi Dao Mu Lu o 外商投资产业指导目录.

⁶⁷ D. HU - S. XU, *Opportunity, Challenges and Policy Choices for China on the Development of Shale Gas*. in 60 *Energy Pol'y*. 2013. pp. 21-26. In tal senso sembra andare anche la bozza del nuovo *Foreign Investment Industrial Guidance Catalogue*, le cui consultazioni si sono chiuse il 3 dicembre 2014.

4. Problematiche ambientali, gestione delle risorse idriche ed esigenze di sviluppo e crescita economica

La gestione delle risorse idriche e le fonti di gas non convenzionale⁶⁸ sono strettamente connesse a causa dell'elevato consumo di acqua richiesto per il ciclo produttivo dello *shale gas*⁶⁹. Seppure il gas non convenzionale sia un combustibile relativamente pulito e potenzialmente in grado di ridurre le emissioni carboniche, ciononostante, la sua produzione può essere foriera di notevoli rischi, tanto che ogni tentativo di espandere il ruolo dello *shale gas* nel *mix* energetico globale è stato accolto da una vivace opposizione a causa dei suoi potenziali effetti negativi sull'ambiente⁷⁰. Il *fracking* prevede la trivellazione di un pozzo nella formazione di roccia "serbatoio" e la successiva iniezione di acqua, sabbia e sostanze chimiche ad altissima pressione, in modo tale da creare spaccature nella roccia. Una volta aperta una fenditura sufficientemente ampia, il gas rilasciato fluisce tramite essa dentro il pozzo. Orbene, la possibilità per lo *shale gas* di acquisire maggior peso nel *mix* energetico dipenderà dal bilanciamento tra la protezione ambientale e le esigenze di sviluppo e crescita economica. Il timore di effetti degradanti sull'ambiente e sulla salute pubblica ha portato alcuni Stati negli Stati Uniti e alcune nazioni europee, tra le quali la Francia, a proibire, anche attraverso l'imposizione di moratorie⁷¹, la fratturazione idraulica⁷². La Cina sembrerebbe invece più propensa ad accettare

⁶⁸ Esiste un ampio dibattito sull'impatto carbonico del gas non convenzionale. R. H. ABRAMS - N. D. HALL, *Framing Water Policy in a Carbon Affected and Carbon Constrained Environment*, in 50 *Nat. Resources J.*, 2010, p. 39.

⁶⁹ «I consumi di petrolio e acqua seguono percorsi precariamente paralleli». P. J. SCHAUWECKER, *Oil and Water: Fueling Questions*, in 24(1) *Nat. Resources & Env't*, 2009, p. 47. Sul punto si veda R. E. BECK, *Current Water Issues in Oil and Gas Development and Production: Will Water Control What Energy We Have?*, in 49 *Washburn L. J.*, 2009-2010, p. 423, p. 424. Beck afferma che non esistono alternative all'acqua dolce e che l'acqua non possa essere rimpiazzata. Di conseguenza, data la sovrapposizione tra energia e acqua, sia gli scienziati sia i legislatori devono tenere in considerazione questi legami nel gestire e definire il ciclo idrogeologico.

⁷⁰ Per un'analisi dell'impatto ambientale dello *shale gas* e il bilanciamento con altri aspetti legati alla produzione di gas non convenzionale, si veda S. L. SAKMAR, *The Global Shale Gas Initiative: Will the United States Be the Role Model for the Development of Shale Gas Around the World?*, in 33(2) *Houston J. Intl. L.*, 2011, p. 369.

⁷¹ La moratoria rappresenta la misura precauzionale per eccellenza. A. TROUWBORST, *Precautionary Rights and Duties of States*, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands, 2006, p. 129. Si veda anche J. C. KING, *Selected Re-Emerging and Emerging Trends in Oil and Gas Law as Result of Production from Shale Formations*, in 18 *Texas Wesleyan L. Rev.* 1. 3 2011: T. SWARTZ, *Hydraulic Fracturing: Risks and Risk Management*, in 26(2) *Nat. Resources & Env't*, 2011, p. 30.

⁷² Il Senato francese ha approvato il divieto di «fracking» nel giugno 2011, a valle di numerose manifestazioni di protesta popolare. La fratturazione idraulica è oggi consentita esclusivamente per fini scientifici. Si veda R. FLEMING, *Shale Gas-a Comparison of European Moratoria*, in 1 *Eur. Energy & Envtl. L. Rev.*, 2013, pp. 12-32.

maggiori possibilità di rischio ambientale al fine di soddisfare la propria domanda energetica interna, sempre crescente, e creando al contempo nuovi posti di lavoro derivanti da una produzione su larga scala, soprattutto per la manodopera non specializzata⁷³. Occorre dunque analizzare le principali problematiche ambientali connesse al ciclo produttivo dello *shale gas*.

Anzitutto alcuni studi hanno evidenziato come la fratturazione idraulica sarebbe strettamente connessa ad una serie di incidenti di natura sismica, come piccoli terremoti e scosse telluriche causati dalla fratturazione in sé o dall'iniezione dei fluidi. Dal 2008, nelle regioni centrali degli Stati Uniti d'America centrali il numero di terremoti di magnitudo 3 o superiore è più che quadruplicato, «quasi certamente» per via delle attività di fratturazione⁷⁴. In via analoga, tra l'aprile e il maggio 2011 le attività esplorative nel Lancashire, Regno Unito, sono state sospese a seguito di due terremoti di magnitudo 1.5 e 2.3. La successiva indagine scientifica indipendente, commissionata dal Governo inglese, ha indicato come «l'attività tellurica sia stata causata dall'iniezione diretta dei fluidi durante il processo di fratturazione»⁷⁵. Tutto ciò comporta ovviamente serie implicazioni non solo per l'incolumità delle persone, ma altresì per i danni alle infrastrutture e alle zone residenziali delle aree in questione⁷⁶. In quest'ottica, occorre rilevare come la provincia cinese di Sichuan, dov'è concentrata la maggiore quantità di *shale gas*, è una zona ad altissimo rischio sismico⁷⁷.

⁷³ Negli Stati Uniti, l'industria dello *shale gas* ha creato 600.000 nuovi posti di lavoro. Secretary of Energy Advisory Board («The Deutch Committee»). Shale Gas Subcommittee 90 Day Report. August 18, 2011. n. 1. 5. Si veda anche T. C. KINNAMAN. *The Economic Impact of Shale Gas Extraction: A Review of Existing Studies*, in 70(7) *Ecological Econ.*, 2011, pp. 1243-1249.

⁷⁴ A. MAKAN, *Fracking Water Linked to Earthquakes*, in *the Financial Times*, April 14, 2012, disponibile all'indirizzo <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/e268a268-84f6-11e1-a3c5-00144feab49a.html#axzz2gMxH4mz3>.

⁷⁵ Tuttavia, lo stesso rapporto ha concluso che gli operatori possono riprendere le operazioni di fratturazione, a condizione che esse vengano regolate con efficacia, cfr. *supra*, nota 74.

⁷⁶ L'attività sismica provocata potrebbe inoltre intaccare l'integrità del pozzo e causare ulteriori contaminazioni delle falde sotterranee, creando perdite e nuove spaccature, deformando allo stesso tempo la struttura del pozzo.

⁷⁷ Da ultimo, nel 2008, il grande terremoto del Sichuan ha causato 69.195 morti e 18.300 dispersi. Sul punto, si vedano X. LEI ET AL., *A Detailed View of The Injection-Induced Seismicity in a Natural Gas Reservoir in Zigong, Southwestern Sichuan Basin, China*, in 118(8) *J. Geophysical Research: Solid Earth*, 2013, pp. 4296-4311; M. ESPOSITO, *Water Issues Set the Pace for Fracking Regulations and Global Shale Gas Extraction*, in 22 *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, 2013, pp. 167-213; N. JONES, *Wastewater Injection Cracks Open Ouke Concerns*, in 6.5 *Nature Geoscience*, 2013, pp. 329-329; W. I. ELLSWORTH, *Iniection-Induced Earthquakes*, in 341(6142) *Science*, 2013; B. WEINHOLD, *Energy Development Linked with Earthquakes*, in 120(10) *Envtl. Health Perspectives*, 2012, n. 388; T. W. MERRILL, *Four Questions About Fracking*, in *Case Western Reserve Law Review*, Vo I. 63, Issue 4, 2013.

Al di là dei cennati rischi di natura sismica, i principali timori concernono la possibile contaminazione delle acque e il trattamento dei fluidi utilizzati nel *fracking*. Il fluido di fratturazione contiene una miscela di milioni di litri d'acqua dolce e di sostanze chimiche⁷⁸. Questo pone seri rischi per l'ambiente e per la salute⁷⁹, in particolare, connessi alla contaminazione delle falde acquifere sotterranee con le sostanze chimiche usate nella fratturazione⁸⁰, la gassificazione e i rischi relativi alla contaminazione del suolo e dell'acqua di superficie a causa delle fuoriuscite dai pozzi⁸¹. A ciò si aggiunga che nello sviluppo dello *shale gas* è insito il pericolo dell'aumento della domanda idrica. La carenza di acqua è uno dei principali problemi che affliggono lo sviluppo dell'industria dello *shale gas* in Cina, dal momento che l'acqua è un elemento essenziale della fratturazione idraulica. La questione idrica è un problema pressante per la Cina, dal momento che la sua disponibilità d'acqua potabile *pro capite* è estremamente bassa e non v'è un'omogenea distribuzione delle falde acquifere sul territorio nazionale⁸² (Figura 2 - Mappa sulle risorse di *shale gas* e sulla

⁷⁸ La tecnologia di fratturazione consuma ingenti volumi d'acqua (dagli 11 ai 26 milioni di litri per pozzo) e richiede il trattamento, lo smaltimento sicuro o il riutilizzo delle acque di scarico. H. WISEMAN, *Untested Waters*, cit. *supra*, nota 6, pp. 238-239.

⁷⁹ Sui rischi per la salute legati allo sviluppo dello *shale gas*, si veda in generale M. ZOBACK - S. KITASEI - B. COPITHORNE, *Addressing The Environmental Risks from Shale Gas Development*, Report, Worldwatch Institute, July 2010; E. BURLESON, *Cooperative Federalism and Hydraulic Fracturing: A Human Right to a Clean Environment*, in 22 *Cornell J Law Public Policy*, 2012, p. 289. Sui potenziali rischi per la salute, si veda M. BAMBERGER - R. E. OSWALD, *Impacts of Gas Drilling on Human and Animal Health*, in 22(1) *New Solutions, A Journal of Environmental and Occupational Health Policy*, 2012, pp. 57-77.

⁸⁰ Attualmente, la Cina non dispone di una cornice regolatoria finalizzata a impedire che l'iniezione di acque di scarico nei pozzi sotterranei non contaminino le falde sottostanti. Queste normative assicurerebbero che l'iniezione di acque di scarico, incluse quelle più nocive prodotte durante la fratturazione idraulica, nei pozzi non metta a repentaglio le fonti idriche locali. N. LAN, *Legal Tools for Groundwater Protection: Insights from International Experience*, in 8 *China J. Nat. Resources Econ.*, 2011, pp. 33-43 (in cinese).

⁸¹ La dottrina ha rilevato che sebbene la fratturazione sia considerata una tecnica che richiede un consumo d'acqua minore rispetto all'energia nucleare o al carbone, sia improbabile che riesca a sostituire queste due fonti. B. R. SCANLON - I. DUNCAN E R. C. REEDY, *Drought and the Water-Energy Nexus in Texas*, in *Environmental Research Letters*, 2013, 8, p. 45033; J. P. NICOT e B. R. SCANLON, *Water Use for Shale-Gas Production in Texas, U.S.*, in *Environ. Sci. Technol.*, 2012, 46 (6), pp. 3580-3586; I. J. LAURENZI e G. R. JERSEY, *Life Cycle Greenhouse Gas Emissions and Freshwater Consumption of Marcellus Shale Gas*, in *Environ. Sci. Technol.*, 2013, 47, pp. 4896-903.

⁸² R. SOPRANO, *China and the Recognition and Protection of the Human Right to Water*, in P. D. FARAH e È. CIMA (eds.), *China's Influence on Non-Trade Concerns in International Economic Law*, Farnham (Surrey, United Kingdom), Ashgate Publishing, in corso di pubblicazione.

scarsità d'acqua in Cina). La situazione è particolarmente delicata nel bacino di Sichuan, estremamente ricco di *shale gas*, zona tradizionalmente agricola che produce da sola circa il 7 per cento del riso, grano e altri cereali dell'intera Cina⁸³. In un contesto del genere, alcuni studiosi ritengono che dedicare fonti d'acqua alla produzione di *shale gas* e non più a scopi agricoli potrebbe avere conseguenze catastrofiche, soprattutto se l'acqua contaminata arrivasse a inquinare anche le coltivazioni. Altri ricchi giacimenti di *shale gas* nel bacino del Tarim, nello Xinjiang e nella Mongolia Centrale sono caratterizzati da una carenza idrica ancora maggiore, a causa del clima particolarmente caldo e arido. I progetti di esplorazione e produzione dello *shale gas* finirebbero dunque con il richiedere un trasferimento d'acqua da altre zone della nazione, innalzando i costi e l'impatto ambientale a un livello insostenibile⁸⁴.

⁸³ A questo punto, si aprono diverse strade alternative per l'utilizzo dell'acqua adoperata nella fratturazione idraulica: può essere estratta, riciclata e riutilizzata; può essere lasciata nel deposito di *shale gas*; oppure può essere estratta e stoccata sul posto o in appositi depositi, o ancora depurata per ulteriori utilizzi. H. WISEMAN, *Untested Waters*, cit. supra, nota 6, p. 260. P. J. SCHAUWECKER, *Oil and Water: Fueling Questions*, cit. supra, nota 69, p. 47. Gli operatori nel settore della trivellazione del gas stanno sperimentando nuove tecnologie e metodi estrattivi per raggiungere una maggiore efficienza nel riciclo dell'acqua usata nella fratturazione. Vedi l'uso di «unità mobili di distillazione riscaldata» da parte di Devon Energy Corporation come esempio dell'emergere di tecniche efficienti. L. C. REEDER, *Creating a Legal Framework for Regulation of Natural Gas Extraction from the Marcellus Shale Formation*, in 34 *William & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev.*, 2010, p. 999, p. 1013. Nel contesto cinese l'uso di acqua riciclata per le operazioni idrauliche è altamente consigliato, a causa dell'altissimo consumo di acqua a fini domestici e industriali nel Sichuan e la generale scarsità d'acqua nello Xinjiang. La regolamentazione dovrebbe inoltre tenere in considerazione la possibilità di creare un sistema di produzione energetica a circuito chiuso, utilizzando l'acqua di drenaggio derivante dall'estrazione del carbone (dopo averla filtrata eliminando i metalli pesanti), integrando quindi tecniche ecologiche nel processo di fratturazione.

⁸⁴ Inoltre, il cambiamento climatico e la rapida crescita economica cinese hanno portato a un aumento del consumo idrico per scopi industriali e agricoli, tutto ciò mentre le aree desertiche continuano a espandersi, aggravando le condizioni di un ecosistema già sull'orlo del collasso. Sulla desertificazione e la gestione idrica in Cina, si vedano L. CI - X. YANG, *Desertification and its Control in China*. Beijing. Higher Education Press. 2010; M. HARVEY e S. PILGRIM, *The New Competition for Land: Food, Energy and Climate Change*. in 36 *Food Policy*. 2011; J. FRIEDRICHS, *Global Energy Crunch: How Different Parts of the World Would React to a Peak Oil Scenario*, in 38(8) *Energy Pol'y*, 2010, pp. 4562-4569.



Figura 2. Mappa ("Natural Gas Weekly Kaleidoscope," Barclay's Capital Commodities Research, 16 novembre 2013).

La questione idrica cinese deve essere inquadrata nel più ampio sistema di gestione delle risorse idriche, il quale risulta altamente frammentato giacché ad ogni livello governativo risultano coinvolte orizzontalmente numerose istituzioni (si veda Figura 3 - Distribuzione delle competenze relativa alla gestione idrica in Cina). A livello centrale, il Congresso Nazionale del Popolo e il Consiglio di Stato emanano leggi e regolamenti amministrativi, oltre a supervisionare l'applicazione e l'attuazione degli stessi a livello locale. In aggiunta, svariati ministeri e agenzie governative hanno responsabilità di vario titolo nel controllo idrico⁸⁵.

⁸⁵ Un'espressione tipica per descrivere l'attuale sistema è «move dragons gestiscono l'acqua», ad indicare le principali istituzioni responsabili per la gestione idrica cinese. Si vedano J. XIE. *Addressing China's Water Scarcity*. Washington DC. The World Bank. 30, 2009; Y. JIANG. *China's Water Scarcity*. in 90(11) *J. Env'tl. Mgmt.*. 2009. pp. 3185-3196. WANG XINBO. *Water Governance in China: The Failure of a Top-Down Approach*. in B. MITRA - K. OKONSKI e M. SATYANAND (eds.). *Keeping the Water Flowing – Understanding the Role of Institutions. Incentives. Economics. Entrepreneurship in Ensure Access and Optimising Utilisations of Water*. New Delhi. Academic Foundation. 2007; F. YAN - D. HE e B. KINNE, *Water Resources Administration Institution in China*, in 8(4) *Water Pol'y*, 2006, pp. 291-301.

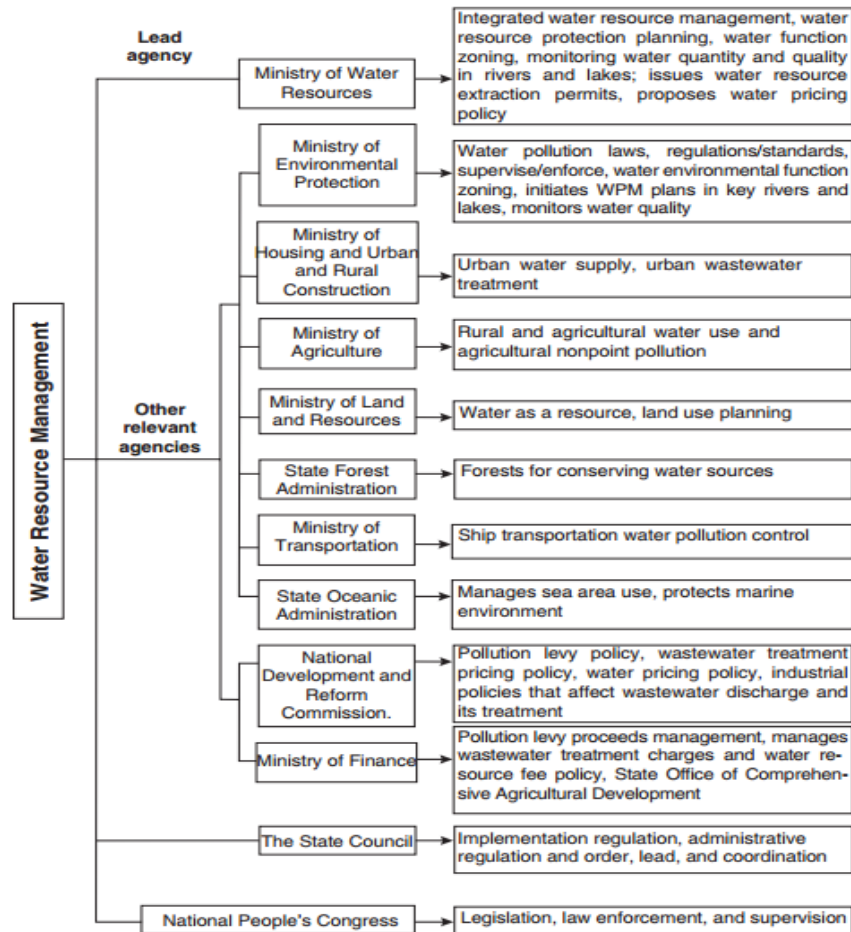


Figura 3. Distribuzione delle competenze relative alla gestione idrica in Cina (Xie, Jian; Liebenhal, Andres; Warford, Jeremy J., *Addressing China's Water Scarcity: A Synthesis of Recommendations for Selected Water Resource Management Issues*, 2008, World Bank Publications).

Questo macchinoso regime regolatorio comporta il rischio di una sovrapposizione di competenze e di conflitti di attribuzione, dal momento che le ripartizioni tra le rispettive istituzioni sono spesso sfumate. Parimenti, la responsabilità per la prevenzione dell'inquinamento idrico e il suo controllo, passaggio chiave nel processo di estrazione dello *shale gas*, è distribuita su più organi governativi a livello centrale e regionale. In ottica verticale, il meccanismo di controllo idrico presenta un'analogia frammentazione e si fonda su confini amministrativi poco chiari e collega-

ti a diversi livelli governativi. Infine, gli attriti politici e l'asimmetria informativa esistente tra il Governo centrale e le autorità locali rendono impossibile sviluppare un intervento maggiormente coordinato⁸⁶.

In conclusione, resta da vedere quali saranno le conseguenze sull'espansione dell'industria dello *shale gas* in Cina ed in particolare se questa frammentazione istituzionale e di competenze minerà ulteriormente il suo sviluppo o se tali problematiche verranno efficacemente risolte da un sistema più integrato⁸⁷. Dati i livelli pericolosamente alti di inquinamento industriale e agricolo in Cina, l'estrazione dello *shale gas* deve essere regolata da una cornice normativa in grado di ridurre ogni possibile rischio ambientale, imponendo un bilanciamento tra i benefici per la sicurezza energetica e i costi ambientali, al fine di assicurare, in ultima istanza, anche il diritto all'acqua, inteso come diritto umano⁸⁸. Il riconoscimento normativo di siffatto diritto costituirebbe un primo auspicabile passo⁸⁹, ma

⁸⁶ L'assenza di una legislazione energetica omnicomprensiva provoca sovrapposizioni e lunghi contenziosi burocratici che hanno un effetto deleterio sulla capacità di affrontare le sfide energetiche nel lungo periodo. In effetti, l'intera *governance* energetica cinese (e non solo il controllo delle risorse idriche) è stata decentralizzata attraverso diversi piani di riorganizzazione amministrativa, disperdendo e frammentando la *policy* energetica nazionale su più ministeri centrali operanti a livello parallelo. Si veda sul punto B. KONG, *Governing China's Energy in the Context of Global Governance*, in *Global Policy*, 2011, Special Issue, vol. 2, pp. 51–65.

⁸⁷ Sulla scorta, per esempio, dei modelli di gestione delle risorse idriche adottati in Francia o nel Regno Unito. Tali sistemi mirano nello specifico ad assicurare la sicurezza delle risorse idriche, proteggere le risorse ecologiche dell'ambiente acquatico e migliorare l'efficienza a livello locale del trattamento delle fonti idriche e delle acque di scarico. Questi obiettivi di regolamentazione sono raggiunti attraverso diversi strumenti, tra cui accordi consenzuali tra tutti i soggetti interessati, e consulenze tecniche. Le risorse finanziarie derivano dal prezzo dell'acqua e dall'implementazione del principio «chi consuma paga» nella gestione quantitativa e di quello «chi inquina paga» nel controllo dell'inquinamento. B. KONG, *Governing China's Energy*, loc. cit.

⁸⁸ Il riconoscimento del diritto all'acqua è oggetto di ampi dibattiti in numerosi *forum* di diritto internazionale. Il diritto all'acqua è un tema cruciale nell'operato del Consiglio sui Diritti Umani, dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e di molti studiosi e Organizzazioni Non Governative. Nel settembre del 2010, una risoluzione adottata all'unanimità dal Consiglio sui Diritti Umani ha affermato che il diritto all'acqua e ai servizi sanitari è riconosciuto nelle norme di diritto internazionali esistenti. Human Rights Council Resolution, Human Rights and Access to Safe Drinking Water and Sanitation, Doc. A/HRC/15/L.14, Sep. 30, 2010. Nel 2010 la Cina ha votato a favore di una risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite che riconoscesse il diritto all'acqua come diritto umano. La Risoluzione 64/292 (General Assembly Resolution, The Human Right to Water and Sanitation, Doc. A/RES/64/292, Aug. 3, 2010) sancisce che l'accesso all'acqua potabile non significa che il diritto all'acqua impone alla Cina l'onere di sviluppare nuove politiche e normative per assicurare acqua potabile a tutta la sua popolazione. Peraltro la risoluzione non ha un carattere normativo vincolante ed è genericamente considerata uno strumento di *soft law*. Si veda J. HARSHA, *Conflicts and Dilemma of Human Right to Water*, in 100(12) *Current Science*, 2011, p. 1778 ss.

⁸⁹ Il diritto all'acqua non è riconosciuto a livello costituzionale in Cina. L'art. 9 della Costituzione della Repubblica Cinese stabilisce che «le risorse minerarie, le acque, le foreste, le montagne, le praterie, i terreni non bonificati, le spiagge e le altre risorse naturali sono di proprietà dello Stato, cioè del popolo nel suo insieme, con l'eccezione delle foreste, le

dovrebbe comunque essere seguito da un'effettiva politica di *enforcement*⁹⁰.

Invero numerosi fattori contribuiscono ad aggravare l'attuale debole applicazione della normativa ambientale cinese. In particolare, gli strumenti giuridici esistenti non contemplano meccanismi e procedure obbligatorie di valutazione dell'impatto ambientale o monitoraggi. L'applicazione delle leggi in materia di protezione ambientale dovrebbe essere rafforzata attraverso meccanismi che facilitino l'accesso da parte del pubblico alle informazioni e alle statistiche rilevanti, in modo da promuovere un fruttuoso meccanismo di controllo in grado di esercitare una pressione maggiore sulle autorità centrali o locali affinché applichino e rispettino le regolamentazioni esistenti⁹¹. Sulla scorta dell'esperienza statunitense⁹², al-

montagne, le praterie, i terreni non bonificati e le spiagge possedute da specifiche comunità nel rispetto della legge. Lo Stato assicura l'uso razionale delle risorse naturali e protegge le rare specie animali e vegetali. L'appropriazione o il danneggiamento di risorse naturali da parte di un singolo individuo o da una qualunque organizzazione, con qualsiasi mezzo, è proibito». W. C. JONES, *The Constitution of the People's Republic of China*, 63 *Washington U. L. Q.* 707 (1985), disponibile all'indirizzo <http://digitalcommons.law.wustl.edu/lawreview/vol63/iss4/4>.

⁹⁰ Su questo punto, Peter Gleick rileva come, sebbene sia ancora aperto il dibattito sull'adeguatezza degli *standard* ambientali in Cina, nessuno mette in dubbio che il rispetto delle normative attualmente vigenti in materia idrica sia gravemente inadeguato. P. GLEICK, *China and Water*, in P. H. GLEICK - H. COOLEY - M. MORIKAWA (eds), *The World's Water 2008-2009: The Biennial Report on Freshwater Resources* 432, 2008.

⁹¹ J. MA, *Public Disclosure in China: Fighting Pollution with Open Information*, *Chian Dialogue*, December 13, 2010, disponibile all'indirizzo: <https://www.chinadialogue.net/article/show/single/en/4001-The-power-of-public-disclosure>.

⁹² In ottica comparata, si rileva che nel 1986, gli Stati Uniti hanno adottato l'*Emergency Planning and Community Right-to-know Act* (EPCRA) (Emergency Planning and Community Right-to-know Act (EPCRA) Code of Federal Regulations, 40 CFR Parts 355, 370, e 372), una norma che promuove efficaci piani di risposta a situazioni di emergenza chiedendo alle amministrazioni locali e federali di pubblicare informazioni precise sull'esistenza di potenziali rischi chimici (EPCRA §§ 311-12 (2011)). In via analoga, il Toxic Inventory Release Program dell'Environmental Protection Agency fornisce un *database* accessibile sui rilasci di sostanze chimiche tossiche e sulle attività di smaltimento delle scorie, il cui scopo è informare e influenzare le politiche delle comunità locali e del governo federale, amplificando i meccanismi partecipativi. Tuttavia, le compagnie operanti nel settore dello *shale gas* negli Stati Uniti d'America non sono tenute secondo la legge federale a rivelare la natura delle sostanze chimiche adoperate durante la fratturazione idraulica, sebbene al momento undici Stati abbiano emanato leggi o regolamenti che impongono alle compagnie di trivellazione di rivelare alcune, sebbene non tutte, delle sostanze chimiche utilizzate. Il Groundwater Protection Council e il Department of Energy hanno inoltre sviluppato un registro virtuale nazionale (il c.d. FracFocus), che permette al pubblico di accedere alle informazioni rilevanti, per ogni sito di trivellazione, sui componenti chimici usati nella fratturazione idraulica. In alcuni Stati, come il Texas e il Colorado, la pubblicazione su FracFocus è addirittura un requisito legale obbligatorio. Tuttavia alcune società operanti nel settore dello *shale gas* si oppongono all'obbligo di pubblicare i dati sulle sostanze chimiche utilizzate nella fratturazione idraulica sostenendo che «la composizione specifica degli elementi chimici usati nella fratturazione è considerata un'informazione rientrante nei segreti commerciali della società e come tale dovrebbe essere protetta». Occorre a questo proposito rilevare che sussiste ancora una limitata conoscenza degli effetti della fratturazione idraulica sull'acqua, e quindi sulla salute pubblica che presuppone che le multinazionali operanti nel settore siano sottoposte

cune misure di trasparenza ambientale sono state adottate anche in Cina. In tal senso, la WPPCL⁹³ impone ai dipartimenti delle amministrazioni locali dedicati alla protezione ambientale di pubblicare periodicamente gli obiettivi di controllo sui livelli d'inquinamento⁹⁴. Questo strumento giuridico affida ai dipartimenti di protezione ambientale del Consiglio di Stato e delle amministrazioni locali il compito di individuare le amministrazioni⁹⁵ che non sono riuscite a rispettare gli obiettivi quantitativi di riduzione dell'inquinamento ad esse assegnati e di renderlo pubblico con le relative responsabilità politiche e di immagine che ne conseguono ai danni delle amministrazioni poco virtuose, attraverso un meccanismo di «name and shame». Un altro strumento fondamentale per la divulgazione d'informazioni è costituito dalla serie di *Measures on Open Environmental Informa-*

ad obblighi più elevati di trasparenza nell'esercizio *pro-tempore* del diritto a loro attribuito di esplorazione e sfruttamento delle risorse naturali di *shale gas*. Un numero di limiti presenti nel FracFocus suggerisce l'impossibilità di considerare il registro come uno strumento di *compliance* normativa per la divulgazione dei dati chimici. *In primis*, le leggi statali infliggono sanzioni alle compagnie che omettono di fornire le informazioni sulle sostanze chimiche usate o lo fanno tardivamente. Tuttavia, FracFocus non comunica allo Stato in questione l'avvenuta ricezione dei dati da parte di una compagnia operante nel suo territorio. La maggior parte degli Stati non è quindi in grado di determinare con prontezza quando viene effettuata una diffusione d'informazioni e, di conseguenza, non può applicare rapidamente i rimedi stabiliti in caso tali informazioni risultassero incomplete o imprecise. Inoltre, la protezione dei segreti industriali è fondamentale per premiare lo sviluppo di prodotti unici nel mercato. Tuttavia, il segreto industriale è regolamentato in maniera tale che la richiesta di questa protezione non diventi eccessivamente ampia. In primo luogo, è necessario che l'azienda provi l'effettiva esistenza di un segreto industriale e quindi la necessità della relativa protezione. In secondo luogo, deve essere previsto il coinvolgimento di un'agenzia governativa nel controllo esterno di tale richiesta da parte della società privata. In terzo luogo, la richiesta di applicazione della normativa del segreto industriale, e la conseguente diminuzione di trasparenza, spingerebbe a riconsiderare tale azienda come l'operatore appropriato nello svolgimento di operazioni che possono essere certamente definite di interesse generale al punto di portare a riflettere sull'opportunità dell'apertura di una gara pubblica per l'individuazione di un altro operatore idoneo all'assegnazione di tali mansioni di esplorazione e sfruttamento delle risorse di *shale gas*. FracFocus non presenta nessuna di queste caratteristiche e gli operatori godono di totale discrezionalità sul momento in cui affermare l'esistenza di un segreto industriale. Come conseguenza, nel registro si possono rinvenire vari casi di affermazioni di segreti industriali inesistenti. La mancanza di diffusione dei dati ostacola un'efficace risposta alle emergenze, impedisce alle agenzie governative di dare priorità al rispetto della normativa e scoraggia la partecipazione pubblica. Da questo punto di vista, la diffusione delle informazioni potrebbe essere considerata un requisito sociale per la fratturazione idraulica, una sorta di «licenza sociale» per la trivellazione.

⁹³ WPPCL *cit. supra*, nota 39.

⁹⁴ *Ibidem*, art. 19.

⁹⁵ Anche prima della promulgazione della WPPCL erano state emanate alcune norme che promuovevano la trasparenza e la partecipazione pubblica, come la *Cleaner Production Promotion Law* (in cinese 中华人民共和国清洁生产促进法) del 2003, che imponeva la pubblicazione dei dati relativi alle emissioni e ad altri fattori rilevanti. Inoltre, la *Law on Evaluation of Environmental Effects* (in cinese 中华人民共和国环境影响评价法) del 2002 impone una parziale pubblicazione delle valutazioni di impatto ambientale che vengono presentate per ottenere i permessi estrattivi.

tion, adottate nel 2007 dal Ministero della Protezione Ambientale per promuovere la partecipazione pubblica nella lotta contro l'inquinamento⁹⁶. Le Misure raccomandano agli operatori del settore energetico di diffondere in maniera tempestiva e accurata le informazioni rilevanti in materia ambientale⁹⁷ e promuovono una più effettiva partecipazione dei cittadini, prevedendo che «i cittadini, le persone giuridiche e le altre organizzazioni» possano «richiedere ai dipartimenti per la protezione ambientale di ottenere e fornire le informazioni rilevanti in possesso del governo»⁹⁸.

Ebbene, nonostante i progressi compiuti dalle amministrazioni locali cinesi sulla diffusione trasparente delle informazioni ambientali, permangono differenze significative tra le varie regioni e province. Peraltro, la diffusione delle informazioni da parte delle imprese multinazionali nel settore energetico è estremamente limitata. Il Governo cinese tende a dimostrarsi a dir poco comprensivo con il rifiuto delle imprese multinazionali a divulgare numerose informazioni che sarebbero estremamente utili a valutare l'effettivo impatto ambientale delle loro produzioni industriali, perché non vuole che prendano in considerazione di spostare le proprie attività operative in altri Paesi mettendo così a rischio il loro elevato contributo in termini di aumento dell'occupazione e utilizzo della manodopera locale cinese, investimenti in infrastrutture e trasferimenti di tecnologia e *know-how*, pagamento delle imposte nazionali e locali sui redditi d'impresa.

Un ulteriore ostacolo è legato alla natura non vincolante degli obblighi di trasparenza e *disclosure*, che il più delle volte non impongono obbligatoriamente alle aziende la diffusione delle informazioni ambientali, limitandosi ad incoraggiare gli operatori ad adottare sistemi di divulgazione autonomi (nello spirito della responsabilità sociale d'impresa), senza così creare un obbligo giuridico immediatamente azionabile nei confronti delle aziende che non accolgono favorevolmente tali indicazioni.

Invero, l'esperienza statunitense ha dimostrato quanto la trasparenza, l'accessibilità delle informazioni ambientali e il coinvolgimento attivo di tutte le parti sociali siano elementi decisivi e abbiano un ruolo chiave nel

⁹⁶ *Measures on Open Environmental Information (for Trial Implementation)*, adottate dall'Amministrazione Statale Cinese per la Prevenzione Ambientale l'8 febbraio 2007, efficaci a partire dal 1° maggio 2008. In cinese *Huan Jing Xin Xi Gong Kai Ban Fa* o *环境信息公开办法*.

⁹⁷ *Ibidem*, art. 4: «I dipartimenti di protezione ambientale dovranno seguire i principi di giustizia, equità, adeguatezza per il popolo e obiettività, e dovranno diffondere le informazioni ambientali governative con prontezza e accuratezza. Le imprese dovranno diffondere i dati aziendali relativi all'ambiente con prontezza e accuratezza secondo il principio della coesistenza tra diffusione volontaria e obbligatoria».

⁹⁸ *Ibidem*, art. 5.

successo di lungo periodo delle attività di esplorazione, produzione e sfruttamento dello shale gas. Siffatte condizioni permetterebbero agli operatori di ridurre sensibilmente i rischi di dissenso sociale nei confronti del loro operato, perché la comunità locale sarebbe al contempo partecipe del processo decisionale e ad essa sarebbero inoltre garantiti benefici equi e tangibili derivanti dalle operazioni estrattive. A tal proposito, le iniziative volte a consolidare i principi di trasparenza e a rendere obbligatoria la pubblicazione delle informazioni circa le sostanze chimiche utilizzate nei processi industriali rappresentano un passaggio cruciale per un effettivo controllo dell'industria dello *shale gas* e una migliore applicazione della normativa ambientale.

5. Analisi comparatistica con la pregressa esperienza degli Stati Uniti d'America: un modello di riferimento per lo sviluppo dell'industria del gas non convenzionale?

Nonostante le evidenti differenze, emergono numerosi punti di convergenza in materia di shale gas tra il contesto cinese e quello nordamericano: *i.* Stati Uniti d'America e la Cina sono importatori netti di energia e sono entrambi fortemente impegnati nello sforzo di garantire una maggiore sicurezza ed indipendenza energetica promuovendo l'utilizzo delle risorse naturali domestiche⁹⁹; *ii.* i loro ordinamenti giuridici sono entrambi caratterizzati da leggi centrali o federali di ampia portata, applicate da agenzie governative centrali o regionali *ad hoc*; *iii.* non da ultimo, sia la Cina che gli Stati Uniti d'America presentano uno scarto in termini di antinomie e carenza di coordinamento tra la normativa emanata a livello federale/centrale e la relativa applicazione a livello locale. Tutti questi elementi di similarità consentono dunque di tracciare un parallelo che potrebbe risultare utile allo sviluppo dell'industria della produzione e della commercializzazione dello *shale gas* in Cina¹⁰⁰.

⁹⁹ Sulle sempre maggiori esportazioni di gas statunitense e la crescente indipendenza energetica, si veda *infra*, par. 5.

¹⁰⁰ Nonostante le cennate somiglianze, permangono caratteristiche profondamente differenti, anzitutto geologiche. In particolare, la fratturazione idraulica in Cina è molto più complessa in quanto lo *shale gas* cinese si trova in terreni molto più profondi rispetto al gas statunitense, che tendenzialmente è situato tra due e sei chilometri di profondità. Dunque, l'esperienza ottenuta dall'industria dello *shale gas* negli Stati Uniti potrebbe non essere direttamente funzionale alla Cina, dal momento che richiederebbe personale maggiormente qualificato, equipaggiamento addizionale, innovazione tecnologica e costi più elevati. Inoltre, la qualità delle rocce di scisto e dello *shale gas* in Cina è diversa da quella degli Stati Uniti d'America, essendo più difficile da fratturare e contenendo un numero di gas non idrocarburi molto più elevato, comportando una minore qualità dello *shale gas* cinese e di conseguenza

Orbene, ai fini del presente studio è utile analizzare i fattori che hanno permesso agli Stati Uniti d'America di innescare quella che è stata evocativamente definita come «*shale revolution*». Lo sviluppo dell'industria dello *shale gas* ha profondamente modificato lo scenario energetico statunitense, permettendo la transizione da una condizione di scarsità energetica a una di abbondanza, e il Paese, primo al mondo per consumo energetico, potrebbe presto diventare il maggior produttore d'idrocarburi¹⁰¹. Lo *shale gas*, rimpiazzando il petrolio come ago della bilancia di un nuovo equilibrio energetico globale, sta già influenzando le relazioni energetiche globali e il suo impatto sarà ancora più evidente quando inizierà ad essere esportato (le prime esportazioni sono previste per il 2017). Esistono numerose piattaforme di gas naturale liquefatto (*liquified natural gas* o LNG) situate negli Stati Uniti d'America, costruite originariamente per importare gas, che ora stanno iniziando ad essere convertite per l'esportazione dello *shale gas*, possibilmente in Europa, India e Cina, in modo da allargare la sfera d'influenza politica e commerciale degli Stati Uniti d'America nell'ambito della sicurezza energetica globale e dei relativi rapporti geopolitici ad essi collegati e ridurre al contempo il quasi-monopolio russo e mediorientale nel settore del gas naturale¹⁰². La rivoluzione dello *shale gas* ha modificato gli assetti economici della produzione d'idrocarburi negli Stati Uniti, riducendo la dipendenza dalle importazioni e irrobustendo il settore manifatturiero domestico grazie ai costi energetici ridotti¹⁰³. È dun-

costi più elevati nel lungo periodo. H. LIU. *The Drilling and Completion Technology of Shale Gas and Its Status Reservoir. Stimulation Technology in Foreign and Our Adaptive Analysis*. Senior Symposium of National Oil and Gas Well Engineering Scientific Research Progress and Drilling Engineering Technology (2009) (in cinese).

¹⁰¹ La fratturazione idraulica si è rivelata così efficace da spingere gli esperti energetici a definirla «l'innovazione energetica più significativa del secolo, finora». M. LASHLEY BARCELLA e D. HOBBS, *Fueling North America's Energy Future*. in *The Wall Street Journal*. Mar. 10. 2010. at A10. Si vedano altresì J. DEUTCH. *The Good News about Gas-The Natural Gas Revolution and Its Consequences*. in *90 Foreign Affairs*. 2011. p. 82; J. DEUTCH. *The US Natural-Gas Boom Will Transform the World*, in *The Wall Street Journal*, Aug. 14, 2012. Come conseguenza della rivoluzione dello *shale gas*, il bacino gassoso nordamericano, attualmente stimabile sui 3-4000 miliardi di piedi cubi, potrebbe sostenere l'attuale consumo energetico per più di cento anni. Si veda D. YERGIN, *The Quest: Energy Security, cit. supra*, nota 17, p. 332.

¹⁰² J. JENSEN, *LNG Exports from North America: How Competitive Are They Likely to Be?*, Presentation to the Paris Energy Club, 4 May 2012.

¹⁰³ Invero, a partire dal 2007 negli Stati Uniti d'America, l'aumento della produzione domestica di gas ha dato luogo ad un significativo *surplus* di gas che la domanda interna non è riuscita ad assorbire completamente. Come osservato dall'Agenzia di Informazione Energetica statunitense nelle sue Previsioni Annuali sull'Energia del 2013: «L'Agenzia di Informazione Energetica statunitense (...) prevede che la produzione di gas naturale negli Stati Uniti passi dai 23 miliardi di piedi cubi nel 2011 a 33.1 miliardi di piedi cubi nel 2040, con un aumento del 44 per cento. La quasi totalità di questo incremento nella produzione di gas naturale domestico è dovuta al previsto incremento nella produzione di shale gas, che passerà dai 7.8 miliardi di piedi nel 2011 a 16.7 miliardi di piedi cubi nel 2040». *What Is Shale Gas and Why*

que estremamente utile analizzare le ragioni che hanno influenzato le politiche sul gas non convenzionale negli Stati Uniti.

Ripercorrendo in breve l'evoluzione del mercato energetico statunitense, si rileva anzitutto che nel 1978 l'adozione del *Natural Gas Policy Act* (NGPA)¹⁰⁴ ha imposto una graduale rimozione dei controlli del prezzo e ha fornito incentivi economici allo sviluppo di nuove fonti di gas naturale, tra cui quello ricavato da fonti non convenzionali. In precedenza il prezzo massimo sul gas naturale interstate era fissato a un livello artificialmente inferiore rispetto al prezzo di equilibrio che sarebbe scaturito dalla libera concorrenza del mercato. Siffatta regolamentazione delle tariffe provocò un aumento nella domanda e una contrazione dell'offerta, con conseguenti ricadute sulle riserve di gas naturale e, infine, sulla produzione¹⁰⁵. Inoltre, il NGPA prevedeva condizioni favorevoli per il gas non

Is It Important?, US Energy Info. Admin., Dec. 5, 2012. Nel 2000, lo *shale gas* rappresentava soltanto l'1 per cento del fabbisogno di gas naturale statunitense. D. BROOKS, *Shale Gas Revolution*, in *N.Y. Times*, 3 November 2011, disponibile all'indirizzo http://www.nytimes.com/2011/11/04/opinion/brooks-the-shale-gas-revolution.html?_r=0. Nel 2012, la sua percentuale è cresciuta fino a circa il 30 per cento. Si veda US Energy Info. Admin., Doe/Eia-0383, *Annual Energy Outlook 2013 With Projections To 2040*, 9-10 (2013). Il più importante stimolo alla crescente domanda di gas naturale negli Stati Uniti d'America è stata la produzione elettrica ottenuta sostituendo le centrali alimentate a carbone o aumentando la capacità produttiva esistente. Al tempo stesso, le esportazioni hanno il potenziale per favorire la crescita nella domanda e rendere il settore del gas naturale più competitivo. Infine, una crescita nella domanda di gas potrebbe essere causata da una compartecipazione di fattori, come ad esempio l'uso di veicoli alimentati a gas naturale; la produzione di energia elettrica; la domanda di gas a scopi industriali. K.W. COSTELLO, *Exploiting the Abundance of U.S. Shale Gas: Overcoming Obstacles to Fuel Switching and Expanding the Gas Distribution System*, in 34(2) *Energy L.J. Vol.*, 2013, p. 541, p. 543.

¹⁰⁴ *Natural Gas Policy Act* (NGPA), in 15 *U.S. Code* § 3301. Sul punto si vedano R. GREER MORGAN e M. PRIDDY PATTERSON, *The Natural Gas Policy Act of 1978: Four Years of Practice and Two Years to Make Perfect*, in 71 *Kv. L.J.*, 1983, p. 105; J. P. TOMAIN, *The Dominant Model of United States Energy Policy*, in 61 *U. Colo. L. Rev.*, 1990, p. 355; R. L. BROWN JR., *Legislative History of the Natural Gas Policy Act: Title I*, in 59 *Tex. L. Rev.*, 1980, p. 101.

¹⁰⁵ All'indomani dell'embargo petrolifero del 1973 e della successiva «crisi energetica» del 1979, il Governo statunitense ha promosso un gran numero di programmi, tra cui il rafforzamento e l'espansione dei progetti di ricerca e sviluppo legati alle fonti di energia, programmi che furono poi ripresi al momento dell'istituzione del Department of Energy (DOE) a cui è stato assegnato il compito di identificare e definire al meglio le rispettive responsabilità e competenze di tutti i piani energetici federali e i programmi di ricerca e sviluppo. Si rammenta che la prima crisi petrolifera, coincidente con l'embargo attuato dai Paesi Arabi nel 1973, venne scatenata dalle ostilità createsi tra questi ultimi ed Israele durante la guerra del Yom Kippur – la quarta ed ultima di tutte le guerre arabo-israeliane. Per la prima volta nella storia, un Paese esportatore di petrolio decise infatti di farne uso quale vera e propria arma da guerra. Il prezzo del greggio venne incrementato del 70 per cento, raggiungendosi così i 5,11 dollari al barile. Accanto al rialzo dei prezzi, venne indetto un embargo, riducendo la produzione del 5 per cento nel primo mese e continuando con pari riduzioni per ogni mese successivo. Nei confronti degli Stati Uniti d'America, l'embargo fu invece totale, in risposta al sostegno dato ad Israele. La seconda crisi petrolifera scaturì invece dalla rivoluzione iraniana ed ebbe luogo tra il 1978 e il 1979. L'Iran fermò la propria produzione e la susseguente carenza di petrolio, inizialmente compensata dall'aumento della produzione da parte dei restanti Paesi dell'Organizzazione dei

convenzionale anche alla luce degli elevatissimi costi di estrazione richiesti¹⁰⁶. Tale parziale deregolamentazione dei prezzi del gas naturale ha rappresentato un vantaggio fondamentale per lo sviluppo di queste risorse naturali.

Spostando ora l'attenzione sulla regolamentazione tariffaria del gas naturale in Cina, la mancanza di un'agenzia nazionale competente per la definizione dei prezzi è causa d'incertezze nei potenziali investitori. L'attuale prezzo è, infatti, il risultato di un mosaico di tariffe a volte fissate in via amministrativa, in altri casi determinate dal mercato, oppure in base ad ulteriori parametri quali la media tra prezzi all'ingrosso e al dettaglio, la media tra prezzi *onshore* e *offshore*, e così via¹⁰⁷. Il Dodicesimo Piano Quinquennale (2011-2015) ha previsto il raddoppio della produzione di energia elettrica da centrali alimentate a gas naturale e un aumento del consumo domestico di gas. Per queste ragioni, l'attuale politica tariffaria fissa il prezzo del gas a livelli artificialmente bassi senza rispecchiare gli effettivi valori del mercato internazionale. In un contesto normativo caratterizzato da un forte interventismo pubblico e da un sistema di monopolio dei prezzi dell'energia che non riflettono la carenza reale di risorse naturali né la domanda del mercato, la differenza tra il valore reale e i prezzi domestici costringe le industrie cinesi a importare gas naturale al di sotto del prezzo di mercato ovvero in perdita. Le distorsioni dei prezzi non sono peraltro funzionali all'efficacia delle dinamiche del mercato e della distribuzione delle risorse, poiché i prezzi dell'energia sono slegati dalle dinamiche di mercato, situazione che spinge il Governo a sostenere tramite sussidi alcune industrie energetiche, aumentando ulteriormente le voci in passivo del bilancio nazionale¹⁰⁸.

Benché una riforma dei prezzi e della regolamentazione sia tuttora estremamente necessaria, alcuni meccanismi più flessibili per l'individua-

Paesi esportatori di petrolio (meglio conosciuta come OPEC - Organization of the Petroleum Exporting Countries) iniziò a farsi sentire, essendo l'Iran il secondo produttore mondiale di greggio. Si veda, P. D. FARAH e E. CIMA, *Energy Trade and the WTO: Implications for Renewable Energy and the OPEC Cartel*, in 16 (3) *J. Int'l Econ. L.*, 2013, pp. 707-740; P. D. FARAH e E. CIMA, *L'energia nel contesto degli Accordi dell'OMC: Sovvenzioni per le energie rinnovabili e pratiche OPEC di controllo dei prezzi*, cit. *supra*, nota 11.

¹⁰⁶ NGPA, sezione 107.

¹⁰⁷ Per un'analisi comparativa del sistema di regolamentazione dei prezzi del gas negli Stati Uniti d'America, si veda B. SILVERSTOVTS - G. L'HÉGARET - A. NEUMANN e C. VON HIRSCHHAUSEN, *International Market Integration for Natural Gas? A Cointegration Analysis of Prices in Europe, North America and Japan*, in 27(4) *Energy Econ.*, 2005, pp. 603-615).

¹⁰⁸ Dodicesimo Piano Quinquennale (2011-2015), disponibile all'indirizzo <http://www.britishchamber.cn/content/chinas-twelfth-five-year-plan-2011-2015-full-english-version>. Y. ZHU, *Zhongguo Nengyuan Shichang Xianzhuang Fenxi: Jianlun Zhongguo Nengyuan Shichang Guojihua* [Chinese Situation of Energy Market - Discussion on the Internationalization of China's Energy Market], in 8 *Zhejiang Jingji* [Zhejiang Economy], 2004, p. 17.

zione del prezzo hanno cominciato ad essere applicati in via sperimentale a partire da dicembre 2011 nella provincia di Guangdong e nella regione di Guangxi, dove i prezzi del gas non vengono più mantenuti ad un livello più basso di quello stabilito dal mercato, ma sono legati ai prezzi di mercato dell'olio combustibile e del gas prodotto da petrolio liquefatto importati a Shanghai, polo economico cinese per lo scambio e il consumo di gas. L'obiettivo finale è liberalizzare il prezzo a monte e lasciare che il mercato individui il prezzo del gas senza interferenze o dirigismi da parte del Governo. Tale meccanismo si fonda sul concetto d'indicizzazione del petrolio per determinare il prezzo del gas. Collegando il prezzo del gas naturale domestico con quello internazionale, la formula del prezzo indicizzato del petrolio rispecchierà i valori fondamentali del mercato internazionale e la sua domanda¹⁰⁹.

Sotto ulteriore profilo, l'attuale cornice legislativa cinese sull'esplorazione e sfruttamento dello *shale gas* dovrebbe essere altresì migliorata in relazione al regime fiscale, elemento cruciale nello sviluppo degli investimenti e nella promozione di un uso efficiente delle risorse. Attualmente, nel rispetto dei contratti di produzione congiunta, le società energetiche internazionali devono versare una percentuale dei loro profitti a vantaggio del Governo o delle imprese di Stato, oltre che corrispondere le imposte sui redditi d'impresa. Questo costituisce un forte deterrente per gli investitori stranieri in un'attività già caratterizzata da alti rischi, come l'esplorazione e la produzione dello *shale gas*. Al contrario, il regime di regolamentazione statunitense basato sulle *royalties* richiede semplicemente che le società energetiche paghino una percentuale sui ricavi e le imposte sui redditi d'impresa¹¹⁰.

È opportuno ricordare anche ulteriori fattori che sono stati rilevanti nello sviluppo dell'industria della produzione e della commercializzazione dello *shale gas* negli Stati Uniti d'America. Anzitutto, gli elevati prezzi

¹⁰⁹ Cfr. *supra*, nota 108.

¹¹⁰ In particolare, le prime operazioni di trivellazione per estrarre gas non convenzionale furono supportate da un sistema di incentivi fiscali federali previsti dalla c.d. *Nonconventional Fuels (Section 29) Tax Credit* che ebbe un ruolo determinante nello sviluppo di altri due tipi di gas non convenzionale, il metano estratto dai giacimenti di carbone e il gas ottenuto dalle cc.dd. *tight sands*. Nonostante i pochi incentivi presenti nel descritto panorama fiscale cinese, un certo numero di società petrolifere multinazionali è stato attratto dalle potenzialità di sviluppo dell'industria dell'esplorazione e sfruttamento dello *shale gas* in Cina (ad esempio, Royal Dutch Shell, BP, ExxonMobil, Chevron, e Conoco Phillips). Nel 2011, Sinopec ha sottoscritto accordi con Eni ed ExxonMobil con l'obiettivo di valutare le effettive dimensioni dei giacimenti di *shale gas* in Cina. Nel marzo del 2012, la Shell è diventata la prima società straniera a concludere un accordo di produzione congiunta con la società petrolifera statale *China National Petroleum Corporation (CNPC)*, che garantirà a Shell una quota rilevante del mercato della produzione di gas non convenzionale in Cina. Cfr. KPMG GLOBAL ENERGY INSTITUTE, *Shale Gas*, cit. *supra*, nota 30.

del gas naturale negli anni 2000 hanno consentito alle compagnie energetiche di ottenere significativi margini di profitto dalla trivellazione dei pozzi di *shale gas*. La prospettiva di notevoli ricavi ha spinto le aziende energetiche già presenti nel mercato e quelle appena entrate a investire massicciamente nell'industria del gas non convenzionale negli anni 2000, provocando infine un abbattimento dei prezzi del gas naturale.

Inoltre, le barriere all'entrata per le società statunitensi di piccole o grandi dimensioni nel mercato americano dell'industria dell'esplorazione e dello sfruttamento dello *shale gas* erano molto più limitate rispetto all'attuale contesto cinese, giacché i singoli operatori erano in grado di acquistare od ottenere in concessione gli appezzamenti di terreno da esplorare. L'unico prerequisito era la corretta esecuzione degli adempimenti burocratici richiesti da parte dell'amministrazione statale. Al contrario, il Governo centrale cinese esercita un forte controllo sull'esplorazione e sfruttamento di giacimenti di *shale gas* organizzando le relative gare d'appalto e concedendo, a sua discrezione, i diritti di esplorazione. Questo meccanismo, caratterizzato da una concorrenza estremamente ridotta crea numerose barriere all'entrata nel mercato locale per le società straniere¹¹¹, dal momento che le uniche ammesse alle gare sono quelle cinesi o quelle straniere che hanno stipulato accordi di *joint-venture* con *State-Owned Enterprise* (SOEs) cinesi e i cui fatturati abbiano raggiunto soglie minime, particolarmente elevate, stabilite periodicamente dal Governo cinese¹¹².

¹¹¹ In particolare, durante la prima gara d'appalto, tenuta nel giugno 2011, le società controllate dallo Stato sono state le uniche ammesse a partecipare. Questa gara ha suscitato una debole reazione, dal momento che solo sei società hanno presentato offerte per quattro settori di esplorazione e alla fine solo due settori sono stati assegnati. Una seconda gara è stata organizzata nell'Ottobre del 2012, raccogliendo 152 offerte per 20 settori.

¹¹² Le imprese hanno l'obbligo di investire almeno 30,000 renminbi per metro quadro ogni anno, pari a tre volte il minimo richiesto per l'esplorazione del petrolio greggio. Inoltre, la seconda gara d'appalto lanciata nel 2012 richiedeva alle compagnie partecipanti un capitale sociale minimo di 300 milioni di renminbi. Ministry of Land and Resources, *Shale Gas Tender Submission Announcement*, May 17, 2012, disponibile su http://www.mlr.gov.cn/zwgk/zytz/201205/t20120517_1099388.htm (in cinese). Sebbene un'alta soglia d'ingresso nel mercato potrebbe frustrare l'obiettivo della Cina di attrarre investimenti diversificati e stimolare la concorrenza, tale metodo potrebbe ridurre i rischi ambientali, dal momento che le società di piccola-media dimensione in Cina sono difficili da regolamentare e dispongono di meno capacità finanziaria e tecnica per adottare le *best practices*. Si veda M. ENOE - Y. HE e E. POHNAN, *Lessons Learned*, cit. supra, nota 14. In proposito si rileva altresì che il sistema di approvazione degli investimenti stranieri nell'industria mineraria, riguardante ogni attività nel sottosuolo, prevede meccanismi di approvazione, sia per l'uso del capitale straniero investito sia per l'avvio di attività imprenditoriale e industriale nel settore. Il primo aspetto ricomprende un sistema di valutazione amministrativa multilivello secondo il quale le autorità operanti nei vari livelli gerarchici effettuano numerosi controlli sull'ammontare complessivo degli investimenti. Per quanto riguarda l'avvio di attività imprenditoriale e industriale nel settore, la Cina applica un sistema di autorizzazione per l'esplorazione e lo sfruttamento delle risorse naturali nel sottosuolo. Nello specifico, l'investitore deve presentare domanda per la registrazione, ottenere una licenza di esplorazione o sfruttamento e ottemperare al pagamento

L'attuale assenza di concorrenza nel mercato energetico ha come precipua conseguenza un'inefficiente allocazione di risorse. In proposito occorre peraltro ribadire che nel 2001 la Cina è entrata a far parte dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC o World Trade Organisation -WTO)¹¹³, obbligandosi a diminuire gradualmente l'intervento pubblico in settori chiave dell'economia, incluso il controllo dello Stato sulle aziende energetiche. Per fare ciò, la Cina deve aumentare la competitività delle proprie società energetiche statali, anche attraverso operazioni di privatizzazione nei segmenti sia *mainstream* sia *downstream* del mercato energetico, che diversamente non riuscirebbero ad affrontare la concorrenza che si produrrebbe con un'effettiva liberalizzazione del mercato senza più il vantaggio competitivo di operare protette e garantite dal monopolio del settore e dal limitato o condizionato accesso al mercato nei confronti delle imprese straniere¹¹⁴. Invero al momento non esiste alcun tipo di concorrenza tra i tre principali colossi petroliferi cinesi, dacché tutti condividono un'azionista comune, ossia la *State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council (SASAC)*¹¹⁵. Tale mancanza di concorrenza nei settori energetici caratterizza sia il mercato a monte sia quello a valle, entrambi fortemente presidiati da monopoli statali e soggetti a un penetrante controllo amministrativo sui prezzi¹¹⁶. In ottica

dei relativi diritti. Com'è facilmente intuibile, un meccanismo di tale complessità è tutt'altro che adatto a favorire la produzione di *shale gas*.

¹¹³ "WTO Ministerial Conference Approves China's Accession", World Trade Organization, Press Release, 10 novembre 2001.

¹¹⁴ Come condizione per l'ingresso nel WTO, la Cina ha accettato di ridurre le tariffe su tutti i prodotti importati e di aprire il mercato agli investitori stranieri. In cambio, la Cina ha beneficiato della clausola della «nazione più favorita» e dei diritti reciproci per gli scambi commerciali e gli investimenti. Inoltre, la Cina ha accettato di adottare un regime di diritti della proprietà intellettuale in linea con gli *standard* internazionali. Si veda in tal senso, P. D. FARAH e E. CIMA, *China's Participation in the World Trade Organization: Trade in Goods, Services, Intellectual Property Rights and Transparency Issues*, in A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ (coord.), *El Comercio con China. Oportunidades Empresariales, Incertidumbres Jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 83-121.

¹¹⁵ State-Owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council (SASAC). In cinese Guo Zi Wei o 国资委. Sul ruolo del SASAC nell'economia cinese, si vedano M. M. PEARSON, *The Business of Governing Business in China: Institutions and Norms of the Emerging Regulatory State*, in 57.02 *World Politics*, 2005, pp. 296-322; Y. LUO - O. XUE e B. HAN, *How Emerging Market Governments Promote Outward FDI: Experience from China*, in 45.1 *Journal of World Business*, 2010, pp. 68-79; H. S. CHAN, *Politics Over Markets: Integrating State-Owned Enterprises into Chinese Socialist Market*, in 29.1 *Public Administration and Development*, 2009, pp. 43-54; K. NGOK e G. ZHU, *Marketization, Globalization and Administrative Reform in China: a Zigzag Road to a Promising Future*, in 73.2 *International Review of Administrative Sciences*, 2007, pp. 217-233.

¹¹⁶ In pratica, la China National Petroleum Corporation (CNPC), il Gruppo Sinopec e la China National Offshore Oil Corporation (CNOOC) possiedono la maggioranza assoluta dei settori di esplorazione, sebbene il Regolamento sui Settori di Esplorazione delle Risorse Minerarie preveda che nei progetti di esplorazione di petrolio e gas possano essere assegnati

di una maggiore liberalizzazione il Dodicesimo Piano Quinquennale (2011-2015) e il Libro Bianco sull'Energia del 2012 compiono un apprezzabile sforzo invocando l'introduzione di meccanismi di privatizzazione del capitale e del mercato, che nel tempo dovrebbero mirare a eliminare l'attuale condizione di monopolio che genera la diffusa inefficienza¹¹⁷.

Un ulteriore aspetto rilevante per lo sviluppo dell'industria dello *shale gas* negli Stati Uniti d'America e che si differenzia invece dal contesto cinese concerne la struttura del mercato che in Nord America ha giocato un ruolo decisivo nello sviluppo dell'industria del gas non convenzionale e che è certamente una delle più *capital-intensive*. Pertanto le piccole società operanti nel settore non hanno la capacità finanziaria e il *know-how* tecnologico necessario per effettuare sostanziali investimenti tecnologici attraverso capitale di rischio. Di conseguenza la prima fase dello sviluppo dell'industria è stata guidata da grandi società energetiche indipendenti che hanno effettuato investimenti significativi¹¹⁸. Il mercato dei capitali ha avuto un ruolo chiave in questo contesto e ha sostenuto l'*exploit* dello *shale gas*, fornendo ad alcune società ingenti capitali per la trivellazione e agevolando numerose acquisizioni e fusioni che hanno visto le grandi compagnie petrolifere e del gas naturale acquisire piccole imprese intenzionate a occuparsi dell'estrazione del gas non convenzionale.

Un altro elemento che ha sicuramente contribuito alla crescita dello sviluppo industriale dello *shale gas* negli Stati Uniti d'America è la disponibilità di un esteso ed evoluto sistema di gasdotti in essere già prima che lo *shale gas* diventasse una risorsa predominante. Al contrario, la Cina soffre della mancanza di adeguate infrastrutture fisiche, principalmente gasdotti per il trasporto e il dispacciamento. In particolare, non esiste una rete di distribuzione integrata a livello nazionale e la maggior parte delle infrastrutture esistenti in Cina è stata progettata e costruita per il trasporto

settori pari a massimo 25,000 unità. S. CHEN, *Woguo Tianranqi Chanye de Longduan Ji Falv Guizhi* [Legal Regulation of Monopoly in China's Natural Gas Industry], in *Nengyuan Yanjiu Baogao* [Energy Law Research Report], Beijing, Law Press China, 2012, p. 336.

¹¹⁷ Il Dodicesimo Piano Quinquennale Nazionale Energetico invoca una riforma del *mix* energetico, sostiene la razionalizzazione dei meccanismi di prezzo dell'energia in modo da incoraggiare gli investimenti privati nel settore, promuove la concessione dei diritti di proprietà per incoraggiare il progresso tecnologico e scientifico. Seguendo la stessa posizione, il Libro Bianco sull'Energia del 2012 promuove un uso energetico sostenibile attraverso lo stabilimento di un meccanismo di mercato per la fissazione del prezzo dell'energia e la creazione di un meccanismo istituzionale interconnesso.

¹¹⁸ Al contrario, i principali colossi petroliferi, pur essendo in grado di investire massicciamente, hanno in principio ritenuto che lo *shale gas* avesse meno *anreal* rispetto ai più tradizionali investimenti petroliferi e nel gas naturale. K. B. MEDLOCK III - A. MYERS JAFFE e P. R. HARTLEY. *Shale Gas and US National Security*, James A. Baker III Institute for Public Policy of Rice University 14, 2011.

del carbone¹¹⁹. Inoltre, attualmente tutte le principali reti di trasporto del gas sono controllate dallo Stato¹²⁰. Lo sviluppo delle infrastrutture di trasporto, distribuzione e stoccaggio rappresenta un passaggio cruciale per lo sviluppo dell'industria dello *shale gas* e, in tale direzione il Governo cinese ha programmato di costruire 14,400 miglia di nuovi gasdotti tra il 2009 e il 2015 per irrobustire l'attuale rete di 21,000 miglia¹²¹. Ma ancora più importante, la politica del gas di scisto raccomanda che i produttori e distributori di gas abbiano un accesso trasparente e non discriminatorio ai gasdotti esistenti in Cina e di proprietà degli attuali *incumbent*. È evidente che soltanto con nuovi potenziamenti e una regolazione dell'accesso alle infrastrutture sarà possibile garantire l'accesso di nuovi operatori nel mercato su scala significativa.

Lo sviluppo dell'industria dello *shale gas* negli Stati Uniti d'America ha grandemente beneficiato del regime regolatorio sviluppatosi sulla base del modello del c.d. federalismo cooperativo¹²². In questo senso, l'intero processo è regolato da un complesso di agenzie statali e federali che si occupano rispettivamente delle operazioni di trivellazione e della supervisione delle attività di trattamento e smaltimento idrico. Nonostante questa *summa divisio* di competenze, nella pratica il Governo federale ha delegato gran parte dei suoi poteri agli Stati che prevedono *standard* pari o superiori a quelli minimi fissati a livello federale. Come conseguenza, a livello statale, la regolamentazione sullo *shale gas* varia molto a seconda dello specifico interesse e delle valutazioni politiche nei confronti dell'estrazione di tale risorsa¹²³. Questa estrema frammentazione regolatoria ha portato

¹¹⁹ Il 45 per cento del sistema ferroviario domestico è dedicato al trasporto di carbone. Sul settore carbonifero in Cina, si vedano D. MOU e Z. LI, *A Spatial Analysis of China's Coal Flow*, in 48 *Energy Pol'y*, 2012, nn. 358-368; R. HEINBERG e D. FRIDLEY, *The End of Cheap Coal*, in 468(7322) *Nat.*, 2010, nn. 367-369; B. WANG, *An Imbalanced Development of Coal and Electricity Industries in China*, in 35(10) *Energy Pol'y*, 2007, nn. 4959-4968; B. LIN e J. LIU, *Estimating Coal Production Peak and Trends of Coal Imports in China*, in 38(1) *Energy Pol'y*, 2010, pp. 512-519.

¹²⁰ Attualmente CNPC di fatto monopolizza la costruzione e la gestione dei gasdotti in Cina, possedendone e controllandone il 90 per cento. Resta da vedere se CNPC consentirà il trasporto dello *shale gas* ad opera di terze parti attraverso i propri gasdotti, dal momento che non ha alcun obbligo legale al riguardo. Si veda G. SHI - Y. JING - S. WANG e X. ZHANG, *Development Status of Liquefied Natural Gas Industry in China*, in 38 (11) *Energy Pol'y*, 2010, pp. 7457-7465.

¹²¹ Si veda D. NGO, *3 Reasons Why Shale Gas is a Pipe Dream in China - Part I*, in *Energy in Asia*, May 11, 2012, disponibile all'indirizzo <http://energyinasiablog.com/2012/05/>. ID., *Why China Lags Behind the U.S. in Shale Gas Development*, in *Energy in Asia*, Jan. 15, 2013, disponibile all'indirizzo <http://energyinasiablog.com/2013/01/15/why-china-lags-behind-us-shale-gas-development/>.

¹²² F. GRADIJAN, *State Regulations, Litigation, and Hydraulic Fracturing*, in 7 *Envtl. & Energy L. & Pol'y J.*, 2012, p. 47.

¹²³ Lo Stato di New York, ad esempio, richiede un'estesa valutazione sull'impatto

gli *standard* minimi federali ad essere spesso ignorati o applicati con grande discrezionalità a seconda della linea politica dello Stato in questione¹²⁴. A fronte di quest'approccio differenziato da Stato a Stato, un inter-

ambientale, una richiesta per il permesso di avviare le trivellazioni e un piano preventivo delle operazioni. Nel Texas, al contrario, i permessi di trivellazione sono concessi con grande facilità, a condizione che ogni progetto presentato sia accompagnato da una valutazione dell'impatto ambientale. Sulle differenti regolamentazioni statali negli Stati Uniti, si veda in generale D. H. GETCHES, *Groundwater Quality Protection: Setting a National Goal for State and Federal Programs*, in 65 *Chicago-Kent L. Rev.*, 1989, p. 387, p. 410; M. A. LATHAM, *The BP Deepwater Horizon: a Cautionary Tale for CCS, Hydrofracking, Geoengineering and Other Emerging Technologies With Environmental and Human Health Risks*, in 36 *William & Mary Env'tl. L. & Pol'y Rev.*, 2011, p. 31, p. 56; H. WISEMAN, *Fracturing Regulation Applied*, in 22 *Duke Env'tl. L. & Pol'y Forum*, 2012, p. 361. Siffatta differenziazione tra le normative statali emerge con chiarezza dall'analisi della disciplina regolatrice del giacimento di *shale gas* «Marcellus», in cui ogni Stato coinvolto attua previsioni normative diverse, pur nell'ambito del rispetto dei principi della normativa federale, che si limita a fissare dei requisiti minimi per l'attività di fratturazione idraulica. Nello specifico, i rifiuti nocivi e il trasporto di sostanze chimiche tossiche vengono regolati dalle leggi federali sui trasporti. Il *Clean Water Act* proibisce il rilascio di agenti inquinanti in un corso d'acqua, in assenza di un'autorizzazione specifica (Clean Water Act 301, 33 U.S.C. 1311 (2006)). La legge federale prevede forme di responsabilità per l'inquinamento dei siti destinati allo scavo dei pozzi, nel rispetto del *Superfund or Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* (CERCLA) (CERCLA § 107, 42 U.S.C. § 9607 (2006)). Nel 1974, il Congresso ha emanato il *Safe Drinking Water Act* (SDWA), puntando a «tutelare la salute pubblica regolando l'approvvigionamento di acqua potabile a livello nazionale» (SDWA, EPA.GOV (Oct. 28, 2011)). Analogamente, l'Agenzia per la Protezione Ambientale (*Environmental Protection Agency* - EPA) ha il compito di emanare i regolamenti riguardanti l'immissione di fluidi nel sottosuolo, in modo da proteggere le falde acquifere sotterranee potabili. Fino al 1997, l'EPA interpretava la definizione di «immissione sotterranea» contenuta nella sezione 300 del SDWA al fine di applicarla allo stoccaggio sotterraneo di fluidi, ma escludendo le tecniche estrattive di petrolio e gas naturale, tra cui la fratturazione idraulica (42 U.S.C. § 300h(d)); A. C. CUPAS, *The Not-So-Safe Drinking Water Act: Why We Must Regulate Hydraulic Fracturing at the Federal Level*, in 33 *William & Mary Env'tl. L. & Pol'y Rev.*, 2009, p. 605, pp. 605-606. Questa posizione fu superata nella decisione nel caso *Legal Environmental Assistance Foundation v. U.S. EPA*, in 118 F.3d 1467 (11th Cir. 1997), nella quale Corte d'Appello dell'undicesimo Circuito sostenne che l'interpretazione della SDWA seguita dall'EPA non era corretta e, quindi, la fratturazione idraulica doveva essere considerata come rientrante nell'ambito «dell'immissione sotterranea» e dunque soggetta a regolamentazione. Ciò nonostante, nel 2005 il Congresso ha emendato la sezione 300(d) del SDWA in modo da escludere espressamente il processo di fratturazione idraulica (si veda in generale WISEMAN, *Untested Waters*, cit. *supra*, nota 6, pp. 242-243.). Per una panoramica della relazione tra il Safe Drinking Water Act e il *fracking*, si vedano, K. B. HALL, *Regulation of Hydraulic Fracturing under the Safe Drinking Water Act*, in 19 *Buff. Env'tl. L.J.*, 2011-2012, p. 1; H. A. VANDROVEE, *Feature: New Frontiers in Environmental Law: The Fight Over Frack-ing: Recent Hydraulic Fracturing Litigation in Texas*, in 74 *Tex. B.J.*, 2011, p. 390, p. 391.

¹²⁴ Tale approccio differenziato è altresì particolarmente visibile in materia di recupero e smaltimento dei fluidi di fratturazione. Lo Stato di New York, ad esempio, ha scelto di aderire al principio di precauzione, mentre Ohio e West Virginia hanno adottato una politica di non intervento e promuovono lo sviluppo e lo sfruttamento dello *shale gas* attraverso una regolamentazione minima. Si veda in generale WISEMAN, *Untested Waters*, cit. *supra*, nota 6, p. 251. Ad opinione di chi scrive, è qui utile richiamare i tratti fondamentali del principio di precauzione. Tale principio è stato elaborato anzitutto nell'ambito della politica ambientale. In quest'ottica, già nella dichiarazione ministeriale della seconda Conferenza Internazionale sulla protezione del Mare del Nord (1987), si dichiara: «una strategia di precauzione si impone al fine di proteggere il Mare del Nord dai potenziali effetti dannosi delle sostanze più pericolose. Tale strategia può richiedere l'adozione di misure di controllo delle emissioni di tali sostanze

vento uniformatore è certamente auspicabile, in specie per gli aspetti di regolazione delle tematiche ambientali¹²⁵.

In conclusione, il rapido sviluppo dell'industria dell'esplorazione e dello sfruttamento del gas non convenzionale negli Stati Uniti d'America ha, in ogni caso, riaperto un vivo dibattito sui rischi ambientali legati alle attività d'impresa svolte da privati, seppur destinatari di concessioni statali. La possibilità di utilizzare la cornice legislativa statunitense come modello esportabile ed adattabile ad altri Paesi resta dunque una questione aperta, stante il fatto che gli Stati Uniti d'America stanno cominciando so-

prima che sia stabilito formalmente un legame di causa a effetto sul piano scientifico». In prosieguo, nel corso della terza Conferenza Internazionale sulla protezione del Mare del Nord (1990), una nuova dichiarazione ministeriale precisa la dichiarazione precedente: «I governi firmatari devono applicare il principio di precauzione, vale a dire adottare misure volte ad evitare gli impatti potenzialmente nocivi di sostanze che sono persistenti, tossiche e suscettibili di accumulazione biologica, anche quando non vi sono prove scientifiche dell'esistenza di un nesso causale tra le emissioni e gli effetti». Infine, il principio *de qua* è stato esplicitamente consacrato nell'art. 15 della Dichiarazione di Rio: «Per proteggere l'ambiente, gli Stati debbono applicare intensamente misure di precauzione a seconda delle loro capacità. In caso di rischio di danni gravi o irreversibili, la mancanza di un'assoluta certezza scientifica non deve costituire un pretesto per rimandare l'adozione di misure efficaci volte a prevenire il degrado ambientale». Il principio è stato poi ripreso in termini simili, *inter alia*, nel preambolo della Convenzione sulla diversità biologica (1992), all'art. 3 (Principi) della Convenzione sui Cambiamenti Climatici (1992) e nella Convenzione di Parigi per la Protezione dell'Ambiente Marino per l'Atlantico Nord-Orientale (settembre 1992). I criteri che dovrebbero informare il ricorso al principio di precauzione sono: *i.* l'attuazione del principio dovrebbe fondarsi su una valutazione scientifica la più completa possibile che determini in ogni istante il grado d'incertezza scientifica; *ii.* qualsiasi decisione di agire o di non agire in virtù del principio di precauzione dovrebbe essere preceduta da una valutazione del rischio e delle conseguenze potenziali dell'assenza di azione; *iii.* non appena i risultati della valutazione scientifica e/o della valutazione del rischio sono disponibili, tutte le parti in causa dovrebbero avere la possibilità di partecipare allo studio delle varie azioni prevedibili nella maggiore trasparenza possibile. Si vedano sul punto G. CORDINI - P. FOIS e S. MARCHISIO, *Diritto Ambientale. Profili Internazionali Europei e Comparati*, Torino, Giappichelli, 2008; M. ALBERTON, *La Quantificazione e la Riparazione del Danno Ambientale nel Diritto Internazionale e dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2008.

¹²⁵ *Jeffries* nota come *Schauwecker* ribadisca che l'Environmental Protection Agency ha l'obbligo, ai sensi del *Water Use Efficiency and Conservation Research Act* del 2009 (H.R. 631 (111th)) di gestire i rischi connessi alla fratturazione idraulica, dal momento che tale legislazione «impone all'Agenzia per la Protezione Ambientale statunitense di stabilire un programma di ricerca e sviluppo che promuova l'efficienza idrica e la sua conservazione». PAULA J. SCHAUWECKER, *Oil and Water*, cit. *supra*, nota 69, p. 47. *Wiseman* sostiene che la regolamentazione statale si è rivelata pronta ed efficace, fino a questo momento, e che lo sforzo del Congresso di ricondurre la fratturazione idraulica nell'alveo del SDWA finirà unicamente con il frenare l'ulteriore sviluppo industriale di questa risorsa essenziale. La studiosa rimarca l'esistenza di un'ampia gamma di azioni che potrebbero essere intraprese dagli Stati per migliorare l'attuale regime di regolamentazione, ma l'intervento federale diventerebbe necessario, se gli Stati dovessero evitare di farlo. *Wiseman* osserva che tale intervento federale sarebbe accolto con aspra opposizione, dal momento che gli operatori del settore e i soggetti interessati non guardano favorevolmente a questo tipo di ingerenza federale. WISEMAN, *Untested Waters*, cit., *supra* nota 6, p. 286. Si veda altresì C. JEFFERIES, *Unconventional Bridges Over Troubled Water - Lessons to Be Learned from the Canadian Oil Sands as the United States Moves to Develop the Natural Gas of the Marcellus Shale Play*, in *33 Energy L.J.*, 2012, p. 75.

lo ora ad affrontare le problematiche ambientali legate all'estrazione del gas non convenzionale¹²⁶. Non da ultimo, l'industria dell'esplorazione e dello sfruttamento dello *shale gas* presenta, in molti Paesi in via di sviluppo ed in alcune economie emergenti, tra cui anche la Cina, numerose e complesse specificità, le cui caratteristiche non sono individuabili in Paesi industrializzati quali gli Stati Uniti d'America. Tenendo fermi questi *caveat*, ad opinione di chi scrive un'analisi comparativa può contribuire a delineare una più chiara disciplina regolatoria.

Invero, i due Paesi hanno altresì avviato una cooperazione bilaterale in materia di *shale gas*. Nel novembre del 2009, il Presidente degli Stati Uniti d'America Barack Obama e l'ex Presidente cinese Hu Jintao, riconoscendo l'importanza centrale di una cooperazione nello sviluppo dell'industria dell'esplorazione e dello sfruttamento dello *shale gas*, hanno inaugurato la *Global Shale Gas Initiative* (GSGI). Quest'accordo prevede il sostegno statunitense nella valutazione, sviluppo e promozione degli investimenti nel settore dello *shale gas* nonché l'individuazione di *best practices* ed efficaci meccanismi di protezione ambientale¹²⁷. L'obiettivo precipuo del GSGI è sostenere gli Stati che intendono sviluppare le proprie riserve di gas non convenzionale, bilanciando la sicurezza energetica con le esigenze di protezione dell'ambiente¹²⁸. Tuttavia, ad opinione di chi scrive, è dubbio se la GSGI possa fornire o meno un modello di riferimento adeguato per lo sviluppo sostenibile dello *shale gas*. A tal proposito, sebbene siano stati ottenuti dei progressi positivi e rilevanti per quanto riguarda le *best practices* da applicare per l'esplorazione di *shale gas*, l'accordo *de qua* si mostra ancora poco efficace per quanto riguarda la cooperazione per la protezione dell'ambiente. Questo è in parte dovuto al fatto che gli Stati Uniti d'America non hanno ancora delineato una cornice di regolamentazione domestica dello *shale gas* adeguata anche per la salvaguardia ambientale e lo sviluppo sostenibile¹²⁹. Le società energetiche

¹²⁶ In proposito si veda L. C. REEDER, *Creating a Legal Framework*, cit. supra, nota 83, descrivendo i complessi ostacoli legali connessi allo sviluppo industriale dello *shale gas*.

¹²⁷ Si veda M. HART e D. J. WEISS, *Making Fracking Safe in the East and West, Environmental Safeguards on Shale Gas Production Needed as China Begins Development*, Center for American Progress, October 2011.

¹²⁸ D. L. GOLDWYN, *Briefing on the Global Shale Gas Initiative Conference, U.S. Department of State*, August 24, 2010. Finora sono stati siglati accordi con India, Polonia e Cina. Si rileva altresì che le società cinesi produttrici di gas controllate dallo Stato hanno firmato piani di collaborazione con grandi società internazionali per l'esplorazione e lo sfruttamento delle riserve di *shale gas* in Cina e per partecipare nelle attività di sviluppo industriale di giacimenti di *shale gas* localizzati nel Canada Occidentale e negli Stati Uniti d'America. Si veda KPMG GLOBAL ENERGY INSTITUTE, *Shale Gas*, cit. supra, nota 30.

¹²⁹ Le società energetiche statunitensi dovrebbero invece avere un forte interesse nel sostenere la protezione ambientale bilaterale, dal momento che un disastro ecologico legato

statunitensi coinvolte mirano ad ottenere un accesso preferenziale al mercato cinese in settori commerciali strategici, a fronte del trasferimento di tecnologie e *know-how*. Questa strategia commerciale è funzionale anche agli interessi cinesi, dacché Pechino ha un fortissimo interesse e bisogno di trasferimento di tecnologie da parte degli Stati Uniti d'America¹³⁰. Inve-

all'esplorazione e allo sfruttamento dello *shale gas* in Cina rafforzerebbe ulteriormente la crescente opposizione alle attività di fratturazione idraulica negli Stati Uniti d'America. Si pensi in tal senso a ciò che è accaduto a seguito della fusione del nocciolo nella centrale di Fukushima, in Giappone, evento che ha stimolato l'opposizione europea e statunitense all'energia nucleare. B. B. F. WITTNEBEN, *The Impact of the Fukushima Nuclear Accident on European Energy Policy*, in 15(1) *Envtl. Sci. & Pol.* v. 2012, nn. 1-3; H. L. HALL, *Fukushima Daiichi: Implications for Carbon-free Energy, Nuclear Nonproliferation, and Community Resilience*, in 7(3) *Integrated Envtl. Assessment & Mgmt.*, 2011, pp. 406-408. Si veda anche JAHN DETLEF e SEBASTIAN KOROLCZYK, *German Exceptionalism: the End of Nuclear Energy in Germany*, in 21(1) *Envtl. Politics*, 2012, pp. 159-164. Si deve peraltro rilevare come anche le società energetiche operanti in Cina sono portatrici dell'interesse ad adottare pratiche all'avanguardia per ridurre l'impatto ambientale, mantenendo così allo stesso tempo la propria reputazione nell'applicazione di elevate norme di sicurezza nello svolgimento delle operazioni e attività di esplorazione e sfruttamento di risorse naturali quali lo *shale gas* ed evitando i rischi di una normativa più rigida che potrebbe precludere la crescita dell'industria. Ad esempio, Shell Oil ha avviato una politica d'informazione delle sue scelte aziendali e nello specifico del suo uso delle migliori pratiche industriali di modo da rafforzare la percezione pubblica anche pubblicando i suoi «Principi Operativi per le Attività Onshore Globali sullo Shale/Tight Gas e Petrolio». Tali linee guida o norme di autoregolamentazione delineano chiaramente i limiti e le responsabilità delle azioni e dell'operato che Shell e i produttori petroliferi e di gas porranno in essere di modo da salvaguardare l'ambiente, la protezione della salute e il rispetto delle comunità locali residenti nelle zone in cui trivellano e producono gas naturale e petrolio. Queste *good practices* includono la pianificazione dell'attività di sfruttamento dei pozzi che segua i più alti gradi di sicurezza; la protezione delle falde acquifere del sottosuolo e la riduzione del consumo idrico; la riduzione delle emissioni e il controllo del livello di emissioni prodotte; la riduzione dell'impatto ambientale sulla superficie del pozzo e in particolare la limitazione dei relativi danni al terreno, alle specie animali dell'*habitat* e la protezione per il futuro utilizzo dello stesso ad altri scopi economici; la trasparenza e la comunicazione delle informazioni rilevanti e la cooperazione con le comunità locale. Questa strategia di autoregolamentazione permetterà ai produttori di limitare i rischi o di evitare completamente ogni ripercussione normativa negativa che potrebbe danneggiare l'intero settore. Tali principi sono stati elaborati all'interno del programma «Obiettivo Zero» della Shell, che punta ad «operare senza causare danni alle persone o particolari incidenti». Marvin E. Odum, presidente della Compagnia Shell Oil, ha affermato che «il livello di sicurezza della società è frutto di rigorosi standard aziendali, svariate barriere di sicurezza, addestramento specifico e valutazioni di competenza, aderenza a metodi operativi certificati e una cultura che impone ai lavoratori, ai contractor e ai visitatori di cessare ogni attività che non sia sicura»; «Alla Shell crediamo che l'esplorazione e la produzione continentale possano e debbano essere svolte in modo ecosostenibile e che ogni metodo al di sotto di questi standard sia inaccettabile». Shell Oil Company, *Global Onshore Tight/Shale Oil and Gas Operating Principles* (2011), disponibile su <http://www.shell.us/aboutshell/shell-businesses/onshore.html>.

¹³⁰ *Zhong Mei Ye Yan Qi He Zuo: Ge You Suo Tu* [China-United States Shale Gas Cooperation: Each Side Has its Own Plans]. *Zhongguo Huagong Bao* [China Chemical Industry News]. June 8, 2010; C. M. GROSS, *The Growth of China's Technology Transfer Industry over The Next Decade: Implications for Global Markets*, in *J. Tech. Transfer*, 2012, pp. 1-32; A. DE LA TOUR - M. GIACHANT e Y. MÈNIÈRE, *Innovation and International Technology Transfer: The Case of The Chinese Photovoltaic Industry*, in 39(2) *Energy Pol.* v. 2011, pp. 761-770; B. WANG, *Can CDM Bring Technology Transfer to China? – An Empirical Study of Technology Transfer in China's CDM Projects*, in 38(5) *Energy Pol.* v. 2010, pp. 2572-2585; B. H. HALL e C. HELMERS, *The Role of Patent Protection in (Clean/Green) Technology Trans-*

ro, le società statunitensi sono titolari della quasi totalità della proprietà intellettuale legata alla tecnologia e al *know-how* del *fracking*, e la Cina ha bisogno di potervi accedere per sviluppare le proprie industrie dell'esplorazione e dello sfruttamento del gas non convenzionale. Per raggiungere questo obiettivo, le società petrolifere cinesi hanno già iniziato ad investire nel mercato americano dello *shale gas*. In particolare, China National Offshore Oil Corporation (CNOOC) ha siglato un accordo di *joint venture* con Chesapeake Energy mentre Sinopec ha sottoscritto un accordo simile con Devon Energy. Inoltre, nel maggio 2014, Sinopec ha siglato un accordo di *joint venture* con Weatherford International per effettuare delle trivellazioni, cui sono seguiti altri accordi di *joint venture* nel giugno del 2014 con la FTS International, una società con sede a Houston specializzata nelle perforazioni idrauliche. Questi strumenti s'interessano solo marginalmente all'effettiva produzione del gas e sono da considerare investimenti finalizzati all'esportazione e al trasferimento di tecnologie e *know how* attraverso la partecipazione congiunta ai *team* di esplorazione e produzione¹³¹. Tuttavia, il modo in cui la Cina supererà i propri limiti tecnologici e la mancanza di *know-how* e *good practices* è ancora oggetto di discussione¹³².

fer. in No. 16323 National Bureau of Economic Research. 2010: D. G. OCKWELL ET AL. *Intellectual Property Rights and Low Carbon Technology Transfer: Conflicting Discourses of Diffusion and Development.* in 20(4) *Global Envtl. Change.* 2010, nn. 729-738; R. LEMA e A. LEMA. *Technology Transfer? The Rise of China and India in Green Technology Sectors*, in 2(1) *Innovation & Dev.*, 2012, pp. 23-44.

¹³¹ Chesapeake Energy ha concluso un accordo che ha trasferito il 33 per cento dei suoi diritti di licenza negli Stati Uniti d'America a CNOOC in cambio del supporto finanziario cinese necessario per garantire la continuità delle operazioni nei siti controllati da Chesapeake. L'esperto energetico *Elias Hinckley* sottolinea che il prezzo delle tecnologie di fratturazione e della competenza necessaria all'estrazione continuerà a salire negli Stati Uniti stante che le società cinesi fanno a gara per impadronirsi delle tecnologie e delle competenze necessarie per velocizzare la propria «rivoluzione dello *shale gas*». *Hinckley* sottolinea che «resta da vedere quanto sarà rilevante l'aumento del costo delle tecnologie e delle competenze, ma l'interesse cinese e il relativo ritmo di acquisizione delle stesse nei prossimi anni avranno probabilmente un impatto significativo non solo sul servizio e sulla tecnologia, ma anche sul costo della produzione qui negli Stati Uniti». E. HINCKLEY, *The Road to Chinese Shale Gas Goes Through the U.S.*, disponibile su <http://www.energytrendsinsider.com/2012/12/12/the-road-to-chinese-shale-gas-goes-through-the-u-s/>. In generale si rileva che le compagnie petrolifere statali cinesi sono in prima linea nello sforzo di fronteggiare le sfide dell'approvvigionamento energetico a lungo termine attraverso investimenti transfrontalieri strategici spesso finalizzati ad acquisire il controllo totale o parziale di società straniere in settori di interesse strategico. Negli ultimi anni, società petrolifere statali, non solo in Cina, sono emerse come partner di *joint venture* a livello globale, ma anche in quanto concorrenti delle società petrolifere internazionali.

¹³² Si rileva inoltre che le tecniche americane non sono facilmente esportabili *telles quelles* nel contesto cinese, ove *shale gas* si trova in giacimenti molto profondi. Al contrario, lo *shale gas* negli Stati Uniti d'America si rinviene soprattutto in zone pianeggianti e poco profonde. La maggiore profondità e il peculiare contesto geologico rendono lo sviluppo dell'industria dell'esplorazione e dello produzione dello *shale gas* in Cina molto più impegnativo.

6. Conclusioni: il futuro dello *shale gas* in Cina tra interventi normativi e nuovi equilibri geopolitici

La rivoluzione del *fracking* sta avendo un impatto radicale sulla domanda e l'offerta del mix energetico globale. Nuovi fattori geopolitici devono essere presi in considerazione, considerando anche che dal punto di vista cinese la crescita economica e demografica aumenterà la necessità e la pressione sulle risorse energetiche globali e quindi ogni fonte di carburante dovrà essere sfruttata¹³³. Storicamente, la Cina è sempre stata dipendente dalle importazioni di fonti energetiche da regioni politicamente instabili¹³⁴. In proposito, la politica di aiuti economici cinese senza alcun vincolo o condizione di carattere politico¹³⁵, fondata sul principio di non-interferenza negli affari interni degli altri Stati, ha provato la capacità di Pechino di competere a pieno titolo con i Paesi occidentali¹³⁶.

¹³³ La rivoluzione dello *shale gas* avrà inoltre importanti conseguenze a livello geopolitico mondiale, come ad esempio ridurre l'iperdipendenza europea dai due attuali principali fornitori di gas, il Qatar e la Russia.

¹³⁴ Tale dipendenza ha di fatto influenzato e limitato la Cina nelle proprie scelte di politica estera e originato diversi rischi: interruzioni nei flussi di energia importata, costi energetici elevati e particolarmente volatili, e un contrasto tra gli interessi della politica estera cinese e i suoi interessi energetici oltremare. Si veda B. KONG, *Governing China's Energy*, cit. supra, nota 86.

¹³⁵ La Cina, oltre che nei panni di grande investitore, è presente nel continente africano come prestatore di denaro. Sintomatico è l'esempio di due Paesi tra i più poveri, il Sudan e lo Zimbabwe, i quali hanno infatti stipulato accordi di prestito con banche cinesi che prevedono elevati tassi di interesse (circa il 6,1 per cento) e l'elargizione di somme ingenti senza nessuna condizionalità politica. Alcuni osservatori internazionali, soprattutto europei e statunitensi, accusano Pechino di rafforzare con il suo denaro le dittature militari ed i governi autoritari del continente, vanificando i tentativi locali di instaurare una politica di gestione delle risorse pubbliche basata sul principio della trasparenza, come auspicato da istituzioni quali il Fondo Monetario Internazionale e la Banca Mondiale. Per una panoramica circa la transizione cinese verso il capitalismo di Stato e un modello neoliberista fondato sulle esportazioni e sulla politica di internazionalizzazione delle aziende cinesi (la c.d. *Go Out Policy*, in cinese *Zou Chu Qu Zhan Lue* o *走出去战略*). Ad opinione di chi scrive, rimane tuttavia innegabile il fatto che la Cina stia investendo in aree tradizionalmente trascurate da Europa e Stati Uniti d'America, i quali hanno sempre indicato nella mancanza di infrastrutture adeguate, nel marginale mercato di consumo di massa e nell'imperante corruzione le cause precise del loro scetticismo ad investire nel continente africano. La Cina ha invece saputo negoziare negli ultimi anni trattati di investimento più liberali rispetto al passato, adottando un approccio meno restrittivo e prevedendo clausole per la risoluzione dei contenziosi tra investitori stranieri e Stati ospiti. L'ingente flusso di denaro cinese ha certamente apportato benefici alle economie di molti Paesi della regione che oggi, tentando di emergere dalla condizione periferica rispetto al mercato globale a cui sono stati relegati per secoli, possono vantare tassi di crescita superiori alla media mondiale, limitando così la loro profonda dipendenza dalla tradizionale egemonia neoliberista occidentale che ancora oggi sussiste.

¹³⁶ La presenza cinese nei Paesi africani ricchi di risorse energetiche è in questo senso sintomatica. Nelle ultime tre decadi gli investitori operanti nel continente africano, un tempo esclusivamente europei o statunitensi, provengono soprattutto dai Paesi asiatici e in particolare dalla Cina, la cui presenza in Africa si colloca nel più ampio contesto della strategia di sicurezza energetica e di approvvigionamento di risorse naturali che Pechino sta attuando a

Una massiccia produzione di *shale gas* può aiutare la nazione a ottenere delle fonti energetiche stabili, evento che porterebbe a un radicale e drammatico cambiamento nelle sue relazioni politiche e commerciali con le altre nazioni. La comparsa di questa nuova risorsa nel Nord America ha già alterato le dinamiche dell'industria del gas globale e la geopolitica energetica, dimostrando quanto il mercato del gas sia effettivamente globale. Invero il mercato dell'energia è attualmente interessato da un notevole eccesso di produzione. La causa precipua di tale *surplus* consta nella produzione massiccia di *shale gas* da parte degli Stati Uniti d'America, ormai vicini all'obiettivo dell'autosufficienza energetica. La domanda di energia non riesce ad assorbire tal eccesso di risorse prodotte, tanto più che sulla domanda s'innescano fattori frenanti legati alla recessione economica globale, *in primis* europea. In altre parole gli investimenti statunitensi nell'industria del *fracking* stanno dando i loro frutti, per cui c'è sovrabbondanza di offerta di petrolio e gas in un momento storico in cui l'economia globale fatica a riprendersi.

L'eccesso di produzione ha causato un crollo dei prezzi del petrolio e del gas naturale, cui tuttavia non è seguito un tentativo dell'OPEC di ridurre la produzione¹³⁷. Gli esperti internazionali del mercato energetico stanno cercando di comprendere le ragioni dietro a tale strategia. Ad opinione di chi scrive, l'ipotesi che vede nel mancato taglio alla produzione da parte dell'OPEC un tentativo di estromettere dal mercato la concorren-

livello globale. In quest'ottica numerosi osservatori accusano la potenza asiatica di promuovere un nuovo modello di imperialismo economico, attraverso il suo ruolo di principale investitore sul territorio africano, utilizzando quindi gli accordi d'investimento come un mero strumento per garantire sicurezza energetica, disponibilità di risorse naturali e un continuo flusso di esportazioni verso i mercati africani. Gli investimenti cinesi sollevano di fatto molti dubbi riguardo la loro effettività e utilità per lo sviluppo economico e sociale del continente africano, come si può notare analizzando i vari trattati in materia. In particolare il 95 per cento degli accordi d'investimento stipulati tra Cina e Paesi africani contiene una clausola volta a sancire che il 70 per cento dei lavoratori assunti per progetti infrastrutturali sia di nazionalità cinese, riservando un misero 30 per cento delle quote di assunzione ai locali, spesso già flagellati da elevati tassi di costante e annosa disoccupazione. Gli stessi progetti finanziati con denaro cinese appaiono spesso essere limitati a rispondere ad esigenze temporanee di sfruttamento delle risorse, più che mirare a costruire una solida rete di servizi e infrastrutture in grado di apportare un beneficio tangibile e duraturo ai Paesi africani. Si vedano i numerosi contributi in materia, *inter alia*. R. SOUTHALL - H. MELBER, *A New Scramble for Africa? Imperialism, Investment and Development*, Scottsville, South Africa, University of KwaZulu-Natal Press, 2009; C. ALDEN - D. LARGE e R. SOARES DE OLIVEIRA, *China Returns to Africa: A Rising Power and a Continent Embrace*, London: Hurst, 2008; D. J. MUEKALIA, *Africa and China's Strategic Partnership*, in 13.1 *African Security Studies*, 2004, pp. 5-11; A. I. I. *China and Africa: Policy and Challenges*, in 3.3 *China Security*, 2007, pp. 69-93; I. TAYLOR, *China and Africa: Engagement and Compromise*, London, Routledge, 2007.

¹³⁷ Sulle pratiche OPEC di controllo dei prezzi si permetta di rinviare a P. D. FARAH e E. CIMA, *L'energia nel contesto degli Accordi dell'OMC: Sovvenzioni per le energie rinnovabili e pratiche OPEC di controllo dei prezzi*, *cit. supra*, nota 11.

za statunitense dello *shale gas* è tutt'altro che peregrina. Invero, da un lato gli idrocarburi estratti dalla roccia di scisto negli Stati Uniti d'America producono redditi a prezzi fra i 40 e i 115 dollari, implicando che se l'OPEC riuscisse a mantenere il greggio a 70 dollari la concorrenza dello *shale gas* americano sarebbe fortemente colpita in quanto una tale strategia dei prezzi al ribasso rallenterebbe lo sviluppo della nuova generazione di tecnologie estrattive occidentali che stanno lentamente erodendo il potere contrattuale, e geopolitico, dei membri dell'OPEC. Da un lato, prezzi bassi protratti nel tempo priverebbero di ritorno finanziario i costosi investimenti necessari per l'avviamento della produzione di *shale gas*, dall'altro creerebbero ulteriori instabilità. Sotto un diverso profilo, lo *shale gas* può rivelarsi uno strumento strategico per scoraggiare l'aumento dell'attuale rischio politico che il mercato globale del petrolio sta affrontando, riducendo al contempo «la dipendenza statunitense e cinese dalle riserve di gas naturali del Medio Oriente, limitando gli incentivi alla competizione geopolitica e commerciale tra le due principali nazioni consumatrici e fornendo a entrambe nuove opportunità per diversificare le loro riserve energetiche»¹³⁸.

Alla luce di quanto esposto finora, alcuni elementi essenziali del potenziale di sviluppo dello *shale gas* in Cina devono essere evidenziati. Anzitutto, la necessità di delineare una cornice regolatoria coerente ed efficace, applicata a livello giuridico, che imporrebbe di tenere in considerazione i rischi ambientali connessi all'esplorazione e alla produzione di *shale gas*. In effetti, la produzione di *shale gas* in Cina è allo stadio embrionale e un robusto sistema di regolamentazione è richiesto per assicurare uno sfruttamento a lungo termine. Un impianto normativo efficace a ogni livello ridurrebbe le insicurezze nel mercato del gas e promuoverebbe futuri investimenti offrendo condizioni attraenti agli investitori privati¹³⁹. In secondo luogo, la Cina deve affrontare e porre rimedio alla propria tradizionale scarsa attuazione della normativa ambientale, che rischia di mettere in pericolo la capacità delle leggi esistenti di prevenire le conseguenze negative della fratturazione idraulica. Tale obiettivo non può prescindere da iniziative che promuovano la trasparenza e la pubblicazione obbligatoria dei dati ambientali ed inoltre aiuterebbe a ridurre le frizioni tra le preoccupazioni di Pechino circa la sicurezza energetica e l'opposizione delle rilut-

¹³⁸ K. B. MEDLOCK III - A. MYERS JAFFE e P. R. HARTLEY, *Shale Gas and US National Security*, cit. *supra*, nota 118.

¹³⁹ Al contrario, una rigida legislazione ambientale potrebbe frenare l'esplorazione dello *shale gas*. In ogni caso, sembra poco probabile che questo eccesso legislativo a favore dell'ambiente si possa sviluppare in Cina.

tanti comunità locali preoccupate dei costi ambientali legati all'esplorazione e all'estrazione dello *shale gas*. Lo sviluppo delle infrastrutture e la trasmissione di tecnologia sono necessari in egual misura, e l'esperienza precedente degli Stati Uniti d'America in questo settore può essere di grande aiuto all'industria cinese del gas non convenzionale.

La *leadership* politica di Pechino ha dato importanti e concreti segnali di supporto all'industria dello *shale gas* e nel marzo del 2012 è stato pubblicato il primo piano quinquennale per l'esplorazione e lo sfruttamento dello *shale gas* per il periodo 2011-2015, elaborato congiuntamente dalla NDRC, dal MOF, dal MLR e dalla National Energy Administration (NEA)¹⁴⁰. Tale documento di programmazione invita allo sviluppo di una politica generale di regolazione del settore dello *shale gas* della nazione e stima ambiziosamente che la produzione raggiungerà 6,5 miliardi di metri cubi nel 2015 e tra 60 e 100 miliardi nel 2020. Il piano prevede un'attenta valutazione dei giacimenti di idrocarburi estraibili dalla roccia di scisto al fine di confermare le attuali stime sulle riserve¹⁴¹ ed individua 19 aree geografiche ove le operazioni di esplorazione si concentreranno¹⁴². Orbene, un effettivo mercato dello *shale gas* potrà vedere la luce in Cina solo a seguito di un lungo periodo di riforme ed è arduo prevedere come tale mercato verrà modulato finché non verranno annunciate le principali scelte regolatorie sui prezzi, lo sviluppo delle infrastrutture e soprattutto, un'effettiva concorrenza tra operatori economici¹⁴³. In questo contesto di incertezza si inserisce l'accordo siglato nel maggio 2014 a Shanghai da Cina e Russia (*rectius*, dalle due compagnie energetiche statali Gazprom e China National Petroleum Corporation - CNPC). Si tratta di un accordo trentennale che vincola la Russia a fornire alla controparte 38 miliardi di metri cubi di gas all'anno a partire dal 2018. Invero, le ancora incerte previsioni concer-

¹⁴⁰ National Energy Administration (NEA), in cinese *Guo Jia Neng Yuan Wei Yuan Hui* o *国家能源委员会*.

¹⁴¹ Si veda *Development Plan for Shale Gas (2011-2015)* - Fa Gai Neng Yuan (2012) No. 612 (in cinese *Ye Yan Qi Fa Zhan Gui Hua* o *页岩气发展规划* (2011-2015)). Si veda altresì HU e XU, *cit. supra*, nota 67.

¹⁴² Probabilmente si tratta delle medesime aree che saranno oggetto della terza serie di gare d'appalto per gli scavi esplorativi. Le aree sono: Changning, Weiyuan, Zhaotong, Fushun-Yongchuan, Er West and Yu East, Chuan West-Langzhong, Chuan North-East, Anshuan-Kaili, Jiyang, Yanan, Shenfu-Lingxing, Qinyuan, Shouyang, Wuhu, Hengshanbao, Nanchuan, Xieshan, Liao River North and Cengong-Songtao. E. LEE, *Shale Gas In China: How Far From Dream To Reality?*, in *Chadbourne & Parke LLP*, disponibile su http://www.chadbourne.com/files/Publication/8f7ad604-f97c-4f13-9bcf-a2f7dd206aff/Presentation/PublicationAttachment/282810d2-4f33-4768-bf67-a98d22dacc36/ShaleGasInChina_pfnJun13.pdf.

¹⁴³ Sui dubbi relativi alla replicabilità di una *shale revolution* in Cina, si veda altresì F. GAO, *Will There Be a Shale Gas Revolution in China by 2012?*, Oxford, Oxford Institute for Energy Studies, 2012.

menti lo sfruttamento del gas non convenzionale rendono necessario un aumento delle importazioni di gas naturale. A seguito dell'accordo, la Cina potrà avvantaggiarsi di un addizionale corridoio di approvvigionamento per soddisfare la sua crescente domanda di gas naturale e fronteggiare in tal modo la necessità di diminuire l'apporto del carbone all'interno della domanda energetica nazionale, al momento pari ai due terzi di essa¹⁴⁴. In conclusione, resta da valutare se il «combustibile ponte» riuscirà a essere una valida risorsa, in grado di irrobustire la sicurezza energetica di Pechino, permettendo al contempo di perseguire un modello di sviluppo ecosostenibile in una nazione, la Cina, con un'economia di 12 miliardi di dollari, strettamente connessa a quella globale.

Paolo Davide Farah e Riccardo Tremolada*****

SINTESI

La Repubblica popolare cinese è considerata come il Paese al mondo dotato del maggior deposito di risorse di *shale gas* raggiungibile ed utilizzabile attraverso le più avanzate tecnologie attualmente a disposizione. Le notevoli potenzialità di tale fonte non convenzionale sono attualmente limitate dalle numerose barriere di ordine giuridico, amministrativo, ambientale, e in particolare dalla regolamentazione restrittiva relativa agli investimenti stranieri nel settore energetico e delle infrastrutture. La capacità della Cina di eliminare o, quanto meno, limitare l'ef-

¹⁴⁴ Sull'accordo sino-russo del maggio 2014, si veda R. WEITZ, *The Russia-China Gas Deal: Implications and Ramifications*, in *World Affairs*, 2014.

** Paolo Davide Farah, West Virginia University, Department of Public Administration and College of Law (WV, USA); Principal Investigator and Research Scientist at gLAWcal – Global Law Initiatives for Sustainable Development (United Kingdom); Scientific Vice-Coordinator of EU commission Marie Curie Project EPSEI at University of Turin, Department of Law (Italy). Dual PhD in International Law at Aix-Marseille University (France) and Università degli Studi di Milano (Italy). LLM College of Europe, Bruges (Belgium), J.D. University of Paris Ouest La Defense Nanterre (France). Visiting Scholar (2011-2012) at Harvard Law School, EALS - East Asian Legal Studies (USA). EU Commission Marie Curie Fellow (2009-2011) at Tsinghua University School of Law, THCEREL - Center for Environmental, Natural Resources & Energy Law in Beijing (China) and at the CRAES - Chinese Research Academy on Environmental Sciences in Beijing (China). Fellow at the IIEL - Institute of International Economic Law (2004-2005) at Georgetown University Law Center (USA).

*** Riccardo Tremolada, Ph.D. Candidate at University of Naples - Federico II (Italy). S.J.D. Candidate at Shanghai JiaoTong University (China). Research Associate at gLAWcal – Global Law Initiatives for Sustainable Development (United Kingdom); Research Fellow (2013), Università degli Studi del Piemonte Orientale, DiSEI - Dipartimento di Studi per l'Economia e l'Impresa (Italy) and EU Commission Marie Curie Fellow (2013) at the CRAES - Chinese Research Academy on Environmental Sciences in Beijing (China) and at Tsinghua University School of Law, THCEREL - Center for Environmental, Natural Resources & Energy Law in Beijing (China); J.D. Università degli Studi di Milano, School of Law (Italy); Trainee Lawyer – Cleary Gottlieb Steen & Hamilton

fetto negativo di questi ostacoli alla produzione e alla commercializzazione di *shale gas* avrà un impatto cruciale sul mercato del gas a livello non solo regionale e sulla diversificazione energetica del Paese, anche alla luce delle iniziative promosse da parte del Governo cinese per ridurre la propria dipendenza dalle importazioni di petrolio e carbone, cercando al contempo di soddisfare la crescente domanda energetica interna e mantenere un livello adeguato di autonomia nella gestione delle risorse naturali. Inoltre, lo sviluppo di un apparato industriale per l'estrazione e la commercializzazione del gas naturale non convenzionale garantirà alla Cina maggiore potere contrattuale nelle trattative multilaterali per ottenere prezzi del gas più favorevoli. Il presente contributo, muovendo da una prospettiva comparatistica del diritto del commercio internazionale, rimarca gli elementi che hanno caratterizzato e reso possibile lo sviluppo del gas non convenzionale negli Stati Uniti, enfatizzando la loro possibile applicazione al contesto cinese alla luce degli accordi di produzione firmati recentemente tra il Governo cinese e gli investitori stranieri. L'ampio spettro di problematiche relative alla regolamentazione di questa fonte energetica nel contesto cinese è ulteriormente esacerbato da una limitata liberalizzazione del mercato dei prezzi del gas, dalla mancanza di sviluppo tecnologico e dalla presenza di barriere all'entrata nel mercato rilevante che rendono difficilmente realizzabili operazioni di estrazione finanziate interamente da privati. Questo studio analizza i possibili strumenti giuridici da adottare al fine di promuovere lo sviluppo dell'industria della produzione e della commercializzazione dello *shale gas*, valutando al contempo quali politiche in materia commerciale e fiscale debbano essere istituite o rafforzate. L'articolo esamina inoltre la frammentazione degli attuali contesti istituzionali e i relativi conflitti di attribuzione e di competenze, vagliando l'opportunità di perseguire forme di cooperazione e coordinamento (anche attraverso progetti comuni tra Cina e Stati Uniti d'America), e procedendo ad una puntuale disamina del ruolo della trasparenza e della libera diffusione dei dati ambientali. Queste problematiche sono acuite dai timori legati al rischio d'inquinamento idrico causato da trivellazioni indiscriminate e dall'assenza nel contesto cinese di regolamenti e *standard* industriali in grado di fornire un'analisi preventiva adeguata atta a prevenire i danni ambientali.

ABSTRACT

Shale gas has been defined as a revolution in the global energy landscape. This is even more true in China, whose large shale gas reserves are likely to have a crucial effect on the regional gas market and on China's energy mix. The country is endeavoring to minimize reliance on imported fossil fuels, while it strives to address mounting energy demand and gain greater negotiating power on determining gas prices. Nonetheless, this advance does not come without risks, as shale gas exploitation poses a number of legal, regulatory and environ-

mental challenges, which could negatively impact on future exploitation and commercialization, not only in China.

This study carries out an in-depth analysis of the current shale gas regulatory framework, moving from previous experiences of unconventional gas exploitation in the United States to evaluating their possible application to China, where regulatory and enforcement hurdles are exacerbated by an energy sector characterized by technological deficiencies, barriers to market access hindering access to resource extraction for private investors, and a limited liberalization of gas prices.

These questions are analyzed in light of problems related to water pollution originating from mismanaged drilling and fracturing, and the absence of adequate regulatory measures and industry standards regarding predictive evaluation.

The paper goes on to explore the institutional situation of fragmentation, and clashes and overlapping of competences, emphasizing how these processes impact on outcomes. The study concludes by proposing possible ways forward, involving cooperation and regulatory reforms.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

LA LEGGE ITALIANA SULL'OBBLIGATORIETÀ DEI COSTI MINIMI D'ESERCIZIO PER IL PREZZO DEI SERVIZI DI AUTOTRASPORTO NON È COMPATIBILE CON IL DIRITTO DELLA CONCORRENZA DELL'UNIONE EUROPEA

Corte di giustizia

Sentenza del 4 settembre 2014 in cause riunite da n. C-184/13 a n. C-187/13, n. C-194/13, n. C-195/13 e n. C-208/13*

API - Anonima Petroli Italiana SpA c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Ministero dello Sviluppo economico (C-184/13), ANCC-Coop - Associazione Nazionale Cooperative di Consumatori e altri c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e altri (C-185/13), Air Liquide Italia SpA e altri c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Ministero dello Sviluppo economico (C-186/13), Confetra - Confederazione Generale Italiana dei Trasporti e della Logistica e altri c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Osservatorio sulle Attività di Trasporto e Ministero dello Sviluppo economico (C-187/13), Esso Italiana Srl c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Ministero dello Sviluppo economico (C-194/13), Confindustria - Confederazione generale dell'industria italiana e altri c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Ministero dello Sviluppo economico (C-195/13) e Autorità garante della concorrenza e del mercato c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Ministero dello Sviluppo economico (C-208/13)

* EU:C:2014:2147, inedita in *Raccolta*. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 87 ss., il commento di *BERNARDO CALABRESE*.

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Art. 101 TFUE - Divieto *anti-trust* di intese restrittive della concorrenza - Art. 4 par. 3 TUE - Obbligo di leale collaborazione degli Stati membri - Legislazione nazionale che fissa i costi minimi d'esercizio nel settore dell'autotrasporto - Organismo rappresentativo degli operatori interessati che agisce quale associazione d'impresе - Restrizione della concorrenza - Obiettivo d'interesse generale - Non proporzionalità.

L'art. 101 TFUE, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, TUE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella controversa nei procedimenti principali, in forza della quale il prezzo dei servizi di autotrasporto delle merci per conto di terzi non può essere inferiore a costi minimi d'esercizio determinati da un organismo composto principalmente da rappresentanti degli operatori economici interessati.

LA RESPONSABILITÀ ANTITRUST DELLO STATO IN MATERIA DI FISSAZIONE DEI PREZZI: SOLUZIONI CONSOLIDATE E PROBLEMI LATENTI NEL CONTROLLO DI COMPATIBILITÀ CONCORRENZIALE SULLA LEGISLAZIONE NAZIONALE

Sommario: *Introduzione - 1. La legislazione italiana di settore e la sua contestazione - 2. Gli obblighi del legislatore nazionale verso l'effetto utile dei precetti concorrenziali: riscontri pratici e dubbi teorici - 3. La fissazione pubblicistica di costi (e corrispettivi) minimi quale restrizione anticompetitiva - 4. La giustificabilità per obiettivi d'interesse generale secondo il principio di proporzionalità - 5. Riflessioni prospettiche sulla compatibilità antitrust di interventi legislativi a contenuto tariffario - 6. Considerazioni conclusive.*

Introduzione

A molti anni di distanza, la Corte di giustizia dell'Unione europea torna a giudicare la compatibilità concorrenziale della legislazione italiana sulla fissazione dei corrispettivi minimi nel settore dell'autotrasporto¹. Il tema è tutt'altro che nuovo², ma nemmeno può dirsi superato: invero, le recenti riforme (e controriforme) normative in materia hanno dato origine

¹ Per ulteriori commenti alla sentenza in epigrafe v. A. PALMIERI, *Costi minimi di esercizio: ultimo baluardo delle restrizioni tariffarie nell'autotrasporto?*, in *Foro it.*, 2014, IV, c. 530 ss.; F. DI GIANNI, *API: Italian Road Transport Tariff-setting Law Breaches Antitrust Rules*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, p. 179 ss.

² Per i precedenti specificamente riguardanti l'ordinamento italiano v. sentenze della Corte di giustizia del 5 ottobre 1995 in causa n. C-96/94, *Centro Servizi Spediporto Srl c. Spedizioni Marittima del Golfo Srl*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 2883, EU:C:1995:308, commentata da E. MINOZZI, *Il rapporto tra le norme del trattato in materia di concorrenza e la discrezionalità degli Stati in materia di esercizio di attività economiche*, in *Dir. mar.*, 1996, p. 548 ss.; del 18 giugno 1998 in causa n. C-35/96, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3851, EU:C:1998:303, annotata in questa *Rivista*, 1998, p. 451 ss.; del 1° ottobre 1998 in causa n. C-38/97, *Autotrasporti Librandi Snc di Librandi F. & C. c. Cuttica spedizioni e servizi internazionali Srl*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 5955, EU:C:1998:454, commentata da A. MASUTTI, *La Corte di giustizia CE conferma (nuovamente) la compatibilità della disciplina tariffaria con le norme del Trattato CE con una decisione che lascia perplessi*, in *Dir. trasporti*, 1999, p. 167 ss.

ad un contenzioso particolarmente acceso, che ha visto addirittura la discesa in campo dell'autorità *antitrust* nazionale, per giungere ad un punto di svolta con il presente rinvio pregiudiziale.

Ne scaturisce una sentenza che, lo si anticipa, non è altro che l'applicazione di principi ormai consolidati del diritto della concorrenza dell'Unione europea³; principi che, tuttavia, non mancano di conservare una perdurante attualità, a fronte del sempre problematico rapporto tra poteri d'intervento degli Stati membri in campo economico e obblighi *antitrust* di fonte comunitaria.

1. La legislazione italiana di settore e la sua contestazione

Il fulcro della controversia verte sulla legge di riforma dei servizi di autotrasporto: tale normativa, introdotta nel 2005 tramite decreto legislativo, era diretta a superare il sistema di tariffe a forcella, tanto vituperato nelle sue passate vicende comunitarie, nell'ottica di una liberalizzazione del settore secondo le direttrici dettate dall'ordinamento dell'Unione europea⁴.

In particolare, la riforma interveniva direttamente sul regime dei prezzi dell'autotrasporto al fine di assicurarne una libera contrattazione di mercato, svincolandosi, dunque, da ogni imposizione pubblicistica circa i minimi e i massimi dei corrispettivi pattuibili. Il meccanismo inizialmente previsto dal legislatore italiano si basava sulla piena implementazione del principio dell'autonomia contrattuale, disponendo solo due limitazioni: da un lato, si prevedeva la nullità delle clausole che comportassero la contrarietà della prestazione alle norme sulla sicurezza stradale; dall'altro lato, si prescriveva per i soli contratti verbali l'applicazione di usi e costumi di settore come individuati da un organismo collettivo, il c.d. «Os-

³ Tanto che la causa è stata decisa senza conclusioni dell'Avvocato Generale, in conformità a quanto previsto dall'art. 20, comma 5, del Protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, allegato ai Trattati, come da ultimo modificato dal Regolamento (UE, Euratom) n. 741/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 agosto 2012 (in *Gu-Ue* n. L 228 del 23 agosto 2012, p.1), che ciò consente alla Corte «ove ritenga che la causa non sollevi nuove questioni di diritto».

⁴ V. art. 4, dlgs n. 286 del 21 novembre 2005, (ital.), *Disposizioni per il riassetto normativo in materia di liberalizzazione regolata dell'esercizio dell'attività di autotrasportatore*; in particolare v. anche la relativa delega di cui alla l. 1° marzo 2005, n. 32 (ital.), il cui art. 2 così recitava: «1. I decreti legislativi di cui all'articolo 1 sono informati ai seguenti principi e criteri direttivi generali: a) riordino delle normative e adeguamento delle stesse alla disciplina comunitaria, in un'ottica di mercato aperto e concorrenziale; [...] 2. I decreti legislativi di cui all'articolo 1 sono inoltre informati ai seguenti principi e criteri direttivi specifici: [...] 1) superamento del sistema delle tariffe obbligatorie a forcella per l'autotrasporto di merci; 2) libera contrattazione dei prezzi per i servizi di autotrasporto di merci».

servatorio sull'autotrasporto», a sua volta parte della più generale «Consulta sull'autotrasporto».

Tuttavia, tale impostazione iniziale risultò fortemente mutata, se non stravolta, con le successive modifiche al decreto di riforma⁵. Segnatamente, l'emendamento normativo impose un limite autoritativo alla libera negoziazione dei contratti stipulati in forma scritta, prevedendo che «l'importo a favore del vettore deve essere tale da consentire almeno la copertura dei costi minimi d'esercizio, che garantiscano, comunque, il rispetto dei parametri di sicurezza»⁶.

Per la fissazione di tali costi minimi (sostanzialmente identificati come costo medio chilometrico del carburante e quota media di incidenza del carburante sui costi generali) la legge prescriveva particolari modalità: in prima battuta, la determinazione era rimessa ad accordi volontari tra le associazioni di vettori e committenti; in seconda battuta, qualora non fossero adottati accordi volontari entro nove mesi, la competenza passava al citato Osservatorio; infine, in via residuale, nel caso in cui nemmeno l'Osservatorio avesse provveduto entro un termine di ulteriori dieci giorni, si sarebbe mutuato il regime previsto per i contratti verbali, ossia l'introduzione vincolata in fattura, ai fini del calcolo del compenso, delle voci minime di costo determinate mensilmente dall'Osservatorio medesimo.

Da notare che, in questo modo, le tariffe minime d'esercizio assumevano valenza obbligatoria per la stipulazione dei corrispettivi di tutti i contratti di autotrasporto merci, sia scritti che verbali, per espresso volere del legislatore.

L'assetto della normativa riformata, all'epoca dei fatti di causa⁷, scon-

⁵ V. art. 83 bis, d. l. n. 112 del 25 giugno 2008, convertito dalla l. n. 133 del 6 agosto 2008 (ital.), oggetto di ulteriori modifiche ed integrazioni; per un generale commento sulla riforma e sui successivi emendamenti v. rispettivamente M. RIGUZZI, *La l. 4 agosto 2010 n. 127: prime riflessioni sui profili innovativi e sugli elementi qualificanti della nuova disciplina sull'autotrasporto di cose*, in *Dir. trasporti*, 2011, p. 111 ss.; N. MEDICA, *D.l. 162/2008 e d.l. 5/2009 (interventi urgenti in materia di autotrasporto e modifiche al d.l. 112/2008): un sistema più razionale di determinazione dei costi relativi al trasporto di merci su strada per conto terzi*, in *Dir. mar.*, 2009, p. 572 ss.; L. CILIA, *Il riassetto normativo del settore dell'autotrasporto*, in *Nuove leggi civ. Comm.*, 2006, p. 831 ss.

⁶ Il riferimento normativo, oggetto di giudizio nella presente sentenza, è l'art. 83 bis, d. l. n. 112 del 25 giugno 2008, (*cit.*), nella sua versione risultante dalle modifiche di cui al d.l. n. 103 del 6 luglio 2010 (ital.).

⁷ Deve infatti segnalarsi che, nelle more della controversia, sono intervenute ulteriori modifiche all'art. 83 bis, d. l. n. 112 del 25 giugno 2008 (*cit.*): dapprima è stata introdotta la pubblicazione tramite decreto ministeriale dei costi minimi d'esercizio come determinati dalla Consulta generale per l'autotrasporto (v. d.l. n. 138 del 13 agosto 2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148 del 14 settembre 2011 (ital.)), dopodiché, in seguito alla soppressione della Consulta e del relativo Osservatorio, le relative competenze sono state trasferite direttamente al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (v. d.l. n. 95 del 6 luglio 2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 135 del 7 agosto 2012 (ital.)). Oggi, infine, a

tava dunque una forte limitazione della libertà tariffaria delle parti, secondo un sostanziale regime di prezzi minimi imposti per legge. Di questo il legislatore italiano pareva consapevole, stante l'espressa enunciazione, tanto nel dispositivo della norma come pure nella sua stessa rubrica, dell'interesse pubblico alla «tutela della sicurezza stradale» quale motivo dell'intervento regolatore sul mercato: vale a dire, la scelta della fissazione dei prezzi era formalmente scoperta, basandosi sull'assunto giustificativo che considera inscindibilmente connessi remunerazione e modalità della prestazione di trasporto, di modo che la sicurezza stradale non potrebbe essere sufficientemente garantita dai vettori al di sotto di un minimale livello di ricavi.

Tuttavia, tale limitazione concorrenziale e la sua asserita *ratio* ricevettero immediate e plurime contestazioni⁸. In specie, non esitarono a ricorrere contro l'attuazione della riforma sia gli operatori interessati, attivandosi avanti alla giurisdizione amministrativa, sia l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale non si limitò all'emanazione di pareri e segnalazioni nell'ambito dell'*iter* parlamentare, ma azionò direttamente i suoi nuovi poteri di impugnazione in giudizio degli atti normativi anticoncorrenziali⁹.

L'oggetto del contendere, per quanto riguarda i profili di diritto *anti-trust*, è prontamente immaginabile, ricalcando le numerose controversie del passato sul tema: in specie, si obiettò che l'intervento autoritativo del

seguito della sentenza della Corte di giustizia qui pubblicata, le norme sull'imposizione obbligatoria dei costi minimi d'esercizio per l'autotrasporto di cui al citato art. 83 *bis* sono state abrogate dalla l. n. 190 del 23 dicembre 2014 (ital.).

⁸ Oltre alla controversia avanti al giudice amministrativo *a quo* di cui al presente rinvio pregiudiziale, si segnalano anche ord. Trib. Napoli del 18 giugno 2013 e ord. Trib. Lucca del 12 febbraio 2013, entrambe edite in *Foro it.*, 2013, I, c. 2643 ss., con nota di A. PALMIERI, *Autotrasporto: dubbi sulla tenuta costituzionale del nuovo sistema tariffario*; da notare che tali corti di merito si sono adoperate con esiti opposti sulla questione di legittimità costituzionale della riformata normativa in materia di autotrasporto (la prima ordinanza negando la rimessione al giudice delle leggi, la seconda invece disponendo il rinvio per non manifesta infondatezza, attualmente ancora pendente avanti alla Corte costituzionale), mentre paradossalmente le medesime concordano sull'assenza di possibili violazioni del diritto dell'Unione europea da parte del legislatore italiano, in ragione della riserva di potestà regolamentare conservata dallo Stato in ambito concorrenziale.

⁹ La controversia nazionale avanti al TAR Lazio risulta infatti instaurata in via diretta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in virtù dei nuovi poteri di azione di cui all'art. 21 bis, l. n. 287/1990 (ital.); per una ricostruzione dell'attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con riferimento al caso di specie v. AGCM, *Segnalazione AS913 – Disposizioni in materia di autotrasporto*, in *Bollettino* n. 8/2012, p. 43 ss.; per un approfondimento sul tema v. M. CAPPAL, *Il problema della legittimazione a ricorrere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella prima giurisprudenza amministrativa*, in *Foro Amm.* 2013, p. 1587 ss, nonché P. TROIANELLO, *L'efficacia dei provvedimenti di competition advocacy dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nell'ambito della cooperazione di cui al Regolamento (Ce) n. 1/2003*, in questa *Rivista*, 2013, p. 495 ss.

legislatore nazionale in materia di prezzi non fosse compatibile con l'obbligo di garantire un regime di libera competizione sul mercato, né la giustificazione pubblicistica addotta configurasse una valida esimente per tale restrizione.

La risposta non fu però data dal giudice amministrativo adito, che in verità ben avrebbe potuto risolvere da sé la lite; il TAR Lazio, invece, preferì rimettere la questione alla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale d'interpretazione¹⁰, così affidandole l'incombenza di sciogliere il nodo giuridico, e con essa l'occasione di dare seguito al proprio storico filone giurisprudenziale sul punto.

2. Gli obblighi del legislatore nazionale verso l'effetto utile dei precetti concorrenziali: riscontri pratici e dubbi teorici

La sentenza del supremo giudice europeo esordisce, e non poteva essere altrimenti, con l'affermazione dei principi fondamentali che governano il rapporto tra disciplina della concorrenza e obblighi del legislatore nazionale. In particolare, la Corte non manca di confermare che la normativa *antitrust* prevista dai Trattati «in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, che instaura un dovere di collaborazione tra l'Unione europea e gli Stati membri, obbliga questi ultimi a non adottare o a non mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei ad eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese»¹¹.

Stabilito il primo punto fermo, la Corte procede nell'analisi del caso di specie sistemando gli ulteriori tasselli.

Innanzitutto, viene individuata come fattispecie di riferimento il divieto di intese anticompetitive ex art. 101 TFUE, richiamando i precedenti casistici in cui si è vagliata la compatibilità *antitrust* di una normativa interna di regolamentazione del mercato che contemplasse il coinvolgimento di un organo a composizione imprenditoriale¹².

¹⁰ V. sent. TAR Lazio, del 15 marzo 2013, n. 2720, pubblicata con nota di R. CIFARELLI, *L'autotrasporto di merci per conto terzi tra costi minimi e concorrenza*, in *Giur. merito*, 2013, p. 1401 ss.

¹¹ V. punto 28 della sentenza in commento.

¹² In aggiunta alla giurisprudenza citata *supra*, nota 1, v. sentenze della Corte di giustizia del 17 novembre 1993 in causa n. C-185/91, *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr c. Gebr. Reiff GmbH & Co. KG*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 5801, EU:C:1993:886, commentata da M. F. BAY, *Possono gli Stati membri violare le regole comunitarie di concorrenza indirizzate alle imprese?*, in *Riv. it. dir. publ. comun.*, 1994, p. 637 ss. (in materia di autotrasporto); del 9 giugno 1994 in causa n. C-153/93, *Repubblica federale di Germania c. Delta Schifffahrts- und*

Dopodiché, viene verificato se tale organo competente per le fissazioni tariffarie ai sensi della legislazione controversa, ossia l'Osservatorio sull'autotrasporto, rispetti i requisiti di legittimità di cui alla giurisprudenza citata, e segnatamente: la composizione soggettiva dell'organo medesimo, l'indipendenza dei membri privatistici, il vincolo operativo dell'interesse pubblico, i poteri di controllo e riforma dell'autorità statale sulle relative decisioni¹³.

In via consequenziale, accertato che l'Osservatorio è composto in maggioranza da soggetti privati che partecipano espressamente in rappresentanza delle rispettive categorie imprenditoriali, senza limiti sostanziali a tutela dell'interesse pubblico, né limiti procedurali a favore dei pubblici esponenti, la sentenza giunge ad affermare che l'organo così previsto dalla legislazione italiana è qualificabile come un'associazione di imprese ai fini *antitrust*.

Tale approdo conduce alla logica deduzione che le determinazioni dell'Osservatorio sull'autotrasporto sono astrattamente suscettibili nella categoria delle intese ex art. 101 TFUE, come tali vietate nel momento in cui si dimostrino di portata anticompetitiva nonché prive di giustificazioni rediventi. Prima però di affrontare tale ulteriore aspetto vertente sulla lesività concorrenziale, pare opportuno spendere qualche parola sulla parte qualificativa antecedente, tramite cui la Corte procede ad applicare i prin-

Speditionsgesellschaft mbH, in *Raccolta*, 1994, I, p. 2517, EU:C:1994:240, annotata anonimamente in *Foro it.*, 1994, IV, c. 457 ss. (ancora in materia di autotrasporto); del 17 ottobre 1995 in cause riunite n. C-140/94, n. C-141/94 e n. C-142/94, *DIP SpA e altri c. Comune di Bassano del Grappa e Comune di Chioggia*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3257, EU:C:1995:330, commentata da M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Creating a "Level Playing-field" in the Italian Retail Distribution Market: The Use of EC Law and the Role of the Italian Anti-trust Authority*, in *ECLR*, 1996, p. 189 ss. (in materia di autorizzazione agli esercizi di vendita al dettaglio); del 19 febbraio 2002 in causa n. C-35/99, *Procedimento penale a carico di Manuele Arduino, con l'intervento di: Diego Dessi, Giovanni Bertolotto e Compagnia Assicuratrice RAS SpA*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1529, C:2002:97, commentata da G. FREZZA, *Tariffe professionali forensi fra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Giustizia civile*, 2002, p. 1139 ss. (in materia di tariffe professionali forensi); del 5 dicembre 2006 in cause riunite n. C-94/04 e n. C-202/04, *Federico Cipolla c. Rosaria Portolese in Fazari e Stefano Macrino e Claudia Capoparte c. Roberto Meloni*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11421, EU:C:2006:758, commentata da P. QUAIÀ, *Avvocati: Qualità o prezzo? In margine alla sentenza della Corte di giustizia in cause riunite n. C-94/04 e n. C-202/04*, in questa *Rivista* 2006, p. 701 ss. (ancora in materia di tariffe professionali degli avvocati); del 1° luglio 2010 in causa n. C-393/08, *Emanuela Sbarigia c. Azienda USL RM/A e altri*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 6337, EU:C:2010:388, commentata da A. ARENA, *I limiti della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in presenza di situazioni puramente interne: la sentenza Sbarigia*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, p. 201 ss. (in materia di orari di apertura delle farmacie).

¹³ Per un approfondimento dei criteri di compatibilità *antitrust* di cui alla giurisprudenza citata in materia di regolamentazione tariffaria, con particolare riferimento al controverso settore delle professioni legali, v. E. BERGAMINI, *La concorrenza tra professionisti nel mercato interno dell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, p. 93 ss.

cipi strutturali sopra riportati sulla responsabilità *antitrust* dello Stato legislatore.

Tali principi corrispondono alla c.d. dottrina dell'effetto utile¹⁴ e rappresentano uno dei più alti esempi dell'opera di interpretazione evolutiva della Corte di giustizia dell'Unione europea¹⁵.

È infatti notorio che, sulla base della stretta formulazione delle norme, i precetti *antitrust* in materia di intese e abuso di posizione dominante vedono come propri destinatari solo le imprese, e non gli Stati; è altrettanto ovvio, però, che l'intervento statale può generare effetti, se non anche perseguire obiettivi, apertamente anticoncorrenziali¹⁶.

È stata, dunque, l'interpretazione giurisprudenziale, tramite la leva dell'obbligo di leale cooperazione tra Stati e Unione, a costruire un siffatto nesso applicativo, capace di estendere la portata applicativa del regime concorrenziale anche in capo ai legislatori nazionali¹⁷.

Tuttavia, il percorso non è stato immediato e nemmeno lineare. Numerose furono le cause in materia perché forte fu la resistenza da parte degli Stati membri, i quali non accettavano di esporsi ad un sindacato così estremo sulla propria discrezionalità rispetto agli impegni originariamente assunti con i Trattati, a maggior ragione in un settore cruciale quale quello della regolamentazione di mercato¹⁸.

Il punto di equilibrio venne infine a stabilirsi sulle condizioni di que-

¹⁴ In generale sul principio dell'effetto utile nell'ordinamento dell'Unione europea v. M. G. SCORRANO, *Il principio dell'effetto utile*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo*, II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 349 ss.

¹⁵ Per una riflessione sistematica sull'incidenza che l'opera d'interpretazione evolutiva della Corte di giustizia ha avuto nel processo di armonizzazione v. da ultimo F. MUNARI, *Gli effetti del diritto dell'Unione Europea sul sistema interno delle fonti*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, p. 725 ss.

¹⁶ Esplicitamente in questo senso R. WHISH - D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 217, secondo cui «it is obvious that measures adopted by Member States may distort competition: they might do so for example by imposing minimum or maximum prices for goods or services; by adopting discriminatory measures of taxation, by imposing regulatory rules that make it difficult for undertakings to enter markets; or by operating restrictive licensing regimes for particular economic activities. Each of these measures might have serious implications for the competitiveness of markets. However the issue that arises in relation to Article 4(3), when read in conjunction with Articles 101 and 102, is the extent to which those measures can be challenged, and be found to be unlawful, under EU law».

¹⁷ Sulla dottrina dell'effetto utile delle norme *antitrust* come sviluppata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, v. istituzionalmente VAN BAEL & BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Alphen aan den Rijn, Kluwer law international, 2010, p. 882 ss. (ove anche una ricostruzione storica delle decisioni rilevanti e ampia bibliografia sull'originario dibattito dottrinale intervenuto negli anni Ottanta e Novanta).

¹⁸ Evidenzia questo profilo prospettico nella lettura delle vicende giurisprudenziali in materia U. EHRLICHE, *State Intervention and EEC Competition Law: Opportunities and Limits of the European Court of Justice's Approach - A Critical Analysis of Four Key-Cases*, in *World Competition*, 1990, p. 79 ss.

sto scrutinio: esso, infatti, non diventò un vero e proprio controllo sulla compatibilità concorrenziale della legislazione nazionale in quanto tale, ma si pose restrittivamente come una verifica sempre ausiliaria ed accessoria rispetto ad una condotta anticompetitiva privatistica (intesa o abuso di posizione dominante) che, per quanto lata e indiretta, si riconobbe quale requisito imprescindibile per l'affermazione di una tale responsabilità *antitrust* dello Stato¹⁹.

Più precisamente, tralasciando l'analisi dell'art. 102 TFUE in quanto di minor rilevanza ai fini di questa fattispecie²⁰, il sindacato sulla violazione dell'effetto utile dell'art. 101 TFUE da parte degli Stati membri può dirsi fondato su due elementi cardine²¹.

In primo luogo, deve riscontrarsi l'esistenza di un illecito *antitrust* principale, su cui, come anticipato, viene ad innestarsi il contributo dell'azione legislativa; il sottotipo di intesa è irrilevante a questi fini, secondo la regola generale del diritto della concorrenza, anche se, a livello casistico, le decisioni di associazioni categoriali rappresentano un caso tipico. In secondo luogo, deve sussistere un intervento dell'autorità pubblica di portata legalizzante rispetto all'illecito principale in questione; a tal proposito, in conformità al consueto approccio sostanziale del diritto *antitrust*, non incide la natura formalmente legislativa dell'atto adottato, contando solo l'esercizio pubblicistico di poteri normativi che si saldi ad un'intesa, con l'effetto di farla trascendere dalla sua dimensione comportamentale per collocarla sul piano della regolamentazione di mercato²².

Così inquadrati i riferimenti generali, può ora procedersi ad entrare nel dettaglio di tale scrutinio, il cui criterio consolidato si identifica nella

¹⁹ Quali pronunce fondamentali che sanciscono questo approdo interpretativo (tutte rese nel medesimo giorno) v. sentenze della Corte di giustizia del 17 novembre 1993 in causa n. C-2/91, *Procedimento penale a carico di Wolf W. Meng*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 5751, EU:C:1993:885, del 17 novembre 1993 in causa n. C-185/91, *Reiff* (*cit. supra*, nota 12), in *Raccolta*, 1993, I, p. 5801, EU:C:1993:886; del 17 novembre 1993 in causa n. C-245/91, *Procedimento penale a carico di Ojra Schadeverzekeringen NV*, in *Raccolta*, 1993, p. 5851, EU:C:1993:887; per un commento sulla portata innovativa di queste decisioni (e dell'altrettanto storica giurisprudenza coeva) v. N. REICH, *The "November Revolution" of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited*, CMLR, 1994 p. 459 ss.

²⁰ A conferma di questo dato v. VAN BAEL & BELLIS, *Competition Law of the European Community*, *cit. supra*, nota 17, p. 883; tuttavia, per uno specifico approfondimento sul principio dell'effetto utile in materia di abuso di posizione dominante nel contesto dell'ordinamento *antitrust* v. V. BRISIMI, *The Interface between Competition and the Internal Market: Market Separation under Article 102 TFEU*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 155 ss.

²¹ Tale ricostruzione può ritrovarsi in P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 235.

²² Per un'evidenziazione di tali aspetti nell'ambito di una rassegna ragionata sulla casistica giurisprudenziale che ha portato alla costruzione della dottrina dell'effetto utile in campo *antitrust* v. M. F. BAY, *Le regolamentazioni nazionali in materia economica ed il diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1995, p. 103 ss.

formula giurisprudenziale per cui «si ha violazione dell'articolo 101 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, qualora uno Stato membro vuoi imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'articolo 101 TFUE o rafforzi gli effetti di tali accordi, vuoi revochi alla propria normativa il suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni di intervento in materia economica»²³.

Può subito notarsi come il canone di giudizio parli del rapporto tra atto pubblico e condotta privata in termini di imposizione, agevolazione, rafforzamento o delega. Trattasi, evidentemente, di una elencazione solo descrittiva, alla quale non sono ricollegabili differenze sanzionatorie. Tuttavia, le ipotesi rubricate sono presentate in maniera disgiuntiva, come due condizioni di illegittimità alternative e parallele: alle prime tre azioni citate fa da contraltare la figura della delegazione, la quale pare avere valenza autonoma.

In prima battuta, è sicuramente vero che le diverse declinazioni anti-concorrenziali dell'intervento pubblico legislativo si atteggiavano in maniera non assimilabile. In particolare, si può individuare una sostanziale omogeneità per quanto concerne il primo gruppo di sottotipi, che racchiude i meccanismi impositivi, agevolatori o rafforzativi: in tali casi, l'azione regolamentare è scissa dall'intesa privata, la quale ultima si pone come mero oggetto degli assunti effetti normativi di portata facilitante²⁴.

Invece, assai più complessa appare l'ipotesi della delegazione, la quale si caratterizza per un effettivo intreccio tra pubblico e privato nella stessa fase di esercizio del potere normativo, con implicazioni di non semplice lettura. Tanto che, al di là delle ricostruzioni generali d'insieme, questa figura tende appunto ad essere affrontata separatamente, sia in dottrina che in giurisprudenza²⁵.

Innanzitutto, deve notarsi che ciò che risulta proibito non è la delegazione in sé della potestà regolamentare ad organi privati, quanto invero la

²³ Per la codificazione giurisprudenziale di questo principio v. originariamente sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1988 in causa n. 267/86, *Pascal Van Eycke c. Aspa SA*, in *Raccolta*, 1988, p. 4769, EU:C:1988:427, (punto 16), commentata da A. B. HOFFMAN, *Anti-competitive State Legislation Condemned under Articles 5, 85 and 86 of the EEC Treaty: How Far Should the Court Go after Van Eycke?*, *ECLR*, 1990, p. 11 ss.

²⁴ Invero in questo ventaglio di ipotesi deve segnalarsi che la fattispecie di imposizione dell'intesa privatistica da parte della misura legislativa statale crea qualche complessità ulteriore, concernente in particolare la concreta condotta illecita delle imprese: per un approfondimento separato di questo specifico profilo v. M. THUNSTRÖM - J. CARLE - S. P. LINDBORG, *State Liability Under the EC Treaty Arising From Anti-Competitive State Measures*, in *World Competition*, 2002, p. 515 ss.

²⁵ In questo senso v. primariamente L. GYSELEN, *State action and the effectiveness of the EEC Treaty's competition provisions*, *CMLR*, 1989, p. 11 ss.

delega della «responsabilità» della decisione, «revocando il carattere pubblico» della normativa emanata²⁶. Dunque, lo Stato può coinvolgere soggetti terzi nell'*iter* di produzione delle regole, anche affidando loro incarichi di contenuto rilevante, purché non rinunci mai all'effettiva paternità del potere legislativo esercitando.

Al contempo, può evidenziarsi come il baricentro di questa fattispecie sembri spostato dal lato del potere pubblico: ossia, in base ai termini sopra riportati appare innanzitutto vietato già il fatto che il legislatore con siffatta delega esorbitante tradisca le sue prerogative, a prescindere dalla condotta anticoncorrenziale dei privati destinatari dell'investitura²⁷.

Tale prospettiva di valutazione della compartecipazione delegata comporta però qualche ripercussione in chiave teorica: in particolare, il rapporto di implicazione giuridica tra intervento pubblico e intesa imprenditoriale tende a divenire sfumato, tanto che la validità di quest'ultimo requisito pare in discussione²⁸.

In sostanza, il dubbio principale investe proprio tale nodo: dato che, per consolidata affermazione giurisprudenziale²⁹, non può sussistere responsabilità *antitrust* dello Stato senza un illecito privato principale, la condotta delle imprese investite della delega regolamentare non potrà che essere un'intesa, pena la contraddizione di quanto appena affermato circa la punibilità solo ausiliaria dello Stato in campo concorrenziale³⁰.

Ma se allora deve sempre riconoscersi un'intesa anticompetitiva anche nella fattispecie di delegazione illecita, risulta alquanto complesso rico-

²⁶ V. VAN BAELE & BELLIS, *Competition Law of the European Community*, cit. supra, nota 17, p. 891.

²⁷ Sottolineano tale traslazione di prospettiva G. M. ROBERTI - A. TIZZANO, *Tariffe e prezzi amministrati: profili di diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 310 ss.

²⁸ Così per tutti H. SCHEPEL, *Delegation of regulatory powers to private parties under EC competition law: towards a procedural public interest test*, *CMLR*, 2002, p. 31 ss.

²⁹ Occorre infatti rammentare la stabilizzazione imposta alla dottrina dell'effetto utile in campo *antitrust* dalla sentenza della Corte di giustizia del 17 novembre 1993 in causa n. C-2/91, *Meng*, e dalla parallela sentenza della Corte di giustizia del 17 novembre 1993 in causa n. C-245/91, *Ohra*, entrambe cit. supra, nota 19, ove si è sancita la condizione di incensurabilità delle normative statali «in mancanza di qualsiasi collegamento con un comportamento di imprese vietato dall' art. 85, n. 1, del Trattato».

³⁰ In maniera ancora più esplicita v. conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauero del 14 luglio 1993 in causa n. C-2/91, *Meng* e in causa n. C-245/91, *Ohra*, in *Raccolta* 1993, I, p. 5751, il quale spiega che «in definitiva, a me sembra che la richiamata giurisprudenza possa essere così sintetizzata: l'effetto utile delle norme sulla concorrenza rischia di essere pregiudicato solo in presenza di misure statali che consentano alle imprese private di sottrarsi ai vincoli di cui all' art. 85, misure che siano dunque manifestamente elusive, vuoi perché a) offrono una copertura legale a comportamenti altrimenti vietati, vuoi perché b) rendono inutili tali comportamenti per il fatto di lasciare agli stessi operatori interessati il compito di (...) regolamentare il mercato, con la conseguenza che l'azione di tali operatori potrà essere analizzata, in buona sostanza, come comportamento d'impresa ai sensi dell'art. 85».

struire la relazione tra questi due elementi in chiave logico-consequenziale. In altre parole: può davvero osservarsi se sussiste o meno un'intesa privata a prescindere dall'entità della delega operata dal potere pubblico? Può davvero ritenersi separata la valutazione di consistenza dell'intesa imprenditoriale rispetto alla relativa delega legittimante, o invece la prima finisce per esaurirsi nella seconda, quest'ultima quale vera condizione patologica della regolamentazione del mercato?

A fini di coerenza teorica sarebbe possibile conservare entrambi i punti di osservazione: in tal senso, potrebbe affermarsi che qualora i privati, contribuendo all'attività regolamentare loro affidata, non si comportino come imprese nel contesto della loro investitura, e dunque non producano alcuna intesa, allora nemmeno sussisterà quella dismissione di responsabilità da parte dello Stato e la connessa violazione *antitrust* in capo a quest'ultimo; d'altro canto, ove i privati operino in seno al procedimento normativo nella veste di imprese, con decisioni che pertanto assumano i connotati di un'intesa associativa, allora sarebbe più difficile riscontrare l'ortodossia della delega statale, con conseguente illegittimità *antitrust* di cui dovrà rispondere in parallelo il legislatore.

Tuttavia, ad uno sguardo più approfondito, è evidente la fallacia sottesa a tale ricostruzione. Invero, questa prospettiva manifesta un'inversione dei parametri di giudizio, che porta a dubitare della concreta autonomia del requisito dell'intesa nel contesto della fattispecie di delegazione. Piuttosto, in tali casi, ciò che appare decisivo è il riscontro della modalità di esercizio del potere legislativo nella sua necessaria coerenza con le superiori prerogative pubblicistiche; ed è questa condizione che, di riflesso, va a determinare la riconoscibilità di un'intesa (e, ancora più a monte, influenza la stessa qualificazione come impresa dell'organo delegato) nel contesto dell'investitura regolamentare³¹.

³¹ Profetizzavano tale deriva interpretativa G. M. ROBERTI - A. TIZZANO, *Tariffe e prezzi amministrati: profili di diritto comunitario*, cit. supra, nota 27, p. 320, i quali, già dopo la sentenza della Corte di giustizia del 17 novembre 1993 in causa n. C-185/91, *Reiff*, cit. supra, nota 12, non mancavano di evidenziare che «ad una più attenta lettura, dunque, la sentenza *Reiff*, pur facendo ricorso ad una formula alquanto ambigua – e cioè facendo riferimento a regolamentazioni che consentirebbero di presumere l'esistenza di un'intesa – assegna importanza essenziale non tanto all'elemento dell'intesa quanto alle caratteristiche della regolamentazione pubblica. L'accento è dunque posto su quest'ultima più che sul comportamento dei privati e, in tale prospettiva, la Corte sembra in definitiva far dipendere la legittimità della regolamentazione stessa non già dalla sua inerenza ad un'intesa, bensì dalla circostanza che l'intervento dei pubblici poteri risulti oggettivamente motivato e giustificato da valutazioni di interesse generale. È evidente, tuttavia – ed è appena il caso di sottolinearlo – che se la lettura della sentenza *Reiff* qui suggerita fosse corretta, il quadro giurisprudenziale complessivo risulterebbe ancora più incerto ed oscuro sia nei suoi presupposti teorici sia nella concreta portata applicativa».

La spiegazione di questo ordine qualificativo "inverso" risiede nel fatto che, come ovvio, per valutare la sussistenza di un'intesa deve riscontrarsi in primo luogo l'effettiva presenza di una pluralità di imprese. Ciò comporta che i soggetti privati partecipanti all'*iter* legislativo devono essere riconoscibili quali esponenti imprenditoriali sul piano sostanziale, ossia quali portatori di un interesse economico privatistico³².

Ma, per determinare tale natura, non si guarda realmente alle caratteristiche del soggetto e della sua attività; bensì, si va a verificare la struttura della delegazione. In altre parole, l'analisi verte su come la delega è imposta in concreto, estrinsecandosi nei criteri di composizione, negli obiettivi operativi, nei controlli pubblicistici che interessano l'organo privato delegato³³. Tutti indici che, invero, sono proprio quelli normalmente richiamati dalla giurisprudenza per decidere siffatta casistica³⁴.

In altre parole, anche se l'analisi in questione deve sfociare nell'eventuale qualificazione imprenditoriale del soggetto, a conti fatti la distinzione finisce per giocarsi sulle modalità con cui si atteggia il rapporto regolamentare tra pubblico e privato. Se le prerogative conservate dall'autorità in sede delegante sono effettive e coerenti con il suo ruolo (come nei casi di nomina indipendente dei componenti dell'organo, di partecipazione effettiva di membri dell'autorità pubblica, di poteri di veto e di riforma a favore di questi ultimi; ossia, a condizione che si rispetti la sovraordinata missione di salvaguardia del pubblico interesse), allora la normativa potrà dirsi realmente pubblicistica³⁵; altrimenti, se l'opera del legislatore si riduce ad una semplice concessione di capacità normativa, o anche solo ad una

³² Per una ricognizione sulla nozione di impresa (e di associazione di imprese) nel diritto *antitrust* dell'Unione europea v. A. JONES - B. SUFRIN, *EU Competition law: Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 127 ss.; mentre per un approfondimento teorico-sistematico v. *ex multis* L. DI VIA, *L'impresa*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, Cedam, 2003, II, p. 54 ss.; G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, p. 277 ss.

³³ In senso conforme P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit. *supra*, nota 21, p. 237.

³⁴ Per un tracciamento delle ulteriori evoluzioni del *test* concorrenziale in materia di delegazione normativa v. J. SZOBOSZLAI, *Delegation of State Regulatory Powers to Private Parties - Towards an Active Supervision Test*, in *World Competition*, 2006, p. 73 ss., ove si suggerisce l'idea di uno scrutinio giurisprudenziale sempre più incentrato sulla dimensione effettiva e concreta dei poteri di supervisione statale sulle determinazioni delegate.

³⁵ A tal proposito, deve evidenziarsi come questo tipo di valutazione sulla condotta statale possa sfociare in una tendenziale dicotomia tra un approccio più sostanzialistico, incentrato sull'apprezzamento dell'interesse pubblico materialmente perseguito, e un approccio più formalistico, imperniato sulla congruità del procedimento normativo adottato; sul punto v. E. CANNIZZARO - L. F. PACE, *Le politiche di concorrenza*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 348, ove si avverte che l'approccio di stampo sostanziale rischia di sovrapporsi al criterio dei servizi di interesse economico generale quale condizione di sottrazione al sindacato *antitrust* ai sensi dell'art. 106 TFUE.

mera ratifica automatica di quanto deciso dall'organo privato, allora ciò che viene esternalizzato non è un contributo ausiliario, ma il vero potere discrezionale di legge, con conseguente illegittimità della delega.

Ne segue che, nell'ambito della fattispecie di delegazione, il parametro di giudizio dell'organo privato quale impresa in senso *antitrust*, e quindi delle sue decisioni quali intese, è solo apparente. Invece, per apprezzare correttamente il contenuto di tale vaglio, occorre modificare il punto d'osservazione, spostandolo dal lato del legislatore: è, dunque, la modalità d'esercizio dei pubblici poteri che consente di giudicare la sussistenza di un'impresa e di un'intesa, e non viceversa³⁶.

Così, ove il meccanismo delegante resti entro i confini di una costante supervisione pubblicistica, allora la partecipazione dei soggetti privati risulterà meramente endoprocedimentale rispetto alla sovrastante azione legislativa. Sulla base di tale riscontro, poi, si negherà la sussistenza in capo ai delegati di un'effettiva veste imprenditoriale e, di conseguenza, verrà meno anche la riconoscibilità di qualsivoglia intesa anticoncorrenziale in seno al procedimento di delegazione.

All'opposto, se l'organo privato è svincolato dal controllo dell'autorità pubblica, ne discende un'autonomia decisoria che sconfessa l'inquadramento formale nel contesto del potere legislativo. Da ciò deriva la valorizzazione della natura imprenditoriale dei soggetti che esercitano siffatta (auto)disciplina, con il successivo passaggio logico per cui, se l'organo delegato agisce come un'impresa, le determinazioni ivi assunte non potranno che qualificarsi come intese a fini *antitrust*.

Ma, preme ribadire, è il tenore della delega legislativa che impone la qualificazione concorrenziale del soggetto e delle sue azioni; qualificazione che, perciò, si configura come un elemento non autonomo, ma dipendente e subordinato rispetto allo scrutinio sull'esercizio del potere regolamentare pubblico.

³⁶ Questa latente inversione di ragionamento si ritrova con costanza nella giurisprudenza europea: per un significativo esempio v. sentenza della Corte di giustizia del 19 febbraio 2002 in causa n. C-309/99, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1577, EU:C:2002:98, (punti 68-69), ove pur tenendo ferme le formali categorie *antitrust* di impresa e intesa si imposta una correlazione logica evidentemente basata sull'azione del potere legislativo quale causa efficiente presupposta («nell'attribuire poteri normativi ad un'associazione professionale, uno Stato membro può aver cura di definire i criteri di interesse generale e i principi essenziali ai quali la normativa dell'ordine deve conformarsi nonché di conservare il proprio potere di decisione in ultima istanza. In questo caso, le norme emanate dall'associazione professionale conservano un carattere pubblico e sfuggono alle norme del Trattato applicabili alle imprese. Altrimenti, le norme emanate dall'associazione professionale sono imputabili ad essa sola»).

Ricomposto così l'ordine logico del controllo *antitrust* in materia, può comprendersi in maniera più chiara il percorso seguito dalla Corte di giustizia nella decisione in oggetto. Non è un caso che l'analisi dei giudici europei s'incentri sugli aspetti pubblicistici della delegazione normativa (quali la partecipazione non indipendente dei rappresentanti delle imprese nell'organo collegiale, la mancanza di vincoli operativi verso l'interesse pubblico, l'assenza di controlli autoritativi sulle regole emanate), giungendo a ricavare la qualificazione di associazione imprenditoriale dell'Osservatorio "per differenza".

Di questo approccio vi è diretta riprova nella struttura argomentativa della presente sentenza: infatti, con riguardo al requisito dell'intervento pubblico legalizzante in materia di delega (nei termini suddetti di cessione della responsabilità decisoria dallo Stato ai privati), essa finisce per valorizzare quegli stessi elementi che qualche passaggio prima erano serviti per affermare la natura di impresa dell'organo associativo³⁷.

Non solo, la chiusura del ragionamento della Corte è ancora più significativa: addirittura, come conclusione dell'analisi riguardante il criterio della delega di responsabilità, si giunge ad affermare che in ragione (anche) della «assenza [...] di un effettivo controllo e di potere decisionale in ultima istanza da parte dello Stato, [...] l'Osservatorio è da considerarsi un'associazione di imprese ai sensi dell'articolo 101 TFUE»³⁸. Emerge, dunque, con evidenza il dato sopra descritto: i due parametri dell'intesa imprenditoriale e dell'intervento pubblico legalizzante risultano tendenzialmente sovrapposti, se non addirittura confusi, nell'individuare il discrimine di legittimità concorrenziale della regolamentazione delegata³⁹.

Tirando le somme, l'istituto della responsabilità legislativa *antitrust* potrebbe destare perplessità, considerata la complicazione di dover sempre agganciare la violazione dello Stato ad un illecito primario di stampo imprenditoriale, soprattutto nella più delicata materia della delegazione normativa; ma, al contempo, le complicazioni suesposte possono comunque ridursi ad unità, dando significato positivo a siffatta circolarità di giudizio che investe il rapporto tra legislatore delegante e privati delegati, il quale rappresenta di fatto il nocciolo della questione.

³⁷ In particolare tale percorso argomentativo è svolto nei punti 32-41 della sentenza in commento.

³⁸ V. testualmente punto 41 della sentenza in epigrafe.

³⁹ Questo tipo di commistione argomentativa non è nuovo nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia: per una constatazione analoga v. A. J. VOSSESTEIN, *Case Law - A. Court of Justice, Case C-35/99, Arduino, judgment of 19 February 2000, Full Court*; *Case C-309/99, Wouters et al. v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, judgment of 19 February 2002, Full Court; not yet reported, CMLR, 2002, p. 841 ss.*

In realtà, il criterio della qualificazione imprenditoriale dell'organo privato e della riconoscibilità quali intese delle sue determinazioni sono indici di valore soprattutto formale, a salvaguardia dei limiti "sovrani" del sistema *antitrust*⁴⁰; ma, superata questa prima facciata, il sindacato sulla compatibilità concorrenziale dell'azione regolamentare nazionale appare fondarsi su altri aspetti, di livello più sostanziale.

La verità è che la qualificazione *antitrust* del titolo di partecipazione dei privati all'*iter* normativo appare una mera sovrastruttura: la valutazione a ciò sottesa, infatti, resta in ultimo sintetica, focalizzandosi sulla generale coerenza dello Stato legislatore rispetto alla sua missione di tutela dell'interesse collettivo nell'esercizio del potere di regolamentazione concorrenziale del mercato⁴¹.

Questo scollamento tra paradigma formale e struttura sostanziale della dottrina dell'effetto utile è consistente, ma è anche prontamente spiegabile: come detto, esso serve per salvaguardare l'inviolabilità della pura sovranità legislativa, che rimane l'unico limite davvero invalicabile dal diritto della concorrenza.

Più precisamente, per tutto ciò che è appena oltre tale soglia di sacralità, nel senso di una normativa che presenti una pur minima commistione procedurale tra autorità statale e soggetti privati, il riscontro sull'effettiva sussistenza di un'intesa risulta una costruzione al limite della *fictio iuris*, perché il giudizio di legittimità *antitrust* si sposta su aspetti completamente diversi e più profondi. Si è appunto mostrato come tale vaglio si riduca esclusivamente ad un apprezzamento del merito del potere pubblico in concreto, avente ad oggetto null'altro che il venir meno dello Stato al suo compito di perseguire il benessere (concorrenziale) collettivo, in favore di interessi meramente privati.

Invece, nel caso in cui si provi a sottoporre a scrutinio la legislazione nazionale in quanto tale, anche nei casi di delegazione, il requisito dell'illecito privatistico principale svolgerà la sua funzione, impedendo l'applicazione della responsabilità *antitrust* allo Stato in via diretta (in conformi-

⁴⁰ Per una valorizzazione dei limiti "sovrani" alla dottrina dell'effetto utile in campo *antitrust* v. S. NINATTI, *Interventi pubblici nell'economia tra mercato unico e principio di sussidiarietà. Orientamenti della giurisprudenza comunitaria e della dottrina tedesca*, in *Riv. dir. pubbl. comun.*, 1996, p. 311 ss., ove si propone una lettura della svolta giurisprudenziale di cui ai citati casi *Meng, Ohra, Reiff* alla luce del principio di sussidiarietà, il quale rappresenterebbe l'unica soluzione possibile, ancorché imperfetta, per l'integrazione concorrenziale del mercato unico comunitario, in funzione di una più spiccata tutela del riparto di competenze tra Stati membri e Unione europea.

⁴¹ Così espressamente H. SCHEPEL, *Delegation of regulatory powers to private parties under EC competition law: towards a procedural public interest test*, cit. *supra*, nota 28, p. 50, il quale giunge ad affermare che «the point is that the Court should openly admit to what it is doing: treating the whole of effect utile as one public interest test».

tà ai Trattati istitutivi, che tale possibilità non concedono)⁴². Ma è solo a questo stretto fine che si conserva nell'istituto in analisi il criterio dell'intesa imprenditoriale, pur con tutte le incongruenze ricostruttive che ne conseguono per la sua applicazione generale.

Invero, sul piano logico pare difficile contestare l'obiezione di coloro che rilevano come gli effetti anticoncorrenziali di una normativa sui prezzi imposti siano egualmente nocivi qualunque sia la loro fonte formale⁴³. Ciò vale a maggior ragione nelle ipotesi limite di delegazione normativa: qui è ancor più difficile scorgere la *ratio* di tale diversità di trattamento per la medesima fissazione tariffaria, sulla base della sola condizione che l'atto legislativo a compartecipazione privata sia attribuibile alla paternità dello Stato invece che degli operatori consultati⁴⁴.

Ciononostante, per evidenti istanze di bilanciamento istituzionale nell'assetto delle relazioni tra Stati e Unione⁴⁵, questo continua ad essere lo stato dell'arte della dottrina sull'effetto utile delle norme *antitrust*: al di là di ogni ricaduta anticompetitiva, la discrezionalità regolamentare di diretta fonte pubblicistica gode ancora di un'immunità sovrana dal diritto della concorrenza⁴⁶.

⁴² Al riguardo v. J. S. BUENDIA SIERRA, *Exclusive or Special Rights and other Anti-Competitive State Measures*, in J. FAULL - A. NIKPAY (a cura di), *The EU Law of Competition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 810 ss., ove si analizza anche la possibile incidenza dei nuovi Trattati riformati con Lisbona, affermando peraltro come ai fini dell'effetto utile in materia *antitrust* il quadro giuridico di riferimento debba ritenersi sostanzialmente immutato.

⁴³ Espressamente in questi termini v. R. JOLIET, *Réglementations étatiques anticoncurrentielles et droit communautaire*, in *Cah. dr. eur.*, 1988, p. 363 ss.

⁴⁴ Resta sempre valido a questo proposito l'interrogativo posto a suo tempo nelle conclusioni dell'Avvocato Generale CAPOTORTI del 13 dicembre 1977 in causa n. 82/77, *Pubblico ministero del Regno dei Paesi Bassi c. Jacobus Philippus van Tiggele*, in *Raccolta* 1978, p. 25, EU:C:1978:10, secondo cui «ci si potrebbe chiedere cioè se, per una valutazione realistica del fenomeno considerato, non sia insufficiente fermarsi alla considerazione formale del carattere di atto d'autorità che lo Stato può conferire (e nella specie ha conferito) alle decisioni di organismi incaricati di svolgere delle funzioni d'interesse pubblico nella disciplina dell'economia».

⁴⁵ In questo senso v. C. BACH, *Case C-185/91, Bundesanstalt für den Güterfernverkehr v. Gebriüder Reiff GmbH & Co. KG, preliminary ruling of 17 November 1993 requested by the Bundesgerichtshof (not yet reported); Case C-2/91, Meng, preliminary ruling of 17 November 1993 requested by the Bundesgerichtshof (not yet reported); Case C-245/91, OHRA Schadeverzekeringen NV, preliminary ruling of 17 November 1993 requested by the Arrondissementsrechtbank Arnhem (not yet reported); all on the interpretation of Articles 3(f), 5(2) and 85(1) EEC Treaty, CMLR, 1994, p. 1357 ss., il quale parla di questa materia come di una dimensione «quasi-constituzionale» dell'ordinamento economico comunitario.*

⁴⁶ Tale constatazione viene efficacemente riassunta da M. THUNSTRÖM - J. CARLE - S. P. LINDEBORG, *State Liability Under the EC Treaty Arising From Anti-Competitive State Measures*, cit. *supra*, nota 24, ove si afferma che «State liability under Articles 3(g) and 10 in conjunction with Article 81 or 82 can be at hand in several types of situations [...]. On the other hand, State liability cannot be found on the basis of pure national legislation not related to measures undertaken by undertakings, but which nevertheless produce anti-competitive effects. If Member States could be held responsible also in situations not involving any meas-

3. La fissazione pubblicistica di costi (e corrispettivi) minimi quale restrizione anticompetitiva

Esaurita l'analisi dei presupposti strutturali della dottrina sull'effetto utile delle norme *antitrust*, si può procedere con gli ulteriori passaggi seguiti dalla sentenza.

In specie, una volta riscontrate le condizioni per il sorgere di una responsabilità *antitrust* dello Stato in ragione di una legislazione ausiliaria ad una condotta privatistica concorrenzialmente rilevante, i giudici europei verificano in prima battuta se tale assetto normativo abbia portata anticompetitiva. È evidente che la valutazione non può che seguire lo stesso percorso previsto per le intese: così, innanzitutto, deve accertarsi se vi è idoneità a restringere il gioco della concorrenza, nonché a pregiudicare i flussi commerciali intracomunitari.

Ma la Corte ha buon gioco nello svolgere tale accertamento. Infatti, i profili più delicati di legittimità delle fattispecie di delegazione regolamentare stanno rispettivamente a monte (i presupposti strutturali dell'intervento legislativo, come già visto prima) e a valle (la giustificabilità pubblicistica delle restrizioni, come si vedrà dopo) del controllo circa l'incidenza pregiudizievole su concorrenza e commercio intracomunitario. Rispetto a questo frangente, invece, il risultato si manifesta da sé.

Da un lato, è pacifico che sussiste pregiudizio agli scambi nel mercato europeo nel caso in cui l'intesa si estenda a tutto il territorio di uno Stato membro⁴⁷. Dunque, nell'ipotesi in cui si stia giudicando di una legislazione nazionale, tale carattere pregiudizievole è praticamente intrinseco.

Dall'altro lato, anche la condizione della restrizione concorrenziale è agevolmente dimostrata. La sentenza è diretta nell'affermare che «la determinazione di costi minimi d'esercizio, resi obbligatori da una normativa nazionale (...) equivale alla determinazione orizzontale di tariffe minime imposte»⁴⁸. Infatti, è evidente che, nel momento stesso in cui si assicuri autoritativamente la copertura di un costo d'esercizio prefissato, non si fa altro che determinare parallelamente una soglia minimale di ricavo; l'effetto che si produce è dunque assolutamente coincidente con quello di un cartello, dato che tutti gli operatori risultano vincolati a mantenere deter-

ures on the part of undertakings, basically all economic legislation in the Member States could fall under Articles 3(g) and 10 in conjunction with Article 81 or 82».

⁴⁷ V. specificamente S. BARIATTI, *Campo di Applicazione*, in A. FRIGNANI - S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 2012, p. 115.

⁴⁸ V. punto 43 della sentenza in commento.

minati livelli tariffari⁴⁹. E non occorre aggiungere che tale fattispecie rappresenti una delle violazioni più patenti dei precetti *antitrust*⁵⁰.

Anzi, è forse proprio la gravità di questi effetti anticoncorrenziali che rende particolarmente problematica la valutazione *antitrust* delle regolamentazioni normative sui prezzi⁵¹: ciò sia dal punto di vista dello scrutinio della legge dello Stato in quanto tale, come già osservato; ma anche dal punto di vista della possibile invocazione esimente di superiori esigenze di interesse pubblico, che la sentenza affronta nella sua ultima parte.

4. La giustificabilità per obiettivi d'interesse generale secondo il principio di proporzionalità

La decisione giunge, dunque, al suo snodo finale: vale a dire, la valutazione di concreta anticoncorrenzialità della normativa impugnata alla luce dei suoi possibili obiettivi pubblicistici. Tale ulteriore passaggio di controllo deriva da quel noto filone giurisprudenziale con cui si è affermata come non automatica la violazione dell'art. 101, par. 1, TFUE da parte di un'intesa astrattamente restrittiva della competizione sul mercato, qualora la stessa sia funzionale ad un interesse pubblico meritevole, quanto allo scopo, e se ne prefigga il conseguimento nei limiti di necessità e proporzionalità, quanto ai mezzi⁵².

Il tema è complesso, poiché rappresenta una dimensione esimente di natura espressamente extraconcorrenziale, come tale esulante dal bilanciamento specificamente previsto dall'art. 101, par. 3, TFUE⁵³; anzi, esso

⁴⁹ Così espressamente anche R. WHISH - D. BAILEY, *Competition Law*, cit. supra, nota 16, p. 218.

⁵⁰ Per un'ampia analisi della fattispecie cartellistica di fissazione orizzontale di prezzi e dei suoi pur persistenti profili critici, nell'ottica per cui «the rule against price fixing is the least controversial prohibition in competition law throughout the world, and the practice is universally subject to the law's harshest penalties. There is, however, far less consensus than meets the eye on what constitutes price fixing and on how legal regimes determine its presence» v. L. KAPLOW, *Competition policy and price fixing*, Princeton, Princeton University Press, 2013.

⁵¹ Per uno studio sistematico sulla regolamentazione statale in materia di prezzi nel contesto dell'ordinamento comunitario, con particolare valorizzazione della sua dimensione intrinsecamente (anti)concorrenziale, v. l'opera di F. CAPELLI, *Controllo dei prezzi e normativa comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1981.

⁵² Come notorio, il principio in questione è stato sancito dalla sentenza della Corte di giustizia del 19 febbraio 2002 in causa n. C-309/99, *J. C. J. Wouters*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1577, EU:C:2002:98, cit. supra, nota 36; per un commento a tale pronuncia v. ex multis G. SCASSELLATI SFORZOLINI - C. RIZZA, *La tensione fra le regole di concorrenza comunitarie e regole professionali e deontologiche nazionali*, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 8 ss.; in generale su questo sempre delicato e discusso tema v. da ultimo A. C. WITT, *Public Policy Goals Under EU Competition Goals - Now Is the Time to Set the House in Order*, in *European Competition Journal*, 2012, p. 443 ss.

⁵³ Tale peculiare collocazione portò addirittura a parlare della creazione di una regola di

non risulta riconducibile ad alcuna categoria specifica dell'ordinamento *antitrust*, proprio perché ancorato a valori estranei al mero paradigma economico della competizione di mercato⁵⁴.

Nel caso di specie, poi, tale vaglio assume un grado di delicatezza particolarmente elevato: infatti, questa regola di ragionevolezza *sui generis* deve approcciarsi ad una normativa consistente in una violazione *antitrust* di massimale gravità, la cui stessa possibilità di esenzione in astratto è fortemente dibattuta⁵⁵.

Tuttavia, la forte approssimazione che caratterizza la legislazione nazionale sul punto consente ai giudici europei di risparmiarsi tale difficile trattazione, potendosi limitare ad una risposta molto più *tranchant*. In particolare, nel caso concreto risulta così macroscopico il mancato rispetto dei limiti di funzionalità verso l'interesse pubblico dichiarato che la *ratio decidendi* può esaurirsi nella valorizzazione di tale aspetto, senza dover affrontare questioni teoriche più generali.

Infatti, la Corte può agevolmente evidenziare come tra il contenuto della normativa, ossia la fissazione dei prezzi minimi per l'autotrasporto, e l'obiettivo della medesima, ossia la tutela della sicurezza stradale, non risulti dimostrata alcuna relazione idonea a soddisfare le condizioni applicative del descritto filone di giustificazione eccezionale.

Più precisamente, la sentenza può far leva su diversi indici a supporto di questa valutazione: in primo luogo, si riscontra la carenza di una connessione funzionale tra i precetti normativi e i relativi obiettivi, sia in astratto (la conclusione che un ricavo minimo per la prestazione garantisca di per sé *standard* di sicurezza nell'esecuzione della medesima non è tecnicamente vera sul piano logico)⁵⁶ sia in concreto (la legge italiana non si

ragionevolezza in stile europeo («*European-style rule of reason*») secondo la fondamentale ricostruzione di G. MONTI, *Article 81 EC and Public Policy*, *CMLR*, 2002, p. 1057 ss.; parla invece di «*un'ombra*» di *rule of reason*, enfatizzandone la natura assai più ortodossa quale semplice pratica di applicazione contestualizzata del divieto di intese restrittive P. MANZINI, *I parafernali del giudizio antitrust: regola della ragionevolezza, restrizioni accessorie, divieto "per sé"*, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 285 ss.

⁵⁴ Per una trattazione approfondita del problematico rapporto tra divieto *antitrust* di intese anticompetitive e ragioni di interesse pubblico, anche sotto il profilo della riconduzione di quest'ultime nel paradigma di cui al par. 1 o al par. 3 dell'attuale art. 101 TFUE, v. ampiamente C. TOWNLEY, *Article 81 and Public Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2009 (in particolare p. 201 ss.).

⁵⁵ Per quanto riguarda l'annoso dibattito in materia di violazioni anticoncorrenziali per oggetto e dei relativi margini di esentabilità v. per tutti l'aggiornata e sistematica analisi ad opera di D. BAILEY, *Restrictions of Competition by Object under Article 101 TFEU*, *CMLR*, 2012, p. 559 ss.

⁵⁶ Il punto era già stato correttamente apprezzato, seppur nel contesto del vaglio di costituzionalità, da Trib. Lucca, 12 febbraio 2013, *cit. supra*, nota 7, secondo cui «in primo luogo, l'esercizio dell'attività economica di autotrasportatore per conto terzi esercitata nel rispetto delle norme del codice della strada e delle norme di tutela della sicurezza sul lavoro

adopera per impostare alcun collegamento attuale tra l'incasso dei ricavi minimi e la loro utilizzazione ai fini della sicurezza stradale)⁵⁷; in secondo luogo, si sottolinea la contraddittorietà intrinseca della stessa normativa nazionale, nel momento in cui prevede margini di derogabilità alle tariffe imposte in relazione a trasporti per distanze minori nonché nell'eventualità di accordi di settore (è evidente che se si presenta il prezzo autoritativo come la soglia minima al di sotto della quale non si può garantire la sicurezza nell'esecuzione della prestazione, tale affermazione non consente deroghe, a maggior ragione così ampie e indeterminate); infine, si censura in ogni caso la mancanza di proporzionalità della misura legislativa così prescritta, la quale va oltre quanto necessario per perseguire il suo scopo pubblicistico (e ciò non solo perché tale regime non consente prova con-

non è un'attività che si ponga (ex se) in contrasto con l'art. 41 Cost., così come richiesto da questa disposizione, sicché non si giustifica l'introduzione di un sistema tariffario, che limita la concorrenza e introduce una significativa barriera all'accesso a tale tipologia d'attività economica. La sicurezza stradale non è garantita, infatti, dall'esistenza di un sistema tariffario, ma dal rispetto di altre disposizioni legislative, presenti nel codice della strada e nella normativa sulla sicurezza sul lavoro (in punto, fra l'altro, d'efficienza dei veicoli marcianti e di turni di riposo degli autisti). L'esistenza di tariffe minime non offre nessuna garanzia di rispetto di queste disposizioni. È il rispetto di queste altre disposizioni, per contro, che garantisce la sicurezza stradale e concorre a determinare, secondo leggi di mercato, il corrispettivo del servizio di autotrasporti su strada per conto terzi. Un'impresa che non copra i costi di esercizio, così come determinati anche dal rispetto delle norme sulla sicurezza stradale, è perciò stesso un'impresa che è fuori mercato, destinata al fallimento. In secondo luogo, e con diversa visuale dello stesso problema, il bilanciamento dei contrapposti interessi (libertà d'iniziativa economica, da un lato, e sicurezza delle persone dai rischi connessi alla circolazione stradale dei mezzi di autotrasporto per conto terzi, dall'altro lato), effettuato dall'art. 83 bis d.l. 112/08, con l'introduzione di tariffe minime, viola il principio di ragionevolezza, poiché a fronte di una sicura limitazione della libertà d'iniziativa economica e della libertà di concorrenza, nessuna certezza (o anche solo significativa probabilità) è data dal fatto che il sistema tariffario minimo garantisca la sicurezza stradale, poiché, come sopra rilevato, questa è garantita unicamente dal rispetto di altre disposizioni, contenute nel codice della strada e nel t.u. sulla sicurezza del lavoro, il cui rispetto è assicurato da appositi apparati dello Stato»; invece v. *contra* la gemellare (ed opposta) ordinanza di Trib. Napoli, 18 giugno 2013, sempre *cit. supra*, nota 7, la quale si è limitata a rilevare che «i costi minimi di cui sopra sono in effetti collegati a profili di sicurezza nel senso che la fissazione di una soglia minima mira ad evitare il mancato rispetto dei costi per la sicurezza stradale e sociale. Ciò comporta la legittimità della previsione legislativa in quanto non sopprime la concorrenza, ma l'indirizza verso scopi di utilità sociale», con argomentazioni evidentemente apodittiche sul punto, come tali indirettamente cassate dalla Corte di giustizia nella sentenza in epigrafe.

⁵⁷ V. infatti la laconica formulazione di cui al comma 4 dell'art. 83 bis, d. l. 25 giugno 2008, n. 112 (*cit.*), la quale si limita alla petizione di principio per cui «al fine di garantire la tutela della sicurezza stradale e la regolarità del mercato dell'autotrasporto di merci per conto di terzi, (...) l'importo a favore del vettore deve essere tale da consentire almeno la copertura dei costi minimi di esercizio, che garantiscano, comunque, il rispetto dei parametri di sicurezza normativamente previsti». A tal proposito v. R. CIFARELLI, *L'autotrasporto di merci per conto terzi tra costi minimi e concorrenza*, *cit. supra*, nota 9, p. 1401, il quale opportunamente evidenzia che tale «scelta del legislatore italiano di creare un legame di causa ed effetto tra la remunerazione dei costi minimi legislativamente predeterminati e una migliore protezione della sicurezza della circolazione stradale (...) rappresenta un unicum a livello europeo, atteso che in altri Paesi la normativa interviene per determinare il contenuto del contratto di trasporto».

traria circa il possibile rispetto in concreto dei parametri di sicurezza anche ad un livello remunerativo minore, ma soprattutto perché l'ordinamento europeo già prevede in via effettiva regole sostanziali di tipo non tariffario a tutela della sicurezza stradale)⁵⁸.

Il ragionamento della Corte è lineare nella costruzione argomentativa e difficilmente contestabile nel merito. In effetti, seppur formalmente ispirata da un motivo meritevole, la normativa italiana opera una deviazione autoritativa in senso anticoncorrenziale che pare eccedere il confine della proporzionalità⁵⁹. Deve rammentarsi, al riguardo, che non è solo il valore dell'interesse pubblico a fondare la portata della possibile esimente eccezionale, così che in caso di valori fondamentali sussisterebbe un margine di giustificabilità quasi assoluto; al contrario, è sempre la modalità di intervento derogatorio a risultare decisiva per tale vaglio di legittimità, non potendosi prescindere dalla misura in cui quel pur valido obiettivo è perseguito in concreto⁶⁰.

Alla luce di questi principi risulta corretto l'esito raggiunto dalla decisione in commento. A ben guardare, l'imposizione legislativa di tariffe minime è una misura che pregiudica, se non addirittura rinnega, il modello

⁵⁸ La normativa dell'Unione europea in materia di sicurezza stradale nell'ambito dell'auto-transporto è richiamata direttamente dalla Corte di giustizia nel punto 7 della sentenza in commento: «Il diritto dell'Unione contiene molti atti in materia di sicurezza stradale. Così, il regolamento (CEE) n. 3820/85 del Consiglio, del 20 dicembre 1985, relativo all'armonizzazione di alcune disposizioni in materia sociale nel settore dei trasporti su strada (GU L 370, pag. 1), agli articoli 6 e 7 fissa le norme comuni relative ai tempi di guida e di riposo dei conducenti. La direttiva 2002/15/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, concernente l'organizzazione dell'orario di lavoro delle persone che effettuano operazioni mobili di autotrasporto (GU L 80, pag. 35), agli articoli da 4 a 7 fissa prescrizioni minime sulla durata massima settimanale del lavoro, sui riposi e sul lavoro notturno. Gli articoli da 13 a 16 del regolamento (CEE) n. 3821/85 del Consiglio, del 20 dicembre 1985, relativo all'apparecchio di controllo nel settore dei trasporti su strada (GU L 370, pag. 8), come modificato dal regolamento (CE) n. 561/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006 (GU L 102, pag. 1), prevedono gli obblighi del datore di lavoro e dei conducenti relativi all'utilizzo dell'apparecchio di controllo e dei fogli di registrazione. Anche la direttiva 2006/126/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, concernente la patente di guida (GU L 403, pag. 18), e la direttiva 2007/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 settembre 2007, che istituisce un quadro per l'omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché dei sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli (direttiva quadro) (GU L 263, pag. 1), stabiliscono importanti norme comuni in materia di tutela della sicurezza stradale».

⁵⁹ In generale su questo tema v. W. SAUTER, *Proportionality in EU competition law*, in *ECLR*, 2014, p. 327 ss.; F. SPAGNUOLO, *Il principio di proporzionalità tra vecchi e nuovi schemi interpretativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 1002 ss.

⁶⁰ Sul punto v. anche L. DELLI PRISCOLI, *Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 352 ss., il quale, nell'ambito di un'analisi sistematica del limite dell'interesse pubblico entro il paradigma dell'utilità sociale nella dialettica costituzionale in materia di libera iniziativa economica ex art. 41 Cost., non manca di notare che «sembra dunque non esistere un settore ove il limite dell'utilità sociale non possa intervenire; al contempo però deve evidenziarsi che tali limiti possono e debbono essere posti solo ove strettamente necessari per la tutela dei diritti fondamentali».

della competizione di mercato. Ne segue che, se tale e tanta è la quantità di diminuzione della concorrenza sul piano dei mezzi, la sua giustificabilità sul piano degli scopi richiederebbe presupposti talmente gravi da mettere in discussione la stessa dimensione competitiva del comparto economico interessato; e la tutela della sicurezza stradale, per quanto valore di per sé indiscutibilmente primario, non pare foriero di una tale incompatibilità. Invero, se solo si pone mente al fatto che, da un lato, la legislazione europea già prevede una regolamentazione di dettaglio a difesa di questo obiettivo, e, dall'altro, è lo stesso ordinamento comunitario a spingere verso la liberalizzazione tariffaria dell'autotrasporto, è evidente come un regime di prezzi minimi imposti non possa per sua natura rappresentare la minor restrizione necessaria possibile della concorrenza di settore.

5. Riflessioni prospettiche sulla compatibilità *antitrust* di interventi legislativi a contenuto tariffario

Ciò posto, deve però segnalarsi come il taglio inevitabilmente pragmatico della sentenza finisca per lasciare aperti alcuni aspetti critici.

In particolare, resta senza risposta il dubbio più strutturale, ossia se la fissazione di prezzi settoriali minimi in forza di legge possa mai ottenere una qualche forma di esimente pubblicistica sul piano *antitrust*⁶¹.

A tal proposito, pare interessante svolgere il ragionamento prendendo come riferimento le ulteriori modifiche apportate alla legislazione italiana sull'autotrasporto nelle more della controversia (prima dell'abrogazione definitivamente intervenuta). In via di semplificazione, si possono individuare due susseguenti ritocchi rispetto all'impianto normativo giudicato in sentenza: in una prima fase, era stata introdotta una approvazione ministeriale dei parametri tariffari sempre determinati dagli organi consultivi delegati; in una seconda fase, in seguito alla soppressione della Consulta

⁶¹ In effetti, questo era il nodo centrale attorno a cui ruotava il rinvio pregiudiziale chiesto dal giudice amministrativo *a quo*, come si evince dal suo primo quesito così originariamente formulato: «1) Se la tutela della libertà di concorrenza, della libera circolazione delle imprese, della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi (di cui agli artt. 4, [paragrafo 3,] TUE, 101 TFUE, 49 [TFUE], 56 [TFUE] e 96 TFUE) sia compatibile, ed in che misura, con disposizioni nazionali degli Stati membri dell'Unione prescriventi di costi minimi di esercizio nel settore dell'autotrasporto, implicanti fissazione eteronoma di un elemento costitutivo del corrispettivo del servizio e, quindi, del prezzo contrattuale». Come detto, però, i giudici europei hanno potuto sviare il problema nei suoi termini generali in forza delle peculiarità del caso di specie, limitandosi a statuire che «tuttavia, senza che occorra valutare se la giurisprudenza citata (...) si applichi a una normativa nazionale che prescrive un accordo orizzontale sui prezzi, è sufficiente dichiarare che la normativa di cui trattasi nei procedimenti principali non può, comunque, essere giustificata da un obiettivo legittimo» (v. rispettivamente punti 24 e 49 della sentenza in commento).

sull'autotrasporto e del relativo Osservatorio nel contesto del riordino della spesa pubblica, la competenza sui costi minimi è passata direttamente alla Direzione Generale del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti⁶².

La sentenza non tratta di tali novità, essendosi la Corte di giustizia espressa con specifico riguardo al ruolo del solo Osservatorio sull'autotrasporto nel contesto della normativa all'epoca vigente⁶³; col risultato che, mutata la legge, i medesimi interrogativi concorrenziali tornerebbero a sorgere da capo⁶⁴.

Procedendo con ordine, occorre rammentare che, alla luce del quadro giuridico descritto, vi sono attualmente due vie tramite cui una normativa tariffaria può superare indenne il vaglio di compatibilità *antitrust* per motivi pubblicistici: o la diretta esclusione dal campo applicativo del diritto della concorrenza per ragioni di sovranità legislativa, o l'indiretta dispensa dai divieti anticompetitivi per proporzionale strumentalità a fini di interesse pubblico secondo il modello *Wouters*.

Partendo da quest'ultimo aspetto, deve segnalarsi come gli emendamenti citati non interessino la sostanza dell'intervento regolamentare, bensì solo la forma: anzi, anche nell'ultimo cambio di assetto è espressamente precisato che l'organo del dicastero competente si limiterà ad aggiornare in via meccanica le formule di calcolo già congegnate a suo tempo dall'Osservatorio⁶⁵.

Da ciò consegue che tali riforme non possono incidere sulle valutazioni di giustificabilità pubblicistica sopra richiamate: da siffatta angolazione, infatti, la Corte ha già rigettato l'allegazione di strumentalità proporzionale di cui alla normativa interna, cosicché un mero cambio di tito-

⁶² V. le rispettive modifiche legislative citate *supra*, nota 7.

⁶³ Da notare che la Corte di giustizia dà conto di queste novità normative in sentenza, tuttavia limita la sua decisione sulla normativa italiana all'esercizio della potestà tariffaria da parte dell'Osservatorio sull'autotrasporto, senza valutare le nuove competenze ministeriali pur richiamate.

⁶⁴ Non appare invece necessario valutare come sarebbero stati qualificati gli accordi volontari di settore in materia di fissazione dei costi minimi d'esercizio (già previsti nella prima stesura della riforma) se questi fossero effettivamente intervenuti, poiché, alla luce dei criteri esplicitati in sentenza, essi rappresenterebbero *a fortiori* un'illegittima delega normativa all'autonomia privatistica da parte del legislatore statale, mancando ogni sorta di controllo pubblicistico.

⁶⁵ V. testualmente Decreto dirigenziale del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 86 del 12 settembre 2012, (pubblicato all'indirizzo http://www.mit.gov.it/mit/mop/all.php?p_id=14148), ove in attuazione del trasferimento al Ministero delle competenze tariffarie prima spettanti all'Osservatorio sull'autotrasporto si precisa che: «considerato altresì che tale attività si concreta nel fare mera applicazione della formula matematica già definita dall'Osservatorio con determinazione del 13 giugno 2012, non implicando alcuna attività di natura discrezionale».

larità del provvedimento finale non può mutare la (carente) relazione funzionale tra fissazione dei prezzi e tutela della sicurezza stradale.

Muovendo per astrazione, pare lecito sostenere che, anche in linea di principio, è arduo riconoscere un concreto margine di compatibilità all'imposizione di tariffe minime. Infatti, stante la profonda antinomia concorrenziale suesposta, l'esimente non potrà che ammettersi in casi eccezionalissimi, in cui la regolamentazione tariffaria si manifesti come unica (e dunque ultima) misura correttiva possibile per salvaguardare dal gioco della competizione di mercato un interesse pubblico, la cui valenza dovrà essere non meno che fondamentale.

Ma allora, in virtù di questi presupposti, l'operatività della clausola *Wouters* appare inevitabilmente esclusa nelle condizioni di cui in causa: qui, infatti, è la stessa normativa dell'Unione europea (ossia la disciplina comunitaria del medesimo interesse collettivo tramite contromisure non economiche) ad implicare di per sé la non necessità di una deroga nazionale così estrema del modello competitivo. Per assurdo, perché tale ragionamento possa sorreggersi, lo Stato membro dovrebbe dimostrare che la tutela approntata dall'Unione europea non risulterebbe sufficiente a garantire l'obiettivo generale prefissato dalla stessa legislazione sovranazionale, tanto che lo Stato medesimo si vedrebbe costretto a intervenire per colmare internamente tale lacuna, anche a scapito del sistema concorrenziale. Ma l'obiezione è presto individuabile: ogni contestazione dello Stato al contenuto della normativa comunitaria deve essere fatto valere nelle relative sedi, ossia all'interno del processo legiferativo europeo, cui ogni Paese membro partecipa direttamente. Non è invece concepibile accordare una possibilità di risposta autonoma a ciascun legislatore nazionale su queste stesse materie, perché ciò minerebbe alle fondamenta il funzionamento dell'Unione europea come ordinamento integrato⁶⁶.

⁶⁶ Particolarmente interessanti da questo punto di vista le notazioni formulate da G.M. ROBERTI - A. TIZZANO, *Tariffe e prezzi amministrati: profili di diritto comunitario*, cit. supra, nota 27, p. 322, i quali insistono proprio sul ruolo del legislatore europeo in sede di armonizzazione quale soluzione ottimale per garantire un livello integrato di concorrenza nel mercato unico, visti i limiti e le incertezze del controllo giurisdizionale di compatibilità *antitrust*: «le eventuali alterazioni di concorrenza risultanti, in ultima analisi, dalla disparità dei modelli di disciplina dei mercati prescelti dalle autorità dei singoli Stati membri dovranno essere apprezzate e risolte non già dalla Corte, bensì dal legislatore comunitario. Spetterà in particolare a quest'ultimo definire, ove necessario, i criteri-guida e le norme che le autorità nazionali dovranno a loro volta rispettare nell'adozione di eventuali regimi tariffari o di prezzo. (...) In tale prospettiva, il legislatore comunitario dovrà assumersi il compito e le personalità di stabilire - ove necessario - il punto di equilibrio fra liberalizzazione e dirigismo, determinando quindi, nei diversi settori, il giusto temperamento fra l'esigenza - sempre più avvertita - di una libera contrattazione di prezzi e tariffe con le esigenze di varia natura che possono viceversa imporre - anche a tutela degli interessi degli utenti e dei consumatori - l'adozione di regimi più o meno restrittivi (particolarmente interessante, sotto questo profilo, è l'evoluzione verificatasi nell'ambito del diritto dei trasporti, dove i regimi - anche di matrice

Peraltro, questo approdo appare significativamente coerente con i generali principi che governano il mercato unico, in special modo con la figura delle esigenze imperative che possono controbilanciare l'applicazione delle libertà economiche fondamentali. In tale contesto, infatti, le possibilità eccezionali di esimente pubblicistica, oltre che necessarie e proporzionali, devono specificamente concernere aspetti non armonizzati in sede comunitaria⁶⁷. E se è pur vero che il diritto *antitrust* tecnicamente non soggiace a queste stesse categorie, è altrettanto vero che da più parti si prospetta una convergenza dei rispettivi ordinamenti settoriali, in un'ottica di più complessiva uniformità nella dialettica tra Stati e Unione circa il potere di regolamentazione economica⁶⁸.

Più complesso, invece, il discorso riguardante l'altro profilo giuspubblicistico, ossia la possibile dispensa dal sindacato *antitrust* della legislazione riformata in quanto pura espressione di sovranità normativa dello Stato.

In prima approssimazione, la paternità ministeriale (inizialmente posteriore, poi integrale) della determinazione tariffaria parrebbe escludere i presupposti applicativi della dottrina sull'effetto utile dei precetti concorrenziali. Tuttavia, ad uno sguardo più ponderato, si rileva come alla formale approvazione dei valori di costo dell'autorità pubblica non corrisponda un'effettiva costruzione della sostanza delle voci medesime: esse, infatti, risultano solo ratificate o calcolate in modo assolutamente automatico rispetto alle antecedenti risoluzioni dell'Osservatorio. Perciò, se si pone mente al fatto che quest'ultimo organismo è stato riconosciuto direttamente dalla Corte come un'associazione di imprese, nonché si considera che la legge riformata non colma quella lacuna censurata dalla sentenza circa il vincolo di interesse pubblico che avrebbe dovuto correggere la di-

comunitaria – ispirati a concezioni di impronta dirigista sono stati progressivamente sostituiti da regimi fondati su un ampio riconoscimento del principio della libera contrattazione».

⁶⁷ Al riguardo v. da ultimo G. CAGGIANO, *Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno*, in *Studi integr. eur.*, 2012, p. 295 ss.

⁶⁸ Sulla c.d. convergenza tra il sistema *antitrust* e la disciplina delle libertà economiche fondamentali nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea v. *ex multis* J. TEMPLE LANG, *Privatisation of Social Welfare: European Union Competition Rules*, in M. DOUGAN - E. SPAVENTA (a cura di), *Social Welfare and EU Law*, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 45 ss.; K. MORTELMANS, *Towards a convergence of the application of the rules on free movement and competition?*, *CMLR*, 2001, p. 613 ss.; R. O'LOUGHLIN, *EC Competition Rules and Free Movement Rules: An Examination of their Parallels and their Furtherance by the ECJ Wouters Decision*, *ECLR*, 2003, p. 62 ss.; B. NASCIBENE, *Il controllo dei prezzi e delle tariffe nella CE nel quadro della libera circolazione delle merci e dei servizi*, in *Contr. e impr./Europa*, 1996, p. 57 ss.

screzionalità delegata, si può concludere che anche il nuovo assetto normativo dovrebbe essere cassato sul piano della compatibilità *antitrust*⁶⁹.

Tuttavia, in termini generali, si è già dato conto della comune statuzione secondo cui la legislazione nazionale sarebbe sottratta allo scrutinio *antitrust* ove considerata in via assoluta ed indipendente, dovendo sempre associarsi ad un'intesa imprenditoriale per far sorgere la violazione da parte dello Stato del primario obbligo di leale cooperazione. Per cui, al di là delle peculiarità del caso di specie, il medesimo principio deve valere anche per una legge che fissi i prezzi di settore, nonostante i suoi evidenti effetti anticompetitivi (e le contraddizioni che paiono seguirne).

Contro tale dissonanza del regime concorrenziale, tuttavia, si suole ribattere che siffatta normativa non potrebbe comunque sfuggire alle maglie del diritto dell'Unione europea, in forza degli altri istituti di controllo comunitario del mercato a difesa delle libertà economiche fondamentali⁷⁰.

Questo ragionamento, per quanto fondatamente pragmatico, non coglie però nel segno: non può infatti ritenersi pienamente soddisfacente demandare la tutela della concorrenza al regime sulla libertà di circolazione delle merci o di prestazione dei servizi, perché trattasi di due dimensioni tecnicamente diverse⁷¹. Più precisamente, è indubbio che sia importante

⁶⁹ Da notare che in questo caso la costruzione potrebbe essere duplice secondo il paradigma del *test* codificato in *Van Eycke, cit. supra*, nota 21: invero, la nuova determinazione normativa può intendersi sia come delega impropria di responsabilità ai privati (in particolare quando l'Osservatorio era ancora operativo), sia come rafforzamento di una pregressa intesa (in particolare quando tale organo è stato soppresso, perché comunque la decisione associativa a monte conclusa in seno all'Osservatorio viene esplicitamente posta a fondamento degli atti ministeriali).

⁷⁰ V. ad esempio le stesse conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauo del 14 luglio 1993 in causa n. C-2/91, *Meng* e in causa n. C-245/91, *Ohra, cit. supra*, nota 30, ove si afferma che «in ogni caso, non mi sembra che l'approccio finora seguito dalla Corte sia tale da consentire l'immunità a misure aventi il solo ed unico scopo di eludere le regole sulla concorrenza. Al riguardo, mi sia consentito sottolineare che le ipotesi in cui si rivelerebbe necessario far ricorso agli artt. 3, lett. f), 5, e 85, al fine di dichiarare l'illegittimità di una normativa nazionale avente gli stessi effetti di un accordo vietato dall'art. 85, sono puramente residuali. La maggior parte delle normative economiche "anticoncorrenziali" incidono infatti sulla disciplina comunitaria del mercato comune sotto il profilo degli artt. 30 o 59, nel senso che un provvedimento statale "atto a pregiudicare il commercio intracomunitario sarà di regola incompatibile con gli artt. 30 e 34"». In via incidentale, deve tuttavia evidenziarsi come il medesimo autore di quelle conclusioni ebbe successivamente occasione di aggiornare la propria posizione sul punto, alla luce del mutato quadro giuridico di cui al diritto primario dell'Unione europea: v. G. Tesauo, *Regulation of Professional Services* (intervento del 28 ottobre 2003 alla conferenza organizzata sul tema dalla Commissione europea - DG Concorrenza, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/competition/sectors/professional_services/conferences/20031028/giuseppe_tesauo.pdf), p. 4, ove si afferma che «dopo l'entrata in vigore di Maastricht, e con esso dell'art. 98 (oltre che dell'art. 4), la concorrenza costituisce infatti un valore cui gli Stati sono tenuti ad orientare le rispettive politiche economiche e pertanto le misure statali vanno verificate, quanto alla loro compatibilità con il diritto comunitario, indipendentemente dal rapporto con comportamenti delle imprese in violazione degli artt. 81 e 82».

⁷¹ Sul punto v. F. CAPELLI, *Controllo dei prezzi e normativa comunitaria, cit. supra*, nota

valorizzare il parallelismo di tutti questi istituti a presidio del mercato unico, ma ciò non toglie che restano significative differenze tra i medesimi. Trattasi, invero, di differenze riguardanti sia le condizioni operative sia gli interessi protetti, la cui distanza non è estrema ma è ancora sufficiente per rendere le due istanze non sovrapponibili⁷².

Se allora l'imposizione di tariffe minime per legge autenticamente pubblica, svincolata per sovranità dalle censure *antitrust*, è solo verosimilmente e non automaticamente in violazione delle libertà economiche fondamentali, non si può ritenere risolto il problema: il rischio è di creare un vuoto di tutela nel sistema di controllo comunitario del mercato. Ne segue che la stessa esistenza di tale scarto sistematico porta a ritenere ancora critica la costruzione del vaglio di legittimità concorrenziale della potestà normativa degli Stati membri⁷³.

6. Considerazioni conclusive

In conclusione, è comprensibile il motivo per cui la sentenza in commento non si è spinta fino a tematiche così complesse e spinose: esse, infatti, sono fortemente dipendenti dal caso concreto, e quindi non potevano essere decise qui una volta per tutte. Al contempo, deve evidenziarsi come non vi sia stato alcuno sforzo di sistematizzazione, quanto invece un appiattimento nell'applicazione di principi di diritto consolidati, per quanto contorti.

A conti fatti, allora, deve quanto meno valorizzarsi come la Corte nel caso di specie abbia voluto dare una risposta di specifico ed esclusivo tenore *antitrust*⁷⁴. Così, non si è volutamente fatto ricorso alla libertà di pre-

51, p. 245 ss., il quale già evidenziava la necessità di una distinzione concettuale tra gli effetti (primari) sulla libertà di concorrenza e le ripercussioni (solo concretamente coincidenti) sulla libera circolazione delle merci, proprio con particolare riferimento all'imposizione normativa di prezzi minimi.

⁷² Sul peculiare rapporto tra libertà di circolazione e concorrenza e sulle rispettive differenze intrinseche v. J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement: Economic Constitutional Law of the European Community: The Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 85 ss., il quale propone una lettura dell'accostamento sistematico tra i due regimi più in senso di complementarità che di commistione.

⁷³ Per tali rilievi critici, unitamente ad una prospettata soluzione "costituzionale" del problema sulla base di un criterio di legittimazione democratica del potere legislativo statale v. ancora J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement: Economic Constitutional Law of the European Community: The Economic Constitutional Law of the European Community*, loc. cit., p. 155 ss.

⁷⁴ Deve infatti rimarcarsi come il quesito interpretativo di cui al rinvio pregiudiziale, *cit. supra*, nota 61, chiamasse in causa anche la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi (oltre che il divieto di misure protezionistiche in materia di trasporti ex art. 96 TFUE).

stazione dei servizi, ma si è rimasti nell'ambito del solo diritto della concorrenza, di modo da confermare l'incidenza di quest'ultimo momento di controllo sulla discrezionalità legislativa nazionale alla luce dei suoi peculiari canoni di interesse pubblico.

Questa considerazione può confortare ai fini dell'annosa questione vertente sulla fissazione normativa dei prezzi e sulla necessità di valutare la stessa come un problema di immediata portata concorrenziale, che come tale non va rimesso alle altre branche del controllo comunitario sul mercato⁷⁵. Ciò però comporterebbe anche l'esigenza di costruire con piena coerenza questo vaglio generale nell'ambito del sistema *antitrust*⁷⁶; al momento, invece, per i limiti d'incompletezza suesposti, l'ordinamento concorrenziale resta ancora in una condizione incerta che non consente una linea di intervento uniforme sul punto⁷⁷. Condizione che la Corte con la presente sentenza, riproponendo acriticamente la consueta *ratio decidendi*, non ha contribuito a risolvere.

Bernardo Calabrese*

⁷⁵ Esplicitamente in questo senso si esprimeva già F. CAPELLI, *Controllo dei prezzi e normativa comunitaria*, cit. supra, nota 51, p. 526-527, il quale avvertiva che «senza sottovalutare i vantaggi ottenuti con l'applicazione dell'art. 30 [oggi art. 34 TFUE, n.d.r.] e senza voler sminuire in nulla il lodevole sforzo compiuto dalla Corte per impiegare tale articolo proficuamente nella soluzione dei noti conflitti, riteniamo tuttavia che l'interprete del diritto non si debba accontentare di rimedi raggiungibili secondo il criterio del caso per caso, (...) nella convinzione che il modo economicamente più efficace, giuridicamente più corretto e sostanzialmente più equo per risolvere i conflitti fra discipline nazionali sui prezzi e normativa comunitaria (...) sia quello di far ricorso alle regole di concorrenza».

⁷⁶ In questo senso per un'accurata critica alla dottrina dell'effetto utile *antitrust* come costruita dalla giurisprudenza comunitaria v. H. SCHEPEL, *Delegation of regulatory powers to private parties under EC competition law: towards a procedural public interest test*, cit. supra, nota 28, p. 49 ss., il quale rimarca la natura eccessivamente procedurale del controllo di compatibilità concorrenziale nei suoi termini attuali, nel senso che, a causa di tale approccio formalistico, esso risulterebbe incapace di vagliare la meritevolezza sostanziale dell'interesse pubblico concretamente perseguito dalla misura normativa statale. In senso altrettanto critico v. F. FERRARO, *L'efficacia dei principi comunitari sulla concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.* 2005, p. 669 ss., secondo cui l'impianto giurisprudenziale consolidato in materia di responsabilità dello Stato per violazione dell'effetto utile delle norme *antitrust* non può ritenersi soddisfacente, in quanto «tale orientamento restrittivo è improntato a stabilire, sempre e comunque, un parallelismo tra la legalità di un comportamento privato e la liceità del provvedimento dello Stato (...). Per converso, il problema reale non è solo di accertare, come fa la Corte di giustizia, la correttezza del metodo seguito per la determinazione dei comportamenti dei privati ed il ruolo esercitato dallo Stato, ma anche di stabilire se restrizioni della concorrenza debbano sussistere o meno, e per quali specifiche attività. In altri termini, occorre prendere atto dell'esigenza di contestare ed eventualmente rimuovere le misure statali restrittive della concorrenza non sorrette da un apprezzabile interesse generale».

⁷⁷ Particolarmente emblematica in tal senso l'opzione espositiva scelta da R. WHISH - D. BAILEY, *Competition Law*, cit. supra, nota 16, p. 221 ss., ove si porta ad esempio della frammentazione sistematica di questo istituto un elenco di possibili interventi statali in materia di fissazione tariffaria, identici per l'effetto anticoncorrenziale ma diversi nella forma normativa, analizzando le differenti conseguenze sul piano del trattamento giuridico *antitrust*.

* Dottore di ricerca in Diritto Pubblico Comparato e dell'Unione europea / Università degli Studi di Udine

SINTESI

Il tema del presente commento ruota attorno alla responsabilità *antitrust* dello Stato, nella sua veste di legislatore, alla luce del principio dell'effetto utile del diritto della concorrenza nell'Unione europea.

In particolare, il caso della legislazione italiana sui costi minimi obbligatori per i servizi di autotrasporto offre l'occasione alla Corte di giustizia per applicare principi consolidati della propria giurisprudenza: da un lato, sul piano della portata soggettiva, si conferma che la violazione dell'obbligo di leale cooperazione da parte dello Stato sussiste solo a condizione che la normativa anticoncorrenziale sia connessa ad un'intesa imprenditoriale illecita; dall'altro lato, sul piano della possibile giustificazione per ragioni di interesse pubblico, si ribadisce che tale eccezione può valere solo se la restrizione così imposta rispetta i fondamentali principi di necessità e proporzionalità.

Dato conto dell'esito della decisione, pur pienamente condivisibile, il presente commento focalizza l'attenzione sui profili critici che permangono nella struttura argomentativa del ragionamento giuridico seguito dalla Corte di giustizia: segnatamente, si evidenziano persistenti incoerenze teoriche, che rendono ancora incompleto tale sistema di controllo rispetto all'obiettivo di un'effettiva tutela della concorrenza, soprattutto nella delicata materia della fissazione normativa dei prezzi da parte degli Stati membri.

ABSTRACT

The object of this comment revolves around the antitrust liability of the State as legislator, in light of the principle of effect utile in European Union competition law.

In particular, the case of Italian legislation imposing minimum costs for transport services offers the chance for the Court of Justice to apply stable principles from its case-law: on the one hand, in relation to the subjective scope, it is confirmed that the State violates its duty of sincere cooperation only if the anti-competitive regulation is connected to an unlawful private agreement; on the other hand, in relation to the possible justification for reasons of public interest, it is reaffirmed that such an exception can be satisfied only if the restriction so imposed respects the fundamental principles of necessity and proportionality.

After having reported the outcome of the decision, in fact totally agreeable, this comment focuses on the critical issues that still affect the argumentative structure of the legal reasoning followed by the Court of Justice: namely, enduring theoretical inconsistencies are highlighted, which render still incomplete this control system with respect to the objective of effective protection of competition, especially in the delicate field of legislative price-fixing by Member States.

**LA SUDDIVISIONE DI UNA FIALA MONODOSE DI MEDICINALE
IN AMPOLLE AI FINI DI UNA TERAPIA PERSONALIZZATA NON
NECESSITA DI SPECIFICA AUTORIZZAZIONE
IN PRESENZA DI PRESCRIZIONE MEDICA**

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 aprile 2013 in causa n. C-535/11*

Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 726/2004, art. 3, par. 1 - Medicinali per uso umano a base di principi attivi di alta tecnologia - Autorizzazione all'immissione in commercio - Fabbricazione di siringhe pronte all'uso contenenti medicinale autorizzato - Operazione di riconfezionamento - Soluzione distribuita in siringhe monouso in assenza di specifica autorizzazione - Operazione meccanica - Legittimità della suddivisione in presenza di specifica richiesta medica.

Attività come quelle oggetto del procedimento principale, a condizione che esse non determinino una modifica del prodotto medicinale di cui trattasi e siano effettuate unicamente sulla base di ricette individuali che prescrivano operazioni di tal genere, circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare, sono esentate dall'obbligo di ottenere un'autorizzazione all'immissione in commercio ai sensi dell'art. 3, par. 1, del Regolamento (Cr) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione

* EU:C:2013:226; pubblicato in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 119 ss., il commento di *FEDERICO FORNI*.

e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali, restando tuttavia soggette, in ogni caso, alle disposizioni della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, come modificata dalla direttiva n. 2010/84/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2010.

LA SUDDIVISIONE DEI MEDICINALI NON NECESSITA DI ESSERE AUTORIZZATA SE È IL MEDICO A PRESCRIVERLA

Sommario: *Introduzione - 1. La questione pregiudiziale - 2. Il significato di medicinale «derivato» da procedimenti biotecnologici - 3. Le nozioni di suddivisione e di riconfezionamento - 4. L'autorizzazione per la preparazione di medicinali suddivisi - 5. Conclusioni.*

Introduzione

L'attuale situazione di crisi economica ha indotto i Governi nazionali ad introdurre misure di contenimento di tutte le voci che contribuiscono a formare la spesa pubblica. Il settore farmaceutico non poteva rimanere immune da tali provvedimenti di risparmio dal momento che «[g]li Stati membri hanno la responsabilità di controllare i prezzi e i rimborsi dei medicinali al fine di promuovere la salute dei loro cittadini e la sostenibilità finanziaria dei loro sistemi di previdenza sociale»¹ rispettando, nell'esercizio di tali competenze, il diritto dell'Unione². Nella maggior parte dei casi, «tali misure includono controlli diretti ed indiretti dei prezzi delle

¹ Commissione europea, *Definizione dei prezzi e rimborso dei medicinali: la Commissione apre una consultazione sulle regole di trasparenza Ue*, Press release n. IP/1/370 del 28 marzo 2011.

² Sentenza della Corte di giustizia del 2 aprile 2009 in cause riunite da n. C-352/07 a n. C-356/07, da n. C-365/07 a n. C-367/07 e n. C-400/07, *A. Menarini Industrie Farmaceutiche Riunite Srl e a. c. Ministero della Salute e Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), Sanofi Aventis SpA c. Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), IFB Stroder Srl c. Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), Schering Plough SpA c. Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), Bayer SpA c. Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) e Ministero della Salute, Simesa SpA c. Ministero della Salute e Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), Abbott SpA c. Ministero della Salute e Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), Baxter SpA c. Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) e SALF SpA c. Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) e Ministero della Salute*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 2495, punto 20, EU:C:2009:217, annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 539.

specialità medicinali»³ anche se altri provvedimenti, quale ad esempio l'immissione sul mercato di confezioni contenenti un numero di unità posologiche o un volume di preparato non superiore alle dosi necessarie al conseguimento della guarigione, potrebbero costituire ulteriori strumenti in grado di consentire un risparmio delle risorse.

Il dispendio economico causato dalla presenza nel ciclo distributivo di confezioni con quantità di farmaco superiori alle effettive esigenze terapeutiche si avverte in modo particolare nel caso dei preparati iniettabili monouso. Infatti, l'eventuale volume in eccesso non può essere conservato fino ad una successiva somministrazione in quanto, non potendosi mantenere l'asepsi dopo l'apertura della fiala, il «riutilizzo [del medicinale] può causare infezioni, altre malattie o danni»⁴. L'inconveniente può essere superato suddividendo, in condizioni che preservino la sterilità del preparato ed escludano ogni successiva contaminazione, il contenuto di una fiala in numerose unità, ognuna delle quali racchiuda al suo interno esclusivamente la dose da somministrare al paziente.

Un esempio di confezioni contenenti un volume iniettabile eccessivo rispetto a quello abitualmente utilizzato per una singola somministrazione è costituito da alcuni farmaci indicati nel trattamento della degenerazione maculare senile (DMS). Per la cura di tale patologia, un medico oculista inietta solo una minima aliquota (0,05 mL) di una fiala monodose di Lucentis[®] (0,23 mL) o di Avastin[®] (4 mL)⁵ nel corpo vitreo⁶ (somministra-

³ Direttiva n. 89/105/Cee del Consiglio del 21 dicembre 1988 riguardante la trasparenza delle misure che regolano la fissazione dei prezzi delle specialità medicinali per uso umano e la loro inclusione nei regimi nazionali di assicurazione malattia, in *Guce* n. L 40 dell'11 febbraio 1989, p. 8 ss., *considerando* n. 2. In Italia, ad esempio, la determinazione AIFA (Agenzia Italiana del Farmaco) n. 2186/2011 dell'8 aprile 2011, Applicazione della disposizione di cui al comma 9 dell'art. 11 del d.l. n. 78/2010, convertito con modificazioni, dalla l. n. 122 del 30 luglio 2010 [Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. n. 78 del 31 maggio 2010, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica, in *Guri* n. 176 del 30 luglio 2010, *suppl. ord.*] in materia di prezzi dei farmaci, in *Guri* n. 87 del 15 aprile 2011, *suppl. ord.*, ha disposto una riduzione del prezzo dei medicinali sulla base di una metodologia di confronto con i prezzi dei farmaci a brevetto scaduto vigenti in altri Paesi europei.

⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston del 31 gennaio 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, in *Raccolta elettronica, Raccolta generale*, aprile 2013, punto 35, EU:C:2013:53.

⁵ Il trattamento della DMS non è un'indicazione autorizzata per Avastin[®] che, in tale patologia, è quindi impiegato in modalità «*off-label*» (sentenza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, in *Raccolta elettronica, Raccolta generale*, aprile 2013, punto 22, EU:C:2013:226, e conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston del 31 gennaio 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, *loc. cit.*, punto 36). Il termine anglosassone «*off-label*» trae la sua origine dal fatto che «[t]he (...) approval process includes the creation of a "label", a detailed document that specifies the indications, dosing, route of administration, and patient populations for which use the product is approved. When a drug is used outside the indications specified on the label, its use is termed "off-label"» (J. M. NEAL - J. P. RATHMELL e J. C.

zione intravitreale). Dal momento che entrambe le soluzioni iniettabili sono costituite da anticorpi monoclonali umanizzati derivanti da tecnologia da DNA ricombinante, l'autorizzazione all'immissione in commercio (AIC) era stata concessa in accordo con la «procedura comunitaria centralizzata di autorizzazione obbligatoria dei medicinali ad alta tecnologia»⁷ stabilita dal Regolamento (Ce) n. 726/2004.

La rilevante differenza tra volume del contenuto e dose somministrata comporta il mancato utilizzo di una notevole quantità di farmaco che si traduce in un inutile dispendio economico per il paziente e per i sistemi sanitari nazionali in considerazione dell'elevato costo dei medicinali (Lucentis[®] circa 1.200 Euro⁸ e Avastin[®] circa 500 Euro).

Il prevedibile ritorno monetario ha quindi indotto una società farmaceutica tedesca (*Apozyt*) a preparare «su richiesta specifica di una farmacia in possesso di prescrizione medica destinata ad un singolo paziente»⁹ siringhe monouso contenenti solo il volume di medicinale indicato per una somministrazione. In altre parole, *Apozyt* prelevava tutto il contenuto di una fiala monodose per trasferire in altri recipienti e sotto rigorose condizioni di asepsi la dose necessaria alla singola somministrazione. Pur considerando il costo della manipolazione, il completo utilizzo del medicinale assicurava un guadagno alla ditta e una sostanziale riduzione della spesa al paziente.

Non ritenendo legittima tale attività, la ditta produttrice di uno dei due medicinali originali (*Novartis*) si è rivolta alla magistratura tedesca¹⁰ obiettando, tra l'altro, che la condotta di *Apozyt* costituiva un atto di con-

ROWLINGSON, *Publishing Studies that Involve «Off-label» Use of Drugs: Formalizing Regional Anesthesia and Pain Medicine's policy*, in *Regional Anesthesia & Pain Medicine*, vol. 34, 2009, p. 391). Sulle problematiche relative all'utilizzo «off-label» dei medicinali si veda F. FORNI, *Due recenti sentenze chiariscono il ruolo del riassunto delle caratteristiche del prodotto e del foglietto illustrativo nell'informazione e nella pubblicità sui medicinali*, in questa Rivista, 2012, p. 37 ss.

⁶ Il corpo vitreo è una massa gelatinosa, trasparente ed incolore che riempie la cavità oculare, cioè lo spazio compreso tra la superficie posteriore del cristallino e la retina.

⁷ Regolamento (Ce) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali, in *Guce* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 1 ss., *considerando* n. 7.

⁸ Attualmente in Italia il costo della singola fiala di Lucentis[®] è di 810,62 Euro inferiore al prezzo di 1.815,45 Euro in vigore fino a gennaio 2013 per lo stesso medicinale (A. BACCARO, *Il cartello Roche Novartis e i 400 milioni pagati in più*, in *Corriere della Sera*, 16 febbraio 2013, p. 48).

⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston del 31 gennaio 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, cit. *supra*, nota 4, punto 37.

¹⁰ *LG (Landgericht) Hamburg*, caso n. 416 HKO 78/11 del 12 gennaio 2011.

correnza sleale¹¹. *Novartis* contestava l'operazione di suddivisione per l'ulteriore motivo che le «nuove» confezioni non erano in possesso dell'AIC prescritta dall'art. 3, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 726/2004 per i medicinali a base di principi attivi di alta tecnologia.

La contestazione si basava sulla lettera dell'art. 6, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce secondo il quale «[n]essun medicinale può essere immesso in commercio in uno Stato membro senza un'autorizzazione all'immissione in commercio delle autorità competenti di detto Stato membro rilasciata a norma della presente direttiva oppure senza un'autorizzazione a norma del Regolamento (Ce) n. 726/2004»¹². Nel caso dei medicinali di origine biotecnologica, l'obbligatorietà dell'AIC è ribadita dall'art. 3, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 726/2004 secondo il quale «[n]essun medicinale contemplato nell'allegato può essere immesso in commercio nella Comunità senza un'autorizzazione rilasciata dalla Comunità secondo il disposto del presente regolamento». Un farmaco può quindi ottenere l'AIC nazionale da parte degli organi competenti dei singoli Stati membri (procedura decentrata e procedura di mutuo riconoscimento) oppure un'autorizzazione valida in tutta l'Unione (procedura centralizzata), obbligatoria per i prodotti di alta tecnologia «nonché [...] per] quelli contenenti una nuova sostanza attiva non autorizzata nell'Unione»¹³, rilasciata dall'Agenzia europea dei medicinali (EMA).

Alle argomentazioni di *Novartis*, *Apozyt* opponeva il fatto che il riempimento di siringhe pronte all'uso non poteva essere considerato un processo produttivo «derivato» da una delle procedure biotecnologiche elencate nell'allegato¹⁴ al Regolamento (Ce) n. 726/2004 in quanto «il procedimento di fabbricazione del medicinale interessato è già terminato nel momento in cui essa lo riconfeziona»¹⁵.

La logicità apparente di entrambe le posizioni non rendeva agevole la risoluzione della controversia. Tale compito era d'altra parte ostacolato

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, cit. *supra*, nota 5, punto 24.

¹² Direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Guce* n. L 311 del 28 novembre 2001, p. 1 ss.

¹³ Sentenza del Tribunale del 14 dicembre 2011 in causa n. T-52/09, *Nycomed Danmark ApS c. Agenzia europea dei medicinali (EMA)*, in *Raccolta*, 2011, II, p. 8133, punto 37, EU:T:2011:738.

¹⁴ L'allegato al Regolamento (Ce) n. 726/2004 stabilisce quali procedimenti «derivati» le «tecnologie da DNA ricombinante, [la] espressione controllata di geni portatori di codici per proteine biologicamente attive nei procarioti e negli eucarioti, comprese cellule trasformate di mammiferi, [i] metodi a base di ibridomi e di anticorpi monoclonali».

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, cit. *supra*, nota 5, punto 26.

anche dal fatto che il diritto farmaceutico costituisce un campo in continua evoluzione come dimostrano le numerose modifiche apportate, dal momento della loro entrata in vigore, sia alla direttiva n. 2001/83/Ce¹⁶ che al Regolamento (Ce) n. 726/2004¹⁷. Questa intensa attività legislativa, pur

¹⁶ La direttiva n. 2001/83/Ce, *cit. supra*, nota 12, è stata modificata dalle direttive n. 2002/98/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 gennaio 2003, che stabilisce norme di qualità e di sicurezza per la raccolta, il controllo, la lavorazione, la conservazione e la distribuzione del sangue umano e dei suoi componenti e che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce, in *Gu-Ue* n. L 33 dell'8 febbraio 2003, p. 30 ss.; n. 2003/63/Ce della Commissione, del 25 giugno 2003, che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Gu-Ue* n. L 159 del 27 giugno 2003, p. 46 ss.; n. 2004/24/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica, per quanto riguarda i medicinali vegetali tradizionali, la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Gu-Ue* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 85 ss.; n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Gu-Ue* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 34 ss.; n. 2008/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2008, che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano per quanto riguarda le competenze di esecuzione conferite alla Commissione, in *Gu-Ue* n. L 81 del 20 marzo 2008, p. 51 ss.; n. 2009/53/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che modifica le direttive n. 2001/82/Ce e n. 2001/83/Ce per quanto concerne le modifiche dei termini delle autorizzazioni all'immissione in commercio dei medicinali, in *Gu-Ue* n. L 168 del 30 giugno 2009, p. 33 ss.; n. 2009/120/Ce della Commissione, del 14 settembre 2009, che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano per quanto riguarda i medicinali per terapie avanzate, in *Gu-Ue* n. L 242 del 15 settembre 2009, p. 3 ss.; n. 2010/84/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2010, che modifica, per quanto concerne la farmacovigilanza, la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Gu-Ue* n. L 348 del 31 dicembre 2010, p. 74 ss.; n. 2011/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2011, che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale, in *Gu-Ue* n. L 174 dell'1 luglio 2011, p. 74 ss., e n. 2012/26/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che modifica la direttiva 2001/83/Ce per quanto riguarda la farmacovigilanza, in *Gu-Ue* n. L 299 del 27 ottobre 2012, p. 1 ss. e dai Regolamenti (Ce) n. 1901/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativo ai medicinali per uso pediatrico e che modifica il Regolamento (Cee) n. 1768/92, la direttiva n. 2001/20/Ce, la direttiva n. 2001/83/Ce e il Regolamento (Ce) n. 726/2004, in *Gu-Ue* n. L 378 del 27 dicembre 2006, p. 1 ss., e n. 1394/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, sui medicinali per terapie avanzate recante modifica della direttiva n. 2001/83/Ce e del Regolamento (Ce) n. 726/2004, in *Gu-Ue* n. L 324 del 10 dicembre 2007, p. 121 ss.

¹⁷ Il Regolamento (Ce) n. 726/2004 è stato modificato dai Regolamenti (Ce) n. 1901/2006, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativo ai medicinali per uso pediatrico e che modifica il Regolamento (Cee) n. 1768/92, la direttiva n. 2001/20/Ce, la direttiva n. 2001/83/Ce e il Regolamento (Ce) n. 726/2004, in *Gu-Ue* n. L 378 del 27 dicembre 2006, p. 1 ss.; n. 1394/2007, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, sui medicinali per terapie avanzate recante modifica della direttiva n. 2001/83/Ce e del Regolamento (Ce) n. 726/2004, in *Gu-Ue* n. L 324 del 10 dicembre 2007, p. 121 ss.; n. 219/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2009, che adegua alla decisione n. 1999/468/Ce del Consiglio determinati atti soggetti alla procedura di cui all'art. 251 del trattato, per quanto riguarda la procedura di regolamentazione con controllo - Adeguamento alla procedura di regolamentazione con controllo - parte seconda, in *Gu-Ue* n. L 87 del 31 marzo 2009, p. 109 ss.; n. 470/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 maggio 2009, che stabilisce procedure comunitarie per la determinazione di limiti di residui di sostan-

assicurando l'aggiornamento delle disposizioni all'evoluzione giurisprudenziale e scientifica del farmaco, ha prodotto un quadro non sempre coerente e di difficile interpretazione anche a causa di una terminologia non sempre costante utilizzata negli atti di diritto derivato e delle differenze presenti nelle diverse versioni linguistiche di tali strumenti normativi¹⁸.

1. La questione pregiudiziale

Il quesito rivolto in via pregiudiziale dal giudice nazionale alla Corte di giustizia intendeva stabilire «[s]e il termine "*derivati*" [*"hergestellt"* nella versione tedesca] contenuto nel periodo introduttivo dell'allegato al [Regolamento (Ce) n. 726/2004]¹⁹, comprend[esse] anche quei procedimenti in cui singoli quantitativi di un medicinale già sviluppato e prodotto in base al procedimento indicato vengano trasferiti in un altro contenitore dietro prescrizione medica e relativa delega, qualora ciò non comporti una modifica della composizione del medicinale, vale a dire, se comprenda, in particolare, la fabbricazione di siringhe pronte all'uso che sono state riempite di un medicinale autorizzato secondo il regolamento [(Ce) n. 726/2004]»²⁰.

ze farmacologicamente attive negli alimenti di origine animale, abroga il Regolamento (Cee) n. 2377/90 del Consiglio e modifica la direttiva n. 2001/82/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e il Regolamento (Ce) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 152 del 16 giugno 2009, p. 11 ss.; n. 1235/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2010, che modifica, per quanto riguarda la farmacovigilanza dei medicinali per uso umano, il Regolamento (Ce) n. 726/2004 che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali e il Regolamento (Ce) n. 1394/2007 sui medicinali per terapie avanzate, in *Gu-Ue* n. L 348 del 31 dicembre 2010, p. 1 ss., e n. 1027/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che modifica il Regolamento (Ce) n. 726/2004 per quanto riguarda la farmacovigilanza, in *Gu-Ue* n. L 316 del 14 novembre 2012, p. 38 ss.

¹⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston del 31 gennaio 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, cit. *supra*, nota 4, punto 11. In tale paragrafo l'Avvocato Generale ricorda la sentenza della Corte di giustizia del 28 giugno 2012 in causa n. C-7/11, Procedimento penale a carico di *Fabio Caronna*, in *Raccolta elettronica, Raccolta generale*, giugno 2012, punto 32, EU:C:2012:396, e, in nota 15, sottolinea l'uso «del termine "*hergestellt*", nella parte introduttiva dell'allegato del Regolamento (Ce) n. 726/2004 [nella versione in lingua tedesca], abbinato all'utilizzo del termine equivalente "*Herstellung*" nell'art. 16 dello stesso regolamento. Altre versioni linguistiche usano espressioni diverse: per esempio, la versione in lingua francese utilizza i termini "*issus*" e "*fabrication*", rispettivamente, mentre l'equivalente inglese utilizza "*developed*" nella parte introduttiva dell'allegato e "*manufactured*" nell'articolo 16». La versione italiana utilizza i termini «derivati» nell'allegato e «fabbricazione» nell'art. 16.

¹⁹ Allegato, Medicinali che devono essere autorizzati dalla Comunità, al Regolamento (Ce) n. 726/2004, cit. *supra*, nota 7, punto «1. Medicinali derivati dai seguenti procedimenti biotecnologici».

²⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston del 31 gennaio 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, loc. cit., punto 41.

Dalla formulazione della domanda traspare la convinzione che il chiarimento del significato del termine «derivati» avrebbe consentito di appurare se la commercializzazione di un medicinale ottenuto attraverso una semplice suddivisione di un farmaco già autorizzato fosse subordinata al preventivo rilascio dell'AIC. La decisione di incentrare la risoluzione della controversia sulla nozione di «derivati» era stata probabilmente dettata dalla sentenza con cui una diversa Corte tedesca²¹ aveva stabilito che le operazioni di riempimento di siringhe fossero comprese nel «termine "derivati", utilizzato nel periodo introduttivo del punto 1 dell'allegato al Regolamento (Ce) n. 726/2004»²².

L'utilità di tale precisazione ai fini dell'esito della causa non è stata condivisa dall'Avvocato Generale che nelle conclusioni ha sostenuto la tesi della Commissione secondo la quale il «chiarimento terminologico non [poteva] risponder[e] alla questione sostanziale che deve essere risolta affinché il giudice nazionale possa definire la controversia dinanzi ad esso pendente»²³. Per questo motivo l'Avvocato Generale ha proposto di correggere la questione pregiudiziale incentrandola sull'eventuale necessità di una specifica autorizzazione, rilasciata ai sensi del Regolamento (Ce) n. 726/2004, per effettuare il trasferimento di una specialità autorizzata in recipienti di minor volume, qualora tale suddivisione fosse espressamente richiesta da un medico²⁴.

La legittimità di modificare la domanda del giudice nazionale era avvalorata dall'esplicito riferimento alla sentenza *Freeport* nella quale la Corte aveva sottolineato come il proprio compito consistesse nel «fornire al giudice *a quo* una soluzione utile [...] a dirimere la controversia con cui è adito [...] riformulando], se del caso, (...) le questioni ad essa deferite»²⁵.

²¹ OLG (*Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg*, Urteil n. 3 U 12/09 del 24 febbraio 2011).

²² Sentenza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, cit. supra, nota 5, punto 27.

²³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston del 31 gennaio 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, cit. supra, nota 4, punto 43.

²⁴ L'Avvocato Generale ha proposto di riformulare la questione del giudice nazionale nel seguente modo: «Se, nel caso di un medicinale rientrante nell'ambito di applicazione del paragrafo 1 dell'allegato al Regolamento (Ce) n. 726/2004, che sia stato sviluppato e prodotto in un formato pronto all'uso ed abbia ottenuto un'autorizzazione all'immissione in commercio in cui sia specificato il contenitore in cui detto medicinale debba essere venduto, un procedimento che, 1) preveda il trasferimento di singoli quantitativi del prodotto in un altro contenitore, a seguito di relativa prescrizione medica rilasciata nel periodo interessato, ma che 2) non preveda una modificazione della composizione del medicinale, possa essere effettuato, senza richiesta di un'autorizzazione distinta o di una variante dell'autorizzazione esistente, a norma del Regolamento [(Ce) n. 726/2004]» (conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston del 31 gennaio 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, cit. supra, nota 4, punto 50).

²⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston del 31 gennaio 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, loc. cit., punto 49, e sentenza della Corte di giustizia dell'11 ottobre 2007 in causa n. C-98/06, *Freeport plc c. Olle Arnoldsson*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 8319, punto 31, EU:C:2007:595. In tale paragrafo della sentenza *Freeport*, la Corte ricorda che la riformulazione della questione pregiudiziale sia una prassi consolidata

2. Il significato di medicinale «derivato» da procedimenti biotecnologici

La Corte è sembrata non raccogliere l'invito dell'Avvocato Generale di modificare i termini della questione. Infatti, allo scopo di valutare la conformità con il diritto dell'Unione del trasferimento in siringhe monouso, in assenza di una specifica autorizzazione, di un medicinale regolarmente in commercio in uno Stato membro, la sentenza si è dapprima brevemente soffermata sul significato del termine «derivati» utilizzato nel periodo introduttivo dell'allegato al Regolamento (Ce) n. 726/2004. Tale analisi ha consentito ai giudici di Lussemburgo di concludere che, in pratica, tale operazione non comporta l'utilizzo di nessun procedimento di natura biotecnologica²⁶.

Il risultato, scontato in verità, è coerente con l'art. 2, par. 3, della *Convention on Biological Diversity* secondo il quale il termine *biotechnology* identifica «any technological application that uses biological systems, living organisms, or derivatives thereof, to make or modify products or processes for specific use»²⁷. In base a questa definizione, Lucentis[®], che contiene un frammento di un anticorpo monoclonale umanizzato prodotto nelle cellule di *Escherichia coli* (ranibizumab), e Avastin[®], il cui principio attivo (bevacizumab) è un anticorpo monoclonale umanizzato prodotto in cellule ovariche di criceto cinese (*Cricetulus griseus*), sono senza dubbio da includere tra i medicinali di origine biotecnologica. Al contrario, il processo di trasferimento in un altro contenitore di un'aliquota di una soluzione iniettabile di anticorpi monoclonali è una semplice operazione meccanica che non può essere definita di alta tecnologia oppure biotecnologica in quanto la sua realizzazione non necessita di trasformazioni ad opera di sistemi biologici, organismi viventi o loro derivati.

La suddivisione di una soluzione iniettabile in aliquote di volume inferiore non modifica le caratteristiche e la sterilità del prodotto medicinale, anche quando è interessato un prodotto ottenuto attraverso un processo biotecnologico, purché l'operazione sia effettuata in accordo con le norme di buona fab-

della sua giurisprudenza citando a tale proposito le sentenze della Corte di giustizia del 17 luglio 1997 in causa n. C-334/95, *Krüger GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4517, punto 23, EU:C:1997:378, e dell'11 luglio 2002 in causa n. C-62/00, *Marks & Spencer plc c. Commissioners of Customs & Excise*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6325, punto 32, EU:C:2002:435. Pur non essendo citata nella sentenza *Freeport*, la legittimità di riformulare la questione pregiudiziale è stata stabilita anche dalla sentenza della Corte di giustizia del 28 novembre 2000 in causa n. C-88/99, *Roquette Frères SA c. Direction des services fiscaux du Pas-de-Calais*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 10465, punto 18, EU:C:2000:652.

²⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, *cit. supra*, nota 5, punto 41.

²⁷ *Convention on Biological Diversity*, UN Treaty Series No. 30619, Rio de Janeiro, 5 June 1992, art. 2, par. 3.

bricazione²⁸, a cui ogni azienda farmaceutica si deve adeguare in base all'art. 46, lett. *f.*, della direttiva n. 2001/83/Ce. Il controllo del rispetto di tale disposizione, come di tutte le norme sui medicinali, è affidato dall'art. 111, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce alle autorità competenti degli Stati membri le quali, in base al par. 3 dello stesso articolo, devono anche redigere «una relazione sull'osservanza da parte del fabbricante dei principi e delle linee direttrici delle buone prassi di fabbricazione». La vigilanza degli organi nazionali sull'osservanza di tali prassi garantisce che l'operazione di suddivisione non compromette la qualità, la sicurezza e l'efficacia del medicinale.

Dopo aver escluso le operazioni di suddivisione dal campo di applicazione del Regolamento (Ce) n. 726/2004, la Corte identifica un ulteriore motivo per il quale le attività di ripartizione non possono considerarsi «una nuova immissione in commercio di un medicinale di cui al punto 1 dell'allegato al Regolamento (Ce) n. 726/2004»²⁹ nel fatto che il prodotto suddiviso è utilizzato nel trattamento di un singolo paziente sulla base di una prescrizione medica individuale.

L'accenno alla legittimità di suddividere un medicinale senza autorizzazione in presenza di una specifica richiesta medica assume un particolare rilievo dal punto di vista pratico. Tale approccio infatti consente di intravedere la possibilità di estendere anche ai prodotti di alta tecnologia normati dal Regolamento (Ce) n. 726/2004 la distinzione tra «i medicinali (...) prodotti industrialmente e destinati ad essere immessi in commercio negli Stati membri»³⁰, cui si applica la direttiva n. 2001/83/Ce, e i «medicinali preparati in farmacia in base ad una prescrizione medica destinata ad un determinato paziente»³¹ o i «prodotti intermedi destinati ad ulteriore trasformazione da parte di un fabbricante autorizzato»³², i quali non sono soggetti alle disposizioni della direttiva. Tale osservazione rappresenta la logica conseguenza della visione unitaria della direttiva n. 2001/83/Ce e del Regolamento (Ce) n. 726/2004 che la Corte recepisce accogliendo l'interpretazione dell'Avvocato

²⁸ Direttiva n. 2003/94/Ce della Commissione, dell'8 ottobre 2003, che stabilisce i principi e le linee direttrici delle buone prassi di fabbricazione relative ai medicinali per uso umano e ai medicinali per uso umano in fase di sperimentazione, in *Guce* n. L 262 del 14 ottobre 2003, p. 22 ss. La trasposizione pratica di tali principi e linee guida è contenuta in European Commission, Health and Consumers Directorate-general, Public Health and Risk Assessment, Pharmaceuticals, Eudralex, *The rules governing medicinal products in the European Union*, vol. 4, *EU Guidelines to Good Manufacturing Practice Medicinal Products for Human and Veterinary Use*, SANCO/C8/AM/sl/ares(2010)1064597, http://ec.europa.eu/health/documents/eudralex/vol-4/index_en.htm.

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, cit. *supra*, nota 5, punto 42.

³⁰ Direttiva n. 2001/83/Ce, cit. *supra*, nota 12, art. 2.

³¹ *Ivi*, art. 3, punto 1.

³² *Ivi*, art. 3, punto 4.

Generale secondo cui «non si possono dare letture separate dei due regimi in parola i quali, anzi, devono essere interpretati congiuntamente»³³.

3. Le nozioni di suddivisione e di riconfezionamento

Il motivo per cui i giudici hanno posto l'accento sul valore della prescrizione medica destinata ad un determinato paziente può essere probabilmente rinvenuto nella necessità di impedire che l'apertura giurisprudenziale consenta di eludere le misure connesse con la libera circolazione dei medicinali³⁴ e con la necessaria verifica dell'analogia essenziale tra i farmaci d'importazione parallela e i prodotti autorizzati sul mercato nazionale³⁵.

Per tale ragione, la sentenza sottolinea la differenza della questione relativa al caso *Apozyt* con una controversia oggetto di una precedente pronuncia³⁶ in cui la Corte aveva sancito che la normativa dell'Unione impedisce che

³³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston del 31 gennaio 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, cit. *supra*, nota 4, punto 47.

³⁴ Sentenze della Corte di giustizia del 3 dicembre 1981 in causa n. 1/81, *Pfizer Inc. c. Eurim-Pharm GmbH*, in *Raccolta*, 1981, p. 2913, EU:C:1981:291; del 23 maggio 1978 in causa n. 102/77, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, in *Raccolta*, 1978, p. 1139, EU:C:1978:108; dell'11 luglio 1996 in cause riunite n. C-427/93, n. C-429/93 e n. C-436/93, *Bristol-Myers Squibb c. Paranova A/S e C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG e Boehringer Ingelheim A/S c. Paranova A/S e Bayer Aktiengesellschaft e Bayer Danmark A/S c. Paranova A/S*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3457, EU:C:1996:282; dell'11 luglio 1996 in cause riunite n. C-71/94, n. C-72/94 e n. C-73/94, *Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH c. Beiersdorf AG, Boehringer Ingelheim KG e Farmitalia Carlo Erba GmbH*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3603, EU:C:1996:286; del 12 ottobre 1999 in causa n. 379/97, *Pharmacia & Upjohn SA c. Paranova A/S*, in *Raccolta*, I, 1999, p. 6927, EU:C:1999:494; dell'11 luglio 1996 in causa n. C-232/94, *MPA Pharma GmbH c. Rhône-Poulenc Pharma GmbH*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3671, EU:C:1996:289; del 23 aprile 2002 in causa n. C-443/99, *Merck, Sharp & Dohme GmbH c. Paranova Pharmazeutika Handels GmbH*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 3703, EU:C:2002:245; del 23 aprile 2002 in causa n. C-143/00, *Boehringer Ingelheim KG, Boehringer Ingelheim Pharma KG, Glaxo Group Ltd, The Wellcome Foundation Ltd, SmithKline Beecham plc, Beecham Group plc, SmithKline & French Laboratories Ltd e Eli Lilly and Co. c. Swingward Ltd e Dowelhurst Ltd*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 3759, EU:C:2002:246; del 26 aprile 2007 in causa n. C-348/04, *Boehringer Ingelheim KG e altri c. Swingward Ltd e Dowelhurst Ltd*, in *Raccolta*, I, 2007, p. 3391, EU:C:2007:249, annotata in questa *Rivista*, 2007, p. 524; del 22 dicembre 2008 in causa n. C-276/05, *The Wellcome Foundation Ltd c. Paranova Pharmazeutika Handels GmbH*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 10479, EU:C:2008:756, e del 28 luglio 2011 in cause riunite n. C-400/09 e n. C-207/10, *Orifarm A/S e altri e Paranova Danmark A/S e Paranova Pack A/S c. Merck Sharp & Dohme Corp. e Merck Sharp & Dohme BV e Merck Sharp & Dohme*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 7063, EU:C:2011:519, annotata in questa *Rivista*, 2013, p. 65.

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1996 in causa n. C-201/94, *The Queen c. The Medicines Control Agency, ex parte Smith & Nephew Pharmaceuticals Ltd e Primecrown Ltd c. The Medicine Control Agency*, in *Raccolta*, I, 1996, p. 5819, punto 22, EU:C:1996:432.

³⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2002 in causa n. C-433/00, *Aventis Pharma Deutschland GmbH c. Kohlpharma GmbH e MTK Pharma Vertriebs-GmbH*, in *Raccolta*, I, 2002, p. 7761, EU:C:2002:510.

un medicinale la cui vendita è autorizzata in confezioni da cinque e da dieci fiale venga commercializzato in due scatole da cinque fiale, unite e rietichettate (confezionamento multiplo)³⁷. Tale conclusione trova il suo fondamento nel fatto che, tra la documentazione da allegare alla domanda di concessione dell'AIC, l'art. 8, par. 3, lett. c., della direttiva n. 2001/83/Ce, come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce, elenca anche «un modello del confezionamento esterno (...) e del confezionamento primario». Una volta ottenuta l'autorizzazione, il produttore deve indicare sull'imballaggio esterno, o in sua mancanza su quello interno, il numero di AIC (art. 54, lett. l., della direttiva n. 2001/83/Ce). Dal momento che una confezione doppia di cinque unità riporta su ognuna delle due confezioni il numero di AIC della preparazione da cinque fiale, il confezionamento multiplo non è conforme né all'AIC rilasciata per il medicinale da cinque fiale né all'autorizzazione relativa agli imballaggi da dieci dosi³⁸.

Un ulteriore motivo per cui il riconfezionamento di medicinali di importazione parallela necessita di un'apposita autorizzazione risiede nel fatto che in tale caso le operazioni sono effettuate prima della commercializzazione del preparato e della richiesta di un sanitario. Al contrario, la concessione dell'AIC al medicinale originale è un atto che precede il momento della suddivisione eseguita per rispondere alla specifica richiesta di un operatore della salute. In altre parole, l'AIC è obbligatoria nel caso in cui una ditta rifornisca «in anticipo [...] le] farmacie, direttamente o indirettamente mediante grossisti»³⁹, mentre l'autorizzazione non è necessaria nel caso in cui le operazioni connesse con la preparazione del farmaco avvengano solo per ottemperare ad una prescrizione del medico.

La sequenza temporale non appare quindi trascurabile al fine della risoluzione della questione soprattutto se si collega con il fatto che il trasferimento in altro contenitore di un'aliquota di una soluzione medicamentosa da destinare ad uno specifico paziente è un'operazione che può essere compiuta «sotto la loro responsabilità, dai medici che hanno prescritto i medicinali, ovvero dalle stesse farmacie nei loro laboratori o, ancora, negli istituti ospedalieri»⁴⁰.

Queste parole sanciscono il diritto di un paziente di avvalersi della prestazione di un operatore qualificato al fine di acquisire la disponibilità di un medicinale già in commercio nella forma più consona alle proprie specifiche

³⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, cit. *supra*, nota 5, punto 43.

³⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 7 marzo 2002 in causa n. C-433/00, *Aventis Pharma Deutschland GmbH c. Kohlpharma GmbH e MTK Pharma Vertriebs-GmbH*, in *Raccolta*, I, 2002, p. 7761, EU:C:2002:154.

³⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, loc. cit., punto 41.

⁴⁰ *Ivi*, punto 43.

necessità terapeutiche. Motivi di tutela della salute pubblica non consentono quindi di giudicare legittimo l'ipotetico obbligo di subordinare ad autorizzazione preventiva la decisione del medico di trattare un determinato paziente con una terapia personalizzata.

4. L'autorizzazione per la preparazione di medicinali suddivisi

Dopo aver stabilito che la commercializzazione di un medicinale suddiviso in conformità alla richiesta di un medico non è subordinata alla concessione dell'AIC, la Corte si è concentrata sulla problematica relativa alla necessità che l'industria, prima di effettuare tale suddivisione dietro delega della farmacia presso la quale si è rivolto un paziente in possesso della ricetta medica, si munisca di una specifica autorizzazione.

La lettera dell'art. 40, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce sembra imporre tale esigenza in quanto stabilisce che «[l']autorizzazione (...) è richiesta sia per la fabbricazione totale o parziale sia per le operazioni di divisione, di confezionamento o di presentazione» senza consentire nessuna eccezione. L'autorizzazione non è richiesta nel caso in cui la suddivisione sia effettuata in farmacia, in quanto l'art. 3, punto 1, della direttiva n. 2001/83/Ce, esclude dal campo di applicazione della stessa «i medicinali preparati in farmacia in base ad una prescrizione medica destinata ad un determinato paziente». In apparenza, le norme non sembrano prevedere l'eventualità che una farmacia conferisca ad un terzo l'incarico di soddisfare la prescrizione di un medico suddividendo un medicinale autorizzato in uno Stato membro.

Il Governo tedesco riteneva che l'attività delegata dalla farmacia all'industria non necessitasse di autorizzazione sulla base dell'art. 5, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce il quale consente agli Stati membri «per rispondere ad esigenze speciali [di] escludere dal campo di applicazione della (...) direttiva i medicinali forniti per rispondere ad un'ordinazione leale e non sollecitata, elaborati conformemente alle prescrizioni di un medico autorizzato e destinati ai suoi malati sotto la sua personale e diretta responsabilità»⁴¹. Tuttavia, tale opinione non può essere pienamente condivisa in quanto non tiene in considerazione che la giurisprudenza consolidata della Corte stabilisce che ogni «disposizione derogatoria o particolare (...) debba essere interpretata restrittivamente»⁴².

⁴¹ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, cit. *supra*, nota 5, punto 43.

⁴² Sentenza della Corte di giustizia del 25 aprile 2013 in causa n. C-480/10, *Commissione europea c. Regno di Svezia*, in *Raccolta elettronica, Raccolta generale*, aprile 2013, punto 36, EU:C:2013:263. Solo nel primo semestre del 2013, l'obbligo di interpretare in modo restrittivo ogni deroga alle disposizioni di carattere generale è già stato ribadito dalle sentenze della

Inoltre, l'art. 5, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce era già stato analizzato dai giudici di Lussemburgo alla luce di tale principio restrittivo. L'approfondimento aveva consentito di appurare che «la deroga prevista da tale disposizione non può che riguardare situazioni in cui il medico ritiene che lo stato di salute dei suoi pazienti specifici richieda la somministrazione di un medicinale di cui non esiste l'equivalente autorizzato sul mercato nazionale o che non è attualmente disponibile su detto mercato»⁴³. Tale conclusione implica che la deroga non può essere invocata per esentare dall'AIC un medicinale qualora sia legalmente reperibile nello Stato membro un prodotto con uguale indicazione contenente lo stesso principio attivo nella stessa forma di somministrazione⁴⁴. Queste considerazioni consentono di evidenziare una differenza in merito alla obbligatorietà di assoggettare ad autorizzazione la suddivisione di Lucentis[®] e Avastin[®].

Lucentis[®] è in possesso dell'AIC n. EU/1/06/374/001 ottenuta attraverso la procedura centralizzata prevista dal Regolamento (Ce) n. 726/2004 per i prodotti di alta tecnologia. Tale autorizzazione, che permette la vendita del medicinale in tutti i Paesi dell'Unione, contempla la somministrazione intravitale di 0,05 mL di farmaco per il trattamento della DMS. Il «nuovo» prodotto suddiviso viene utilizzato per curare la stessa patologia iniettando attraverso la medesima via di somministrazione un'uguale dose dello stesso principio attivo del medicinale originale. Pertanto, l'unica differenza tra i due farmaci (originale e suddiviso) è rinvenibile nel diverso costo. Tuttavia, aspetti di natura economica non possono essere considerati «esigenze speciali» atte a giustificare l'applicazione della deroga prevista all'art. 5, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce⁴⁵. L'esclusione di motivi finanziari appare condivisibile considerando che gli Stati membri hanno a disposizione gli strumenti idonei a garantire l'accesso alle cure farmacologiche ad un prezzo equo. D'altra parte, non appare ragionevole consentire l'utilizzo della deroga prevista da una disposizione dell'Unione per ovviare ad una inattività legislativa di uno Stato membro o alla mancata o errata applicazione di una norma nazionale da parte dei suoi organi amministrativi o giudiziari. Inoltre, l'esagerato co-

Corte di giustizia del 18 aprile 2013 in causa n. C-103/11 P, *Commissione europea c. Systran SA e Systran Luxembourg SA*, in *Raccolta elettronica, Raccolta generale*, punto 58, EU:C:2013:245; del 9 aprile 2013 in causa n. C-85/11, *Commissione europea c. Irlanda*, in *Raccolta elettronica, Raccolta generale*, punto 21, EU:C:2013:217; del 17 gennaio 2013, in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, in *Raccolta elettronica, Raccolta generale*, punto 18, EU:C:2013:17.

⁴³ Sentenza della Corte di giustizia del 29 marzo 2012 in causa n. C-185/10, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, in *Raccolta elettronica, Raccolta generale*, punto 36, EU:C:2012:181, annotata in questa *Rivista*, 2012, p. 271.

⁴⁴ *Ivi*, punto 37.

⁴⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 29 marzo 2012 in causa n. C-185/10, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, *cit. supra*, nota 43, punto 38.

sto della terapia con Lucentis[®] dipende dal volume eccessivo di soluzione iniettabile presente nella fiala rispetto alle effettive esigenze terapeutiche. In questo caso particolare, non è possibile addebitare agli organi dell'Unione tutta la responsabilità di aver concesso l'AIC per il trattamento della DMS ad una confezione il cui volume non è adeguato a tale terapia. Gli Stati membri avrebbero potuto sollevare questo problema davanti alla Commissione (art. 10, par. 3, lett. b., del Regolamento (Ce) n. 726/2004) la quale, in presenza di «importanti questioni nuove di natura (...) tecnica non trattate nel parere dell'agenzia [europea per i medicinali]», ha la possibilità, in base al par. 4 dello stesso articolo, di interrompere la procedura e sollecitare un'indagine supplementare.

L'accento ai problemi economici era stato utilizzato durante il procedimento da uno Stato membro per invitare la Corte ad interpretare la normativa in modo da non vanificare i risparmi ai quali era pervenuto il suo sistema sanitario attuando in modo sistemico il «trasferimento di medicinali da un contenitore all'altro»⁴⁶. Tale appello non poteva trovare nessun appoggio durante il dibattito, in quanto, come osservato dall'Avvocato Generale nel par. 75 delle sue conclusioni, la direttiva n. 2001/83/Ce e il Regolamento (Ce) n. 726/2004 sono stati formulati «in base ai criteri scientifici oggettivi della qualità, sicurezza ed efficacia del medicinale interessato, escludendo considerazioni economiche o d'altro tipo»⁴⁷.

Diversa è invece la situazione legale che si presenta nel caso di Avastin[®] la cui AIC n. EU/1/04/300/001 non contempla l'utilizzo nella DMS. In tale patologia, pertanto, il medicinale è impiegato con modalità «*off-label*» sotto la personale e diretta responsabilità del medico prescrittore. Dal momento che il sanitario ritiene preferibile ricorrere alla somministrazione di un farmaco non autorizzato sul mercato nazionale (e dell'Unione) per questa specifica malattia, non si può negare l'esistenza delle esigenze speciali previste dall'art. 5, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce per escludere la suddivisione dal campo di applicazione della direttiva. Questa spiegazione può forse chiarire il motivo per cui Roche Pharma AG, titolare dell'AIC per l'Avastin[®], «non è parte del procedimento principale»⁴⁸.

Tuttavia, tali considerazioni non sono conclusive per dirimere la questione relativa all'eventuale necessità che un'industria sia in possesso di una specifica autorizzazione per suddividere medicinali che, come Lucen-

⁴⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston del 31 gennaio 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, cit. *supra*, nota 4, punto 74.

⁴⁷ Regolamento (Ce) n. 726/2004, cit. *supra*, nota 7, *considerando* n. 13.

⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, cit. *supra*, nota 5, punto 21.

tis[®], contengono una quantità di farmaco eccessiva rispetto alle esigenze terapeutiche.

La Corte scorge la risoluzione della controversia nell'art. 40 della direttiva n. 2001/83/Ce⁴⁹. La prima frase del par. 2 di tale disposizione stabilisce che «[l]’autorizzazione [... alla fabbricazione dei medicinali] è richiesta sia per la fabbricazione totale o parziale sia per le operazioni di divisione, di confezionamento o di presentazione». L’imperativo di questa affermazione è mitigato dalla successiva proposizione dello stesso paragrafo la quale sancisce che «l’autorizzazione non è richiesta per le preparazioni, le divisioni, i cambiamenti di confezione o di presentazione, eseguiti soltanto per la fornitura al dettaglio, da farmacisti in farmacia, o da altre persone legalmente autorizzate negli Stati membri ad eseguire dette operazioni».

Tale locuzione specifica le operazioni (preparazioni, divisioni, cambiamenti di confezione o di presentazione) caratteristiche della fornitura al dettaglio che l’art. 3, punto 1, della direttiva n. 2001/83/Ce ha escluso dall’applicazione della stessa e precisa che i «farmacisti in farmacia» sono abilitati alla loro esecuzione. La prima parte della frase identifica quindi con chiarezza operazioni, esecutore e luogo in cui l’intervento può essere legittimamente effettuato. Il proseguimento della formulazione lascia agli Stati membri il compito di identificare «le altre persone legalmente autorizzate» tralasciando ogni accenno sulla sede in cui devono svolgersi le manipolazioni. Si può tuttavia osservare che il par. 39 della sentenza oggetto di questo commento ha identificato una figura autorizzata nei «medici che hanno prescritto i medicinali» e, come luoghi deputati alla suddivisione, gli ospedali e i laboratori della farmacia.

Oltre a questo accenno, i giudici di Lussemburgo non approfondiscono ulteriormente l’analisi sulla nozione di «persona autorizzata» anche se sanciscono in modo implicito che il diritto dell’Unione non si oppone ad una norma nazionale che autorizzi anche le persone giuridiche. Tale tesi si deduce dall’invito che la Corte rivolge al giudice nazionale di verificare che «Apozyt sia legalmente autorizzata, in Germania», ad effettuare processi che lascino immutato il farmaco⁵⁰ oltre a controllare che queste operazioni siano effettuate «sulla base di ricette individuali che prescrivano [tali] operazioni»⁵¹.

La ragione per la quale la ricetta medica può consentire l’esclusione dell’autorizzazione si può dedurre dal confronto dei termini utilizzati nella formulazione della prima e della seconda frase dell’art. 40. par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce. Nella prima proposizione, il termine «fabbricazio-

⁴⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell’11 aprile 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, cit. *supra*, nota 5, punti 51 e 52.

⁵⁰ *Ivi*, punto 53.

⁵¹ *Ivi*, punto 54.

ne» indica l'atto di lavorare prodotti industriali, mentre nella seconda frase la «produzione» seguita dalla specificazione di «fornitura al dettaglio» evoca un preparato da eseguire per specifico paziente. La richiesta dal medico di manipolare un medicinale di origine industriale consente di classificare il «nuovo» farmaco tra i «medicinali preparati in farmacia in base ad una prescrizione medica destinata ad un determinato paziente (detti formula magistrale)» (art. 3, punto 1, della direttiva n. 2001/83/Ce) per i quali non si applica la direttiva n. 2001/83/Ce.

L'importanza della sentenza oggetto di questo commento risiede anche nel fatto che la pronuncia sancisce che le operazioni di preparazione di una formula magistrale possono essere anche delegate dalla farmacia in possesso di una richiesta medica ad una persona giuridica (industria) autorizzata a livello nazionale ad eseguire la produzione di medicinali senza che sia necessario acquisire nessuna approvazione per ogni specifica preparazione. L'industria delegata è naturalmente impegnata a «rispetta[re] i principi e le linee direttrici delle buone prassi di fabbricazione» come stabilito dall'art. 12, par. 4, della direttiva n. 2003/94/Ce mentre è discutibile, a mio modo di vedere, l'applicabilità dei rimanenti tre paragrafi dello stesso articolo⁵² in particolar modo la previsione di un contratto scritto.

5. Conclusioni

«Al fine di razionalizzare il sistema distributivo del farmaco, anche a tutela della persona, nonché al fine di rendere maggiormente efficiente la spesa farmaceutica pubblica, l'AIFA [Agenzia Italiana del Farmaco], con propria delibera da adottare entro il 31 dicembre 2012 (...), revisiona le attuali modalità di confezionamento dei farmaci a dispensazione territoriale per identificare confezioni ottimali, anche di tipo monodose, in funzione delle patologie da trattare»⁵³.

⁵² Direttiva n. 2003/94/Ce, *cit. supra*, nota 28, art. 12: «1. Ogni operazione di fabbricazione, o operazione collegata, affidate contrattualmente a terzi, forma oggetto di un contratto scritto; 2. Il contratto definisce chiaramente le responsabilità delle parti e in particolare l'obbligo dell'appaltatore di rispettare le buone prassi di fabbricazione e il modo in cui la persona qualificata responsabile della certificazione di ciascun lotto deve esercitare le proprie funzioni; 3. L'appaltatore non può subappaltare alcun lavoro affidatogli senza una autorizzazione scritta del committente».

⁵³ Art. 11, comma 12, l. n. 27 del 24 marzo 2012, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, in *Guri* n. 71 del 24 marzo 2012, *suppl. ord.* Tale misura era già stata prevista nel d. l. n. 303 del 3 giugno 1996, decaduto per mancata conversione, Misure per la razionalizzazione ed il contenimento della spesa farmaceutica e disposizioni urgenti in materia di medicinali, in *Guri* n. 128 del 3 giugno 1996.

Nonostante il termine temporale per l'attuazione della disposizione sia ormai trascorso, questa ipotesi di risparmio prevista nel decreto «liberalizzazioni»⁵⁴ non ha ancora trovato conferma non essendosi ad oggi proceduto alla necessaria opera di revisione. Una delle cause di tale ritardo può essere probabilmente imputata alle perplessità sollevate, anche in sede Aifa, sulla validità pratica della norma⁵⁵.

L'Aduc (Associazione per i Diritti degli Utenti e Consumatori) condivide i dubbi circa la possibilità di conseguire un risparmio significativo attraverso una maggiore razionalizzazione degli imballaggi sottolineando che «[p]er quasi tutti i prodotti, (...) la confezione costa più del prodotto stesso»⁵⁶. Per ovviare a tali inconvenienti, la stessa Associazione suggerisce di consentire la distribuzione di medicinali sfusi, cioè di un numero di dosi esattamente corrispondenti alla terapia, confezionati in recipienti anonimi su cui il farmacista deve apporre un'etichetta che richiama tutti i dati della prescrizione del medico. La proposta riprende un progetto attuato in Galizia nel 2003-2004 in via sperimentale che, sebbene non avesse provato la sua utilità dal punto di vista economico, il *Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud* aveva suggerito di applicare in tutta la Spagna a partire dal 2011⁵⁷.

Prima della sentenza *Apozyt*, oggetto di questo commento, lo sconfezionamento dei medicinali appariva una proposta non praticabile in quanto si riteneva che in Italia non fosse «permesso ai farmacisti consegnare ai clienti medicinali industriali sconfezionati»⁵⁸. Un accenno a tale proibizione è presente in molti altri documenti tra cui si possono ricordare le «Con-

⁵⁴ Secondo alcuni articoli reperibili in rete, l'implementazione di tali disposizione permetterebbe al sistema sanitario nazionale di risparmiare 4,2 miliardi di Euro all'anno (M. MANETTI RICCI, *Farmaci monodose: sono davvero un risparmio?*, in *Linkiesta*, 22 giugno 2012 (<http://www.linkiesta.it/blogs/la-salute-del-serpente/farmaci-monodose-sono-davvero-un-risparmio>); *Farmaci. Api e Fli: «Con confezioni ideali possibili risparmi di 4 miliardi. L'Aifa faccia presto»*, in *Quotidianosanità.it*, http://www.quotidianosanita.it/governo-e-parlamento/articolo.php?articolo_id=9419; M. BALDASSARRI, *Il risanamento in quattro mosse*, in *Il Sole 24 Ore*, 3 aprile 2013, <http://eventiquattro.ilsole24ore.com/eventi-e-altro/pubblica-amministrazione/notizie/2013/04/03/il-risanamento-in-quattro-mosse.aspx>).

⁵⁵ *Farmaci: Pani [direttore generale dell'Agenzia Italiana del Farmaco], su confezioni monodose occorre confronto con filiera. Tre mld risparmi? Non so dove arrivi questa cifra*, 5 luglio 2012, http://www.agenziafarmaco.gov.it/sites/default/files/rassegna/07-05-2012_-_adnkronos_salute_int_pani_farmaci_pani_su_confezioni_monodose_occorre_confronto_con_filiera.pdf.

⁵⁶ *Farmaci in confezione monodose: «nessun risparmio»*, in *informasalus.it*, <http://www.informasalus.it/it/articoli/farmaci-monodose-risparmio.php>.

⁵⁷ *Spagna: Farmaci sciolti e monodose. Dubbi sull'utilità*, 21 dicembre 2010, http://salute.aduc.it/notizia/farmaci+sciolti+monodose+dubbi+sull+utilita_121464.php.

⁵⁸ Si veda lettera FOFI (Federazione Ordini Farmacisti Italiani) del 28 ottobre 2011, <http://www.ordfarmbo.it/multimedia/allegati/risposta%20FOFI%20quesito%20pill-box.pdf>.

dizioni e limitazioni per l'erogazione dei farmaci a carico del SSN» (Servizio Sanitario Nazionale) stabilite dalla regione Abruzzo⁵⁹.

Sebbene non sia menzionata la base giuridica del divieto, si può scorgere un motivo di illegittimità dello sconfezionamento nel fatto che l'AIC, che ogni medicinale in commercio in uno Stato membro deve possedere, stabilisce anche il numero di unità posologiche della confezione e il contenuto del foglietto illustrativo che deve obbligatoriamente accompagnare il medicinale⁶⁰. In considerazione di tale rigore, appare quindi logico che «la procedura per il rilascio di un'autorizzazione all'immissione in commercio si estend[a] alle varianti dell'autorizzazione iniziale»⁶¹, interessando anche «un medicinale per uso umano che è già oggetto di un'autorizzazione esistente, ma con un formato diverso»⁶².

Dopo la pronuncia della Corte nel caso in esame, il fondamento di queste obiezioni sembra vacillare nel caso in cui lo sconfezionamento sia eseguito in conformità ad una prescrizione medica. Infatti, i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che nel diritto dell'Unione sono già presenti norme che consentono al farmacista di suddividere, o di delegare la suddivisione, qualora il medico stabilisca la necessità di sottoporre un determinato paziente ad una specifica terapia che richiede modifiche nella presentazione di un medicinale autorizzato nello Stato membro.

Tuttavia, la suddivisione in farmacia deve ancora superare un'ultima barriera prima di essere pienamente operativa. In caso di sconfezionamento di un suo prodotto, l'industria farmaceutica riverserebbe logicamente ogni responsabilità sul farmacista non ritenendosi perseguibile per ogni inconveniente potenzialmente derivabile dalla violazione dell'integrità delle sue confezioni. Nello stesso tempo, non appare ragionevole ipotizzare che i farmacisti siano disposti ad assumersi tale presunzione di colpa senza esigere adeguate garanzie a loro tutela o un adeguato riconoscimento del loro ruolo professionale.

Federico Forni*

⁵⁹ Allegato B bis, p. 2, par. 4.3., 6 luglio 2011, http://www.farmaci.abruzzo.it/documenti/operatore_sanitario/dalla_regione/dgr1439/allegato%20b.pdf.

⁶⁰ Il «foglietto illustrativo», cioè «il foglietto che reca informazioni destinate all'utente e che accompagna il medicinale» (art. 1, punto 26, della direttiva n. 2001/83/Ce) deve essere obbligatoriamente incluso negli imballaggi (art. 58 della direttiva n. 2001/83/Ce) e «messo a disposizione, su richiesta delle associazioni dei pazienti, in formati adeguati per i non vedenti e per gli ipovedenti» (art. 56 bis della direttiva n. 2001/83/Ce come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce).

⁶¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpstone del 31 gennaio 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, cit. *supra*, nota 4, punto 80.

⁶² *Ivi*, par. 81.

* Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna

SINTESI

Nessuna specifica autorizzazione deve essere richiesta da un'industria farmaceutica che suddivide una fiala monodose in ampolle contenenti solo la quantità di medicinale indicata per una singola somministrazione qualora tale operazione sia effettuata su richiesta di una farmacia in possesso della prescrizione medica destinata ad uno specifico paziente. Il risultato cui è pervenuta la Corte di giustizia nella sentenza del caso n. C-535/11 (*Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*) ha sancito la possibilità di sconfezionare, su richiesta del medico, le specialità medicinali da parte delle farmacie le quali possono delegare tale operazione a società in possesso di autorizzazione alla produzione di medicinali. Questa pronuncia potrebbe favorire l'introduzione della monodose la cui efficacia nella riduzione della spesa farmaceutica rappresenta tuttavia un argomento ancora dibattuto.

ABSTRACT

A pharmaceutical undertaking which splits the content of a single-dose vial in ampoules containing only the dose recommended for a single administration must not request any specific authorization if the operation is performed according to the request of a pharmacy in possession of the medical prescription for a single patient. In the judgment of the case No C-535/11 (Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH) the Court of Justice has recently established that pharmacies can unpackage medicinal products upon request of the physician. Pharmacies may delegate this task to companies holding the manufacturing authorization. This ruling could lead to the introduction of the single dose even if the effectiveness of this measure in reducing the expenditure on pharmaceuticals is still debated.

**LA DIRETTIVA N. 93/13/CEE INDIVIDUA NORME
INDEROGABILI DI ORDINE PUBBLICO EUROPEO
A FAVORE DEL CONSUMATORE**

I

**Corte di giustizia
Sentenza del 26 ottobre 2006 in causa C-168/05***

Elisa María Mostaza Claro contro Centro Móvil Milenium SL

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 93/13/Cee - Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori - Abbonamento ad un servizio di telefonia mobile - Contratto contenente una clausola compromissoria - Mancata contestazione del carattere abusivo di tale clausola in sede di procedura arbitrale - Possibilità di sollevare tale eccezione nell'ambito della procedura di impugnazione del lodo.

La direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, n. 93/13/Cee, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dev'essere interpretata nel senso che essa implica che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale, deve rilevare la nullità dell'accordo arbitrale ed annullare il lodo, nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva, anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione del lodo.

* In *Raccolta*, 2006, I, p. 10421 ss.; EU:C:2006:675, già massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 761. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 141 ss., il commento di *ANDREA GALLINUCCI*.

II

Corte di giustizia**Sentenza del 6 ottobre 2009 in causa n. C-40/08****

Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 93/13/Cee - Contratti stipulati con i consumatori - Clausola compromissoria abusiva - Esecuzione forzata di lodo arbitrato emesso in assenza del consumatore che ha acquisito l'autorità di cosa giudicata - Competenza del giudice nazionale dell'esecuzione a rilevare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria e annullare il lodo.

La direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, n. 93/13/Cee, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretata nel senso che un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrato che ha acquisito autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna. In tal caso, incombe a detto giudice di trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da detta clausola.

** In *Raccolta*, 2009, I, p. 9579; EU:C:2009:615. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu.

CLAUSOLE COMPROMISSORIE IN CONTRATTI *BUSINESS TO CONSUMER* NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Sommario: *Introduzione - 1. Clausole compromissorie in contratti B2C: giurisprudenza americana - 2. Giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea - 2.1 Il caso Mostaza Claro - 2.2 Il caso Asturcom - 3. Conclusioni.*

Introduzione

Il tema dell'arbitrato in relazione a controversie che coinvolgono consumatori, derivanti da clausole compromissorie contenute in contratti non individualmente negoziati, rappresenta un problema serio, che coinvolge il diritto internazionale, al quale Europa e Stati Uniti, pur facendo ambedue riferimento al quadro normativo predisposto dalla Convenzione di New York del 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione di lodi arbitrali stranieri, hanno fornito soluzioni contrastanti, basate su particolari considerazioni di ordine pubblico¹, analizzate nel prosieguo.

Come affermato da qualificati commentatori, una delle principali caratteristiche di un lodo arbitrale internazionale in materia commerciale è la sua capacità di poter essere «facilmente trasportabile». Per esercitare a pieno questa facoltà, il lodo deve essere in grado di migrare dalla giurisdizione dello Stato in cui è stato reso in base ai principi del proprio ordinamento giuridico, in altri Stati, aventi differenti sistemi giuridici. Un lodo deve poter

¹ La Convenzione di New York del 1958 predispose un quadro normativo, accettato ed utilizzato pressoché universalmente, per il riconoscimento e l'esecuzione di lodi arbitrali stranieri in materia commerciale. Sia gli Stati Uniti d'America che tutti gli Stati, che compongono l'Unione europea, hanno ratificato tale Convenzione internazionale. Per un elenco dei centocinquanta due Stati aderenti alla Convenzione di New York si veda: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

ottenere riconoscimento ed esecuzione a livello internazionale e non solo all'interno dell'ordinamento giuridico dello Stato, in cui l'arbitrato ha sede².

La valutazione sull'esecutività di un lodo arbitrale straniero è devoluta alle corti nazionali dello Stato, al quale viene richiesto di riconoscere il lodo all'interno del proprio ordinamento giuridico, tramite una procedura di *exequatur*. Tali corti nazionali, che svolgono un'indagine di ammissibilità, facendo riferimento ai principi giuridici propri delle rispettive leggi nazionali, possono rifiutare il riconoscimento del lodo soltanto in presenza di circostanze particolari, contenute all'articolo V della Convenzione di New York.

Le previsioni normative sull'esecuzione dei lodi stranieri sono determinanti nel caso in cui una delle parti rifiuti di conformarsi, in maniera volontaria, a quanto disposto dal tribunale arbitrale e contesti la validità del procedimento arbitrale o del lodo, innanzi alla corte nazionale dello Stato nel quale la parte vincitrice cerchi di renderlo esecutivo.

In questo contesto, le disposizioni dell'articolo V della Convenzione di New York diventano indispensabili. Infatti, una corte nazionale, alla quale venga richiesto di riconoscere e rendere esecutivo un lodo arbitrale straniero, può respingere tale richiesta soltanto qualora riscontri la presenza di una delle seguenti circostanze:

- le parti della convenzione arbitrale erano incapaci in base alla legge ad esse applicabile oppure la convenzione arbitrale non era valida secondo la legge alla quale le parti l'hanno sottoposta o, in mancanza di indicazione a tale proposito, secondo la legge dello Stato in cui il lodo è stato pronunciato;

- la parte, nei cui confronti il lodo è invocato, non è stata informata della designazione dell'arbitro o del procedimento arbitrale o comunque è stata nell'impossibilità di far valere la propria difesa nel procedimento stesso;

- il lodo ha deciso una controversia non contemplata nel compromesso arbitrale o nella clausola compromissoria, oppure fuori dei limiti del compromesso o della clausola compromissoria; tuttavia, se le statuizioni del lodo, che concernono questioni sottoposte ad arbitrato, possono essere separate da quelle che riguardano questioni non sottoposte ad arbitrato, le prime possono essere riconosciute e dichiarate esecutive;

² A. REDFERN - J. M. HUNTER - N. BLACKABY e C. PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, par. 11.37: «(...) one of the most important features of an award in an international commercial arbitration is that it should be readily transportable. It must be capable of being taken from the State in which it was made, under one system of law, to other States in which it is able to qualify for recognition and enforcement, under different systems of law».

- la costituzione del collegio arbitrale o il procedimento arbitrale non sono stati conformi all'accordo delle parti o, in mancanza di tale accordo, alla legge del luogo di svolgimento dell'arbitrato (*lex loci arbitri*);
- il lodo non è ancora divenuto vincolante per le parti o è stato annullato o sospeso da un'autorità competente dello Stato nel quale, o secondo la legge del quale, è stato reso;
- la controversia non poteva formare oggetto di compromesso secondo la legge dello Stato nel quale riconoscimento ed esecuzione vengono richiesti;
- il lodo contiene disposizioni contrarie all'ordine pubblico³.

In relazione a quest'ultima condizione, nel decidere se un lodo abbia i requisiti necessari per ottenere riconoscimento ed esecuzione all'interno di un determinato ordinamento statale, le corti nazionali di tale Stato si avvalgono di una definizione interna di ordine pubblico. La legislazione di ogni singolo Stato, infatti, determina sia il contenuto di tale definizione, la quale può essere orientata secondo parametri interni o internazionali, sia se la corte abbia facoltà di sollevare *ex officio* la questione di compatibilità tra il contenuto del lodo e i principi di ordine pubblico di riferimento.

In uno studio sul rifiuto di esecuzione di lodi arbitrali stranieri, basato su motivi di ordine pubblico, il Comitato dell'*International Law Association* (ILA) sull'arbitrato internazionale commerciale ha analizzato lo sviluppo del concetto di ordine pubblico nel corso del ventesimo secolo. Il risultato di tale analisi ha condotto all'individuazione di tre tipologie di ordine pubblico:

- ordine pubblico interno, che contiene considerazioni di ordine pubblico di carattere puramente interno, in relazione all'arbitrato;

³ Nell'interpretare le disposizioni della Convenzione di New York, autorevoli commentatori hanno sviluppato cinque criteri da considerare nel procedimento di riconoscimento ed esecuzione di un lodo arbitrale straniero all'interno di un ordinamento giuridico nazionale. In primo luogo, non è consentito alla corte nazionale incaricata del suddetto procedimento di riconsiderare il merito della disputa. In secondo luogo, i motivi in base ai quali è possibile rifiutare riconoscimento ed esecuzione al lodo sono stabiliti in modo tassativo dalla Convenzione stessa. In terzo luogo, l'onere di provare l'esistenza di una base per rifiutare riconoscimento o esecuzione spetta alla parte contro la quale il lodo viene invocato. In quarto luogo, l'articolo V consente alla corte procedente di riconoscere e rendere esecutivo un lodo arbitrale, anche in presenza di circostanze potenzialmente idonee a giustificare un rifiuto. Infine, la stessa Convenzione suggerisce una interpretazione restrittiva dei motivi di rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione del lodo, quando il riconoscimento dello stesso sia contestato di fronte ad una corte nazionale diversa da quella della sede dell'arbitrato (Cfr. A. REDFERN - J. M. HUNTER - N. BLACKABY e C. PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit. *supra*, nota 2, par. 11.56-11.60)

In questa sede costituiscono oggetto di esame solamente le due ultime fattispecie richiamate, previste dagli articoli V(2)a e V(2)b.

- ordine pubblico internazionale, che contiene i principi internazionali di ordine pubblico riguardo all'arbitrato comuni ai principali ordinamenti giuridici, definiti dalla commissione come la parte dell'ordine pubblico di uno Stato che, se violata, renderebbe impossibile per una parte invocare una legge, una sentenza o un lodo straniero;

- ordine pubblico intrinsecamente internazionale, che contiene i principi di applicazione universale inerenti all'arbitrato, come le leggi fondamentali di diritto naturale, i principi universali di giustizia, lo *ius cogens* del diritto internazionale e i principi morali accettati dalle nazioni civilizzate⁴.

Come sottolineato da autorevole dottrina, sebbene tali categorizzazioni non siano largamente accettate *per se*⁵, la maggior parte delle *lex arbitri* più sviluppate contiene una concezione pressoché simile di ordine pubblico⁶.

Tuttavia, come evidenziato da un illustre arbitro e accademico, un significato univoco del concetto di ordine pubblico è difficile da individuare ed è praticamente impossibile per i giudici nazionali di un determinato Stato inquadrare ed applicare una definizione di ordine pubblico che sia, in principio, identica in tutti gli ordinamenti di tutti gli Stati⁷.

La difficile delineazione a livello internazionale di un significato certo e comune di ordine pubblico crea, dunque, problemi in relazione a deter-

⁴ ILA Committee on International Commercial Arbitration's Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, London Conference, 2000.

⁵ A. REDFERN, J.M. HUNTER, N. BLACKABY e C. PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit. supra, nota 2, par. 10.85, 11.110. In *Renusagar Power Co Ltd v. General Electric Co* la Corte Suprema Indiana ha stabilito: «This raises the question of whether the narrower concept of public policy as applicable in the field of public international law should be applied or the wider concept of public policy as applicable in the field of municipal law. The Court held that the narrower view should prevail and that enforcement would be refused on the public policy ground if such enforcement would be contrary to *i.* fundamental policy of Indian law; or *ii.* the interests of India; or *iii.* justice or morality». I limiti proposti dalla Corte Suprema indiana al concetto di ordine pubblico sono dunque le politiche fondamentali indiane, gli interessi dell'India e i concetti di moralità e giustizia interni. In *KS AG v. CC SA*, una corte svizzera ha deciso che: «a procedural defect in the course of a foreign arbitration does not lead necessarily to refusing enforcement even if the same defect would have resulted in the annulment of a Swiss award (with the obvious exception of the violation of fundamental principles of our legal system, which would contrast in an unbearable manner with our feeling of justice)». La Corte svizzera ha stabilito che in un contesto internazionale un errore procedurale che avrebbe comportato annullabilità di un lodo domestico non comporta l'invalidità del lodo internazionale, a meno che esso non contraddica in maniera intollerabile i principi fondamentali dell'ordinamento svizzero. Nonostante alcune diversità nella definizione del *test* di ordine pubblico in relazione all'arbitrato internazionale commerciale, si ravvisa una comune tendenza all'utilizzo di determinati principi fondamentali internazionali più elastici dei principi nazionali di ordine pubblico. Vedi anche I. PAULSSON, *The New York Convention in International Practice: Problems of Assimilation*, in *ASA Bulletin* (1996), pp. 101-102.

⁶ A. REDFERN - J. M. HUNTER - N. BLACKABY e C. PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit. supra, nota 2, par. 10.82: «Most developed arbitral jurisdictions have similar conceptions of public policy». Vedi l'analisi svolta alla nota precedente.

⁷ Cfr. V. V. VEEDER QC, *Is there a need to revise the New York Convention?*, in *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, No. 2 (2010), pp. 499-506.

minate situazioni che, non inquadrandosi in principi di diritto universalmente riconosciuti, sono categorizzate diversamente in base a peculiari concezioni nazionali di ordine pubblico. In quest'ultima *species* rientra la valutazione circa l'ammissibilità di clausole compromissorie in contratti *Business to Consumer* di adesione, che, ad una valutazione *prima facie*, sembra appartenere al genere dell'ordine pubblico interno.

1. Clausole compromissorie in contratti B2C: giurisprudenza americana

Negli Stati Uniti non esistono norme particolari poste a protezione dei consumatori. Questi ultimi sono considerati come qualsiasi altra parte contrattuale e il *Federal Arbitration Act*, alla Sezione II, manifesta una chiara tendenza a favore del rispetto delle clausole compromissorie, anche in contratti *Business to Consumer* (B2C).

Vi è chi ritiene che questa preferenza per l'arbitrato non fosse parte dell'intento originario del Congresso, ma piuttosto frutto di un mito generato successivamente dalle corti, per incentivare una politica sbagliata, volta a risolvere il problema dei tribunali oberati⁸.

Tuttavia, la Corte Suprema degli Stati Uniti, nella sentenza *Allied-Bruce Terminix Cos. v. Dobson*, ha espressamente stabilito che il *Federal Arbitration Act* si applica anche ai contratti conclusi tra professionisti e consumatori, senza che sia previsto alcun trattamento di favore per questi ultimi. In base a quanto stabilito in tale decisione, «il Congresso, nell'atto di emanare il F.A.A., aveva in mente i bisogni dei consumatori, così come quelli di altri»⁹.

Recentemente, il caso *Ross ed al. v. Bank of America NA (USA)* ha riaperto il dibattito sul riconoscimento di alcune tutele per la categoria dei consumatori¹⁰. Tale caso si sostanzia in una *class action*, proposta da diversi consumatori contro un vasto numero di banche e agenzie di credito. I convenuti sono stati accusati di aver cospirato e unito le proprie forze, violando le normative *antitrust*, previste dallo *Sherman Act*, per introdurre clausole arbitrali vincolanti per i consumatori all'interno dei propri con-

⁸ Cfr. J. STERNLIGHT, *Panacea or Corporate Tool?: Debunking the Supreme Court's Preference for Binding Arbitration*, (Fall 1996), in *74 Washington University Law Quarterly*, pp. 637-712, 644-656, 660-674.

⁹ *Allied-Bruce Terminix Cos. v. Dobson*, in *513 US* (1995) 277.

¹⁰ *Ross ed al. v. Bank of America NA (USA)*, No. 1:2005cv07116 - Document 276 (S.D.N.Y. 2010).

tratti di credito, in modo tale da evitare la possibilità che essi aderiscano ad eventuali *class action* in procedimenti di fronte alle corti giudiziarie. Tutti i convenuti, eccetto Citigroup e Discover, hanno negoziato un accordo, nel quale si sono impegnati a rimuovere tali clausole arbitrali vincolanti per i successivi tre anni e mezzo. Senza contare le eventuali sanzioni economiche inflitte, qualora venga dimostrato che queste compagnie abbiano cospirato illegalmente per imporre tali clausole arbitrali in contratti rivolti ai consumatori, questo caso potrebbe porre fine all'ammissibilità di clausole compromissorie vincolanti in contratti B2C. Al contrario, qualora i convenuti vengano dichiarati innocenti, l'incentivo prodotto da questo caso sarebbe minimo.

Tuttavia, i recenti sviluppi offerti dal fatto che la Corte d'appello per il secondo distretto giudiziario abbia riconosciuto la serietà della controversia, annullando la decisione del giudice di primo grado e acconsentendo alla continuazione della lite in un processo con giuria, ha riaperto il dibattito sull'introduzione di speciali garanzie per i consumatori all'interno del *Federal Arbitration Act*. Alcuni emendamenti riguardanti norme a protezione dei consumatori sono in attesa di giudizio dai comitati giudiziari del Congresso e del Senato e il *Consumer Financial Protection Bureau* è costantemente spinto dal *National Consumer Law Center* a dare priorità all'imposizione di restrizioni sull'utilizzo di clausole arbitrali vincolanti in contratti B2C.

2. Giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

In Europa, una serie di sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea ha riguardato la valutazione sull'ammissibilità di clausole compromissorie, contenute in contratti B2C, e dei relativi lodi arbitrali. In particolare, la Corte è stata chiamata ad interpretare il testo e la portata di due disposizioni della direttiva n. 93/13/Cee: l'art. 3 e l'art. 6.

L'art. 3 dispone che «una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto. Si considera che una clausola non sia stata oggetto di negoziato individuale quando è stata redatta preventivamente in particolare nell'ambito di un contratto di adesione e il consumatore non ha di conseguenza potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto. Il fatto che taluni elementi di una clausola o che una clausola isolata siano stati oggetto di negoziato individuale non esclude l'applicazione del presente articolo alla parte restan-

te di un contratto, qualora una valutazione globale porti alla conclusione che si tratta comunque di un contratto di adesione». Specificamente rivolto all'arbitrato appare essere quanto previsto dalla lett. *g.* dell'allegato alla direttiva n. 93/13/Cee, richiamato all'ultimo paragrafo dell'art. 3, il quale afferma che una clausola può essere considerata invalida qualora abbia per oggetto o per effetto di «sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche, limitando indebitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore o imponendogli un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe a un'altra parte del contratto».

L'art. 6 è così formulato: «Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive. Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché il consumatore non sia privato della protezione assicurata dalla presente direttiva a motivo della scelta della legislazione di un paese terzo come legislazione applicabile al contratto, laddove il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno Stato membro».

Nei successivi due paragrafi vengono presi in considerazione esclusivamente i più importanti principi giuridici, individuati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nelle sentenze *Mostaza Claro c. Centro Móvil e Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*, in relazione alla validità di clausole compromissorie contenute in contratti *Business to Consumer* di adesione. È importante sottolineare fin da ora che entrambi i casi hanno avuto origine in Spagna da contratti di telefonia mobile e che gli arbitrati hanno avuto luogo in base alle regole procedurali dell'Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE). La principale differenza tra i due casi è, tuttavia, rappresentata dal fatto che, al contrario della signora Mostaza Claro, la signora Rodríguez Nogueira è rimasta completamente passiva nel corso dei diversi procedimenti di risoluzione della controversia e, in particolare, non ha proposto un'azione diretta ad ottenere l'annullamento del lodo arbitrale emesso dalla AEADE, invocando il carattere abusivo della clausola compromissoria, cosicché tale lodo ha acquisito autorità di cosa giudicata¹¹.

¹¹ Vedi sentenza del 6 ottobre 2009 in causa n. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 9579, punto 33, EU:C:2009:615.

2.1 Il caso *Mostaza Claro*

In base alla ricostruzione dei fatti offerta dall'Avvocato Generale Antonio Tizzano nelle sue conclusioni, il 2 maggio 2002 la signora Mostaza Claro stipulava con la Centro Móvil un contratto di telefonia mobile che prevedeva una durata minima di abbonamento. Il contratto conteneva una clausola compromissoria che deferiva le eventuali liti ad esso legate al giudizio di un arbitro designato dall'Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE). Ritenendo violato il termine minimo d'abbonamento, la Centro Móvil avviava il procedimento arbitrale dinanzi all'AEADE, la quale assegnava alla signora Mostaza Claro un termine di dieci giorni per decidere se rifiutare l'arbitrato e per presentare all'arbitro le osservazioni e i mezzi di prova a sostegno della sua posizione. Nel termine fissato, la signora Mostaza Claro esponeva alcuni argomenti a propria difesa, ma non eccepiva la nullità della clausola compromissoria. Ritenendo infondate le difese esposte, il 22 settembre 2003 l'arbitro pronunciava un lodo che accordava alla Centro Móvil il risarcimento dei danni subiti e il rimborso delle spese di procedura sostenute. Contro tale decisione la signora Mostaza Claro proponeva ricorso all'Audiencia Provincial. Per la prima volta dinanzi a tale giudice la ricorrente contestava la natura abusiva della clausola compromissoria e chiedeva pertanto l'annullamento del lodo. A tale richiesta si opponeva la Centro Móvil, la quale obiettava che, ai sensi dell'art. 23 della legge n. 36/1988, la nullità di detta clausola avrebbe dovuto essere eccepita nel procedimento arbitrale e non poteva, quindi, più essere considerata nel giudizio di impugnazione del lodo. L'Audiencia Provincial accertava, ai sensi della legge n. 26/1984 (artt. 10, 10 *bis* e prima disposizione addizionale) e della legge n. 7/1998 (art. 8), la natura abusiva della clausola compromissoria inserita nel contratto. Tuttavia, in assenza di una specifica contestazione del consumatore in sede di procedimento arbitrale, essa dubitava di poterne rilevare d'ufficio la nullità. Per tale motivo, detto giudice ha sottoposto alla Corte il seguente quesito: «Se la tutela dei consumatori garantita dalla direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, possa implicare che il giudice chiamato a pronunciarsi su un ricorso di annullamento di un lodo arbitrale rilevi la nullità del compromesso arbitrale ed annulli il lodo, ritenendo che il detto compromesso arbitrale contenga una clausola abusiva pregiudizievole per il consumatore, quando tale questione è fatta valere nel ricorso di annullamento ma non è stata addotta dal consumatore nell'ambito del procedimento arbitrale»¹².

¹² Conclusioni dell'Avvocato generale Antonio Tizzano presentate il 27 aprile 2006 in causa n. C-168/05, *Elisa Maria Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium, SL*, punti 15-22, EU:C:2006:265.

In primis, citando la sentenza *Freiburger Kommunalbauten*¹³, la Corte ribadisce di non poter essa stessa applicare a clausole specifiche i criteri generali utilizzati dal legislatore comunitario per definire il concetto di clausola abusiva, ma rimanda al giudice nazionale il compito di verificare se una specifica clausola contrattuale possa essere qualificata come abusiva, alla luce delle circostanze concrete del caso, in base all'art. 3, comma 1 della direttiva n. 93/13/Cee.

L'art. 3, par. 1, della direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori dispone che «una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, essa determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto»¹⁴.

Questa norma elenca i requisiti fondamentali, che una clausola arbitrata non individualmente negoziata deve rispettare, per essere considerata valida ed efficace:

1. non deve essere contraria al requisito di buona fede; e
2. non deve determinare, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto.

Il consenso espresso dal consumatore su una clausola arbitrata non individualmente negoziata ha, potenzialmente, un duplice valore: da una parte negativo, poiché egli si impegna a rinunciare al proprio diritto di adire una corte giudiziaria, e dall'altra positivo, poiché si vincola all'utilizzo di un procedimento arbitrato per la risoluzione della controversia. Data l'importanza di una siffatta obbligazione contrattuale, la sua accettazione dovrebbe essere volontaria ed informata¹⁵. Le attività commerciali, specialmente quelle operanti su internet, fanno comunemente affidamento su contratti di adesione, definiti anche contratti «prendere o lasciare» (*take it, or leave it*), che non lasciano spazio al consumatore per negoziarne i termini specifici.

Lo scopo principale della politica di protezione dei consumatori, adottata dall'Unione europea, anche in relazione all'arbitrato, è quello di pro-

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 1° aprile 2004 in causa n. C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG c. Ludger Hofstetter e Ulrike Hofstetter*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 3403, punti 22, 25, EU:C:2004:209, annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 541.

¹⁴ Direttiva n. 93/13/Cee del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in *Guce* n. L 95 del 21 aprile 1993, pp. 29-34.

¹⁵ «It is implicit in the idea of consent that it should be given on a free and informed basis», in D. BEYLEVELD - R. BROWNSWORD, *Consent in the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 13.

teggere il consumatore da clausole che sono ingiuste¹⁶, anche qualora egli abbia accettato il contratto senza leggerne o capirne i termini¹⁷. L'art. 3, par. 2, della direttiva n. 93/13/Cee specifica che «si considera che una clausola non sia stata oggetto di negoziato individuale quando è stata redatta preventivamente, in particolare nell'ambito di un contratto di adesione, e il consumatore non ha di conseguenza potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto. Il fatto che taluni elementi di una clausola o che una clausola isolata siano stati oggetto di negoziato individuale non esclude l'applicazione del presente articolo alla parte restante di un contratto, qualora una valutazione globale porti alla conclusione che si tratta comunque di un contratto di adesione».

La Corte attribuisce alle norme poste a protezione del consumatore abbastanza potere sia per costringere le corti nazionali, anche di propria iniziativa, in caso di mancata obiezione di parte, a sollevare la questione della validità di una clausola compromissoria in un contratto B2C di adesione, qualora questa facoltà sia prevista dalla legge nazionale, sia per forzare gli arbitri a prendere in considerazione le normative sui diritti dei consumatori e analizzare l'intrinseca correttezza della clausola di arbitrato, nell'atto di accertare i limiti della propria giurisdizione, anche qualora il consumatore abbia accettato i termini contrattuali e si sia volontariamente sottomesso alla giurisdizione del tribunale arbitrale, poiché tali normative di salvaguardia, in alcuni casi, non sono derogabili neanche per volontà delle parti.

A questo punto, una questione sorge spontanea. Qual è la sorte di una clausola compromissoria negoziata individualmente che abbia come effetto di vincolare il consumatore ad una giurisdizione arbitrale? La risposta non è chiara. Da una parte, l'art. 3, par. 2, che prevede che «qualora il professionista affermi che una clausola standardizzata è stata oggetto di negoziato individuale, gli incombe l'onere della prova», sembra affermare che una volta soddisfatto tale onere della prova¹⁸, la clausola compromissoria può essere ritenuta valida. Dall'altra parte, tuttavia, da un'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, non è invero-

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2006 in causa n. C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 10421, punto 25, EU:C:2006:675, annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 761.

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2009 in causa n. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*, *cit. supra*, nota 12, punto 51, EU:C:2009:615.

¹⁸ Ad esempio con la previsione di un documento separato sottoscritto dal consumatore, al quale il contratto principale rinvia e fa riferimento, che certifichi la negoziazione individuale della clausola compromissoria.

simile ritenere che la tutela accordata ad un consumatore possa spingersi ben al di là della mera protezione offerta in caso di una clausola abusiva non individualmente negoziata.

Invero, qualora una parte contrattuale forte rediga unilateralmente una clausola compromissoria, tenendo in considerazione i bisogni e i diritti di un potenziale consumatore, la clausola potrebbe essere ritenuta valida, poiché sostanzialmente equa e non inserita a danno del consumatore, anche qualora essa non sia stata oggetto di negoziato individuale. Ciò posto, tuttavia, una clausola arbitrale, anche qualora sia stata oggetto di negoziato individuale tra le parti, potrebbe comunque essere ritenuta invalida poiché «contraria al requisito di buona fede» e comportante «un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto», a danno del consumatore¹⁹.

A completamento del sopra menzionato *test* di correttezza di una clausola compromissoria, l'art. 4, par. 1, della direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori rappresenta una norma di chiusura. In base a detta norma, «il carattere abusivo di una clausola contrattuale è valutato tenendo conto della natura dei beni o servizi oggetto del contratto e facendo riferimento, al momento della conclusione del contratto, a tutte le circostanze che accompagnano detta conclusione e a tutte le altre clausole del contratto o di un altro contratto da cui esso dipende».

Pertanto, in base a quanto sopra, l'ammissibilità di clausole compromissorie all'interno di contratti B2C dipenderà dalla legge di recepimento della direttiva n. 93/13/Cee adottata dai singoli Stati membri, anche alla luce della recente direttiva n. 2013/11/Ce, che predispone un quadro normativo armonizzato riguardo alla risoluzione alternativa delle dispute dei consumatori.

Con specifico riferimento al recepimento interno della direttiva n. 93/13/Cee, ad un estremo troviamo la legislazione svedese sull'arbitrato del 1999, che, alla sezione numero sei, prevede che «un accordo arbitrale con un consumatore, riferito a beni o servizi per uso privato, sia sempre invalido, qualora stipulato precedentemente all'insorgere della lite»²⁰. Questa previsione sembra introdurre un peculiare caso di «controversie che non possono formare oggetto di compromesso secondo la legge dello

¹⁹ Nell'opinione di chi scrive, la buona fede richiesta nella redazione della clausola dovrebbe essere accompagnata dalla buona fede nelle trattative; la parte forte dovrebbe sempre mettere il consumatore in condizione di capire a pieno il significato dell'accettazione di una clausola arbitrale.

²⁰ The Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116).

Stato in cui riconoscimento ed esecuzione vengono richiesti»²¹, almeno con riferimento alla previsione contrattuale di clausole compromissorie.

Posizionate a metà strada tra gli estremi, Francia e Inghilterra mirano a raggiungere un equilibrio, basato la prima sulla dimensione territoriale della lite e la seconda sul valore economico della disputa. In particolare, in Francia, esiste una distinzione tra clausola arbitrale (*clause compromissoire*) e accordo arbitrale successivo all'insorgere della disputa (*compromis*). Una *clause compromissoire* è valida solamente tra mercanti e professionisti²². Tuttavia, questa norma non trova applicazione in caso di arbitrato internazionale, secondo il Rapporto di Leuven del 2007²³. In Inghilterra e Galles, invece, il *1996 English Arbitration Act* e le *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* (strumento legislativo con cui è stata implementata la direttiva n. 93/13/Cee) considerano un accordo arbitrale, contenuto in un contratto B2C, non importa se anteriore o successivo all'insorgere della disputa, automaticamente invalido, qualora il valore economico della controversia sia inferiore alle cinquemila sterline²⁴. Qualora il valore della disputa superi questo limite, l'accordo arbitrale può potenzialmente essere ritenuto valido, a condizione che soddisfi il *test* predisposto dalla direttiva n. 93/13/Cee e dalla relativa legge di implementazione. Inoltre, il requisito di una minima soglia economica della controversia, affinché essa sia considerata arbitrabile, è compatibile con l'art. 5, par. 4, lett. *d.* della direttiva sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, entrata in vigore successivamente²⁵.

All'estremo opposto rispetto all'approccio protezionistico svedese, si collocano quelle legislazioni nazionali che fanno dipendere la validità di una clausola compromissoria, inclusa in un contratto B2C, all'adeguata espressione di un consenso informato da parte del consumatore. Austria e Germania, che rientrano in tale ultima categoria, richiedono che un accordo arbitrale, stipulato precedentemente all'insorgere di una lite, debba es-

²¹ Vedi art. V(2)a New York Convention.

²² Code Civil Article 2061, Article 631.

²³ Cfr., EUROPEAN COMMISSION, SANCO, STUDY CENTRE FOR CONSUMER LAW, CENTRE FOR EUROPEAN ECONOMIC LAW, *An Analysis and Evaluation of Alternative Means of Consumer Redress other than Redress through Ordinary Judicial Proceedings*, Universiteit Leuven, Belgium, (January 2007) (Leuven Report), consultabile al link: http://www.eurofinas.org/uploads/documents/policies/OTHER%20POLICY%20ISSUES/comparative_report_en.pdf.

²⁴ Arbitration Act 1996, s. 91 (1) and Unfair Arbitration Agreements (Specified Amounts) Order 1999/2167, Article 3.

²⁵ Direttiva n. 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il Regolamento (Ce) n. 2004/2006 e la direttiva n. 2009/22/Ce (direttiva sull'ADR per i consumatori), in *Gu-Ue* n. L 165 del 18 giugno 2013, p. 63; vedi *infra*.

sere contenuto in un documento separato, sottoscritto da entrambe le parti, redatto in maniera intellegibile e trasparente, al fine di assicurare che il consumatore abbia ricevuto un'adeguata informativa sull'organo avente giurisdizione, nel caso in cui una disputa insorga tra le parti²⁶.

È stato messo in luce che un'informativa chiara in relazione alla presenza di una clausola compromissoria sembra essere un metodo posto a protezione del consumatore dal principio di libertà, contenuto nella Raccomandazione n. 98/257/Ce, il quale afferma che «una decisione raggiunta dall'organo giurisdizionale selezionato dalle parti può essere ritenuta vincolante soltanto qualora esse siano state informate della natura vincolante di tale decisione e la abbiano esplicitamente accettata»²⁷.

Da ultimo, in maniera totalmente unica, in Spagna, il «*Sistema Arbitral de Consumo*» – definito dall'art. 1 del *Real Decreto* n. 231/2008 come arbitrato istituzionale di risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori, avente carattere vincolante ed esecutivo per entrambe le parti – rappresenta uno strumento alternativo al processo giudiziario tradizionale, a disposizione dei consumatori, che riconosce la validità sia di clausole compromissorie che di compromessi arbitrari, soltanto a condizione che la lite sia devoluta al sistema pubblico di arbitrato di consumo, poiché esso sarebbe l'unico in grado di garantire il rispetto dei principi posti a protezione del consumatore, contenuti nella sopra citata Raccomandazione n. 98/257/Ce.

Come sottolineato da alcuni esperti, queste posizioni dimostrano come accordi arbitrari, conclusi precedentemente all'insorgere di una lite tra le parti, possano essere validi in base alle disposizioni normative europee, qualora vengano rispettati i principi di informazione e di giusto processo²⁸.

Nonostante ciò, come evidenziato da due autorevoli commentatori, la direttiva n. 93/13/Cee limita l'utilizzo dell'arbitrato, poiché conferisce alle corti nazionali il compito di decidere quando una clausola compromissoria sia illecita. Sebbene questa restrizione fosse inizialmente inclusa nella prima stesura della direttiva sui diritti dei consumatori, che conteneva un divieto di clausole compromissorie in contratti B2C, i due Autori sottolineano il peso e l'importanza della scelta di non includerla all'interno della versione finale delle direttive n. 2011/83/Ce e n. 2013/11/Ce²⁹.

²⁶ Vedi AMY J. SCHMITZ, *American Exceptionalism in Consumer Arbitration*, in *Loyola University Chicago International Law Review* 10 (1), 2013, pp. 96-97.

²⁷ PABLO CORTÉS - F. ESTEBAN DE LA ROSA, *Building A Global Redress System For Low-Value Cross-Border Disputes*, in 62 *ICLQ* 2 (2013), p. 429.

²⁸ PABLO CORTÉS - F. ESTEBAN DE LA ROSA, *Building A Global Redress System For Low-Value Cross-Border Disputes*, *cit. supra*, nota 27, p. 429.

²⁹ PABLO CORTÉS - ARNO LODDER, *Consumer Dispute Resolution goes online: reflections*

Successivamente nella sentenza *Mostaza Claro*, la Corte, citando la sentenza *Cofidis*³⁰, sancisce che la tutela prevista dalla direttiva a favore dei consumatori si estende anche ai casi in cui il consumatore che ha stipulato con un professionista un contratto contenente una clausola abusiva si astenga dal dedurre l'abusività della detta clausola perché ignora i suoi diritti o perché viene dissuaso dal farli valere a causa delle spese che un'azione giudiziaria comporterebbe. In particolare, secondo la Corte, lo scopo perseguito dall'art. 6 della direttiva non potrebbe essere raggiunto qualora il giudice, investito dell'impugnazione di un lodo arbitrale, non potesse valutare la nullità di tale decisione per il solo motivo che il consumatore non ha fatto valere la nullità della clausola compromissoria nell'ambito del procedimento arbitrale. Infatti, a parere della Corte, l'art. 6 della direttiva è una norma imperativa che, in considerazione del ridotto potere negoziale del consumatore, mira a sostituire all'equilibrio formale, determinato nel rapporto contrattuale, un equilibrio reale, che ristabilisca un appropriato bilanciamento tra i rispettivi diritti ed obblighi delle parti. Siffatto equilibrio reale è di importanza tale da giustificare che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale, ridimensionando con un'azione positiva lo squilibrio del rapporto contrattuale³¹.

Infine, alla luce dei principi di cui sopra, la Corte interpreta la direttiva n. 93/13/Cee nel senso che essa implica che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale rilevi la nullità dell'accordo arbitrale ed annulli il lodo, nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva, anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione del lodo.

2.2 Il caso *Asturcom*

In base a quanto accertato dall'Avvocato Generale Verica Trstenjak nelle sue conclusioni, il 24 maggio 2004 la signora María Cristina Rodríguez Nogueira concludeva con l'operatore Asturcom Telecomunicaciones

on the evolution of European law for out-of-court redress, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2014/1, 24, (2014), 11.

³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 21 novembre 2002 in causa n. C-473/00, *Cofidis SA c. Jean-Louis Fredout*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 10875, punto 34, EU:C:2002:705, massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 33; cfr. il commento di P. PALLARO, *Note a margine di alcune recenti sentenze della Corte di giustizia sulla tutela dei consumatori e sull'applicabilità di direttive non (correttamente) trasposte in controversie tra privati*, *ivi*, p. 35.

³¹ Vedi il testo dell'art. 6, par. 2, della direttiva n. 93/13/Cee, *cit. supra*, nota 15.

S.L. un contratto di abbonamento ad una linea di telefonia mobile per privati. Tale contratto conteneva una clausola compromissoria la quale sottoponeva ogni eventuale controversia concernente l'esecuzione del contratto stesso all'arbitrato dell'Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE). Nel contratto la Nogueira si impegnava, *inter alia*, a mantenere l'abbonamento per un periodo di diciotto mesi a decorrere dalla data concreta di attivazione del servizio e ad effettuare un consumo minimo di euro sei per ciascuna linea. Essa si impegnava al contempo a non modificare le condizioni concordate con l'operatore. Si impegnava, inoltre, a pagare le fatture e a non disdire l'abbonamento alle altre linee telefoniche negoziate con il medesimo operatore. Veniva inoltre convenuto che, in caso di inadempimento del contratto, la cliente fosse tenuta a versare all'operatore un importo pari a euro trecento per linea mediante apposito procedimento. Poiché la debitrice esecutata (la signora Nogueira) non saldava alcune fatture e recedeva dal contratto prima dello scadere della sua durata minima, l'Asturcom presentava presso l'AEADE a Bilbao, il 16 febbraio 2005, una domanda di arbitrato nei suoi confronti per inadempimento del contratto. Con lodo emesso il 14 aprile 2005 la debitrice esecutata veniva condannata a pagare una somma pari a seicentosessantanove euro e sessantanove centesimi. Poiché essa non faceva valere in giudizio la nullità del lodo arbitrale, quest'ultimo diventava definitivo. Il 29 ottobre 2007 l'Asturcom presentava una domanda di esecuzione forzata nei confronti della signora Rodríguez Nogueira per la somma summenzionata e per ulteriori trecento euro a titolo di interessi e spese. Nell'ordinanza di rinvio il giudice *a quo* illustra innanzitutto i motivi per cui ritiene abusiva la clausola compromissoria contenuta nel contratto. Al riguardo rinvia in particolare alla circostanza che l'associazione cui è demandato l'arbitrato elabora essa stessa i contratti di telefonia, che nella clausola non viene né specificata la città in cui il tribunale arbitrale ha la propria sede né è prevista la possibilità di scegliere tra più città, e che i costi per recarsi presso il luogo dell'arbitrato sono superiori all'importo del credito principale. Il giudice del rinvio precisa, tuttavia, che la legge spagnola sull'arbitrato non obbliga né autorizza gli arbitri ad esaminare d'ufficio le clausole compromissorie e a dichiarare la nullità di quelle che risultino nulle o abusive. Il giudice del rinvio dubita della compatibilità di queste regole processuali con il diritto comunitario. Ha, pertanto, sospeso il procedimento al fine di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se la tutela dei consumatori garantita dalla direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 1993/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, implichi che il giudice chiamato a pronunciarsi su un'istanza di esecuzio-

ne forzata di un lodo arbitrale definitivo, emesso in assenza del consumatore, rilevi d'ufficio la nullità della convenzione arbitrale e, di conseguenza, annulli il lodo, in quanto contiene la detta convenzione una clausola abusiva pregiudizievole per il consumatore»³².

In questo caso, il primo punto su cui la Corte è chiamata a pronunciarsi è l'estensione del divieto di pronunciare su una questione diventata *res iudicata*. Richiamando quanto precedentemente deciso nelle sentenze *Köbler*, *Kapferer* e *Fallimento Olimpclub*³³, la Corte ribadisce l'inviolabilità di una sentenza passata in giudicato qualora, come nel caso in questione, siano stati rispettati i parametri del giusto processo, i quali non sono violati dalla fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza nell'interesse della certezza del diritto. In particolare, la Corte afferma che il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio alla violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, del diritto comunitario da parte di tale decisione. In assenza di una normativa comunitaria in materia, le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano, infatti, nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi. Tuttavia, tali modalità non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna, in base al principio di equivalenza, né essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario, secondo il principio di effettività.

In primo luogo, la Corte sancisce che il rispetto del principio di effettività non può giungere al punto di esigere che un giudice nazionale debba non solo compensare un'omissione procedurale di un consumatore ignaro dei propri diritti - come nella causa che ha dato luogo alla citata sentenza *Mostaza Claro* - ma anche sopperire alla completa passività di un consu-

³² Conclusioni dell'Avvocato Generale Verica Trstenjak presentate il 14 maggio 2009 in causa n. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*, punti 21-28, EU:C:2009:305.

³³ Sentenze della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Gerhard Köbler c. Republik Österreich*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239, punto 38, EU:C:2003:513, massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 55; del 16 marzo 2006 in causa C-234/04, *Rosmarie Kapferer c. Schlank & Schick GmbH*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2585 ss., punti 20, 21, 22, EU:C:2006:178, massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 82; del 3 settembre 2009 in causa n. C-2/08, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle entrate c. Fallimento Olimpclub Srl*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 7501 ss., punti 22, 23, 24, EU:C:2009:506, in questa *Rivista*, 2010, p. 657 con commento di M. T. STILE, *La pronuncia della Corte di giustizia come evento sopravvenuto di interruzione dell'efficacia del giudicato nel tempo*, 2010, p. 661 ss.

mattore che – come la signora Nogueira nel caso di specie – non abbia partecipato al procedimento arbitrale e neppure proposto un'azione d'annullamento contro il lodo arbitrale divenuto, per tale fatto, definitivo. Per questi motivi, il lodo arbitrale di cui trattasi nella causa principale ha acquisito valore di *res iudicata* poiché il consumatore interessato non ha proposto ricorso d'annullamento avverso il lodo, entro il termine previsto dal diritto processuale nazionale.

In secondo luogo, secondo la Corte, il principio di equivalenza esige che il giudice nazionale giurisdizionalmente competente per la causa verifichi che le condizioni imposte dal diritto nazionale per applicare d'ufficio una norma di diritto comunitario non siano meno favorevoli delle condizioni che disciplinano l'applicazione d'ufficio delle norme nazionali di pari rango³⁴. La Corte a questo punto riprende quanto pronunciato nella sentenza *Mostaza Claro* in relazione alla natura imperativa dell'art. 6 della direttiva n. 93/13/Cee, sancendo che ad esso deve essere attribuito lo stesso valore di una disposizione nazionale di ordine pubblico. Ne consegue quindi che, qualora ad un giudice nazionale, nell'atto di dare efficacia esecutiva ad un lodo non più impugnabile, sia imposto di valutare d'ufficio la contrarietà della clausola compromissoria originaria alle norme nazionali d'ordine pubblico, tale giudice sarà parimenti tenuto a valutare d'ufficio anche il carattere abusivo di detta clausola compromissoria alla luce dell'art. 6 della direttiva n. 93/13/Cee, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine³⁵. Inoltre, continua la Corte, tale obbligo incombe del pari anche quando, nell'ambito del sistema giurisdizionale interno, un giudice nazionale disponga di una mera facoltà di rilevare d'ufficio la contrarietà di una clausola compromissoria con le norme nazionali d'ordine pubblico, in base a quanto precedentemente deciso in *van Schijndel e van Veen*³⁶.

Alla luce di quanto precede, la Corte ha interpretato la direttiva n. 93/13/Cee nel senso che un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di

³⁴ Vedi sentenza della Corte del 14 dicembre 1995 in cause riunite n. C-430/93 e n. C-431/93, *Jeroen van Schijndel e Johannes Nicolaas Cornelis van Veen c. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4705 ss., punti 13 e 17, EU:C:1995:441.

³⁵ Vedi sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2009 in causa C-243/08, *Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 4713, punto 32, EU:C:2009:350, annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 543.

³⁶ Vedi sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 1995 in cause riunite n. C-430/93 e n. C-431/93, *Jeroen van Schijndel e Johannes Nicolaas Cornelis van Veen c. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4705 ss., punti 13, 14, 22, EU:C:1995:441.

cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna. In tal caso, incombe a detto giudice di trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale, affinché il consumatore non sia vincolato da una clausola compromissoria abusiva.

Come è stato notato, l'art. 6 della direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, è stato elevato da parte della Corte di giustizia al rango di vero e proprio principio di ordine pubblico europeo, che deve essere preso in considerazione dalle corti nazionali di tutti gli Stati membri³⁷.

Questa decisione si riferisce, tuttavia, soltanto a una *species* del ben più ampio *genus* delle clausole compromissorie in controversie B2C, in quanto i tratti distintivi del caso in esame sono circoscritti soltanto al precedentemente osservato comportamento processuale assunto dal consumatore. La Corte, nel caso di specie, ha sottolineato, in primo luogo, che il consumatore non ha preso parte al procedimento arbitrale e, in secondo luogo, che la sua rinuncia ad impugnare il lodo entro i termini prescritti ha conferito al lodo autorità di *res iudicata*.

Alla luce della precedente disamina delle sentenze *Mostaza Claro* e *Asturcom*, poiché, come detto, la Corte limita la propria analisi alle specifiche dei casi in esame, rimane ancora incerto se un giudice nazionale possa valutare *ex officio* il carattere abusivo di una clausola compromissoria, contenuta in un contratto B2C non individualmente negoziato, quando il consumatore:

a. pur partecipando al procedimento arbitrale, prima manchi di obiettare di fronte al tribunale arbitrale la potenziale abusività della clausola compromissoria contenuta nel contratto e poi, una volta che il tribunale abbia reso un lodo a sé sfavorevole lasci inutilmente spirare i termini per l'impugnazione del lodo, a tale conferendo valore di cosa giudicata; e

³⁷ KARIN SEIN, *Protection of Consumers against Unfair Jurisdiction and Arbitration Clauses in Jurisprudence of the European Court of Justice*, in *Juridica International* XVIII/2011, p. 60: «The Court further stated that Article 6 of the Directive on unfair terms served as a provision that was extensively based on public interest (protection of consumers against unfair terms), and that is why Article 6 of the Directive had to be regarded as a provision of equal standing to national rules which rank, within the domestic legal system, as rules of public policy. Hence, Article 6 of the Directive, pursuant to which the Member States must ensure that unfair terms are not binding on the consumer, was promoted to the rank of public policy (ordre public)».

b. avendo obiettato la presunta abusività della clausola compromissoria contenuta nel contratto dinnanzi al tribunale arbitrale, decida poi di non impugnare il lodo a sé sfavorevole entro i termini previsti.

3. Conclusioni

Dall'analisi fin qui svolta emerge che la talvolta eccessiva protezione per i consumatori, prevista dalle normative europee ed incentivata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nei casi *Mostaza Claro* e *Asturcom* potrebbe causare problemi relativi al riconoscimento e all'esecuzione di lodi arbitrali stranieri in base al quadro normativo, offerto dalla Convenzione di New York.

In Europa, in base a quanto acutamente osservato da un commentatore, le dispute che coinvolgono consumatori «sono arbitrabili in linea di principio, tuttavia una clausola di arbitrato non è sempre resa esecutiva»³⁸. Secondo l'opinione di chi scrive, le controversie insorte dal mancato rispetto o dalla mancata esecuzione di obbligazioni assunte dalle parti, in contratti B2C, possono essere definite «quasi-arbitrabili». Il termine «quasi-arbitrabile» significa che, a meno che una legislazione nazionale non preveda norme imperative specifiche contro l'esecuzione di clausole arbitrali contenute in contratti B2C, tali per cui «la controversia non possa formare oggetto di compromesso secondo la legge dello Stato in cui riconoscimento ed esecuzione vengono richiesti» (vedi a tal proposito la legislazione svedese, osservata nel par. 2.1), una potenziale disputa tra consumatore e professionista potrà ritenersi arbitrabile, una volta che il giudice abbia verificato che la clausola compromissoria originaria non violi principi di ordine pubblico nazionale o europeo³⁹.

³⁸ JULIA HÖRNLE, *Legal controls on the use of arbitration clause in B2C Electronic Commerce contracts*, in *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2008, pp. 27-28: «It seems that consumer disputes can be submitted to arbitration in principle, subject to conditions. In other words, the laws of most jurisdictions impose conditions on the giving of consent, but do not exclude consumer arbitration agreements from arbitration altogether. In jurisdictions allowing the enforcement of post-dispute arbitration agreements it can also not be said that consumer disputes are not arbitrable as such. Therefore consumer disputes are arbitrable in principle, but an arbitration clause is not invariably enforced». Per un quadro sulla normativa italiana in relazione all'ammissibilità di clausole compromissorie in contratti Business to Consumer vedi: ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, fasc. 3, 2014, p. 997 ss.

³⁹ Alla luce di quanto esposto nei precedenti paragrafi in riferimento ad Europa e Stati Uniti e dimostrato come, con l'eccezione dell'ordinamento svedese, in ambedue gli ordinamenti le dispute B2C siano astrattamente arbitrabili, poiché non soggette all'articolo V(2)a della Convenzione di New York, per ottenere il riconoscimento di un lodo arbitrale straniero all'interno di un determinato Stato, assume rilievo preminente la conformità di tale lodo con i

In proposito, valga sottolineare che l'art. 6 della direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori è stato elevato da parte della Corte di giustizia al rango di principio di ordine pubblico europeo⁴⁰.

Pertanto, la circostanza che le corti nazionali europee siano obbligate, secondo i limiti esposti nella sentenza *Asturcom*, ad esaminare *ex officio* l'inammissibilità di una clausola compromissoria abusiva e dichiararne l'invalidità, nel caso in cui essa comporti uno svantaggio per il consumatore, potrebbe causare il rifiuto, per motivi di ordine pubblico, al riconoscimento e all'esecuzione in uno Stato europeo di un lodo arbitrale emesso negli Stati Uniti, poiché il *Federal Arbitration Act* non stabilisce speciali garanzie per la categoria dei consumatori.

Ad esempio, qualora un consumatore, cittadino di uno Stato europeo, ma residente negli Stati Uniti, dopo aver violato un contratto adesivo di licenza all'utilizzo di un *software*, venga condannato a rimborsare il produttore del suddetto *software* a seguito di un arbitrato, avente sede negli Stati Uniti, quale sarebbe il destino del lodo avverso il consumatore in Europa, nel caso in cui i beni del consumatore negli Stati Uniti siano solo parzialmente sufficienti a pagare il debito verso il produttore del *software* e quest'ultimo voglia agire anche contro i beni del consumatore, collocati in uno Stato europeo?

Invero, data l'impossibilità di fornire una soluzione generale valida per tutte le ipotesi, è presumibile affermare che le corti nazionali europee, chiamate a decidere sulla validità di clausole compromissorie in contratti non individualmente negoziati tra consumatori e professionisti, basino la propria decisione sia, in generale, sui sopra analizzati principi di ordine pubblico, sia, in particolare, sul bilanciamento operato dal contratto tra i diritti e i doveri derivanti alle parti.

Sempre in via di esempio, un lodo arbitrale, emanato da un tribunale arbitrale con sede in uno Stato europeo, avente giurisdizione in base ad una clausola compromissoria contenuta in un contratto di adesione, e successivamente dichiarato totalmente o parzialmente invalido da una corte nazionale di tale Stato membro per motivi inerenti al mancato rispetto delle norme poste a protezione dei consumatori, potrebbe, in casi estremi, es-

principi di ordine pubblico previsti dall'ordinamento giuridico, all'interno del quale venga richiesto il riconoscimento del lodo, secondo quanto previsto dall'articolo V(2)b della Convenzione di New York.

⁴⁰ KARIN SEIN, *Protection of Consumers against Unfair Jurisdiction and Arbitration Clauses in Jurisprudence of the European Court of Justice*, in *Juridica International*, cit. supra, nota 37.

sere riconosciuto e reso esecutivo in una giurisdizione extraeuropea, come quella statunitense, in base alla teoria dell'arbitrato delocalizzato⁴¹.

La soluzione più ragionevole per facilitare la trasportabilità del lodo da un sistema giuridico ad un altro, stimolare l'arbitrato in materia commerciale e incentivare il commercio transfrontaliero e *online* sembra essere quella di favorire un'interpretazione restrittiva dei motivi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione di un lodo, previsti all'articolo V della Convenzione di New York.

In particolare, sarebbe consigliabile limitare al minimo l'interferenza della corte nazionale, incaricata di riconoscere e rendere esecutivo un lodo straniero all'interno del proprio ordinamento giuridico.

Nell'opinione di chi scrive, una volta soddisfatti i requisiti di forma previsti dalla *lex loci arbitri*, scelta in buona fede dalla parte con maggiore potere contrattuale o individuata congiuntamente da entrambe le parti, lo scrutinio della corte nazionale, a cui venga chiesto il riconoscimento del lodo, dovrebbe limitarsi ad un'analisi sostanziale, considerando necessari e sufficienti i requisiti formali previsti dalla legge della sede dell'arbitrato.

La sopra citata analisi sostanziale dovrebbe essere limitata soltanto al rispetto dei principi di ordine pubblico internazionale e intrinsecamente internazionale⁴², tra cui rientrano i principi del giusto processo, evitando di rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo per motivi di ordine

⁴¹ In E. GAILLARD - J. SAVAGE, *Fouchard, Gaillard & Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, (1999), 976 è stato sostenuto che, sebbene un lodo annullato nello Stato di provenienza perda i benefici della Convenzione di New York, esso può in ogni caso essere riconosciuto dalle corti di un diverso Stato membro della Convenzione, secondo le leggi domestiche più favorevoli di quest'ultimo in base alle disposizioni dell'articolo VII. Nonostante la maggioranza degli Stati contraenti, principalmente per motivi di cortesia internazionale, siano generalmente restii ad accordare riconoscimento ed esecuzione a lodi annullati o sospesi da parte di corti nazionali dello Stato, in cui l'arbitrato aveva sede giuridica, le corti francesi, in particolare, si sono dimostrate propense a riconoscere alcuni di tali lodi stranieri, nel caso in cui lo specifico motivo di annullamento, appurato dalla corte del luogo dell'arbitrato, non rappresenti una ragione prevista dall'ordinamento francese per rifiutare riconoscimento ed esecuzione ad un lodo straniero. Nel caso *Société PT Putrabali Adyamulia v. Société Rena Holding* la *Cour de cassation* ha stabilito, nell'atto di dichiarare il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo annullato in Inghilterra, che «un lodo arbitrale internazionale, il quale non appartiene ad alcun ordinamento giuridico, è una decisione internazionale di giustizia, la cui validità deve essere determinata in base alle leggi applicabili nello Stato, in cui riconoscimento ed esecuzione sono richiesti». Anche alcune corti negli Stati Uniti d'America si sono dimostrate disposte a riconoscere lodi stranieri annullati dalle corti dello Stato della sede giuridica dell'arbitrato. Recentemente, nel caso *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral v. PEMEX*, la *United States District Court for the Southern District of New York* ha nuovamente confermato il principio secondo cui un lodo può essere confermato, nonostante sia stato oggetto di annullamento, qualora la sentenza straniera che ne abbia dichiarato l'annullamento fosse contraria all'ordine pubblico «al punto da essere contraria alle nozioni fondamentali di decenza e giustizia negli Stati Uniti».

⁴² Vedi introduzione.

pubblico interno⁴³, come ad esempio l'inammissibilità di clausole compromissorie in contratti *Business to Consumer*.

Attualmente, esiste un contrasto, a livello normativo e giurisprudenziale, tra l'approccio di favore verso le clausole compromissorie all'interno di contratti B2C adottato negli Stati Uniti e quello scettico scelto dall'Unione europea.

Negli Stati Uniti, secondo quanto previsto dalla Sezione II del *Federal Arbitration Act*, esiste una generale presunzione di validità di una clausola compromissoria, contenuta in contratti B2C, a meno che una delle parti non provi una causa di invalidità, prevista dalla legge generale sui contratti, come ad esempio frode, costrizione, coercizione, incapacità. In particolare, la causa invalidante più utilizzata, per rendere inefficace una clausola compromissoria, è quella della *unconscionability*, formale o sostanziale⁴⁴.

Pur non riconoscendo speciali disposizioni protettive per i consumatori, le corti statunitensi hanno, in molti casi, stabilito che il fatto che un consumatore esprima il proprio consenso ad una clausola compromissoria, contenuta in un contratto di adesione, non è autonomamente sufficiente ad assicurarne la validità⁴⁵. Tuttavia, contrariamente al quadro europeo,

⁴³ Vedi l'analisi condotta dall'ILA nell'introduzione.

⁴⁴ Contratti contenenti termini unilateralmente imposti da una parte con maggior potere contrattuale, a danno di una o più parti deboli, come i consumatori, possono talvolta essere interpretati come contratti di adesione. In particolare, ciò si verifica quando la parte debole non ha nessun potere di negoziare la definizione dei termini del contratto con la parte più forte. Tuttavia, anche se il contratto viene riqualficato come contratto di adesione, per essere invalido deve contenere previsioni in favore di una parte che siano talmente spropositate, oltraggiose e ingiuste da «scioccare la coscienza». Vedi *Harrington v. Atl Sounding Co.*, 602 F.3d 113, 125 (2d Cir. 2010) (substantive unconscionability exists only if the agreement «shocks the court's conscience»); *Circuit City Stores, Inc. v. Mantor*, 335 F.3d 1101, 1107 (9th Cir. 2003) (noting that substantive unconscionability requires that an agreement's terms are «so one-sided as to shock the conscience»); *Oesterle v. Atria Mgmt. Co.*, No. 09-4010-JAR, 2009 WL 2043492, at *3 (D. Kan. July 14, 2009) (unconscionability requires that a court find the contract provision at issue so outrageous and unfair as to «shock the conscience»). Il concetto di *unconscionability*, secondo la definizione data da RICHARD LORD nel manuale «*Williston on Contracts*», è stato creato per reagire a due tipi di abusi: il primo relativo alle carenze procedurali nel processo di formazione del contratto, come ad esempio la mancanza totale di potere negoziale di una delle parti; il secondo che si riferisce ai termini sostanziali del contratto e indaga se essi siano talmente irragionevoli da alterare in maniera inammissibile alcuni doveri fondamentali, imposti per legge nei confronti della parte forte. La Corte d'Appello degli Stati Uniti per il quarto distretto giudiziario, nel caso *Carlson v. General Motors Corp.*, ha aggiunto che ognuna di queste specie di *unconscionability* ha dei cugini nella *common-law*: *unconscionability* in senso procedurale ha molte similitudini con la frode e la costrizione nella formazione del contratto, e *unconscionability* in senso sostanziale ci ricorda contratti o clausole contrarie all'ordine pubblico o illegali.

⁴⁵ Vedi *Comb and Toher v Paypal, Inc.* (US District Court, ND Cal, San José Div 30 August 2002); *Iberia Credit Bureau v. Cingular Wireless LLC*, Sprint Spectrum Company, Centennial Wireless 379 F3d 159, 168169 (5th Cir. 2004); *Ting v AT&T* 319 F3d 1126, 1149 (9th Cir Cal 2003); *Brower v. Gateway 2000 Inc* 676 NYS 2d 569, 572 (1998); *Ross ed al. v Bank of America NA* (USA), No 05-cv-7116 (S.D.N.Y).

l'invalidità di una clausola compromissoria non può mai venire rilevata *ex officio* da una corte, ma soltanto su obiezione di parte, qualora essa dimostri un grave ed ingiusto svantaggio a suo danno.

Come messo in luce dal caso *Ross ed al. v. Bank of America NA (USA)*, il dibattito sulla protezione dei consumatori da talune clausole arbitrali, inserite dalle parti forti in contratti di adesione, è quanto mai vivo e in fermento. Speciali emendamenti a salvaguardia dei consumatori potrebbero essere introdotti al *Federal Arbitration Act*, ancor prima del raggiungimento di una sentenza nel caso *Ross*⁴⁶.

In Europa, il *test* di correttezza previsto dall'art. 3 della direttiva n. 93/13/Cee prevede che una clausola compromissoria, contenuta in un contratto B2C, per essere ritenuta valida, debba essere oggetto di negoziato individuale tra le parti o, in alternativa, debba essere redatta in buona fede e non provocare uno sbilanciamento dei diritti e doveri derivanti dalle obbligazioni contrattuali a sfavore del consumatore (si veda il precedente par. 2.1).

L'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia sembra suggerire che una clausola compromissoria, contenuta in un contratto B2C adesivo, debba, in prima battuta, al pari di una clausola compromissoria individualmente negoziata tra consumatore e professionista, soddisfare tutte le norme inderogabili previste a protezione dei consumatori – tra cui anche l'art. 6 della direttiva n. 93/13/Cee, visto sopra – e, in seconda battuta, una volta soddisfatte le disposizioni inderogabili, per dimostrare l'assenza di abusività, essere anche conforme alla direttiva n. 2011/83/Ce sui diritti dei consumatori, alla direttiva n. 93/13/Cee sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, al Regolamento n. 44/2001/Ce⁴⁷ in relazione al foro avente normalmente giurisdizione su di una controversia B2C (ove applicabile), al quadro normativo introdotto con la recente direttiva n. 2013/11/Ce e non creare un significativo sbilanciamento dei diritti e dei doveri che originano dal rapporto contrattuale.

Qualora le parti abbiano optato per un procedimento arbitrale, la direttiva n. 2013/11/Ce prevede disposizioni differenti, in base al tempo di conclusione del relativo accordo arbitrale. Da una parte, non è discutibile che un compromesso, concluso successivamente all'insorgere di una lite tra le parti, vincoli il consumatore a partecipare e a rispettare l'esito del procedimento. Dall'altra, in via generale, una clausola compromissoria

⁴⁶ *Ross ed al. v. Bank of America NA (USA)*, No 05-cv-7116 (S.D.N.Y.).

⁴⁷ Il Regolamento n. 1215/2012/Ce, in *Gu-UE* n. L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss., che ha sostituito il Regolamento n. 44/2001/Ce a partire da gennaio 2015, non modifica la normativa precedente.

non individualmente negoziata, stipulata precedentemente all'insorgere della lite, che obblighi il consumatore a rinunciare al suo diritto di accesso alle corti giudiziarie, non sembra avere effetto vincolante su quest'ultimo, a meno che non si tratti di arbitrato di consumo⁴⁸, secondo la maggior parte della dottrina e giurisprudenza⁴⁹.

In senso difforme da quanto affermato da dottrina e giurisprudenza prevalenti, è opinione di chi scrive che il recente quadro normativo introdotto dalla direttiva n. 2013/11/Ce sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori rappresenti il fondamento per quel tipo di «arbitrato disciplinato da norme giuridiche», che l'allegato alla direttiva n. 93/13/Cee, par. 1, lett. q., richiede per la validità di una clausola di arbitrato contenuta in un contratto B2C⁵⁰.

È necessario, tuttavia, sottolineare che la Raccomandazione n. 98/257/Ce suggerisce che i consumatori non dovrebbero in ogni caso essere vincolati da una clausola compromissoria non individualmente negoziata, contenuta all'interno di un contratto B2C. In particolare, il punto VI della Raccomandazione n. 98/257, intitolato «Principio di libertà», prevede che «l'adesione del consumatore alla procedura extragiudiziale non può derivare da un impegno che precede l'origine della vertenza, quando questo impegno ha come effetto di privare il consumatore del suo diritto di adire le giurisdizioni competenti per la risoluzione giudiziaria della controversia⁵¹».

⁴⁸ Vedi l'esempio spagnolo del Sistema Arbitral de Consumo al par. 2.1.

⁴⁹ In dottrina cfr.: J. W. HAMILTON, *Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice?*, (2006) 51 *McGillLJ* p. 693; J. M. MATTHEWS, *Consumer Arbitration: Is it Working Now and Will It Work in the Future?*, (2005) 79 *The Florida Bar Journal* p. 1; J. STERNLIGHT, AND E. JENSEN, *Using Economic Arbitration to Eliminate Consumer Class Actions: Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse?*, (2004) 67 *Law and Contemporary Problems* p. 75; J. STERNLIGHT, *Is Alternative Dispute Resolution Consistent with the Rule of Law*, (2006) 56 *DePaul Law Review* p. 569; J. STERNLIGHT, *In Defense of Mandatory Arbitration (If Imposed on the Company)*, (2007) 8 *Nevada Law Journal* p. 82; K. STEWART - J. MATTHEWS, *Online Arbitration of Cross-Border, Business to Consumer Disputes*, (2002) 56 *UMiamiLRev* p. 1119; T. STIPANOWICH, *The Arbitration Penumbra: Arbitration Law and the Rapidly Changing Landscape of Dispute Resolution*, (2007) 8 *Nevada Law Journal* p. 427. In generale, questa teoria è anche sostenuta, con sfumature diverse, in molteplici opere di PABLO CORTES - ESTEBAN DE LA ROSA - ARNO LODDER E JULIA HÖRNLE. In giurisprudenza cfr. sentenze della Corte di giustizia del 26 ottobre 2006 in causa n. C-168/05, *Mostaza Claro c. Centro Movil*, cit. supra, nota 17, punti 29-30, EU:C:2006:675; del 6 ottobre 2009 in causa n. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*, cit. supra, nota 12, punto 51, EU:C:2009:615, punti 49, 52. Vedi anche Raccomandazione n. 1998/257/Ce.

⁵⁰ Vedi l'allegato alla direttiva n. 93/13/Cee, par. 1, lett. q.

⁵¹ Secondo quanto stabilito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, nella sentenza del 18 marzo 2010 in cause riunite da n. C-317/08 a n. C-320/08, *Alasini c. Telecom Italia SpA*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 2213 ss., punto 40, EU:C:2010:146 «si deve rammentare che, secondo la giurisprudenza della Corte, anche se le raccomandazioni non sono destinate a produrre effetti vincolanti e non possono far sorgere diritti azionabili dai singoli dinanzi ad un giudice nazionale, esse non sono tuttavia del tutto prive di effetti giuridici. Infatti, i giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni ai fini della soluzione delle

In base all'opinione di chi scrive, tuttavia, qualora una clausola compromissoria, contenuta in un contratto B2C di adesione, rispetti tutte le sopra citate disposizioni normative poste a salvaguardia dei consumatori, non si rinvergono logiche ragioni in base alle quali le corti nazionali degli Stati membri dovrebbero disincentivare l'uso dell'arbitrato in materia civile e commerciale in controversie tra consumatori e professionisti.

Invero, lungi dall'aver svantaggi derivanti da un approccio favorevole verso la validità di tali clausole, le corti nazionali otterrebbero un significativo vantaggio dalla devoluzione di controversie riguardanti i consumatori alla giurisdizione arbitrale. Infatti, liberandosi del pesante fardello dei costi, in termini di tempo e di risorse, per la risoluzione di un elevato numero di liti dal basso valore economico, che nella maggior parte dei casi sono anche di relativa semplice soluzione, le corti sarebbero in grado di snellire il carico di lavoro arretrato, di offrire un servizio più rapido ed efficace e, soprattutto, di focalizzare la propria attenzione su dispute maggiormente complesse da un punto di vista strettamente giuridico.

Andrea Gallinucci*

SINTESI

L'interpretazione della direttiva n. 93/13/Cee da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea nei casi *Mostaza Claro* e *Asturcom* introduce alcune norme inderogabili di ordine pubblico europeo che possono, secondo i limiti analizzati, colmare d'ufficio talune lacune procedurali commesse dal consumatore. La posizione europea viene comparata a quella americana attraverso un'analisi dell'articolo V della Convenzione di New York del 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione di lodi arbitrali stranieri.

ABSTRACT

The Court of Justice of the European Union's interpretation of Directive 93/13/Eec in Mostaza Claro and Asturcom introduces some mandatory provi-

controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando esse siano di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali, adottate allo scopo di garantire la loro attuazione, o mirino a completare norme dell'Unione europea aventi natura vincolante». Vedi anche sentenze della Corte di giustizia del 13 dicembre 1989 in causa n. C-322/88, *Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles*, in *Raccolta*, 1989, p. 4407, punti 7, 16 e 18, EU:C:1989:646 nonché dell'11 settembre 2003 in causa n. C-207/01, *Altair Chimica c. ENEL Distribuzione Spa*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 8875, punto 41.

* Praticante avvocato / Studio Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP - Roma.

sions on European public policy, which could fill ex officio certain procedural gaps committed by consumers, according to the limits analyses in this work. The European jurisprudence is compared to the American one in light of article V of the 1958 New York Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA LE AZIONI DI RESPONSABILITÀ CIVILE DEVONO ESSERE CONSIDERATE COME RIENTRANTI NELLA «MATERIA CONTRATTUALE», AI SENSI DELL'ART. 5, PUNTO 1, LETT. A., DEL REGOLAMENTO (CE) N. 44/2001

Corte di giustizia

Sentenza del 13 marzo 2014 in causa n. C-548/12

Marc Brogsitter c. Fabrication de Montres Normandes EURL, Karsten Fräßdorf

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Spazio di libertà, sicurezza e giustizia - Competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale - Regolamento (Ce) n. 44/2001 - Competenze speciali - Art. 5, punti 1 e 3 - Azione di responsabilità civile - Natura contrattuale o extracontrattuale.

Azioni di responsabilità civile quali quelle di cui trattasi nel procedimento principale, di natura extracontrattuale nel diritto nazionale, devono tuttavia essere considerate come rientranti nella «materia contrattuale», ai sensi dell'art. 5, punto 1, lett. a., del Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, se il comportamento contestato può essere considerato un inadempimento alle obbligazioni contrattuali, quali possono essere determinate tenuto conto dell'oggetto del contratto¹.

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

¹ La controversia insorta tra il signor Brogsitter, cittadino tedesco, commerciante di orologi di lusso, e la Fabrication de Montres Normandes EURL, società francese avente sede

a Brionne, e il cittadino svizzero signor Fräßdorf ha fornito alla Corte l'opportunità di interpretare il Regolamento (Ce) n. 44/2001 (in *Guce* n. L 12 del 2001, p. 1) con riferimento ad alcune azioni proposte dal signor Brogsitter a causa di danni che avrebbe subito in seguito ad atti di concorrenza sleale.

Il ricorrente ha citato in giudizio il signor Fräßdorf maestro orologiaio che ha sviluppato meccanismi di orologeria per orologi da polso per conto del signor Brogsitter e la società Fabrication de Montres Normandes EURL di cui Fräßdorf era socio unico, per aver questi violato i loro impegni contrattuali avendo creato altri meccanismi di orologeria nonché casse e quadranti presentandoli in occasione di fiere mondiali.

Il signor Brogsitter ha, dunque, chiesto la cessazione delle attività contestate, nonché il riconoscimento del risarcimento danni a titolo della responsabilità extracontrattuale lamentando la violazione del segreto aziendale e del diritto della concorrenza.

La Corte di giustizia, investita della questione dal Landgericht Krefeld, ha chiarito che le parti sono vincolate da un contratto. Secondo la Corte di giustizia, il solo fatto che una delle parti abbia intentato un'azione di responsabilità civile contro l'altra non basta a far rientrare l'azione nella materia contrattuale ai sensi del Regolamento. È compito del giudice nazionale determinare se le azioni intentate dal ricorrente nel procedimento principale riguardino un risarcimento del danno la cui causa può essere considerata una violazione dei diritti e delle obbligazioni del contratto che vincola le parti nel procedimento principale. Tale circostanza sarebbe, infatti, indispensabile per decidere sul ricorso facendolo così rientrare nella materia contrattuale. Qualora non si ravvisasse tale circostanza la violazione sarebbe compresa nella materia degli illeciti dolosi o colposi ai sensi dell'art. 5, punto 3, del Regolamento (Ce) n. 44/2001.

SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA LE BIBLIOTECHE SONO AUTORIZZATE A DIGITALIZZARE LE OPERE PRESENTI ANCHE SENZA IL CONSENSO DEL TITOLARE DEI DIRITTI

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 settembre 2014 in causa n. C-117/13

Technische Universität Darmstadt c. Eugen Ulmer KG

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2001/29/Ce - Diritto d'autore e diritti connessi - Eccezioni e limitazioni - Art. 5, par. 3, lett. n. - Utilizzo a scopo di ricerca o di attività privata di studio di opere o altri materiali protetti - Libro messo a disposizione di singoli individui su terminali dedicati situati in una biblioteca accessibile al pubblico - Nozione di opera non soggetta a «vincoli di vendita o di licenza» - Diritto della biblioteca di digitalizzare un'opera contenuta nella propria collezione ai fini della sua messa a disposizione degli utenti su terminali dedicati - Messa a disposizione dell'opera su terminali

dedicati che ne consentano la stampa su carta o la memorizzazione su chiave USB.

La nozione di «vincoli di vendita o di licenza», di cui all'art. 5, par. 3, lett. n., della direttiva n. 2001/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, dev'essere interpretata nel senso che il titolare dei diritti e un'istituzione menzionata in tale disposizione, quale una biblioteca accessibile al pubblico, devono aver concluso un contratto di licenza o di utilizzo dell'opera in questione che indichi le condizioni alle quali tale istituzione possa utilizzarla¹.

L'art. 5, par. 3, lett. n., della direttiva n. 2001/29/Ce, in combinato disposto con il par. 2, lett. c., del medesimo art. 5, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro conceda alle biblioteche accessibili al pubblico, menzionate in tale disposizione, il diritto di digitalizzare le opere contenute nelle proprie collezioni, qualora tale atto di riproduzione risulti necessario ai fini della messa a disposizione degli utenti di tali opere, su terminali dedicati, nei locali delle istituzioni stesse².

L'art. 5, par. 3, lett. n., della direttiva n. 2001/29/Ce dev'essere interpretato nel senso che esso non riguarda atti quali la stampa di opere su carta o la loro memorizzazione su chiave USB, realizzate da utenti a partire da terminali dedicati situati in biblioteche accessibili al pubblico, menzionate in tale disposizione. Tali atti possono però, eventualmente, essere autorizzati sulla base della legislazione nazionale di trasposizione delle eccezioni o limitazioni di cui all'art. 5, par. 2, lett. a. o b., della direttiva medesima, purché, in ciascun singolo caso, le condizioni imposte da tali disposizioni siano soddisfatte³.

¹⁻³ Le questioni pregiudiziali sollevate dal Bundesgerichtshof tedesco riguardano una biblioteca accessibile al pubblico e hanno ad oggetto l'interpretazione della nozione di «opera non soggetta a vincoli di vendita o di licenza», di cui alla direttiva sul diritto d'autore, la digitalizzazione di opere in possesso delle biblioteche nonché la questione se gli utenti della biblioteca possano, oltre a consultare le opere digitalizzate, anche stamparle su carta e salvarle su una chiavetta USB.

La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 5, par. 3, lett. n., della direttiva n. 2001/29/Ce sul diritto d'autore (in *Guce* n. L 167 del 2001, p. 10) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la Technische Universität Darmstadt (gestisce una biblioteca regionale e universitaria) e, dall'altro lato, la casa editrice scientifica tedesca Eugen Ulmer KG in merito alla messa a disposizione del pubblico, da parte dell'Università, su terminali installati nei locali di una biblioteca, di un libro contenuto nella collezione di quest'ultima e i cui diritti di sfruttamento sono detenuti dalla stessa casa editrice. In sostanza, il politecnico aveva messo a disposizione dei propri utenti, in formato digitale, alcune opere tra cui un manuale scientifico edito dalla Ulmer. Gli studenti potevano consultare detto manuale, stamparlo in tutto o in parte su carta e memorizzarlo su chiave USB. Il Bundesgerichtshof, adito in ultima istanza dalla casa editrice, è stato chiamato a

chiarire se un'opera possa essere soggetta a vincoli di vendita o di licenza ai sensi della direttiva nell'ipotesi in cui il titolare dei diritti abbia proposto ad una biblioteca, per esempio, la conclusione di un contratto di licenza o di uso della stessa opera. In proposito, la Corte di giustizia ha sottolineato la necessità che le due istituzioni formalizzino in un contratto di licenza tutte le modalità di utilizzazione dell'opera contemplando la limitazione di cui all'art. 5, par. 3, lett. *n.* della direttiva.

Con la seconda questione pregiudiziale, la Corte è stata chiamata a chiarire se la limitazione suddetta conceda il diritto di riproduzione alle biblioteche accessibili al pubblico pur considerando che gli autori delle opere hanno il diritto di autorizzare o vietare la riproduzione delle opere stesse.

La biblioteca che rende accessibili al pubblico le opere della propria collezione realizza la «messa a disposizione» e pone in essere un atto di comunicazione ai sensi dell'art. 3, par. 1 della direttiva. Qualora alle biblioteche venisse negata la possibilità di procedere alla digitalizzazione delle proprie opere, il diritto di comunicazione previsto dalla direttiva sarebbe totalmente privo di effetti (sentenza del 13 febbraio 2014 in causa n. C-466/12, *Svensson e a.*, inedita in *Raccolta*, EU:C:2014:76).

La messa a disposizione deve perciò consentire a singoli individui solamente l'uso per scopi di ricerca o di attività di studio privata (cfr. art. 5, par. 3, lett. *n.*, della direttiva). «Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni ai diritti di cui agli artt. 2 e 3 (...) quando l'utilizzo abbia come scopo la comunicazione o la messa a disposizione, a singoli individui, a scopo di ricerca o di attività privata di studio, su terminali dedicati situati nei locali delle istituzioni di cui al par. 2, lett. c), di opere o altri materiali contenuti nella loro collezione e non soggetti a vincoli di vendita o di licenza (...)». Infine, e così conclude la Corte di giustizia, le biblioteche, pur essendo autorizzate a digitalizzare le opere consentendone così la consultazione agli studenti, non possono tuttavia autorizzare la creazione di copie analogiche o digitali delle copie digitali messe da loro a disposizione perché in tal caso si rientrerebbe nell'ipotesi contemplata dall'art. 2 della direttiva relativa alle riproduzioni.

L'Avvocato Generale ha evidenziato come il procedimento principale rivesta la natura di procedimento pilota e come lo stesso sia importante per le biblioteche, gli autori e le case editrici e, in particolare, per le case editrici scientifiche.

LIMITI POSTI AL DIVIETO DI EFFETTUARE REGISTRAZIONI ATTRAVERSO APPARECCHIATURE DI VIDEOSORVEGLIANZA

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 dicembre 2014 in causa n. C-212/13

František Ryneš c. Úřad pro ochranu osobních údajů

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 95/46/Ce - Tutela delle persone fisiche - Trattamento dei dati personali e libera circolazione dei dati - Nozione di «esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico» - Deroghe - Art. 3, par. 2 - Registrazione mediante una camera di videosorveglianza dell'entrata della casa della persona che utilizza il sistema di registrazione - Registrazione dello spazio pubblico e dell'accesso a una casa vicina.

L'art. 3, par. 2, 2° trattino, della direttiva n. 95/46/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, dev'essere interpretato nel senso che l'utilizzo di un sistema di videocamera, che porta a una registrazione video delle persone immagazzinata in un dispositivo di registrazione continua quale un disco duro, installato da una persona fisica sulla sua abitazione familiare per proteggere i beni, la salute e la vita dei proprietari dell'abitazione, sistema che sorveglia parimenti lo spazio pubblico, non costituisce un trattamento dei dati effettuato per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico, ai sensi di tale disposizione¹.

¹ La direttiva n. 95/46/Ce (in *Guce* n. L 281 del 1995, p. 31) contempla un'ampia disciplina di tutto il settore. Tuttavia, ai sensi dell'art. 3, par. 2, secondo trattino, la direttiva non trova applicazione ai trattamenti dei dati personali «effettuati da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere *esclusivamente* (corsivo aggiunto) personale o domestico».

La Nejvyšší správní soud (Corte suprema amministrativa, Repubblica ceca) ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione del precitato articolo nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato il signor Ryneš e, dall'altro lato, l'Ufficio per la protezione dei dati personali per aver il signor Ryneš commesso molteplici infrazioni in materia di protezione dei dati personali avendo installato, sotto il cornicione della propria abitazione, una telecamera di sorveglianza che filmava anche la strada pubblica e la casa di fronte.

Grazie al sistema di videosorveglianza del signor Ryneš è stato possibile individuare due persone sospettate di aver lanciato un proiettile con una fionda contro le loro finestre. La Corte di Cassazione ceca adita in ultima istanza da una delle due persone sospettate si è rivolta alla Corte di giustizia per chiarire se le azioni compiute dal ricorrente allo scopo di proteggere la proprietà, la salute e la vita dei proprietari della casa rientrino nel campo di applicazione della direttiva n. 95/46/Ce. Innanzitutto, la Corte di giustizia ha chiarito che un sistema di sorveglianza realizzato tramite una registrazione video delle persone, come quella posta in essere dal ricorrente e immagazzinata in un disco fisso, costituisce, conformemente all'art. 3, par. 1, della direttiva n. 95/46/Ce, un trattamento di dati personali automatizzato e l'immagine di una persona registrata da una telecamera costituisce un dato personale ai sensi della direttiva nel momento in cui consente di identificare la persona interessata.

La Corte di giustizia, in proposito, ha richiamato la propria giurisprudenza consolidata in base alla quale la tutela del diritto fondamentale alla vita privata, contemplato dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in *Gu-Ue* n. C 303 del 14 dicembre 2007, p. 1 ss.), impone che le deroghe alla tutela dei dati personali e le limitazioni di queste ultime debbano avvenire nei limiti dello stretto necessario (cfr. sentenze del 7 novembre 2013 in causa n. C-473/12, *IPI*, in *Raccolta elettronica, Raccolta generale*, novembre 2013, EU:C:2013:715; dell'8 aprile 2014 in cause riunite n. C-293/12 e n. C-594/12, *Digital Rights Ireland e a.*, inedita in *Raccolta*, EU:C:2014:238 e del 13 maggio 2014 in causa n. C-131/12, *Google Spain e Google*, inedita in *Raccolta*, EU:C:2014:317). Nel caso di specie, il sistema di videosorveglianza posto in essere dal ricorrente estendendosi allo spazio pubblico e rivolgendosi al di fuori della sfera privata del soggetto interessato non può essere considerato un'attività esclusivamente personale o domestica ai sensi della direttiva. Tuttavia, devono essere degni di attenzione gli interessi del titolare del trattamento legati ad esigenze di tutela dei beni, della salute e della vita.

IN UN SISTEMA DI PRENOTAZIONE *ON LINE*, I CONSUMATORI DEVONO ESSERE IN GRADO DI CONFRONTARE IN MODO EFFETTIVO LE TARIFFE AEREE PRATICATE DAI VETTORI

Corte di giustizia

Sentenza del 15 gennaio 2015 in causa n. C-573/13

Air Berlin plc & Co. Luftverkehrs KG c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 1008/2008 - Prestazione di servizi aerei nella Comunità - Art. 23, par. 1, secondo periodo – Prezzi trasparenti - Sistema elettronico di prenotazione - Modalità di presentazione delle tariffe passeggeri - Informazione sul prezzo definitivo del volo selezionato in ogni momento – Comparabilità effettiva dei prezzi dei servizi aerei.

L'art. 23, par. 1, secondo periodo, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 settembre 2008, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità, deve essere interpretato nel senso che, nell'ambito di un sistema di prenotazione elettronica come quello oggetto del procedimento principale, il prezzo finale da pagare deve essere precisato ad ogni indicazione dei prezzi dei servizi aerei, ivi compresa la loro prima indicazione¹.

L'art. 23, par. 1, secondo periodo, del Regolamento n. 1008/2008 deve essere interpretato nel senso che, nell'ambito di un sistema di prenotazione elettronica come quello oggetto del procedimento principale, il prezzo finale da pagare deve essere precisato non solo per il servizio aereo selezionato dal cliente, bensì parimenti per ogni singolo servizio aereo di cui sia esposta la tariffa².

¹⁻² La questione pregiudiziale sull'interpretazione del Regolamento comunitario n. 1008/2008 (in *Gu-Ue* n. L 293 del 2008, p. 3) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la compagnia aerea Air Berlin e, dall'altro lato, l'Unione federale delle centrali ed associazioni dei consumatori in merito alle modalità di presentazione delle tariffe passeggeri nell'ambito del sistema di prenotazione elettronica della stessa compagnia aerea.

Ai sensi dell'art. 23 del Regolamento oggetto di interpretazione, i supplementi di prezzo opzionali (per esempio: tasse, diritti aeroportuali, altri diritti, tasse o supplementi) legati ad un volo devono essere comunicati al consumatore in modo chiaro, trasparente e non ambiguo all'inizio di qualsiasi processo di prenotazione e devono essere accettati dal soggetto sulla base dell'esplicito consenso. Nel caso di specie, a parere del giudice del rinvio, la trasparenza tariffaria deve consentire ai soggetti di confrontare con obiettività i

prezzi dei servizi aerei praticati dai singoli vettori aerei. La nuova versione dell'art. 23 del Regolamento è stata introdotta, infatti, per evitare una pratica diffusa dai vettori, ossia quella di pubblicare le tariffe al netto delle tasse, diritti o supplementi di carburante. Le questioni pregiudiziali sono state risolte dalla Corte di giustizia nel senso che il prezzo finale da corrispondere deve essere precisato ad ogni indicazione dei prezzi dei servizi aerei, quindi fin dal momento della loro prima indicazione.

Secondo la Corte di giustizia l'obbligo, stabilito dall'art. 23, par. 1, secondo periodo, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008, di indicare «sempre», il prezzo finale, ivi incluse le spese inevitabili e prevedibili, sussiste già al momento della pubblicazione delle tariffe passeggeri, in qualsivoglia forma, e già prima dell'inizio del procedimento di prenotazione. Inoltre, e così conclude la Corte di giustizia, il consumatore deve essere in grado di raffrontare non solo il prezzo finale del servizio aereo selezionato, ma pure tutti i servizi aerei esposti che devono perciò essere completi e comprensivi di tutte le tasse, i diritti e le spese. Solo in tal modo può essere garantito l'obiettivo generale di trasparenza dei prezzi dei servizi aerei.

LA TUTELA DEL CONSUMATORE IN MATERIA DI PRODOTTI DIFETTOSI

Corte di giustizia

Sentenza del 5 marzo 2015 in cause riunite n. C-503/13 e n. C-504/13

Boston Scientific Medizintechnik GmbH c. AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse (causa n. C-503/13), Betriebskrankenkasse RWE (causa n. C-504/13)

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 85/374/Cee - Tutela dei consumatori - Responsabilità per danno da prodotti difettosi - Artt. 1, 6, par. 1, e 9, primo comma, lett. a. - Pacemaker e defibrillatore automatico impiantabile - Sussistenza di un rischio di guasto del prodotto - Lesione personale - Espianto del prodotto qualificato come difettoso e impianto di uno nuovo - Richiesta di rimborso dei costi dell'operazione per la sostituzione del prodotto difettoso.

L'art. 6, par. 1, della direttiva n. 85/374/Cee del Consiglio del 25 luglio 1985 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, deve essere interpretato nel senso che l'accertamento di un potenziale difetto dei prodotti appartenenti al medesimo gruppo o alla medesima serie di produzione, quali i pacemaker e i defibrillatori automatici impiantabili, consente di qualificare come difet-

*toso un siffatto prodotto senza che occorra riscontrare il suddetto difetto in tale prodotto*¹.

*Gli artt. 1 e 9, primo comma, lett. a., della direttiva n. 85/374/Cee devono essere interpretati nel senso che il danno causato da un'operazione chirurgica di sostituzione di un prodotto difettoso, quale un pacemaker o un defibrillatore automatico impiantabile, costituisce un «danno causato dalla morte o da lesioni personali», di cui è responsabile il produttore, qualora tale operazione sia necessaria per eliminare il difetto del prodotto interessato. Spetta al giudice del rinvio verificare se tale condizione sia soddisfatta nei procedimenti principali*².

¹⁻² Il Bundesgerichtshof ha chiesto alla Corte di giustizia di precisare la portata della nozione di difettosità del prodotto e di quella di danno risarcibile ai sensi della direttiva n. 85/374/Cee sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi (in *Guce* n. L 210 del 1985, p. 29), nell'ambito di alcune controversie che hanno visto contrapposti, da un lato, la Boston Scientific Medizintechnik GmbH (di seguito denominata: Boston Scientific) e, dall'altro lato, l'AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse (in causa n. C-503/13) (AOK) e la Betriebskrankenkasse RWE (in causa n. C-504/13), due enti di assicurazione sanitaria obbligatoria, in seguito ad interventi chirurgici di espianati di *pacemaker* e di un defibrillatore cardiaco.

I *pacemaker* e i defibrillatori commercializzati dalla società tedesca Boston Scientific sono risultati difettosi, in seguito ad alcuni controlli di qualità effettuati sugli stessi. Essi, infatti, potevano arrecare danno alla salute dei pazienti ai quali venivano impiantati. L'azienda produttrice, per far fronte a tale emergenza, ha invitato perciò i medici curanti a sostituire i *pacemaker* difettosi impiantati con prodotti nuovi (messi a disposizione gratuitamente) e a disattivare un interruttore nei defibrillatori.

Gli enti assicurativi dei pazienti che hanno dovuto essere sottoposti ad un intervento di sostituzione degli apparecchi hanno chiesto alla Boston Scientific il rimborso dei costi degli interventi.

La Corte di giustizia ha dovuto chiarire se l'accertamento di un potenziale difetto dei prodotti *pacemaker* e dei defibrillatori automatici impiantabili appartenenti alla medesima serie di produzione possa qualificare come difettosi tali prodotti senza che il difetto stesso venga dimostrato concretamente nei prodotti in questione. A parere della Corte di giustizia, la potenziale mancanza di sicurezza che insorge per i prodotti di cui alle cause principali, in seguito ai controlli di qualità effettuati dall'azienda di produzione, fa inevitabilmente insorgere la responsabilità del produttore ai sensi della direttiva n. 84/374/Cee. Ne consegue, infine, che il produttore è responsabile, ai sensi della direttiva, dei costi legati alle operazioni chirurgiche di sostituzione dei *pacemaker* difettosi a cui si sono dovuti sottoporre i pazienti/consumatori. Il giudice del rinvio avrà il compito di valutare, con riferimento ai defibrillatori, se sarà necessaria la loro sostituzione oppure la semplice disattivazione dell'interruttore difettoso (sul risarcimento alle vittime di un prodotto difettoso, cfr. sentenza 10 maggio 2001 in causa n. C-203/99, *Veedfald*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 03569, EU:C:2001:258 e in questa *Rivista*, 2002, p. 45, con commento di M. BORRACCETTI, *Prodotto difettoso usato per il trapianto di un organo umano: responsabilità dell'ospedale per danno da lesioni personali*, 2002, p. 51).

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA NOZIONE DI PRATICA COMMERCIALE SLEALE IN MODO PIÙ FAVOREVOLE AL CONSUMATORE

Corte di giustizia

Sentenza del 16 aprile 2015 in causa n. C-388/13

Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság con l'intervento di UPC Magyarország kft

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2005/29/Ce - Pratiche commerciali sleali - Informazione inesatta data da un'impresa di telecomunicazioni ad un solo abbonato sulle modalità di recesso dal contratto - Nozione di «pratica commerciale ingannevole» - Contrarietà alle norme di diligenza professionale - Intenzionalità del comportamento - Danno al consumatore - Sussistenza.

La direttiva n. 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva n. 84/450/Cee del Consiglio e le direttive n. 97/7/Ce, n. 98/27/Ce e n. 2002/65/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e il Regolamento (Ce) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), dev'essere interpretata nel senso che la comunicazione, da parte di un professionista a un consumatore, di un'informazione errata, come quella di cui al procedimento principale, dev'essere qualificata come «pratica commerciale ingannevole», ai sensi di tale direttiva, anche qualora tale comunicazione abbia riguardato un solo consumatore¹.

La direttiva n. 2005/29/Ce dev'essere interpretata nel senso che, nell'ipotesi in cui una pratica commerciale sleale soddisfi tutti i criteri indicati all'art. 6, par. 1, di tale direttiva per essere qualificata come pratica ingannevole nei confronti del consumatore, non occorre ulteriormente verificare se una pratica siffatta sia parimenti contraria alle norme di diligenza professionale, ai sensi dell'art. 5, par. 2, lett. a., della suddetta direttiva, perché tale pratica possa legittimamente essere ritenuta sleale e, pertanto, essere vietata ai sensi dell'art. 5, par. 1, della stessa direttiva².

¹⁻² La Corte di giustizia ha precisato che per pratica commerciale sleale può intendersi un'informazione inesatta indirizzata anche ad un solo consumatore.

La questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 2005/29/Ce (in *Gu-Ue*

n. L 149 del 2005, p. 22, e rettifica in *Gu-Ue* n. L 253 del 2009, p. 18) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság, l'Autorità ungherese per la tutela dei consumatori e, dall'altro lato, l'UPC Magyarország Kft. (di seguito denominato: UPC), un fornitore di servizi via cavo in merito a un'informazione errata fornita dall'UPC a uno soltanto dei suoi abbonati, che ha fatto scattare sulla bolletta costi aggiuntivi per il consumatore. In sostanza, l'UPC aveva comunicato al suo abbonato/consumatore una notizia errata sul periodo al quale si riferiva la fattura emessa incidendo così anche sulla scadenza del contratto di abbonamento al servizio. Il consumatore si è trovato, pertanto, a dover pagare gli arretrati riferiti al giorno in cui l'azienda ha fatto effettivamente terminare il contratto.

La Corte suprema ungherese, investita in ultima istanza, ha deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte di giustizia se il solo fatto che la comunicazione di un'informazione non veritiera venga fatta ad un solo soggetto consumatore possa integrare una pratica commerciale sleale ai sensi dell'art. 5 della direttiva n. 2005/29/Ce (sul conseguimento di un elevato livello di protezione dei consumatori, cfr. sentenze del 9 novembre 2010 in causa n. C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 10909, EU:C:2010:660; del 18 luglio 2013 in causa n. C-265/12, *Citroën Belux*, in *Raccolta elettronica, Raccolta generale*, luglio 2013, EU:C:2013:498; del 19 settembre 2013 in causa n. C-435/11, *CHS Tour Services*, inedita in *Raccolta*, EU:C:2013:574, annotata in questa *Rivista*, 2013, p. 460, e del 3 ottobre 2013 in causa n. C-59/12, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, in *Raccolta elettronica, Raccolta generale*, ottobre 2013, EU:C:2013:634, annotata in questa *Rivista*, 2013, p. 460, e, sull'ambito di applicazione della direttiva, cfr. sentenze *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, causa n. C-540/08, EU:C:2010:660, *loc. cit.*, e *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, causa n. C-59/12, EU:C:2013:634, *loc. cit.*).

A parere della Corte di giustizia, la comunicazione ad un privato di un'errata informazione da parte di una società nell'ambito del proprio servizio di assistenza post-vendita relativo ad abbonamenti a servizi di radiodiffusione televisiva via cavo costituisce una pratica commerciale ai sensi della direttiva ed è sleale e vietata in quanto ingannevole ai sensi dell'art. 5, par. 1 e 4. L'ingannevolezza, secondo la Corte di giustizia, si evince dal fatto che il consumatore dopo aver presentato la propria domanda di recesso da un contratto di servizi stipulato con un professionista, abbia ricevuto da quest'ultimo un'informazione errata circa la durata del rapporto non consentendo così al consumatore di effettuare una scelta consapevole con l'aggiunta, altresì, di addebiti di spesa.

La Corte di giustizia, richiamando le argomentazioni sviluppate nei punti da 31 a 47 della sentenza *CHS Tour Services*, causa n. C-435/11, *loc. cit.*, ha precisato che l'azione od omissione del professionista non deve necessariamente essere reiterata e rivolgersi a più di un consumatore. Inoltre, non occorre la prova dell'intenzionalità o della negligenza del professionista (cfr. art. 11 della direttiva). L'art. 6 della direttiva oggetto di interpretazione ha carattere preventivo: è sufficiente, infatti, che il professionista abbia comunicato un'informazione non corretta tale da indurre il consumatore a prendere una decisione commerciale a sé sfavorevole. Ne consegue che la condotta posta in essere dall'UPC costituisce una pratica commerciale sleale ed è vietata ai sensi della direttiva n. 2005/29/Ce. Si osserva che la Corte di giustizia è giunta ad una soluzione diametralmente opposta a quella esposta nelle proprie conclusioni dall'Avvocato Generale Wahl. Egli ha sottolineato come la comunicazione di false informazioni ad un solo consumatore, nei limiti in cui costituisca un unico evento isolato, non può essere considerata una «pratica commerciale» ai sensi della direttiva n. 2005/29/Ce.

**SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA NELLA STIPULA
DEI CONTRATTI DI ASSICURAZIONE I CONSUMATORI
DEVONO GODERE DI UNA MAGGIOR TUTELA**

I

Corte di giustizia

Sentenza del 23 aprile 2015 in causa n. C-96/14

Jean-Claude Van Hove c. CNP Assurances SA

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 93/13/Cee - Art. 4, par. 2 - Clausole abusive - Contratto di assicurazione - Valutazione del carattere abusivo delle clausole contrattuali - Esclusione delle clausole relative all'oggetto principale del contratto - Clausola intesa a garantire la presa a carico delle rate di un contratto di mutuo immobiliare a causa dell'inabilità totale al lavoro del mutuatario - Esclusione dal beneficio di tale garanzia in caso di idoneità riconosciuta ad esercitare un'attività retribuita o meno - Clausola contrattuale redatta in modo chiaro e comprensibile - Funzionamento concreto del meccanismo al quale la clausola si riferisce.

L'art. 4, par. 2, della direttiva n. 93/13/Cee del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che una clausola stipulata in un contratto di assicurazione e intesa a garantire la presa a carico delle rate dovute al mutuante in caso di inabilità totale al lavoro del mutuatario rientra nell'ambito dell'eccezione contenuta in questa disposizione solo nei limiti in cui il giudice del rinvio constati:

- da un lato che, tenuto conto della natura, dell'economia generale e delle stipulazioni dell'insieme contrattuale di cui la clausola fa parte nonché del suo contesto giuridico e fattuale, tale clausola fissa un elemento essenziale del suddetto insieme che, in quanto tale, caratterizza quest'ultimo e,

- dall'altro, che detta clausola è redatta in modo chiaro e comprensibile, vale a dire che essa è non soltanto intelligibile per il consumatore sul piano grammaticale, ma anche che il contratto espone in modo trasparente il funzionamento concreto del meccanismo al quale la clausola si riferisce nonché la relazione tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole, in modo che il consumatore sia posto in grado di valutare, sul

*fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche che gliene derivano*¹.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 29 aprile 2015 in causa n. C-51/13

Nationale-Nederlanden Levensverzekering Mij NV c. Hubertus Wilhelmus van Leeuwen

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Assicurazione diretta sulla vita - Direttiva n. 92/96/Cee - Art. 31, par. 3 - Informazioni da fornire al contraente contenute nella direttiva - Obbligo dell'assicuratore di fornire informazioni supplementari relative ai costi e ai premi diverse da quelle elencate nella direttiva - Principio della certezza del diritto.

*L'art. 31, par. 3, della direttiva n. 92/96/Cee del Consiglio del 10 novembre 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta sulla vita e che modifica le direttive n. 79/267/Cee e n. 90/619/Cee (terza direttiva assicurazione vita), deve essere interpretato nel senso che non osta a che un'impresa assicuratrice, sulla base di principi generali di diritto interno, quali gli «standard aperti e/o norme non scritte» in discussione nel procedimento principale, sia tenuta a comunicare al contraente talune informazioni supplementari, oltre a quelle di cui all'allegato II della direttiva in parola, a condizione che le informazioni richieste siano chiare, precise e necessarie alla comprensione effettiva da parte del contraente degli elementi essenziali dell'impegno e che garantiscano una sufficiente certezza del diritto, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare*².

*Gli effetti collegati dal diritto interno alla mancata comunicazione di siffatte informazioni sono, in via di principio, privi di rilevanza quanto alla conformità dell'obbligo di comunicazione all'art. 31, par. 3, della direttiva n. 92/96/Cee*³.

¹⁻³ Ancora una volta la Corte di giustizia si pronuncia sul tema delle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Nella causa n. C-96/14 la questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 4, par. 2, della direttiva n. 93/13/Cee (in *Guce* n. L 95 del 1993, p. 29) ha visto contrapposti, da un lato il signor Van Hove e, dall'altro lato, la CNP Assurances SA con riguardo alla presunta abusività di una clausola contrattuale stipulata in un contratto di assicurazione che include la definizione di inabilità totale al lavoro ai fini della presa a carico, da parte di tale società, delle rate dei mutui immobiliari sottoscritti dal ricorrente. In seguito all'infortunio del signor Van Hove, l'assicurazione ha rifiutato il rim-

borso, basandosi sul fatto che sebbene le condizioni di salute del ricorrente non erano più compatibili con la ripresa della sua precedente professione, egli aveva, tuttavia, la possibilità di esercitare un'attività professionale adeguata, a tempo parziale.

Il giudice del rinvio, al quale si è rivolto il signor Van Hove, ha deciso di rivolgersi alla Corte per chiarire se la clausola contenuta nel contratto di assicurazione stipulata dal ricorrente che avrebbe l'effetto di escludere il mutuatario dal beneficio della garanzia in caso di inabilità totale al lavoro, nel caso in cui fosse dichiarato idoneo ad esercitare un'attività professionale, anche se inidonea a procurargli reddito, possa snaturare di contenuto l'oggetto della polizza assicurativa. In sostanza, a parere della Corte di giustizia, occorre valutare innanzitutto se la clausola rientri nell'oggetto principale del contratto di assicurazione e, in secondo luogo, se sia stata redatta in maniera chiara e comprensibile. Nell'oggetto principale del contratto rientrano quelle clausole che fissano le prestazioni essenziali dello stesso (cfr. sentenze del 3 giugno 2010 in causa n. C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 4785, EU:C:2010:309, annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 302 e del 30 aprile 2014 in causa n. C-26/13, *Kásler e Káslerné Rábai*, inedita in *Raccolta*, EU:C:2014:282). Le clausole che rivestono un carattere accessorio, invece, non rientrano nell'oggetto principale del contratto. Nel procedimento principale la clausola contrattuale controversa dà la definizione di «inabilità totale al lavoro» e stabilisce le condizioni necessarie affinché un mutuatario possa beneficiare della garanzia del pagamento delle somme dovute da quest'ultimo a titolo di mutuo. Non si può escludere che la clausola delimiti il rischio assicurato come pure l'impegno dell'assicuratore.

Per valutare se la clausola sia stata redatta in maniera chiara e comprensibile ai sensi della direttiva n. 93/13/Cee, occorre avere presente che il sistema istituito dalla direttiva si basa sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista (cfr. sentenze *Kásler e Káslerné Rábai*, *loc. cit.* e del 26 febbraio 2015 in causa n. C-143/13, *Matei*, inedita in *Raccolta*, EU:C:2015:127).

L'espressione che fa sorgere alcuni dubbi si riferisce alla «ripresa di una qualunque attività retribuita o meno». Il consumatore può, infatti, non aver preso coscienza del suo significato data l'ampiezza della nozione di «attività» che può comprendere qualsiasi operazione o attività umana realizzata al fine di conseguire uno scopo preciso. In sostanza, il consumatore deve aver preso coscienza in modo trasparente del funzionamento concreto del meccanismo di assicurazione. Ne consegue che il giudice nazionale dovrà, sulla base di tali elementi, pronunciarsi sull'abusività o meno della clausola.

Nella causa n. C-51/13 la controversia tra l'assicurazione Nazionale-Nederlanden Levensverzekering Mij NV e il signor Van Leeuwen è scaturita da un contratto di assicurazione sulla vita che le parti hanno stipulato e il contenzioso ha riguardato, in particolare, l'importo dei costi e dei premi concernenti la copertura del rischio in caso di decesso a cui la polizza di assicurazione sulla vita, sottoscritta dal signor Van Leeuwen, faceva riferimento. Ai sensi del contratto sottoscritto, il premio può essere utilizzato sia per l'assicurazione sulla vita, sia per investimenti.

In sostanza, la questione sottoposta alla Corte di giustizia è se, prima della conclusione del contratto di assicurazione sulla vita, il signor Van Leeuwen avesse ricevuto informazioni sufficienti in relazione agli altri usi del premio e alla parte da investire. In tale ambito, alla Corte viene chiesto di interpretare l'art. 31 della direttiva n. 92/96/Cee (in *Guce* n. L 360 del 1992, p. 1), applicabile nel momento in cui il contratto di assicurazione sulla vita è stato concluso. La Corte di Rotterdam (Paesi Bassi) investita della questione ha chiesto, dunque, alla Corte di chiarire se un'impresa assicuratrice, sulla base della propria legislazione interna, sia tenuta a comunicare al contraente alcune informazioni supplementari oltre a quelle elencate nell'allegato alla direttiva n. 92/96/Cee. In proposito, la Corte di giustizia ha precisato che l'obbligo delle informazioni supplementari viene imposto nella misura in cui esso sia necessario alla realizzazione dell'obiettivo di tutela del consumatore e serva a raggiungere un sufficiente livello di certezza del diritto.

La Corte di giustizia ha precisato che, se da un lato gli Stati membri non sono tenuti ad imporre alle imprese di assicurazioni di comunicare ai soggetti informazioni supplementari, dall'altro lato, gli Stati membri devono individuare, sulla base dei propri ordinamenti, la base giuridica dell'obbligo di comunicare di informazioni supplementari per consentire ai consumatori un'effettiva comprensione del contratto che hanno stipulato.

UNO STATO MEMBRO PUÒ NEGARE IL RICONOSCIMENTO DELLA VALIDITÀ DI UNA PATENTE DI GUIDA IN SEGUITO AD UN COMPORTAMENTO ILLECITO DEL SUO TITOLARE

Corte di giustizia

Sentenza del 23 aprile 2015 in causa n. C-260/13

Sevda Aykul c. Land Dabden-Württemberg

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2006/126/Ce - Riconoscimento reciproco delle patenti di guida - Rifiuto di riconoscere, da parte di uno Stato membro, ad una persona che abbia guidato sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, la validità di una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro - Comportamento illecito del titolare della patente di guida successivo al rilascio di tale patente - Ritiro della patente di guida - Procedura di verifica dell'idoneità - Autorità competenti - Obiettivo di interesse generale di migliorare la sicurezza della circolazione stradale - Valutazione relativa all'idoneità in seguito ad un comportamento illecito del titolare di detta patente di guida - Legittimità.

Gli artt. 2, par. 1, e 11, par. 4, 2° comma della direttiva n. 2006/126/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, concernente la patente di guida, devono essere interpretati nel senso che non ostano a che uno Stato membro, nel cui territorio il titolare di una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro temporaneamente soggiorna, rifiuti di riconoscere la validità di tale patente a motivo di un'infrazione che il titolare di quest'ultima ha commesso in detto territorio successivamente al rilascio della patente stessa e che, conformemente alla legge nazionale del primo Stato membro, è di natura tale da determinare l'inidoneità alla guida di veicoli a motore¹.

Lo Stato membro che rifiuta di riconoscere la validità di una patente di guida, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, è competente a stabilire i requisiti che il titolare di una patente di guida deve soddisfare per riacquistare il diritto di guidare nel suo territorio. Spetta al giudice del rinvio esaminare se, applicando le proprie norme, lo Stato membro in questione in realtà non si opponga indefinitamente al riconoscimento della patente di guida rilasciata da un altro Stato membro. In tale prospettiva, spetta ad esso verificare se i requisiti previsti dalla normativa del primo Stato membro, conformemente al principio di proporzionalità, non superino i limiti di ciò che è appropriato e necessario

*per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla direttiva 2006/126, consistente nel migliorare la sicurezza della circolazione stradale*².

¹⁻² La questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 2006/126/Ce sulle patenti di guida (in *Gu-Ue* n. L 403 del 2006, p. 18) è stata proposta nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, una cittadina austriaca, la signora Aykul, titolare di una patente di guida rilasciata dalla Repubblica d'Austria, e, dall'altro lato, il Land Baden-Württemberg, per aver questi negato alla ricorrente l'utilizzo della patente di guida sul territorio tedesco in seguito ad un comportamento illecito della titolare: guida sotto l'effetto di cannabis (cfr. la precedente giurisprudenza della Corte in materia sul riconoscimento delle patenti di guida: sentenze del 29 aprile 2004 in causa n. C-476/01, *Kapper*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 5205, EU:C:2004:261, massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 542; del 26 giugno 2008 in cause riunite n. C-329/06 e n. C-343/06, *Wiedemann e Funk*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 4635, EU:C:2008:366, massimata in questa *Rivista*, 2009, p. 81; del 20 novembre 2008 in causa n. C-1/07, *Weber*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 8571, EU:C:2008:640; del 19 maggio 2011 in causa n. C-184/10, *Grasser*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 4057, EU:C:2011:324; del 1° marzo 2012 in causa n. C-467/10, *Akyüz*, in *Raccolta elettronica*, *Raccolta generale*, marzo 2012, EU:C:2012:112, massimata in questa *Rivista*, 2012, p. 78 e del 26 aprile 2012 in causa n. C-419/10, *Hofmann*, in *Raccolta elettronica*, *Raccolta generale*, aprile 2012, EU:C:2012:240).

Alla ricorrente è stato, dunque, negato di guidare in Germania con la sua patente di guida austriaca. Avrebbe potuto guidare presentando una perizia medico-psicologica che avesse provato la sua astinenza dall'assunzione di sostanze stupefacenti per un periodo di un anno. La signora Aykul ha, dunque, adito il Tribunale amministrativo di Sigmaringen, in Germania, il quale si è rivolto alla Corte di giustizia per verificare la compatibilità con il diritto comunitario della decisione contestata. In proposito la Corte di giustizia ha statuito che solo lo Stato membro di residenza è autorizzato ad adottare misure di restrizione, sospensione, revoca o annullamento di una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro le quali producono effetti in tutti gli Stati membri. Inoltre, uno Stato membro nel cui territorio è stata commessa un'infrazione è il solo competente a punire tale infrazione adottando un provvedimento di revoca della patente e dell'autorizzazione alla guida (art. 11, par. 4, della direttiva). Ne consegue, a parere della Corte di giustizia, che la decisione adottata nei confronti della signora Aykul rientra tra le legittime misure che uno Stato può adottare.

La Corte di giustizia ha chiarito, altresì, che lo Stato membro che rifiuta di riconoscere la validità della patente di guida è competente a determinare i requisiti che il titolare della patente stessa deve soddisfare per poter riacquistare il diritto di guidare sul proprio territorio. Uno Stato membro non può, infatti, opporsi in maniera illimitata al riconoscimento di una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro (cfr. sentenza del 29 aprile 2004 in causa n. C-476/01, *Kapper*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 5205, EU:C:2004:261; ordinanza del 28 settembre 2006 in causa n. C-340/05, *Kremer*, EU:C:2006:620; sentenze dell'1 marzo 2012 in causa n. C-467/10, *Akyüz*, in *Raccolta elettronica*, *Raccolta generale*, marzo 2012, EU:C:2012:112 e del 26 aprile 2012 in causa n. C-419/10, *Hofmann*, in *Raccolta elettronica*, *Raccolta generale*, aprile 2012, EU:C:2012:240). Nel caso di specie, è compito del giudice nazionale valutare se le norme tedesche si oppongano in maniera indefinita al riconoscimento della patente di guida della signora Aykul e se le modalità di riacquisto della patente di guida rispettino il principio di proporzionalità.

Infine, e così conclude la Corte di giustizia, la presentazione di una perizia medico-psicologica necessaria per poter riacquistare la patente costituisce una misura preventiva efficace e proporzionata all'obiettivo della direttiva che è quello di migliorare la sicurezza della circolazione stradale (l'idoneità può essere riacquistata anche dopo cinque anni senza la perizia indicata).

**LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SUL DIVIETO
DI DISCRIMINAZIONI FONDATE SULL'ORIENTAMENTO
SESSUALE IN CASO DI DONAZIONE DEL SANGUE**

Corte di giustizia

Sentenza del 29 aprile 2015 in causa n. C-528/13

Geoffrey Léger c. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes, Établissement français du sang

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Rinvio pregiudiziale - Sanità pubblica - Direttiva n. 2004/33/Ce - Requisiti tecnici relativi al sangue e agli emocomponenti - Donazione di sangue - Criteri di idoneità per i donatori - Criteri di esclusione permanente o temporanea - Persone il cui comportamento sessuale le espone ad un alto rischio di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili col sangue - Uomo che ha avuto rapporti sessuali con una persona dello stesso sesso - Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - Artt. 21, par. 1, e 52, par. 1 - Orientamento sessuale - Discriminazione - Giustificazione - Proporzionalità.

Il punto 2.1 dell'allegato III della direttiva n. 2004/33/Ce della Commissione del 22 marzo 2004 che applica la direttiva n. 2002/98/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a taluni requisiti tecnici del sangue e degli emocomponenti, deve essere interpretato nel senso che il criterio di esclusione permanente dalla donazione di sangue di cui a tale disposizione e relativo al comportamento sessuale ricomprende l'ipotesi in cui uno Stato membro, considerata la situazione in esso esistente, preveda una controindicazione permanente alla donazione di sangue per gli uomini che hanno avuto rapporti sessuali con una persona dello stesso sesso, laddove sia dimostrato, sulla base delle conoscenze e dei dati medici, scientifici ed epidemiologici attuali, che un simile comportamento sessuale espone dette persone ad un alto rischio di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili col sangue e che, nel rispetto del principio di proporzionalità, non esistono tecniche efficaci di individuazione di queste malattie infettive o, in difetto di tali tecniche, metodi meno restrittivi rispetto ad una siffatta controindicazione per garantire un livello elevato di protezione della salute dei riceventi. Spetta al giudice nazionale verificare se, nello Stato membro di cui trattasi, tali condizioni siano rispettate¹.

¹ La delicata questione scaturita dall'interpretazione della direttiva n. 2004/33/Ce (in *Gu-UE* n. L 33 del 2004, p. 30) nell'ambito di una controversia tra il signor Léger e il Ministero francese degli Affari sociali, della Sanità e dei diritti delle donne, unitamente al Centro ematologico francese, ha posto l'accento sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di una misura nazionale che escluda dalla donazione del sangue, in maniera permanente, gli uomini che abbiano o abbiano avuto rapporti sessuali con un altro uomo. In particolare, al signor Léger non è stato possibile effettuare donazioni di sangue per avere avuto una relazione sessuale con una persona dello stesso sesso. Per tale rifiuto, il ricorrente si è rivolto al Tribunale Amministrativo di Strasburgo lamentando la violazione della direttiva n. 2004/33/Ce. La normativa francese relativa ai criteri di selezione dei donatori di sangue prevede, nell'ambito dei rischi per il ricevente, l'esclusione in maniera permanente dalla donazione di sangue degli uomini che abbiano avuto rapporti sessuali con altri uomini.

L'organo adito ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia per chiarire se l'esclusione permanente dalla donazione di sangue legata al comportamento sessuale del soggetto e che potrebbe esporre a malattie infettive e trasmissibili con il sangue (cfr. punto 2.1 dell'allegato III della direttiva) possa giustificare l'esclusione permanente dalla donazione di sangue degli uomini che abbiano avuto rapporti sessuali con altri uomini.

A parere della Corte di giustizia, l'esclusione permanente può essere giustificata da un alto rischio di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili con il sangue. Il Tribunale amministrativo di Strasburgo, dopo avere valutato i dati derivanti dalla situazione epidemiologica in Francia ha verificato se l'esclusione permanente di cui trattasi sia conforme al divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale (cfr. sentenze del 10 maggio 2011 in causa n. C-147/08, *Römer*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 3591, EU:C:2011:286, annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 303 e del 22 maggio 2014 in causa n. C-356/12, *Glatzel*, inedita in *Raccolta*, EU:C:2014:350). La limitazione permanente dalle donazioni di taluni soggetti corrisponde a finalità di interesse generale che è quella della protezione della sanità pubblica e ancora, di ridurre al minimo il rischio di trasmissione di una malattia infettiva ai riceventi.

Inoltre, il principio di proporzionalità della normativa francese è rispettato solo se un elevato livello di protezione della salute dei riceventi non possa essere garantito mediante tecniche efficaci di ricerca dell'HIV e meno restrittive rispetto al divieto permanente della donazione di sangue per tutta la categoria costituita dagli uomini che hanno avuto rapporti sessuali con persone del loro stesso sesso. Sarà, pertanto, compito del giudice del rinvio verificare se esistono tecniche di ricerca efficaci del *virus* dell'HIV per evitare la trasmissione ai soggetti riceventi del *virus*.

Ne consegue che spetta al giudice del rinvio, al fine di garantire un elevato livello di protezione della salute dei soggetti riceventi, verificare il livello di rischio che in maniera individuale ciascun soggetto donatore presenta in ragione del proprio comportamento sessuale.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

IL CONSIGLIO DI STATO RESPINGE IL RICORSO DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO E CONFERMA L'ANNULLAMENTO DELLA SANZIONE AMMINISTRATIVA IRROGATA AGLI AGENTI MARITTIMI DEL PORTO DI GENOVA

I

Consiglio di Stato, sezione VI
Sentenza del 15 aprile-4 luglio 2014 n. 3406*

Presidente, *Severini* – Relatore, *Mosca*

Autorità garante della concorrenza e del mercato c. Csa s.p.a., K Line Italia s.r.l., Cma Cgmm Italy s.r.l., Associazione Agenti Raccomandatori Mediatori Marittimi Agenti Aerei, Coscon Italy s.r.l., Gastaldi & C s.p.a., Agenzia Marittima Prosper s.r.l.

Diritto *antitrust* - Legge 10 ottobre 1990 n. 287 - Decisioni delle Associazioni di categoria - Incidenza sulla concorrenza - Limiti - Assenza di distorsioni concorrenziali.

Nel caso di determinazione negoziata e bilaterale delle tariffe tra soggetti esponenziali di distinte categorie legati da un rapporto di fornitura di beni o servizi il suo effetto restrittivo della concorrenza non può ri-

* Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it. In argomento v. *infra*, p. 187 ss., il commento di *GIANLUCA BELOTTI*.

tenersi insito obiettivamente nella conclusione dell'accordo, non operando in modo diretto e immediato nel senso di escludere la competizione tra le imprese, ma deve invece essere dimostrato in concreto, e deve emergere dal complesso degli elementi concreti che caratterizzano la singola fattispecie.

II

**Consiglio di Stato, sezione VI
Sentenza del 15 aprile - 8 luglio 2014 n. 3464****

Presidente, *Severini* - Relatore, *Mosca*

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Medmar s.p.a., Agenzia Marittima Le Navi s.p.a., China Shipping (Italy) Agency Co. s.r.l., Yang Ming Italy s.p.a., Zim Italia s.r.l., Apl Italia Agencies s.r.l., Sediporto

Diritto antitrust - Legge 10 ottobre 1990 n. 287 - Decisioni delle Associazioni di categoria - Incidenza sulla concorrenza - Limiti - Assenza di distorsioni concorrenziali.

Nella ipotesi di determinazione negoziale e bilaterale delle tariffe tra soggetti esponenziali di distinte categorie legati da un rapporto di fornitura di beni, non è obiettivamente insito quell'effetto restrittivo della concorrenza che rappresenta il vulnus al mercato che la legge n. 287/1990 (legge antitrust) intende perseguire, o l'esistenza di una pratica concordata a tal fine predisposta.

** Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it.

**SPUNTI SU ALCUNE NOVITÀ DEGNE DI RIFLESSIONE
NELL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO *ANTITRUST*.
IN PARTICOLARE: COME POTER COSTITUIRE
LECITAMENTE UN CARTELLO?**

Sommario: *Premessa - 1. Il diritto antitrust e le società di consulenza aziendale: concorso dell'extraneus nell'illecito antitrust - 2. Il diritto antitrust e le società di private equity - 3. Come poter sfuggire al divieto antitrust per le imprese cartelizzate in Italia: un nuovo ruolo delle Associazioni di imprese?*

Premessa

Abbiamo assistito di recente a tre pronunciamenti, che certamente meritano l'attenzione dei cultori del diritto *antitrust* per la loro portata potenzialmente innovativa. Si tratta, rispettivamente, di due pronunce, a livello dell'Unione europea, da parte del Tribunale UE e della Commissione europea, e di una a livello nazionale da parte del Consiglio di Stato, il quale ha confermato le conclusioni alle quali era già giunto il TAR del Lazio.

La finalità delle poche pagine che seguono è quella di allertare le imprese interessate dai primi due provvedimenti e di sollecitare una serena riflessione sulle conseguenze che potrebbero derivare dal terzo.

È bene precisare, sin da subito, come queste pronunce si muovano in direzioni opposte: le prime due vanno nella direzione di allargare, a imprese fin qui escluse (società di consulenza e fondi di *private equity*), il perimetro dell'indagine e delle relative sanzioni, confermando nel primo caso il concorso dell'*extraneus* nell'illecito *antitrust* ed equiparando nel secondo il fondo di *private equity* a qualsiasi altra impresa controllante. La terza, invece, si muove nel senso opposto di escludere l'illecito *antitrust* qualora la concertazione tra imprese concorrenti sia propedeutica al perfezionamento di un accordo inter-professionale, reso per giunta pubblico.

Si osserva, peraltro, come il carattere pubblico dell'accordo (il)lecito non potrà certo costituire un esimente, giacché l'esperienza mostra che l'eventuale pubblicità dell'accordo sui prezzi rende, paradossalmente, più facile la sua implementazione, risultando più improbabili i fenomeni di devianza per le imprese cartellizzate che scelgano di fare la fronda. Fenomeno, quest'ultimo della devianza, piuttosto comune nei cartelli segreti, che rende una buona metà dei cartelli, fortunatamente per noi, inefficaci.

Le tre decisioni di cui si è detto e che qui vengono analizzate, attoniscono alla:

a. responsabilità delle società di consulenza aziendale che facilitano lo scambio d'informazioni sensibili in un'intesa illecita, sancendo, riconfermandolo, il concorso dell'*extraneus* nell'illecito *antitrust*¹;

b. responsabilità solidale delle società di *private equity* per l'illecito *antitrust* commesso dalla filiale controllata coinvolta in un cartello;

c. possibilità pratica di eludere il divieto *antitrust* per le imprese più accorte e/o spregiudicate, le quali, coinvolgendo sapientemente le loro Associazioni, delegano ad esse il perfezionamento del cartello, nei termini indicati dal Consiglio di Stato in una sua recente sentenza, che conferma la valutazione sul punto già fornita dal TAR del Lazio. Entrambi i giudici amministrativi, pur non smentendo la ricostruzione fattuale dell'AGCM, ne contestano, ribaltandola, la valutazione giuridica. Infatti, a loro giudizio, «(...) nell'ipotesi di determinazione negoziale e bilaterale delle tariffe tra soggetti esponenziali di distinte categorie legate da un rapporto di fornitura di beni, non è obiettivamente insito quell'effetto restrittivo della concorrenza che rappresenta il vulnus al mercato che la legge intende perseguire, o l'esistenza di una pratica concordata a tal fine predisposta»².

Da queste conclusioni, peraltro, scaturiscono alcuni problemi di coerenza a livello di applicazione dell'art. 101 TFUE nell'Unione europea, potendosi legittimamente dubitare che il giudice dell'Unione o di altro Stato membro dell'Unione, possa pervenire alle medesime conclusioni raggiunte dai nostri giudici nazionali, qualora questi fossero stati interessati da un caso analogo³.

¹ Ossia di tutte quelle imprese che, pur non essendo manifestamente presenti e attive sul mercato del cartello, hanno contribuito e facilitato la sua realizzazione.

² Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza n. 3406 del 15 aprile 2014, depositata il 4 luglio 2014, (p. 15, ultimo paragrafo). Di identico contenuto è la sentenza n. 3464/2014, relativa allo stesso caso, stesso collegio giudicante, del 15 aprile 2014, depositata in data 8 luglio 2014.

³ Si osserva come già in passato il Consiglio di Stato colse di sorpresa la comunità *antitrust*, soprattutto in sede UE, con la sua decisione sui c.d. «gas tecnici» (*Rivora spa e altri*, sentenza n. 21/2008 del 7 marzo 2008), nella quale le conclusioni dell'AGCM furono sconfessate sulla base della circostanza che non fu data la prova che l'intesa spartitoria dei mercati,

1. Il diritto *antitrust* e le società di consulenza aziendale: concorso dell'*extraneus* nell'illecito *antitrust*

Si ritiene di affrontare, innanzitutto, il tema della responsabilità delle società di consulenza aziendale che facilitano lo scambio di informazioni sensibili in una intesa illecita o, più in generale, che facilitano il funzionamento del cartello.

Con decisione del lontano novembre 2009⁴, la Commissione europea sanzionò alcune imprese per un cartello nei c.d. stabilizzanti termici (utilizzati nell'industria del policloruro di vinile o PVC), finalizzato al rispetto reciproco delle quote di mercato e al coordinamento dei prezzi⁵.

Le imprese cartellizzate avevano deciso di ricorrere ai servizi di una società di consulenza aziendale terza (AC Treuhand⁶), per facilitare il funzionamento/coordinamento del cartello dai suoi uffici svizzeri.

In particolare, la AC Treuhand aveva organizzato riunioni tra le imprese cartellizzate, partecipandovi e fornendo alle imprese statistiche sull'andamento del mercato, dati di vendita individuali e dati sensibili sulle rispettive quote di mercato precedentemente raccolte e verificate, e si era altresì proposta per agire quale mediatore in caso di disaccordo, suggerendo alle imprese medesime come occultare le prove dell'infrazione. I fatti erano stati denunciati da una impresa cartellizzata, che decise poi di cooperare con la Commissione per ottenere l'immunità dalle sanzioni.

La Commissione aveva, perciò, deciso di sanzionare anche la società di consulenza per € 348.000; quest'ultima aveva poi impugnato la decisione dinanzi al Tribunale UE il quale, con propria sentenza del 6 febbraio 2014 (causa n. T-27/10)⁷, respingendo tutti e nove i motivi di impugnazione, aveva corroborato le conclusioni cui era già giunta la Commissione.

contestata alle imprese e che durò per ben tredici anni, fu raggiunta *in apicibus* risultando «del tutto inverosimile che essa potesse perpetrarsi con l'intervento di soggetti che ricoprivano mansioni strettamente operative nell'ambito delle imprese coinvolte» (pp. 15, par. 3 e 4). Certo è che appare difficile e frustrante per l'AGCM, e per i suoi funzionari, agire quotidianamente nella repressione dei cartelli, in presenza di un giudice così serenamente inflessibile. Non si potrà dire la stessa cosa a livello UE, là dove il giudice unionale appare, invece, spesso magnanimo nell'esercizio del suo sindacato giurisdizionale nei confronti delle indagini della Commissione. Più in generale, la qualità dei provvedimenti dell'AGCM non è certamente inferiore a quelle della Commissione europea. Tuttavia, statisticamente, molto maggiori sono i casi in cui il giudice amministrativo annulla i provvedimenti dell'AGCM. A ciascuno di voi spetta trarne le conclusioni.

⁴ Cfr. *Gu-Ue* n. C 307 del 12 novembre 2010, p. 9.

⁵ Si ricorda che la stessa società di consulenza era stata ritenuta dalla Commissione Ue corresponsabile in un cartello (cfr. sentenza del Tribunale UE dell'8 luglio 2008 in causa n. T-99/04, *AC Treuhand I*, sebbene, poi, la sanzione fu allora meramente simbolica.

⁶ www.actreu.ch. «Welcome to AC-Treuhand AG We are an independent consulting company offering a full spectrum of services tailored to national and international associations and interest groups».

⁷ Facilmente reperibile su www.curia.eu.

In particolare, il Tribunale statui che tutte le imprese che, a qualsiasi titolo, avessero partecipato a una intesa illecita, facilitandola, ad inclusione delle imprese non attive sul mercato coperto dal cartello, sarebbero state, correttamente e legittimamente, considerate dalla Commissione quali concorrenti nell'illecito e, di conseguenza, quali imprese sanzionabili, a condizione che esse vi avessero partecipato attivamente e consapevolmente, analogamente a quanto accaduto per la società di consulenza svizzera AC Treuhand.

Riguardo al requisito della consapevolezza, lo stesso Tribunale ricorda, poi, come questo vada valutato alla stregua della prassi decisionale della Commissione e della giurisprudenza unionale, la cui conoscenza si deve presumere certa qualora si tratti di società di consulenza.

Questa sentenza dovrebbe indurre a grande cautela le imprese di consulenza che trattano, raccolgono e distribuiscono dati sensibili a imprese tra loro concorrenti, a pena di vedersi coinvolte e sanzionate nell'illecito *antitrust* commesso dalle imprese loro clienti.

2. Il diritto *antitrust* e le società di *private equity*

Si affronta ora il tema della responsabilità solidale delle società di *private equity* con la filiale coinvolta nel cartello.

Se la Commissione si era da sempre mostrata ferrea nell'estendere alla società madre la responsabilità della figlia, potendo in tal modo sanzionare in modo molto più importante l'illecito⁸, la stessa si è sempre mostrata attenta a non estendere questo principio alla madre, laddove quest'ultima era una società di *private equity*.

Dopo cinque anni di indagine, lo scorso 2 aprile 2014 la Commissione sanzionò, per complessivi € 302 milioni, un cartello decennale che aveva coinvolto undici imprese produttrici di cavi elettrici. La Commissione concluse che le imprese cartellizzate avevano deciso di ripartirsi il mercato geograficamente, di fissare i prezzi e di coordinarsi nelle gare di appalto dei loro principali clienti⁹.

⁸ La soglia massima del 10% sul fatturato annuo della sanzione risulta spesso moltiplicata a seconda che il 10% lo si calcoli sul fatturato della figlia, oppure su quello consolidato della madre. È questa una specificità del diritto *antitrust*, dove la sanzione è soprattutto stabilità basandosi non tanto sulla natura degli addebiti, ma sul fatturato di chi compie l'illecito, giungendosi a sanzioni spesso sproporzionate con i fatti contestati, ciò che desta da sempre le più grandi riserve in chi scrive.

⁹ La sintesi della decisione è stata pubblicata in *Gu-Ue* n. C 319 del 17 settembre 2014, p. 10 ss.

Tra le imprese sanzionate vi era anche la società italiana Prysmian, acquisita nel 2005 da *Goldman Sachs Capital Partners* («GS»), prima di allora controllata dal gruppo Pirelli.

Nella sua qualità di azionista principale della Prysmian, GS è stata sanzionata per ben € 37 milioni¹⁰. In ciò la novità della decisione: mentre le imprese *holding* controllanti da tempo sono pacificamente condannate, in via solidale, con le imprese figlie coinvolte in un cartello, i fondi/società di *private equity*, sebbene controllanti l'impresa cartellizzata, sfuggivano alle sanzioni *antitrust*, godendo di un trattamento di ingiustificata magnanimità¹¹.

Come è noto, per il diritto della concorrenza, la sanzione è imposta al gruppo di imprese che agiscono come un unico gruppo e sotto un'unica direzione. L'impresa madre e l'impresa figlia sono considerate, insieme, come un'unica impresa ogni qualvolta non si riesca a dimostrare che l'impresa figlia agisse indipendentemente dalla madre, senza subire, nemmeno in parte, l'influenza di quest'ultima nelle sue decisioni di *business*. Il fatto per la madre di nominare la maggioranza del CdA depone da solo a sfavore di quanto sopra, minando in radice la linea difensiva consistente nel sostenere che la madre comunque non sapeva quanto la figlia facesse.

L'impostazione sopra descritta risponde alla necessità di spingere le imprese controllanti a verificare che le attività delle imprese controllate siano sempre conformi con il diritto *antitrust*.

Nel caso di specie, la Commissione ha concluso che GS non fosse direttamente parte del cartello né che ne fosse consapevole. Tuttavia, la Commissione si è limitata ad accertare la natura dei legami strutturali che sussistevano tra le due società (madre e figlia): in particolare, GS aveva i suoi rappresentanti nel CdA della controllata Prysmian; GS ha detenuto, per quasi due anni, il 100% dei diritti di voto in Prysmian, con la possibilità di revocare, in ogni momento, i membri del CdA per sostituirli con persone da GS scelte unilateralmente; GS, mensilmente, veniva informata circa l'andamento del *business* di Prysmian. Pertanto, non diversamente da qualsiasi altra società controllante in molti altri casi precedenti, anche GS

¹⁰ La Commissione ha sanzionato Prysmian per complessivi € 104,6 milioni, dei quali in via solidale con GS per € 37,3 milioni, e con Pirelli per i restanti € 67,3 milioni.

¹¹ In un precedente caso (nel cartello dei compressori per frigoriferi), GS, ultima *parent company* dell'impresa coinvolta ACC Compressors spa, non solo sfuggì *in extremis* alla sanzione, ma l'impresa controllata coinvolta nel cartello ACC Compressors, poi finita in concordato, si vide la sanzione ridotta del 70% invocando «*inability to pay defence*», che certo ACC Compressors non avrebbe potuto utilizzare con successo, qualora la Commissione avesse focalizzato la sua attenzione sul coinvolgimento di GS.

è stata sanzionata per l'illecito commesso dall'impresa controllata, sebbene si trattasse di una società di *private equity*.

Questa decisione è destinata ad avere un impatto piuttosto rilevante sulle società e sui fondi di *private equity*, i quali non potranno più godere della sostanziale immunità, di cui hanno sin qui beneficiato, da parte delle Autorità di concorrenza.

Le società di gestione di fondi di *private equity* dovranno, quindi, diventare familiari con il diritto *antitrust* in tema di cartelli, verificare, in via preventiva all'acquisto di una partecipazione di controllo e con specifica attività di *due diligence*, il possibile rischio *antitrust*, implementare programmi di conformità e *audit antitrust* su tutte le imprese da esse controllate.

3. Come poter sfuggire al divieto *antitrust* per le imprese cartellizzate in Italia: un nuovo ruolo delle Associazioni di imprese?

È qui oggetto di esame l'ultimo punto di questo breve scritto, ossia la possibilità per le imprese di eludere il divieto *antitrust* alla stregua del pronunciamento del Consiglio di Stato («CdS»)¹², che conferma e corrobora quanto già statuito dal TAR Lazio sul punto.

Nel luglio 2014, il CdS ha rigettato l'appello proposto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato («AGCM») contro la sentenza del TAR del Lazio¹³, confermando, nella sostanza, le conclusioni cui quest'ultima era giunta, e non pronunciandosi, peraltro e purtroppo, su altri aspetti anch'essi degni di rilievo di cui si scriverà *infra*, poiché assorbiti nella conferma del motivo principale.

Si riportano brevemente i fatti, che devono considerarsi come acquisiti in causa, giacché non sono stati oggetto di contestazione né di rivisitazione, bensì di diversa valutazione da parte dell'Autorità giudiziaria rispetto a quella dell'AGCM.

A seguito di segnalazione di un'impresa¹⁴, cui se ne aggiungeva una seconda nel corso del procedimento, l'AGCM giungeva alla conclusione che alcune imprese, attive nei servizi del trasporto marittimo di merci, avevano violato l'art. 101 del TFUE, concertando, in seno alla Commissione portuale

¹² Cfr. *supra*, nota 2.

¹³ Cfr. TAR del Lazio, Roma, sezione I, sentenza n. 362/2013 del 15 gennaio 2013, che aveva annullato la decisione dell'AGCM n. 23338 del 22 febbraio 2012 nel caso I1733 Assoagenti - Agenzie marittime.

¹⁴ Per opportuna trasparenza, si precisa che chi scrive faceva all'epoca parte del *team* di legali esterni che assisteva l'impresa (*leader* del mercato) segnalante il preteso cartello all'AGCM.

di Assoagenti, con sede a Genova, l'incremento dei loro servizi agenziali da praticarsi nei confronti degli spedizionieri. L'incremento, una volta concordato tra le imprese attive sul porto ligure, veniva poi ripreso in un accordo interprofessionale, negoziato e firmato tra la Assoagenti e l'omologa associazione degli spedizionieri. Tale accordo, veniva altresì considerato quale punto di riferimento anche negli altri principali porti italiani.

Peraltro, non sembra inopportuno segnalare come molte delle imprese coinvolte nel caso, nelle more del procedimento, avessero presentato formali impegni per desistere dalle condotte oggetto di indagine, molto probabilmente nella consapevolezza della loro illiceità; non si comprenderebbe, altrimenti, il senso dell'iniziativa. Tali impegni, tuttavia, vennero tutti respinti dall'AGCM.

La sentenza del TAR poggia, in sintesi, su due pilastri, sui quali preme richiamare l'attenzione del lettore stante la loro novità, che portarono il giudice amministrativo a pronunciarsi in favore dell'esclusione dell'illecito.

Il primo pilastro consiste nell'affermazione che il Porto di Genova non costituisce un mercato nazionale, e ancor meno comunitario, rilevante ai fini dell'analisi *antitrust*; il secondo, invece, consiste nel convincimento che non sussiste, nel caso *de quo*, una intesa o pratica anticoncorrenziale illecita, giacché l'attività di concertazione tra imprese concorrenti in seno all'associazione – che non veniva smentita – aveva come finalità quella di fornire indicazioni all'Associazione di imprese (Assoagenti) per la successiva negoziazione con l'analoga associazione che raggruppa i clienti delle imprese, ossia quella degli spedizionieri.

Per il TAR, in estrema sintesi, nella commissione portuale di Assoagenti – dove era stato accertato che le imprese si incontravano per discutere anche dei prezzi dei loro servizi agenziali – ci si limitava a un'attività preparatoria da considerarsi, di per sé, tanto lecita quanto necessaria, allo scopo di pervenire a una proposta negoziale (quella che Assoagenti avrebbe presentato alla sua omologa controparte), non potendosi attribuire ad essa alcuna valenza di intesa ai sensi dell'art. 101 TFUE.

Il Consiglio di Stato non si è pronunciato sul primo punto, avallando *in toto* il secondo, che assorbiva il primo.

Ad entrambe queste conclusioni, si crede di poter muovere le obiezioni e le perplessità qui di seguito evidenziate.

Quanto al primo aspetto, quello secondo il quale il Porto di Genova non costituisce un mercato nazionale e, ancor meno, un mercato comunitario rilevante, è possibile osservare come dalla lettura delle informazioni riportate nel proprio sito internet¹⁵, il Porto di Genova risulti essere il pri-

¹⁵ Cfr. www.porto.genova.it

mo porto italiano in termini di movimentazione complessiva di merce, pari a circa 55 milioni di tonnellate, che equivale a una media nell'anno di circa 1,7 tonnellate di merce sbarcata o imbarcata ogni secondo.

Tale Porto è, altresì, considerato fra i primi porti del Mediterraneo di destinazione finale, sia per il trasporto containerizzato sia per il traffico passeggeri, che ne fanno uno dei principali capolinea delle autostrade del mare del Mediterraneo.

La vicinanza ai maggiori centri di produzione industriale e di consumo del Nord-Ovest dell'Italia nonché la prossimità alle principali aree manifatturiere del centro Europa, fanno del Porto di Genova un'ideale porta di accesso da sud per i traffici marittimi da e per l'Europa, oltre che il naturale punto di riferimento per il commercio con l'Estremo Oriente che transita per il canale di Suez.

Peraltro, la stragrande maggioranza degli agenti operanti in Italia hanno scelto, non certo per caso, come loro sede principale proprio il Porto di Genova.

Orbene, fermo restando che dalla pronuncia del TAR non si rinvergono numeri o altri dati, né informazioni tali da mettere in discussione quanto riportato nel sito istituzionale del Porto di Genova, le risultanze raggiunte dal TAR dovrebbero, quanto meno, servire a trarre la conclusione che le intese aventi una valenza geografica locale, sia essa di ambito provinciale ovvero regionale (o macro-regionale), dovrebbero sfuggire al divieto *antitrust*, incidendo su un mercato che, per definizione, non è da considerarsi rilevante, quanto meno ai fini dell'applicazione del diritto unionale della concorrenza.

Da qui deriva che lecite sarebbero da considerarsi le intese tra rivenditori provinciali/regionali di beni di largo consumo, di automobili, motociclette e bicilette, *computer*, telefonini *et similia* nonché il fenomeno della risalita dei prezzi su piazza tipico della vendita dei beni agroindustriali; seguendo l'insegnamento del TAR Lazio, in tutti questi casi il mercato potrebbe essere considerato come non sufficientemente rilevante per dichiarare illecito l'accordo. Lo stesso vale per intese tra imprenditori che operano prevalentemente su base provinciale/regionale.

Gli esempi citati aiutano a cogliere prontamente la portata innovativa della sentenza in parola nonché a coglierne i suoi evidenti limiti.

È un vero peccato che il Consiglio di Stato non si sia pronunciato sul punto, che resta così in sospeso e che sarà certamente sollevato in un prossimo futuro in procedimenti dinanzi l'AGCM nonché in altri ricorsi dinanzi allo stesso TAR.

Quanto al secondo aspetto, ancor più innovativo – in forza del quale non sussisteva una intesa illecita giacché l'attività di concerto tra gli agen-

ti, non smentita, aveva come finalità quella di fornire indicazioni di prezzo dei servizi prestati alla loro Associazione per la successiva negoziazione con l'analoga associazione che raggruppava i clienti (gli spedizionieri) degli agenti, i cui risultati erano poi consolidati in un accordo pubblico – si osserva quanto segue.

I cartelli spesso non funzionano proprio perché alcune delle imprese deviano da quanto concordato; ciò nella speranza di acquisire quote di mercato con prezzi inferiori a quelli segretamente concordati con le altre imprese cartellizzate, a danno di queste ultime.

Chi ha assistito imprese cartellizzate sa bene che tale situazione è talmente ricorrente che talvolta le imprese cartellizzate incaricano imprese terze di consulenza per assicurarsi il rispetto del cartello, grazie ai controlli presso le imprese medesime e a un sistema di monitoraggio e raccolta dati.

Inoltre, quasi tutte le associazioni di imprese sono molto attente a evitare il loro coinvolgimento in discussioni/riunioni non programmate tra le imprese stesse, spesso non prestando agli associati nemmeno le loro sale riunioni e obbligando le imprese a riunioni clandestine in ristoranti, *hotel* o sale conferenze degli aeroporti. Questo è quanto i legali incaricati di assicurare la c.d. *compliance antitrust* da sempre riportano alle associazioni loro assistite.

Orbene, alla stregua di quanto deciso dal TAR e confermato dal CdS, tutto ciò non avrà più ragion d'essere.

Invero le imprese potranno, d'ora in poi e alla stregua dell'insegnamento richiamato nella due sentenze della magistratura amministrativa, dare mandato alla loro Associazione di negoziare con le omologhe associazioni che raggruppano i loro principali clienti un prezzo di rivendita/cessione dei loro beni/servizi nei termini e nelle forcelle di prezzo/tariffe concordati dalle imprese associate. Meglio ancora se decideranno di rendere questo accordo pubblico, ciò che permetterà al cartello di funzionare meglio, riducendo notevolmente i fenomeni di devianza e la necessità di una successiva negoziazione *one-to-one*.

Non ci sarà più, quindi, alcuna negoziazione verticale tra le imprese, tipo tra fornitore e distributore, poiché tutto è stato deciso nell'accordo interprofessionale reso pubblico, quindi a tutti ben conosciuto.

Il prezzo di negoziazione potrà essere deciso dalle imprese concorrenti in riunioni organizzate e presiedute dalla loro stessa associazione, nella totale trasparenza e liceità, giacché la loro presenza nei locali dell'associazione così come il contenuto della discussione si giustifica dal mandato a negoziare che già l'associazione ha ricevuto dagli associati.

In questo contesto, le discussioni tra imprese aventi ad oggetto i prezzi

ai quali cedere la loro merce, ovvero prestare i loro servizi, rappresenteranno, quindi, una mera attività propedeutica alla negoziazione per l'eventuale definizione e stipula dell'accordo interprofessionale tra le due associazioni di categoria.

Un esempio servirà a meglio chiarire quanto sin qui riportato. Si supponga che le imprese attive nell'industria del rottame decidano di concordare, in seno alla loro associazione, il prezzo di rivendita al chilogrammo, per evitare eccessivi ribassi che la negoziazione individuale talvolta comporta.

Ebbene, anziché agire nascostamente, esse si ritroveranno nei locali della loro associazione di categoria, dove decideranno di delegarle il compito di perfezionare annualmente un accordo con l'omologa associazione che raggruppa i loro principali clienti, le imprese siderurgiche, secondo una forcella di prezzo al chilogrammo che insieme essi hanno discusso e convenuto.

L'associazione dei *trader* di rottame, dal suo canto, sarà chiamata a negoziare il prezzo concordato con l'associazione che raggruppa le imprese siderurgiche, clienti delle prime, ai prezzi stabiliti insieme dai suoi associati. L'accordo tra le due associazioni sarà poi reso pubblico, ciò che aumenterà le probabilità di una sua effettiva applicazione.

Quanto sopra potrà valere per tutti i comparti industriali, dove vittime del cartello non sono i consumatori finali, bensì le imprese intermedie, dotate di una loro associazione.

Evidenti sono i vantaggi per le imprese cartellizzate derivanti dal raggiungimento di simili accordi, che sfuggirebbero così al controllo delle Autorità di concorrenza.

Inoltre e infine, la pubblicità dell'accordo impedirà alle imprese di accedere ai programmi di clemenza, che sono all'origine di tutte le più recenti procedure *antitrust* per pretesi cartelli. Pertanto, in tal modo, le imprese cartellizzate avranno anche la sicurezza che nessuna impresa concorrente potrà denunciarle all'Autorità di concorrenza.

4. Considerazioni conclusive

È appena il caso di aggiungere che, in un siffatto contesto di bizantine interpretazioni delle norme, la lotta ai cartelli – un tempo giustamente presentata come una priorità, non solo per il mercato e il consumatore, ma anche per la salvaguardia delle istituzioni democratiche e che già sta segnando il passo – non è destinata a un radioso futuro, in un Paese che ne avrebbe, invece, tremendamente bisogno, sia per smuovere i lacci che imbavagliano la nostra industria e la nostra economia, sia per giungere a una più matura democrazia.

Sulla concorrenza quale strumento di democrazia e non solo quale mezzo per assicurare ai consumatori prodotti/servizi migliori a prezzi competitivi, ci sia permesso ricordare, tra i tantissimi e i primi in Italia a esprimersi sul soggetto, l'autorevole intervento di uno dei padri della normativa *antitrust* italiana¹⁶.

Basterà poi digitare su internet «*antitrust and democracy*» per trovare decine di interessanti contributi dedicati alla questione dal pensiero universitario, soprattutto nord-americano.

In alcuni di questi si ricorda e si tenta di dimostrare il nesso tra promozione e salvaguardia della democrazia e necessità di una rigorosa normativa *antitrust*¹⁷, ciò anche sul presupposto che gli oligopoli che caratterizzavano l'industria tedesca negli anni Trenta del secolo scorso facilitarono l'ascesa del nazismo¹⁸; non a caso la Germania fu il primo Paese dell'Europa continentale a dotarsi di una normativa *antitrust*, fortemente voluta dagli occupanti americani, intesa come necessaria per confortare la nascente democrazia tedesca¹⁹.

Del resto, una serena e non partigiana analisi di quanto accaduto in Italia nel mercato oligopolistico dell'industria televisiva negli ultimi venticinque anni, dell'impatto esiziale che la mancata vigilanza *antitrust* su questo fenomeno ha avuto sulla qualità della nostra democrazia, porta ad accreditare la bontà di queste tesi sulle relazioni tra un'efficace normativa *antitrust* e la qualità della democrazia.

Anche da qui scaturisce la necessità di addentrarsi con la massima cautela su strade interpretative certo opinabili, che portano alla sostanziale disapplicazione del diritto *antitrust*.

Gianluca Belotti*

SINTESI

Negli ultimi anni, nonostante il severo inasprimento nella politica di repressione dei cartelli, tanto le società di consulenza aziendale che prestavano as-

¹⁶ GUIDO ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. Soc.*, 1995, p. 1 ss.

¹⁷ DAVID BARNEA, *Non efficiency goals in the Antitrust law of mergers*, in *William and Mary law review*, 30/1989, pp. 809-828.

¹⁸ DAVID GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German neo-liberalism*, in *American Journal of comparative law*, 42/1994, pp. 28 -29.

¹⁹ SIGRID QUACK e MARIE-LAURE DJELIC, *Adaption, Recombination and Reinforcement: The Story of Antitrust and Competition Law in Germany and Europe*, in WOLFGANG STREECK e KATHLEEN THELEN (eds.), *Beyond Continuity. Institutional Change in Advanced Political Economies*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 258-259.

* Avvocato specializzato in Diritto UE e Concorrenza

sistenza ad imprese cartellizzate quanto le società di *private equity* che controllavano imprese cartellizzate sono sfuggite alle sanzioni *antitrust*.

Da alcune recenti decisioni, la tendenza sembra ormai definitivamente capovolta, ciò che obbliga entrambe le categorie di imprese a una maggiore familiarità con la normativa *antitrust*.

Per altro verso, prendendo spunto da una sentenza sorprendente del Consiglio di Stato, si comprende che imprese tra loro concorrenti possono, in ambito associativo, lecitamente coordinare il prezzo al quale intendono fornire i loro servizi ai loro clienti, a condizione che questo sia formalizzato in un accordo pubblico negoziato dalla loro associazione con la omologa associazione che rappresenta le imprese cui le prime forniranno i loro beni/servizi. Inoltre, la pubblicità dell'accordo renderà improbabili i casi di deviazione dal cartello.

ABSTRACT

In the last years, although cartel investigations have become more frequent and fines heavier, both consultancy companies helping cartelized companies and private equity companies controlling cartelized companies escaped antitrust rules and fines.

Taking the cue from some recent decisions, this approach seems to be definitively over; that means that both consultancy and private equity companies must become for the future more familiar with antitrust law than they were in the past and assess in advance the risks they might be involved in conducting their business.

From another perspective, following a quite surprising decision adopted by the Italian Administrative Supreme Court, it seems now feasible for competitor players active in Italy to escape antitrust rules on cartels as long they charge their association to negotiate their previously agreed price with the homologue association representing their clients/customers and this final agreement between the two associations is publicly available.

In addition, the publicity of the agreement will make easier for the cartelized companies to enforce the cartel and reduce the role and likelihood of maverick companies deviating from the agreed prices.

LE RESPONSABILITÀ PER LA CONFORMITÀ DELLA FORNITURA DI INFORMAZIONI SUGLI ALIMENTI: OVVERO, ANCORA À LA RECHERCHE DE L'ANNEAU

Sommario: 1. *La genesi della nuova disciplina sulle responsabilità per la fornitura di informazioni sugli alimenti* - 2. *Contenuti essenziali dell'art. 8 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011* - 3. *Definizione delle responsabilità degli Operatori del Settore Alimentare: à la recherche de l'anneau* - 4. *Il giudizio di responsabilità a fini sanzionatori: l'incerto superamento della sentenza Lidl* - 5. *La sorte del dlgs n. 109/1992 nelle more del formale adeguamento dell'ordinamento italiano alla nuova disciplina comunitaria.*

1. La genesi della nuova disciplina sulle responsabilità per la fornitura di informazioni sugli alimenti

Dal 13 dicembre 2014 sono applicabili le disposizioni del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, in materia di fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori¹. Tra le non poche novità vi è certamente l'espressa e arti-

¹ Regolamento (Ue) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, che modifica i Regolamenti (Ce) n. 1924/2006 e (Ce) n. 1925/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga la direttiva n. 87/250/Cee della Commissione, la direttiva n. 90/496/Cee del Consiglio, la direttiva n. 1999/10/Ce della Commissione, la direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive n. 2002/67/Ce e n. 2008/5/Ce della Commissione e il Regolamento (Ce) n. 608/2004 della Commissione. Sul Regolamento (Ue) n. 1169/2011 cfr. i commenti di V. MAGLIO, *Il nuovo regolamento sull'informazione al consumatore relativa ai prodotti alimentari*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2011, p. 743 ss.; S. MASINI, *Diritto all'informazione ed evoluzione in senso «personalista» del consumatore (Osservazioni a margine del nuovo regolamento sull'etichettatura di alimenti)*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, I, p. 576 ss.; L. COSTATO, *Le etichette alimentari nel nuovo regolamento (UE) n. 1169/2011*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, I, p. 658 ss.; S. BOLOGNINI, *La disciplina della comunicazione business to consumer nel mercato agro-alimentare europeo*, Torino, Giappichelli, 2012, *passim*; P. BORGHI, *Diritto d'informazione nel recente regolamento sull'etichettatura*, in C. RICCI (a cura

colata disciplina delle responsabilità connesse alla conformità delle informazioni sugli alimenti da fornirsi al consumatore finale, contenuta essenzialmente nell'art. 8. Quest'articolo è stato salutato dai primi commenti come un elemento di chiarezza e di superamento delle incertezze appalesatesi sotto il precedente regime, imperniato sulla direttiva n. 2000/13².

L'intervento del legislatore comunitario su questo specifico punto si è giustificato in ragione degli esiti della *querelle* giudiziaria nota come *Lidl Italia c. Comune di Arcole*, decisa dalla Corte di giustizia con la sentenza del 23 novembre 2006 (causa n. C-315/05)³, la quale ha avuto il merito di portare in luce uno dei punti deboli dell'armonizzazione comunitaria in materia di etichettatura, presentazione e pubblicità degli alimenti: l'assenza di qualsivoglia indice normativo in materia di imputazione delle re-

di), *La tutela multilivello del diritto alla sicurezza e qualità degli alimenti*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 271-290; A. JANNARELLI, *La fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori nel nuovo reg. n. 1169/2011 tra l'onniprensività dell'approccio e l'articolazione delle tecniche performative*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, p. 38 ss.; L. RUSSO, *Deleghe normative e atti di esecuzione nel reg. (UE) n. 1169/2011*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, p. 47 ss.; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *The new European Regulation on Food Labelling: are we ready for the "D" day on 13 December 2014?*, in *European Food and Feed Law Review*, 2013, fasc. 3, p. 158 ss.; F. CAPELLI, *Responsabilità degli operatori del settore alimentare*, in questa *Rivista*, 2006, p. 391 ss., spec. p. 401.

² Direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, in *Guce* n. L 109 del 6 maggio 2000, p. 29 ss., più volte modificata. L'atto nazionale di attuazione è il dlgo n. 109 del 27 gennaio 1992, «Attuazione delle direttive n. 89/395/Cee e n. 89/396/Cee concernenti l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari», in *Guri* n. 39 del 17 febbraio 1992, più volte modificato ed integrato. In argomento: L. COSTATO, *Compendio di diritto alimentare*, Padova, Cedam, 2007, p. 263 ss.; V. MAGLIO, *La trasparenza dei prodotti alimentari: la funzione dell'etichettatura nella tutela del consumatore*, in *Contratto Impresa/Europa*, 2001, p. 311 ss.; R. O'ROURKE, *European Food Law*, Londra, Sweet and Maxwell, 2005, p. 55-74 e p. 129-138 e V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti, profili civili, penali e amministrativi*, Padova, Cedam, 2003, p. 320-323, D. PISANELLO, *La qualità agro-alimentare: corretta informazione e settore regolamentati*, in D. PISANELLO (a cura di) - C. BIGLIA e C. M. PELLICANO, *Guida alla Legislazione Alimentare - L'applicazione pratica, il controllo ufficiale, l'audit, le responsabilità, le sanzioni, l'etichettatura, la pubblicità*, Roma, EPC Libri, 2010, p. 409 ss.

³ Sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 2006 in causa n. C-315/05, *Lidl Italia c. Comune di Arcole* (d'ora in poi, per brevità, *sentenza Lidl*), in *Raccolta*, 2006, I, p. 11181, EU:C:2006:736, e in questa *Rivista*, 2006, p. 671 con commento di D. PISANELLO, *La disciplina in materia di etichettatura dei prodotti alimentari à la croisée des chemins. Commento alla sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 2006 in causa n. C-315/05*. La sentenza è stata commentata anche da A. ALEMANNI, *Protection des consommateurs et droit alimentaire (arrêt "Lidl Italia")*, *RDUE*, 2006, n. 4, p. 895 ss.; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *Responsabilidad del distribuidor sobre la veracidad del etiquetado*, in *Revista electronica de Derecho del Consumo y de la Alimentacion*, 2007, n. 8, p. 31 ss.; S. MASINI, *Sulla responsabilità dell'impresa commerciale di distribuzione*, in *Dir. giur. agr., alim. e amb.*, 2007, p. 233 ss.; F. ALBISINNI, *Dalla legislazione al diritto alimentare: tre casi*, in *Riv. dir. alim.*, 1/2007, p. 12; M.-E. ARBOUR, *Sicurezza alimentare e prodotti difettosi dopo Lidl e Bilka: un binomio sfasato?*, in *Danno e Resp.*, 2007, p. 989.

sponsabilità per mancato rispetto dei requisiti oggettivi posti dalla direttiva di riferimento (n. 2000/13).

Il caso sottoposto alla Corte di giustizia traeva origine da un verbale di accertamento di violazione (e sanzione amministrativa ai sensi) del dlgs n. 109/1992⁴ nei confronti del legale rappresentante della catena distributiva Lidl Italia per aver posto in vendita una bevanda alcolica, prodotta da un operatore in Germania, denominata «amaro alle erbe», sulla cui etichetta era indicato un titolo alcolometrico volumico di 35% non corrispondente a quello effettivo (33,91%). Il giudice di pace, innanzi al quale era stata portata l'opposizione ai sensi dell'art. 22 della legge n. 689/81, sospese il giudizio, aveva sottoposto la questione pregiudiziale relativa al contenuto degli obblighi comunitari in materia di etichettatura dei prodotti alimentari⁵. Il dubbio, sollevato dal giudice nazionale, riposava sul se, per quel tipo di infrazione, la sanzione prevista dalla legge italiana potesse essere indirizzata anche a carico del distributore finale che comprava quel prodotto per rivenderlo tal quale.

La decisione della Corte era stata «nel senso che non ostano ad una normativa di uno Stato membro, come quella controversa nella causa principale, che prevede la possibilità per un operatore, stabilito in tale Stato membro, che distribuisce una bevanda alcolica destinata ad essere consegnata come tale, ai sensi dell'art. 1 della detta direttiva, e prodotta da un operatore stabilito in un altro Stato membro, di essere considerato responsabile di una violazione di detta normativa, constatata da una pubblica autorità, derivante dall'inesattezza del titolo alcolometrico volumico indicato dal produttore sull'etichetta di detto prodotto, e di subire conseguentemen-

⁴ Dlgs 27 gennaio 1992, n. 109, «Attuazione delle direttive 89/395/CEE e 89/396 CEE concernenti l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari», in *Guri* n. 39 del 17 febbraio 1992, più volte modificato ed integrato. In merito, tra gli altri, V. MAGLIO, *La trasparenza dei prodotti alimentari*, cit. supra, nota 2, G. DE GIOVANNI, *Le etichette dei prodotti alimentari*, Bologna, Edagricole, 2004; D. PISANELLO, *La qualità agro-alimentare*, cit. supra, nota 2.

⁵ Vale ricordare le questioni pregiudiziali sottoposte al Giudice comunitario: «1) Se la direttiva 2000/13/CE (...), per quanto riguarda i prodotti preconfezionati di cui all'articolo 1 della [detta] direttiva (...), debba essere interpretata nel senso che gli obblighi normativi in essa previsti, ed in particolare quelli di cui agli articoli 2, 3 e 12, debbano essere considerati imposti esclusivamente al produttore dell'alimento preconfezionato; 2) In caso di risposta affermativa al primo quesito, se gli articoli 2, 3 e 12 della direttiva 2000/13/CE debbano essere interpretati nel senso che escludono che il semplice distributore, situato all'interno di uno Stato membro, di un prodotto preconfezionato (come definito dall'articolo 1 della direttiva 2000/13/CE) da un operatore situato in uno Stato membro diverso dal primo - possa essere considerato responsabile di una violazione contestata da un'Autorità pubblica, consistente nella differenza tra il valore (nella fattispecie titolo alcolometrico) indicato dal produttore sull'etichetta del prodotto alimentare preconfezionato e venga di conseguenza sanzionato anche se lo stesso (il semplice distributore) si limita a commercializzare il prodotto alimentare così come consegnato dal produttore dell'alimento stesso».

te una sanzione amministrativa pecuniaria, mentre si limita, nella sua qualità di semplice distributore, a commercializzare tale prodotto così come a lui consegnato dal produttore»⁶.

Ai più attenti commentatori siffatta decisione non è apparsa risolutiva in quanto del tutto carente circa i parametri giuridici in grado di orientare l'attività delle Autorità di controllo e l'operatore del settore⁷ e, non a caso, due diverse letture della medesima sono state proposte. Da un lato chi, valorizzando i riferimenti della Corte al Regolamento (Ce) n. 178/2002 e, in particolare, alla posizione di garanzia assunta dall'operatore alimentare – non solo per i profili attinenti alla sicurezza, ma anche con riferimento a tutte le disposizioni del diritto alimentare, ivi compresa l'etichettatura – ex art. 17, par. 1, ha ritenuto che, in base alla sentenza, fosse affermato il principio per il quale il distributore di prodotti alimentari fosse da considerare responsabile anche dei vizi intrinseci dello stesso⁸; dall'altro chi ritenendo che il contenuto decisorio della sentenza della Corte, lungi dall'imporre l'imputazione del semplice dettagliante (c.d. *final retailer*) per vizi anche intrinseci, si limitava a ribadire la competenza nazionale in fatto di trattamento sanzionatorio, invocava l'applicazione dei principi in tema di sanzioni amministrative previste dalla legislazione domestica⁹.

La prima tesi, in particolare, traeva spunto da un paio di *obiter dicta* contenuti nella sentenza *Lidl*, facenti riferimento al contenuto dell'art. 17 del Regolamento (Ce) n. 178/2002 il quale, come noto, impone a tutti gli operatori alimentari l'obbligo di conformità alla legislazione alimentare¹⁰. Tale dato, tuttavia, non era sembrato così dirimente da sovvertire il contenuto decisorio della sentenza della Corte che, invece, era chiaro nel riconoscere l'incompleta armonizzazione operata dalla direttiva n. 2000/13 in

⁶ Cfr. sentenza *Lidl*, punto 60.

⁷ Così F. CAPELLI, *Il regolamento (UE) n. 1169/2011 e le sue guide spirituali*, in *Riv. dir. alim.*, aprile-giugno 2014, p. 16, nello stesso senso anche D. PISANELLO, *La disciplina in materia di etichettatura dei prodotti alimentari à la croisée des chemins*, *cit. supra*, nota 3.

⁸ Così riassumono efficacemente le voci a sostegno della tesi della posizione della responsabilità del rivenditore finale per vizi anche intrinseci, F. BRUSA - S. GONZAGA, *Le responsabilità del distributore di sostanze alimentari e nuove norme sulle informazioni ai consumatori: superamento della Sentenza Lidl*, in *Alimenta*, aprile 2012. La tesi in parola è stata sostenuta da F. ALBISINNI, *Dalla legislazione al diritto alimentare: tre casi*, *cit. supra*, nota 3, e A. NERI, *La sentenza LIDL ovvero la Grande Distribuzione non è più la Grande Esente*, in *Alimenta*, n. 5/2007, editoriale.

⁹ In tal senso D. PISANELLO, *La disciplina in materia di etichettatura dei prodotti alimentari à la croisée des chemins*, *cit. supra*, nota 3.

¹⁰ Secondo cui «[s]petta agli operatori del settore alimentare e dei mangimi garantire che nelle imprese da essi controllate gli alimenti o i mangimi soddisfino le disposizioni della legislazione alimentare inerenti alle loro attività in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione e verificare che tali disposizioni siano soddisfatte».

merito al trattamento sanzionatorio¹¹. Più precisamente, in quanto la Corte aveva, nella sostanza, demandato la decisione alla legislazione dello Stato membro, entravano in gioco argomenti basati sul diritto sanzionatorio amministrativo (art. 3 della legge n. 689/81)¹² e sui principi generalmente riconosciuti dalla legislazione penale alimentare (art. 19 della l. n. 283/1962)¹³.

Questa seconda tesi trovava infine accoglimento con la sentenza del Giudice di Monselice il quale annullava l'ordinanza-ingiunzione sul rilievo che con riferimento ai vizi occulti non fosse esigibile un obbligo di controllo, e pertanto nessuna colpa fosse addebitabile in capo all'assunto trasgressore, osservando che «la normativa interna prevede che se il commerciante pone in vendita prodotti «originali» allo stesso non possono essere applicate sanzioni. Si doveva quindi, a monte, verificare se il prodotto posto in vendita fosse contraffatto o presentasse segni di alterazione. In assenza di detta preventiva verifica si perverrebbe all'assurdo per il quale il rivenditore, anche in presenza di confezioni inopinabilmente provenienti da produttori riconosciuti (come nel caso di specie) dovrebbe testare (magari a proprie spese) a campione o, per scrupolo, tutte le confezioni al fine di accertare la corrispondenza tra quanto indicato in etichetta e quanto effettivamente contenuto. Il combinato disposto delle direttive europee e della normativa interna porta quindi ad escludere una responsabilità del rivenditore nell'ipotesi di non corrispondenza tra quanto indicato dal produttore ove questi sia quello "originale" e lo stesso sia facilmente individuabile»¹⁴.

¹¹ Cfr. *sentenza Lidl*, punto 48 ove si legge che «[l]a Corte ha dichiarato che, se una materia non è disciplinata da una direttiva a causa dell'armonizzazione incompleta che essa comporta, gli Stati membri restano in linea di principio competenti a prescrivere norme in materia, purché tuttavia tali norme non siano tali da compromettere seriamente il risultato prescritto dalla direttiva di cui trattasi».

¹² Secondo cui «nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa». Autorevole dottrina ha affermato che la sanzione penale e quella amministrativa sono riconducibili ad un'unica categoria ontologica di pena, poiché identiche nella funzione, perseguendo entrambe in via primaria una finalità di prevenzione generale nello stadio della minaccia e di prevenzione speciale nello stadio di irrogazione (cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, VII edizione, Padova, Cedam, 2013, p. 975 s.

¹³ Che così recita: «le sanzioni previste dalla presente legge non si applicano al commerciante che vende, pone in vendita o comunque distribuisce per il consumo prodotti in confezioni originali, qualora la non corrispondenza alle prescrizioni della legge stessa riguardi i requisiti intrinseci o la composizione dei prodotti o le condizioni interne dei recipienti e sempre che il commerciante non sia a conoscenza della violazione o la confezione originale non presenti segni di alterazione».

¹⁴ Cfr. sentenza del Giudice di pace di Monselice n. 280 del 24 maggio-5 luglio 2007, in questa *Rivista*, 2007, p. 529 con commento di D. PISANELLO, *Applicazione della sentenza Lidl Italia all'interno degli Stati membri: legislazione interna e normativa comunitaria a confronto*, *ivi*, p. 533 ss.; B. KLAUS - A. H. MEYER, *The Liability of the Distributors in the Event on Infringements of Food Law - Case involving Lidl Italia: the Judgments of the Euro-*

Ricordata brevemente la vicenda e il suo esito, il tema dell'imputazione delle responsabilità per mancato rispetto dei requisiti oggettivi posti dalla direttiva quadro è entrato nel dibattito europeo; gli stessi lavori del Parlamento europeo hanno posto in evidenza la necessità di «definire con precisione "chi" è responsabile della presenza e dell'esattezza delle menzioni figuranti sull'etichetta di un prodotto alimentare preconfezionato?»¹⁵. In tale contesto, la Commissione in sede di proposta di nuovo regolamento, teso ad allineare la disciplina della comunicazione del prodotto alimentare alla nuova legislazione alimentare, non poteva mancare di legiferare sul punto.

2. Contenuti essenziali dell'art. 8 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011

Frutto dello sforzo legislativo volto a colmare la parziale armonizzazione summenzionata, è l'art. 8 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, rubricato «responsabilità», da intendersi al plurale¹⁶. Trattasi di un articolo composto di otto paragrafi sulla cui portata occorre adeguatamente riflettere per valutare quali innovazioni siano realmente e correttamente prefigurabili, anche sul piano sanzionatorio.

Per certo, l'art. 8 risponde alla prima, elementare, domanda relativa all'identificazione dell'OSA responsabile delle informazioni sui prodotti alimentari preconfezionati, come caldeggiato dallo stesso Parlamento europeo. In base al Regolamento (Ue) n. 1169/2011, infatti, «l'operatore del settore alimentare responsabile delle informazioni sugli alimenti è l'operatore con il cui nome o con la cui ragione sociale è commercializzato il prodotto o, se tale operatore non è stabilito nell'Unione, l'importatore nel

pean Court of Justice and the Giudice di Pace of Monselice, Italy, in European Food and Feed Law Review, 2008, vol. 3, n. 6, p. 407 ss.

¹⁵ Cfr. l'interrogazione scritta alla Commissione n. 95 dell'on. Jan Březina (H-0160/07) nella seduta tenutasi a Strasburgo il 15 marzo 2007: «[l]a sentenza "Lidl Italia" della Corte di giustizia, del 23 novembre 2006, non fa che aggravare la situazione di non pochi dettaglianti che, con le loro PMI, potranno essere considerati responsabili dell'esattezza delle menzioni che debbono obbligatoriamente figurare sull'etichettatura, a fronte di controlli irrealizzabili nella prassi. Ciò non mancherà di ingenerare maggiori quanto gravosi oneri amministrativi in ordine all'applicazione della legislazione comunitaria, risultando altresì in contrasto con le iniziative della DG Imprese (meglio legiferare, riduzione degli oneri amministrativi). Le altre conseguenze sono maggiori ostacoli agli scambi e minore protezione dei consumatori. E la Commissione consapevole dei problemi risultanti da tale sentenza? Intende essa giovare della revisione in corso della direttiva n. 2000/13/Ce per definire con precisione "chi" è responsabile della presenza e dell'esattezza delle menzioni figuranti sull'etichetta di un prodotto alimentare preconfezionato?».

¹⁶ La versione inglese, impiegata nel corso dei lavori, reca infatti la rubrica «*Responsibilities*».

mercato dell'Unione» (art. 8, par. 1, *reg. ult. cit.*). A tal proposito, è stato coniato un nuovo acronimo «OSARI», Operatore del Settore Alimentare Responsabile per le Informazioni¹⁷, che, per ragioni squisitamente pratiche, sarà impiegato nel prosieguo di questo contributo.

Per il Regolamento (Ue) n. 1169/2011, dunque, è l'impresa, nel cui nome o ragione sociale il prodotto è commercializzato, che assume la veste di OSARI. L'indicazione di tale operatore, peraltro oggetto di obbligo specifico ex art. 9, lett. (h.)¹⁸, ovvero, stando a una lettura che sta profilandosi, anche l'uso del marchio sono gli indici, entrambi di carattere esclusivamente formale, che consentono di rispondere alla domanda su «chi sia responsabile».

Il secondo paragrafo dell'art. 8 risponde alla domanda consequenziale, relativa all'oggetto della responsabilità, stabilendo in che cosa si sostanzia la posizione dell'OSARI: «[l]'operatore del settore alimentare responsabile delle informazioni sugli alimenti assicura la presenza e l'esattezza delle informazioni sugli alimenti, conformemente alla normativa applicabile in materia di informazioni sugli alimenti e ai requisiti delle pertinenti disposizioni nazionali» (art. 8, par. 2).

Pertanto, per il Regolamento (Ue) n. 1169/2011, l'OSARI, individuato mediante i criteri del primo paragrafo, è il soggetto cui compete l'obbligo giuridico di assicurare la presenza e l'esattezza delle informazioni. È questa la prima, sostanziale, novità della disciplina *de qua*. A ben guardare, se questa disposizione fosse stata applicabile nel caso *Lidl*, l'inesattezza dell'informazione sul contenuto alcolometrico avrebbe dovuto essere riferita al produttore (sito in Germania) che con il proprio nome aveva commercializzato il prodotto assunto non conforme, e ciò con le indubbe difficoltà operative, ampiamente poste in luce dai più attenti commentatori¹⁹.

Ma c'è di più, giacché l'art. 8, come detto, rappresenta la declinazione del generale obbligo di conformità alla legislazione alimentare, gravante su tutti gli operatori del settore alimentare in forza dell'art. 17, par. 1, del Regolamento (Ue) n. 178/2002, nell'ambito dell'informazione del consumatore di alimenti. Pertanto, l'art. 8 predispone altre norme che occorre qui considerare.

¹⁷ Cfr. F. BRUSA - S. GONZAGA, *Le responsabilità del distributore*, cit. *supra*, nota 8.

¹⁸ Ai sensi dell'art. 9, lett. h., infatti, deve essere fornita la informazione relativa a «nome o la ragione sociale e l'indirizzo dell'operatore del settore alimentare di cui all'articolo 8, paragrafo 1».

¹⁹ Così F. CAPELLI, *Il regolamento (UE) n. 1169/2011 e le sue guide spirituali*, cit. *supra*, nota 7.

In primis, l'art. 8, par. 3, del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 stabilisce che «[g]li operatori del settore alimentare che non influiscono sulle informazioni relative agli alimenti non forniscono alimenti di cui conoscono o presumono, in base alle informazioni in loro possesso in qualità di professionisti, la non conformità alla normativa in materia di informazioni sugli alimenti applicabile e ai requisiti delle pertinenti disposizioni nazionali». *In secundis*, l'art. 8, par. 5, del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 a mente del quale «[f]atti salvi i paragrafi da 2 a 4, gli operatori del settore alimentare, nell'ambito delle imprese che controllano, assicurano e verificano la conformità ai requisiti previsti dalla normativa in materia di informazioni sugli alimenti e dalle pertinenti disposizioni nazionali attinenti alle loro attività».

Tenendo a mente la *ratio* sottesa all'art. 8, non deve stupire che il Legislatore abbia voluto ulteriormente specificare obblighi o requisiti in materia di informazioni, prescrivendo ulteriori obblighi in capo agli operatori (produttore di ingredienti, additivi, aromi e simili, *co-packer*, conto-terzista, dettagliante, importatore, grossista, produttore intermedio, ecc.) che a vario titolo concorrono a rendere disponibili al consumatore gli alimenti nelle diverse forme cui siamo oggi abituati (prodotti preimballati, sfusi, preincartati, somministrati, erogati da distributori automatici, compravenduti tramite un sito internet). In tale direzione si pongono altre due disposizioni; la prima, contenuta all'art. 8, par. 6, a mente del quale «[g]li operatori del settore alimentare, nell'ambito delle imprese che controllano, assicurano che le informazioni sugli alimenti non preimballati destinati al consumatore finale o alle collettività siano trasmesse all'operatore del settore alimentare che riceve tali prodotti, in modo che le informazioni obbligatorie sugli alimenti siano fornite, ove richiesto, al consumatore finale»; la seconda, posta dall'ottavo e ultimo paragrafo, secondo cui «[g]li operatori del settore alimentare che forniscono ad altri operatori del settore alimentare alimenti non destinati al consumatore finale o alle collettività assicurano che a tali altri operatori del settore alimentare siano fornite sufficienti informazioni che consentano loro, se del caso, di adempiere agli obblighi di cui al paragrafo 2».

Le disposizioni dei par. 6 e 8 dell'articolo in commento, a ben guardare, prescrivono obblighi informativi strumentali alla fornitura di informazioni al consumatore finale. Questi due obblighi di informazione gravano sugli operatori intermedi i quali, oltre al dovere di dare le informazioni strettamente cogenti, potranno essere richiesti, dal loro avente causa, di fornire ulteriori informazioni che siano necessarie, da un lato, per appurare l'esattezza delle informazioni in etichetta, ad esempio il produttore in qua-

lità di OSARI ex art. 8, par. 2, ma anche per informare il consumatore finale di alimenti non preimballati, inclusi gli avventori di un ristorante²⁰ (ex art. 8, par. 8). Trattasi, infine, di obblighi informativi valevoli in chiave di integrazione degli obblighi contrattuali connessi a forniture di ingredienti o prodotti alimentari semi-trasformati che, v'è da ritenere, avranno un impatto anche in sede contrattuale.

Volendo riassumere il contenuto dell'art. 8, secondo una scansione che dal produttore si avvicina al consumatore, si può sintetizzare come segue:

1. tutti gli operatori del settore alimentare che forniscono alimenti o ingredienti alimentari ad altri operatori professionali che realizzeranno prodotti alimentari preimballati devono fornire, in aggiunta alle informazioni cogenti, *sufficienti informazioni* per consentire all'OSARI di verificare la presenza e l'esattezza delle informazioni riportate sull'etichetta (art. ex art. 8, par. 8, Regolamento (Ue) n. 1169/2011);

2. tutti gli operatori del settore alimentare che forniscono alimenti o ingredienti alimentari ad altri operatori professionali, tanto che siano produttori di alimenti confezionati destinati al consumatore finale, quanto che si tratti di operatori della ristorazione collettiva, devono trasmettere all'operatore del settore alimentare che riceve tali prodotti, tutte quelle informazioni di cui il consumatore, incluso l'avventore somministrato da un operatore della ristorazione collettiva, ha diritto di domandare e ricevere (art. ex art. 8, par. 6, Regolamento (Ue) n. 1169/2011);

3. tutti gli operatori del settore alimentare hanno l'obbligo di verificare la conformità ai requisiti previsti dalla normativa in materia di informazioni sugli alimenti e dalle pertinenti disposizioni nazionali «attinenti alle loro attività» (art. 8, par. 5, Regolamento (Ue) n. 1169/2011);

4. l'operatore che, con la propria ragione sociale o marchio, pone in commercio un prodotto preimballato (definito OSARI) deve garantire la presenza ed esattezza delle informazioni, cogenti o volontarie fornite al consumatore (art. 8, par. 1 e 2, Regolamento (Ue) n. 1169/2011);

5. gli operatori del settore alimentare, che non influiscono sulle informazioni relative agli alimenti, non devono fornire alimenti di cui conoscono o presumono, in base alle informazioni in loro possesso in qualità di professionisti, la non conformità alla normativa applicabile in materia di informazioni sugli alimenti e ai requisiti delle pertinenti disposizioni nazionali (art. 8, par. 3, Regolamento (Ue) n. 1169/2011).

²⁰ Sul punto si veda D. PISANELLO, *Il ruolo della ristorazione collettiva nell'informazione al consumatore si rinnova. Le sfide e le incognite del Reg. UE n. 1169/2011*, in *Ristorando*, novembre 2014.

3. Definizione delle responsabilità degli Operatori del Settore Alimentare: *à la recherche de l'anneau*²¹

Dalla ricognizione svolta risulta che, al quadro giuridico della direttiva n. 2000/13, mutata in merito ai profili soggettivi, si è sostituita una disciplina nella quale sono espressamente normati distinti obblighi informativi che, come detto, sono specificazioni espresse dell'obbligo generale di conformità di cui all'art. 17, par. 1, Regolamento (Ce) n. 178/2002.

Volgendo l'attenzione sulla figura e sugli obblighi dell'OSARI, è evidente che la sua identificazione sia sostanzialmente rimessa all'autonomia privata, frutto, cioè, di una libera scelta del/degli operatore/i del settore, atteso che, come si è avuto modo di osservare, il soggetto che appare sull'etichetta con il suo nome o ragione sociale ovvero con il suo marchio, si qualifica, ai sensi del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 come operatore responsabile della presenza ed esattezza delle informazioni, obbligatorie e volontarie, fornite in etichetta²².

Incidentalmente, è il caso di sottolineare come questa regola di imputazione della responsabilità, ancorata al momento della commercializzazione, trovi una corrispondenza con il criterio prescelto in sede di responsabilità civile per danno da prodotto difettoso di cui alla direttiva n. 85/374/Cee²³. Ai fini di quest'ultima, infatti, il termine «produttore» defi-

²¹ ARTHUR RIMBAUD, *Une Saison en Enfer - Nuit de l'Enfer*, ove si legge «Veut-on des chants nègres, des danses de houris ? Veut-on que je disparaisse, que je plonge à la recherche de l'anneau ? Veut-on ? Je ferai de l'or, des remèdes». Secondo YVON LE SCANFF, il riferimento all'anello (anneau) sarebbe un'allusione all'Anello del Nibelungo, ciclo di quattro opere (1853-1874) di Richard Wagner. Al termine del ciclo, l'anello, dopo un lungo periodo di impurità e maledizione, riemergendo dalle acque del Reno, dona al mondo nuova purezza, cfr. ARTHUR RIMBAUD - YVON LE SCANFF, *Une Saison en Enfer*, Hachette Education, 7 settembre 2005, p. 115.

²² Così F. CAPELLI, *Il regolamento (UE) n. 1169/2011 e le sue guide spirituali*, cit. supra, nota 7, il quale sottolinea altresì che soluzione analoga si ritrova nel settore dei cosmetici (art. 4, par. 3, del Regolamento (Ce) n. 1223/2009, che disciplina il settore dei cosmetici).

²³ Recepita nel nostro ordinamento con dpr n. 224 del 24 maggio 1988 «Attuazione della direttiva Cee numero 85/374 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, ai sensi dell'art. 15 della legge 16 aprile 1987, n. 183». La disciplina della responsabilità per danno da prodotto difettoso, modificata dal dlgs n. 25 del 2 febbraio 2001, attuazione della direttiva n. 1999/34, è oggi confluita nel dlgs n. 206 del 6 settembre 2005, «Codice del consumo, a norma dell'art. 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229», sub Titolo II della Parte IV, artt. 114-127. Sul tema, senza pretesa di completezza: C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, Giuffè, 1979; G. ALPA - M. BESSONE, *La responsabilità del produttore*, Milano, Giuffè, 1987; G. ALPA - M. BIN e P. CENDON, *La responsabilità del produttore*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. XIII, Padova, Cedam, 1989; R. PARDOLESI - G. PONZANELLI (a cura di), *La responsabilità per danno da prodotti difettosi (dpr 224/88)*, in *Nuove leggi civ. Comm.*, 1989; G. ALPA - U. CARNEVALI - F. DI GIOVANNI - G. GHIDINI - U. RUFFOLO - C. M. VERARDI, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Milano, Giuffè, 1990; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992; G. GIANNINI - M. POGLIANI, *La responsabilità da illecito civile: assicuratore*,

nisce «il fabbricante di un prodotto finito, il produttore di una materia prima o il fabbricante di una parte componente, nonché ogni persona che, apponendo il proprio nome, marchio o altro segno distintivo sul prodotto, si presenta come produttore dello stesso»²⁴. Il rilevato parallelismo, certa-

magistrato, produttore, professionista, Milano, Giuffrè, 1996; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1997 e F. CAFAGGI, *La responsabilità dell'impresa per prodotti difettosi*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, II, Padova, Cedam, 1997, p. 996. Inoltre: G. CALABRESI, *Costo degli incidenti, efficienza e distribuzione della ricchezza: sui limiti dell'analisi economica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, II, p. 7; F. GALGANO, *Responsabilità del produttore*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 995; A. DI MAJO, *La responsabilità per prodotti difettosi nella direttiva comunitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 21; F. GALGANO, *Grande distribuzione e responsabilità per prodotti difettosi*, in *Contratto e impresa*, 1992, p. 7; G. PONZANELLI, *Armonizzazione del diritto vs. Protezione del consumatore: il caso della responsabilità del produttore*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 728; R. CONTI, *Corte di giustizia e responsabilità del produttore. Un passo avanti e (tre) indietro nella tutela del consumatore?*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1144; R. PARDOLESI - A. PALMIERI, *Difetti del prodotto e del diritto privato europeo*, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 300; M. E. ARBOUR, *Corte di giustizia e protezione delle tradizioni giuridiche nell'interpretazione della direttiva CEE/374/85*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 379; G. NARDONE, *Tutela dell'acquirente finale di un bene difettoso e responsabilità del produttore*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 249 e G. B. FERRI, *Garanzia, rischio e responsabilità oggettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 867 ss. Per la giurisprudenza italiana relativa al dpr n. 224/88: Trib. Monza, 20 luglio 1993, in *Foro it.*, 1994, I, c. 252, con nota di G. PONZANELLI, *Dal biscotto alla mountain bike*; Trib. Milano, 13 aprile 1995, in *Danno e resp.*, 1996, p. 381, con nota di G. PONZANELLI, *Crollo di un letto a castello: responsabilità del produttore-progettista e del montatore*; Trib. Monza, 11 settembre 1995, in *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 353, con nota di C. MARTORANA, *L'orditoio: una macchina che non offre la sicurezza che si possono attendere ... le persone con alta statura*; Trib. Roma, 11 maggio 1998, in *Danno e resp.* 1998, p. 1147, con nota di G. PONZANELLI, *Anche le bottiglie italiane esplodono*, e in *Foro it.*, 1998, I, c. 3661, con nota di A. PALMIERI, *Dalla mountain bike alla bottiglia d'acqua minerale: un nuovo capitolo di un'opera incompiuta*; Trib. Milano, 31 gennaio 2003, in *Danno e resp.*, 2003, p. 634, con nota di A. BITETTO, *Oltre la siepe: la scala del giardiniere e la responsabilità da prodotto difettoso*; Trib. Torino, 17 maggio 2002, in *Danno e resp.*, 2003, p. 81, con nota di A. GIUSSANI, *I torti della Fiat verso i consumatori: la giustizia civile richiama le Dedra difettose*; Trib. Vercelli, 7 aprile 2003, in *Danno e resp.*, 2003, p. 1011, con nota di G. PONZANELLI, *Responsabilità oggettiva del produttore e difetto di informazione*; Trib. Roma, 3 novembre 2003 e Id., 4 dicembre 2003, in *Danno e resp.*, 2004, p. 527, con nota di G. PONZANELLI, *Causa probabile del danno e responsabilità del produttore*; Cass., 14 giugno 2005, n. 12750; Id., 29 aprile 2005, n. 8981 e Trib. Venezia, 14 febbraio 2005, tutte in *Danno e resp.*, 2006, p. 259 con nota di A. BITETTO, *Responsabilità da prodotto difettoso: strict liability o negligence rule?*; Trib. La Spezia, 26 ottobre 2005, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 465 con nota di M. GORGONI, *La responsabilità ex DPR n. 224/1988 tra rigurgiti giurisprudenziali e manovre normative e anche in Danno e resp.*, 2006, p. 173, con nota di G. PONZANELLI, *Stacco del tacco e difetto del prodotto* e Trib. Benevento, 24 febbraio 2006, in *Danno e resp.*, 2006, p. 1254, con nota di G. PONZANELLI, *Difetto del manico portabottiglie e responsabilità del produttore*; Cass., 15 marzo 2007, n. 6007 in *Resp. civ.*, 2007, p. 815 e Cass. 8 ottobre 2007, n. 20985, in *Resp. civ.*, 2007, p. 1014 con nota di M. TUOZZO, *Responsabilità da prodotto ed onere probatorio: il S.C., fortunatamente ci ripensa!* Cui adde: A. GERMANO, *La responsabilità del produttore agricolo e principio di precauzione*, in L. COSTATO (a cura di), *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, Padova, Cedam, 2003, pp. 743-750; G. PONZANELLI, *Estensione della responsabilità oggettiva anche all'agricoltore, all'allevatore, al pescatore e al cacciatore*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 792 e C. MARTORANA, *La responsabilità per prodotti agricoli difettosi*, in *Riv. dir. agr.*, 1992, I, p. 400.

²⁴ Art. 3, par. 1, direttiva n. 85/374/Cee. Questa definizione è sovrapponibile a quella che il Codice del consumo (dlgvo n. 206/2005) prevede all'art. 3, lett. d., come modificato dall'art. 3, comma 4, dlgvo 23 ottobre 2007, n. 221, ove definisce il *produttore* come «il fabbricante del bene o il fornitore del servizio, o un suo intermediario, nonché l'importatore del bene o del

mente opportuno, stanti le non trascurabili interrelazioni tra la disciplina della fornitura di informazioni sui prodotti alimentari e il *corpus* normativo generale a tutela del consumatore, è stato tuttavia alterato dall'intervento legislativo del 2007 (dlgvo 23 ottobre 2007, n. 221) con il quale si è aggiunto un comma 2-bis all'art. 115, comma 2-bis, il quale stabilisce che, ai fini degli artt. 114-127, per *produttore* deve intendersi «il fabbricante del prodotto finito o di una sua componente, il produttore della materia prima, nonché, per i prodotti agricoli del suolo e per quelli dell'allevamento, della pesca e della caccia, rispettivamente l'agricoltore, l'allevatore, il pescatore ed il cacciatore»²⁵. In altri termini, stando alla predetta novella, nell'ambito della responsabilità civile per danni da prodotto difettoso e in quello della sicurezza generale dei prodotti, il momento e le modalità della commercializzazione non svolgono la funzione di individuare il soggetto responsabile che, invece, è previsto dal Regolamento (Ue) n. 1169/2011.

La sfasatura tra i due ambiti normativi che il legislatore ha così introdotto, pone preliminarmente un dubbio di compatibilità comunitaria, per lo meno alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla direttiva di armonizzazione in tema di responsabilità per danno da prodotti difettosi, consolidata nel ritenere che la direttiva persegue, sugli aspetti che disciplina, un'armonizzazione globale delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri²⁶.

In secondo luogo il disallineamento tra i due ambiti sembra foriero di ulteriori complicazioni²⁷, considerando che, ai fini della nozione di *prodotto difettoso* concorrono, *ex lege data*²⁸ e per pacifica opinione della dottri-

servizio nel territorio dell'Unione europea o qualsiasi altra persona fisica o giuridica che si presenta come produttore identificando il bene o il servizio con il proprio nome, marchio o altro segno distintivo, fatto salvo quanto stabilito nell'articolo 103, comma 1, lettera d), e nell'articolo 115, comma 2-bis». Come si vedrà, per il Codice del consumo, in sede di responsabilità per danno da prodotto vale una definizione diversa di produttore.

²⁵ Cfr. art. 115, dlgs n. 206/2005, come modificato dall'art. 14, comma 2, dlgs 23 ottobre 2007, n. 221.

²⁶ In questa sede ci si limiterà a ricordare come la Corte di giustizia, con riferimento alla direttiva di armonizzazione in tema di *responsabilità per danno da prodotti difettosi*, abbia affermato che «il margine discrezionale di cui dispongono gli Stati membri al fine di disciplinare la responsabilità per danno da prodotti difettosi è totalmente determinato dalla direttiva stessa e deve essere dedotto dal tenore letterale, dalla finalità e dall'economia di quest'ultima» (Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 25 aprile 2002 in causa n. C-52/00, *Commissione c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 11181 ss., punto 16, EU:C:2002:252; del 25 aprile 2002 in causa n. C-154/00, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 3879, punto 12, EU:C:2002:254; del 25 aprile 2002 in causa n. C-183/00, *Maria Victoria González Sánchez c. Medicina Asturiana SA*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 3901, punto 25, EU:C:2002:255).

²⁷ Vedasi altresì M.-E. ARBOUR, *Sicurezza alimentare e prodotti difettosi*, cit. supra, nota 3.

²⁸ Cfr. art. 117, dlgs n. 206/2005, rubricato «Prodotto difettoso» che così recita: «1. Un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze, tra cui: a) il modo in cui il prodotto è stato messo in

na, anche le informazioni relative al prodotto medesimo. Si pensi a un prodotto confezionato, fabbricato dall'impresa A per conto della catena distributiva B che vi appone anche il proprio marchio (c.d. *private label*), e sul quale non sia indicata, per una semplice svista, la presenza di un ingrediente allergenico: in tal caso, a parte i riflessi sanzionatori che saranno indicati *infra*, il produttore apparente, nonché OSARI, potrà declinare sul fabbricante l'addebito risarcitorio avanzato da un consumatore danneggiato in ragione della mancata informazione sull'allergene? Quale coerenza e funzionalità rispetto alla tutela della parte debole (consumatore) potrebbe riconoscersi a un ordinamento giuridico che, da un lato, ascrive la responsabilità della esattezza delle informazioni a un soggetto diverso da quello che potrebbe essere riconosciuto come civilmente responsabile in una azione per danno da prodotto difettoso?

Passando ora alla posizione del distributore di alimenti, che, come già accennato, ha rappresentato l'*humus* per la riflessione che ha condotto alla disciplina in analisi, occorre considerare in primo luogo l'art. 8, par. 3²⁹.

A tal riguardo, è il caso di sottolineare preliminarmente che, se è vero che il campo di applicazione principale dell'art. 8, par. 3, concerne le attività del dettagliante, da un punto di vista strettamente giuridico non può ignorarsi che la norma andrebbe intesa come applicabile a tutti gli operatori della filiera che siano meri intermediari, cioè che si limitino ad acquistare per rivendere alimenti tal quali («non influiscono sulle informazioni relative agli alimenti»). In tal senso depongono due elementi: il primo, secondo cui l'art. 8, par. 3, non si riferisce, almeno formalmente, alla «fornitura al consumatore finale» e, il secondo, per il quale l'uso dellaendiadi «operatori che non influiscono sulle informazioni relative agli alimenti» è stata utilizzata laddove il legislatore avrebbe potuto utilizzare la definizione di «commercio al dettaglio» già posta dalla legislazione alimentare comunitaria, all'art. 3, n. 7, del Regolamento n. 178/2002³⁰.

circolazione, la sua presentazione, le sue caratteristiche palesi, le istruzioni e le avvertenze fornite; b) l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato e i comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere; c) il tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione. 2. Un prodotto non può essere considerato difettoso per il solo fatto che un prodotto più perfezionato sia stato in qualunque tempo messo in commercio. 3. Un prodotto è difettoso se non offre la sicurezza offerta normalmente dagli altri esemplari della medesima serie».

²⁹ Sebbene sia stato giustamente osservato che tale disposizione vada letta in combinato disposto con il successivo par. 5, così F. CAPELLI, *Il Regolamento (UE) n. 1169/2011 e le sue guide spirituali*, cit. *supra*, nota n. 7.

³⁰ Per il Regolamento (Ce) n. 178/2002, art. 3, n. 7, il «commercio al dettaglio» è «la movimentazione e/o trasformazione degli alimenti e lo stoccaggio nel punto di vendita o di consegna al consumatore finale, compresi i terminali di distribuzione, gli esercizi di ristorazione, le mense di aziende e istituzioni, i ristoranti e altre strutture di ristorazione analoghe, i negozi, i centri di distribuzione per supermercati e i punti di vendita all'ingrosso».

Poste queste osservazioni, si può sostenere, senza particolari difficoltà, che la disposizione dell'art. 8, par. 3, individua un obbligo giuridico autonomo che, si badi, non si sostanzia nel dover garantire presenza ed esattezza delle informazioni, ma nel «non fornire alimenti di cui si conosca o si presuma la non conformità alla disciplina applicabile». Questa disposizione impone, per le ragioni anzidette, a tutti gli OSA meri intermediari di interrompere la catena distributiva tutte le volte in cui esista o è ritenuta presumibile una non conformità.

La norma in parola, tuttavia, anche se letta in uno con il par. 5, non appare soddisfacente per le seguenti ragioni. Infatti, la lettura della disposizione rende manifesto che l'obbligo di «non fornire» sussista in presenza di una conformità conosciuta o presunta dall'operatore *in base alle informazioni in suo possesso in qualità di professionisti*.

In merito alla «conoscenza della non conformità», sembra chiaro che questa non possa essere intesa esclusivamente come conoscenza/consapevolezza in concreto della non conformità, fosse solo perché, così ragionando, si finirebbe per subordinare la sussistenza dell'obbligo giuridico a un elemento meramente soggettivo che, per altro, sarebbe di difficile, per non dire impossibile, accertamento e prova. Se ciò è corretto, non dovrebb-

Definizione in parte diversa è prevista dalla legge italiana, a mente della quale dovrebbe invece intendersi «l'attività svolta da chiunque professionalmente acquista merci in nome e per conto proprio e le rivende, su aree private in sede fissa o mediante altre forme di distribuzione, direttamente al consumatore finale» (cfr. art. 4, lett. b., dlgs n. 114/1998 recante «Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'art. 4, comma 4, della l. 15 marzo 1997, n. 59»). La definizione dell'art. 3, n. 7 del Regolamento n. 178/2002 è stata criticata in quanto eccessivamente ampia e in parte contraddittoria, includendo non solo le attività consistenti in «handling and/or processing of food and its storage at the point of sale or delivery to the final consumer» ma, anche, «distribution terminals, catering operations, factory canteens, institutional catering, restaurants and other similar food service operations, shops, supermarket distribution centres and wholesale outlets». Al riguardo la Commissione, nella linea-guida al Regolamento (Ce) n. 853/2004, ha sostenuto una lettura secondo cui «the interpretation of the term "retail" should only take into account the first – unequivocal – part of the definition (contrary to the legal text as in force). However, there is no point in attempting to correct a defective legal provision by way of a recommendation contained in a guidance document, because when it comes to the crunch the (entire) binding text of the Regulation as such will always prevail». L'evidenziata contraddittorietà della definizione, cui la linea-guida della Commissione non può porre rimedio definitivo, è cruciale in quanto, si è sostenuto, «The lack of a distinction between retail trade and wholesale trade and food production is a central shortcoming of the new legislation on food safety since the scope of application of numerous legal provisions – e.g. of Regulations (EC) Nos. 853/2004 and 854/2004 (EC, 2004b and 2004c) – depends on whether or not the retail trade is involved. This means that the term "retail" governs which legal provisions have to be observed by a food business, whether an establishment requires an approval or only has to be registered, and in many cases which authority is competent for official controls (veterinary authority or food inspectors)». Per queste considerazioni si veda D. PISANELLO, *Obblighi di sicurezza alimentare nel mercato unico europeo tra gestione del rischio e responsabilità d'impresa*, in questa Rivista, 2008, p. 695 ss. e R. RIEDL - C. RIEDL, *Shortcomings of the new European Food Hygiene Legislation from the Viewpoint of a Competent Authority*, in *European Food and Feed Law Review*, 2/2008, p. 64.

be essere azzardato leggere questo elemento nei termini della *conoscibilità* «in base alle informazioni in loro possesso in qualità di professionisti». Posta in questa chiave, l'obbligo del non fornire alimenti di cui conosco, in base alle informazioni in loro possesso in qualità di professionisti, la non conformità assume contorni prossimi alla nozione di vizio estrinseco, visibile *ictu oculi*, già incontrato nella *querelle* Lidl.

Più controversa è invece la seconda ipotesi, riferita alla presunzione di non conformità; anche in questo caso la non conformità, qui solo sospettata, è testualmente riferita alle «informazioni in loro possesso in qualità di professionisti». Resta incerto l'ambito applicativo di tale disposizione e, in particolare, se essa possa interessare per lo meno i vizi occulti o, almeno, alcuni di essi. L'incertezza deriva, tra l'altro, dall'assenza nel testo della disposizione di qualsiasi specificazione in merito al modo in cui la diligenza professionale richiesta si debba correttamente esplicitare in merito ai sospetti di non conformità. D'altronde non sembra negabile che la diligenza professionale sia il nerbo della disposizione, stante il richiamo alla «qualità di professionisti» che colora l'intera disposizione.

Su questo terreno assume, o può assumere, un certo rilievo il collegamento, già suggerito dai primi commenti, con il par. 5. Sennonché come si vedrà, ai fini dell'indagine qui posta, anche quest'ultimo paragrafo non sembra fornire quegli indizi per definire con nettezza i contorni dell'intervento diligente dell'operatore.

Concentrando quindi l'analisi sull'art. 8, par. 5, non può non ricordarsi che esso si apre con l'inciso «fatti salvi i paragrafi da 2 a 4», a conferma del fatto che l'obbligo di verifica e garanzia della conformità si configura come dovere giuridico distinto, autonomo da (e complementare a) quello relativo alla presenza ed esattezza, gravante sull'OSARI ex art. 8, par. 2, e quello del «non vendere» prodotti non conformi, posto dall'art. 8, par. 3.

Ciò posto, la lettura della disposizione non sembra andare oltre il concetto delle «rispettive attività» che già si era posto come elemento critico, ma di problematica declinazione nella riflessione *post* sentenza *Lidl*. Restano quindi immutati i termini – controversi – dei canoni di diligenza che la legislazione alimentare richiede all'operatore che voglia dirsi conforme ai precetti normativi: nel caso di prodotti preconfezionati dal fabbricante e venduti a un dettagliante, quest'ultimo può limitarsi *bono iure* alla mera verifica delle informazioni evidenti sull'etichetta (vizi non occulti) che, come si è visto sarebbero oggi inquadrabili nella conoscenza/conoscibilità? Inoltre, con riferimento alla non conformità presunta, come si atteggia il comportamento diligente da parte dell'operatore mero rivenditore? Con quali parametri giuridici può risponderci al quesito sull'eventuale cogenza,

anche ai fini della prova dell'elemento soggettivo in sede sanzionatoria, di una attività di ricerca di informazioni a suffragio delle informazioni poste dall'OSARI?

Da queste brevi note sembra appurato che, al di là della formale segmentazione degli obblighi relativi alla fornitura di informazioni in capo ai diversi OSA, l'art. 8 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 non abbia comportato pienamente l'auspicato chiarimento in merito alle posizioni di garanzia che, come si è argomentato, sono rimaste ancorate alla nozione generale e generica delle «rispettive attività» già posta dall'art. 17, par. 1, del Regolamento (Ue) n. 178/2002. Ciò che per l'art. 8, par. 3, si è declinato sotto il nome di «diligenza professionale», nel par. 5 torna nell'alveo dell'endiadi «rispettive attività», elementi questi che hanno già dimostrato la propria inadeguatezza rispetto all'obiettivo essenziale di fornire indici normativi chiari all'operatore che voglia definire la conformità del proprio agire.

4. Il giudizio di responsabilità a fini sanzionatori: l'incerto superamento della sentenza *Lidl*

La nuova disciplina contenuta all'art. 8 certamente rappresenta un'evoluzione importante nel faticoso percorso che l'Unione europea e gli Stati membri hanno intrapreso verso la ridefinizione delle responsabilità degli operatori del settore alimentare.

Come è stato autorevolmente sottolineato, in materia di etichettatura dei prodotti alimentari, dopo l'entrata in vigore del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 il quadro giuridico appare chiaro: 1. il legislatore comunitario ha stabilito chi è il responsabile dell'etichettatura; 2. l'Autorità di controllo, a sua volta, dovrà ricercare, di volta in volta, il responsabile della violazione delle norme sull'etichettatura per poter individuare il destinatario della sanzione al fine di irrogare le prescritte sanzioni; 3. l'Autorità giudiziaria, infine, dovrà stabilire, in caso di controversia, chi sia l'effettivo responsabile della violazione al quale applicare la sanzione³¹.

Tuttavia, alcune questioni di fondo, legate in particolare alla diligenza richiesta dall'ordinamento in materia di fornitura di informazioni sui prodotti alimentari³², risultano ancora impiegate sui medesimi indici norma-

³¹ Cfr. F. CAPELLI, *Il Regolamento (Ue) n. 1169/2011 e le sue guide spirituali*, cit. supra, nota 7.

³² Si ricordi che per l'art. 2, par. 2, lett. a., del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 per «informazioni sugli alimenti» si devono intendere «le informazioni concernenti un alimento e messe

tivi preesistenti («rispettive attività», «vizio non occulto» o meno) e quindi, ad avviso dello scrivente, irrisolte.

Per un esame più completo è però il caso di considerare anche i riflessi che tale disciplina avrà all'interno del diritto nazionale, con particolare riferimento ai procedimenti di accertamento e contestazione di sanzioni amministrative.

A questo fine, conviene prendere le mosse, rileggendo il caso *Lidl Italia* alla luce del nuovo Regolamento. Come si ricorderà, la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Lidl* era argomentata sul dirimente argomento della mancata armonizzazione, ragion per la quale spettava agli Stati membri «prescrivere norme in materia, purché tuttavia tali norme non siano tali da compromettere seriamente il risultato prescritto dalla direttiva di cui trattasi». Quest'asserzione non sarebbe oggi riproponibile in quanto una disciplina delle responsabilità è stata posta a livello comunitario. Resta però da indagare come, sul piano della concreta applicazione, il nuovo assetto regolamentare potrà modificare il giudizio di responsabilità relativo all'applicazione di sanzioni per violazione dei requisiti e obblighi posti dal Regolamento (Ue) n. 1169/2011.

Come già sottolineato, innanzi al giudice nazionale del caso *Lidl Italia c. Comune di Arcole*, due disposizioni di legge avevano indirizzato la decisione di annullamento della ordinanza-ingiunzione: l'art. 3 della legge n. 689/1981 e il canone generale desumibile dall'art. 19 della legge n. 283/1962.

Quest'ultima disposizione, che esclude la responsabilità penale contravvenzionale del mero distributore per vizi occulti di alimenti confezionati ed integri, potrebbe non avere più lo stesso raggio di applicazione, in ragione di alcuni indici interpretativi derivanti dal Regolamento (Ue) n. 1169/2011. In particolare, attenendosi a una interpretazione attenta al diritto comunitario, e in particolare le precisazioni di cui all'art. 8, par. 3, Regolamento (Ue) n. 1169/2011, sembra lecito ritenere che, nei casi di vizi occulti, il principio della esclusione *a priori* della responsabilità del distributore finale non dovrebbe più valere negli stessi termini in cui si è stati soliti invocarlo; da quanto si è affermato in precedenza, infatti, risulta più appropriato che il giudice valuti se la contestata (e sanzionata) non conformità sia o no presumibile in ragione delle informazioni disponibili all'operatore quale agente professionale. Posta in questi termini, dovrebbe derivarne che il giudicante dovrà valutare la diligenza, perizia e prudenza che l'OSA ha impiegato per evitare che un alimento non conforme (alla

a disposizione del consumatore finale mediante un'etichetta, altri materiali di accompagnamento o qualunque altro mezzo, compresi gli strumenti della tecnologia moderna o la comunicazione verbale».

disciplina sull'etichettatura) giungesse al consumatore finale. Saremmo, pertanto, ancora sul terreno della colpa. Concludendo sul principio generale ricavabile dall'art. 19 l. n. 283/1962, certamente la rilevanza di tale principio nel caso dei contenziosi per sanzioni amministrative sarà ridotto, in quanto non sarebbe più appropriato ritenere *a priori* escluso da responsabilità per non conformità (occulte) di etichettatura il distributore di alimenti preconfezionati integri; si deve al contempo precisare che tale affermazione non significa responsabilità indefettibile per gli stessi vizi in quanto, per le ragioni evidenziate, il giudizio di responsabilità in tali fattispecie andrebbe condotto sul terreno della diligenza richiesta in ragione della «rispettiva attività» che l'ordinamento esige dall'operatore.

Passando al tema della colpevolezza, nerbo del tema che ci sta occupando, non sembra che possano prefigurarsi sostanziali innovazioni sul ruolo della colpa nei giudizi di responsabilità per sanzioni amministrative, almeno sin tanto che resterà l'attuale apparato di sanzioni amministrative di cui al già citato dlgs n. 109/1992. A tal conclusione si giunge non solo per una ragione d'ordine formale, non sembrando corretto individuare nella disciplina comunitaria in oggetto una armonizzazione anche del trattamento sanzionatorio, ma piuttosto in forza del dato sostanziale che, come argomentato *supra*, individua nella disciplina dell'art. 8 gli stessi termini giuridici sostanziali già invalsi prima dell'avvento del Regolamento (Ue) n. 1169/2011.

Naturalmente la previsione espressa delle disposizioni trasfuse nell'art. 8 imporranno un giudizio più attento delle azioni di conformità poste in essere dall'operatore ma pur sempre filtrata dal giudizio di colpevolezza che resta basilare nell'ambito delle sanzioni amministrative. Non sembra che il Legislatore comunitario, né quello italiano, abbia voluto cogliere la tesi della responsabilità *de qua* in termini di responsabilità oggettiva come avviene negli Stati Uniti per le violazioni delle regole di etichettatura³³, o, restando al diritto comunitario, nel settore delle garanzie per la vendita dei beni di consumo.

L'applicazione delle nuove regole contenute nell'art. 8 potranno facilitare le attività di accertamento di violazioni sanzionate amministrativamente. Può essere questo il caso di vendita di un prodotto alimentare (formaggio fresco) deperibile dopo la data di scadenza, applicando la nuova normativa si arriverebbe all'identificazione di un responsabile dell'etichettatura (produttore) diverso dal responsabile della violazione (distributore). Come è stato prontamente sottolineato, infatti, la disciplina del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 rende necessario identificare il «responsabile

³³ Cfr. N. D. FORTIN, *Food Regulation*, Wiley, 2009, p. 524 ss.

della violazione» dal «destinatario della sanzione»³⁴. Se ciò è certamente vero, tuttavia, possono darsi situazioni nelle quali l'interazione tra il Regolamento (Ue) n. 1169/2011 e il decreto sanzionatorio attualmente in vigore (dlgvo n. 109/1992) potrebbe dar luogo a nuove incertezze, tali da pregiudicare il perseguimento degli obiettivi di certezza e deterrenza delle sanzioni per violazioni del diritto comunitario³⁵.

Si ipotizzi l'accertamento dell'offerta in vendita al consumatore finale di un prodotto alimentare confezionato che, immesso sul mercato dopo il 13 dicembre 2014, nella lista degli ingredienti non rispetti i requisiti di evidenziazione degli allergeni o, caso ancora più semplice, non presenti la denominazione di vendita. Trattasi in entrambi i casi di vizi evidenti, non occulti. Ipotizziamo, quindi, che l'autorità competente alla contestazione di questa violazione, sanzionabile con una delle pene pecuniarie previste dall'art. 18 del dlgvo n. 109/1992, indirizzi la pretesa sanzionatoria nei confronti del (solo) distributore finale. A tal proposito, permanendo l'attuale quadro sanzionatorio di cui al dlgvo n. 109/1992 e dovendosi applicare, anche, quanto stabilito all'art. 8 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 in merito all'individuazione del responsabile, l'obbligo giuridico assunto violato nelle fattispecie poste come ipotesi di lavoro, tanto per quel che concerne la inesattezza (allergeni non esplicitati come da requisiti cogenti) o la mancanza (denominazione di vendita assente) delle informazioni obbligatorie, può ricondursi a una delle seguenti ipotesi:

a. violazione della presenza ed esattezza delle informazioni in etichetta (art. 8, par. 2, Regolamento (Ue) n. 1169/2011);

b. violazione del divieto di vendere prodotti alimentari evidentemente non conformi alla legislazione applicabile (art. 8, par. 3, Regolamento (Ue) n. 1169/2011);

c. mancata verifica della conformità (art. 8, par. 5, Regolamento (Ue) n. 1169/2011).

³⁴ Così F. CAPELLI, *Il Regolamento (Ue) n. 1169/2011 e le sue guide spirituali*, cit. supra, nota 7.

³⁵ Secondo una giurisprudenza costante, pur conservando la scelta delle sanzioni, gli Stati membri devono vegliare a che le violazioni del diritto dell'Unione siano punite, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto nazionale simili per natura e importanza e che conferiscano alla sanzione un carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo (v., in tal senso, sentenze *Lidl Italia*, causa n. C-315/05, EU:C:2006:736, punto 58, nonché *Berlusconi e a.*, cause riunite n. C-387/02, n. C-391/02 e n. C-403/02, EU:C:2005:270, punto 65 e giurisprudenza *ivi* citata). Le misure repressive consentite dalla normativa nazionale non devono però eccedere i limiti di ciò che è idoneo e necessario al conseguimento degli obiettivi legittimamente perseguiti da tale normativa, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli obiettivi perseguiti (v. sentenza *Urbán*, causa n. C-210/10, EU:C:2012:64, punto 24 e giurisprudenza *ivi* citata).

Orbene, se l'obbligo assunto violato fosse individuato nell'art. 8, par. 2, sarebbe di lineare evidenza che il solo responsabile della violazione debba essere individuato nell'OSARI, non altri in quanto a ciò osterebbe il principio di tassatività e il divieto di analogia *in malam partem* che la migliore dottrina individua come principi in vigore anche nell'ambito del procedimento sanzionatorio in via amministrativa³⁶. Si può infatti ricordare che gli illeciti amministrativi sottostanno ai principi di matrice penalistica per i quali non è possibile un'applicazione analogica delle norme sanzionatorie, vietata dai principi di determinatezza e tassatività, corollari del principio di legalità codificato dall'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689³⁷. Le fattispecie soggette a sanzione pecuniaria si caratterizzano per tipicità e determinatezza, restando «esclusa ogni integrazione analogica della norma sanzionatrice per estenderne l'applicazione a ipotesi in essa non contemplate»³⁸. Volendo applicare questi indirizzi interpretativi, dovrebbe arguirsi che, nel caso di non equiparabilità delle condotte, potrebbe configurarsi l'annullamento in sede giurisdizionale della pretesa sanzionatoria come evidenziata nei due casi prospettati³⁹.

Come seconda alternativa, si potrebbe sostenere che la sanzione amministrativa ex art. 18 dlgs n. 109/1992 sia comminata al distributore finale in quanto assunto in violazione del divieto posto dall'art. 8, par. 3: in tal senso però sembra comunque configurabile una frizione con il principio di tassatività-determinatezza delle sanzioni nel senso che gli illeciti amministrativi devono essere tipici (per lo meno nel senso della «sufficiente determinatezza»⁴⁰) con divieto di analogia *in malam partem*.

³⁶ In tal senso F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit. supra, nota 13, e A. CARATTO, *L'opposizione alle sanzioni amministrative*, Milano, Ipsoa, 2008, p. 17 s.

³⁷ In tal senso, T.A.R. Veneto Venezia, sez. III, 30 luglio 2013, n. 992, *Iv.Fa. e altri c. Comune di Venezia e altri*.

³⁸ Cons. Stato, sez. VI, 28 giugno 2010, n. 4141, *Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici c. S. S.p.A.*, che conferma la sentenza del T.a.r. Lazio - Roma, sez. III, n. 3749/2006.

³⁹ Vale, ad esempio, ricordare la massima di Cass. civ., sez. II, 4 marzo 2011, n. 5245 (rv. 617189), *Gonella c. Asl/17 Savigliano*, secondo cui «In tema di sanzioni amministrative per violazione delle norme sui medicinali veterinari, gli artt. 33, comma primo, lettera f), e 34 del d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 119 prevedono due distinte condotte illecite: la prima è quella del proprietario o responsabile di animali destinati alla produzione di alimenti che ometta di annotare sull'apposito registro le date di inizio e fine del trattamento farmacologico somministrato all'animale; la seconda è quella del titolare di impianti di cura, allevamento o custodia professionale di animali, che ometta di annotare sull'apposito registro il tipo e la quantità di farmaci acquistati e non somministrati. Ne consegue che, in virtù del principio di tassatività e determinatezza dell'illecito amministrativo, la violazione della omessa annotazione della mancata somministrazione di farmaci non è equiparabile alla violazione di omessa registrazione della data di inizio e fine del trattamento farmacologico, con conseguente illegittimità della sanzione amministrativa irrogata anche per la prima violazione ove non specificatamente contestata». (Cassa e decide nel merito, Trib. Saluzzo, 17 maggio 2005).

⁴⁰ Cfr. A. CARATTO, *L'opposizione*, cit. supra, nota 34.

Analoghe perplessità possono interessare la terza opzione sanzionatoria, ove l'obbligo sanzionato con le pene dell'art. 18 dlgo n. 109/1992 sarebbe quello della verifica della conformità ex art. 8, par. 5, Regolamento (Ue) n. 1169/2011.

In via di conclusione, permanendo l'attuale dlgo n. 109/1992, sembra prefigurabile una non secondaria incertezza del quadro sanzionatorio applicabile alle violazioni accertate in sede di vendita al consumatore finale che, imporrebbe l'urgenza di un intervento legislativo organico in materia.

Inoltre, per le ragioni summenzionate, non sembra potersi concordare pienamente con quella lettura che ha salutato la disciplina dell'art. 8, Regolamento (Ue) n. 1169/2011 come il «superamento della sentenza Lidl»⁴¹. Anzi, sembrerebbe che la definizione dei comportamenti diligenti in capo agli OSA, inclusi i dettaglianti, sia ancora avviluppata nelle endiadi «rispettive attività» e «diligenza professionale», quasi fossero nebbie sul Reno che impediscono di vederne il greto.

5. La sorte del dlgo n. 109/1992 nelle more del formale adeguamento dell'ordinamento italiano alla nuova disciplina comunitaria

Concentrando ora l'attenzione sul piano dell'adeguamento dell'ordinamento nazionale alla nuova cornice giuridica in materia di informazione sui prodotti alimentari, vale ricordare che gli Stati membri siano tenuti in forza dell'art. 5 TFUE, e della giurisprudenza della Corte di giustizia, a garantire l'attuazione del diritto comunitario. Al tale profilo, invero, il Regolamento (Ue) n. 1169/2011 non dedica particolare attenzione; il capo VI (rubricato «disposizioni nazionali») non contiene norme inerenti il quadro sanzionatorio; nel preambolo, solo un *considerando*⁴² si limita ad affermare *ex professo* la rilevanza del Regolamento (Ce) n. 882/2004 nella conduzione delle verifiche ufficiali di conformità alla disciplina sulla fornitura di informazioni sugli alimenti, rilevanza già desumibile nel previgente regime⁴³.

⁴¹ Così F. BRUSA - S. GONZAGA, *Le responsabilità del distributore*, cit. supra, nota 7.

⁴² *Considerando* n. 52 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011: «[g]li Stati membri dovrebbero effettuare controlli ufficiali per garantire il rispetto del presente regolamento conformemente alle disposizioni del regolamento (CE) n. 882/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo ai controlli ufficiali intesi a verificare la conformità alla normativa in materia di mangimi e di alimenti e alle norme sulla salute e sul benessere degli animali».

⁴³ Su tale profilo sia consentito rinviare a D. PISANELLO, *What do Food Safety and Fair Trade stand for? Reconciling the twofold objective of EU Food Law*, in *European Food and Feed Law Review*, 5/2009, ID., *Denominazioni di origine ed indicazioni geografiche protette tra diritto industriale e diritto alimentare: il caso Parmesan II*, in *Contratto Impresa/Europa* n. 1/2008.

In questo quadro, la delega prevista dalla legge 6 agosto 2013 n. 96⁴⁴ e, in particolare, l'art. 2⁴⁵, in scadenza nel giugno 2015, ha consigliato il Ministero dello Sviluppo Economico a diramare una nota di precisazione sul regime sanzionatorio legato alle violazioni del Regolamento (Ue) n. 1169/2011⁴⁶.

Con la predetta nota il MiSE ha ricordato che «le disposizioni sanzionatorie previste dall'articolo 18 del D.Lgs. 109/1992 per la violazione delle disposizioni in esso contenute, devono intendersi applicabili soltanto ai precetti confermati dal regolamento. Le sanzioni previste dall'articolo 18 del decreto legislativo restano inoltre applicabili alle violazioni delle disposizioni del decreto medesimo che restano in vigore, in quanto riguardanti materie non espressamente armonizzate dal Regolamento, quali, ad esempio, il lotto o i prodotti non preconfezionati».

La posizione del Ministero è in piena continuità con quella che è considerata la linea assolutamente pacifica in fatto di sanzioni amministrative per violazioni di regolamenti o direttive succedutisi nel tempo. La Corte di cassazione con sentenza dei primi anni 2000 ha affermato che, in tema di sanzioni amministrative per violazione di regolamenti comunitari, laddove

⁴⁴ L. 6 agosto 2013, n. 96, Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2013, in *Guri* n. 194 del 20 agosto 2013.

⁴⁵ Art. 2 (Delega al Governo per la disciplina sanzionatoria di violazioni di atti normativi dell'Unione europea): «1. Il Governo, fatte salve le norme penali vigenti, è delegato ad adottare, ai sensi dell'articolo 33 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, entro due anni dalla data di entrata in vigore della presente legge, disposizioni recanti sanzioni penali o amministrative per le violazioni di obblighi contenuti in direttive europee attuate in via regolamentare o amministrativa, o in regolamenti dell'Unione europea pubblicati alla data dell'entrata in vigore della presente legge, per le quali non sono già previste sanzioni penali o amministrative». Il citato art. 33, l. 234/2012 così recita: «1. Al fine di assicurare la piena integrazione delle norme dell'Unione europea nell'ordinamento nazionale, fatte salve le norme penali vigenti, la legge di delegazione europea delega il Governo ad adottare, entro la data dalla stessa fissata, disposizioni recanti sanzioni penali o amministrative per le violazioni di obblighi contenuti in direttive europee attuate in via regolamentare o amministrativa, ai sensi delle leggi di delegazione europee vigenti, o in regolamenti dell'Unione europea pubblicati alla data dell'entrata in vigore della stessa legge di delegazione europea, per i quali non sono già previste sanzioni penali o amministrative. 2. La delega di cui al comma 1 del presente articolo è esercitata con decreti legislativi adottati ai sensi dell'articolo 14 della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro per gli affari europei e del Ministro della giustizia, di concerto con i Ministri competenti per materia. I decreti legislativi si informano, oltre che ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 32, comma 1, lettera d), della presente legge, a quelli specifici contenuti nella legge di delegazione europea, qualora indicati. 3. Gli schemi di decreto legislativo di cui al presente articolo sono trasmessi alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica per l'espressione del parere da parte delle competenti Commissioni parlamentari con le modalità e nei termini previsti dai commi 3 e 9 dell'articolo 31».

⁴⁶ Cfr. Nota del Ministero dello Sviluppo Economico, Direzione generale per la politica industriale, la competitività e le piccole e medie imprese, Divisione VIII Industria agroalimentare, del Made in Italy e industrie creative, datata 6 marzo 2015 con oggetto «Applicazione dell'articolo 18, in materia di sanzioni, del Decreto Legislativo 27 gennaio 1992, n. 109 alle violazioni delle disposizioni del regolamento (UE) n. 1169/2011».

vi sia stata successione di regolamenti comunitari che, però, abbia «sostanzialmente mantenuto» il precedente regime (cioè gli obblighi sostanziali sono rimasti identici), la sanzione prevista dalla normativa nazionale ben può essere applicata anche se riferita formalmente al precedente regolamento comunitario, senza che ciò violi il principio di legalità di cui all'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689, atteso che, nella specie, il precetto non sia mutato⁴⁷.

Malgrado il quadro di riferimento sia sufficientemente chiaro, non sono mancate voci, sul *web*, secondo cui, in assenza di un nuovo "decreto sanzioni", cioè di un decreto recante sanzioni amministrative specifiche per le violazioni al Regolamento (Ue) n. 1169/2011, le pene previste dall'art. 18 del dlgo n. 109/1992 non potrebbero trovare applicazione. L'argomento principale a sostegno di questa affermazione sarebbe da ricercare nel principio di legalità (art. 25 Cost.) in combinato con il principio, tipico della legge penale, del divieto di analogia *in malam partem* (cioè del divieto d'interpretazione analogica della legge penale laddove gli effetti di tale interpretazione siano sfavorevoli al soggetto incriminato).

È certamente vero che il divieto di analogia riveste un ruolo importante nell'ambito delle sanzioni penali e anche amministrative, stante l'orientamento interpretativo maturato sul secondo comma dell'art. 1 della l. n. 689/1981. Il punto è, tuttavia, un altro. Sul piano tecnico-giuridico, l'argomento del divieto di analogia *in malam partem* non ha pertinenza in quanto presuppone la assenza di disposizioni giuridiche, il che, come si vedrà non può affermarsi nel caso della materia qui in considerazione.

L'art. 12, comma 2, delle Disposizioni preliminari al Codice Civile, afferma che «[s]e una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Ne deriva la di-

⁴⁷ Cfr. Cassazione civile, sez. I, 8 maggio 2003 n. 6958. Il caso originava da un'azienda vitivinicola sanzionata nel corso degli anni Ottanta per violazioni nella compilazione dei documenti di accompagnamento imposti al trasporto della feccia di vino da regolamenti comunitari succedutisi nel tempo. Avverso l'ordinanza-ingiunzione la Società si era difesa con successo dinanzi al Pretore sostenendo che, essendo la violazione contestata relativa a un regolamento del 1989, mentre la sanzione applicata era quella prevista da una disposizione nazionale che contemplava il precedente Regolamento del 1975, ci sarebbe stata lesione del principio di legalità. In realtà la Corte di cassazione ribaltò tale decisione, stabilendo che, nel passaggio dal primo al secondo Regolamento, il complessivo regime di formazione e d'inoltrò alla autorità di controllo della documentazione inerente il trasporto delle fecce era «sostanzialmente analogo» e che, sulla base di tale dato di fatto, l'applicazione della norma sanzionatrice non comportava affatto un'applicazione retroattiva della nuova legge precettiva e non contraddice il principio di legalità affermato all'art. 1 della legge n. 689 del 1981, «giacché nella specie il precetto non è mutato».

stinzione tra analogia *legis*, ove alla fattispecie possa essere applicata la disciplina ricavabile da un'altra norma che regola un caso simile, e l'analogia *iuris*, che ricorre quando non si riesca a trovare una norma simile per disciplinare il caso pratico che viene regolato ricorrendo ai principi generali dell'ordinamento giuridico.

Orbene, parlare di "analogia" presuppone l'inesistenza di una norma e quindi, nel caso che ci occupa, presupporre che il dlgs n. 109/1992 sia abrogato. Quest'ultima affermazione, tuttavia, non sembra corrispondere alla realtà giuridica. Come insegna la Corte costituzionale, un regolamento comunitario, in quanto appartenente a un ordinamento distinto da quello italiano, non può abrogare un atto avente forza di legge nell'ordinamento nazionale⁴⁸.

Si deve riconoscere, al contempo, che il Trattato di Lisbona, entrato in vigore l'1 dicembre 2009, abbia sollecitato una riflessione critica sulla tesi della separazione tra l'ordinamento interno e l'ordinamento comunitario, motivata nell'ottica della tutela del cittadino dell'Unione europea e dell'uomo in generale⁴⁹; tuttavia, non sembra che un repentino abbandono del consolidato insegnamento della separazione dei due ordinamenti sia all'orizzonte, insegnamento peraltro di recente confermato da una pronuncia a sezioni unite della Cassazione⁵⁰. Salvo inattesi ripensamenti della giuri-

⁴⁸ Basterà qui citare la fondamentale sentenza della Corte costituzionale, 5 giugno 1984, n. 170 (pubblicata in *Guri* n. 169 del 20 giugno 1984). La ricostruzione giurisprudenziale dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno, infatti, prevede, ancora oggi, l'esistenza di due sistemi «configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato». Fin dal 1973, la Corte aveva avvertito che «esigenze fondamentali di eguaglianza e certezza giuridica postulano che le norme comunitarie - , non qualificabili come fonte di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto interno - , debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione eguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari» (sentenza n. 183 del 1973). La sentenza n. 170/1984 precisò che l'effetto connesso con la vigenza di un regolamento comunitario è quello, non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale. La distinzione tra questo fenomeno e le ipotesi estintive o derogatorie, come l'abrogazione, è sempre stata un punto fermo: «il regolamento, occorre ricordare, è reso efficace in quanto e perché atto comunitario, e non può abrogare, modificare o derogare le confliggenti norme nazionali, né invalidarne le statuizioni. Diversamente accadrebbe, se l'ordinamento della Comunità e quello dello Stato - ed i rispettivi processi di produzione normativa - fossero composti ad unità. Ad avviso della Corte, tuttavia, essi, per quanto coordinati, sono distinti e reciprocamente autonomi».

⁴⁹ In tal senso A. RICCIO, *Responsabilità dello Stato per omessa o tardiva o anomala attuazione di direttive comunitarie*, in *Resp. civ.*, 2010, 5, p. 346.

⁵⁰ Cass., S.U., 17 aprile 2009, n. 9147, in *Foro it.*, 2010, I, c. 168, ove si legge «stante il carattere autonomo e distinto tra i due ordinamenti, comunitario e interno, il comportamento del legislatore è suscettibile di essere qualificato come antigiuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno, secondo principi fondamentali che risultano evidenti nella stessa Costituzione».

sprudenza, dunque, le disposizioni del dlgvo n. 109/1992 vanno intese come in vigore, il che esclude in radice la pertinenza del ricorso all'argomento della analogia.

Il tema è, quindi e più propriamente, stabilire se e quali sanzioni, tra quelle del dlgvo n. 109/1992, possano essere applicate alle violazioni della disciplina applicabile. Sanzioni che, per vincolo dei Trattati, devono essere predisposte e applicate dall'ordinamento dello Stato membro. Per rispondere a questa domanda si deve confrontare il testo nazionale con il Regolamento comunitario: se il requisito del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 trova piena corrispondenza in un requisito del dlgvo n. 109/1992, la violazione del primo ben potrà essere sanzionata sulla base della sanzione prevista dall'art. 18 dlgvo n. 109/1992 per la violazione del requisito (nazionale) corrispondente. Al contrario, se il requisito del Regolamento è nuovo o comunque non corrispondente a una disposizione del decreto n. 109/1992, è chiaro che l'eventuale contestazione di una sanzione amministrativa sarebbe assunta in violazione dei principi sopra brevemente richiamati e come tale illegittima e annullabile a seguito di ricorso. Questo potrebbe essere questo il caso della applicazione di una sanzione amministrativa prevista dall'art. 18 dlgvo n. 109/1992 alla violazione dei requisiti sui *font* minimi da utilizzarsi per le informazioni obbligatorie; o ancora per la violazione dei requisiti di evidenziazione degli allergeni. Più in generale questa sembra essere la situazione di tutti i nuovi requisiti d'informazione previsti dal Regolamento (Ue) n. 1169/2011 a carico della ristorazione collettiva: ferme restando le responsabilità civili e penali, le sanzioni del dlgvo n. 109/1992 non dovrebbero essere applicate a queste attività, in ragione dei predetti principi di legalità e tassatività. Ciò posto si può ora passare in rassegna il contenuto dell'allegato della nota MiSE.

a. Sanzionabilità delle pratiche non leali di informazione (art. 7, Reg. (Ue) n. 1169/2011)

Il primo articolo del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 cui la tabella del MiSE fa riferimento è l'art. 7, rubricato «pratiche leali d'informazione»⁵¹:

⁵¹ Art. 7 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011: «1. Le informazioni sugli alimenti non inducono in errore, in particolare: a) per quanto riguarda le caratteristiche dell'alimento e, in particolare, la natura, l'identità, le proprietà, la composizione, la quantità, la durata di conservazione, il paese d'origine o il luogo di provenienza, il metodo di fabbricazione o di produzione; b) attribuendo al prodotto alimentare effetti o proprietà che non possiede; c) suggerendo che l'alimento possiede caratteristiche particolari, quando in realtà tutti gli alimenti analoghi possiedono le stesse caratteristiche, in particolare evidenziando in modo esplicito la presenza o l'assenza di determinati ingredienti e/o sostanze nutritive; d) suggerendo, tramite l'aspetto, la descrizione o le illustrazioni, la presenza di un particolare alimento o

la disposizione comunitaria trova corrispondenza nell'art. 2⁵² del dlgo n. 109/1992, la cui violazione è passibile della sanzione di cui all'art. 18, comma 1, per il quale la «violazione delle disposizioni dell'articolo 2 è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro tremilacinquecento a euro diciottomila». La comparazione tra le due disposizioni, alla luce di quella «identità sostanziale» che, come si è detto, è elemento richiesto ai fini della applicabilità delle sanzioni, restituisce una corrispondenza quasi completa. In entrambe le norme, infatti, il divieto generale di ingannevolezza è strutturato dando rilievo all'oggetto dell'ipotizzato mendacio ovvero alle modalità con cui il rischio di inganno può prodursi; i primi tre casi sono sostanzialmente identici nei due atti: *a.* la natura, l'identità, le proprietà, la composizione, la quantità, la durata di conservazione, il paese d'origine o il luogo di provenienza, il metodo di fabbricazione o di produzione; *b.* l'attribuzione di effetti o proprietà inesistenti; *c.* vanterie di *caratteristiche particolari* che, al contrario sono comuni a tutti gli alimenti analoghi⁵³.

La lett. *d.* dell'art. 7 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 è, invece, una disposizione nuova; con essa si pone un divieto espresso di «suggerire, tramite l'aspetto, la descrizione o le illustrazioni, la presenza di un particolare alimento o di un ingrediente, mentre di fatto un componente naturalmente presente o un ingrediente normalmente utilizzato in tale alimento è stato sostituito con un diverso componente o un diverso ingrediente».

di un ingrediente, mentre di fatto un componente naturalmente presente o un ingrediente normalmente utilizzato in tale alimento è stato sostituito con un diverso componente o un diverso ingrediente. 2. Le informazioni sugli alimenti sono precise, chiare e facilmente comprensibili per il consumatore. 3. Fatte salve le deroghe previste dalla legislazione dell'Unione in materia di acque minerali naturali e alimenti destinati a un particolare utilizzo nutrizionale, le informazioni sugli alimenti non attribuiscono a tali prodotti la proprietà di prevenire, trattare o guarire una malattia umana, né fanno riferimento a tali proprietà».

⁵² Art. 2 del dlgo n. 109/1992: «1. L'etichettatura e le relative modalità di realizzazione sono destinate ad assicurare la corretta e trasparente informazione del consumatore. Esse devono essere effettuate in modo da: a) non indurre in errore l'acquirente sulle caratteristiche del prodotto alimentare e precisamente sulla natura, sulla identità, sulla qualità, sulla composizione, sulla quantità, sulla conservazione, sull'origine o la provenienza, sul modo di fabbricazione o di ottenimento del prodotto stesso; b) non attribuire al prodotto alimentare effetti o proprietà che non possiede; c) non suggerire che il prodotto alimentare possiede caratteristiche particolari, quando tutti i prodotti alimentari analoghi possiedono caratteristiche identiche; d) non attribuire al prodotto alimentare proprietà atte a prevenire, curare o guarire una malattia umana né accennare a tali proprietà, fatte salve le disposizioni comunitarie relative alle acque minerali ed ai prodotti alimentari destinati ad un'alimentazione particolare. 2. I divieti e le limitazioni di cui al comma 1 valgono anche per la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari».

⁵³ La disposizione in realtà formalizza una pratica che poteva comunque ritenersi già ricompresa, vale a dire l'evidenziare in modo esplicito la presenza o l'assenza di determinati ingredienti e/o sostanze nutritive.

Tale disposizione non trova parallelo nel dlgvo n. 109/1992⁵⁴. A questo proposito, applicando i principi sopra richiamati, l'applicabilità della sanzione dell'art. 18, comma 1 del dlgvo n. 109/1992 appare per lo meno dubbia. Ad avviso di chi scrive, ai fini dell'applicazione della sanzione dell'art. 18, comma 1, alla fattispecie in esame, occorrerebbe comunque accertare che, nelle circostanze del caso, l'effetto complessivo della comunicazione sia tale da comprovare la sussistenza di un inganno al consumatore; accertamento quest'ultimo tutto sommato non richiesto - perché dato per presupposto - nella fattispecie comunitaria.

L'art. 7 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 contiene un secondo paragrafo a mente del quale «[L]e informazioni sugli alimenti sono precise, chiare e facilmente comprensibili per il consumatore». Due precisazioni sembrano opportune al riguardo. Primo: il requisito, se ben inteso, segnala uno dei passaggi di irrobustimento della tutela complessiva del consumatore rispetto alle sottigliezze ed *escamotage* che la normativa di settore talvolta consente. Infatti, il Regolamento prescrive i caratteri della precisione, della chiarezza e della facile comprensibilità per il consumatore, laddove, nel testo previgente della direttiva n. 2000/13/Ce e del dlgvo n. 109/1992, le indicazioni (obbligatorie) dovevano «essere facilmente comprensibili ed apposte in un punto evidente, in modo da essere facilmente visibili, chiaramente leggibili e indelebili»⁵⁵. L'evoluzione è abbastanza chiara: la «precisione» dell'informazione non era espressamente contemplata nella disciplina previgente; quanto alla «chiarezza», essa deve essere messa in relazione al contenuto dell'informazione, e pertanto niente a che vedere con la «chiarezza formale» a cui faceva riferimento il previgente regime; infine, la «facile comprensibilità» è riferita al consumatore, marcando in ciò l'attenzione che il legislatore del 2011 ha voluto riservare al ruolo del punto di vista del consumatore nella valutazione della conformità. Non sfugga che la centralità del punto di vista del consumatore nella valutazione della conformità dell'informazione commerciale si era già imposta sul piano normativo di settore, al momento dell'adozione del Rego-

⁵⁴ Men che meno alla lett. *d.* del citato art. 2 che concerneva il divieto di affermazioni relative a «proprietà atte a prevenire, curare o guarire una malattia umana né accennare a tali proprietà» salvo che le disposizioni comunitarie relative alle acque minerali ed ai prodotti alimentari destinati ad un'alimentazione particolare non prevedessero deroghe speciali. La disciplina quadro in tema di *nutrition and health claims* è contenuta nel Regolamento (Ce) n. 1924/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari, in *Gu-Ue* n. L 404 del 30 dicembre 2006.

⁵⁵ Art. 13, par. 2, direttiva n. 2000/13 e la corrispondente norma nazionale dell'art. 14, comma 4, che prescrive i caratteri della menzione delle informazioni obbligatorie «in un punto evidente in modo da essere facilmente visibili, chiaramente leggibili ed indelebili».

lamento (Ce) n. 1924/2006 in tema di informazioni sulla nutrizione e sulla salute⁵⁶.

Seconda osservazione. I caratteri della chiarezza, precisione e comprensibilità si riferiscono tanto alle informazioni obbligatorie quanto a quelle volontarie; a tale conclusione si è tenuti giacché, da un lato, l'art. 7 si riferisce alle «informazioni» *tout court* e non vi sono argomenti di natura sistematica che impongano e neppure suggeriscano una limitazione della portata dell'art. 7, par. 2, alle sole informazioni obbligatorie, dall'altro, la circostanza che, nel capo relativo alle informazioni volontarie, l'intero art. 7 è richiamato testualmente⁵⁷.

Ciò posto, nel decreto legislativo la disposizione più prossima all'art. 7, par. 2, Regolamento (Ue) n. 1169/2011 è, come anticipato, quell'art. 14, comma 4, che prescrive i caratteri della menzione delle informazioni obbligatorie «in un punto evidente in modo da essere facilmente visibili, chiaramente leggibili ed indelebili»⁵⁸. Poste le premesse svolte, sembra doversi concludere che sul punto la nota del MiSE sia imprecisa, per eccesso, laddove configura la sanzionabilità per la violazione dell'art. 7, par. 2, del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, in base all'art. 18, comma 2 (sanzione amministrativa pecuniaria da euro milleseicento a euro novemilacinquecento) del dlgo n. 109/1992.

b. Le indicazioni obbligatorie

Nel regime vigente, le informazioni obbligatorie sui prodotti alimentari preimballati sono elencate all'art. 9, Regolamento (Ue) n. 1169/2011⁵⁹.

⁵⁶ *Cit. supra*, nota 50.

⁵⁷ Cfr. art. 36 ove si legge «[l]e informazioni sugli alimenti fornite su base volontaria soddisfano i seguenti requisiti: a) non inducono in errore il consumatore, come descritto all'articolo 7; b) non sono ambigue né confuse per il consumatore; etc.».

⁵⁸ Art. 14, comma 4, dlgo n. 109/1992: «[l]e indicazioni di cui all'art. 3 devono figurare sull'imballaggio preconfezionato o su un'etichetta appostavi o legata al medesimo o su anelli, fascette, dispositivi di chiusura e devono essere menzionate in un punto evidente in modo da essere facilmente visibili, chiaramente leggibili ed indelebili; esse non devono in alcun modo essere dissimulate o deformate».

⁵⁹ Che così recita: «1. Conformemente agli articoli da 10 a 35 e fatte salve le eccezioni previste nel presente capo, sono obbligatorie le seguenti indicazioni: a) la denominazione dell'alimento; b) l'elenco degli ingredienti; c) qualsiasi ingrediente o coadiuvante tecnologico elencato nell'allegato II o derivato da una sostanza o un prodotto elencato in detto allegato che provochi allergie o intolleranze usato nella fabbricazione o nella preparazione di un alimento e ancora presente nel prodotto finito, anche se in forma alterata; d) la quantità di taluni ingredienti o categorie di ingredienti; e) la quantità netta dell'alimento; f) il termine minimo di conservazione o la data di scadenza; g) le condizioni particolari di conservazione e/o le condizioni d'impiego; h) il nome o la ragione sociale e l'indirizzo dell'operatore del settore alimentare di cui all'articolo 8, paragrafo 1; i) il paese d'origine o il luogo di provenienza ove previsto all'articolo 26; j) le istruzioni per l'uso, per i casi in cui la loro omissione renderebbe

La corrispondente disposizione del decreto n. 109/1992 è l'art. 3⁶⁰, la cui violazione comporta la sanzione di cui all'art. 18, comma 2, con sanzione amministrativa pecuniaria da euro milleseicento a euro novemilacinquecento. La comparazione tra le due disposizioni, la comunitaria e la nazionale, non restituisce una piena similitudine. Al di là di qualche aspetto meramente terminologico, i due elenchi differiscono relativamente ad alcuni aspetti sostanziali.

In primo luogo, l'obbligo, stabilito dall'art. 9, lett. *h.* del Regolamento, di indicare «il nome o la ragione sociale e l'indirizzo dell'operatore del settore alimentare di cui all'articolo 8, paragrafo 1» potrebbe ricondursi, con un po' di approssimazione, all'indicazione de «il nome o la ragione sociale o il marchio depositato e la sede o del fabbricante o del confezionatore o di un venditore stabilito nella Comunità economica europea», previsto dall'art. 3, comma 1, lett. *e.* del dlgvo n. 109/1992.

In secondo luogo, l'obbligo di una «dicitura che consenta di identificare il lotto di appartenenza del prodotto», previsto nel dlgvo n. 109/1992 (art. 3, lett. *h.*, non trova corrispondenza nel Regolamento (Ue) n. 1169/2011. Invero l'obbligo è previsto da una direttiva coeva del Regolamento⁶¹. Orbene, alla luce dell'art. 5 TFUE, revocare in dubbio la sanzionabilità della violazione del requisito della menzione obbligatoria del lotto apparirebbe una forzatura solo parzialmente giustificata.

In terzo luogo, nel novero delle indicazioni obbligatorie in vigore dal 13 dicembre 2014 non compare la sede dello stabilimento di produzione o di confezionamento che, invece, è prevista dall'art. 3, comma 1°, lett. *f.*

difficile un uso adeguato dell'alimento; k) per le bevande che contengono più di 1,2 % di alcol in volume, il titolo alcolometrico volumico effettivo; l) una dichiarazione nutrizionale».

⁶⁰ Che così recita: «1. Salvo quanto disposto dagli articoli successivi, i prodotti alimentari preconfezionati destinati al consumatore devono riportare le seguenti indicazioni: a) la denominazione di vendita; b) l'elenco degli ingredienti; c) la quantità netta o, nel caso di prodotti preconfezionati in quantità unitarie costanti, la quantità nominale; d) il termine minimo di conservazione o, nel caso di prodotti molto deperibili dal punto di vista microbiologico, la data di scadenza; e) il nome o la ragione sociale o il marchio depositato e la sede o del fabbricante o del confezionatore o di un venditore stabilito nella Comunità economica europea; f) la sede dello stabilimento di produzione o di confezionamento; g) il titolo alcolometrico volumico effettivo per le bevande aventi un contenuto alcolico superiore a 1,2% in volume; h) una dicitura che consenta di identificare il lotto di appartenenza del prodotto; i) le modalità di conservazione e di utilizzazione qualora sia necessaria l'adozione di particolari accorgimenti in funzione della natura del prodotto; l) le istruzioni per l'uso, ove necessario; m) il luogo di origine o di provenienza, nel caso in cui l'omissione possa indurre in errore l'acquirente circa l'origine o la provenienza del prodotto; m-bis) la quantità di taluni ingredienti o categorie di ingredienti come previsto dall'articolo 8».

⁶¹ Direttiva n. 2011/91/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 relativa alle diciture o marche che consentono di identificare la partita alla quale appartiene una derrata alimentare.

del dlgo n. 109/1992⁶². È chiaro che tale ultimo requisito, in quanto contrastante con la disciplina comunitaria di armonizzazione non potrà trovare applicazione. La norma nazionale era frutto della facoltà prevista dalla direttiva n. 2000/13/Ce⁶³. La mancata riproduzione nel Regolamento di analoga disposizione ha acceso un dibattito, nell'ambito del quale, al di là di una serie di aspetti a-tecnici, è stata avanzata la proposta, al Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali, di introdurre una norma nazionale che introducesse *ex novo* il requisito nazionale del decreto n. 109/1992, di fatto inapplicabile dal 13 dicembre 2014.

De iure condendo, una proposta legislativa nazionale che introducesse un obbligo per le produzioni nazionali di indicare la sede di confezionamento o produzione dovrebbe rispettare i requisiti procedurali e sostanziali previsti nel Regolamento quadro. Riguardo a questi ultimi, vale considerare che, nelle «materie armonizzate» dal Regolamento, è fatto divieto agli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni nazionali (art. 38, Regolamento (Ue) n. 1169/2011). Certo, può disquisirsi su cosa si intenda con tale espressione, ma in tutta franchezza dovrebbe essere sufficientemente chiaro che l'elenco delle indicazioni obbligatorie sui prodotti alimentari pre-confezionati costituisca materia armonizzata⁶⁴. In tal senso depone un prece-

⁶² L'art. 3, lett. *f.* e l'art. 11 del dlgo n. 109/1992 fanno riferimento alla sede dello stabilimento. L'art. 11, invero, sotto la rubrica «Sede dello stabilimento», consente che sui prodotti confezionati la sede dello stabilimento di produzione o di confezionamento non venga indicata nel caso di stabilimento ubicato nello stesso luogo della sede del fabbricante, confezionatore o venditore stabilito nella CE (da indicarsi ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. *e.*, del medesimo decreto legislativo. Lo stesso art. 11 prevede poi, al secondo comma, che nel caso in cui l'impresa (da intendersi quale impresa di fabbricazione o di confezionamento) disponga di più stabilimenti, è consentito indicare sull'etichetta tutti gli stabilimenti purché quello effettivo venga evidenziato mediante punzonatura o altro segno. Il comma 3, infine, contiene la seguente disposizione: «nel caso di impresa che provveda alla distribuzione o alla vendita dei prodotti, sulle cui confezioni non sia indicato il nome o la ragione sociale o il marchio depositato e la sede del fabbricante o del confezionatore, la sede dello stabilimento deve essere completata dall'indirizzo ovvero, in mancanza, da una indicazione che ne agevoli la localizzazione». La Corte di cassazione (Cass. civ. 13 luglio 2005, n. 14708) ha stabilito che «risulta evidente, per la collocazione della disposizione e per le finalità di tutela del consumatore finale perseguite dal decreto legislativo n. 109 del 1992, che la sede dello stabilimento considerata dal comma 3 dell'art. 11 non può essere altra che quella di fabbricazione o di confezionamento».

⁶³ Art. 3, par. 2, direttiva n. 2000/13: «[i]n deroga al paragrafo 1, gli Stati membri possono mantenere le disposizioni nazionali che impongono l'indicazione dello stabilimento di fabbricazione o di condizionamento per la loro produzione nazionale».

⁶⁴ A voler fugare i possibili, residui dubbi può essere interessante annotare come il Regolamento riconosca, al *considerando* n. 49, quanto «alle materie espressamente armonizzate dal presente regolamento», che gli Stati membri «non dovrebbero avere la possibilità di adottare disposizioni nazionali salvo laddove lo autorizzi il diritto dell'Unione», quindi secondo la procedura disciplinata all'art. 45. E altresì interessante osservare come, stando al *considerando* n. 49, il Regolamento «non dovrebbe impedire agli Stati membri di adottare misure nazionali su materie in esso non espressamente armonizzate. Tuttavia, dette misure nazionali non dovrebbero vietare, ostacolare o limitare la libera circolazione delle merci conformi al presente regolamento».

dente della Corte di giustizia relativo alla prima direttiva in materia di etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari⁶⁵: «[i]n materia di etichettatura, i limiti della competenza (...) lasciata agli Stati membri sono stabiliti dalla stessa direttiva, poiché essa elenca in modo esauriente, nell'art. 15, n. 2 [ora art. 18, n. 2, della direttiva 2000/13], i motivi atti a giustificare l'applicazione delle norme nazionali non armonizzate che vietano il commercio di prodotti conformi alla direttiva»⁶⁶.

Non è quindi secondaria la circostanza per la quale nei *considerando* del Regolamento si circoscrive il diritto degli Stati membri di stabilire norme all'ipotesi di «informazioni sugli alimenti non preimballati»⁶⁷; oppure che in termini più generali si precisi che le misure nazionali su materie non espressamente armonizzate, ove adottate, «non dovrebbero vietare, ostacolare o limitare la libera circolazione delle merci conformi al presente regolamento».

Pertanto, una disposizione nazionale che introducesse una indicazione aggiuntiva ricadrebbe nell'ambito di applicabilità dell'art. 38 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011. Occorre dunque domandarsi se il diritto dell'Unione consente deroghe e, se sì, con quale estensione. A tal proposito l'art. 39, par. 1, stabilisce che «[o]ltre alle indicazioni obbligatorie di cui all'articolo 9, paragrafo 1, e all'articolo 10, gli Stati membri possono adottare, secondo la procedura di cui all'articolo 45, disposizioni che richiedono ulteriori indicazioni obbligatorie per tipi o categorie specifici di alimenti per almeno uno dei seguenti motivi: a) protezione della salute pubblica; b) protezione dei consumatori; c) prevenzione delle frodi; d) protezione dei diritti di proprietà industriale e commerciale, delle indicazioni di provenienza, delle denominazioni d'origine controllata e repressione della concorrenza sleale».

Il paragrafo successivo contiene riferimenti ancor più circostanziati al caso in oggetto: «[i]n base al paragrafo 1, gli Stati membri possono introdurre disposizioni concernenti l'indicazione obbligatoria del paese d'origine o del luogo di provenienza degli alimenti solo ove esista un nesso comprovato tra talune qualità dell'alimento e la sua origine o provenienza. Al momento di notificare tali disposizioni alla Commissione, gli Stati membri

⁶⁵ Direttiva (Cee) n. 79/112 divenuta, in seguito direttiva n. 2000/13/Ce.

⁶⁶ V. sentenza 12 dicembre 1990 in causa n. C-241/89, *SARPP*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4695, punto 15. V. nello stesso senso anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Geelhoed nella causa n. C-221/00, *Commissione c. Austria*, EU:C:2002:419, e nelle cause riunite n. C-421/00, n. C-426/00 e n. C-16/01, *Sterbenz e Haug*, in *Raccolta*, 2003, I, rispettivamente pp. 1007, 1009, 1065, 1067).

⁶⁷ *Considerando* n. 48, Regolamento (Ue) n. 1169/2011.

forniscono elementi a prova del fatto che la maggior parte dei consumatori attribuisce un valore significativo alla fornitura di tali informazioni».

In via di conclusione sul punto, può dirsi che l'indicazione della sede di fabbricazione o di confezionamento rientra nella definizione di luogo di provenienza fornito dal Regolamento: «qualunque luogo indicato come quello da cui proviene l'alimento, ma che non è il «paese d'origine» come individuato ai sensi degli articoli da 23 a 26 del regolamento (CEE) n. 2913/92; il nome, la ragione sociale o l'indirizzo dell'operatore del settore alimentare apposto sull'etichetta non costituisce un'indicazione del paese di origine o del luogo di provenienza del prodotto alimentare ai sensi del presente regolamento»⁶⁸.

Nel testo e nello spirito del Regolamento tale indicazione, al pari di quelle relative al Paese d'origine o al luogo di provenienza di un alimento, *dovrebbe* essere fornita ogni volta che la loro assenza possa indurre in errore i consumatori per quanto riguarda il reale paese d'origine o luogo di provenienza del prodotto⁶⁹. Nella misura in cui il legislatore comunitario richiede un «nesso comprovato» tra alimento e origine/provenienza, è logico corollario che l'introduzione di un obbligo di indicazione della sede di produzione, a carattere generalizzato, cioè valevole per tutti i prodotti alimentari preconfezionati, non è ipotesi realizzabile sul piano del diritto alimentare.

Il Regolamento (Ue) n. 1169/2011 disciplina anche le c.d. *indicazioni obbligatorie complementari*, già previste dalla precedente normativa (sezione II dell'allegato 2 del dlgo n. 109/1992) e oggi contemplate dall'art. 10 e allegato III del Regolamento (Ue) n. 1169/2011; si tratta di indicazioni che la legge prescrive obbligatoriamente per alcuni tipi o categorie di alimenti, al fine di completare le informazioni sul prodotto. Tutte le ipotesi nelle quali la precedente legislazione (quindi il dlgo n. 109/1992) prevedeva indicazioni obbligatorie ulteriori sono state confermate dal Regolamento del 2011: alimenti imballati in taluni gas; alimenti contenenti edulcoranti; alimenti contenenti acido glicirrizico o il suo sale di ammonio; bevande con elevato tenore di caffeina o alimenti con caffeina aggiunta; alimenti con aggiunta di fitosteroli, esteri di fitosterolo, fitostanoli o esteri di fitostanolo. A queste il Regolamento (Ue) n. 1169/2011 aggiunge indicazioni per «carne e preparazioni a base di carne» e i «prodotti non trasformati a base di pesce congelati». A tal ultimo proposito, si dispone che la carne e le preparazioni a base di carne, in quanto preimballati desti-

⁶⁸ Cfr. art. 2, par. 2, lett. g., Regolamento (Ue) n. 1169/2011.

⁶⁹ *Considerando* n. 29, Regolamento (Ue) n. 1169/2011.

nati a essere presentati come tali al consumatore, che sono stati congelati, devono recare la data di congelamento o la data del primo congelamento per i prodotti che sono stati congelati più di una volta⁷⁰. Tale informazione, che comprende, nell'ordine e in forma chiara, il giorno, il mese e l'anno, dovrà essere preceduta dall'espressione «congelato il ...», accompagnata dalla data stessa, oppure dall'indicazione del punto in cui essa è indicata sull'etichetta. Analogo obbligo si applica ai prodotti non trasformati a base di pesce, i quali, ove siano stati congelati, devono recare la data di congelamento o la data del primo congelamento per i prodotti che sono stati congelati più di una volta, in conformità dell'allegato X, punto 3.

In assenza di un decreto sanzionatorio ad hoc, l'attuale cornice ricavabile dal dlgs n. 109/1992 non consente di sanzionare altresì le violazioni ai requisiti previsti dal Regolamento in tema di indicazioni complementari su carni e preparazioni di carne e prodotti non trasformati a base di pesce congelati.

c. Altre disposizioni

La nota MiSE precisa anche le conseguenze sanzionatorie per la violazione di alcune disposizioni dell'art. 8, Regolamento (Ue) n. 1169/2011. Più precisamente, vi si afferma che laddove un operatore, attivo nella fase di distribuzione di prodotti preimballati, modifichi l'etichetta risponde delle relative violazioni come se ne fosse il produttore responsabile: tale assunto, affermato all'art. 8, par. 4⁷¹, del Regolamento.

Per gli *alimenti non preimballati*, e in particolare le modalità semplificate con cui veicolare talune informazioni, la nota ministeriale suggerisce il parallelismo tra la disciplina dell'art. 8, par. 6 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 e la disposizione dell'art. 16, comma 7 del dlgs n. 109/1992. Per la disposizione comunitaria, «gli operatori del settore alimentare, nell'ambito delle imprese che controllano, assicurano che le informazioni sugli alimenti non preimballati destinati al consumatore finale o alle collettività siano trasmesse all'operatore del settore alimentare che riceve tali prodotti, in modo che le informazioni obbligatorie sugli alimenti siano

⁷⁰ Gli ulteriori requisiti sono fissati dall'allegato X, punto 3, cfr. allegato III; punto 6.1, Regolamento (Ue) n. 1169/2011.

⁷¹ Art. 8, par. 4, Regolamento (Ue) n. 1169/2011: «Gli operatori del settore alimentare, nell'ambito delle imprese che controllano, non modificano le informazioni che accompagnano un alimento se tale modifica può indurre in errore il consumatore finale o ridurre in qualunque altro modo il livello di protezione dei consumatori e le possibilità del consumatore finale di effettuare scelte consapevoli. Gli operatori del settore alimentare sono responsabili delle eventuali modifiche da essi apportate alle informazioni sugli alimenti che accompagnano il prodotto stesso».

fornite, ove richiesto, al consumatore finale». Secondo la disposizione nazionale, invece, la denominazione di vendita, l'elenco degli ingredienti, il nome o la ragione sociale o il marchio depositato e la sede o del fabbricante o del confezionatore o di un venditore stabilito nella Comunità economica europea e, infine, una dicitura che consenta di identificare il lotto di appartenenza del prodotto «possono essere riportate soltanto su un documento commerciale relativo a detti prodotti, se è garantito che tale documento sia unito ai prodotti cui si riferisce al momento della consegna oppure sia stato inviato prima della consegna o contemporaneamente a questa».

Con riferimento invece agli alimenti preimballati destinati al consumatore finale, ma commercializzati in una fase precedente alla vendita al consumatore finale, ovvero con riferimento agli alimenti preimballati destinati a essere forniti a collettività per esservi preparati, trasformati, ipotesi contemplate dal vigente art. 8, par. 7 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, la disposizione corrispondente si trova all'art. 16, comma 7 del dlgo n. 109/1992 con conseguente applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria da euro milleseicento a euro novemilacinquecento (art. 18.2).

In merito ai semilavorati o comunque alimenti non destinati al consumatore finale o alle collettività, l'art. 8, par. 8, del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, secondo cui l'OSA-intermediario deve fornire sufficienti informazioni che consentano loro, se del caso, di adempiere agli obblighi di informazione gravanti sull'OSARI, è solo parzialmente aderente a quanto prescritto dal decreto nazionale all'art. 17, comma 1⁷².

Circa le modalità di fornitura, i requisiti già previsti dal decreto nazionale (art. 14, comma 4) sono confermati nel testo del Regolamento. Invero gli articoli di riferimento della nuova disciplina (artt. 12 e 13) risentono dell'impostazione generale che il legislatore del 2011 ha voluto imprimere. Nuovo è, in particolare, uno dei requisiti chiave per la costruzione delle etichette alimentari: le informazioni obbligatorie sugli alimenti «non sono in alcun modo nascoste, oscurate, limitate o separate da altre indicazioni scritte o grafiche o altri elementi suscettibili di interferire» (art. 13, par. 1, Regolamento (Ue) n. 1169/2011). Malgrado l'assenza di una sanzione

⁷² Art. 17, comma 1, dlgo n. 109/1992: «I prodotti alimentari destinati all'industria, agli utilizzatori commerciali intermedi ed agli artigiani per i loro usi professionali ovvero per essere sottoposti ad ulteriori lavorazioni nonché i semilavorati non destinati al consumatore devono riportare le menzioni di cui all'art. 3, comma 1, lettere a), c), e) ed h). 2. Le indicazioni di cui al comma 1 possono essere riportate sull'imballaggio o sul recipiente o sulla confezione o su una etichetta appostavi o sui documenti commerciali. 2-bis. Ai prodotti di cui al comma 1 non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 3, comma 2».

amministrativa applicabile, questa disposizione, è da ritenere, potrà costituire metro della diligenza che potrà trovare terreno fertile nei procedimenti ex art. 18 ss. del Codice del Consumo innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Al di là di questo, pure le disposizioni dell'art. 13 che prescrivono dimensioni minime dei *font* (par. 2 e 3) non sono assistite da sanzioni amministrative.

Daniele Pisanello*

SINTESI

Il tema della responsabilità dell'Operatore del Settore Alimentare riveste un ruolo centrale nella legislazione alimentare di recente adozione. Il Legislatore europeo, nel tentativo di superare le incertezze emerse nell'ambito della previgente legislazione, ha provato, in occasione dell'adozione del regolamento europeo sull'informazione del consumatore di alimenti, a introdurre norme specifiche su tale tema. La nuova disciplina, certamente articolata e dettagliata, è stata salutata come superamento delle incertezze derivanti dalla legislazione previgente e dalla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Lidl Italia c. Comune di Arcole*. L'articolo, ricordata la genesi della disciplina europea, analizza nel dettaglio la nuova disciplina sulle "responsabilità" per mancata conformità ai requisiti di informazione del consumatore di alimenti, prendendo in considerazione le interrelazioni di quest'ultima con l'ambito della responsabilità civile per danni da prodotto difettoso e il quadro sanzionatorio domestico che, in assenza di un tempestivo intervento legislativo, costringe l'interprete a una faticosa comparazione tra i previgenti e vigenti requisiti al fine di individuare quali norme sanzionatorie siano ancora applicabili.

ABSTRACT

The issue of responsibility for food information to consumers has generated extensive reflection and debate among scholars and interested parties over the past few years. The EU legislator has tried to address the issue, once for all, in the context of the review of EU rules on food labelling, presentation and advertising, which has ultimately led to the adoption of Regulation (EU) No 1169/2011 on Food Information to Consumers. Whilst providing a short account of the genesis of the new regime of responsibilities for the provision of food information to consumers (Section 1), this article examines in detail the legal implications of

* Avvocato in Lecce e Bologna, Co-direttore di «Food Ingredient and Health Research Institute» (US)

said regime for the different operators of the food chain (Section 2) and evaluates how the new regime really achieve (or do not) the desired level of legal coherence and certainty (Sections 3-4). The final Section is devoted to the Italian official control activities and the sanctions provided for inconsistencies with the new regulation.

LA CODIFICAZIONE DEL REGOLAMENTO (CE) N. 562/2006 (CODICE FRONTIERE SCHENGEN)

L'iniziativa di codificazione degli atti che, nel corso del tempo, hanno apportato diverse modifiche successive al testo del Regolamento (Ce) n. 562/2006¹ istitutivo del *codice frontiere Schengen*, costituisce senza dubbio una valida nonché opportuna *azione* volta a favorire la comprensione quindi l'«osservanza» di un *codice* che assume un ruolo significativo nel quadro del delicato e complesso settore *frontiere* (segnatamente, l'attraversamento delle frontiere).

Occorre tenere presente che nel corso del tempo sono state appunto apportate molteplici modifiche nonché introdotte peculiari innovazioni al *codice*.

Appaiono indubbiamente tali sia il "richiamo", nel quadro della disposizione relativa alla sorveglianza di frontiera, al rispetto delle procedure contemplate dalla direttiva *rimpatri*² nel caso di attraversamento illegale e

¹ Cfr. *Gu-UE* n. L 105 del 13 aprile 2006, p. 1 ss. Per un primo (succinto) commento del *codice*, sia consentito di rinviare a G. LICASTRO, *Il «codice frontiere Schengen»*, in questa *Rivista*, 2006, p. 587 ss. Sulla "rilevanza" del *codice* nel nostro ordinamento v. la monografia "Italy" di C. FAVILLI, *Migration Law in Italy*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2013, p. 19 ss.

² Cfr. *Gu-UE* n. L 348 del 24 dicembre 2008, p. 98 ss. In dottrina, sulla direttiva *rimpatri* v. anche G. CELLAMARE, *Lezioni su la disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 47 ss. e la dottrina *ivi* richiamata; v. altresì, nel quadro della compiuta disamina sull'*asilo*, le pertinenti considerazioni di F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, Bari, Cacucci, 2012, pp. 236-241 nonché, nel quadro della compiuta disamina sul «trattamento dello straniero», i pertinenti rilievi di B. NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 61 ss.

di soggiorno irregolare di una persona fermata durante la suddetta attività sia l'introduzione della disciplina concernente i «valichi di frontiera condivisi», ossia la *possibilità* di concludere o mantenere accordi bilaterali di *cooperazione* Stati membri-Paesi terzi limitrofi – da sottoporre necessariamente al vaglio della Commissione – nel quadro ovviamente del *con-*

Appare comunque utile tenere presente in questo *contesto*, che la Comunicazione della Commissione sulla politica di rimpatrio UE (doc. Com(2014) 199 fin., del 28 marzo 2014, p. 2 ss.) *suggerisce* di «rafforzare il monitoraggio dell'attuazione della direttiva rimpatri» (*ivi*, p. 8). La Comunicazione prevede anche, nell'ambito del *punto* concernente il *rafforzamento* della «cooperazione operativa tra gli Stati membri» mediante azioni mirate (*ivi*, pp. 11-12), l'incitamento all'utilizzazione di strumenti già esistenti volti ad agevolare il transito via terrestre nel quadro del rimpatrio volontario (sul *rimpatrio* v. anche le considerazioni, nel quadro delle scienze sociali, di J.-P. CASSARINO, *Conditions of Modern Return Migrants – Editorial Introduction*, in *International Journal on Multicultural Societies*, vol. 10, 2, 2008, pp. 95-105), segnatamente l'allegato 39 del *manuale Schengen*: non appare però eccessivamente azzardato sostenere, attraverso una selettiva ricostruzione documentale, l'opportunità di procedere alla sostituzione di detto allegato 39, strumento da ritenere peraltro di difficile "reperibilità", probabilmente perché ideato (all'epoca) nel contesto di organi – il Comitato esecutivo istituito dalla Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen – caratterizzati dall'assenza di trasparenza delle decisioni adottate (cfr. L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 92). Appare infatti opportuno considerare che nel corso del tempo il Comitato esecutivo aveva elaborato diversi documenti *funzionali* al regime del c.d. «sistema Schengen», tenuti però prevalentemente riservati: la decisione del Comitato esecutivo del 14 dicembre 1993 (SCH/Com-ex (93) 22 riv.: cfr. *Acquis di Schengen*, di cui all'articolo 1, paragrafo 2, della decisione 1999/435/CE del Consiglio del 20 maggio 1999, in *Guce* n. L 239 del 22 settembre 2000, p. 127) prevedeva proprio la riservatezza (ad esempio) del «Manuale comune», successivamente declassificato (la versione aggiornata figurava appunto nella *Gazzetta* dell'anno 2002: cfr. *Guce* n. C 313 del 16 dicembre 2002, p. 97 ss.; occorre precisare che il summenzionato Regolamento (Ce) n. 562/2006 istitutivo del *codice* ha stabilito l'abrogazione (anche) del «Manuale comune»). Tale strumento, relativo alla gestione delle frontiere esterne, unitamente al «Catalogo delle raccomandazioni per la corretta applicazione dell'*acquis* di Schengen e delle migliori pratiche – Frontiere + allontanamento e riammissione» (cfr., inoltre, il doc. n. 5018/1/02 REV 1 del Consiglio dell'Unione europea dell'8 febbraio 2002, p. 3 ss.) costituivano – all'epoca – strumenti significativi di *indirizzo* con riferimento ovviamente ai settori indicati (per completezza occorre però tenere presente che il Comitato esecutivo aveva elaborato nel settore della riammissione determinati *principi generali* da osservare al fine di superare talune difficoltà nell'applicazione pratica degli accordi di riammissione tra gli Stati Schengen: il documento SCH/II-Read (97) 3, 7a rev., approvato dalla decisione del Comitato esecutivo del 15 dicembre 1997 (SCH/Com-ex (97) 39 riv.), dal titolo «Principi generali per i mezzi di prova e gli indizi nel quadro degli accordi di riammissione tra Stati Schengen», è stato riportato "senza restrizioni" nella *Gazzetta*: cfr. *Guce* n. L 239 del 22 settembre 2000, pp. 188-190. F. PASTORE, *L'obbligo di riammissione in diritto internazionale: sviluppi recenti*, in *Riv. dir. int.*, 1998, p. 968 ss., specificatamente p. 1008, nota 133, riteneva la succitata decisione del Comitato esecutivo volta a definire «*standards* comuni»; sulla *riammissione* v. anche G. CELLAMARE, *Lezioni su la disciplina dell'immigrazione irregolare*, loc. cit. p. 68 ss.). Dalla lettura di detti strumenti – dell'epoca – nonché della versione aggiornata del summenzionato *Catalogo* (dell'anno 2009: cfr. doc. n. 7864/09 del Consiglio dell'Unione europea del 19 marzo 2009, p. 2 ss.) non si *scoprono* però "elementi" utili al riferimento del suddetto allegato 39 del *manuale Schengen* richiamato. Tale *lettura* conferma quindi l'opportunità di procedere alla sua sostituzione al fine di stabilire soprattutto un quadro giuridico "coerente", anche alla luce dell'"incidenza" dell'adozione della direttiva *rimpatri*, che contempla, altresì, l'*abrogazione* dell'art. 23 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (il testo di detta *Convenzione* in *Guce* n. L 239 del 22 settembre 2000, p. 19 ss.; sulla *Convenzione* v. anche IAI (a cura di), *La Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen del 19 giugno 1990*, in *Immigrazione e asilo nel quadro della politica italiana e nel contesto dell'Unione europea*, dossier giuridico, Roma, 2000, pp. 13-19).

trollo di frontiera (ossia le verifiche e la sorveglianza di frontiera ai sensi del *codice*), tesi all'istituzione di «qualsiasi valico di frontiera situato sul territorio di uno Stato membro o su quello di un paese terzo, in cui guardie di frontiera dello Stato membro e guardie di frontiera del paese terzo effettuano verifiche in uscita e in entrata gli uni dopo gli altri conformemente al relativo diritto nazionale e ai sensi di un accordo bilaterale» (v. il Regolamento (Ue) n. 610/2013³, rispettivamente, l'art. 1, punto n. 11 e l'art. 1, punto n. 1, lett. e e l'allegato I, punto n. 4, prima parte) nonché il nuovo regime che regola le *condizioni* e le *procedure* per ripristinare i controlli alle frontiere interne in circostanze ritenute eccezionali (v. il Regolamento (Ue) n. 1051/2013⁴).

Peraltro, quest'ultimo aspetto, ha assunto recentemente un particolare rilievo tra alcuni Stati membri dell'Unione europea, nell'ambito dell'attuale "dibattito" concernente lo spazio Schengen⁵ e le misure da adottare tempestivamente proprio per salvaguardare questo spazio da possibili, ulteriori azioni terroristiche che hanno tragicamente colpito la Francia⁶.

Il testo della *proposta* del codice «unionale» frontiere Schengen (da adesso in poi, semplicemente codice «unionale» Schengen), doc. Com(2015) 8 final, del 20 gennaio 2015 (compresi ovviamente gli allegati), si *limita* quindi ad accorpate i diversi atti adottati nel corso nel tempo, al fine di agevolare l'opera di *codificazione* mediante l'introduzione di modifiche *dichiarate* solo formali (v. il punto n. 4. della relazione introduttiva che precede il testo della proposta).

³ Cfr. *Gu-Ue* n. L 182 del 29 giugno 2013, p. 1 ss. Per una peculiare disamina critica del suddetto Regolamento, sia consentito di rinviare ancora a G. LICASTRO, *Verso un «sistema integrato di gestione delle frontiere esterne?»*, in questa *Rivista*, 2013, p. 705 ss., *ivi*, riferimenti bibliografici; anche per considerazioni relative al summenzionato punto n. 11 dell'art. 1 concernenti, *altresì*, la direttiva *rimpatri* (*ivi*, p. 705, nota 1).

⁴ Cfr. *Gu-Ue* n. L 295 del 6 novembre 2013, p. 1 ss.

⁵ Sul suddetto "Spazio" v. B. NASCIBENE, *Lo «spazio Schengen»: libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1999, p. 307 ss.; sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen v. K. HAILBRONNER, *The New Title on Free Movement of Persons, Asylum and Immigration in the TEC*, in M. DEN BOER (ed.), *Schengen, Judicial Cooperation and Policy Coordination*, European Institute of Public Administration, Maastricht, The Netherlands, 1997, p. 201 ss., specificamente p. 205 ss.

⁶ In argomento, appare utile segnalare l'opinione del Prof. GIUSEPPE TESAURO, raccolta nel corso dell'intervista apparsa nel *Corriere della Sera* del 12 gennaio 2015, decisamente contraria all'idea di procedere al ripristino delle frontiere Italia-Francia, nonché il resoconto dell'intervista radiofonica di *Radio Vaticana* (sempre il 12 gennaio 2015) al Prof. BRUNO NASCIBENE, sul sito internet http://it.radiovaticana.va/news/2015/01/12/terrorismo_europa_divisa_sulla_chiusura_delle_frontiere/1117888 (sia consentito di rinviare sommessamente anche a G. LICASTRO, *Schengen e la difesa dalle minacce del terrorismo*, in *AffarInternazionali*, 18 gennaio 2015, sul sito internet <http://www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=2936>).

Tale affermazione sembra invece assumere – *prima facie* – un contenuto meramente di principio, poiché dall'attenta lettura (v. *infra*) di determinati documenti e atti "pregressi", ovviamente rilevanti e pertinenti, non appare azzardato sostenere che si tratta invece di modifiche da ritenere un po' più che solo formali.

Più in particolare, il testo della proposta contempla una peculiare modifica dichiarata appunto formale, una modifica che balza subito agli occhi, di fondamentale importanza, ossia la base giuridica dell'atto concernente *solo* le lettere *b.* ed *e.* del par. 2 dell'art. 77 del TFUE: quindi una base giuridica opportuna ma piuttosto limitata, relativa essenzialmente all'adozione di misure riguardanti, rispettivamente, il controllo delle persone alle frontiere esterne e l'assenza del suddetto controllo alle frontiere interne.

Non appare oltremodo azzardato rilevare nonché eccepire, che il summenzionato testo avrebbe potuto (*rectius* dovuto) includere, altresì, la lett. *d.* del par. 2 dell'art. 77 del TFUE attinente all'istituzione progressiva di un «sistema integrato di gestione delle frontiere esterne».

Dalla lettura di taluni documenti, quali il doc. Com(2004) 391 definitivo, del 26 maggio 2004 nonché il *Catalogo Schengen* (Ue) concernente anche i controlli alle frontiere *esterne* (del 19 marzo 2009)⁷ che contiene raccomandazioni e migliori pratiche da seguire, si evince infatti che il codice «unionale» Schengen costituisce uno strumento che potrebbe/dovrebbe rientrare pienamente nel quadro delle misure volte ad istituire progressivamente detto "sistema":

- la suddetta proposta di Regolamento istitutiva del «codice comunitario relativo all'attraversamento delle frontiere da parte delle persone», evidenziava (nella prima parte dedicata alla disamina generale), sin da subito l'importanza dell'elaborazione di un «corpus legislativo comune» – riprendendo tale definizione dalla comunicazione, ancora attuale, dal titolo «Verso una gestione integrata delle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea», del 7 maggio 2002⁸, che riteneva detto *corpus* uno degli "elementi" essenziali della *politica comune di gestione delle frontiere esterne* – allo scopo di incidere nel consolidamento e sviluppo di questo settore⁹;

⁷ Cfr. doc. n. 7864/09, *cit. supra*, nota 2, p. 2 ss.

⁸ Cfr. doc. Com(2002) 233 def., del 7 maggio 2002.

⁹ Cfr. doc. Com(2004) 391 def., del 26 maggio 2004, pp. 4-5. Da notare che la lettera *d.* del par. 2 dell'art. 77 del TFUE è stata introdotta dal Trattato di Lisbona (cfr. *Gu-Ue* n. C 115 del 9 maggio 2008, p. 76). In dottrina, v. R. CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel trattato di Lisbona*, in M. C. BARUFFI (a cura di), *L'evoluzione del sistema comunitario a 50 anni dalla sua istituzione*, Padova, Cedam, 2008, p. 51 ss., specificatamente

- il succitato Catalogo Schengen (Ue) rammenta proprio nell'*incipit* della prima parte dedicata ai controlli alle frontiere *esterne*, segnatamente nel contesto della disamina del concetto di *Gestione Integrata delle Frontiere (GIF)*, che «nell'attuazione della gestione delle frontiere, occorrerebbe tener presente che gli Stati membri effettuano controlli alle loro frontiere esterne per se stessi, ma anche, allo stesso tempo, per gli altri Stati membri Schengen»¹⁰ (da rammentare altresì, che il contenuto di questo *passo* figurava già al *considerando* n. 6 del summenzionato Regolamento (Ce) n. 562/2006). Tale concetto di *GIF* elenca precisi «elementi chiave della corretta applicazione della gestione integrata delle frontiere»: il primo "elemento chiave" considerato risulta il «controllo di frontiera», da effettuare conformemente alla disciplina stabilita dal *codice*¹¹ (da tenere comunque *ben* presente che la *possibilità* di procedere all'istituzione di «valichi di frontiera condivisi» oppure di continuare a *mantenere* valichi di frontiera "comuni" pre-esistenti (v. appunto *supra*) potrebbe rivelarsi *funzionale* a rafforzare ulteriormente la sicurezza interna degli Stati membri: a titolo meramente esemplificativo, risulta infatti di tutta evidenza che la Polonia aveva stipulato con la Federazione Russa *accordi* pregressi tesi al controllo di frontiera, posto che figura il relativo elenco aggiornato, ai sensi dell'art. 2, par. 8 del più volte menzionato Regolamento (Ce) n. 562/2006, concernente l'*indicazione* dei valichi che consentono il *passaggio* alle frontiere *esterne*, nella pertinente *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* ovviamente dell'epoca¹²; vale la pena qui evidenziare, sempre a titolo puramente esemplificativo, che il primo *valico* indicato nella suddetta *Gazzetta* riguarda la *singolare* "regione" di Kaliningrad, *limitrofa* appunto alla Polonia¹³).

p. 69; da ultimo v. C. FAVILLI, (voce) *Spazio di sicurezza, libertà e giustizia*, in *Treccani.it (Diritto on line). L'enciclopedia italiana*, 2014 nonché R. ADAM - A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 531 ss. Con riferimento ai controlli alle frontiere, all'asilo, all'immigrazione v. G. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Ripa di Fagnano Alto (AQ), il Sirente, 2008, p. 101 ss. Con specifico riferimento alla gestione delle frontiere esterne (ovviamente a livello UE) v. J. J. RIJPMAN, *EU Border Management after the Lisbon Treaty*, *paper* presentato al Jean Monnet Seminar «Advanced Issues of European Law», nel corso della settima sessione intitolata «Boundaries of EU Law After the Lisbon Treaty» (v. il sito internet: http://www.pravo.unizg.hr/EJP/jean_monnet_projekt/dubrovnik_2009), 19-26 aprile 2009, IUC Dubrovnik (paper consultabile specificatamente in: www.pravo.hr/download/repository/Jorrit_Rijpma.doc).

¹⁰ Cfr. doc. n. 7864/09, *cit. supra*, nota 2, p. 8.

¹¹ *Ivi*, pp. 11-12.

¹² Cfr. *Gu-Ue* n. C 394 del 20 dicembre 2012, p. 22.

¹³ In argomento v. il datato contributo di S. HUISMAN, *A new European Union policy for Kaliningrad*, o.p. n. 33 del 2002, Institute for Security Studies, Paris, consultabile sul sito internet <http://www.iss.europa.eu/uploads/media/occ33.pdf>.

Da non sottovalutare inoltre il "dettaglio" che il Regolamento (Ue) n. 610/2013 e il Regolamento (Ue) n. 1051/2013 – richiamati *supra* – contemplano una base giuridica poco precisa (il primo atto indica l'art. 77 par. 2, il secondo l'art. 77, par. 1 e 2, ovviamente del TFUE).

Occorrerebbe dunque apportare una modifica "formale" ulteriore: includere semplicemente la lett. *d.* del par. 2 dell'art. 77 del TFUE.

Giuseppe Licastro*

SINTESI

Questa nota discute la *codificazione* del Regolamento (Ce) n. 562/2006 (codice frontiere Schengen).

ABSTRACT

This note discusses the codification of Regulation (EC) No. 562/2006 (Schengen borders code).

* Dottore in Giurisprudenza

DA ECONOMIA LINEARE AD ECONOMIA CIRCOLARE: UN PERCORSO IN SALITA

Sono noti gli sforzi operati da più parti ed in diverse direzioni volti a creare i presupposti per il passaggio da un'economia lineare a quella che, con una plastica espressione, viene qualificata economia circolare.

La terminologia adottata, infatti, rende bene l'idea non solo della eliminazione degli sprechi ma anche e soprattutto della reimmissione dei materiali trattati nei cicli produttivi, riutilizzandoli al termine della loro funzione.

La Commissione europea ha, in tempi recenti, adottato alcune proposte intese a sviluppare un'economia più circolare in Europa ed a promuovere il riciclaggio negli Stati membri, prospettando, in seguito alla realizzazione dei nuovi obiettivi in materia di rifiuti, un notevole incremento dei posti di lavoro, grazie alla occorrente elaborazione dei prodotti riciclabili, in parallelo con la contrazione della domanda di risorse scarse e costose¹.

Coerentemente con tale obiettivo, al fine specifico di contribuire ad instaurare un quadro strategico che favorisca l'uso efficiente delle risorse a livello dell'UE, la Commissione ritiene necessario: 1. procedere più approfonditamente ad un'analisi delle principali carenze del mercato e del sistema di *governance* ostative alla prevenzione dei rifiuti e al riutilizzo delle materie in essi contenute, senza trascurare le eterogeneità delle materie e dei rispettivi impieghi; 2. sostenere la progettazione volta all'attuazione di un'economia più circolare, dimostrando i vantaggi derivanti da nuovi modelli, che evitino, per quanto possibile, la fuoriuscita delle risorse dal circolo; 3. sbloccare gli investimenti nella ricerca di soluzioni innovative dell'economia circolare, sopprimendo gli ostacoli che si frappongono

¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Bruxelles, Doc. Com(2014)398 final del 2 luglio 2014, reperibile sul sito internet www.ec.europa.eu.

al finanziamento privato delle iniziative che favoriscono un uso efficiente delle risorse; 4. mobilitare le imprese ed i consumatori sostenendo, in particolare, le piccole e medie imprese (PMI); 5. privilegiare una politica sui rifiuti mediante la trasformazione degli stessi in risorse e, quindi, in vere e proprie fonti di materie prime; 6. incrementare i benefici economici, sociali ed ambientali derivanti da una migliore gestione dei rifiuti urbani, esortando gli Stati membri a semplificare ed a migliorare ulteriormente l'attuazione della legislazione in materia.

Questa impostazione di modello economico, caratterizzato dall'uso di materie prime per più di una volta, in una visione di economia circolare, evidenzia l'impegno dell'Unione europea nella direzione di una economia a «rifiuti zero»; un impegno già presente nelle innumerevoli direttive in tema di inquinamento, ambiente ed ecologia, che ha indotto lo Stato italiano ad emettere provvedimenti per la loro necessaria attuazione². Né sono mancate iniziative popolari, come quella denominata «Legge Rifiuti Zero», dove vengono enucleate le diverse finalità dell'auspicato intervento legislativo, articolate secondo principi-guida per una corretta gestione del ciclo rifiuti, tutte in linea con le indicazioni offerte dalla recente proposta della Commissione europea.

In particolare, alla base di un tale impianto argomentativo si colloca un'informazione continua e trasparente nel settore ambiente e rifiuti, destinata ad incidere sui mercati in modo da superare gli ostacoli, che si frappongono ad una gestione efficiente delle risorse, secondo una duplice direzione: quella di dettare norme per l'accesso ai cittadini all'informazione ed alla partecipazione in materia di rifiuti e quella di consentire alle imprese, favorendone gli investimenti, l'adeguamento al nuovo sistema produttivo, indicando misure già collaudate per promuovere l'utilizzazione di risorse con il loro riutilizzo. Le indicazioni dovranno, però, tener conto della varietà dei tipi di materie e del loro impiego, progettando i prodotti in modo da prevederne la destinazione una volta che siano diventati rifiuti.

In questa prospettiva si ritiene indispensabile spostare le risorse dallo smaltimento e dall'incenerimento verso la riduzione, il riuso ed il riciclo, incentivando misure premiali per i soggetti che, operando in questa direzione, ottengano i migliori risultati, e penalizzando coloro che continuino ad applicare pratiche contrarie.

Un dato comunque appare certo: è prioritario ridurre progressivamente il conferimento in discarica e l'incenerimento, procedendo alla progressiva dismissione degli inceneritori esistenti, sia perché essi non eliminano per

² Si pensi al dlgs 13 agosto 2010, n. 155, in *Guri* n. 216 del 15 settembre 2010, *suppl. ord.*, in attuazione della direttiva n. 2008/50/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, reperibile sul sito internet www.eur-lex.europa.eu.

nulla i rifiuti, limitandosi a trasformarli in composti e particelle chimiche in gran parte pericolose, sia perché gli impianti di incenerimento dei rifiuti e di combustione di biomasse e biogas appaiono in contrasto con le norme ed i principi contenuti nel dlgs n. 155 del 2010 in materia di tutela della qualità dell'aria, in recepimento della direttiva europea n. 2008/50/Ce relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa.

Meno certo è invece l'orientamento che prenderà piede nel nostro Stato di fronte al risultato referendario del giugno 2011 sull'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali e alla sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012, che esclude l'obbligo dell'assegnazione del servizio tramite gara, ma consente l'affidamento diretto a proprie società interamente pubbliche, così come previsto dalla legislazione europea.

È in ogni caso auspicabile che, a prescindere dalla linea politica seguita, trovino attuazione le misure proposte dalla Commissione, che consentirebbero – secondo gli studi forniti – di ridurre drasticamente l'impatto ambientale e le emissioni di gas ad effetto serra, entro determinate scadenze temporali, con specifico divieto di collocare in discarica i rifiuti riciclabili di plastica, metallo, vetro, carta e cartone, invitando – seppur perentoriamente – gli Stati membri ad impegnarsi ad abolire «quasi completamente» il collocamento in discarica entro il 2030, senza trascurare ogni altro tipo di rifiuto³.

Non può sottacersi, come rimarcato nella stessa Comunicazione della Commissione, che il passaggio ad un'economia prevalentemente «circolare» comporta cambiamenti sistemici dalla progettazione dei prodotti ai modelli di mercato e di impresa e alle stesse modalità di consumo, con inevitabile incidenza sia sul piano tecnologico che su quello dei metodi di finanziamento e delle politiche economiche e sociali.

Non è da escludere, tuttavia, che, nonostante gli ottimi propositi della Commissione, certamente meritevoli di plauso, si assisterà ad una reazione da parte di tutte quelle industrie, che avendo improntato il sistema produttivo su base lineare, potrebbero osteggiare la prospettata linea di sviluppo. E poiché è noto che le grandi industrie hanno notevole incidenza sulla stabilità dei Governi, i loro comportamenti potrebbero essere sostenuti dalle politiche dominanti nei vari Stati.

Appare, tuttavia, opportuno riflettere approfonditamente su un documento di tal portata al fine di spronare i Governi ad un cambiamento effettivo, proiettato verso una rinnovata visione del processo economico.

Maria Teresa Stile*

³ Tra questi si ricordano i rifiuti marini, quelli di costruzione e demolizione nonché quelli alimentari.

* Docente di Diritto dell'Unione europea / Università Telematica Pegaso

SINTESI

Sono noti gli sforzi operati da più parti ed in diverse direzioni volti a creare i presupposti per il passaggio da un'economia lineare a quella che, con una significativa espressione, viene qualificata economia circolare.

La terminologia adottata, infatti, rende bene l'idea non solo della eliminazione degli sprechi ma anche e soprattutto della reimmissione dei materiali trattati nei cicli produttivi, riutilizzandoli al termine della loro funzione.

La Commissione europea ha, in tempi recenti, luglio 2014, adottato alcune proposte intese a sviluppare un'economia più circolare in Europa e a promuovere il riciclaggio negli Stati membri, evidenziando l'impegno dell'Unione europea nella direzione di una economia a «rifiuti zero»; un impegno già presente nelle innumerevoli direttive in materia di inquinamento, ambiente ed ecologia, che ha indotto lo Stato italiano ad emettere provvedimenti per la loro necessaria attuazione. Né sono mancate iniziative popolari, come quella denominata «Legge Rifiuti Zero», dove vengono enucleate le diverse finalità dell'auspicato intervento legislativo, articolate secondo i principi-guida per una corretta gestione del ciclo rifiuti. Le riflessioni, oggetto del presente studio, riguardano la possibilità di realizzazione di dette finalità anche alla stregua delle indicazioni offerte dalla recente proposta della Commissione europea.

ABSTRACT

The efforts made in different directions aiming at the conditions for a shift from a linear economy to a circular one are well-known. The waste removal as well as the reintroduction of the treated materials in production cycles and their reuse at the end of their life are fundamental. In more recent times, the European Commission has adopted a number of proposals to develop a more circular economy in Europe and to promote recycling in the EU States, highlighting the commitment of the European Union towards a zero waste economy. A strong commitment towards this direction has already involved numerous directives as far as pollution, environment and ecology are concerned, and has prompted the Italian government to issue necessary measures for their implementation. Furthermore, popular initiatives have been promoted, such as the so-called Zero Waste Law, in which the different purposes of this legislative action are clarified, based upon the guiding principles for a successful waste cycle management. The present paper and its considerations aim at throwing light on the possibilities for which the above mentioned purposes can be achieved.

RECENSIONI

Daniele Manacorda, *L'Italia agli italiani - Istruzioni ed ostruzioni per il Patrimonio culturale*, Bari, Edipuglia, 2014, pp. 152, € 12,00

Il libro di *Daniele Manacorda*, *L'Italia agli italiani*, è di limitato spessore fisico ma di grande spessore culturale. L'obiettivo del libro è dimostrare che l'Amministrazione pubblica italiana non è in grado, da sola, di tutelare il nostro patrimonio culturale. Occorre, secondo Manacorda, trovare forme efficaci di collaborazioni sinergiche tra pubblico e privato.

I miei apprezzamenti, come giurista, vanno soprattutto alla chiarezza con cui gli obiettivi perseguiti dall'Autore sono stati raggiunti e al modo in cui il problema di fondo è stato centrato e sviscerato, mettendone in risalto l'essenza vera. Devo aggiungere che la prosa è eccellente, appassionata, ironica nella giusta misura e di sicuro impatto. Il libro di *Daniele Manacorda* offre, quindi, una lettura illuminante e merita la più grande diffusione. Se questi apprezzamenti mi esentano dall'approfondire le particolarità del libro, non mi esimono però dall'accennare ad altre particolarità che hanno preceduto la sua stessa redazione.

Ho conosciuto tempo fa il Prof. Manacorda leggendo un suo articolo, apparso su *La Repubblica*, che mi aveva favorevolmente impressionato perché, come professore di archeologia, era giunto a conclusioni simili a quelle alle quali ero pervenuto io stesso come giurista.

Gli ho scritto quindi una lettera ed è cominciato uno scambio di corrispondenza e di idee. Come diceva *George B. Shaw*, se io ho un'idea e tu hai un'idea e ce le scambiamo, entrambi possediamo due idee: ciò che non può succedere se si scambiano oggetti.

Fuor di metafora, il giurista può influenzare l'archeologo e l'archeologo, a sua volta, può influenzare il giurista. Ma non intendo procedere oltre.

Mi limito a riportare un passo del menzionato articolo di *Daniele Manacorda*, apparso su *La Repubblica* del 1° agosto 2014 per far comprendere il contenuto ed il valore del suo libro: «*L'amministrazione pubblica della tutela dei beni culturali richiede una riforma radicale, che è d'ordine culturale, prima ancora che politico e amministrativo, per metterla al passo con la società del XXI secolo. Un nuovo «sistema del servizio di tutela» richiede la partecipazione di più attori e richiede un ribaltamento di concezioni nel rapporto fra Pubblica amministrazione e cittadinanza. Una tutela contestuale, intesa come sistema inclusivo, servizio pubblico, luogo della ricerca e della formazione condivise, comunicazione e democratizzazione della cultura, superamento di una concezione elitaria e gelosa del patrimonio, richiede la chiamata a raccolta di tutte le energie positive del paese, con l'obiettivo di creare una rete diffusa di gestione socialmente allargata del patrimonio. (...) L'amministrazione pubblica deve smetterla di difendere l'Italia dagli italiani. Corrotti e corruttori, ignoranti devastatori del patrimonio ci sono sempre stati. Ma c'è un'enorme fetta di Paese pronta a difendere con i denti il futuro del patrimonio, sol che le si faccia intendere che si è capita la lezione: che l'Italia è loro. Con loro occorre allearsi. Stato, regioni, comuni, università, associazionismo culturale, singoli cittadini per il bene comune sanno di avere di fronte due avversari agguerriti: i marioli di sempre e la conservazione culturale scontenta del presente, ma paurosa del futuro».*

In questo passo si trova, come è agevole comprendere, il germe che farà nascere il libro al quale è dedicata la presente recensione.

Fausto Capelli

Massimo Panebianco, *Ius gentium - Commerciale e moderno*, Roma, Aracne editrice, 2015, pp. 188, € 12,00

Quest'opera costituisce un tentativo di teoria e storia del diritto commerciale internazionale e appare in un momento particolarmente ricco per la produzione di manuali e monografie dedicati al settore in oggetto. La disciplina relativa è anch'essa in corso di restauro, innanzitutto nell'ordinamento giuridico italiano, dove la nota legge 31 maggio 1995, n. 218, collaudata da un ventennio di esperienza, ha un bisogno abbastanza evidente di alcune integrazioni anche alla luce della sopravvenuta disciplina proveniente dall'Unione europea, dedicata alla legge applicabile in tema di obbligazioni civili e commerciali. Infine, la stessa esperienza della c.d.

lex mercatoria sta subendo un'ampia revisione, nella teoria come nella prassi dei contratti internazionali, come dimostra il "blocco" del c.d. diritto-UNIDROIT, dal nome della organizzazione romana di Villa Aldo Brambini, produttrice dei noti principi in tema di diritto dei contratti commerciali internazionali. Di fronte alla complessità di tale costruzione a tre livelli sovrapposti, l'A. dell'opera esprime la sua fiducia nella missione del diritto commerciale internazionale, come ordinamento *multilevel* e non cede alla sfiducia di quanti nella dottrina italiana ritengono tale settore normativo del tutto inadeguato a regolare i rapporti nel commercio internazionale nonché le relative operazioni commerciali tra imprenditori dell'*import-export*. Tanto risulta dalla premessa del volume, che segna le linee delle successive due parti. La prima suddivisa in tre capitoli dedicati al triplice livello nazionale-unionistico europeo-internazionale globale. Viceversa, la seconda, di grande spessore dottrinale, si articola in tre capitoli dedicati alla formazione dei grandi spazi giuridici internazionali, tra loro interconnessi e noti come *civil law-common law-islamic law*, rispettivamente denominati come spazio giuridico europeo, euro-americano e mediterraneo arabo-islamico (c.d. Paesi arabi del Golfo).

Come evidente, la ricerca si propone di recuperare almeno un nome comune (*Ius gentium*), unificante rispetto ad altre denominazioni, come diritto internazionale privato commerciale, diritto europeo dei conflitti di leggi private e commerciali, diritto dei contratti internazionali, ecc. Naturalmente la ricerca non è affatto dedicata al diritto antico e medievale di formazione dello *ius gentium*, in quanto lo presuppone come antecedente del diritto moderno e contemporaneo degli ultimi tre secoli. Si ritiene infatti che il diritto commerciale internazionale abbia vissuto e stia ancora vivendo tre fasi o stadi della sua storia: nel Settecento (pre-codicistica), nell'Ottocento (codicistica) e infine nel Novecento (post-codicistica). Il collante di queste varie fasi viene individuato nei principi generali di diritto commerciale internazionale, che servono a garantire l'autonomia e l'autodifesa dei commercianti (*choice of law*), ma insieme tali principi rispettano internazionalmente le scelte pubbliche operate dai singoli legislatori nazionali mediante regole imperative o perentorie (*public choice*). Come risultato finale l'A. intravede come possibile un riequilibrio sulla scena dei contratti internazionali, in cui si assista a un ragionevole ritorno a principi tradizionali di equità e di giustizia, al di là e oltre eccessi della prassi contrattuale dei c.d. contratti senza legge.

L'opera appare degna di essere segnalata all'attenzione del lettore in modo particolare per il suo forte aggancio fra tradizione giuridica e attualità normativa. Tale aggancio viene evidenziato anche a livello di riforme

della Costituzione italiana vigente (art. 117 Cost.). Invero, il disegno di legge costituzionale approvato in doppia lettura nel marzo 2015 rappresenta un evidente sforzo di "rinazionalizzazione" del commercio estero, nonché di acquisizione alla competenza legislativa esclusiva dello Stato dell'intera materia delle reti e vie di comunicazione strategiche e telematiche, nonché del trasporto dell'energia, costitutive del commercio internazionale moderno. Si può pertanto ritenere meritorio l'impegno dell'A., in attesa dei prossimi sviluppi della prassi sia interna che internazionale.

Miriam Immediato*

Davide Lamparella - *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori italiane e la Corte di giustizia europea*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pp. IV-104, € 14,00

La presente opera tratta di istituti e questioni proprie del diritto pubblico in senso lato, in particolare del diritto costituzionale e del diritto dell'Unione europea. Si configura come un lavoro di ampio respiro che parte dall'esame di un istituto di rilevanza cruciale per i rapporti tra ordinamenti nazionali ed ordinamento comunitario, ovvero il rinvio pregiudiziale. Previsto e disciplinato dall'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, esso consiste nella facoltà – che per i giudici di ultima istanza diventa un vero e proprio obbligo – degli organi giurisdizionali degli Stati membri di adire la Corte di giustizia ogniqualvolta si presenti la necessità di interpretare una disposizione o di accertare la validità di un atto di diritto europeo. Nel corso della trattazione, oltre a ripercorrere la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di requisiti soggettivi che ha condotto all'elaborazione di una nozione comunitaria di "giurisdizione" e di requisiti oggettivi per la proposizione di un rinvio pregiudiziale, l'A. ha messo in luce il ruolo svolto dal dialogo tra Corte di giustizia e corti nazionali nel processo di formazione e definizione del diritto europeo e, pertanto, nell'avanzamento del processo d'integrazione sovranazionale. La Corte di giustizia ha infatti avuto l'opportunità di introdurre nuovi principi e di precisare la portata di altri, contribuendo così allo sviluppo dell'*acquis* comunitario, proprio in occasione di procedimenti pregiudiziali attivati da tribunali degli Stati membri. L'obbligo di rinvio pregiudiziale ad opera delle giurisdizioni superiori – fra cui, nell'ordinamento italiano, la Corte

* Dottore di ricerca; Formatore teorico e mediatore; Avvocato del Foro di Salerno

costituzionale e il Consiglio di Stato – pare scontrarsi con la tradizionale ritrosia di tali corti ad avviare e intrattenere un proficuo dialogo con la Corte di giustizia, spesso erroneamente percepita quale usurpatrice di funzioni e prerogative. L'A. ha acutamente rilevato quanto invece l'apertura a un tale confronto possa condurre alla nascita di un vero e proprio «circuito costituzionale» del quale siano parte, in primo luogo, la Corte di giustizia e le Corti costituzionali nazionali, circuito che contribuirebbe di certo all'arricchimento dell'ordinamento europeo, alla circolazione degli istituti e delle *best practices* e a un innalzamento dello *standard* complessivo di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali. L'A. si è cimentato con la giurisprudenza della Consulta in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento italiano, ripercorrendo le varie fasi della stessa sino al definitivo riconoscimento, ad opera del Giudice delle leggi, del primato del diritto europeo, suggellato dal legislatore della riforma del 2001. Alquanto interessante è la ricostruzione degli orientamenti della Corte in tema di legittimazione a proporre rinvio pregiudiziale mediante un'analisi completa della "percezione" che la Corte ha avuto e ha di se stessa come "giurisdizione". In un'ottica comparatistica, l'A. ha altresì proceduto ad analizzare l'atteggiamento dei giudici costituzionali degli altri Stati membri dell'Unione europea in merito al dialogo pregiudiziale con la Corte di giustizia, spaziando dall'ordinamento austriaco a quello tedesco, belga, francese, britannico, spagnolo, portoghese, e persino a quello polacco e lituano. La trattazione si conclude con un capitolo dedicato alle supreme magistrature amministrativa (Consiglio di Stato) e contabile (Corte dei conti) italiane. Anche con riguardo a detti organi giurisdizionali, l'A. ha analizzato l'evoluzione giurisprudenziale in tema di rapporti con la Corte di giustizia, segnalando le opportunità e le potenzialità offerte da un crescente confronto con i giudici di Lussemburgo e, più in generale, dagli strumenti e dai meccanismi offerti dal diritto europeo.

Benito Aleni**

** Avvocato amministrativista; già titolare della cattedra di Diritto amministrativo europeo / Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Hanno collaborato a questo numero:

ENRICA ADOBATI, *Avvocato in Novara; cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

BENITO ALENI - *Avvocato amministrativista; già titolare della cattedra di Diritto amministrativo europeo / Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

GIANLUCA BELOTTI - *Avvocato specializzato in Diritto UE e Concorrenza*

BERNARDO CALABRESE - *Dottore di ricerca in Diritto Pubblico Comparato e dell'Unione europea / Università degli Studi di Udine*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

PAOLO DAVIDE FARAH - *West Virginia University, Department of Public Administration and College of Law (WV, USA); Principal Investigator and Research Scientist at gLAWcal – Global Law Initiatives for Sustainable Development (United Kingdom); Scientific Vice-Coordinator of EU commission Marie Curie Project EPSEI at University of Turin, Department of Law (Italy). Dual PhD in International Law at Aix-Marseille University (France) and Università degli Studi di Milano (Italy). LLM College of Europe, Bruges (Belgium), J.D. University of Paris Ouest La Defense Nanterre (France). Visiting Scholar (2011-2012) at Harvard Law School, EALS - East Asian Legal Studies (USA). EU Commission Marie Curie Fellow (2009-2011) at Tsinghua University School of Law, THCEREL - Center for Environmental, Natural Resources & Energy Law in Beijing (China) and at the CRAES - Chinese Research Academy on Environmental Sciences in Beijing (China). Fellow at the IIEL - Institute of International Economic Law (2004-2005) at Georgetown University Law Center (USA)*

FEDERICO FORNI - *Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna*

- Continua -

CESARE GALLI, *Avvocato in Milano; Professore Ordinario di Diritto Industriale / Università degli Studi di Parma*

ANDREA GALLINUCCI - *Praticante avvocato / Studio Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP - Roma*

MIRIAM IMMEDIATO - *Dottore di ricerca; Formatore teorico e mediatore; Avvocato del Foro di Salerno*

GIUSEPPE LICASTRO - *Dottore in giurisprudenza*

DANIELE PISANELLO - *Avvocato in Lecce e Bologna, Co-direttore di «Food Ingredient and Health Research Institute» (US)*

MARIA TERESA STILE - *Docente di Diritto dell'Unione europea / Università Telematica Pegaso*

RICCARDO TREMOLADA - *Ph.D. Candidate at University of Naples - Federico II (Italy). S.J.D. Candidate at Shanghai JiaoTong University (China). Research Associate at gLAWcal – Global Law Initiatives for Sustainable Development (United Kingdom); Research Fellow (2013), Università degli Studi del Piemonte Orientale, DiSEI - Dipartimento di Studi per l'Economia e l'Impresa (Italy) and EU Commission Marie Curie Fellow (2013) at the CRAES - Chinese Research Academy on Environmental Sciences in Beijing (China) and at Tsinghua University School of Law, THCEREL - Center for Environmental, Natural Resources & Energy Law in Beijing (China); J.D. Università degli Studi di Milano, School of Law (Italy); Trainee Lawyer – Cleary Gottlieb Steen & Hamilton*

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LIV – n. 1-2 – Gennaio-Giugno 2015

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

ARTICOLI

Cesare Galli - Indicazioni geografiche e denominazioni di origine sul mercato globale: convergenze e conflitti
(Geographical Indications and Designations of Origin on the Global Market: Confluence and Conflicts) Pag. 1

Paolo Farah - Riccardo Tremolada - Regolamentazione e prospettive del mercato dello *shale gas* in Cina tra diritto del commercio internazionale, diritto dell'energia, accordi di produzione e protezione ambientale: un confronto con l'esperienza statunitense alla luce dei principi dello sviluppo sostenibile » 29
(Regulation and Prospects of the Shale Gas Market in China in Light of International Trade, Energy Law, Production-Sharing Agreements, Environmental Protection and Sustainable Development: a Comparison with the U.S. Experience)

COMMENTI

Bernardo Calabrese - La responsabilità *antitrust* dello Stato in materia di fissazione dei prezzi: soluzioni consolidate e problemi latenti nel controllo di compatibilità concorrenziale sulla legislazione nazionale » 87
(Antitrust Liability of the State for Price-fixing: Stable Solutions and Latent Problems in Competition Compatibility Control on National Legislation)

<i>Federico Forni - La suddivisione dei medicinali non necessita di essere autorizzata se è il medico a prescriverla</i> <i>(Dividing up a Medicinal Product Does not Require an Authorization if Prescribed by a Doctor)</i>	Pag. 119
<i>Andrea Gallinucci - Clausole compromissorie in contratti business to consumer nel diritto internazionale</i> <i>(A Comparison on Enforceability of Arbitration Clauses in Business to Consumer Contracts from an International Perspective)</i>	» 141
<i>Gianluca Belotti - Spunti su alcune novità degne di riflessione nell'applicazione del diritto antitrust. In particolare: come poter costituire lecitamente un cartello?</i> <i>(Some Considerations on the Enforcement of Antitrust Law to Consultancy and Private Equity Companies and on How to Avoid Cartel Fines in Italy)</i>	» 187
<i>Daniele Pisanello - Le responsabilità per la conformità della fornitura di informazioni sugli alimenti: ovvero, ancora à la recherche de l'anneau</i> <i>(To Cast Responsibility for Compliance with Food Information Regulation. In Other Words, still Looking for the Holy Grail)</i>	» 203
<i>Giuseppe Licastro - La codificazione del Regolamento (Ce) n. 562/2006 (Codice frontiere Schengen)</i> <i>(The Codification of Regulation (EC) No. 562/2006 (Schengen Borders Code))</i>	» 249
<i>Maria Teresa Stile - Da economia lineare ad economia circolare: un percorso in salita</i> <i>(From Linear Economy to Circular Economy: an Uphill Struggle)</i>	» 263

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

<i>Fausto Capelli - Evoluzione della politica agricola dell'Unione europea dalle origini ai giorni nostri: un sintetico commento</i> <i>(Evolution of the EU's Agricultural Policy from its Origins to the Present Day: a Brief Comment)</i>	» 267
---	-------

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

La legge italiana sull'obbligatorietà dei costi minimi d'esercizio per il prezzo dei servizi di autotrasporto non è compatibile con il diritto della concorrenza dell'Unione europea

Sentenza della Corte di giustizia del 4 settembre 2014 in cause riunite da n. C-184/13 a n. C-187/13, n. C-194/13, n. C-195/13 e n. C-208/13

API - Anonima Petroli Italiana SpA c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Ministero dello Sviluppo economico (C-184/13), ANCC-Coop - Associazione Nazionale Cooperative di Consumatori e altri c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e altri (C-185/13), Air Liquide Italia SpA e altri c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Ministero dello Sviluppo economico (C-186/13), Confetra - Confederazione Generale Italiana dei Trasporti e della Logistica e altri c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Osservatorio sulle Attività di Trasporto e Ministero dello Sviluppo economico (C-187/13), Esso Italiana Srl c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Ministero dello Sviluppo economico (C-194/13), Confindustria - Confederazione generale dell'industria italiana e altri c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Ministero dello Sviluppo economico (C-195/13) e Autorità garante della concorrenza e del mercato c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Ministero dello Sviluppo economico (C-208/13)

(con commento di *Bernardo Calabrese*)

Pag. 85

La suddivisione di una fiala monodose di medicinale in ampole ai fini di una terapia personalizzata non necessita di specifica autorizzazione in presenza di prescrizione medica

Sentenza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2013 in causa n. C-535/11

Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH

(con commento di *Federico Forni*)

» 117

<p>La direttiva n. 93/13/Cee individua norme inderogabili di ordine pubblico europeo a favore del consumatore Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2006 in causa C-168/05 <i>Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL</i></p>	Pag. 139
<p>Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2009 in causa n. C-40/08 <i>Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira</i> (con commento di <i>Andrea Gallinucci</i>)</p>	» 140
<p>II. MASSIMARIO ANNOTATO (a cura di <i>Enrica Adobati</i>)</p>	
<p>Secondo la Corte di giustizia le azioni di responsabilità civile devono essere considerate come rientranti nella «materia contrattuale», ai sensi dell’art. 5, punto 1, lett. a., del Regolamento (Ce) n. 44/2001 Sentenza della Corte di giustizia del 13 marzo 2014 in causa n. C-548/12 <i>Marc Brogsitter c. Fabrication de Montres Normandes EURL, Karsten Fräßdorf</i></p>	» 167
<p>Secondo la Corte di giustizia le biblioteche sono autorizzate a digitalizzare le opere presenti anche senza il consenso del titolare dei diritti Sentenza della Corte di giustizia dell’11 settembre 2014 in causa n. C-117/13 <i>Technische Universität Darmstadt c. Eugen Ulmer KG</i></p>	» 168
<p>Limiti posti al divieto di effettuare registrazioni attraverso apparecchiature di videosorveglianza Sentenza della Corte di giustizia dell’11 dicembre 2014 in causa n. C-212/13 <i>František Ryneš c. Úřad pro ochranu osobních údajů</i></p>	» 170
<p>In un sistema di prenotazione <i>on line</i>, i consumatori devono essere in grado di confrontare in modo effettivo le tariffe aeree praticate dai vettori Sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 2015 in causa n. C-573/13</p>	

<i>Air Berlin plc & Co. Luftverkehrs KG c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände–Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.</i>	Pag. 172
La tutela del consumatore in materia di prodotti difettosi Sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 2015 in cause riunite n. C-503/13 e n. C-504/13 <i>Boston Scientific Medizintechnik GmbH c. AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse (causa n. C-503/13), Betriebskrankenkasse RWE (causa n. C-504/13)</i>	» 173
La Corte di giustizia interpreta la nozione di pratica commerciale sleale in modo più favorevole al consumatore Sentenza della Corte di giustizia del 16 aprile 2015 in causa n. C-388/13 <i>Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság, con l'intervento di UPC Magyarország kft</i>	» 175
Secondo la Corte di giustizia nella stipula dei contratti di assicurazione i consumatori devono godere di una maggior tutela Sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 2015 in causa n. C-96/14 <i>Jean-Claude Van Hove c. CNP Assurances SA</i>	» 177
Sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2015 in causa n. C-51/13 <i>Nationale-Nederlanden Levensverzekering Mij NV c. Hubertus Wilhelmus van Leeuwen</i>	» 178
Uno Stato membro può negare il riconoscimento della validità di una patente di guida in seguito ad un comportamento illecito del suo titolare Sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 2015 in causa n. C-260/13 <i>Sevda Aykul c. Land Dabden-Württemberg</i>	» 180
La Corte di giustizia si pronuncia sul divieto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale in caso di donazione del sangue Sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2015 in causa n. C-528/13	

**GIURISPRUDENZA
ITALIANA E STRANIERA**

Il Consiglio di Stato respinge il ricorso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e conferma l'annullamento della sanzione amministrativa irrogata agli agenti marittimi del Porto di Genova

Sentenza del Consiglio di Stato, sezione VI, del 15 aprile-4 luglio 2014 n. 3406

Autorità garante della concorrenza e del mercato c. Csa s.p.a., K Line Italia s.r.l., Cma Cgmm Italy s.r.l., Associazione Agenti Raccomandatari Mediatori Marittimi Agenti Aerei, Coscon Italy s.r.l., Gastaldi & C s.p.a., Agenzia Marittima Prosper s.r.l.

» 185

Sentenza del Consiglio di Stato, sezione VI, del 15 aprile - 8 luglio 2014 n. 3464

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Medmar s.p.a., Agenzia Marittima Le Navi s.p.a., China Shipping (Italy) Agency Co. s.r.l., Yang Ming Italy s.p.a., Zim Italia s.r.l., Apl Italia Agencies s.r.l., Sediporto
(con commento di Gianluca Belotti)

» 186

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

La responsabilità degli operatori del settore alimentare in base al Regolamento (Ue) n. 1169/2011

Regolamento (Ue) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, che modifica i regolamenti (Ce) n. 1924/2006 e (Ce) n. 1925/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga la direttiva 87/250/Cee della Commissione, la direttiva 90/496/Cee del Consiglio, la direttiva 1999/10/Ce della Commissione, la

direttiva 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio,
le direttive 2002/67/Ce e 2008/5/Ce della Commissione e il
regolamento (Ce) n. 608/2004 della Commissione
(con commento di *Daniele Pisanello*)

Pag. 199

Consiglio europeo

Conclusioni del Consiglio europeo, 20 marzo 2015 » 239
Conclusioni del Consiglio europeo, 25-26 giugno 2015 » 241

DOCUMENTAZIONE

Politica comune di gestione delle frontiere esterne: razionalità e chiarezza inducono alla codificazione del Regolamento (Ce) n. 562/2006 ripetutamente modificato in modo sostanziale

Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen) (codificazione) - Doc. Com (2015) 8 final del 20 gennaio 2015 - 2015/0006 (COD) » 245
(con commento di *Giuseppe Licastro*)

La reimmissione e il riutilizzo dei materiali trattati nei cicli produttivi eliminano gli sprechi, tutelano l'ambiente e contribuiscono alla crescita economica

Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti - Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - Doc. Com(2014) 398 final del 2 luglio 2014 » 255
(con commento di *Maria Teresa Stile*)

RECENSIONI

Daniele Manacorda - *L'Italia agli italiani - Istruzioni ed ostruzioni per il Patrimonio culturale* (Fausto Capelli) » 285

Massimo Panebianco - <i>Ius gentium - Commerciale e moderno</i> (Miriam Immediato)	Pag. 286
Davide Lamparella - <i>Il dialogo tra le giurisdizioni superiori italiane e la Corte di giustizia europea</i> (Benito Aleni)	» 288
Hanno collaborato a questo numero	» 291