

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LXI – n. 4 – *Ottobre-Dicembre 2022*

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

ARTICOLI

- Bernardo Calabrese* - Riflessioni problematiche sul principio di esaurimento per le indicazioni geografiche
(*Problematic Thoughts about the Exhaustion Principle for Geographical Indications*) Pag. 507
- Luigi Russo* - Il (mutevole) rapporto tra le esigenze di sicurezza alimentare e la Politica agricola comune
(*The (Changing) Relationship Between Food Security Requirements and the Common Agricultural Policy*) » 527
- Pier Filippo Giuggioli* - Sicurezza alimentare, mercato ed etichetta di sostenibilità
(*Food Safety, Market and Sustainability Label*) » 557

COMMENTI

- Marco Casini* - La Corte di giustizia interviene sui criteri microbiologici applicabili ai prodotti alimentari. I limiti di *Listeria monocytogenes* e loro applicabilità
(*Judgment of the Court of Justice of the European Union (Eighth Chamber) about Microbiological Criteria for Foodstuffs. Limit Values for the Presence of Listeria Monocytogenes*) » 571

- Michele de Salvia* - La Corte europea dei diritti dell'uomo consolida la propria giurisprudenza in difesa dei diritti dei *whistleblower*: l'interesse pubblico alla divulgazione delle informazioni deve prevalere sul diritto alla riservatezza Pag. 597
(The European Court of Human Rights Consolidate its own Case Law in the Defense of the Rights of Whistleblowers: the Public Interest in the Disclosure of Information Must Prevail over the Right of Confidentiality)
- Gian Franco Simonini* - I regimi distributivi selettivi alla luce della ordinanza della Corte di cassazione n. 7378/2023: occorre anche un esame della loro effettività? » 609
(The Selective Distribution System in the Light of the Ruling of the Italian Supreme Court n. 7378/2023: is an Examination of its Effectiveness Necessary?)
- Antonio Aresu* - L'Unione europea mostra i muscoli: rifinanziato e potenziato lo Strumento europeo per la pace » 627
(European Union Flexes its Muscles: European Peace Facility Re-financed and Strengthened)
- Irene Picciano - Enzo Marasà* - The EU Commission and Italian Competition Authority's Approach to Below-Threshold Merger Control » 643
(L'approccio della Commissione europea e dell'AGCM per il controllo delle concentrazioni sotto la soglia)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

- Fausto Capelli* - Come gli avvocati europei hanno contribuito alla creazione dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea » 659
(How European Lawyers Contributed to the Creation of the European Union Legal Order)
- Salvatore Vescina* - La comparabilità dei costi degli strumenti di pagamento elettronici: un obiettivo da raggiungere valorizzando l'esperienza europea in tema di credito ai consumatori e conti di pagamento » 665
(Comparability of the Costs of Electronic Payments, a Goal Achievable by Learning from the European Experience in Matters of Consumer Credit and Payment Accounts)

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

La Corte di giustizia interviene in materia di contaminazione microbiologica degli alimenti. Limiti applicabili alla presenza di *Listeria monocytogenes* nei prodotti alimentari

Sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 2022 in causa n. C-51/21

Aktsiaselts M.V.WOOL c. Põllumajandus- ja Toiduamet
(con commento di *Marco Casini*)

Pag. 569

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

La Corte di giustizia si pronuncia sulle condizioni per tutelare la "suola rossa" del marchio Louboutin

Sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2022 in cause riunite n. C-148/21 e n. C-184/21

Christian Louboutin c. Amazon Europe Core Sàrl (C-148/21), Amazon EU Sàrl (C-148/21), Amazon Services Europe Sàrl (C-148/21), Amazon.com Inc.(C-184/21), Amazon Services LLC (C-184/21)

» 577

La Corte di giustizia precisa i diritti dei titolari del trattamento dei dati

Sentenza della Corte di giustizia del 12 gennaio 2023 in causa n. C-154/21

RW c. Österreichische Post AG

» 580

L'obbligo di chiarezza e di trasparenza nei contratti di prestazione di servizi tra un avvocato e un consumatore

Sentenza della Corte di giustizia del 12 gennaio 2023 in causa n. C-395/21

D.V. c. M.A.

» 582

A chi incombe l'onere della prova nei casi di abuso di posizione dominante in materia di contratti di distribuzione

Sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 2023 in causa n. C-680/20

Unilever Italia Mkt. Operations Srl c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con l'intervento di: *La Bomba Snc*

» 585

Diritto di recesso dei consumatori dopo l'esecuzione del contratto

Sentenza della Corte di giustizia del 17 maggio 2023 in causa n. C-97/22
DC c. HJ

Pag. 588

**GIURISPRUDENZA
ITALIANA E STRANIERA**

La limitazione della libertà di espressione del dipendente che, nell'interesse generale, segnala illeciti dei quali sia venuto a conoscenza nel luogo di lavoro, non può essere qualificata come «ingerenza» legittima e giustificata in una società democratica

Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, del 14 febbraio 2023, ricorso n. 21884/18

Halet c. Lussemburgo

(con commento di *Michele de Salvia*)

» 591

Il sistema distributivo selettivo: quando è legittimamente adottato

Ordinanza della Corte di cassazione, prima sezione civile, del 16 febbraio-14 marzo 2023 n. 7378

(con commento di *Gian Franco Simonini*)

» 603

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

Il Consiglio europeo ha istituito lo “Strumento europeo per la pace” per consentire agli Stati membri di finanziare le azioni comuni dell'Unione in politica estera e di sicurezza comune (PESC). Lo scopo è preservare la pace, prevenire i conflitti e rafforzare la sicurezza internazionale

Decisione (PESC) n. 2023/577 del Consiglio del 13 marzo 2023 che modifica la decisione (PESC) 2021/509 che istituisce uno Strumento europeo per la pace

(con commento di *Antonio Aresu*)

» 625

DOCUMENTAZIONE

La disciplina delle concentrazioni sotto-soglia tra diritto europeo e diritto nazionale

Provvedimento n. 30407 del 13 dicembre 2022 dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato - Comunicazione relativa all'applicazione dell'art. 16, comma 1-*bis*, della legge 10 ottobre 1990, n. 287

(con commento di *Irene Picciano*
ed *Enzo Marasà*)

Pag. 635

RECENSIONI

Francesco Varanini, Marchionne non è il migliore dei manager possibili (*Fausto Capelli*)

» 671

Hanno collaborato a questo numero

» **675**

Indice 2022

» 677

ARTICOLI

RIFLESSIONI PROBLEMATICHE SUL PRINCIPIO DI ESAURIMENTO PER LE INDICAZIONI GEOGRAFICHE*

Sommario: **1.** Una questione “indiscussa” non più trascurabile - **2.** Principio di esaurimento dei diritti di proprietà industriale e contestualizzazione delle indicazioni geografiche - **3.** Le tendenze espansive delle indicazioni geografiche in materia di reimpiego e distribuzione dei prodotti protetti - **4.** Legittimi motivi di opposizione all’esaurimento e ratio funzionale di tutela delle indicazioni geografiche - **5.** Osservazioni sistematiche sulla natura sui generis delle indicazioni geografiche anche ai fini del principio di esaurimento.

1. Una questione “indiscussa” non più trascurabile

Il sistema europeo delle indicazioni geografiche, dopo oltre trent’anni dalla sua istituzione comunitaria, continua ad essere in pieno fermento¹. Ne è diretta riprova la riforma di prossima introduzione che, in parallelo, ha come obiettivo di riunire e rafforzare lo schema di tutela tramite DOP e

* Il presente studio pertiene al progetto di ricerca PRIN 2020 «Dell’Origine. Identità, autenticità e contraddizioni del cibo» (Prot. 2020K5XAK9_005).

¹ Per una retrospettiva storica v. F. CAPELLI, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di qualità dei prodotti alimentari*, in questa *Rivista*, 2010, p. 339 ss.; per una presentazione contestuale all’introduzione del regime *sui generis* di cui al Regolamento (Cee) n. 2081/92 del Consiglio, del 14 luglio 1992, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d’origine dei prodotti agricoli ed alimentari v. A. JANNARELLI, *La circolazione dei prodotti agricoli nella Comunità europea: dal principio del mutuo riconoscimento alla tutela della qualità*, in *Dir. agr.*, 1992, p. 33 ss.

IGP (e affini) per i prodotti agroalimentari, vitivinicoli e spiritosi, da un lato, e di introdurre un separato ma equivalente regime *sui generis* per i prodotti artigianali e industriali, dall'altro lato². Non meno viva è l'evoluzione giurisprudenziale, la quale – al netto di qualche andamento ondivago³ – mostra una traiettoria fortemente espansiva, soprattutto in termini di tutela contro l'evocazione⁴.

Se ora è lo stesso legislatore europeo ad affermare espressamente l'afferenza "strutturale" delle indicazioni geografiche al catalogo dei diritti di proprietà industriale, al netto degli obiettivi "funzionali" caratteristici di derivazione (originariamente ma non più esclusivamente) agricola⁵, vi è una questione che, tuttavia, è rimasta del tutto sottaciuta.

² V. rispettivamente Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle indicazioni geografiche dell'Unione europea di vini, bevande spiritose e prodotti agricoli e ai regimi di qualità dei prodotti agricoli, 2 maggio 2022, Com(2022)134 final/2 (d'ora innanzi: Proposta Reg. IG-AGRI), nonché Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla protezione delle indicazioni geografiche per i prodotti artigianali e industriali, 13 aprile 2022, Com(2022)174 final (d'ora innanzi: Proposta Reg. IG-CRAFT).

³ Per una contrapposizione in termini di tutela evocativa v. per esempio, in senso espansivo, sentenza della Corte di giustizia del 2 maggio 2019 in causa n. C-614/17, *Fundación Consejo Regulador de la Denominación de Origen Protegida Queso Manchego c. Industrial Quersera Cuquerella SL e Juan Ramón Cuquerella Montagud*, EU:C:2019:344, commentata da F. CAPELLI - B. KLAUS, *Protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine: l'evocazione nel caso Queso Manchego*, in questa *Rivista*, 2019, p. 361 ss., mentre, in senso restrittivo, sentenza della Corte di giustizia del 4 dicembre 2019 in causa n. C-432/18, *Consorzio Tutela Aceto Balsamico di Modena c. Balema GmbH*, EU:C:2019:1045, per il cui commento sia consentito rinviare a B. CALABRESE, *Natura generica e potenziale evocativo dei singoli termini di una denominazione geografica composta*, in *Giur. comm.*, 2021, II, p. 699 ss.; analogamente, nel rapporto tra indicazioni geografiche e marchi, si confronti la decisione restrittiva nel caso "Cacio Romano" di cui a Cass. civ., 20 marzo 2023, n. 7937, in banca dati *One Legale*, con l'ampiezza di tutela accordata al "Gallo Nero" emblema del Chianti Classico nel caso affine (benché vertente solo in materia di marchi) di cui alla sentenza del Tribunale del 14 aprile 2021 in causa n. T-201/20, *Berebene Srl c. EUIPO*, EU:T:2021:192, commentata da F. LEONARDI, *Lotta di "galli" di tradizione italica fra marchi (individuale, collettivo) e denominazioni di origine. Questione di provenienza*, in *Riv. dir. agr.*, 2021, II, p. 130 ss.

⁴ Per una panoramica sul punto v. S. BOLOGNINI, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia nella definizione del sistema di tutela delle indicazioni geografiche*, in *Riv. dir. alim.*, 2022, 4, p. 6 ss., nonché sia consentito il rinvio a B. CALABRESE, *Denominazioni di origine e indicazioni geografiche protette: traiettorie evolutive della tutela per evocazione*, in M. TORSELLO - G. GUERRA (a cura di), *Temi e prospettive per un corso di diritto agroalimentare transnazionale e comparato*, Napoli, ESI, 2022, p. 51 ss.

⁵ Per l'appartenenza delle indicazioni geografiche ai diritti di proprietà industriale, basti il richiamo esplicito alla base giuridica dell'art. 118, comma 1, TFUE, come già indicata dal Regolamento (Ue) n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari (nonché ora affermata in sede di riforma sia in Proposta Reg. IG-AGRI, sia in Proposta Reg. IG-CRAFT, pertanto valevole indifferentemente tanto per il settore agricolo, quanto al di fuori dello stesso); sulla pacificità di tale conclusione sul piano positivo, nell'ambito di una più ampia ricostruzione sistematica, v. M. FERRARI, *La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 136 ss.; per un'ulteriore riflessione sulla riconducibilità delle indicazioni geografiche ai diritti di proprietà industriale in ragione della comune struttura escludente, al netto delle peculiari finalità (invero proprie e diverse per ciascuna privativa), in occasione dell'avvio del processo legislativo che ha portato al superamento della c.d. «eccezione agricola»,

Da questo punto di vista, appuratosi che le indicazioni geografiche partecipano *ex lege* al medesimo armamentario di *enforcement* industrialistico⁶, dovrebbe porsi anche per esse la questione del rapporto tra tutela esclusiva e libera circolazione delle merci secondo il paradigma del principio di esaurimento⁷. Come noto, tale principio, fondamentale per la costruzione e il funzionamento del mercato interno, mira a bilanciare le istanze di protezione sottese ai titoli di privativa con le esigenze di certezza dei traffici e annessa promozione concorrenziale, sulle quali tipicamente impattano tali diritti aventi efficacia *erga omnes*⁸. Ciononostante, sul punto si riscontra un silenzio normativo che, pur nella sua ambiguità, non pare mettere in discussione l'operatività dell'esaurimento anche per le indicazioni geografiche, come emerge implicitamente dalla constatazione che la questione in tale ambito è trattata sostanzialmente tramite richiami generici o, al più, semplici statuizioni di principio⁹.

sia consentito rinviare a B. CALABRESE, *Le indicazioni geografiche non agroalimentari come diritto di proprietà industriale: prospettive di riforma e implicazioni di sistema*, in *Riv. dir. ind.*, 2018, I, p. 475 ss.

⁶ V. Direttiva (Ce) n. 48/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, come integrata dalla Dichiarazione della Commissione relativa all'articolo 2 della direttiva 2004/48/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (2005/295/Ce); sulle relative linee guida applicative v. Comunicazione della Commissione, Orientamenti in merito ad alcuni aspetti della direttiva 2004/48/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, 29 novembre 2017, Com(2017)708 final; in parallelo, ed esplicitamente, v. anche art. 2, Regolamento (Ue) n. 608/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 giugno 2013, relativo alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale da parte delle autorità doganali.

⁷ Per un inquadramento generale dell'istituto dell'esaurimento v. D. SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 55 ss.

⁸ Sul principio di esaurimento come strumento prettamente "politico" di modellazione del mercato v. a livello internazionale S. GHOSH - I. CALBOLI, *Exhausting Intellectual Property Rights: A Comparative Law and Policy Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 22 ss.

⁹ Se, infatti, nulla prevedono le fonti regolamentari in materia di DOP e IGP (tanto per i prodotti agroalimentari quanto per vini e bevande spiritose), né invero le stesse proposte di riforma, l'inclusione delle indicazioni geografiche nel novero dei diritti di proprietà industriale che possono derogare alla libera circolazione delle merci, salva la controderoga del principio di esaurimento, è affermata dalla Comunicazione della Commissione, Guida agli articoli da 34 a 36 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (2021/C 100/03), par. 7.1.4, a cui si aggiunge l'ambigua chiosa secondo cui «inoltre la Corte ha previsto norme specifiche per le indicazioni geografiche ai fini dell'articolo 36 TFUE», con richiamo in nota della sentenza della Corte di giustizia del 10 novembre 1992 in causa n. C-3/91, *Exportur SA c. LOR SA e Confiserie du Tech SA*, EU:C:1992:420, punto 37, secondo cui «lo scopo (...) di impedire che i produttori di uno Stato contraente usino le denominazioni geografiche di un altro Stato, sfruttando così la reputazione propria dei prodotti delle imprese stabilite nelle regioni o nei luoghi indicati da tali denominazioni (...), che mira a garantire la lealtà della concorrenza, può essere considerato compreso nella salvaguardia della proprietà industriale e commerciale ai sensi dell'art. 36, purché le denominazioni non abbiano acquistato, al momento dell'entrata in vigore della convenzione o in un momento successivo, natura generica nello Stato d'origine»; in dottrina, siffatta impostazione di principio quanto all'esaurimento delle indicazioni geografiche

Pertanto, la questione è di fatto “indiscussa”, il che potrebbe intendersi come segno della sua portata tutto sommato trascurabile: in altre parole, non vi sarebbe necessità di indagare oltre, assumendosi che tale principio generale sia assolutamente indubbio nella sua applicazione alle indicazioni geografiche. Ma, a ben guardare, così non è: anzi, lo stesso principio di esaurimento, nel suo delicato equilibrio di matrice “politica”, rivela la sua natura tutt’altro che granitica, permeandosi della contrapposizione tra ragioni dell’esclusiva e del mercato¹⁰.

È allora evidente che, alla luce di una protezione tendenzialmente crescente delle indicazioni geografiche, tale questione assume sfaccettature nuove e assai più complesse, le cui implicazioni devono essere oggetto di apposita riflessione.

2. Principio di esaurimento dei diritti di proprietà industriale e contestualizzazione delle indicazioni geografiche

Come accennato, la *ratio* del principio di esaurimento risulta fortemente legata alla libertà fondamentale di circolazione delle merci nell’ottica del buon funzionamento del mercato unico europeo¹¹. Ciò trova immediato riscontro nella portata generale di tale principio, riconosciuto trasversalmente ai diversi diritti di proprietà industriale¹² (e intellettuale)¹³.

si ritrova senza discussioni di sorta per esempio in M. BLAKENEY, *The Protection of Geographical Indications - Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 464 ss.

¹⁰ A riprova valga il richiamo alle questioni dibattute in materia di marchi e diritto d’autore, come ricostruite sistematicamente da M. RICOLFI, *Trattato dei marchi*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 1376, il quale, nel riportare della legittimità dell’uso degli altrui segni protetti a fini pubblicitari di rivendita in forza del principio di esaurimento, conclude che «vi è da pensare – e augurarsi, per chi nutra preconcetti a favore della libertà di commercio – che la motivazione tenga anche in un clima di progressivo rafforzamento delle esclusive, visto che essa è fondata non sul versante della determinazione dell’estensione dei diritti di proprietà intellettuale, soggetta a variazioni in incremento grazie all’operato di legislatori e giudici, ma sul versante della libertà della circolazione delle merci, che fin qui ha dato l’impressione della solidità di una roccia», invero a dimostrazione di un equilibrio assai più instabile di quanto sembri.

¹¹ Emblematica di tale legame istitutivo, come pure delle complessità ivi insite, è l’annosa questione del commercio parallelo di farmaci, espressione diretta (ma per questo non incontroversa) della dimensione europea del mercato unico, appunto incentrata sul principio di esaurimento: recentemente (e contestualmente) in giurisprudenza v. sentenze della Corte di giustizia 17 novembre 2022 in cause riunite n. C-253/20 e C-254/20, *Impexco NV c. Novartis AG*, EU:C:2022:894; 17 novembre 2022 in causa n. C-224/20, *Merck Sharp & Dohme BV c. Abacus Medicine A/S*, EU:C:2022:893; 17 novembre 2022 in causa n. C-147/20, *Novartis Pharma GmbH c. Abacus Medicine A/S*, EU:C:2022:891; 17 novembre 2022 in causa n. C-204/20, *Bayer Intellectual Property GmbH c. Kohlpharma GmbH*, EU:C:2022:892, mentre, per una riflessione critica sul tema, v. da ultimo V. DI CATALDO, *Importazioni parallele di farmaci confezionati, farmaci sfusi, principi attivi. Vale anche in questi casi il principio di esaurimento del diritto di marchio?*, in *Giur. comm.*, 2022, I, p. 20 ss.

¹² Il legislatore italiano ha addirittura optato esplicitamente per questa impostazione generale in termini normativi ex art. 5 c.p.i.; a livello europeo, le previsioni sono formalmente se-

In tale ottica, ammettendo la suesposta impostazione di principio, le indicazioni geografiche non possono in effetti considerarsi disallineate: ancorché manchi, come detto, un esplicito riconoscimento normativo dell'esaurimento a livello di legislazione speciale, la competenza esaustiva dell'Unione in materia di DOP e IGP – ormai consolidatasi come tale, pur non senza criticità¹⁴ – fa il paio con la suddetta dimensione europea del mercato su cui insiste l'esaurimento stesso¹⁵, esprimendo analoghe esigenze di armonizzazione degli scambi commerciali interni¹⁶.

parate per ciascun istituto, ma non meno ferme: v. art. 15, Regolamento (Ue) n. 2017/1001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, sul marchio dell'Unione europea; art. 21, Regolamento (Ce) n. 6/2002 del Consiglio, del 12 dicembre 2001, su disegni e modelli comunitari; art. 16, Regolamento (Ce) n. 2100/94 del Consiglio, del 27 luglio 1994, concernente la privativa comunitaria per ritrovati vegetali; art. 29, Accordo su un tribunale unificato dei brevetti (2013/C 175/01).

¹³ Anche a livello di diritti d'autore, seppur per il solo diritto di distribuzione, il principio di esaurimento trova pronta applicazione: v. art. 4, comma 2, Direttiva (Ce) n. 29/2001 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, nonché specificamente per il *software* art. 4, comma 2, Direttiva (Ce) n. 24/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, come attuati da art. 17, comma 2, e art. 64-*bis*, comma 1, lett. c., l. 22 aprile 1941, n. 633; sulla più complessa questione dell'esaurimento digitale delle opere protette, prima apparentemente avallata dalla sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 2012 in causa n. C-128/11, *Used-Soft GmbH c. Oracle International Corp.*, EU:C:2012:407, ma ora tendenzialmente negata dalla sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2019 in causa n. C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond c. Tom Kabinet*, EU:C:2019:1111, con commento di G. SPEDICATO, *Mercati virtuali secondari tra libertà di iniziativa economica privata e rispetto degli altrui diritti di proprietà intellettuale*, in *Giur. comm.*, 2021, II, p. 491 ss., da ultimo v. le riflessioni sistematiche di R. HILTY, *Legal Concept of "Exhaustion": Exhausted?*, in N. BRUNN - G. B. DINWOODIE - M. LEVIN - A. OHLY (a cura di), *Transition and Coherence in Intellectual Property Law - Essays in Honour of Annette Kur*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021 p. 272 ss.

¹⁴ Come noto in forza della presa di posizione giurisprudenziale della sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2009 in causa n. C-478/07, *Budějovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH*, EU:C:2009:521, con commento critico di F. CAPELLI, *La Corte di giustizia in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche protette, riferite ai prodotti agroalimentari, mediante la sentenza Bud II motivata in modo affrettato, contraddittorio e per nulla convincente*, in questa *Rivista*, 2010, p. 401 ss.; per una riflessione sul tema sia consentito rinviare a B. CALABRESE, *L'assetto delle competenze europee e nazionali in materia di proprietà industriale e intellettuale con particolare riferimento alle indicazioni geografiche*, in questa *Rivista*, 2017, p. 539 ss.

¹⁵ Si rammenta che l'esaurimento ha portata esclusivamente europea, come statuito dalla sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 1998 in causa n. C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, EU:C:1998:374; a tale proposito, come noto, il regime internazionale di tutela delle indicazioni geografiche è assai più intricato, non essendo riconosciuto (ed anzi in certi contesti venendo osteggiato) il medesimo modello di tutela *sui generis* di cui al sistema europeo, cosicché le presenti riflessioni non possono che limitarsi a tale dimensione geografica: a riprova di tale problematicità, basti la recente decisione americana sulla genericità del formaggio *Gruyère* di cui alla sentenza US Court of Appeals, 4th Circuit, No. 22-1041, 3 March 2023 (<https://www.ca4.uscourts.gov/opinions/221041.P.pdf>); sulla portata internazionale delle indicazioni geografiche, in prospettiva applicativa, v. M. BLAKENEY, *The Protection of Geographical Indications*, *cit. supra*, nota 9, p. 501 ss., mentre, per una ricostruzione sistematica degli accordi internazionali che caratterizzano altresì l'agenda dell'Unione europea in questa materia, v. L. PASTORINO, *Gli accordi commerciali bilaterali e plurilaterali*, in P. BORGHI - I. CANFORA - A. DI LAURO - L.

Ciò posto, il principio di esaurimento, secondo la contrapposizione di rango primario tra libera circolazione delle merci ex artt. 34-35 TFUE e relativa deroga a tutela della proprietà industriale ex art. 36 TFUE, stabilisce la garanzia necessaria alla certezza dei traffici, soprattutto in termini concorrenziali di distribuzione e rivendita in via indipendente, contemperandola con le legittime pretese di controllo esclusivo dei beni protetti¹⁷. Ne segue che, se tale resta la radice comune, l'effettivo bilanciamento di cui all'esaurimento non può che declinarsi in ragione della portata di queste ultime, ossia delle rispettive funzioni giuridicamente tutelate cui rispondono i singoli diritti di privativa¹⁸.

Anche da questo punto di vista, non paiono porsi ostacoli di sorta nella presupposta traslazione del principio di esaurimento alle indicazioni geografiche: anzi, le peculiarità che caratterizzano tale regime *sui generis* possono invece trovare adeguata valorizzazione nel contesto di detto bilanciamento. Così, in premessa a quanto si osserverà oltre¹⁹, deve rilevarsi come l'assenza di un fine propriamente di innovazione non escluda di per sé l'operatività del principio di esaurimento, come accade anche per altri diritti di proprietà industriale, quali gli stessi marchi²⁰, che invero rappresentano significativamente il modello ad esse più vicino²¹.

A tale proposito, in via preliminare, è opportuno inquadrare correttamente le peculiarità a livello di *ratio* fondativa e correlata tutela funzionale che indubbiamente contraddistinguono le indicazioni geografiche. In

RUSO (a cura di), *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 81 ss.

¹⁶ Benché anche la prossima riforma non menzioni il principio di esaurimento, le esigenze politiche di armonizzazione eurounitaria che fondano i nuovi interventi normativi in materia di indicazioni geografiche risultano espressamente riconosciute in punto di sussidiarietà: v. Proposta Reg. IG-AGRI, p. 4, nonché Proposta Reg. IG-CRAFT, p. 3.

¹⁷ V. ancora Comunicazione della Commissione, Guida agli articoli da 34 a 36 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea., *cit. supra*, nota 9, par. 7.1.4.

¹⁸ In tal senso D. SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, *cit. supra*, nota 7, p. 59.

¹⁹ V. *infra*, par. 4.

²⁰ Sulla fallace riconduzione del sistema dei marchi a finalità di innovazione in senso proprio v. recentemente D. GANGJEE, *Trade marks and Innovation?*, in G. B. DINWOODIE - M. D. JANIS (a cura di), *Research Handbook on Trademark Law Reform*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 192 ss.

²¹ La vicinanza istituzionale tra indicazioni geografiche e marchi è dimostrata *inter alia* dall'ultima riforma europea che ha inserito la nuova tipologia dei marchi di certificazione ex art. 83 ss., Regolamento (Ue) n. 2017/1001 e art. 28, Direttiva (Ue) n. 2015/2436, per i quali è stato previsto l'inserimento opzionale da parte degli Stati membri della relativa variante geografica a livello nazionale (preclusa invece a livello di Unione per incompatibile sovrapposizione con DOP e IGP), puntualmente effettuato dal nostro ordinamento ex art. 11-bis, comma 4, c.p.i.; sul tema v. l'analisi sistematica di D. SARTI, *I marchi collettivi e di certificazione geografici*, in *Rivista ODC*, 2022, p. 449 ss.; più in generale, sul marchio di certificazione quale nuovo istituto che segna una ristrutturazione del sistema europeo dei marchi, sia consentito rinviare a B. CALABRESE, *La certificazione come impresa: mercato, marchio e indipendenza*, Napoli, ESI, 2021, p. 288 ss.

particolare, il meccanismo più spiccatamente “protezionistico” – e non dunque “incentivante” in senso classico – che informa le indicazioni geografiche non appare incompatibile con il contesto concorrenziale di mercato, entro il quale dopo tutto anch’esse si collocano²². In tal senso, se è vero che la *ratio* di protezione localista delle indicazioni geografiche pare contrapporsi più fortemente al modello economico del mercato globale²³, è altrettanto vero che ciò non costituisce una contraddizione in termini: infatti, il sistema concorrenziale non implica la rinnegazione delle logiche pubblicistiche di correzione delle dinamiche di mercato che, anzi, in varia misura, accomunano l’intervento dell’ordinamento attraverso i diversi diritti di privativa e che, appunto, in detto sistema si integrano funzionalmente, salve le rispettive peculiarità²⁴.

Pertanto, rifiutare *a priori* la riconduzione delle indicazioni geografiche entro il contesto della proprietà industriale (e quindi anche della sua cornice *lato sensu* concorrenziale), quanto meno *in parte qua*, sarebbe un errore che rischia di comportare più problemi di quelli che evita²⁵. A prescindere dagli indici normativi ormai inequivoci in favore di tale inquadra-

²² Per una lettura integrata delle indicazioni geografiche nel contesto concorrenziale di libera circolazione delle merci, al netto della decisione nel caso di specie, v. TAR Lazio (Roma), sez. II, 31 marzo 2021, n. 3883, in banca dati *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «non viene in rilievo, come vorrebbe parte ricorrente, una questione attinente la violazione dei principi eurolunitari di libera circolazione delle merci o di non discriminazione delle aziende in ragione della loro appartenenza nazionale o di tutela della concorrenza, perché la disciplina delle DOP attiene ad una particolare protezione della qualità del prodotto che è funzionale (e non contrastante) con tali principi, anche quando essa è interamente riservata (come di consueto accade) ad una particolare area geografica nazionale»; su questa linea anche il commento di C. GERNONE, *La disciplina dei prodotti agroalimentari e vitivinicoli di qualità nella giurisprudenza amministrativa recente*, in *Riv. dir. agr.*, 2022, II, p. 35 ss.

²³ A tale proposito v. C. GALLI, *Indicazioni geografiche e denominazioni di origine sul mercato globale: convergenze e conflitti*, in questa *Rivista*, 2015, p. 1 ss.

²⁴ Per una ricostruzione sistematica non conflittuale ma compositiva tra diritti esclusivi e mercato concorrenziale in materia di proprietà industriale v. M. LIBERTINI, *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali alla proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 2014, p. 299 ss.

²⁵ Così, un’argomentazione puramente “politica” di difesa dell’istituto da possibili timori di smantellamento concorrenziale a causa dell’inquadramento industrialistico può dirsi che prova troppo (v., per esempio, N. LUCIFERO, *Il modello europeo sulle indicazioni geografiche a seguito dell’adesione dell’Unione europea all’Atto di Ginevra dell’Accordo di Lisbona per la registrazione e la protezione internazionale delle indicazioni geografiche*, in *Riv. dir. alim.*, 2022, 4, p. 42, secondo cui il contesto della proprietà industriale sarebbe «ontologicamente diverso» da quello delle indicazioni geografiche): ossia, la riconduzione delle indicazioni geografiche ai diritti di proprietà industriale non implica che l’accoglimento di tale prospettiva comporti la necessaria rinnegazione delle sue peculiari finalità di tutela (come pur erroneamente sostengono gli ordinamenti stranieri più scettici), ma anzi impone una ricostruzione più equilibrata e tutt’altro che recessiva in ragione dell’effettivo merito di protezione, come si è tentato di evidenziare (anche provocatoriamente) per le indicazioni geografiche in B. CALABRESE, *Rebreeding geographical indications beyond agriculture: Of “genotype” and “phenotype” in territorial products*, in D. GERVAIS (a cura di), *The Future of Intellectual Property*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 304 ss.

mento anche a livello internazionale²⁶, siffatto diniego non consentirebbe di cogliere appieno la natura complessa e senz'altro ibrida dell'istituto, con il conseguente pericolo di assecondare più o meno implicitamente qualsiasi pretesa di protezione, quand'anche sproporzionata²⁷.

Ciò vale esattamente in materia di esaurimento, ove, assunta l'applicabilità di principio anche per le indicazioni geografiche, diviene fondamentale ragionare del bilanciamento tra le contrapposte istanze di legittimo controllo esclusivo e di libera iniziativa economica.

3. Le tendenze espansive delle indicazioni geografiche in materia di reimpiego e distribuzione dei prodotti protetti

Dette esigenze di contemperamento sistematico, proprie (non solamente) del principio di esaurimento, vanno sempre più palesandosi lungo le nuove frontiere di tutela che interessano tale regime *sui generis*.

L'ipotesi delle indicazioni geografiche come ingredienti o componenti di prodotti elaborati appare particolarmente significativa in tal senso²⁸.

Segnatamente, la prossima riforma europea intende colmare l'attuale lacuna normativa – in superamento anche dell'intervenuta soluzione giurisprudenziale pur rispondente ai previ orientamenti della Commissione²⁹ –

²⁶ Oltre al riferimento storico degli artt. 22-24 Accordo TRIPs, a livello multilaterale appartiene indubbiamente all'ambito della proprietà industriale il c.d. Atto di Ginevra del 20 maggio 2015 dell'Accordo di Lisbona sulle denominazioni di origine e le indicazioni geografiche, cui la stessa Unione europea ha aderito con Decisione (Ue) n. 2019/1754 del Consiglio, del 7 ottobre 2019, e a cui ha fatto seguito sul piano operativo il Regolamento (Ue) n. 2019/1753 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019; senza trascurare le questioni di competenza oggetto di sindacato da parte di Corte di giustizia del 25 ottobre 2017 in causa n. C-389/15, *Commissione europea c. Consiglio dell'Unione europea*, EU:C:2017:798, nonché Corte di giustizia del 22 novembre 2020 in causa n. C-24/20, *Commissione europea c. Consiglio dell'Unione europea*, EU:C:2022:911, sul tema v. ancora N. LUCIFERO, *Il modello europeo sulle indicazioni geografiche a seguito dell'adesione dell'Unione europea all'Atto di Ginevra dell'Accordo di Lisbona per la registrazione e la protezione internazionale delle indicazioni geografiche*, cit. *supra*, nota 25, p. 40 ss., nonché le riflessioni sistematiche di F. ALBISINNI, *Indicazioni geografiche e tutela internazionale e transfrontaliera: nuovi scenari, tra condivisione e contaminazione*, in *Riv. dir. alim.*, 2022, 3, p. 7 ss.

²⁷ Per una critica sistematica in tale prospettiva con riferimento alla riforma di prossima approvazione v. A. KUR - I. CALBOLI - D. GANGJEE - A. MOERLAND - M. SENFTLEBEN, *The Need for Measures to Safeguard Undistorted Competition and Freedom of Expression in Geographical Indications Law - Opinion on the EU Commission's Proposals for Broader Protection* (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4358989); in tale contesto, con specifico riferimento alla questione delle indicazioni geografiche usate come ingredienti o componenti (di cui subito si dirà *infra*), sia consentito rinviare a B. CALABRESE, *Geographical indications used as ingredients or components: a proposed reform in 'sharp' contrast with the Circular Economy (to say the least)*, in *JiPLP*, 2023, p. 339 ss.

²⁸ Parallelamente v. art. 28, Proposta Reg. IG-AGRI e art. 36, Proposta Reg. IG-CRAFT.

²⁹ V. sentenza della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017 in causa n. C-393/16, *Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne c. Aldi Süd Dienstleistungs-GmbH & Co.OHG*,

introducendo una disciplina maggiormente rigida, in forma di necessaria autorizzazione da richiedersi ai gruppi di produttori³⁰. Se è vero che ciò riguarda l'indicazione geografica sul piano nominale per la presentazione commerciale del prodotto altrui³¹, è evidente come il vincolo sul nome impatti anche su circolazione e sfruttamento delle merci offerte sul mercato, in quanto impedisce di valorizzare e così sorreggere la scelta qualitativa di reimpiego della materia prima protetta, benché legittimamente acquistata³². In tal senso, la riforma manifesta una decisa propensione al controllo monopolistico della reputazione geografica che si traduce, in sostanza, nel controllo materiale sull'utilizzo del prodotto stesso³³.

Ipotesi ulteriore, ma non così distante, né meno significativa, è quella dell'uso delle indicazioni geografiche in materia di servizi, ove del pari si registra l'avvenuta consacrazione della tutela esclusiva³⁴.

Detta nuova frontiera non concerne tanto i servizi produttivi finali, quand'anche preparatori alla vendita, i quali da tempo sono potenzialmente ricompresi entro il raggio d'azione di DOP e IGP³⁵. Peraltro, si noti inci-

EU:C:2017:991, sulla linea dettata dalla Comunicazione della Commissione, Orientamenti sull'etichettatura dei prodotti alimentari che utilizzano come ingredienti prodotti a denominazione di origine protetta o a indicazione geografica protetta (2010/C 341/03).

³⁰ La riforma europea pare quindi attestarsi sul modello attualmente previsto dall'ordinamento italiano ex art. 1, comma 1, lett. c., dlgo 19 novembre 2004, n. 297, nonché ex art. 44, comma 9, l. 12 dicembre 2016, n. 238, in materia di vini; per un'applicazione giurisprudenziale v. App. Genova, 20 febbraio 2018, n. 287, in banca dati *giurisprudenzadelleimprese.it*; sul tema diffusamente v. F. BRUSA - S. GONZAGA, *Utilizzo di DOP e IGP come ingredienti. Illegittimità costituzionale del d.lgs. 297/2004 ed implicazioni*, in *Alimenta*, 2008, 1, p. 3 ss.; V. RUBINO, *La protezione delle denominazioni geografiche dei prodotti alimentari nell'Unione europea dopo il regolamento 1151/2012 UE*, in *Riv. dir. alim.*, 2013, 4, p. 4 ss.; M. MINELLI, *L'uso di prodotti DOP e IGP come componenti*, *ibidem*, 2014, 1, p. 43 ss.; L. SALZANO, *Aspetti controversi legati all'utilizzo di alimenti a DOP e IGP come componenti di altri alimenti*, in *Riv. dir. agr.*, 2018, II, p. 45 ss.

³¹ Non, invece, la menzione dell'indicazione geografica nella lista degli ingredienti, ancorché quest'ultima ipotesi non risulti totalmente libera nella forma (al netto della sua "obbligatorietà" sul piano dell'etichettatura alimentare), essendo legittima solo condizionatamente al rispetto delle pratiche commerciali di lealtà e purché non pregiudichi la sua notorietà: v. rispettivamente art. 28, comma 1, Proposta Reg. IG-AGRI e art. 36, comma 1, Proposta Reg. IG-CRAFT.

³² Per un'analisi critica sia consentito rinviare a B. CALABRESE, *Geographical indications used as ingredients or components: a proposed reform in 'sharp' contrast with the Circular Economy (to say the least)*, *cit. supra*, nota 27, p. 341 ss.

³³ Basti citare l'ipotesi delle preparazioni estemporanee che la disciplina italiana vigente si premura di esentare, quale dimostrazione per converso di quanto il controllo esclusivo di matrice autorizzativa possa essere invasivo per l'attività economica dei terzi: v. art. 44, comma 10, l. 12 dicembre 2016, n. 238.

³⁴ Il riferimento è al noto caso *Champanillo* di cui alla sentenza della Corte di giustizia del 9 settembre 2021 in causa n. C-783/19, *Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne c. GB*, EU:C:2021:713, per il cui commento sia consentito rinviare a B. CALABRESE, *L'evocazione delle indicazioni geografiche in materia di servizi e prodotti non comparabili*, in *Giur. comm.*, 2023, II, p. 209 ss.

³⁵ V. sentenze della Corte di giustizia 20 maggio 2003 in causa n. C-108/01, *Consorzio del Prosciutto di Parma e Salumificio S. Rita SpA c. Asda Stores Ltd e Hygrade Foods Ltd*,

dentalmente come siffatta estensione monopolistica sia tuttora ammessa in veste di eccezione rispetto alla regola generale di libera iniziativa economica successiva, in forte sintonia con il bilanciamento concorrenziale sotteso al principio di esaurimento³⁶.

Invece, la novità riguarda gli altri servizi commerciali e soprattutto, ai fini in questione, quelli di distribuzione sul mercato³⁷. È vero che anche qui il vincolo concerne il solo nome geografico protetto, ma, analogamente, la capacità concorrenziale del servizio stesso è strettamente legata alla possibilità di richiamo del suo oggetto materiale, ossia i prodotti tipici offerti, rispetto ai quali ora come ora – e anche nel prossimo futuro, stante il silenzio “sorprendente” (in negativo) della riforma – non risultano apparentemente riconosciuti spazi liberi dall’esclusiva, neppure in termini referenziali³⁸.

Infine, il previsto rafforzamento della protezione delle indicazioni geografiche sui mercati digitali costituisce un punto di contatto ancor più diretto col tema in questione³⁹.

Infatti, tale dimensione, indubbiamente necessaria per garantire una tutela effettiva a DOP e IGP, va al nocciolo della circolazione dei prodotti geografici protetti e quindi anche dello stesso principio di esaurimento⁴⁰.

EU:C:2003:296, nonché 20 maggio 2003 in causa n. C-469/00, *Ravil SARL c. Bellon import SARL e Biraghi SpA*, EU:C:2003:295, sulla scorta della sentenza del 16 maggio 2000 in causa n. C-388/95, *Regno del Belgio c. Regno di Spagna*, EU:C:2000:244; tuttavia, è evidente che tali servizi “produttivi” non potranno mai spingersi alla surrettizia esternalizzazione delocalizzata della produzione tipica, in aperta contraddizione con la *ratio* stessa di tale privativa, come già osservato in B. CALABRESE, *Le indicazioni geografiche non agroalimentari come diritto di proprietà industriale: prospettive di riforma e implicazioni di sistema*, cit. *supra*, nota 5, p. 497-498.

³⁶ V. sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2018 in causa n. C-367/17, *S c. EA e a.*, EU:C:2018:1025; in tal senso, a livello normativo, quanto all’eventualità di tali riserve di confezionamento in sede di disciplinare v. art. 7, comma 1, lett. e. Regolamento (Ue) n. 1151/2012; a tale proposito, sulla disciplina speciale di imbottigliamento prevista per i vini v. F. CAPELLI, *L’imbottigliamento dei vini di qualità tra diritto comunitario e diritto nazionale: un’evoluzione giuridica poco nota ma non priva di fascino*, in questa *Rivista*, 2021, p. 243 ss.

³⁷ In verità, la portata applicativa della tutela delle indicazioni geografiche in materia di servizi non è affatto limitata a tale comparto accessorio della distribuzione del prodotto tipico qui oggetto di interesse: per una pronta riprova applicativa nel caso spagnolo *La Champanera* v. Audiencia Provincial Civil de Madrid, 4 febbraio 2022, n. 62 (<https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9942253/derecho%20mercantil/20220504>).

³⁸ Sul tema degli usi referenziali come nuova ipotesi generale di limitazione dei diritti di marchio v. D. SARTI, *Usi non distintivi, usi referenziali e funzioni del marchio*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, I, p. 547 ss.

³⁹ La prossima riforma espressamente estende la tutela delle indicazioni geografiche al commercio elettronico: v. art. 27, comma 4, lett. b., Proposta Reg. IG-AGRI e art. 35, comma 4, lett. b., Proposta Reg. IG-CRAFT.

⁴⁰ Evidentemente, il tema delle vendite *online* dei prodotti protetti da indicazioni geografiche ha implicazioni più ampie, su cui v. S. BOLOGNINI, *La vendita a distanza dei prodotti alimentari fra innovazione del mercato agroalimentare e regime delle tutele*, in *Riv. dir. agr.*, 2020, I, p. 395 ss.

In tal senso, è immediato il parallelo con la disciplina in materia di marchi, ove vanno consolidandosi le pretese di tutela verso i canali commerciali di rivendita *online* anche rispetto all'intermediazione delle piattaforme⁴¹.

Tutti questi riscontri rappresentano rilevanti istanze di "chiusura" del circuito commerciale delle indicazioni geografiche⁴², volte a ricondurre ogni esternalità apprezzabile dei regimi di qualità entro il controllo dei produttori legittimati, se non dei loro gruppi esponenziali⁴³.

Ma allora, a fronte di ciò, è logico prevedere come manchi davvero poco perché il problema dell'esaurimento divenga reale anche per le indicazioni geografiche⁴⁴.

4. Legittimi motivi di opposizione all'esaurimento e *ratio* funzionale di tutela delle indicazioni geografiche

Sviluppando tali considerazioni, la problematicità del tema, in prima approssimazione, potrebbe sembrare controintuitiva. Come osservato in apertura, infatti, potrebbe ritenersi che nessun problema derivi dall'estensione dell'esaurimento alle indicazioni geografiche, in quanto principio pacificamente valevole anche per esse e che persegue un'apertura concorrenziale a rimedio, appunto, delle descritte istanze di chiusura.

Tuttavia, se è vero che il principio di esaurimento mira innanzitutto a circoscrivere la portata dell'esclusiva nella circolazione di mercato, è altrettanto vero che esso costituisce una fattispecie più complessa, avente limiti e condizioni di applicazione che, per converso, portano con sé la

⁴¹ Da ultimo v. sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2022 in cause riunite n. C-148/21 e C-184/21, *Christian Louboutin c. Amazon Europe Core Sàrl*, EU:C:2022:1016.

⁴² Secondo quella logica di controllo a circuito chiuso che per esempio informa l'invalso modello di c.d. *club* in materia di varietà vegetali, sul quale, anche per le relative problematiche concorrenziali, v. M. FERRARI, *Nuovi modelli di integrazione verticale: il caso dei club varietali*, in *Riv. dir. agr.*, 2020, I, p. 765 ss.

⁴³ In tal senso appare alquanto indicativo il potere previsto in sede di riforma a favore delle associazioni di produttori riconosciute di avviare azioni a tutela della «immagine» del prodotto geografico: v. art. 33, comma 3, lett. b., Proposta Reg. IG-AGRI.

⁴⁴ Un primo implicito riferimento a pretese di tutela delle indicazioni geografiche anche verso i canali di rivendita, le quali dunque dovrebbero necessariamente esplicitarsi sul terreno proprio del principio di esaurimento (e dei relativi motivi legittimi di opposizione), si rilevano in P. MONTERO, *Towards a core unitary legal regime for Geographical Indications in the European Union digital market*, in *JIPLP*, 2021, p. 427 ss., secondo cui a p. 433 «regarding online infringements, we have seen a significant number of instances in which the Court of Justice of the European Union has considered where physical or internet commercialization infringes the proprietor's trade mark to such an extent that there are legitimate reasons for opposing products resale. Since GIs are also distinctive signs, solutions for those quality signs need to be the same».

possibilità di disinnescarne la sua stessa operatività⁴⁵. Emblematica di tale diversa angolatura è la clausola dei legittimi motivi di opposizione all'esaurimento, prevista originariamente in materia di marchi, ma con tendenza ad essere riconosciuta normativamente anche per altri diritti di proprietà industriale⁴⁶.

In ragione della più stretta affinità tra marchi e indicazioni geografiche nel panorama industrialistico, è facile immaginare come anche per queste ultime, quanto meno per analogia, i legittimi motivi di opposizione all'esaurimento rappresenteranno il fulcro della questione⁴⁷. Occorre, dunque, svolgere alcune riflessioni al fine di impostare correttamente il problema.

In primo luogo, deve evitarsi la fallacia di interpretare i legittimi motivi di opposizione come una surrettizia riproposizione delle pretese basilari di esclusiva sulla successiva circolazione dei beni protetti.

Come detto, infatti, l'esaurimento mira a sottrarre all'azionabilità della privativa gli ulteriori atti di commercio, quand'anche non autorizzati dal titolare, cosicché rappresenterebbe un controsenso – da cui invero la stessa disciplina dei marchi non è esente – far rivivere dopo la prima vendita regolare quelle medesime pretese di autorizzazione sotto forma di legittimi motivi⁴⁸. Questi ultimi, invece, devono poggiare su pregiudizi specifici e diversi da quelli che fondano il normale esercizio dei diritti di esclusiva: così, si riconosce che sia possibile opporsi agli usi pubblicitari nell'ambito dei mercati secondari solo qualora le modalità concrete di promozione siano

⁴⁵ Oltre alla dimensione geografica esclusivamente europea, si rammenta come il principio di esaurimento presupponga una prima immissione in commercio autorizzata dal titolare dei diritti: da ultimo v. sentenza della Corte di giustizia del 17 novembre 2022 in causa n. C-175/21, *Harman International Industries Inc. c. AB S.A.*, EU:C:2022:895.

⁴⁶ In materia di marchi v. art. 15, comma 2, Regolamento (Ue) n. 2017/1001, nonché art. 15, comma 2, Direttiva (Ue) n. 2015/2436; analogamente in materia di brevetti v. art. 29, Accordo su un tribunale unificato dei brevetti; addirittura il legislatore italiano colloca tale clausola di opposizione, insieme con la regola di esaurimento, tra i principi generali valevoli per tutti i diritti di proprietà industriale ex art. 5, comma 2, c.p.i.; fermo il riconoscimento della trasversalità del principio di esaurimento per i diritti di proprietà industriale, in chiave critica sulla generalizzazione dei legittimi motivi di opposizione come discendente dalla citata impostazione italiana v. A. MUSSO, *Ditta e insegna. Marchio. Brevetti. Disegni e modelli. Concorrenza*, in *Commentario al Codice Civile Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, Zanichelli, 2012, p. 578 ss.

⁴⁷ A livello normativo interno, si noti che la suddetta valenza generale dell'esaurimento e della relativa clausola di opposizione ne implicherebbe l'applicabilità anche per le indicazioni geografiche ex artt. 29-30 c.p.i.: al netto della dubbia sopravvivenza di tali titoli nazionali all'affermata competenza esaustiva eurounitaria, ciò rileva per confermare la presumibilità dell'argomento analogico in questo frangente, senza dimenticare che l'esaurimento nasce per sua natura quale regola di formazione giurisprudenziale che, pertanto, ben potrebbe attingere a tale tipo di argomentazione; sulla costruzione giurisprudenziale dell'esaurimento del marchio e della clausola di opposizione per legittimi motivi a livello di Unione europea v. in prospettiva storica L. MANSANI, *La funzione di indicazione d'origine del marchio nell'ordinamento comunitario*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 150 ss.

⁴⁸ Così M. RICOLFI, *Trattato dei marchi*, cit. *supra*, nota 10, p. 1363.

difformi dalle prassi di settore e comunque cagionino un pregiudizio “serio”, ossia non comune né giustificabile, alla notorietà del segno protetto⁴⁹.

In secondo luogo, altrettanto fallace sarebbe l’operazione di trasporre in blocco la ricostruzione dei legittimi motivi valevole per i marchi, disconoscendo le peculiarità delle indicazioni geografiche.

A tale proposito, salve le cautele appena esposte, deve rammentarsi come anche i legittimi motivi debbano essere tendenzialmente coperti dalla funzione giuridicamente tutelata della privativa. Pertanto, la specifica *ratio* fondativa delle indicazioni geografiche, che vale a differenziare tale diritto *sui generis* dal marchio, deve trovare apposita valorizzazione. In particolare, la funzione non meramente distintiva dell’origine geografica del prodotto, bensì primariamente qualitativo-promozionale della sua tipicità locale, implica che rivestano un ruolo centrale sia la garanzia qualificata rivolta ai consumatori, da un lato, sia la remunerazione protetta in favore dei produttori territoriali, dall’altro lato⁵⁰.

Ma allora, a ben guardare, la *ratio* suddetta non risulta toccata allo stesso modo che nei marchi dalla successiva circolazione dei prodotti protetti da indicazione geografica: quanto alla garanzia qualificata, la conformità certificata segue per sua natura il prodotto tipico in tutto il percorso di mercato, come simboleggiato dall’apposizione obbligatoria del “bollino” ufficiale che contrassegna DOP e IGP⁵¹; quanto alla remunerazione protetta, l’esaurimento non intacca, bensì presuppone, l’avvenuta corresponsione del *premium price* in sede di primo acquisto, a piena ricompensa della privativa e degli investimenti ivi sottesi⁵².

⁴⁹ L’uso pubblicitario del marchio a fini di rivendita è tendenzialmente esentato sotto detta soglia di “gravità” del pregiudizio reputazionale in sede di esaurimento secondo la sentenza della Corte di giustizia dell’8 luglio 2010 in causa n. C-558/08, *Portakabin Ltd e Portakabin BV c. Primakabin BV*, EU:C:2010:416, nonché in termini identici per il diritto d’autore eventualmente ivi accessorio secondo la sentenza della Corte di giustizia del 23 febbraio 1999 in causa n. C-63/97, *Bayerische Motorenwerke AG (BMW) e BMW Nederland BV c. Ronald Karrel Deenik*, EU:C:1999:82.

⁵⁰ Così riassumendo l’elenco dei plurimi obiettivi, invero ibridi (per non dire eterogenei), perseguiti dalla disciplina a tutela delle indicazioni geografiche, come riportato normativamente nell’art. 1, comma 1, Regolamento (Ue) n. 1151/2012, nonché rilanciato in via aggiornata dall’art. 4, comma 1, Proposta Reg. IG-AGRI; in giurisprudenza, per un significativo riconoscimento di tale peculiare multifunzionalità v. recentemente sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2022 in causa n. C-159/20, *Commissione europea c. Regno di Danimarca*, EU:C:2022:561.

⁵¹ Quanto a DOP e IGP v. art. 12, comma 3, Reg. (Ue) n. 1151/2012; per un’applicazione concreta v. Cass. civ., ord. 12 luglio 2022, n. 21963, reperibile nella banca dati *ForoPlus*.

⁵² Questa logica a fondamento dell’esaurimento trova espresso riconoscimento in materia di marchio, come sancito in giurisprudenza dalla sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2011 in causa n. C-46/10, *Viking Gas A/S c. Kosan Gas A/S*, EU:C:2011:485.

Tale linea argomentativa si mostra rilevante già per l'ipotesi tipizzata di legittimi motivi, ossia l'alterazione o modifica del prodotto marchiato⁵³. Se per i casi più palesi di "sofisticazione" ovviamente *nulla quaestio* anche per le indicazioni geografiche⁵⁴, l'impiego come ingrediente o componente ai fini dell'elaborazione di un prodotto trasformato o complesso suscita considerazioni diverse sull'effettiva opponibilità contro le attività concorrenti, soprattutto alla luce della citata riforma europea di prossima approvazione: ci si limiti qui a richiamare come proprio la *ratio* peculiare delle indicazioni geografiche imponga un'interpretazione coerentemente aperta e non discriminatoria nella possibilità di accesso al nome protetto, anche a beneficio di operatori terzi qualora rispettosi dei relativi requisiti qualitativi (oltre che della generale correttezza professionale)⁵⁵.

Con ciò non si intende affatto ignorare che l'approccio di cui alla riforma europea risponde principalmente all'esigenza di contrastare fenomeni di parassitismo – come tali da condannare, seppur appunto con rimedi proporzionati – aventi ad oggetto la reputazione di mercato del prodotto geografico protetto⁵⁶. Il che porta all'attenzione l'altra rilevante ipotesi di legittimi motivi di opposizione all'esaurimento del marchio, vale a dire la lesione della c.d. «aura di lusso»⁵⁷.

⁵³ V. ancora art. 15, comma 2, Regolamento (Ue) n. 2017/1001, nonché art. 15, comma 2, Direttiva (Ue) n. 2015/2436; in giurisprudenza, sul carattere tipizzato ma non tassativo di tale esemplificazione, v. sentenza della Corte di giustizia del 27 ottobre 2022 in causa n. C-197/21, *Soda-Club (CO2) SA e SodaStream International BV c. MySoda Oy*, EU:C:2022:834.

⁵⁴ Per un caso storico di imbottigliamento di prodotto alterato v. App. Milano, 9 gennaio 1934, in *Riv. dir. ind.*, 1952, V, p. 222 ss.; incidentalmente si noti che il prodotto oggetto di controversia sarebbe oggi tutelato anche come Vermouth di Torino a indicazione geografica protetta secondo il relativo disciplinare (v. d.m. 22 marzo 2017, in attuazione dell'art. 26, Regolamento (Ue) n. 251/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, concernente la definizione, la designazione, la presentazione, l'etichettatura e la protezione delle indicazioni geografiche dei prodotti vitivinicoli aromatizzati, ora confluito nella base giuridica dell'art. 16a, Regolamento (Ue) n. 1151/2012), con conseguente possibile applicazione anche del reato di contraffazione ex art. 517-*quater* c.p.; sulla portata di tale fattispecie delittuosa in giurisprudenza v. Cass. pen., 10 dicembre 2019, n. 49889, reperibile nella banca dati *ForoPlus*.

⁵⁵ Non pare dunque ammissibile un'impostazione in termini di autorizzazione volontaria meramente discrezionale dei gruppi di produttori, come quella ora avanzata in sede di riforma ex art. 28, comma 2, Proposta Reg. IG-AGRI e art. 36, comma 2, Proposta Reg. IG-CRAFT, dovendo quanto meno propendersi per un'interpretazione correttiva che preveda a tal fine la generalizzazione *ex ante* di condizioni obiettive in sede di disciplinare anche per le ipotesi di uso come ingrediente e componente, come si è cercato di argomentare in B. CALABRESE, *Geographical indications used as ingredients or components: a proposed reform in 'sharp' contrast with the Circular Economy (to say the least)*, *cit. supra*, nota 27, p. 1 ss.

⁵⁶ Il che, peraltro, era un elemento tutt'altro che sconosciuto anche dai previ orientamenti autoritativi, ove però si era data una risposta più equilibrata a dette esigenze di tutela, comunque attenta ad evitare ogni richiamo scorretto celante scopi di indebito *free-riding*: v. Comunicazione della Commissione, Orientamenti sull'etichettatura dei prodotti alimentari che utilizzano come ingredienti prodotti DOP o IGP, *cit. supra*, nota 29, par. 1.1.

⁵⁷ V. sentenza della Corte di giustizia 4 novembre 1997 in causa n. C-337/95, *Parfums Christian Dior SA e Parfums Christian Dior BV c. Evora BV*, EU:C:1997:517, nonché 23

A prescindere dalle criticità di siffatta sublimazione “spirituale” del marchio⁵⁸, tale legittimo motivo di opposizione ha trovato ampio riconoscimento, in particolare nel contesto delle reti di distribuzione selettiva⁵⁹. Al contempo, deve notarsi come l’aura di lusso riceva tutela quale ipotesi eccezionale, non coincidente con la rinomanza o notorietà che fonda la caratteristica tutela ultramerceologica dei segni assurti a *brand* nella percezione del pubblico⁶⁰. A maggior ragione, l’aura di lusso è ipotesi ancor più distante dalla funzione essenziale d’origine imprenditoriale del marchio, riconosciuta come primaria in sede di esaurimento⁶¹.

Ciononostante, l’incisività della protezione accordata dall’aura di lusso in sede di esaurimento verosimilmente attirerà le mire anche delle indicazioni geografiche. Non solo, siffatta ipotesi a presidio dei valori reputazionali del marchio troverebbe agevolmente sponda nella tutela sempre più ampia – ancorché non meno problematica – riconosciuta alla reputazione geografica nell’ambito del relativo regime *sui generis*⁶². Tuttavia, anche la reputazione geografica, senz’altro meritevole di protezione, deve essere correttamente intesa, sempre in corrispondenza della peculiare *ratio* di tutela che poggia sulla qualità tipica del prodotto come controllata, ga-

aprile 2009 in causa n. C-59/08, *Copad SA c. Christian Dior couture SA, Vincent Gladel e Société industrielle lingerie (SIL)*, EU:C:2009:260; recentemente sul tema v. L. MANSANI, *Distribuzione selettiva, esaurimento del marchio e difesa dell’immagine di lusso nella giurisprudenza europea*, in C. COSTA - A. MIRONE - R. PENNISI - P.M. SANFILIPPO - R. VIGO (a cura di), *Studi di Diritto Commerciale per Vincenzo Di Cataldo*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 347 ss.

⁵⁸ V. per tutti A. MUSSO, *Ditta e insegna. Marchio. Brevetti. Disegni e modelli. Concorrenza*, cit. *supra*, nota 46, p. 127.

⁵⁹ Con specifico riferimento al commercio elettronico v. sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2017 in causa n. C-230/16, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GmbH*, EU:C:2017:941, commentata da E. ADOBATI, *Divieto per i distributori di prodotti di lusso di ricorrere ad un terzo soggetto non autorizzato nella vendita on line*, in questa *Rivista*, 2017, p. 625 ss.

⁶⁰ In questo senso v. L. MANSANI, *Distribuzione selettiva, esaurimento del marchio e difesa dell’immagine di lusso nella giurisprudenza europea*, cit. *supra*, nota 57, p. 379 ss.; in generale sul tema, per una rilettura critica, v. G. GHIDINI - G. CAVANI, *Presupposti e portata della tutela dei marchi “dotati di rinomanza”*, in *Riv. dir. ind.*, 2017, I, p. 69 ss., nonché recentemente, per un’ampia ricostruzione sistematica, v. D. ARCIDIACONO, *La tutela dei marchi che godono di rinomanza*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 57 ss.

⁶¹ Così espressamente, per esempio, sentenza della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017 in causa n. C-291/16, *Schweppes SA c. Red Paralela SL e Red Paralela BCN*, EU:C:2017:990.

⁶² Valgano in tal senso i riferimenti alla «notorietà» delle indicazioni geografiche quale oggetto di tutela nel contesto della nuova definizione di evocazione inserita in sede di riforma ex art. 27, comma 2, Proposta Reg. IG-AGRI, come dimostra *expressis verbis* l’alternativa lessicale di «reputazione» nella parallela sede di cui all’art. 35, comma 2, Proposta Reg. IG-CRAFT; in generale, sul rilievo della reputazione nel sistema europeo delle indicazioni geografiche v. A. ZAPPALAGLIO, *The Transformation of EU Geographical Indications Law*, Abingdon, Routledge, 2021, p. 76 ss.

rantita e promossa in via pubblicitaria dagli schemi certificativi di cui a DOP e IGP⁶³.

Ciò mette in guardia da troppo semplicistiche assimilazioni all'aura di lusso del marchio. Infatti, la tutela reputazionale delle indicazioni geografiche deve comunque ricondursi a fondamenti qualitativi, pur nella peculiare accezione appena richiamata⁶⁴. Il che conduce a respingere ogni travisamento della reputazione geografica in termini di "prestigio", secondo una deriva invero rinvenibile nella stessa giurisprudenza⁶⁵, non potendosi ammettere una tutela del prodotto tipico sul piano meramente autoreferenziale dell'immagine (narrata prima ancora che percepita)⁶⁶. Anche perché, per assurdo, seguendo tale deriva, dovrebbe concludersi che tutte le indicazioni geografiche potrebbero rivendicare tale protezione reputazionale estesa, assumendosi che le stesse godano di notorietà *ex lege* senza distinzioni di sorta⁶⁷. Pare evidente, però, che così facendo si giungerebbe

⁶³ Per una riflessione sulla peculiare nozione di qualità tipica fondante le indicazioni geografiche come diritto *sui generis* di proprietà industriale v. B. CALABRESE, *Rebreeding geographical indications beyond agriculture: Of "genotype" and "phenotype" in territorial products*, cit. *supra*, nota 25, p. 315 ss.

⁶⁴ Secondo il fondamentale riconoscimento della sentenza della Corte di giustizia del 16 maggio 2000 in causa n. C-388/95, *Regno del Belgio c. Regno di Spagna*, EU:C:2000:244, punto 56, secondo cui «la reputazione delle denominazioni di origine dipende dall'immagine di cui queste godono presso i consumatori. A sua volta tale immagine dipende, essenzialmente, dalle caratteristiche particolari e, in generale, dalla qualità del prodotto. E quest'ultima, in definitiva, che costituisce il fondamento della reputazione del prodotto», ciò anche se si vuole a chiarimento (per non dire in superamento) della sentenza della Corte di giustizia del 10 novembre 1992 in causa n. C-3/91, *Exportur SA c. LOR SA e Confiserie du Tech SA*, EU:C:1992:420, punto 28.

⁶⁵ In tali termini, seppur senza incidere nella decisione del caso di specie, v. sentenza della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017 in causa n. C-393/16, *Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne c. Aldi Süd Dienstleistungs-GmbH & Co.OHG*, cit. *supra*, nota 29, punto 41, facendo seguito alle ancor più nette (e invero criticabili per il diverso esito proposto) conclusioni dell'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona del 20 luglio 2017 nella medesima causa, EU:C:2017:581, punto 99; tuttavia, la problematicità di tale statuizione è comprovata dall'appiglio argomentativo così offerto ai titolari dei diritti sulle indicazioni geografiche, prontamente invocato dallo stesso *comité* addirittura in termini di «aura di lusso e prestigio» (invero a piena dimostrazione di quanto presupposto alle presenti riflessioni), come riportato dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella del 29 aprile 2021 in causa n. C-783/19, *Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne c. GB*, EU:C:2021:350, nota 61.

⁶⁶ Né potrebbe argomentarsi che tale legittimo motivo di opposizione varrebbe per escludere forme di rivendita che non offrano adeguate garanzie sulla corretta conservazione del prodotto geografico, perché in tal caso sarebbe la qualità (appunto sostanziale, in termini finanche di igiene alimentare) e non il prestigio (meramente d'immagine) l'oggetto del pregiudizio lamentato: per analogia in materia di condizionamento del prodotto geografico v. sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2018 in causa n. C-367/17, *S c. EA e a.*, EU:C:2018:1025, punto 28.

⁶⁷ Espressamente in tal senso v. EUIPO, Direttive concernenti l'esame dinanzi all'Ufficio, 31 marzo 2023, p. 1387 (disponibili sul sito <https://guidelines.euipo.europa.eu/binary/1935309/2000000000>), la cui posizione parrebbe indirettamente accolta dalla sentenza del Tribunale del 2 febbraio 2017 in causa n. T-510/15, *Roberto Mengozzi c. EUIPO*, EU:T:2017:54, punto 48; a riprova sul punto cfr. V. ZAFRILLA DIAZ-MARTA - A. KYRYLENKO, *The ever-growing scope of*

al paradosso di un regime *sui generis* di denominazioni e indicazioni di “origine” (geografica) addirittura meno fedele rispetto alla “origine” (imprenditoriale) che i marchi si premurano di salvaguardare in sede di esaurimento⁶⁸.

Peraltro, a tutto concedere, se poi venisse obiettato che il prestigio è allora più specifico della reputazione geografica, in analogia al rapporto tra aura di lusso e rinomanza del marchio, potrebbe fondatamente controdedursi che tale valore “prestigioso”, invocato quale legittimo motivo di opposizione all’ulteriore commercializzazione non autorizzata del prodotto tipico, sia in realtà di stampo “lussuoso”, ossia imputabile al marchio della singola casa produttrice e non, invece, all’intera produzione territoriale che, in quanto tale, basa piuttosto la sua protezione su impegni essenzialmente qualitativi e non appunto pubblicitari⁶⁹.

5. Osservazioni sistematiche sulla natura *sui generis* delle indicazioni geografiche anche ai fini del principio di esaurimento

In chiusura, le suesposte considerazioni critiche sulla possibile invocazione di legittimi motivi di opposizione all’esaurimento delle indicazioni geografiche inducono ad ulteriori osservazioni sistematiche.

Al di là dei suoi innumerevoli risvolti e di un’evoluzione non sempre lineare, tale regime *sui generis* rimane particolarmente interessante ed apprezzabile nella sua speciale vocazione di preservare valori territoriali in contrasto alle spinte delocalizzatrici o comunque dispersive di cui alla globalizzazione economica. Ciò non toglie, però, che le indicazioni geografiche non devono dimenticare la loro natura di diritti di proprietà industriale, come tale informata alla necessaria funzionalizzazione delle istanze pri-

Geographical Indications’ evocation: from Gorgonzola to Morbier, in *JIPLP*, 2021, p. 442 ss. (in particolare p. 447).

⁶⁸ Sottolinea la centralità della funzione essenziale d’origine imprenditoriale dei marchi per l’applicazione del principio di esaurimento nelle più recenti controversie in materia A. KUR, “As Good as New” - Sale of Repaired or Refurbished Goods: Commendable Practice or Trade Mark Infringement?, in *GRUR Int.*, 2021, p. 228 ss.

⁶⁹ Come dimostra la possibilità di approcci stilistici assai variegati entro la stessa platea di produttori locali, pur nella presentazione di prodotti tipici parimenti rispettosi del relativo disciplinare: con riferimento allo stesso *champagne*, v., per esempio, ACB - *Association des Champagnes Biologiques* (<http://www.champagnesbiologiques.com>), quale movimento “naturalista” che riunisce i produttori biologici della famosa DOP vitivinicola francese, ben distante dalle classiche logiche di lusso che la caratterizzano nell’immaginario collettivo (oltre che nella politica di *enforcement* dello stesso *comité*).

vate di tutela esclusiva verso obiettivi di interesse collettivo⁷⁰. Purtroppo, i timori in tal senso paiono tutt'altro che eccessivi, se solo si pensi alla fatica con cui è stata recentemente affermata la libera riproducibilità della forma del prodotto tipico, principio che invero dovrebbe essere saldo alla luce della *ratio* funzionale della privativa avente ad oggetto il nome geografico (e non certo il prodotto in quanto tale)⁷¹.

Deve allora censurarsi ogni lettura che prescindendo da tale funzionalizzazione e dal bilanciamento sistematico che ne consegue, secondo la fin troppo comoda invocazione unilaterale dello scopo di una "tutela ad ampio raggio", a mo' di *mantra* giustificativo di qualsiasi incremento nella protezione⁷².

Per converso, le indicazioni geografiche dovrebbero far tesoro delle critiche che in tal senso stanno ormai da tempo stigmatizzando gli eccessi della proprietà industriale⁷³, mostrandosi dunque maggiormente attente all'importanza di comporre in maniera equilibrata le istanze contrapposte che ad esse fanno capo: ove così non fosse, il rischio è che nello slancio incontrollato a voler beneficiare di una protezione equivalente a quella dei *brand* più celebri, le indicazioni geografiche finiscano per parificarsi ai marchi stessi, perdendo così la loro speciale ragion d'essere e avallando paradossalmente quelle obiezioni internazionali che storicamente ne riconoscono l'autonoma legittimità⁷⁴.

In definitiva, le indicazioni geografiche possono continuare a giustificarsi solo nella misura in cui la tutela *sui generis* sia coerente con la propria *ratio* fondante a matrice pubblicistica, da cui discendono i corolla-

⁷⁰ Per una lettura sistematica della proprietà industriale quale proprietà "funzionale", da intendersi correttamente quale mezzo e non fine in sé, v. A. MUSSO, *Ditta e insegna. Marchio. Brevetti. Disegni e modelli. Concorrenza*, cit. *supra*, nota 46, p. 17.

⁷¹ V. in maniera non così limpida Corte di giustizia del 17 dicembre 2020 in causa n. C-490/19, *Syndicat interprofessionnel de défense du fromage Morbier c. Société Fromagère du Livradois*, EU:C:2020:1043, nel contesto di una posizione addirittura possibilista sull'estensione della tutela per evocazione alla forma del prodotto in quanto tale, poi non accolta in sentenza, di cui alle conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella del 17 settembre 2020 nella medesima causa, EU:C:2020:730.

⁷² Espressamente (e nondimeno discutibilmente) in tali termini v. sentenza della Corte di giustizia del 9 settembre 2021 in causa n. C-783/19, *Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne c. GB*, EU:C:2021:713, punto 50; il pericolo di tale deriva interpretativa è concreto, iniziando a riscontrarsi tale approccio argomentativo anche da parte dei produttori, come in Cass. civ., 20 marzo 2023, n. 7937, cit., ove tale precedente è così direttamente richiamato dal consorzio di tutela coinvolto nel caso *Cacio Romano* (al netto delle forti perplessità argomentative suscitate dalla decisione della Suprema Corte nel merito).

⁷³ V. per tutti G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 59 ss., nonché con specifico riferimento al rapporto tra estensione della protezione e *ratio* dell'esclusiva v. A. MUSSO, *Grounds of Protection: How Far Does the Incentive Paradigm Carry?*, in A. OHLY (a cura di), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, p. 33 ss.

⁷⁴ V. per tutti l'aspro e ormai classico manifesto critico di J. HUGHES, *Champagne, Feta, and Bourbon - the Spirited Debate About Geographical Indications*, in *Hastings Law Journal*, 2006, p. 299 ss.

ri di apertura sopra richiamati⁷⁵, e invece non la rinneghi nel nome di una sempre crescente se non insaziabile “volontà di protezione” che, per quanto consacrata da meritori obiettivi politici (agricoli e non), non può essere scevra da ogni confronto concorrenziale⁷⁶.

Pertanto, anche la ricostruzione del principio di esaurimento in materia di indicazioni geografiche dovrà seguire questa linea di coerenza con i fondamenti “qualitativi” dell’istituto, al fine di tracciare un bilanciamento equilibrato tra tutela dell’esclusiva e interessi collettivi, inclusi quelli sottesi al mercato stesso.

Bernardo Calabrese**

SINTESI

Il presente contributo si propone di svolgere alcune riflessioni sul principio di esaurimento in materia di indicazioni geografiche. Appuratosi che le indicazioni geografiche appartengono ai diritti di proprietà industriale, come previsto dall’ordinamento anche in termini di *enforcement*, dovrebbe porsi parimenti la questione del rapporto tra tutela dell’esclusiva e libera circolazione delle merci nel mercato unico europeo. Nonostante l’ambiguità del silenzio normativo, l’operatività dell’esaurimento anche per le indicazioni geografiche non pare essere messa in discussione. Tuttavia, non si riscontrano considerazioni specifiche che vanno al di là dell’affermazione di principio, il che lascia spazio a dubbi ed incertezze, soprattutto alla luce delle nuove frontiere di tutela delle indicazioni geografiche

⁷⁵ In termini analoghi, sulla scorta della matrice “pubblicistica” dell’istituto, con riferimento alla questione affine, come detto, dell’uso di indicazioni geografiche quali ingredienti v. A. GERMANÒ, *Le politiche europee della qualità alimentare*, in *Riv. dir. alim.*, 2009, 3, p. 12 ss. (in particolare pp. 18-19).

⁷⁶ In verità, le ragioni della concorrenza risultano solo timidamente richiamate, secondo un’accezione prettamente difensiva dei produttori locali rispetto agli operatori terzi, tra gli obiettivi delle indicazioni geografiche di cui all’art. 1, comma 1, lett. a., Reg. (Ue) n. 1151/2012; tuttavia, la declinazione di tale concorrenza come «leale» esprime il riconoscimento di un fondamento meritorio – e dunque come detto “qualitativo” – alla base di tale protezione, il che, per converso, implica che lo stesso tracci i limiti del corretto bilanciamento con le istanze competitive del mercato, il cui sacrificio diverrebbe altrimenti non proporzionale e pertanto non giustificabile; in quest’ottica, pare potersi valorizzare anche il nuovo accento posto rispetto a tale concorrenza leale per i produttori «nella catena di commercializzazione» – andando peraltro a toccare esattamente alcuni dei profili oggetto delle presenti riflessioni – secondo la formulazione aggiornata di tale obiettivo nell’art. 4, comma 1, lett. b., Proposta Reg. IG-AGRI; per una rilettura sistematica che riporta il dato concorrenziale entro il bilanciamento a fondamento delle indicazioni geografiche, senza con ciò disconoscersi la *ratio* politica di tutela dal parassitismo commerciale, v. M. LIBERTINI, *I segni geografici protetti: pubblico e privato, protezionismi e concorrenza*, in *AIDA*, 2015, p. 342 ss.

** Associato di Diritto Commerciale / Università degli Studi di Verona

che vanno espandendosi. In tal senso, le riflessioni qui proposte mirano a ricostruire l'applicabilità del principio di esaurimento in materia di indicazioni geografiche, ed in particolare la disciplina dei legittimi motivi di opposizione, secondo una linea di coerenza con la *ratio* fondativa di tale regime *sui generis* in termini qualitativi prima che reputazionali, al fine di tracciare un bilanciamento equilibrato tra gli interessi contrapposti in chiave concorrenziale, secondo il paradigma caratteristico della proprietà industriale.

ABSTRACT

This study carries out some thoughts about the principle of exhaustion in the field of Geographical Indications. Having established that Geographical Indications belong to intellectual property rights, as provided for by the legal order also in terms of enforcement, the question of the relationship between exclusive protection and free movement of goods in the EU single market should likewise arise. Despite the ambiguity of the normative silence, the validity of the exhaustion principle also for Geographical Indications seems not questioned. However, there are no specific considerations that go beyond a statement of principle, which leaves room for doubt and uncertainty, especially in light of the new frontiers of protection for Geographical Indications now expanding. In this sense, the thoughts here proposed are aimed at reconstructing the applicability of the principle of exhaustion for Geographical Indications, and in particular the discipline of legitimate reasons for opposition, consistently with the founding rationale of this sui generis regime in qualitative more than reputational terms, in order to draw an adequate balance between the opposing competitive interests, according to the characteristic paradigm of intellectual property.

IL (MUTEVOLE) RAPPORTO TRA LE ESIGENZE DI SICUREZZA ALIMENTARE E LA POLITICA AGRICOLA COMUNE*

Sommario: 1. *Introduzione: la food security e la PAC delle origini* - 2. *La riforma della PAC del 2003* - 3. *La disciplina della PAC 2014-2022* - 4. *La PAC 2023 - 2027 e il Green deal* - 5. *Segue: le misure agro-ambientali* - 6. *Segue: le misure per l'accrescimento della competitività e il rafforzamento delle imprese agricole* - 7. *Segue: l'obiettivo della sicurezza alimentare* - 8. *Conclusioni.*

1. Introduzione: la *food security* e la PAC delle origini

A far tempo dall'esplosione della pandemia, e quindi dall'inizio dell'anno 2020, il tema della sicurezza alimentare, da intendersi come garanzia di un costante e adeguato approvvigionamento alimentare¹, sembra essere tornato al centro delle discussioni politiche ed economiche a livello globale.

I *lockdown* imposti nelle varie parti del pianeta hanno determinato, infatti, impreviste interruzioni o, nei casi migliori, rallentamenti delle catene

* Il presente lavoro costituisce l'elaborazione ampliata, e corredata di note essenziali, della relazione dal titolo «Sicurezza alimentare e nuova PAC fra diritto dell'UE ed attuazione nazionale» presentata al Convegno dedicato a «La sicurezza alimentare tra crisi internazionali e nuovi modelli economici», tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano il giorno 22 settembre 2022, organizzato dal Centro Studi sul Diritto e le Scienze dell'Agricoltura, Alimentazione e Ambiente (CeDiSa) e pubblicata in F. ROSSI DAL POZZO - V. RUBINO (a cura di), *La sicurezza alimentare tra crisi internazionali e nuovi modelli economici*, Bari, Cacucci, 2023, p. 47 ss. Esso, inoltre, è già stato pubblicato in *Diritto agroalimentare*, n. 3, 2022, p. 609 ss., la cui Direzione si ringrazia per averne consentito la pubblicazione anche sulla presente *Rivista*.

¹ Sul tema, anche per riferimenti bibliografici, v. da ultimo A. LUPO, *Diritto al cibo e cambiamenti climatici: quale futuro per la sicurezza alimentare globale?*, in *Riv. dir. alim.*, n. 1, 2022, p. 54 ss., nonché M. CARNEY, "Food security" and "food sovereignty": *What frameworks are best suited for social equity in food systems?*, in *Journal of Agriculture, Food Systems, and Community Development*, Vol. 2, Issue 2, Winter 2011-2012.

di fornitura anche delle principali *commodities* agricole, mettendo a nudo l'esistenza di scorte, nei principali paesi consumatori, in misura probabilmente inadeguata, con conseguenti impennate dei prezzi; la pandemia ha, inoltre, inciso in misura sensibile anche sulla circolazione dei lavoratori, creando così problemi nell'offerta della manodopera necessaria per lo svolgimento delle operazioni colturali.

Oltre alle criticità di carattere tecnico collegate alla pandemia, non devono essere dimenticati gli altrettanto rilevanti, quanto ad impatto, fattori psicologici, posto che la diffusione di un virus del tutto sconosciuto in ordine alle sue modalità di trasmissione e ai suoi effetti sulla salute umana hanno portato ad atteggiamenti dettati essenzialmente dalla paura e in molti casi irrazionali, aggravando così una situazione già difficile.

Appena il tempo di essere riusciti ad affrontare il virus, con la messa a punto di vaccini e con l'acquisizione di maggiori informazioni sulle sue modalità di trasmissione e sui suoi effetti, che lo scoppio della guerra in Ucraina ha fatto sorgere nuovi profili di rischio quanto all'approvvigionamento di alimenti su scala mondiale, sol che si pensi che i due Stati coinvolti sono tra i più grandi produttori mondiali di grano, di mais e di oli vegetali.

In una situazione del genere, inoltre, i tutt'altro che imprevedibili, periodici eventi avversi – quali incendi, siccità, alluvioni, ecc. – relativi a Stati produttori di prodotti agricoli di base ben possono generare un impatto ancora più sensibile sull'offerta mondiale delle *commodities* agricole e sui relativi prezzi.

In verità, la problematica della *food insecurity* è recentemente riemersa nelle zone più ricche del pianeta, quali l'Unione europea e gli Stati Uniti, ma certamente non era mai scomparsa in molti altri Stati, come confermano i dati allarmanti sulla malnutrizione di una fetta ancora troppo ampia della popolazione mondiale; essa, inoltre, non ha avuto nei paesi più sviluppati, almeno sino ad ora, una rilevanza diretta ma solo indiretta, nel senso che l'aggravarsi della situazione dell'offerta su scala globale delle *commodities* agricole non ha prodotto effetti sugli approvvigionamenti alimentari per i cittadini statunitensi o europei; le criticità si sono manifestate, invece, e rischiano di manifestarsi ancor più, nei paesi più poveri del pianeta, con i conseguenti effetti di instabilità socio-politica e l'incremento di flussi migratori verso i paesi più ricchi.

Ma se, in Europa, la *food security* non può dirsi un aspetto problematico nonostante gli eventi di questi ultimi tempi, ciò lo si deve primariamente alle lungimiranti scelte operate dai Paesi fondatori della Comunità economica europea allorché, nel delineare il Trattato di Roma, prevedero l'istituzione di una politica agricola comune con la contestuale previsione

della possibile costituzione di una organizzazione comune dei mercati agricoli (OCM) tale da rendere adottabile ogni misura che risultasse necessaria per il raggiungimento degli obiettivi della PAC stessa, obiettivi rimasti invariati dal 1957 e indicati, ora, nell'art. 39 TFUE, e ciò anche in deroga all'applicazione del diritto *antitrust*, alla luce del trattamento eccezionale riservato al settore agricolo da quello che oggi è l'art. 42 TFUE.

Inutile ricordare che tra gli obiettivi della PAC assegnati dall'art. 39 TFUE compare, tra gli altri, quello di assicurare la garanzia della sicurezza degli approvvigionamenti alimentari.

Il che non può sorprendere, se si considera che l'Europa era da poco uscita dal *tunnel* della guerra e che il problema della fame era stato avvertito nell'intero continente, così che accanto all'aumento della produttività dell'agricoltura, all'assicurazione di redditi adeguati agli agricoltori, alla stabilizzazione dei mercati e alla tutela dei consumatori è stato inserito l'obiettivo della *food security*, al fine di evitare, nel rinnovato clima di cooperazione tra Stati europei, il ripetersi delle difficoltà occorse durante e in conseguenza della guerra.

E non vi è dubbio che l'attuazione della politica agricola comune abbia creato il quadro normativo ideale per ottenere un formidabile incremento delle produzioni e della produttività nel settore primario, in ciò aiutato anche dagli sviluppi tecnologici e dalla modernizzazione del settore al punto di giungere, dopo già circa un ventennio dalla sua implementazione (iniziata nel 1962, con l'adozione dei primi regolamenti istitutivi dell'OCM), non solo al raggiungimento di una sostanziale autosufficienza alimentare, ma anche ai primi eccessi di produzione per taluni prodotti agricoli.

Risale al 1984, infatti, l'introduzione della disciplina delle quote latte, volta, appunto, a limitare sovrapproduzioni, cui ha fatto seguito quella per lo zucchero, nonché le normative finalizzate al contenimento di altre produzioni, quali i cereali e il vino, nel tentativo di contenere livelli produttivi divenuti, col passare del tempo, sempre più eccedentari.

E così, dopo poco più di un ventennio dall'adozione dei primi regolamenti attuativi della PAC uno dei principali aspetti problematici per le Istituzioni europee era, dunque, non più quello di assicurare la garanzia di approvvigionamenti adeguati, ma l'eccesso di produzione per numerosi prodotti agricoli, al punto da giungere all'erogazione di sostegni agli agricoltori per indurli a non produrre o a produrre meno; al tempo stesso, non può essere dimenticato che la realizzazione di eccedenze se, da un lato, era criticabile anche perché ottenuta con l'utilizzo di risorse pubbliche, dall'altro si prestava, altresì, a strumento di natura geopolitica, dal momento che la Comunità poteva destinarle in favore dei Paesi più poveri in base a considerazioni tanto sociali quanto, in senso lato, geopolitiche.

2. La riforma della PAC del 2003

La creazione della World Trade Organisation (WTO) nel 1994, con la stipulazione dei relativi trattati, e l'adesione ad essa da parte della Comunità europea e dei suoi singoli Stati membri, con la conseguente assunzione, tra l'altro, degli impegni previsti dall'Accordo sull'agricoltura (tra cui la riduzione degli aiuti di natura distorsiva, quali i sostegni ai prezzi), unitamente alla presa d'atto della natura contraddittoria della PAC, posto che le risorse allocate per la sua attuazione erano destinate ad un tempo tanto a sostenere i produttori, incentivandoli a produrre sempre di più con l'erogazione di sostegni accoppiati alla produzione, quanto ad erogare aiuti a coloro che aderivano a strumenti di contenimento della produzione, hanno indotto il legislatore europeo alla prima vera riforma della PAC nel 2003, con il Regolamento (Ce) n. 1782/2003²: in sostanza, si è abbandonato, quasi totalmente, il previgente sistema di aiuti accoppiati alla produzione per sostituirlo con l'erogazione di aiuti disaccoppiati, e dunque erogati ai beneficiari indipendentemente dalle quantità ottenute e, prima ancora, indipendentemente dallo svolgimento di una attività produttiva agricola, potendosi beneficiare dei nuovi sostegni anche solo limitandosi a mantenere i terreni di cui si aveva la disponibilità in buone condizioni agronomiche.

Questa innovazione normativa ha consentito alla Comunità di conformarsi agli impegni derivanti dall'Accordo sull'agricoltura concluso in sede WTO e di fissare *ex ante*, per ogni periodo di programmazione finanziaria, un tetto massimo – e certo nel suo ammontare – ai sostegni da erogare in attuazione di entrambi i pilastri della PAC.

Al tempo stesso, anche per giustificare una spesa agricola considerata, soprattutto in alcuni Stati membri, uno strumento di erogazione di sussidi carenti di giustificazione socio-politico-economica, è stata introdotta la disciplina sulla “condizionalità”, comportante in capo ad ogni beneficiario degli aiuti l'obbligatoria assunzione di una serie di impegni di carattere agronomico e il rispetto di alcune disposizioni già obbligatorie in tema di tutela dell'ambiente, della salute e del benessere degli animali, al fine di poter godere pienamente delle misure di sostegno cui ogni singolo beneficiario avrebbe avuto astrattamente diritto.

Attraverso la condizionalità si è cercato, così, di inquadrare l'erogazione dei sostegni alla comunità agricola in termini di sinallagmaticità,

² Regolamento (Ce) del Consiglio del 29 settembre 2003, che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto nell'ambito della politica agricola comune e istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori e che modifica i Regolamenti (Cee) n. 2019/93, (Ce) n. 1452/2001, (Ce) n. 1453/2001, (Ce) n. 1454/2001, (Ce) n. 1868/94, (Ce) n. 1251/1999, (Ce) n. 1254/1999, (Ce) n. 1673/2000, (Cee) n. 2358/71 e (Ce) n. 2529/2001, in *Gu-Ue* n. L 270 del 21 ottobre 2003, p. 1.

quali aiuti erogati sì con risorse della Comunità ma a fronte di servizi resi alla collettività dagli agricoltori in relazione a tematiche chiave quali la tutela dell'ambiente, la salute e il benessere degli animali.

Il rovescio della medaglia del passaggio dai sostegni accoppiati alla produzione ad aiuti disaccoppiati era dato, però, dalla sopravvenuta impossibilità di programmare le produzioni agricole sotto il profilo tanto quantitativo che qualitativo. In precedenza, infatti, con il sistema di aiuti accoppiati, era abbastanza agevole per le Istituzioni comunitarie "guidare" la produzione agricola europea, utilizzando quale leva il livello di sostegno previsto per ogni singola produzione: di conseguenza, in caso di produzioni eccedentarie, poteva ridursi l'ammontare del prezzo garantito, e operare in maniera antitetica per le produzioni deficitarie. Gli agricoltori, evidentemente sensibili ai livelli dei prezzi garantiti dalla Comunità, orientavano le loro produzioni verso i prodotti con i livelli di prezzi o, in genere, di aiuti accoppiati maggiori, e viceversa.

Il secondo aspetto che è venuto a mancare col passaggio agli aiuti disaccoppiati è stata l'attenzione nei confronti dei profili quantitativi, posto che, come ricordato, per usufruire dell'aiuto disaccoppiato non occorreva più produrre, essendo sufficiente anche solo mantenere in buone condizioni i terreni a disposizione di ogni beneficiario degli aiuti stessi.

La riforma della PAC del 2003 ha riguardato essenzialmente solo le misure rientranti nel c.d. 1° pilastro; accanto agli aiuti diretti continuavano, infatti, ad essere previste le misure di sostegno allo sviluppo rurale rientranti nel suo 2° pilastro, cofinanziate dai singoli Stati membri, e disciplinate da specifici Regolamenti. In tema di sostegno allo sviluppo rurale è stato adottato il Regolamento (Ce) n. 1698/2005³, destinato ad operare fino al 2013: esso si è, in sostanza, allineato alla disciplina previgente senza sconvolgimenti, dal momento che le misure di sostegno delineate nel Regolamento sono lasciate, in concreto, all'implementazione da parte dei singoli Stati membri, essendo ciascuno di essi libero di decidere se e quali misure, tra quelle previste nel Regolamento, attivare, disponendo le opportune misure di cofinanziamento nazionale, adottando un proprio piano di sviluppo rurale o, come nel caso dell'Italia, piani di sviluppo rurale a livello regionale, attesa la competenza legislativa che la Costituzione attribuisce alle Regioni in materia di agricoltura.

Tra le misure previste nel Regolamento (Ce) n. 1698/2005 può essere opportuno ricordare che le stesse erano suddivise in tre «Assi»⁴, di cui uno

³ Cfr. il Regolamento (Ce) n. 1698/2005 del Consiglio, del 20 settembre 2005, sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del FEASR, in *Gu-Ue* n. L 277 del 21 ottobre 2005, p. 1.

⁴ Per Asse intendendosi un insieme coerente di misure preordinate alla realizzazione di obiettivi specifici finalizzati al perseguimento degli obiettivi dell'art. 4.

(il primo) dedicato al miglioramento della competitività del settore agricolo e forestale, e che comprendeva, così, ad esempio, aiuti alla formazione professionale, all'insediamento di giovani agricoltori, al prepensionamento, all'ammodernamento delle aziende agricole o al miglioramento della qualità dei prodotti; il secondo, dedicato alle misure di sostegno per il miglioramento dell'ambiente e dello spazio rurale, tra cui quelle volte a promuovere un utilizzo sostenibile dei terreni agricoli (a compensazione degli svantaggi naturali, a favore degli agricoltori operanti in zone montane, le misure «Natura 2000», i pagamenti agroambientali, quelli volti a favorire il benessere degli animali, per investimenti non produttivi) e forestali; e un terzo, dedicato alla qualità della vita nelle zone rurali e alla diversificazione dell'economia rurale in attività non agricole, nell'incentivazione di attività turistiche, nella tutela patrimonio rurale.

Con la c.d. riforma di medio termine, avvenuta nel 2009, costituente una sorta di “messa a punto” dei Regolamenti (Ce) n. 1782/2003 e n. 1698/2005, ha iniziato ad emergere una spiccata attenzione del legislatore comunitario agrario nei confronti delle tematiche ambientali, in ciò legittimato dall'inserimento, nel Trattato, a seguito del Trattato di Amsterdam, entrato in vigore il 1° maggio 1999, dell'art. 3C – divenuto ora art. 11 TFUE – secondo cui le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle azioni dell'UE: in particolare, con il Regolamento (Ce) n. 74/2009, che ha modificato il Regolamento (Ce) n. 1698/2005⁵, il legislatore europeo ha introdotto espressi riferimenti a quelle che all'epoca erano denominate le “nuove sfide”⁶ per l'agricoltura europea, quali la lotta contro i cambiamenti climatici, le energie rinnovabili, la gestione delle risorse idriche, la tutela della biodiversità⁷; al tempo stesso si prevedeva, con il Regolamento (Ce) n. 73/2009 (che abrogava, tra l'altro, il Regolamento (Ce) n. 1782/2003), l'aumento della modulazione obbligatoria di risorse dal 1° al 2° pilastro allo scopo di finanziare tali misure.

⁵ Il quale, recante le misure di sviluppo rurale, prevedeva genericamente, all'art. 4, tra gli obiettivi da perseguire, quello della valorizzazione dell'ambiente e dello spazio naturale sostenendo la gestione del territorio.

⁶ Nel *considerando* n. 1 si leggeva, infatti, che «Nella valutazione dell'attuazione della riforma della politica agricola comune (PAC) del 2003 sono state ravvisate alcune nuove sfide di rilievo per l'agricoltura europea, segnatamente i cambiamenti climatici, le energie rinnovabili, la gestione delle risorse idriche, la biodiversità e la ristrutturazione del settore lattiero-caseario».

⁷ Così l'art. 16-*bis* introdotto nel Regolamento (Ce) n. 1698/2005, *cit. supra*, nota 3.

3. La disciplina della PAC 2014-2022

Per il periodo finanziario successivo (2014-2020) la normativa sugli aiuti disaccoppiati è contenuta nell'ancora oggi vigente⁸ Regolamento (Ue) n. 1307/2013⁹, il quale ha confermato l'impostazione di fondo del Regolamento precedente – incluse la disciplina sulla condizionalità, che trova la propria disciplina nel Regolamento (Ue) n. 1306/2013¹⁰, e la possibilità, peraltro limitata, di concessione di aiuti accoppiati per alcuni settori produttivi – provvedendo, tuttavia, a suddividere quello che in precedenza era un aiuto disaccoppiato unico e unitario in tanti sotto aiuti (operando un c.d. “spacchettamento” dell'aiuto unico). Quello che in precedenza era l'aiuto unico diviene, con il Regolamento (Ue) n. 1307/13, l'aiuto di base, cui possono essere aggiunti aiuti ulteriori – obbligatori o, invece, facoltativi, la cui attivazione è così lasciata alla discrezionalità dei singoli Stati membri – a seconda della sussistenza delle condizioni e dei presupposti per il loro ottenimento¹¹.

Tra gli aiuti aggiuntivi vanno ricordati, per la loro rilevanza economica, posto che essi assorbono obbligatoriamente il 30% di ogni massimale nazionale per gli aiuti diretti, i pagamenti per le pratiche agricole benefiche per il clima e l'ambiente (*greening*). Per beneficiare di siffatti aiuti, l'interessato deve rispettare alcuni impegni: in particolare, le pratiche in cui si sostanzia il *greening* sono tre, e la loro doverosità è subordinata alla ricorrenza dei relativi presupposti indicati nel Regolamento: la diversificazione delle colture¹², ovvero la contemporanea presenza di coltivazioni di

⁸ Il Regolamento avrebbe dovuto cessare la propria efficacia il 31 dicembre 2020; stante la pandemia da Covid-19 e i ritardi nell'adozione della normativa per il periodo successivo esso è stato prorogato fino al 31 dicembre 2022.

⁹ Del 17 dicembre 2013, sui pagamenti diretti agli agricoltori nell'ambito dei regimi di sostegno previsti nel quadro della PAC.

¹⁰ Del 17 dicembre 2013, sul finanziamento, sulla gestione e sul monitoraggio della PAC. Essa, come disciplinata nel Regolamento (Ce) n. 1306/2013, si fonda su 13 criteri di gestione obbligatori (CGO) e 7 pratiche agronomiche per il mantenimento dei terreni in buone condizioni agricole e ambientali (BCAA): è generalizzata l'opinione secondo cui gli impegni ivi previsti risultano di scarsa efficacia; analogamente è da dirsi quanto all'apparato sanzionatorio, alla luce della modestia delle sanzioni (in realtà decurtazioni degli aiuti), a fronte di un impegno burocratico-amministrativo, esteso all'intera platea dei beneficiari delle misure di aiuto della PAC, necessario per l'attività di controllo e per quella di irrogazione delle sanzioni, tutt'altro che irrilevante: sul punto sia consentito, per più ampi riferimenti, a L. RUSSO, *Le «nuove» misure agroambientali della PAC 2023-27: quali novità?*, in *Riv. dir. agr.*, 2022, I, p. 145 ss.

¹¹ Sul punto, sia consentito il rinvio a L. COSTATO - L. RUSSO, *Corso di diritto agrario italiano e dell'UE*, V ed., Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 153 ss.

¹² Essa non si applica alle aziende che hanno una superficie a seminativo inferiore a 10 ettari ed in altri casi specificamente stabiliti. Nelle aziende con una superficie a seminativo compresa tra 10 e 30 ettari, che non è interamente coltivata con colture sommerse per una parte significativa dell'anno, devono coesistere almeno due colture, la principale delle quali non

distinti prodotti sulle superfici aziendali (la misura ha come obiettivo primario la tutela del suolo), sempre che vi sia la disponibilità di una superficie superiore a 10 ettari destinata a seminativo; il mantenimento dei prati e dei pascoli permanenti esistenti (misura volta a favorire il sequestro di carbonio), i quali non possono, dunque, essere convertiti o arati¹³; la costituzione di aree di interesse ecologico¹⁴ (AIE), per le aziende con superfici con almeno 15 ettari a seminativo (misura a tutela della biodiversità): in sostanza, almeno il 5% delle superfici destinate a seminativi aventi le dimensioni minime indicate nel Regolamento devono essere destinate ad AIE, tenendo presente che possono essere tali anche superfici coltivate, purché con colture azotofissatrici, e non solo terreni mantenuti a riposo, ovvero le fasce tampone, il bosco ceduo a rotazione rapida senza uso di concimi minerali o prodotti fitosanitari, tra gli altri¹⁵.

Le pratiche di inverdimento, dunque, non interessano tutti i beneficiari di aiuti diretti, ma solo coloro che hanno la disponibilità di terreni nelle dimensioni previste dal Regolamento e che siano, altresì, destinati a specifiche produzioni; in ogni caso, il rispetto dei vincoli del *greening* si aggiunge al rispetto degli obblighi della condizionalità.

Le misure del *greening* sono volte dichiaratamente al perseguimento di un'agricoltura meno impattante sull'ambiente, anche se ciò comporta una minore attenzione agli aspetti produttivi, sol che si pensi alla destinazione di una percentuale dei terreni ad area di interesse ecologico. Tanto che in dottrina¹⁶ vi è chi ha dubitato della rispondenza della normativa sul disaccoppiamento degli aiuti agli obiettivi indicati dall'art. 39 del Trattato e segnatamente a quelli dell'incremento della produttività in agricoltura e della garanzia degli approvvigionamenti alimentari.

può coprire più del 75% della superficie a seminativo. Per le aziende con una superficie a seminativo superiore a 30 ettari, devono coesistere almeno 3 differenti colture, la principale delle quali non deve occupare più del 75% della superficie a seminativo e la meno importante deve occupare almeno il 5%.

¹³ Esistenti nelle aree interessate dalle direttive sulla conservazione degli *habitat* naturali e seminaturali e sulla conservazione degli uccelli selvatici; gli Stati membri possono peraltro decidere di identificare aree sensibili anche al di fuori di quelle oggetto delle dette direttive, includendo prati e pascoli permanenti su terreni ricchi di carbonio.

¹⁴ Tale misura non si applica alle aziende con una superficie a seminativo inferiore a 15 ettari ed in altre fattispecie specificamente individuate. In tal caso l'azienda, a partire dal 2015, dovrà assicurare che il 5% (aumentabile al 7% su eventuale proposta della Commissione dal 2017) della superficie, includendo in questa anche le superfici con elementi caratteristici del paesaggio e le fasce tampone, sia un'area di interesse ecologico.

¹⁵ Gli Stati membri possono decidere di applicare pratiche "equivalenti" a quelle sopra menzionate (ed elencate in un allegato al Regolamento), purché producano un beneficio per il clima e l'ambiente pari o superiore a quelle nelle quali si sostanzia il *greening*; sono, peraltro, per tale motivo esclusi dagli obblighi del *greening* gli agricoltori biologici.

¹⁶ Cfr. L. COSTATO, *Riforma della PAC e rifornimento dei mercati mondiali dei prodotti agricoli alimentari*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 2011, 87 ss.

I profili ambientali nelle misure di sostegno della PAC sono, tuttavia, oggetto non solo della condizionalità e del *greening*, godendo di ampi spazi anche nell'ambito delle misure di sostegno allo sviluppo rurale, di cui al coevo Regolamento (Ue) n. 1305/2013¹⁷.

Quest'ultimo, all'art. 4, individua tre obiettivi da perseguire: «*a.* stimolare la competitività del settore agricolo; *b.* garantire la gestione sostenibile delle risorse naturali e l'azione per il clima; *c.* realizzare uno sviluppo territoriale equilibrato delle economie e comunità rurali, compresi la creazione e il mantenimento di posti di lavoro».

Tra gli stessi non compare alcun riferimento alla garanzia della *food security*.

Come già in base alla disciplina precedente, anche il Regolamento (Ue) n. 1305/2013, e segnatamente il suo Titolo III, composto dagli articoli da 13 a 54, contiene l'elencazione di tutte le possibili misure di sostegno che gli Stati membri possono decidere di attuare con i propri piani di sviluppo rurale (PSR). Nella gran parte costituiscono misure che riprendono quelle già disposte dalla disciplina previgente¹⁸: tra esse, accanto a misure volte ad implementare la funzionalità delle imprese¹⁹, numerose sono quelle volte a perseguire finalità ambientali, come il sostegno in favore di chi volontariamente assume determinati impegni agro-climatico-ambientali²⁰, o il sostegno destinato agli agricoltori che decidono di adottare il metodo

¹⁷ Del 17 dicembre 2013, sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del FEASR.

¹⁸ Con l'eccezione della misura di sostegno al prepensionamento, presente, invece, nel Regolamento previgente.

¹⁹ Si pensi, ad esempio, ai sostegni: alle azioni di formazione professionale; alla costituzione di servizi di consulenza o di sostituzione in favore degli agricoltori; per la partecipazione, per la prima volta, a regimi di qualità, come, ad esempio, DOP, IGP, all'agricoltura biologica; per investimenti materiali od immateriali; per il ripristino dei terreni e delle strutture aziendali danneggiate da calamità naturali; per lo sviluppo delle imprese agricole, tra cui sono previsti gli aiuti all'avviamento dell'attività da parte di giovani agricoltori; per la creazione, il miglioramento o l'espansione di infrastrutture a vantaggio della popolazione e delle zone rurali; per la costituzione e il primo funzionamento di organizzazioni di produttori agricoli; per incentivare forme di aggregazione o cooperazione tra operatori del settore agricolo, tra cui la costituzione di reti; per il pagamento di premi assicurativi volti a coprire il rischio di perdite economiche imputabili ad avversità atmosferiche, epizootie o fitopatie, infestazioni parassitarie, emergenze ambientali.

²⁰ Ovvero finalizzati al cambiamento delle pratiche agricole in modo da contribuire favorevolmente all'ambiente e al clima. I pagamenti agroambientali possono essere concessi non solo ad agricoltori o loro associazioni, ma anche ad altri gestori del territorio, quando ciò sia giustificato ai fini della realizzazione di obiettivi ambientali; tali pagamenti riguardano soltanto quegli impegni che vanno al di là delle norme in materia di condizionalità previste dal Regolamento (Ue) n. 1306/2013 e dei requisiti minimi relativi all'uso di fertilizzanti e prodotti fitosanitari e di altre specifiche norme obbligatorie prescritte dalla legislazione nazionale. La durata degli impegni come regola generale è compresa tra cinque e sette anni. I pagamenti sono versati annualmente per compensare i costi aggiuntivi e il mancato guadagno derivanti dagli impegni assunti, e non possono essere concessi per impegni che beneficiano della misura destinata all'agricoltura biologica. Ai sensi dell'art. 28, Regolamento n. 1305/2013, è obbligatorio l'inserimento di questa misura nei programmi di sviluppo rurale.

di produzione biologico o a realizzare volontariamente interventi a tutela del benessere animale²¹, o a quello in favore di silvicoltori che si impegnano volontariamente a realizzare interventi silvo-ambientale e silvo-climatico o per la forestazione e l'imboschimento.

In sostanza, e riassumendo, nella disciplina della PAC 2014-2022 l'attenzione ai profili ambientali risulta maggiore rispetto alla PAC 2005-2013, posto che all'interno del quadro delle varie misure di sostegno essi sono oggetto di un triplice livello di intervento: un primo, sostanzialmente di base e tale da costituire una sorta di prerequisito per il pieno accesso alle misure di aiuto disposte dalla PAC, rappresentato dalle regole della condizionalità; ad esso si accompagnano due ulteriori livelli, comportanti – quanto meno in linea teorica – impegni più rilevanti per gli agricoltori, relativi l'uno alle misure di aiuto disaccoppiate, quali le pratiche che attribuiscono il diritto ai pagamenti verdi (il c.d. *greening*), e l'altro, rientrante all'interno delle misure del 2° pilastro (i pagamenti agro-climatico-ambientali e gli altri sopra accennati).

Il sistema tuttora vigente, così come articolato, presenta tuttavia, al di là delle ambizioni, una serie di criticità²²: a parte la modestia tanto degli impegni rientranti nell'ambito della condizionalità quanto delle relative sanzioni in caso di inottemperanza, basti ricordare che la disciplina del *greening* è uscita pesantemente demolita dall'*audit* svolto al riguardo dalla Corte dei conti UE la quale, con la relazione speciale n. 21/2017²³, è giunta a conclusioni trancianti: non c'è dimostrazione che le pratiche del *greening* comportino miglioramenti in favore dell'ambiente e del clima; è stata rilevata la mancanza di valutatori di impatto e una carenza di connessione tra gli importi erogati e i costi aggiuntivi correlati o le minori rese, dal momento che i pagamenti collegati al *greening* sono forfettari e prescindono dai costi sostenuti dai beneficiari o dai minori redditi che si conseguono in conseguenza dell'applicazione delle relative misure; sono state accertate, inoltre, sovrapposizioni tra la disciplina della condizionalità e quella sulle aree di interesse ecologico (AIE), quali le fasce tampone, le colture intercalari, gli elementi caratteristici del paesaggio. Così che la

²¹ Concessi agli agricoltori che assumono volontariamente impegni per il benessere degli animali che vadano al di là degli obblighi in tema di condizionalità previsti dal Regolamento (Ue) n. 1306/2013. La durata degli impegni come regola generale è compresa tra uno e sette anni; l'indennizzo serve a compensare, almeno in parte, i costi aggiuntivi e il mancato guadagno derivante dagli impegni in oggetto.

²² Sia consentito al riguardo il rinvio a L. RUSSO, *Il perseguimento degli obiettivi della PAC e la tutela degli interessi finanziari dell'UE: due finalità compatibili?*, in *Riv. dir. alim.*, 2018, 3, p. 57 ss.

²³ Intitolata «L'inverdimento: un regime di sostegno al reddito più complesso, non ancora efficace sul piano ambientale».

Corte dei conti UE ha concluso il proprio *audit* rilevando come il *greening* si sostanzia, a ben vedere, in un aiuto al reddito, più che in un efficace strumento a favore di ambiente e clima.

Il terzo anello delle misure ambientali dell'attuale PAC è dato, infine, dalle misure agro-climatico-ambientali rientranti all'interno di quelle di sostegno allo sviluppo rurale (art. 28, Regolamento (Ue) n. 1305/2013). L'aiuto previsto – conseguente all'assunzione volontaria degli impegni da parte del beneficiario – è pensato per coprire i maggiori costi o i minori guadagni degli agricoltori che decidono di assoggettare la loro attività a pratiche virtuose sotto il profilo climatico-ambientale con una serie di impegni ulteriori e diversi da quelli già obbligatori e da quelli della condizionalità e del *greening*, onde evitare sovrapposizioni²⁴.

Il successo o meno di tale misura è dato, così, tanto dall'importo che concretamente viene erogato al beneficiario quanto dalla gravosità degli impegni richiesti: perché tali misure possano dirsi effettivamente efficaci nel perseguimento delle finalità indicate occorre, dunque, un adeguato bilanciamento di questi due aspetti.

Da questa oltre modo sintetica descrizione dei principali aspetti della PAC tuttora in vigore, è abbastanza agevole verificare come essa non sembri porre particolare attenzione ai profili della *food security*: basti pensare al sistema di aiuti disaccoppiati dalle produzioni e alla definizione di "attività agricola" necessaria per il conseguimento degli aiuti, che può consistere anche solo nel mantenimento dei terreni in buone condizioni, senza svolgervi attività produttiva; all'obbligo, seppur condizionato alla presenza di determinati requisiti, di costituzione delle c.d. *ecological focus area*, ossia di terreni sottratti alle produzioni o di mantenimento dei prati e dei pascoli permanenti; agli aiuti previsti per la conversione dei terreni all'agricoltura biologica, e dunque verso una agricoltura con minori rese rispetto a quella convenzionale e a quelli erogati a seguito dell'assunzione di impegni agro-climatico-ambientali che, inevitabilmente, presuppongono una agricoltura meno intensiva.

In sostanza, la disciplina della PAC ancora in vigore, elaborata nel 2013, è strutturata "come se" la garanzia della *food security* costituisse un obiettivo definitivamente acquisito, così da poter introdurre vincoli (con le

²⁴ Ed infatti se, a livello teorico, la distinzione tra le misure ambientali del 2° pilastro e quelle precedentemente viste appare chiaro, all'atto pratico tale distinzione appare molto più sfumata, dal momento che alcune delle misure del 2° pilastro quale, ad esempio, la conversione all'agricoltura biologica, costituiscono al tempo stesso pratiche che soddisfano i requisiti del *greening*, con il conseguente rischio – nonostante la previsione del divieto di doppio finanziamento – di consentire il percepimento di tali aiuti senza svolgere, in realtà, nulla più di quanto già richiesto dalla condizionalità e dal *greening*.

conseguenti riduzioni produttive) per finalità climatico-ambientali che, tuttavia, si sono rivelate più formali che sostanziali.

4. La PAC 2023-2027 e il *Green deal*

Dal 1° gennaio 2023 entrerà in vigore – salvo proroghe, richieste da talune organizzazioni professionali agricole – la nuova PAC, la cui disciplina si rinviene, essenzialmente, nel Regolamento (Ue) n. 2021/2115²⁵, relativo ai piani strategici nazionali, destinati a delineare le misure di sostegno da attivarsi da ciascuno Stato membro sulla base delle possibilità offerte dal Regolamento stesso, in una ridisegnata dialettica dei rapporti tra diritto unionale e diritti nazionali.

Il nuovo Regolamento, infatti, oltre a contenere la normativa relativa tanto ai pagamenti diretti quanto alle misure di sviluppo rurale – discipline ora contenute in due distinti Regolamenti, quali rispettivamente i Regolamenti (Ue) n. 1307/2013 e n. 1305/2013 – oltre a quella sulla condizionalità (essendo lasciate al Regolamento orizzontale n. 2021/2116 le sole disposizioni su controlli e sanzioni), costituisce l'esito di un ampio ricorso al principio di sussidiarietà²⁶, posto che esso demanda agli Stati membri l'elaborazione di «piani strategici nazionali», i quali dovranno contenere il quadro disciplinare relativo all'insieme delle misure, concernenti entrambi i pilastri, attuate nello Stato membro; la normativa europea, così, fornisce la cornice regolatoria necessaria per garantire l'omogeneità delle misure nazionali, ed è destinata ad essere implementata e attuata con le decisioni assunte da parte di ogni singolo Stato membro.

In questo modo le Istituzioni europee, Commissione *in primis*, si sgravano di una parte significativa dell'attuazione della politica agricola, “scaricandola” sugli Stati membri, riducendo grandemente le difficoltà che in precedenza si sono manifestate nella gestione dei rapporti con gli Stati

²⁵ Regolamento (Ue) n. 2021/2115 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021, recante norme sul sostegno ai piani strategici che gli Stati membri devono redigere nell'ambito della politica agricola comune (piani strategici della PAC) e finanziati dal Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) e che abroga i Regolamenti (Ue) n. 1305/2013 e (Ue) n. 1307/2013, in *Gu-Ue* n. L 435 del 6 dicembre 2021, p. 1.

²⁶ Codificato nell'art. 5, par. 3, TUE, secondo cui «In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo».

membri per giungere alla predisposizione di testi normativi condivisi (e per tale motivo risultanti, quasi sempre, frutto di ampie scelte di compromesso ovvero strutturati in maniera tale da lasciare ampie e importanti facoltà di scelta in capo agli Stati membri). A questi ultimi vengono così attribuite maggiori responsabilità nella gestione della PAC, di modo che essi non potranno, se non in misura modesta, cercare di scaricare a monte, sulle Istituzioni europee, i malcontenti degli interessati circa la gravosità degli impegni e la complessità del sistema.

Il Regolamento (Ue) n. 2021/2115 individua, all'art. 5, tre obiettivi "generali", quali: *a.* la promozione di un settore agricolo intelligente, competitivo, resiliente che garantisca la sicurezza alimentare a lungo termine; *b.* il sostegno e il rafforzamento della tutela dell'ambiente, compresa la biodiversità, e l'azione per il clima; *c.* il rafforzamento del tessuto socio-economico delle zone rurali.

Nel successivo art. 6 vengono, invece, indicati nove obiettivi "specifici", tra i quali il sostegno di un reddito agricolo sufficiente «al fine di rafforzare la sicurezza alimentare a lungo termine e la diversità agricola», il miglioramento della posizione degli agricoltori nella catena del valore, la contribuzione alla mitigazione dei cambiamenti climatici e all'adattamento agli stessi, anche riducendo le emissioni di gas a effetto serra e migliorando il sequestro di carbonio.

Vengono, così, chiaramente delineati non solo i profili di necessaria sostenibilità tanto economica quanto ambientale dell'attività agricola, emergendo, altresì, in maniera inequivoca anche la necessità del perseguimento della garanzia della sicurezza degli approvvigionamenti alimentari; il tutto in conformità al combinato disposto di cui agli artt. 11 e 39 TFUE, con un salto qualitativo rispetto ai Regolamenti della PAC tuttora vigente in cui, come si è detto, non è fatta neppure menzione dell'obiettivo, proprio della PAC, di perseguire la sicurezza alimentare.

Peraltro, al di là degli enunciati di principio, risulta necessario verificare in concreto se e come le finalità in oggetto siano perseguite.

Nel prosieguo si esamineranno separatamente, dunque, i tre distinti profili sulla scorta della disciplina della nuova PAC: innanzitutto quello relativo alla sostenibilità ambientale, e in seguito quelli della sostenibilità economica e della *food security*.

5. *Segue: le misure agro-ambientali*

Non vi è dubbio che anche il nuovo tessuto normativo presenti una forte impronta ambientale, inserendosi nel quadro delineato dagli ambizio-

sissimi programmi strategici elaborati dalla Commissione UE insediatasi a dicembre 2019 sotto la presidenza Von der Leyen, che ha vieppiù enfatizzato gli aspetti ambientali attraverso la strategia del *Green Deal* e quelle ad essa connesse, relative al sistema agroalimentare o strettamente collegate ad esso, di cui alle Comunicazioni della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 20 maggio 2020 recanti le strategie «“Dal produttore al consumatore” per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell’ambiente» e «Sulla biodiversità per il 2030. Riportare la natura nella nostra vita»²⁷.

Questi ultimi due documenti strategici, specificamente rivolti al settore agro-alimentare e attuativi del “*Green Deal* europeo”, delineano una futura azione dell’UE particolarmente ambiziosa quanto al rapporto agricoltura-ambiente, volta a promuovere non solo un’agricoltura più resiliente ai cambiamenti climatici, ma anche in grado di contribuire al loro contrasto, e a far sì che il continente europeo possa diventare addirittura a impatto climatico zero entro il 2050. Questo programma strategico – che va, peraltro, oltre il solo settore agricolo – ha portato, ad ora, all’adozione di un nuovo piano d’azione per l’economia circolare²⁸ e del Regolamento quadro per il conseguimento della neutralità climatica²⁹.

Con i documenti strategici dei quali si è detto, la Commissione si è posta obiettivi che inevitabilmente coinvolgeranno l’attività agricola sotto diversi profili: si pensi, tra l’altro, all’obiettivo di aumentare le aree protette, per giungere ad un loro ampliamento sino al 30% della superficie terrestre e al 30% di quella marina, di cui almeno un terzo dovrebbe essere oggetto di protezione definita come “rigorosa”. L’incremento delle superfici oggetto di protezione verrà, dunque, inevitabilmente a ripercuotersi anche sull’attività agricola, dal momento che, soprattutto in presenza di misure di protezione “rigorose”, può arrivarsi al punto di inibire lo svolgimento dell’attività produttiva. Inoltre, in base ai ricordati documenti programmatici, dovrebbero da un lato essere incentivate pratiche agricole completamente sostenibili – quali l’agricoltura di precisione, l’agricoltura biologica,

²⁷ V., rispettivamente i documenti Com(2020)380 e Com(2020)381; la Strategia *From Farm to Fork* è stata approvata con Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2021 (2020/2260 (INI)), mentre la strategia sulla biodiversità è stata approvata dal Parlamento europeo con la Risoluzione del 9 giugno 2021 (2020/2273 (INI)).

²⁸ Cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, Consiglio, Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, dell’11 marzo 2020, Com(2020)98, approvato dal Parlamento europeo il 9 febbraio 2021.

²⁹ Regolamento (Ue) n. 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il Regolamento (Ce) n. 401/2009 e il Regolamento (Ue) n. 2018/1999 («Normativa europea sul clima»), in *Gu-Ue* n. L 243 del 9 luglio 2021, p. 1.

l'agroecologia, l'agrosilvicoltura, il prato permanente a bassa intensità, l'adozione di norme più rigorose sul benessere animale – e, dall'altro, essere introdotte disposizioni normative per imporre una riduzione, entro il 2030, di ben il 50% dell'uso di pesticidi chimici in genere e del 50% di quelli pericolosi; per stabilire che almeno il 10% delle superfici agricole vengano destinate ad elementi caratteristici del paesaggio con elevata diversità; per fare in modo che almeno il 25% dei terreni agricoli europei vengano destinati ad attività conformi al disciplinare dell'agricoltura biologica, e per ridurre l'uso di fertilizzanti di almeno il 20% rispetto ai livelli odierni.

Il punto è, come si è già avuto modo di evidenziare³⁰, che questi documenti strategici si sono innestati su un procedimento normativo – relativo all'adozione dei Regolamenti della PAC *post* 2020 – già iniziato sulla scorta di proposte di Regolamenti presentate dalla precedente Commissione e risalenti al giugno 2018³¹ e dunque pre *Green deal*, e che si è ritenuto di non sostituire, così che la discussione tra i co-legislatori e la Commissione UE ha sempre avuto ad oggetto le iniziali proposte della Commissione pur dopo l'insediamento nel 2019 della nuova Commissione e l'adozione del *Green deal*.

Di conseguenza, i testi normativi per la disciplina della PAC 2023-2027, adottati al termine del lungo negoziato, protrattosi infatti per oltre tre anni, non hanno, in sostanza, dato attuazione a tali programmi strategici³² che restano, così, ad oggi grandemente inattuati, costituendo, piuttosto, un affinamento e il frutto di interventi di modifica delle iniziali proposte del 2018 presentate dalla precedente Commissione.

Prima ancora di entrare nel merito del Regolamento, mette conto rimarcare quanto già accennato, ossia che alla sua base c'è una nuova idea di relazione tra Unione europea e Stati membri: anche alla luce delle insoddisfazioni riscontrate relativamente alla normativa adottata in precedenza la Commissione, sin dalle sue originarie proposte di Regolamento risalenti al 2018, forse anche stanca di rappresentare una sorta di "capro espiatorio" da parte degli Stati membri per le insoddisfazioni degli agricoltori nei confronti di una PAC estremamente complessa, altamente burocrata-

³⁰ Cfr. L. RUSSO, *Il nuovo sistema di aiuti in agricoltura*, in *I Georgofili in attesa del vertice dei Ministri dell'Agricoltura del G20*, Supplemento agli Atti dei Georgofili 2021, 2021, 153 ss.

³¹ Le tre proposte di Regolamento sono del 1° giugno 2018, Com(2018)392, Com(2018)393 e Com(2018)394.

³² Nella disciplina della PAC 2023-2027 appaiono solo alcune prime evidenze del *green deal*: si pensi a talune BCAA, agli eco-schemi e alle regole di finanziamento che impongono agli Stati membri di destinare alle misure ambientali percentuali minime (35% nel 2° pilastro, almeno il 25% per gli eco-schemi) delle somme messe loro a disposizione rispettivamente dal FEASR e dal FEAGA.

tica e, in ultima analisi, anche scarsamente efficace quanto al perseguimento degli obiettivi di volta in volta indicati, ha preferito attribuire agli Stati membri maggiori poteri decisionali, operando una sorta di *self-restraint*, così che i Regolamenti adottati nel 2021 costituiscono sostanzialmente una sorta di cornici normative, volte ad assicurare, almeno in teoria, una coerenza comune a tutto il territorio dell'Unione, al cui interno gli Stati membri sono chiamati ad assumere le decisioni politicamente ed economicamente più rilevanti, secondo le rispettive necessità od opportunità.

E così, sin dal momento della presentazione delle proposte di Regolamento, ci si è interrogati se quella che verrà potrà effettivamente dirsi una politica agricola “comune”.

Ciò detto, e per restare ai profili agro-ambientali, il Regolamento (Ue) n. 2021/2115 sui piani strategici nazionali³³ conferma una tripartizione delle misure aventi finalità in senso lato ambientale: una prima serie di impegni di base costituiti, ancora una volta, da quelli rientranti nella condizionalità; una seconda, all'interno della disciplina sugli aiuti diretti, costituiti dall'individuazione di una serie di «pratiche agricole benefiche per il clima, l'ambiente e il benessere degli animali e destinate a contrastare la resistenza antimicrobica», la cui concreta individuazione è lasciata agli Stati membri; l'osservanza di tali pratiche, comunemente denominate «eco-schemi», attribuisce il diritto ad un pagamento aggiuntivo rispetto a quello di base; infine una terza, costituita dalle misure ambientali rientranti tra quelle del 2° pilastro.

La principale innovazione al riguardo è data dalla sostituzione, tra gli aiuti disaccoppiati, delle misure costituenti le pratiche di inverdimento (*greening*), che peraltro non scompaiono in assoluto ma vengono, in parte, trasposte negli impegni della condizionalità, con i c.d. eco-schemi, il cui rispetto consentirà ai beneficiari di assicurarsi un pagamento diretto aggiuntivo rispetto a quello di base, analogamente a quanto previsto, ora, per gli impegni del *greening*.

In particolare, conformemente al nuovo *delivery model* che sta alla base della nuova PAC, il Regolamento (Ue) n. 2021/2115 individua i settori di intervento degli eco-schemi (art. 31, Regolamento (Ue) n. 2021/2115),

³³ La disciplina agro-ambientale, infatti, è, ora, quasi interamente contenuta in un unico Regolamento (il Regolamento (Ue) n. 2021/2115, *cit. supra*, nota 25); il “quasi” si impone perché la normativa sui controlli e sulle sanzioni conseguenti all'applicazione delle regole della condizionalità è contenuta nel Regolamento (Ue) n. 2021/2116 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021 sul finanziamento, sulla gestione e sul monitoraggio della politica agricola comune e che abroga il Regolamento (Ue) n. 1306/2013, in *Gu-Ue* n. L 435 del 6 dicembre 2021, p. 187, e segnatamente nel Capo IV («Sistema di controllo e sanzioni amministrative relative alla condizionalità»: artt. da 83 a 89) del Titolo IV («Sistemi di controllo e sanzioni»: artt. da 59 a 89).

stabilendo che almeno due di essi debbano essere inseriti in ogni eco-schema da specificarsi, invece, da parte dei singoli Stati membri: i settori sono la riduzione dei gas ad effetto serra e il miglioramento del sequestro di carbonio; il miglioramento della resilienza e della diversità animale e vegetale per l'adattamento ai cambiamenti climatici; la riduzione della pressione sulle risorse idriche; la prevenzione del degrado del suolo; la protezione della biodiversità; l'uso sostenibile e ridotto dei pesticidi; il miglioramento del benessere degli animali e il contrasto alla resistenza antimicrobica.

All'interno di questi "settori", ogni Stato membro può, dunque, stabilire le pratiche, le misure o gli impegni che ritiene più opportuni e convenienti alla propria situazione, con il non remoto rischio di una implementazione al ribasso da parte dei singoli Stati membri, presumibilmente mossi dall'intento di evitare svantaggi competitivi ai danni dei propri agricoltori³⁴.

Quanto, invece, ai sostegni afferenti allo sviluppo rurale, il Regolamento, come di norma, contiene una descrizione dei vari aiuti che gli Stati membri possono decidere di attivare, tra i quali spiccano – quanto ai profili di sostenibilità ambientale – i pagamenti (di cui all'art. 70) volti a incentivare l'assunzione di impegni pluriennali in materia di ambiente e di clima e altri impegni in materia di gestione, i quali devono andare oltre: *a.* quelli di condizionalità, *b.* quelli sull'uso di fertilizzanti e di fitosanitari e al benessere degli animali; *c.* le condizioni stabilite per il mantenimento della superficie agricola ex art. 4, par. 2, e devono diversificarsi dagli impegni ex art. 31 (eco-schemi). Per siffatti pagamenti, a differenza delle altre misure di sostegno previste nel Regolamento, non solo ne è obbligatorio l'inserimento nei Piani strategici nazionali ma dev'esservi, altresì, riservata una percentuale pari ad almeno il 35% dell'insieme delle risorse destinate al finanziamento delle misure di sviluppo rurale, a conferma dell'importanza che gli interventi per il clima e l'ambiente hanno nel quadro normativo prossimo ad entrare in vigore.

6. *Segue*: le misure per l'accrescimento della competitività e il rafforzamento delle imprese agricole

In relazione alle enunciate finalità di sostenibilità economica del comparto agricolo il Regolamento (Ue) n. 2021/2115 prevede, come detto, da

³⁴ Così A. MATTHEWS, *Improving governance of the future CAP*, in *Capreform.eu*, 26 February 2021; F. SOTTE, *La Politica agricola europea. Storia e analisi*, cap. 12, *Agriregionieuropea*, 2022, p. 29, secondo cui non esiste alcun incentivo ad alzare l'asticella delle ambizioni.

un lato, l'erogazione di aiuti diretti disaccoppiati nel rispetto dei massimali nazionali indicati nel Regolamento stesso per ogni annualità di operatività del Regolamento stesso e, dall'altro, un ampio menu di misure di sostegno nel quadro dello sviluppo rurale.

Riproponendo, in sostanza, il formato precedente, pur se con le modifiche cui si è accennato circa i maggiori poteri attribuiti agli Stati e alle modifiche apportate alla condizionalità, che viene rafforzata con l'inserimento di impegni in precedenza rientranti nel *greening*, con l'introduzione degli eco-schemi e con un diverso spaccettamento degli aiuti.

In realtà, anche sotto il profilo della sostenibilità economica gli strumenti agevolativi previsti dal Regolamento presentano non poche criticità: ed infatti, così come disciplinati, gli aiuti diretti costituiscono essenzialmente una rendita per gli agricoltori più forti, ovvero quelli aventi la disponibilità di ampie superfici, cui corrispondono maggiori quantità di titoli e, conseguentemente, di sostegni, posto che l'aiuto è correlato al numero dei titoli posseduti (il quale, a sua volta, è connesso alla disponibilità di una superficie con un numero di ettari pari a quello dei titoli). In questo modo, l'attuale sistema favorisce chi è già adeguatamente strutturato, dal momento che con l'attuale normativa viene, in sostanza, premiata l'impresa che, conducendo grandi superfici, sarebbe verosimilmente comunque in grado di poter competere sul mercato senza necessità di aiuti al reddito parametrati alle superfici coltivate.

Coglie nel segno, così, chi invita a ripensare le modalità con le quali indirizzare le risorse del 1° pilastro della PAC, dal momento che l'attuale disciplina appare essere il frutto di una concezione superata dell'agricoltura³⁵, posto che il settore agricolo viene considerato, in sostanza, incapace di reggere al confronto con il mercato; senza considerare, inoltre, l'acclarata natura distorsiva degli aiuti sul mercato fondiario, essendo accertato che gli aiuti diretti erogati nell'ambito della PAC influenzano ad un tempo sia il costo dei terreni sia gli importi dei canoni di affitto, ostacolando l'ampliamento delle aziende agricole e l'ingresso di nuovi agricoltori³⁶.

Dall'altro lato, le misure di sostegno nel quadro dello sviluppo rurale mirate al potenziamento delle strutture risultano penalizzate, in primo luogo, dalla modestia del *budget* a disposizione per le misure del 2° pilastro, assorbendo esso, ancor oggi, solamente circa il 30% delle spese della PAC e, in secondo luogo, dalla previsione secondo la quale almeno il 35% di

³⁵ F. SOTTE, *La Politica agricola europea*, cit. supra, nota 34, p. 32.

³⁶ Cfr. E. BALDONI - P. CIAIAN, *The capitalisation of CAP subsidies into land rents and land values in the EU*, JRC Technical Report, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2021.

tali risorse dev'essere necessariamente destinato alle sole misure ambientali. Occorrerebbe, così, rimodellarne il contenuto, garantendo risorse adeguate non solo agli interventi volti al rafforzamento delle imprese, ma anche per la formazione professionale, posto che non è sufficiente lo sviluppo di nuove tecnologie per consentire un migliore utilizzo di *input* produttivi e, dunque, minori costi, occorrendo anche che gli agricoltori siano in grado di poterle utilizzare. Le misure di sostegno alla formazione sono, invero, presenti nel Regolamento (Ue) n. 2021/2115, ma non vi sono obblighi di implementazione delle stesse a carico degli Stati membri né soglie minime cui destinare le relative risorse finanziarie, come invece è previsto per le misure ambientali³⁷.

In ogni caso, la sola PAC incentivante, ossia fondata su meccanismi di erogazione a vario titolo di aiuti finanziari, non pare possa dirsi sufficiente per il perseguimento della formazione di imprese agricole profittevoli e sostenibili economicamente, così come previsto nell'art. 39 TFUE, anche in considerazione delle riduzioni degli impegni finanziari che già si sono realizzate con l'approvazione dell'attuale Quadro Finanziario Pluriennale (QFP), e di quelle che verosimilmente si verificheranno in futuro.

In tema di sostenibilità economica delle imprese agricole, invero, oltre al Regolamento (Ue) n. 2021/2115, che, come detto, contiene la disciplina sugli aiuti di maggior rilevanza economica, non dev'essere dimenticato il coevo Regolamento (Ue) n. 2021/2117 con cui si è modificato, tra l'altro, il Regolamento sull'OCM (Regolamento (Ue) n. 1308/2013) e quello sui prodotti di qualità (Regolamento (Ue) n. 1151/2012)³⁸: la disciplina sul-

³⁷ In verità, l'art. 89, Regolamento (Ue) n. 2021/2115, prevede che lo 0,25% delle risorse per lo sviluppo rurale debba essere usato per finanziare le attività di assistenza tecnica: si tratta, all'evidenza, di una soglia sostanzialmente irrilevante. Come si è già rilevato in altra sede, «anche la massima attenzione nel perseguimento di obiettivi lato sensu ambientali e la destinazione di ingenti risorse a tal fine può rivelarsi inefficace o non del tutto efficace se, al contempo, non viene dedicata altrettanta attenzione ai profili collegati alla formazione professionale degli operatori chiamati a svolgere attività agricola in maniera più sostenibile. Come è stato anche recentemente constatato, è, infatti, ancora troppo basso il livello di scolarizzazione e di conoscenze, ai fini della riduzione degli agrofarmaci e dell'incremento della produzione e della produttività; si pensi, ad esempio, all'agricoltura di precisione che consente una migliore efficienza produttiva unitamente a minori costi e utilizzo di prodotti potenzialmente inquinanti: per la sua diffusione e implementazione non è sufficiente lo sviluppo e l'innovazione tecnologica, risultando pur sempre necessario il possesso delle necessarie competenze affinché le nuove tecnologie possano essere utilizzate al meglio» (così L. RUSSO, *Emergenza Covid-19 e Politica Agricola Comune*, in *Riv. dir. alim.*, 2021, n. 1, p. 45 ss.).

³⁸ Regolamento (Ue) n. 2021/2117 del 2 dicembre 2021 del Parlamento europeo e del Consiglio, che modifica i Regolamenti (Ue) n. 1308/2013 recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli, (Ue) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, (Ue) n. 251/2014 concernente la definizione, la designazione, la presentazione, l'etichettatura e la protezione delle indicazioni geografiche dei prodotti vitivinicoli aromatizzati e (Ue) n. 228/2013 recante misure specifiche nel settore dell'agricoltura a favore delle regioni ultraperiferiche dell'Unione, in *Gu-Ue* n. L 435 del 6 dicembre 2021, p. 262.

l'OCM, accanto ad ulteriori misure di aiuto collegate al funzionamento dell'organizzazione comune di mercato, contiene la disciplina regolatoria su aspetti di grande rilevanza economica, quale l'attuazione di quanto previsto dall'art. 42 TFUE sulla possibile disapplicazione della disciplina *anti-trust* al settore agricolo e quella, ad essa connessa, in tema di organizzazioni di produttori agricoli (OP) e di organizzazioni interprofessionali (OI)³⁹.

Anche in ordine a questi temi, però, non abbastanza è stato fatto a livello legislativo per sfruttare appieno le potenzialità della norma primaria che, come noto, lascia al legislatore dell'Unione il potere di decidere se e in che misura applicare al settore agricolo le norme generali del Trattato a tutela della concorrenza. Ancora oggi, infatti, persistono rilevanti incertezze su ciò che è consentito compiere dalle organizzazioni dei produttori agricoli e dalle organizzazioni interprofessionali e ciò che non lo è, e ciò nonostante i chiarimenti apportati dal c.d. Regolamento *omnibus* (Ue) n. 2017/2393 e dalla sentenza "indivia" della Corte di giustizia⁴⁰: a titolo di esempio, è tuttora presente il divieto, di cui all'art. 209 Regolamento (Ue) n. 1308/2013, di fissazione di prezzi identici da parte di accordi o intese tra gli agricoltori e, alla luce di quanto statuito dalla Corte con la ricordata decisione, pare tuttora vietato stringere accordi tra OP diverse⁴¹.

In questo quadro, la riforma del 2021 non sembra aver apportato – con il Regolamento (Ue) 2021/2117 – innovazioni particolarmente incisive e rilevanti: esso ha ampliato (in misura non particolarmente significativa, peraltro) il novero delle attribuzioni esercitabili dalle OP e dalle OI e ha introdotto nel corpo del Regolamento (Ue) n. 1308/2013 l'art. 210 *bis*, avente ad oggetto quelle che sono denominate le «intese per la sostenibilità», finalizzate all'adozione, da parte delle imprese partecipanti dell'intesa (che può essere tanto orizzontale quanto verticale), di norme di sostenibilità ambientale più rigorose rispetto a quelle già obbligatorie, con la previsione di una consequenziale compensazione degli agricoltori che si impegnano al rispetto di tali vincoli più stringenti, per le quali si dispone la disapplicazione del divieto di cui all'art. 101 TFUE. Non è questa la sede più opportuna per soffermarsi su tale fattispecie, ma vi è comunque da

³⁹ Per un quadro di insieme, sia consentito il rinvio a L. RUSSO, *Mercato agroalimentare e concorrenza*, in P. BORGHI - I. CANFORA - A. DI LAURO - L. RUSSO (a cura di), *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, p. 12 ss.

⁴⁰ Sentenza del 14 novembre 2017 in causa n. C-671/15, sulla quale v. A. JANNARELLI, *Il caso "indivia" alla Corte di giustizia (Atto primo: le conclusioni dell'avv. generale tra diritto regolativo europeo e diritto privato comune)*, in *Riv. dir. agr.*, 2017, I, p. 366 ss., nonché ID., *Dal caso "indivia" al regolamento omnibus n. 2393 del 2017: le istituzioni europee à la guerre tra la PAC e la concorrenza?*, in *Dir. agroalimentare*, 2018, p. 109 ss.

⁴¹ Sia consentito, ancora, il rinvio a L. RUSSO, *Mercato agroalimentare e concorrenza*, loc. cit.

chiedersi se essa costituisca effettivamente una “nuova deroga” all’applicazione dell’art. 101 TFUE⁴².

Sempre sul piano regolatorio opera la normativa di contrasto alle pratiche sleali nei contratti della filiera agroalimentare, essenzialmente costituita dalla direttiva (Ue) n. 2019/633 (adottata con la procedura “agraria” ex art. 43, par. 2, TFUE)⁴³, con cui si cerca di impedire o di reprimere eventuali abusi di potere negoziale ai danni della parte più debole del contratto: l’efficacia della direttiva risulta, però, assai modesta, posto che essa comporta dichiaratamente una armonizzazione minima, lasciando liberi gli Stati membri di mantenere o di introdurre discipline più rigorose, ed essa vieta solo alcune pratiche dettagliatamente previste, subordinando, però, l’applicazione del divieto al non superamento (per i cedenti) e al superamento (per gli acquirenti) di ben individuate soglie dei fatturati delle imprese coinvolte, così restringendo il suo ambito di concreta applicazione.

La conferma della scarsa attenzione, a dispetto degli enunciati di principio, ai profili di sostenibilità economica la si rinviene anche esaminando le indicazioni contenute nel documento *From farm to fork*, posto che al riguardo la Commissione, al termine del par. 2.1 di tale documento strategico, vi dedica solo poche parole, manifestando l’intenzione di semplicemente «chiarire» le regole di concorrenza esistenti e di «incoraggiare» le possibilità di cooperazione tra agricoltori nell’ambito dell’OCM, oltre che di «monitorare» l’attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali nei contratti della filiera agroalimentare.

7. *Segue: l’obiettivo della sicurezza alimentare*

Come si è accennato, il Regolamento (Ue) n. 2021/2115 menziona, tra i propri obiettivi, anche quello della sicurezza alimentare, pur se come una

⁴² Ed infatti, se si tratta di accordi orizzontali tra agricoltori o assunti da una OP, essi devono considerarsi già leciti ex art. 209, Regolamento (Ue) n. 1308/2013; il nuovo art. 210-*bis* costituirebbe una nuova fattispecie esentativa se si ritiene che esso contempli anche accordi conclusi tra OP diverse, oppure in caso di intese verticali (sempre che queste ultime non possano dirsi già ricomprese nell’art. 209 quali accordi necessari al perseguimento degli obiettivi della PAC). Nell’art. 210-*bis* non vi è alcun cenno sul divieto di imporre prezzi identici né un richiamo a tale divieto contenuto nell’art. 209: sorge così il dubbio che le intese per la sostenibilità possano stabilire impegni sui prezzi.

⁴³ Oltre alla direttiva deve ricordarsi quanto disposto dall’art. 168, Regolamento (Ue) n. 1308/2013 che attribuisce agli Stati membri il potere di introdurre obblighi di forma scritta per i contratti di prima vendita di prodotti agricoli rientranti nell’OCM. Al riguardo, sia consentito il rinvio a L. RUSSO, *La nuova direttiva UE sulle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare: una prima lettura*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, I, p. 1418 ss.; ID., *Le pratiche commerciali scorrette nella filiera agroalimentare tra diritto UE e diritto interno*, in *Dir. Agroalimentare*, 2020, n. 2, p. 401 ss.

sorta di ritenuta, naturale conseguenza del raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità economica delle imprese agricole: si pensi a quanto disposto dall'art. 6 che, indicando i nove obiettivi "specifici" del Regolamento, inserisce quello del sostegno ad un reddito agricolo sufficiente «al fine di rafforzare la sicurezza alimentare a lungo termine e la diversità agricola»⁴⁴.

È lecito, tuttavia, dubitare di siffatta equazione, posto che avere imprese agricole competitive ed economicamente sostenibili non comporta, per ciò solo, l'ottenimento della garanzia di approvvigionamenti alimentari anche a lungo termine, posto che la redditività di una azienda non è parametrata alla produzione che essa è in grado di ottenere in termini assoluti, e che, in ogni caso, la *food security* impone di prestare attenzione non solo al momento della produzione ma anche a quello, distinto seppur collegato, dell'accesso ai prodotti alimentari sotto il profilo tanto quantitativo (la disponibilità: *availability*) quanto economico (l'accessibilità economica: *affordability*)⁴⁵. Mette conto, comunque, ribadire, per quanto già rilevato in precedenza, che, a dispetto delle dichiarazioni di principio, le misure previste nel Regolamento (Ue) n. 2021/2115 non pare possano dirsi particolarmente efficaci per il perseguimento di un settore agricolo forte e competitivo, nonché attente anche agli aspetti quantitativi.

A parte tali considerazioni, nonostante l'espresso richiamo alla sicurezza alimentare – che implica, in ogni caso, il conseguimento di livelli produttivi adeguati – alcune misure fortemente incentivate dal Regolamento, quali gli eco-schemi (cui dev'essere riservato ben il 25% dei massimali nazionali per gli aiuti diretti) e quelle agro-climatico-ambientali (cui dovrà essere riservato il 35% delle risorse del 2° pilastro), implicano un'agricoltura meno produttiva, privilegiando altri aspetti pur importanti; analogamente è da dirsi per alcune misure rientranti, ora, all'interno di quelle della condizionalità, come la messa a riposo obbligatoria di percentuali di su-

⁴⁴ Similmente dispone l'art. 4 del Regolamento, là dove individua gli obiettivi "generalisti", tra cui la promozione di «un settore agricolo intelligente, competitivo, resiliente e diversificato che garantisca la sicurezza alimentare a lungo termine».

⁴⁵ Può essere interessante notare che il Regolamento (Ue) di esecuzione della Commissione n. 2022/1475 del 6 settembre 2022, recante norme dettagliate di applicazione del Regolamento (Ue) n. 2021/2115 per quanto riguarda la valutazione dei piani strategici della PAC e la fornitura di informazioni per il monitoraggio e la valutazione, in *Gu-Ue* n. L 232 del 7 settembre 2022, p. 8, nel suo Allegato I individua gli «elementi chiave di valutazione e fattori di successo raccomandati» che gli Stati membri devono utilizzare per valutare l'efficacia dei propri piani strategici nazionali. Con riguardo all'obiettivo specifico dell'ottenimento di un reddito agricolo sufficiente e della resilienza del settore agricolo «al fine di rafforzare la sicurezza alimentare a lungo termine», gli elementi chiave da valutare fanno riferimento ai soli elementi del livello del reddito agricolo e della resilienza, senza alcun riferimento alla sicurezza alimentare; analogamente è da dirsi per l'individuazione dei «fattori di successo raccomandati», i quali riguardano il livello del reddito agricolo e la distribuzione dei sostegni a chi più ne ha bisogno.

perfici agricole o il mantenimento dei prati e dei pascoli permanenti, le quali vanno anch'esse in direzione contraria rispetto al perseguimento di elevate produzioni agricole.

A questo quadro non pienamente collimante con l'obiettivo della *food security* dovranno aggiungersi le prossime azioni attuative delle ricordate strategie della Commissione *From farm to fork* e sulla biodiversità per il 2030: come già ricordato, nei documenti strategici in oggetto la Commissione si è spinta ad individuare specifici obiettivi da raggiungere entro il 2030 (come detto, ad esempio, il 30% di terreni da destinare a misure di tutela della biodiversità, l'incremento fino al 25% dei terreni da destinare all'agricoltura biologica, la riduzione del 50% dei pesticidi e del 20% dei fertilizzanti chimici) senza aver dato corso a preve consultazioni e senza valutazioni di impatto⁴⁶, come, di contro, di norma accade con i noti strumenti dei "Libri verdi" o "Libri bianchi".

Essendo mancate valutazioni di impatto precedenti all'adozione della strategia, esse sono state svolte dal *Joint Research Centre (JRC)* – e anche da soggetti indipendenti dalla Commissione UE – solamente *a posteriori*.

Dallo studio del Centro Comune di Ricerca⁴⁷, che pur avverte in ordine alla sua natura sostanzialmente incompleta e frutto dell'applicazione di modelli previsionali⁴⁸, le conseguenze delle strategie della Commissione *From farm to fork* e sulla biodiversità per il 2030 comporteranno – se attuate come previste – una non irrilevante riduzione della capacità produttiva dell'agricoltura europea e, conseguentemente, del reddito degli agricoltori; tale situazione provocherebbe, inoltre, un aumento delle importazioni di prodotti agroalimentari da Paesi terzi e un aumento dei prezzi. Il JRC pone, altresì, in discussione anche gli effetti sull'ambiente delle menzionate strategie, posto che la riduzione di gas a effetto serra che si verificherà in Europa in caso di raggiungimento degli obiettivi indicati sarà verosimilmente compensata da un incremento della loro emissione nei Paesi terzi, i cui aumenti produttivi risulteranno necessari per il soddisfacimento del fabbisogno alimentare europeo. E ciò a riprova, peraltro, della necessi-

⁴⁶ Nel documento *From farm to fork* del 2020 la Commissione prevede consultazioni e valutazioni di impatto, ma ciò, a ben vedere, solo in ordine all'annunciata proposta legislativa per un quadro per un sistema alimentare sostenibile (la cui adozione è prevista entro la fine del 2023).

⁴⁷ J. BARREIRO-HURLE - M. BOGONOS - M. HIMICS - J. HRISTOV - I. PÉREZ-DOMÍNGUEZ - A. SAHOO - G. SALPUTRA - F. WEISS - E. BALDONI - C. ELLEBY, *Modelling environmental and climate ambition in the agricultural sector with the CAPRI model*, Joint Research Center Technical Report, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2021.

⁴⁸ Si veda a p. 3 del Report: «Our results are certainly not a formal impact assessment of the initiatives».

tà di una *governance* unica a livello mondiale per l'adozione di misure di contrasto ai cambiamenti climatici.

Simili sono i risultati ai quali sono pervenute ulteriori ricerche svolte da soggetti esterni alla Commissione, quali gli studi compiuti, tra gli altri, da ricercatori dell'Università di Wageningen⁴⁹, dalla Fondazione Triptolemos⁵⁰, dall'USDA⁵¹, i quali pongono tutti in evidenza una serie di aspetti problematici collegati al perseguimento dei risultati annunciati in attuazione delle strategie in oggetto, relativi ai profili della *food security*, con particolare riguardo alle scelte che prevedono la sottrazione di terreni alla produzione, l'incremento delle superfici certificate biologiche e le riduzioni di *input* chimici.

Significativamente, i profili connessi con le esigenze di *food security* sono trattati solo brevemente e genericamente nel par. 2.2 della Comunicazione *From farm to fork*, in cui, peraltro, si fa riferimento solo agli eventi imprevisti che possono porre problemi al riguardo, come la pandemia che, al momento della pubblicazione della Comunicazione, era appena esplosa, senza tuttavia operare alcun collegamento con le misure annunciate e foriere, come detto, di minori produzioni e più elevati costi dei prodotti agricoli.

8. Conclusioni

Nonostante le affermazioni di principio, ci pare che il perseguimento contestuale degli enunciati obiettivi di sostenibilità economica, ambientale e di sicurezza alimentare da parte della disciplina attuativa della PAC possa dirsi ben lontano dall'aver trovato una soluzione soddisfacente.

Armonizzare tali finalità non è sicuramente facile: è tuttavia agevole riscontrare, da una pur rapida lettura anche dei nuovi testi regolamentari, che in realtà la PAC risulta orientata primariamente al raggiungimento – ipotizzato – di finalità ambientali, risultando le altre finalità sotto-ordinate rispetto alla prima che ha, altresì, potuto giovare dell'adozione del *Green deal* e dei documenti strategici attuativi relativi al settore agro-alimentare.

⁴⁹ Cfr. J. BREMMER - A. R. GONZALEZ MARTINEZ - R. A. JONGENEEL - H. F. HUITING - R. STOKKERS, *Impact Assessment Study on EC 2030 Green Deal Targets for Sustainable Food Production: Effects of Farm to fork and Biodiversity Strategy 2030 at farm, national and EU level*, in <https://research.wur.nl/en/publications/impact-assessment-study-on-ec-2030-green-deal-targets-for-sustain>.

⁵⁰ TRIPTOLEMOS FOUNDATION, *Report on the impact of European Green Deal from a sustainable Global Food System approach*, in www.triptolemos.org.

⁵¹ *Economic and Food Security Impacts of Agricultural Input Reduction Under the European Union Green Deal's Farm to Fork and Biodiversity Strategies*, in www.ers.usda.gov.

Il sacrificio delle istanze di sostenibilità economica e di sicurezza alimentare, peraltro, avviene in favore di misure che hanno manifestato marcate debolezze in ordine alla effettiva capacità di conseguimento degli obiettivi dichiarati (si pensi alla condizionalità o al *greening*) e, dunque, di misure scarsamente impattanti sugli obiettivi per i quali esse sono state pensate e poste in opera. Peraltro, la Corte dei conti UE ha recentemente avuto modo di verificare⁵² come la Commissione faccia ancora un uso estremamente “artigianale” dei *big data* nell’elaborazione della PAC: anziché utilizzare al meglio la grande mole di dati che le pervengono, al fine di poter analizzare la situazione esistente e pianificare gli interventi migliori per conseguire i risultati e gli obiettivi, la Commissione utilizza ancora, per la concezione, il monitoraggio e la valutazione della PAC, strumenti convenzionali quali fogli elettronici quando, invece, servirebbero strumenti tecnologicamente superiori per poter elaborare le ingenti quantità di dati, disaggregati, a sua disposizione.

Per le nuove misure agro-ambientali di cui al Regolamento (Ue) n. 2021/2115 (condizionalità rafforzata ed eco-schemi) è, invece, al momento presto per esprimere qualsiasi valutazione, posto che la loro attuazione è lasciata in gran parte alle decisioni degli Stati membri e che, tra l’altro, ad oggi solo pochi Stati hanno avuto l’approvazione dei rispettivi piani strategici⁵³.

Se questa è la situazione non deve, così, sorprendere se, appena scoppia il conflitto armato in Ucraina, l’Unione europea abbia rapidamente adottato atti normativi urgenti volti a temporaneamente sospendere alcune misure agroambientali al fine di incrementare la capacità produttiva europea.

Si tratta dichiaratamente di provvedimenti temporanei e collegati alla situazione, e peraltro neppure particolarmente incisivi, oltre che in taluni casi tardivi⁵⁴, e comunque tali da non inficiare le scelte strategiche della Commissione⁵⁵; ad essi ha fatto seguito la previsione di una possibile ulte-

⁵² Cfr. la Relazione speciale n. 16/2022, I dati nella politica agricola comune. Per valutare la PAC non si sfruttano le potenzialità dei *big data*.

⁵³ Alla data del 1° settembre 2022 risultano essere stati approvati sette piani strategici nazionali: Danimarca, Francia, Finlandia, Irlanda, Polonia, Portogallo e Spagna.

⁵⁴ I provvedimenti in oggetto sono stati adottati a marzo 2022: quando, cioè, molti agricoltori avevano già predisposto i loro piani colturali per il medesimo anno.

⁵⁵ Cfr. la Decisione di esecuzione della Commissione n. 2022/484 del 23 marzo 2022. Con il Regolamento delegato (Ue) n. 2022/467 del 23 marzo 2022 è stato messo a disposizione degli Stati membri un fondo emergenziale di 500 milioni di euro quale forma eccezionale di aiuto di adattamento in favore dei produttori dei settori agricoli, rientranti nell’OCM, allo scopo di contribuire alla *food security*, di rispondere agli squilibri di mercato e di sostenere gli agricoltori dediti a economia circolare, gestione dei nutrienti, uso efficiente delle risorse, metodi di produzione rispettosi di clima e ambiente, con attribuzione agli Stati membri della possibilità di concedere un aiuto supplementare fino al 200% dell’importo stabilito per ciascuno di essi, da versarsi entro il 30 settembre 2022.

riore deroga, per l'anno 2023, da attivarsi a discrezione degli Stati membri, da taluni vincoli agroambientali, allo scopo di incrementare le superfici coltivabili e, di conseguenza, la produzione alimentare⁵⁶.

Al tempo stesso, però, la stessa Commissione ha licenziato la proposta di Regolamento relativo all'uso sostenibile dei prodotti fitosanitari "chimici" così come definiti dal Regolamento stesso⁵⁷ e recante modifica del Regolamento (Ue) n. 2021/2115⁵⁸, secondo la quale gli Stati membri dovranno, tra l'altro, stabilire obiettivi nazionali al fine di raggiungere nel 2030, rispetto alla media degli anni 2015-2016-2017, una riduzione dell'uso di almeno il 50% a livello UE dei prodotti fitosanitari chimici. Per raggiungere tale obiettivo i singoli Stati membri saranno tenuti a conseguire riduzioni in misura differenziata dell'utilizzo di tali prodotti, la cui misura varia a seconda dell'uso e dei rischi dei prodotti fitosanitari chimici e di quelli più pericolosi riscontrati, in media, nel triennio 2015-2017; gli obiettivi nazionali conseguenti alla proposta variano, dunque, da Stato a Stato: per l'Italia ne deriverebbe, secondo le valutazioni della Commissione UE, un obiettivo di riduzione di circa il 62%. Anche in tale proposta, a ben vedere, latitano i profili di sostenibilità economica, stabilendosi solo una modifica al Regolamento (Ue) n. 2021/2115 (sui piani strategici della PAC) per consentire la concessione di aiuti agli agricoltori per conformarsi agli obblighi in oggetto, autorizzandosi l'inserimento di tali impegni sia negli eco-schemi sia nelle misure passibili di pagamenti ambientali all'in-

⁵⁶ Si veda il Regolamento di esecuzione della Commissione n. 2022/1317 del 27 luglio 2022, che prevede deroghe al Regolamento (Ue) n. 2021/2115 per quanto riguarda l'applicazione delle norme relative alle buone condizioni agronomiche e ambientali dei terreni (norme BCAA) 7 e 8 per l'anno di domanda 2023. Con tale provvedimento, si consente agli Stati membri di poter derogare, per il solo anno 2023, all'applicazione delle norme sulla rotazione delle colture e sull'obbligo di destinare a scopi non produttivi una percentuale minima di almeno il 4% dei seminativi a livello di azienda agricola. Tale obbligo è previsto dal Regolamento (Ue) n. 2021/2115 per le aziende con meno di 10 ettari. Con tale misura la Commissione stima che potrà essere destinata alla coltivazione una superficie complessiva di circa 1,5 milioni di ettari a livello europeo, fermo restando che, in base al ricordato nuovo Regolamento, le aree in oggetto non potranno essere destinate alla coltivazione di mais o soia, trattandosi di prodotti aventi come primario mercato di sbocco quello mangimistico. L'Italia ha approfittato della deroga disponendo, con d.m. del 23 agosto 2022, la non applicazione delle BCAA 7 e 8 per l'anno 2023. Non può, peraltro, non ricordarsi, in tema di produzioni agricole destinate all'alimentazione umana, che grandi superfici sono attualmente coltivate per produzioni energetiche anche alla luce degli incentivi esistenti per la produzione di energie da fonti rinnovabili. Inoltre, come si dirà più ampiamente subito dopo nel testo, con provvedimento quasi coevo al Regolamento (Ue) n. 2022/1317, la stessa Commissione ha adottato una proposta di Regolamento, attuativa della strategia *From farm to fork*, per la riduzione dell'utilizzo dei pesticidi, destinato a sostituire la vigente direttiva (Ce) n. 2009/128. È evidente che la riduzione dell'uso di pesticidi porterà, quanto meno nei primi momenti, una riduzione delle produzioni e un correlato aumento dei prezzi e delle importazioni da Paesi terzi, non interessati da simile normativa restrittiva.

⁵⁷ Cfr. l'art. 3, *Definizioni*, della proposta di Regolamento.

⁵⁸ Del 22 giugno 2022, Com(2022)305.

terno del 2° pilastro e di aiuti agli investimenti, per un periodo, però, di soli 5 anni. Non è dato, comunque, di comprendere come gli agricoltori italiani (ma non solo) potranno affrontare una modifica così radicale nello svolgimento della loro attività e tale da comportare, verosimilmente, minori rese e/o maggiori costi.

A parte la difficoltà dell'ottenimento di una riduzione nell'uso di prodotti fitosanitari così sensibile nel giro di pochi anni in assenza di adeguati incentivi e di prodotti di sostituzione, c'è chi ha considerato come "schizofrenico" il comportamento della Commissione⁵⁹, posto che, a fronte della situazione emergenziale, essa da un lato si è attivata – come si è detto – per l'adozione di Regolamenti volti a sospendere alcuni impegni agroambientali per consentire agli agricoltori europei di produrre di più ma, dall'altro, ha adottato la proposta in oggetto, comportante la fissazione di una soglia di riduzione dell'utilizzo di fitofarmaci a livello europeo pari a ben il 50%: la quale, se anche venisse approvata nei termini indicati dalla Commissione, oltre a risultare di assai difficile realizzazione nel breve arco temporale previsto (2030), comporterebbe una altrettanto sensibile riduzione delle produzioni agricole europee unitamente a difficoltà tecniche ed economiche per gli operatori, tenuti a ricorrere a tecniche diverse e/o a prodotti biologici innovativi.

Non a caso, la proposta di Regolamento in oggetto indica, quale base giuridica, esclusivamente quella ambientale, senza alcun riferimento alla PAC, anche se essa comporta la modifica del Regolamento (Ue) n. 2021/2115 e anche se essa ha sensibili ricadute sull'attività imprenditoriale agricola, considerata anche l'opzione di fondo, anch'essa individuata nel testo normativo proposto, volta a privilegiare forme di difesa integrata – la quale postula l'adozione di ben precise pratiche agronomiche – rispetto all'utilizzo di prodotti fitosanitari chimici.

In questo quadro così complesso e contraddittorio risulta ancor più scarsamente comprensibile il persistente silenzio della Commissione in ordine all'adozione di alcune innovazioni normative che, senza pregiudizio dei più che necessari obiettivi ambientali, renderebbero possibile perseguire finalità di potenziamento delle strutture agricole e delle produzioni e, indirettamente, di sicurezza alimentare quali, ad esempio, l'eliminazione degli ostacoli alla commercializzazione e alla coltivazione di piante ottenute con l'utilizzo delle nuove tecniche di ingegneria genetica, più resilienti ai cambiamenti climatici e in grado di garantire maggiori produzioni⁶⁰.

⁵⁹ Cfr. la dichiarazione resa dall'europarlamentare On. De Castro, riportata in *Terra e Vita* del 31 agosto 2022.

⁶⁰ Al momento, tuttavia, è dato di registrare solo una generica apertura alle NBT nella co-

Nonostante le evidenze dei cambiamenti climatici in corso, le difficoltà nello svolgere attività produttiva agricola in aree sempre più a rischio di siccità o di altri eventi atmosferici avversi, le Istituzioni europee continuano a colpevolmente tardare nello sgravare la ricerca scientifica e le imprese dai vincoli collegati alla vecchia normativa sugli OGM, con un intervento normativo sulle *new breeding techniques* che sarebbe ad un tempo di tutela rispetto alle istanze ambientali, congruente con le esigenze di *food security*, e idoneo a rafforzare la competitività delle imprese agricole europee⁶¹.

Luigi Russo**

SINTESI

Il lavoro esamina la disciplina della PAC come attuata dalle origini sino a quella del prossimo futuro (ossia quella di cui ai Regolamenti destinati ad entrare in vigore per il periodo 2023-2027) per verificare quale è stato, nel corso dei sessant'anni di sua attuazione, il rapporto tra essa e l'esigenza di garantire la sicurezza degli approvvigionamenti alimentari, conformemente a quanto previsto dall'art. 39, par. 1, lett. *d.*, TFUE.

Ed infatti, da qualche tempo la tematica della sicurezza alimentare sembra essere tornata al centro dell'attenzione in ambito politico ed economico, a causa delle difficoltà di approvvigionamento alimentare causate dal diffondersi del COVID-19, da eventi climatici avversi e, da ultimo, dal conflitto in Ucraina, che vede coinvolti due Stati tra i più grandi produttori mondiali di grano, di mais e di oli vegetali.

In una prima fase, il quadro normativo della PAC incentivante ha costituito l'*humus* ideale per ottenere un formidabile incremento delle produzioni e della produttività nel settore primario, in ciò aiutato anche dagli sviluppi tecnologici e dalla modernizzazione del settore.

municazione *From farm to fork*, alla cui p. 9 si legge che «le nuove tecniche innovative, compresi le biotecnologie e lo sviluppo di bioprodotto, possono contribuire ad aumentare la sostenibilità, a condizione che siano sicure per i consumatori e per l'ambiente apportando al tempo stesso vantaggi alla società nel suo complesso. Tali tecniche possono inoltre accelerare il processo di riduzione della dipendenza dai pesticidi. In risposta alla richiesta degli Stati membri, la Commissione sta effettuando uno studio che esaminerà il potenziale delle nuove tecniche genomiche per migliorare la sostenibilità lungo la filiera alimentare».

⁶¹ È di questi giorni (settembre 2022), peraltro, la notizia che la Commissione avrebbe dichiarato – nel corso di una riunione informale del Consiglio agricoltura tenutosi a Praga nei giorni 14-16 settembre 2022 – di voler presentare, nel secondo semestre del 2023, una proposta di Regolamento recante la disciplina delle nuove tecniche di *editing* genomico.

** Ordinario di Diritto Agrario / Università degli Studi di Ferrara

Con la prima, vera riforma della PAC del 2003 si è, invece, abbandonato, quasi totalmente, il previgente sistema di aiuti accoppiati alla produzione per sostituirlo con l'erogazione di aiuti disaccoppiati, e dunque erogati ai beneficiari indipendentemente dalle quantità ottenute e, prima ancora, indipendentemente dallo svolgimento di una attività produttiva agricola. Il passaggio dai sostegni accoppiati alla produzione ad aiuti disaccoppiati ha comportato, tra l'altro, una assai minore attenzione agli aspetti quantitativi.

L'assetto degli aiuti erogati nell'ambito della PAC non è mutato, nella sostanza, con i Regolamenti operanti per il periodo 2014-2022 dai quali, anzi, emerge con evidenza una maggior attenzione sulla necessità di ridurre l'impatto ambientale dell'attività produttiva agricola, tanto che tra gli obiettivi delineati dal Regolamento (Ue) n. 1305/2013 per le misure di sviluppo rurale non viene più neppure menzionata la *food security*.

Con la PAC del 2023-2027 la sicurezza alimentare ricompare tra gli obiettivi espressi dell'azione dell'UE nel settore ma, a ben vedere, tale enunciazione sembra più una affermazione di principio che un obiettivo concretamente ed efficacemente perseguito, posto che, ancora una volta, il legislatore unionale sembra privilegiare i profili di pur necessaria sostenibilità ambientale dell'attività agricola, a scapito di quelli concernenti la sostenibilità economica delle imprese del settore e di quelli legati alla *food security*.

ABSTRACT

This work examines the discipline of the CAP as implemented from its origins to that of the near future (i.e. that of the regulations that will come into force for the period 2023-2027) in order to verify what has been, over the sixty years of its implementation, the relationship between it and the need to guarantee the security of food supplies, in accordance with the provisions of Article 39(1)(d) TFEU.

In fact, for some time now the issue of food security seems to have returned to the centre of attention in the political and economic spheres, due to food supply difficulties caused by the spread of COVID-19, adverse climatic events and, most recently, the conflict in Ukraine, which involves two of the world's largest wheat, maize and vegetable oil producing States.

In a first phase, the regulatory framework of the incentive-based CAP provided the ideal breeding ground for a formidable increase in production and productivity in the primary sector, aided in this by technological developments and the modernisation of the sector.

With the first, real reform of the CAP in 2003, however, the former system of production-coupled aid was almost totally abandoned and replaced by decoupled aid, i.e. aid paid to beneficiaries regardless of the quantities obtained and, before that, regardless of whether or not they were engaged in agricultural production.

The shift from production-coupled to decoupled aid has meant, among other things, much less focus on quantitative aspects.

The structure of the aid granted under the CAP has not changed, in substance, with the regulations in force for the 2014-2022 period, from which, on the contrary, a greater focus on the need to reduce the environmental impact of agricultural production activity clearly emerges, so much so that food security is no longer even mentioned among the objectives outlined by EU Regulation 1305/2013 for rural development measures.

With the 2023-2027 CAP, food security reappears among the expressed objectives of EU action in the sector, but, on closer inspection, this statement seems more a statement of principle than an objective that is concretely and effectively pursued, given that, once again, the EU legislator seems to privilege the profiles of the albeit necessary environmental sustainability of agricultural activity, to the detriment of those concerning the economic sustainability of the sector's enterprises and those linked to food security.

SICUREZZA ALIMENTARE, MERCATO ED ETICHETTA DI SOSTENIBILITÀ

Sommario: 1. *Premessa* - 2. *Il mercato dei prodotti alimentari e l'informazione ai consumatori* - 3. *Il Green Deal* - 4. *La prima etichetta di sostenibilità*.

1. Premessa

È indubbio che la legislazione in tema di diritto alimentare è fondamentale finalizzata a tutelare la salute del consumatore. La prospettiva della *food safety*, di alimenti sani e sicuri, rappresenta infatti il punto di riferimento della regolamentazione dei mercati agro-alimentari. Ciò tanto più alla luce del costante incremento dei processi manipolativi dei prodotti agricoli e del correlato inevitabile moltiplicarsi dei rischi per la salute umana.

Ma, al tempo stesso, non va trascurato che, in linea con la regolamentazione di ogni mercato, anche la legislazione agro-alimentare ha quale paradigma la corretta informazione del consumatore, così da consentirgli di effettuare scelte consapevoli.

Ovviamente i mercati, compresi quelli moderni dei prodotti alimentari, anche se deglobalizzati, non sono ideali, sono spesso caratterizzati da innumerevoli ostacoli alla visibilità dei protagonisti, alla circolazione di informazioni indispensabili al concorrenziale funzionamento e alla conseguente trasparenza delle operazioni economiche, ostacoli che possono comportarne il fallimento. In altri termini, il mercato moderno tende ad allontanarsi dal modello di mercato ideale, perfettamente concorrenziale¹.

¹ Il paradigma semplificato di questo mercato è la tradizionale “fiera”, luogo d’incontro di più venditori ed acquirenti, ove la contemporanea presenza di tutti i protagonisti e gli oggetti della contrattazione consentirebbe di eliminare i costi eventualmente necessari per acquisire informazioni circa l’esistenza di potenziali acquirenti o venditori di merci; analogamente, sarebbero assenti i costi generalmente legati alla conclusione del contratto in quanto la determinazione del prezzo sarebbe conseguenza di un meccanismo virtuoso, sottratto a comportamenti opportunistici dei singoli attori.

Sia il mercato ideale sia *a fortiori* il mercato reale – qualora non si intenda sposare l'idea secondo la quale l'ordine economico deve regolarsi spontaneamente secondo leggi, appunto economiche, eterne ed incontrovertibili, e dunque “naturali” e del tutto indipendenti da quelle volute dagli uomini² – presuppongono l'operatività di regole che lo governino e strutturino, regole cioè che – funzionali al dispiegamento dell'autonomia privata – assicurano la corretta competizione nelle negoziazioni e la rimozione degli ostacoli e delle imperfezioni che possono emergere nell'ambito dell'attività negoziale rendendo inefficiente l'allocazione delle risorse. Regole dunque che consentono all'autonomia privata di esprimersi appieno e che, dovendo instaurare e realizzare il mercato e tutelare tutti i soggetti che vi sono coinvolti, sono caratterizzate, oltre che dalla stabilità, dalle garanzie del necessario serio affidamento circa la prevedibilità della disciplina delle attività negoziali e delle relative violazioni, nonché dall'inderogabilità per scelta tra privati, risultando indispensabile preservare l'uniformità di regolamentazione delle attività che si svolgono nel mercato.

La regolamentazione del mercato risulta dunque necessaria nella prospettiva della libertà di accesso e della parità delle condizioni; in quest'ottica, la tutela della corretta informazione del consumatore costituirebbe un mezzo per imporre all'impresa uno *standard* comune di comportamento nei mercati finali. Le disposizioni attributive di diritti di informazione al consumatore sarebbero, dunque, da considerare strumenti funzionali all'esercizio di un controllo preventivo di convenienza dell'affare in relazione ai vantaggi ed ai costi conosciuti e dunque all'esercizio della sua prerogativa fondamentale di scegliere consapevolmente quale impresa pre-

² In quest'ottica, il mercato viene considerato un ordine spontaneo, derivante dalla regolarità del comportamento degli elementi in esso compresi, cioè endogeno, intrinseco, auto-regolato dalle leggi economiche e preesistente alle leggi giuridiche le quali concorrono semplicemente a modellarne la fisionomia e la funzionalità. In proposito, si osserva che le pulsioni e le convenienze manifestate dagli individui, nonché le relazioni che intrecciano, sono oggetto di mera osservazione da parte del legislatore, le quali dunque non vengono create da quest'ultimo ma preesistono. Così, la legge interviene su qualcosa che già esiste per modificarlo, ratificarlo ovvero per restarne indifferente. Anzi, in un mondo ove le risorse sono limitate in relazione ai desideri degli uomini, il mercato vive quale ordine spontaneo e trova fondamento nelle convenienze dei singoli che inevitabilmente sono massimizzatori del loro interesse. A questa visione naturalistica del mercato si contrappone quella politico-giuridica: pur condividendo l'idea che il mercato sia un ordine, cioè sia un ambito ove l'agire è governato da regole, e dunque che, entro la misura definita da queste, i comportamenti sono prevedibili, si esclude che il medesimo sia un ordine spontaneo, cioè auto-organizzato. Il mercato sarebbe, invece, un ordine disegnato da regole il cui contenuto dipende da decisioni di carattere politico, decisioni che imprimono fisionomia e conferiscono forma al singolo mercato, il quale dunque varia al variare delle prime. In quest'ottica, le regole ordinatrici non si limiterebbero ad influenzare il mercato, bensì, costituendolo e governandolo, sono il mercato stesso; in altri termini, l'accordo circa lo scambio tra bene e prezzo non precede né logicamente né storicamente le norme di un dato ordinamento che disciplinano il contratto di compravendita, essendo – di contro – tutt'uno con questo. In conclusione, viene bandito ogni “naturalismo economico”, ove il diritto sarebbe riproduzione di un ordine preesistente ed estraneo ad esso, e l'economia di mercato, in ragione della sua conformazione legislativa, al pari di altri e diversi assetti, quali quello collettivistico o misto, è affermata *locus artificialis*.

miare, attribuendogli – in sostanza – il ruolo di agente della razionalità del mercato. Trascendendo principi solidaristici, detta normativa garantirebbe che nessun operatore, fornendo al consumatore informazioni insufficienti, inveritiere o fuorvianti, possa approfittare delle sue condizioni di inferiorità, assicurandosi vantaggi anticompetitivi rispetto ai concorrenti che così non operano. In altri termini, si consente al singolo consumatore, destinatario di un regime completo di informazioni, di (pienamente e consapevolmente) esercitare il potere ed assumere il rischio della preferenza.

Ciò detto, è da segnalare che nei mercati moderni il prezzo perde la funzione classica di informazione e orientamento razionale in quanto non è più correlato, in via prevalente, alla prestazione (bene o servizio), risultando, di contro, sempre più relazionato al contenuto specifico e concreto dell'accordo. In tale ambito, il corretto operare del mercato concorrenziale richiederebbe, alternativamente, o che il partecipante sia dotato di cognizioni tali da cogliere il significato, in termini di costi o rischi, dei singoli contenuti negoziali ovvero che sia in grado di accollarsi i costi per procurarsi dette informazioni. Qualora ciò non avvenisse, la conseguente asimmetria informativa costituirebbe la causa del fallimento del mercato a tutti i livelli del sistema economico, asimmetria informativa che peraltro diverrebbe un ostacolo particolarmente significativo nel segmento finale del sistema produttivo, ove si relazionano professionisti e consumatori, i quali, ultimi, in quanto acquirenti finali, per un verso, divengono gli ovvi destinatari degli svantaggi discendenti da uno scorretto funzionamento del mercato in termini concorrenziali e, per altro verso, non possono più assolvere efficacemente il classico ruolo di arbitri del mercato. Orbene, le regole che assegnano al consumatore il diritto all'informazione mirano a rimuovere le asimmetrie informative che contraddistinguono le relazioni negoziali di massa e dunque a fornire una prevenzione nei confronti dei fallimenti del mercato, i quali – come detto – discendono dalla progressiva erosione del circuito informativo.

In questa prospettiva, il legislatore, consapevole del fatto che i consumatori sono in grado di valutare compiutamente il prezzo (sono, cioè, «*price conscious*») ma più difficilmente il contenuto dell'accordo (e perciò considerati «*term unconscious*»), intende far (ri)acquistare alle qualità del bene o del servizio la funzione di principale indice della sua convenienza. In tal senso, senza voler comprimere radicalmente l'autonomia negoziale per il tramite dell'imposizione di un contenuto contrattuale uniforme ed inderogabile, affida alla disciplina in tema di informazione la trasmissione di quelle che, a suo avviso, sono indispensabili per il corretto funzionamento del mercato concorrenziale. Evitando di mortificare l'autonomia privata e limitandosi a pretendere la trasmissione di un predefinito insieme di informazioni, il legislatore tutela sia l'autonomia negoziale sia la concorrenza.

2. Il mercato dei prodotti alimentari e l'informazione ai consumatori

Tale obiettivo è (tendenzialmente³) perseguito anche nell'ambito della normativa agro-alimentare europea, ove il legislatore si preoccupa principalmente di colmare il *deficit* cognitivo del consumatore circa il contenuto nutrizionale dei prodotti alimentari e la conseguente incidenza sul benessere individuale.

Il Regolamento (Ue) n. 1169/2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, principia infatti con due *considerando* che si conformano agli anzidetti principi: «la libera circolazione di alimenti sicuri e sani costituisce un aspetto essenziale del mercato interno e contribuisce in modo significativo alla salute e al benessere dei cittadini, nonché alla realizzazione dei loro interessi sociali ed economici» (*considerando* 2) e «per ottenere un elevato livello di tutela della salute dei consumatori e assicurare il loro diritto all'informazione, è opportuno garantire che i consumatori siano adeguatamente informati sugli alimenti che consumano» (*considerando* 3). Nello stesso senso si esprime l'art. 3, che ne definisce gli «Obiettivi generali»: «la fornitura di informazioni sugli alimenti tende a un livello elevato di protezione della salute e degli interessi dei consumatori, fornendo ai consumatori finali le basi per effettuare delle scelte consapevoli e per utilizzare gli alimenti in modo sicuro, nel rispetto in particolare di considerazioni sanitarie, economiche, ambientali, sociali ed etiche».

L'informazione alimentare costituisce pertanto lo strumento sia per assicurare la salute e il benessere dei consumatori sia per permettere loro di compiere scelte consapevoli, esercitando così appieno il ruolo di arbitri del mercato.

³ Già la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni - Strategia della politica dei consumatori 2002-2006, Com(2002)208 def. - ove si rileva che «la finalità delle misure adottate [a favore dei consumatori] è stata spesso quella di dotare i consumatori degli strumenti per tutelare i propri interessi mediante la formulazione di scelte autonome e informate. Ciò di norma significa che i consumatori possano disporre di informazioni sufficienti e corrette prima di effettuare operazioni commerciali, nonché di alcuni diritti giuridici qualora l'operazione non produca il risultato previsto. Tali misure intendono ovviare agli squilibri strutturali tra i singoli consumatori e le imprese dovuti alla posizione di svantaggio in cui i primi si trovano a causa di un più limitato accesso alle informazioni e alle conoscenze giuridiche ed in ragione delle loro minori capacità economiche» - si premura di osservare che «in certe situazioni, l'attuazione di condizioni che consentano di formulare scelte informate e avere accesso a rimedi legali è apparsa insufficiente, soprattutto per quanto concerne la tutela della salute fisica e della sicurezza. In tali situazioni, si ritengono necessarie norme armonizzate in grado di garantire un adeguato livello di tutela di tutti i consumatori indipendentemente dalla loro capacità di proteggere se stessi attraverso scelte informate. La decisione di adottare una tale misura dipende essenzialmente da una valutazione politica dell'importanza dell'interesse da proteggere e dall'effettiva capacità dei consumatori di proteggere se stessi nella pratica mediante scelte informate».

Tuttavia, il consumatore di prodotti alimentari ha poca dimestichezza con i principi in tema di nutrizione e potrebbe non comprendere appieno le informazioni complesse che gli vengono fornite, con la conseguenza – in ultima analisi – di assumere il rischio della preferenza in modo del tutto inconsapevole.

Il timore che il consumatore possa essere indotto in errore o confuso fa sì che il legislatore comunitario ponga limiti alle informazioni volontarie sugli alimenti, imponendo, in tal caso, che i professionisti si adeguino alle c.d. pratiche leali d'informazione prescritte dall'art. 7, che le informazioni non siano ambigue o confuse e che le stesse siano basate sui dati scientifici pertinenti⁴, con l'ulteriore precisazione (pratica, ma che ben chiarisce le preoccupazioni sottese alle iniziative volontarie degli operatori del settore) che le informazioni volontarie sugli alimenti non possono occupare lo spazio disponibile per le informazioni obbligatorie⁵. Inoltre, al fine di assicurare che i consumatori siano adeguatamente informati, quando operatori del settore alimentare forniscono informazioni volontarie sugli alimenti che sono contrastanti e possono indurre in errore o confondere il consumatore, la Commissione prevede ulteriori specifiche modalità di fornitura delle informazioni⁶.

In quest'ottica, sebbene l'art. 7, secondo comma, declami che «le informazioni sugli alimenti sono precise, chiare e facilmente comprensibili per il consumatore», risulta inevitabilmente tutt'altro che agevole individuare l'equilibrio tra libertà del professionista nel selezionare le informazioni da fornire e adeguatezza delle stesse nell'ottica del corretto funzionamento del mercato concorrenziale.

In tal senso, il Regolamento auspica iniziative di formazione del consumatore nel settore agro-alimentare: «la conoscenza dei principi base della nutrizione e un'adeguata informazione nutrizionale sugli alimenti contribuirebbero significativamente a consentire al consumatore di effettuare scelte consapevoli. Le campagne di educazione e informazione sono un meccanismo importante per migliorare la comprensione delle informazioni alimentari da parte dei consumatori» (*considerando* 10).

In attesa che il consumatore medio acquisti nozioni sufficienti a comprendere i principi nutrizionali, il legislatore comunitario, ben consapevole dell'attuale sua ignoranza, suggerisce di semplificare: «per interessare il consumatore medio ed essere conformi alle finalità informative cui devono corrispondere, e considerato l'attuale livello di conoscenze relative alla

⁴ Regolamento (Ue) n. 1169/2011, art. 36, secondo comma.

⁵ *Ivi*, art. 37.

⁶ *Ivi*, art. 36, quarto comma.

nutrizione, le informazioni nutrizionali fornite dovrebbero essere semplici (...)» (*considerando* 41).

Dunque, analogamente a quanto avviene nell'ambito della disciplina consumeristica⁷, anche quella agro-alimentare mira a una omologazione informativa, così da indurre i consumatori ad acquistare sulla base del solo criterio del prezzo, da parametrare alle poche e semplici informazioni alimentari messe a disposizione.

In particolare, si richiede che vengano fornite esclusivamente talune specifiche e predefinite informazioni⁸, espresse rigorosamente con parole e numeri, ovvero con pittogrammi o simboli, il tutto sull'imballaggio o su un'etichetta apposta all'alimento⁹, «in un punto evidente in modo da essere facilmente visibili, chiaramente leggibili ed eventualmente indelebili» e

⁷ Questa tendenza trova riscontro nella Direttiva (Ce) n. 2008/48/Ce, relativa ai contratti di credito ai consumatori, e nella Direttiva (Ce) n. 2008/122/Ce, sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio. Entrambi gli interventi europei (cfr. rispettivamente art. 5, Direttiva n. 2008/48/Ce, e art. 4, Direttiva n. 2008/122/Ce), così come i provvedimenti di recepimento municipali (cfr. art. 124 del dlgs n. 385 del 1° settembre 1993), impongono al professionista l'obbligo di fornire un modulo (graficamente predefinito) contenente una griglia ove inserire i dati relativi alle singole informazioni ivi richieste. La soluzione pare fare propri taluni suggerimenti della dottrina francese: cfr. J. CALAIS-AULOY - F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2006, 192, ove si osserva che «pour améliorer l'information préalable des consommateurs, il faut sans doute aller jusqu'à imposer aux professionnels une présentation uniforme des documents contractuels, de façon que ceux-ci soient compréhensibles pour des lecteurs profanes. La présentation uniforme offre en outre l'avantage de développer la concurrence, en facilitant la comparaison entre les contrats proposés par des entreprises concurrentes»; i medesimi Autori precisano in nota (n. 5), che «Il s'agit ici d'uniformiser, non le contenu, mais la présentation, en imposant par exemple l'ordre des clauses, leur place dans le document, leur typographie, etc.». Soluzione analoga è stata assunta dalla Banca d'Italia con le «Disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti» (il testo è del 29 luglio 2009, sostituito dal provvedimento del 15 febbraio 2010 sui servizi di pagamento e successive modifiche), le quali, oltre ad imporre i canoni generali da adottare nel fornire informazioni all'investitore (cfr. par. 1.4), forniscono una «Guida alla redazione dei documenti di trasparenza» (cfr. Allegato 1), contenente «le principali indicazioni redazionali che gli intermediari possono applicare per assicurare il rispetto» di detti canoni.

⁸ Sono quelle elencate nell'art. 9 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011: «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 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».

⁹ Regolamento (Ue) n. 1169/2011, art. 12, comma secondo.

«in alcun modo nascoste, oscurate, limitate o separate da altre indicazioni scritte o grafiche o altri elementi suscettibili di interferire»¹⁰.

In altri termini, viene legislativamente imposta una sorta di modulo grafico contenente una griglia ove inserire i dati relativi alle singole informazioni ivi richieste; in tal modo, il legislatore intende assicurare ai destinatari un documento informativo, omogeneo per tutti i professionisti, che consenta di procedere – in modo agevole – a valutazioni comparative e, in definitiva, a scelte ponderate, così da impedire che qualche operatore possa sperare di approfittare del *deficit* cognitivo circa le alternative che, di regola, affligge il singolo consumatore.

3. Il *Green Deal*

Tale impostazione, che – come detto – accomuna la disciplina agrolimentare e quella sul contratto del consumatore, sembra rimeditata dal legislatore comunitario del *Green Deal*.

Come noto, la Commissione intende riformulare su nuove basi l'impegno ad affrontare i problemi legati al clima e all'ambiente, muovendo dalla constatazione che ogni anno che passa l'atmosfera si riscalda e il clima cambia, che molte specie animali sono a rischio di estinzione e che foreste e oceani vengono inquinati e distrutti. In questo contesto, è stata elaborata una nuova strategia di crescita mirata a trasformare l'UE in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva, che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse, mirando inoltre a proteggere, conservare e migliorare il capitale naturale dell'UE e a proteggere la salute e il benessere dei cittadini dai rischi di natura ambientale e dalle relative conseguenze¹¹.

La Commissione, con l'obiettivo di elaborare politiche profondamente trasformative, precisa che «per realizzare il *Green Deal* europeo è necessario ripensare le politiche per l'approvvigionamento di energia pulita in tutti i settori dell'economia: industria, produzione e consumo, grandi infrastrutture, trasporti, prodotti alimentari e agricoltura, edilizia, tassazione e prestazioni sociali. Per conseguire questi obiettivi è essenziale aumentare il valore attribuito alla protezione e al ripristino degli ecosistemi naturali, all'uso sostenibile delle risorse e al miglioramento della salute umana. È in questo

¹⁰ Regolamento (Ue) n. 1169/2011, art. 13, par. 1.

¹¹ Comunicazione dell'11 dicembre 2019 su «*Il Green Deal europeo*» (Com(2019)640 final), p. 2.

ambito che un cambiamento profondo è più necessario e potenzialmente più benefico per l'economia, la società e l'ambiente naturale dell'UE»¹².

Orbene, tra le nuove strategie programmate dalla Commissione, assume un ruolo rilevante quella definita «Dal produttore al consumatore», diretta alla progettazione di un sistema alimentare giusto, sano e rispettoso dell'ambiente. In particolare con la Comunicazione del 20 maggio 2020 su «Una strategia “Dal produttore al consumatore” per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell'ambiente», la Commissione individua le modalità «per ridurre l'impronta ambientale e climatica del suo sistema alimentare e rafforzarne la resilienza, garantire la sicurezza dell'approvvigionamento alimentare di fronte ai cambiamenti climatici e alla perdita di biodiversità, guidare la transizione globale verso la sostenibilità competitiva dal produttore al consumatore e sfruttare le nuove opportunità»¹³; la medesima Commissione si impegna a formulare una proposta legislativa che contenga un quadro per un sistema alimentare sostenibile entro la fine del 2023.

In quest'ambito, al fine di fornire «ai consumatori gli strumenti necessari per compiere scelte alimentari consapevoli, sane e sostenibili, la Commissione proporrà un'etichettatura nutrizionale sulla parte anteriore dell'imballaggio obbligatoria e armonizzata e valuterà la possibilità di proporre l'estensione a determinati prodotti dell'obbligo delle indicazioni di origine o di provenienza, tenendo pienamente conto degli impatti sul mercato unico. La Commissione valuterà inoltre possibili modalità per l'armonizzazione delle dichiarazioni ambientali volontarie e per la creazione di un quadro per l'etichettatura di sostenibilità che, in sinergia con altre iniziative pertinenti, contempli gli aspetti nutrizionali, climatici, ambientali e sociali dei prodotti alimentari»¹⁴.

Il paradigma sembra dunque mutato.

Per un verso, si modifica l'obiettivo della informazione; mentre ai sensi del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 l'informazione sugli alimenti è diretta a consentire ai consumatori di identificare e di fare un uso adeguato di un alimento e di effettuare scelte adatte alle esigenze dietetiche individuali¹⁵, l'informazione nell'ambito della strategia «Dal produttore al consumatore» mira a stimolare un consumo alimentare sostenibile e promuovere alimenti

¹² Comunicazione dell'11 dicembre 2019 su «*Il Green Deal europeo*», cit. *supra*, nota 11, p. 4.

¹³ Cfr. p. 4.

¹⁴ Comunicazione del 20 maggio 2020 su «Una strategia “Dal produttore al consumatore” per un sistema alimentare equo e rispettoso dell'ambiente», Com(2020)381 final, p. 15.

¹⁵ Cfr. *considerando* n. 14, Regolamento (Ue) n. 1169/2011.

sani a prezzi accessibili per tutti¹⁶. Si passa, dunque, dall'informazione sul benessere individuale all'informazione sul benessere collettivo.

Per altro verso, ed è questo il dato più significativo, l'informazione si dilata e complica in modo consistente: non è chi non veda, infatti, che, un conto è fornire i dati relativi alle caratteristiche nutrizionali di un alimento, tutt'altro conto è fornire informazioni anche sulla sua sostenibilità. Queste, infatti, dovranno esprimere, oltre all'informazione nutrizionale, i diversi profili che caratterizzano la sostenibilità del prodotto e della filiera, cioè quelli economici, sociali e ambientali, i quali sottendono indici diversi a seconda del profilo.

Così ad esempio, per il profilo economico, devono essere apprezzati – tra gli altri – gli indici relativi a costi fissi e variabili, nonché i redditi e il profitto dei diversi soggetti coinvolti nelle filiere, per il profilo sociale, quelli relativi a occupazione, sviluppo rurale, innovazione sociale e tutela dei piccoli agricoltori e infine per il profilo ambientale, devono essere apprezzati, tra gli altri, gli indici relativi a impatti ambientali dell'intera filiera produttiva provenienti dall'approccio di *Life Cycle Assessment* (*carbon footprint*, *water footprint*, etc.).

In altri termini, per fornire l'informazione sulla sostenibilità del prodotto alimentare è inevitabilmente necessario dischiudere al consumatore ciò che ne costituisce il cuore, cioè quei profili la cui puntuale disaggregazione eleva, di non poco, la complessità del dato.

Orbene, a fronte del fatto che non risulta che siano state organizzate campagne di educazione e di informazione che abbiano effettivamente migliorato la comprensione delle informazioni nutrizionali da parte dei consumatori, che ad oggi risulta ancora piuttosto scarsa, pretendere che i medesimi possano acquisire consapevolmente le informazioni di sostenibilità del prodotto alimentare mi pare piuttosto velleitario.

Pertanto, il prospettato «quadro per l'etichettatura di sostenibilità che (...) contempli gli aspetti nutrizionali, climatici, ambientali e sociali dei prodotti alimentari»¹⁷ rischia di divenire fonte di errore e confusione per il consumatore, vanificando l'obiettivo del legislatore comunitario: fornire ai consumatori informazioni chiare e semplici che consentano loro di fare scelte consapevoli, a vantaggio sia della loro salute e qualità della vita sia del buon funzionamento del mercato.

¹⁶ Cfr. Comunicazione dell'11 dicembre 2019 su «*Il Green Deal europeo*», cit. supra, nota 11, p. 14.

¹⁷ Comunicazione del 20 maggio 2020 su «*Una strategia "Dal produttore al consumatore" per un sistema alimentare equo e rispettoso dell'ambiente*», cit. supra, nota 14, p. 15.

In definitiva, si propone al legislatore del *Green Deal* il medesimo dilemma del legislatore del contratto del consumatore: individuare quale sia il punto di equilibrio oltre il quale l'informazione, ancorché corretta e puntuale, diviene sostanzialmente disinformazione.

4. La prima etichetta di sostenibilità

L'opportunità di verificare sul campo le capacità del consumatore di apprezzare le informazioni di sostenibilità del prodotto alimentare potrebbe essere fornita dalla recente prima etichetta di sostenibilità elaborata da alcuni gruppi di ricerca dell'Università degli Studi di Milano¹⁸, che di fatto anticipa l'intervento comunitario.

Nell'intenzione dei promotori, questa etichetta consente al consumatore di fruire di dati e valori legati, non solo alla dimensione nutrizionale, ma anche alle diverse dimensioni della sostenibilità. Così, per quanto riguarda il profilo ambientale, vengono fornite informazioni che illustrano i processi che interessano l'alimento in relazione al mondo circostante, cioè quanto questo impatti sul cambiamento climatico, sull'uso del suolo, sull'esaurimento delle risorse minerarie ed energetiche, quanto vengano intaccate le risorse idriche, quanto l'alimento concorra all'ecotossicità dell'acqua dolce e via dicendo; per quanto concerne, invece, le dimensioni economica e sociale, l'attenzione è rivolta alla filiera informando, tra l'altro, circa il benessere dei lavoratori, l'inclusione e la diversità, l'innovazione sociale, l'occupazione e la parità di genere, nonché la territorialità e tracciabilità, la promozione sociale, l'economia circolare e il benessere degli animali.

Da un punto di vista grafico, l'etichetta di sostenibilità in commento contiene un punteggio, espresso in un valore tra 0 e 5, per ciascuno dei succitati indici (nutrizionale, ambientale, economico e sociale), un punteggio finale, anch'esso espresso in un valore tra 0 e 5, il quale costituisce il risultato della combinazione dei quattro indici sintetici, nonché un QR Code che conduce ad un *report* ove, in modo trasparente, sono illustrati, nel dettaglio, tutti i dati, la metodologia e i risultati parziali.

Orbene, è pacifico – come si è detto – che la descrizione di un prodotto alimentare in un'ottica multifattoriale, e dunque in modo più completo rispetto a quella meramente nutrizionale, fornisce al consumatore un insieme di informazioni certamente complesse. Tuttavia, è anche la modalità

¹⁸ Si tratta di Positive Food, etichetta presentata presso il Foro Italico il 7 luglio 2023.

concreta con la quale dette informazioni vengono messe a disposizione che può attenuare o incrementare il rischio di sostanziale disinformazione.

In attesa di conoscere le scelte e le opzioni che verranno elaborate in proposito dal legislatore del *Green Deal*, a me pare che questa prima etichetta di sostenibilità riesca a coniugare un'informazione di sintesi immediatamente comprensibile con una pluralità di dati complessi, grazie – da un lato – al riferimento a un semplice e inequivoco valore numerico rappresentativo del grado di sostenibilità del prodotto e della filiera e – dall'altro lato – a un intuitivo sistema di accesso agli indici, articolati e multiformi, che lo sottendono.

Pier Filippo Giuggioli*

SINTESI

L'Autore constata la comunanza di obiettivi della normativa a tutela del consumatore e di quella agro-alimentare: colmare il *deficit* cognitivo del consumatore e così imporre alle imprese *standard* comuni di comportamento nei mercati finali.

Tale paradigma viene messo in discussione dalla regolamentazione in tema di *Green Deal*, ove si dilata e complica a tal punto l'informazione che il consumatore rischia di essere – in verità – disinformato.

ABSTRACT

The Author ascertains that the legislation on consumer protection and food products has the common aim of increasing consumer awareness and imposing fair behaviors on companies.

The Green Deal has a different approach: the information to consumers is expanded and complicated to such an extent that there is a real risk of the consumer being misinformed.

* Associato di Diritto Privato Comparato / Università degli Studi di Milano

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERVIENE IN MATERIA DI CONTAMINAZIONE MICROBIOLOGICA DEGLI ALIMENTI. LIMITI APPLICABILI ALLA PRESENZA DI LISTERIA MONOCYTOGENES NEI PRODOTTI ALIMENTARI

Corte di giustizia

Sentenza del 30 giugno 2022 in causa n. C-51/21*

Aktsiaselts M.V.WOOL c. Põllumajandus- ja Toiduamet

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Diritto alimentare - Igiene e salubrità delle sostanze alimentari - Regolamento (Ce) n. 2073/2005, art. 3, par. 1 - Allegato I, capitolo 1, punto 1.2 - Sicurezza alimentare - Criteri microbiologici applicabili ai prodotti alimentari - Obblighi degli operatori del settore alimentare - Limiti di cariche microbiche - Linee guida per il controllo ufficiale per campionamenti - Regolamento (Ce) n. 178/2002, art. 14, par. 8 - Controllo ufficiale del prodotto nella fase della distribuzione sul mercato - Limiti di tolleranza.

* EU:C:2022:515. Il testo integrale è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 571 ss., il commento di *MARCO CASINI*.

*Il combinato disposto dell'art. 3, par. 1, e dell'allegato I, capitolo 1, punto 1.2, del Regolamento (Ce) n. 2073/2005 della Commissione, del 15 novembre 2005, sui criteri microbiologici applicabili ai prodotti alimentari, come modificato dal Regolamento (Ue) 2019/229 della Commissione, del 7 febbraio 2019, deve essere interpretato nel senso che, qualora il produttore non sia in grado di dimostrare, con soddisfazione dell'autorità competente, che, durante tutto il loro periodo di conservabilità, i prodotti alimentari non supereranno il limite di 100 unità formanti colonie/grammo (g) relativamente alla presenza di *Listeria monocytogenes*, il limite che impone l'assenza di rilevamento di *Listeria monocytogenes* in 25 g del prodotto alimentare in questione, previsto al citato punto 1.2 del detto allegato I, non si applica ai prodotti alimentari che sono stati immessi sul mercato durante il loro periodo di conservabilità.*

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERVIENE SUI CRITERI MICROBIOLOGICI APPLICABILI AI PRODOTTI ALIMENTARI. I LIMITI DI LISTERIA MONOCYTOGENES E LORO APPLICABILITÀ

Ci eravamo già occupati in questa *Rivista* di un caso risalente all'anno 2019, commentando una sentenza del Tribunale di Milano¹, ove era stata rilevata la presenza di *Listeria monocytogenes* in due unità campionarie, commentando in particolare le modalità di campionamento e i limiti di carica microbica previsti dal Regolamento (Ce) n. 2073/2005².

In quel caso si era posta l'attenzione sul fatto che il Regolamento unionale prevedeva che agli alimenti che non costituiscono terreno favorevole alla crescita di *Listeria monocytogenes* si applicasse il limite di 100 ucf/g nella fase di immissione sul mercato durante il loro periodo di conservabilità, a condizione che avessero le caratteristiche riportate alla nota 8 dell'Allegato I al Regolamento³ (che erano: pH \leq 4,4 oppure aw \leq 0,92; con pH \leq 5 e aw \leq 0,94; i prodotti con conservabilità \leq a cinque giorni; altri prodotti per i quali vi sia un'evidenza scientifica). Considerato che in sede di analisi il valore del "pH" e quello dell'acqua libera od "aw" non erano stati determinati, il Tribunale, condividendo l'eccezione difensiva, aveva dichiarato insussistente la contestata violazione dell'art. 5 della legge n. 283/1962.

¹ Sentenza del Tribunale di Milano, sezione X, del 13 ottobre 2021 n. 10187/21 con commento di M. CASINI, *L'analisi effettuata su un'aliquota unica da un campionamento eseguito su prodotti alimentari non ha incidenza sulla decisione del giudice penale*, in questa *Rivista*, n. 1-2/2021, p. 201 ss.

² In *Gu-Ue* n. L 338 del 22 dicembre 2002, p. 1 ss. Sul Regolamento relativo ai criteri microbiologici applicabili ai prodotti alimentari cfr. F. CAPELLI - V. SILANO - B. KLAUS, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 213 ss.

³ Allegato I al Regolamento n. 2073/2005, *loc. cit.*, «Criteri microbiologici applicabili ai prodotti alimentari», Capitolo 1. Criteri di sicurezza alimentare, p. 12.

In materia di criteri microbiologici applicabili ai prodotti alimentari e di valori limite di presenza di *Listeria monocytogenes* nei prodotti della pesca prima e dopo l'immissione sul mercato si è ora pronunciata anche la Corte di giustizia nella causa n. C-51/21 con la sentenza del 30 giugno 2022⁴.

La Corte è stata chiamata ad interpretare l'art. 3, par. 1, e l'Allegato I, capitolo 1, punto 1.2 del Regolamento (Ce) n. 2073/2005 della Commissione, del 15 novembre 2005.

Per chiarezza, l'art. 3 impone agli operatori del settore alimentare di fabbricare prodotti alimentari conformi ai criteri microbiologici fissati nell'allegato I del Regolamento.

Il punto 1.2 dell'allegato I indica come criterio di sicurezza alimentare, per la categoria degli alimenti pronti, che costituiscono terreno favorevole alla crescita di *Listeria monocytogenes* diversi da quelli destinati ai lattanti e a fini medici speciali, i seguenti limiti:

1. 100 ufc/g per i prodotti immessi sul mercato durante il loro periodo di conservabilità;

2. non rilevabilità in 25 gr. (assenza) prima che gli alimenti non siano più sotto il controllo diretto dell'operatore del settore alimentare che li produce.

Nell'ambito di una controversia avvenuta in Estonia, l'Autorità competente (Ufficio dell'agricoltura e dell'alimentazione estone) aveva adottato due provvedimenti restrittivi nei confronti di un produttore locale di alimenti a base di pesce a seguito dell'individuazione di *Listeria monocytogenes* nei prodotti immessi sul mercato da questa impresa.

Tuttavia, ad avviso della difesa del produttore, l'autorità estone non era legittimata ad applicare, con riferimento a campioni prelevati in un negozio al dettaglio, il limite dell'assenza di rilevamento di *Listeria monocytogenes* in 25 g del prodotto alimentare.

Tale limite sarebbe inapplicabile ai prodotti già immessi sul mercato, per i quali varrebbe unicamente il limite di 100 ufc/g durante il periodo di conservabilità del prodotto.

Ora, il punto 1.2 dell'Allegato I del Regolamento (Ce) n. 2073/2005, con riferimento al limite delle 100 ufc *per i prodotti immessi sul mercato durante il loro periodo di conservabilità*, stabilisce alla nota 5 quanto segue: «Questo criterio si applica se il produttore è in grado di dimostrare, con soddisfazione dell'autorità competente, che il prodotto non supererà il limite di 100 ufc/g durante il periodo di conservabilità. L'operatore può fissare durante il processo limiti intermedi sufficientemente bassi da ga-

⁴ EU:C:2022:515.

rantire che il limite di 100 ufc/g non sia superato al termine del periodo di conservabilità». Mentre con riferimento al limite dell'assenza in 25 gr. *da applicarsi prima che gli alimenti non siano più sotto il controllo diretto dell'operatore del settore alimentare* che li produce stabilisce alla nota 7: «Questo criterio si applica ai prodotti prima che non siano più sotto il controllo diretto dell'operatore del settore alimentare che li produce, se questi non è in grado di dimostrare, con soddisfazione dell'autorità competente, che il prodotto non supererà il limite di 100 ufc/g durante il periodo di conservabilità».

Il Giudice estone chiedeva, quindi, alla Corte di giustizia di valutare se il combinato disposto dell'art. 3, par. 1, e dell'Allegato I, capitolo 1, punto 1.2, del Regolamento (Ce) n. 2073/2005 dovesse essere interpretato nel senso che, qualora il produttore non sia in grado di dimostrare, con soddisfazione dell'autorità competente, che, durante tutto il loro periodo di conservabilità, i prodotti alimentari non supereranno il limite di 100 ufc/g, il limite di tolleranza zero relativamente alla presenza di *Listeria monocytogenes* si applica ai prodotti alimentari che sono stati immessi sul mercato durante il loro periodo di conservabilità.

Nel rispondere alla questione sollevata dal Giudice del rinvio, la Corte riconosce che una situazione come quella oggetto del procedimento principale – e cioè quella di un prodotto che sia già stato immesso sul mercato e per il quale il fabbricante non sia in grado di dimostrare che non supererà il limite di 100 ufc/g durante il periodo di conservabilità –, non risulta contemplata dal Regolamento (Ce) n. 2073/2005.

Tuttavia, osserva anche che con riferimento al Regolamento (Ce) n. 178/2002⁵ (e in particolare, all'art. 14, par. 8, di questo Regolamento), le autorità nazionali competenti possono adottare «provvedimenti appropriati» per imporre restrizioni all'immissione sul mercato o per disporre il ritiro dal mercato degli alimenti che, nonostante la loro conformità a specifiche disposizioni del diritto dell'Unione loro applicabili, danno a tali autorità motivi oggettivi di sospettare che tali alimenti siano a rischio.

Pertanto conclude che l'applicazione del limite di tolleranza zero ai prodotti alimentari, che sono stati immessi sul mercato senza che il produttore abbia dimostrato, con soddisfazione dell'autorità competente, che durante il loro periodo di conservabilità i prodotti stessi non supereranno il limite di 100 ufc/g, può costituire un «provvedimento appropriato» ai sensi dell'art. 14, par. 8, del Regolamento (Ce) n. 178/2002.

Conseguentemente, ad avviso della Corte, se da un lato il combinato disposto dell'art. 3, par. 1, e dell'Allegato I, capitolo 1, punto 1.2, del Re-

⁵ In *Gu-Ue* n. L 31 del 1° febbraio 2002, p. 1 ss.

golamento (Ce) n. 2073/2005 deve essere interpretato nel senso che il limite di tolleranza zero relativamente alla presenza di *Listeria monocytogenes* non si applica ai prodotti alimentari che sono stati immessi sul mercato durante il loro periodo di conservabilità, dall'altro lato, qualora il produttore non sia in grado di dimostrare il non superamento del limite di 100 ufc/g durante tutto il loro periodo di conservabilità, il produttore deve astenersi dall'immettere sul mercato i prodotti.

Come dicevamo, la vicenda esaminata dalla Corte è relativa alla categoria degli alimenti pronti che costituiscono terreno favorevole alla crescita di *Listeria monocytogenes* e non a quella degli alimenti pronti che non costituiscono terreno favorevole alla crescita di detto batterio, caratteristica che deve essere accertata tramite il Ph e Aw di cui alla nota 8 sopra citata⁶. Conseguentemente non incide sulla conclusione e sulla valutazione del caso esaminato nel precedente articolo con il quale è stata commentata la sentenza del Tribunale di Milano⁷.

Tuttavia questa decisione offre spunti interessanti in materia di criteri microbiologici applicabili ai prodotti alimentari.

La decisione della Corte conferma, infatti, che per i prodotti immessi sul mercato esiste un solo limite microbiologico e cioè le 100 ufc/g durante il periodo di conservabilità.

Gli altri limiti previsti dal Regolamento si applicano in fasi diverse.

Gli operatori del settore alimentare hanno, comunque, l'obbligo di provvedere affinché i prodotti alimentari siano conformi ai criteri microbiologici fissati nell'Allegato I del Regolamento e, pertanto, qualora il produttore di alimenti che costituiscono terreno favorevole alla crescita di *Listeria monocytogenes* non sia in grado di dimostrare il non superamento del limite di 100 ufc/g durante tutto il loro periodo di conservabilità, dovrà astenersi dall'immettere sul mercato i suoi prodotti.

È, infatti, evidente che se un produttore di tali alimenti non è in grado di dimostrare il rispetto di detto limite (100 ufc/g durante la *shelf-life*) sarà ancora meno in grado di garantire l'assenza del batterio nei prodotti che immette in commercio.

In sostanza, gli alimenti che costituiscono terreno favorevole alla crescita di *Listeria monocytogenes* devono necessariamente essere messi in commercio solo se il produttore è in grado di dimostrare il rispetto del limite di 100 ufc/g durante la *shelf-life*.

Quanto all'aspetto penalistico, la commercializzazione di prodotti con cariche microbiche superiori ai limiti di legge o insudciate, invase da pa-

⁶ *Cit. supra*, nota 3.

⁷ *Cit. supra*, nota 1.

rassiti, in stato di alterazione o comunque nocive, configura, nel nostro ordinamento, la violazione dell'art. 5, lett. *c.* e *d.* della legge 30 aprile 1962 n. 283. Pertanto la commercializzazione di alimenti che costituiscono terreno favorevole alla crescita di *Listeria monocytogenes* da parte di un produttore che non sia in grado di dimostrare il non superamento del limite di 100 ufc/g durante tutto il loro periodo di conservabilità, potrebbe comportare la contestazione dell'illecito e ciò a prescindere dal concreto rilevamento in sede di analisi della presenza del batterio in 25 gr.

In sostanza, la decisione della Corte potrebbe spingere gli interpreti a considerare, per gli alimenti che costituiscono terreno favorevole alla crescita di *Listeria monocytogenes*, la sola mancata dimostrazione del non superamento del limite di 100 ufc/g durante tutto il loro periodo di conservabilità, idonea a configurare l'illecito, trattandosi di un reato di pericolo presunto.

Marco Casini*

SINTESI

Il Regolamento (Ce) n. 2073/2005 non prevede che il limite di tolleranza zero per la presenza di *Listeria monocytogenes* si applichi ai prodotti alimentari che sono stati immessi sul mercato durante il loro periodo di conservabilità. Tuttavia, qualora il produttore non sia in grado di dimostrare che il prodotto non supererà il limite di 100 ufc/g durante il periodo di conservabilità, deve astenersi dall'immettere sul mercato i prodotti e l'Autorità nazionale può adottare idonei provvedimenti per evitare i pericoli alla salute ivi compreso imporre il limite di tolleranza zero di *Listeria Monocytogenes* ai prodotti immessi sul mercato ai sensi del Regolamento (Ce) n. 178/2002.

ABSTRACT

*Regulation (EC) No 2073/2005 provides that where the manufacturer is unable to demonstrate to the satisfaction of the competent authority that, throughout their shelf-life, foodstuffs will not exceed the limit of 100 cfu/g, the zero tolerance limit as regards the presence of *Listeria monocytogenes* does not apply to food products which have been placed on the market during their shelf-life. In such a case, that manufacturer must refrain from placing those products on the market. The application of the zero tolerance limit to food products which have been placed on the market, may thus constitute an "appropriate measure" within the meaning of Article 14(8) of Regulation (EC) No 178/2002.*

* Avvocato / Foro di Cremona

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLE CONDIZIONI PER TUTELARE LA "SUOLA ROSSA" DEL MARCHIO LOUBOUTIN

Corte di giustizia

Sentenza del 22 dicembre 2022 in cause riunite n. C-148/21 e n. C-184/21

Christian Louboutin c. Amazon Europe Core Sàrl (C-148/21), Amazon EU Sàrl (C-148/21), Amazon Services Europe Sàrl (C-148/21), Amazon.com Inc. (C-184/21), Amazon Services LLC (C-184/21)

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Marchio dell'Ue - Regolamento (Ue) n. 2017/1001 - Art. 9, par. 2, lett. a. - Diritti conferiti dal marchio dell'Ue - Nozione di «uso» - Gestore di un sito internet di vendita *online* che integra un mercato *online* - Annunci pubblicati su tale mercato da venditori terzi che fanno uso, in detti annunci, di un segno identico a un marchio altrui per prodotti identici a quelli per i quali quest'ultimo è stato registrato - Percezione di tale segno come parte integrante della comunicazione commerciale di detto gestore – Modalità di presentazione degli annunci che non consente di distinguere chiaramente le offerte di detto gestore da quelle di tali venditori terzi - Servizi complementari.

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

L'art. 9, par. 2, lett. a., del Regolamento (Ue) n. 2017/1001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, sul marchio dell'Unione europea, dev'essere interpretato nel senso che:

- si può ritenere che il gestore di un sito internet di vendita online che integra, oltre alle proprie offerte di vendita, un mercato online utilizzi esso stesso un segno identico a un marchio dell'Unione europea altrui per prodotti identici a quelli per i quali tale marchio è stato registrato, quando venditori terzi propongono in vendita sul mercato in parola, senza il consenso del titolare di detto marchio, siffatti prodotti recanti il suddetto segno, se un utente normalmente informato e ragionevolmente attento di tale sito stabilisce un nesso tra i servizi del menzionato gestore e il segno in questione, il che si verifica in particolare quando, tenuto conto di tutti gli elementi che caratterizzano la situazione di cui trattasi, un utente siffatto potrebbe avere l'impressione che sia il gestore medesimo a commercializzare, in nome e per conto proprio, i prodotti recanti il suddetto segno.

È rilevante a tale riguardo il fatto che detto gestore ricorra a una modalità di presentazione uniforme delle offerte pubblicate sul suo sito internet, mostrando allo stesso tempo gli annunci relativi ai prodotti che vende in nome e per conto proprio e quelli relativi a prodotti proposti da venditori terzi su tale mercato,

che esso faccia apparire il proprio logo di noto distributore su tutti i suddetti annunci e che esso offra ai venditori terzi, nell'ambito della commercializzazione dei prodotti recanti il segno in questione, servizi complementari consistenti in particolare nello stoccaggio e nella spedizione di tali prodotti¹.

¹ Le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte nelle cause n. C-148/21 e n. C-184/21 concernono tutte l'interpretazione della nozione di «uso» ai sensi dell'art. 9, par. 2, del Regolamento (Ue) n. 2017/1001 (in *Gu-Ue* n. L 154 del 2017, p. 1). L'art. 9, par. 2, del Regolamento, prevede, infatti, che il titolare di un marchio dell'Ue possa vietare a terzi, in assenza di un espresso consenso, di «usare» nell'attività commerciale un segno identico al marchio, sempre che tale segno sia utilizzato in relazione a prodotti e servizi identici ai prodotti o ai servizi per i quali il marchio è stato registrato. Data la mancanza nelle disposizioni del Regolamento (Ue) n. 2017/2001 della nozione di «uso», la Corte ha sviluppato una propria giurisprudenza.

La Corte ha, così, stabilito che l'espressione «usare» di cui all'art. 9, par. 2, del Regolamento (Ue) n. 2017/1001 implica, da parte del terzo, intermediario *online*, un comportamento attivo e un controllo, diretto o indiretto, sull'atto che costituisce l'uso (cfr. sentenze del 3 marzo 2016 in causa n. C-179/15, *Daimler*, EU:C:2016:134 e del 2 luglio 2020 in causa n. C-684/19, *mk advokaten*, EU:C:2020:519).

La necessità di un comportamento attivo e di controllo sull'atto che costituisce l'uso risulta dalla finalità perseguita dall'art. 5, par. 1, del Regolamento, che ha lo scopo di fornire al titolare uno strumento giuridico che gli consenta di vietare, e in questo modo di far cessare, ogni uso del suo marchio fatto da un terzo senza il suo consenso. Orbene, solo un terzo che abbia il controllo sull'atto che costituisce l'uso è effettivamente in grado di far cessare l'uso stesso (cfr. sentenza *Daimler*, cit.).

Inoltre, la Corte ha stabilito in maniera costante che l'atto d'uso da parte di un intermediario *online* implica, «quanto meno, che quest'ultimo utilizzi il segno nell'ambito della propria comunicazione commerciale» (cfr. sentenze del 23 marzo 2010 in cause da n. C-236/08 a n. C-238/08, *Google France e Google*, EU:C:2010:159; del 12 luglio 2011 in causa n. C-324/09, *L'Oréal e a.*, EU:C:2011:474, annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 510 e sentenza del 6 dicembre 2017 in causa n. C-230/16, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GmbH*, EU:C:2017:941, annotata in questa *Rivista*, 2017, p. 625) e che gli elementi evidenziati in ciascuna di esse si sovrappongano in ampia misura.

Le questioni pregiudiziali sono state presentate nell'ambito di alcune controversie che hanno visto contrapposti nella causa n. C-148/21, da un lato, il signor Christian Louboutin, e dall'altro lato, la Amazon Europe Core Sàrl, la Amazon EU Sàrl, nonché la Amazon Services Europe Sàrl e, nella causa n. C-184/21, la Amazon.com Inc. nonché la Amazon Services LLC per l'asserito uso, da parte di Amazon, di segni identici al marchio dell'Ue del quale il signor Louboutin è titolare e senza il consenso di quest'ultimo, per prodotti identici a quelli per i quali tale marchio è stato registrato. È noto che Amazon gestisce siti internet di vendita *online* di svariate tipologie di prodotti che propone sia direttamente, in nome e per conto proprio, sia indirettamente, fornendo anche un mercato *online* a venditori terzi.

Il ricorrente, signor Louboutin, è un creatore francese di moda noto, soprattutto, per le scarpe con l'iconica suola rossa la cui colore registrato è Pantone 18-1663TP. Sui siti internet Amazon compaiono regolarmente annunci di vendita relativi a scarpe con suole rosse che, secondo il signor Louboutin, riguardano prodotti immessi in commercio senza il suo consenso. In particolare, il ricorrente ha ritenuto Amazon responsabile: *a.* per aver consentito l'utilizzo di un segno identico al marchio di cui è titolare per prodotti identici a quelli per i quali il marchio è stato registrato (scarpe tacco alto suola rossa) e *b.* per aver posto in essere una comunicazione commerciale (annunci pubblicitari) che lede i diritti del titolare del marchio.

I giudici del rinvio chiedono, in sostanza, se ai sensi dell'art. 9, par. 2, lett. *a.*, del Regolamento (Ue) n. 2017/1001 il gestore del sito Amazon, nel caso di specie, possa essere ritenuto responsabile della violazione dei diritti del titolare di un marchio risultante dalla pubblicità di un venditore terzo. La Corte di giustizia ha già precisato che, in una situazione in cui il prestatore di un servizio utilizzi un segno identico o simile a un marchio altrui per promuovere prodotti che uno dei propri clienti commercializza grazie a tale servizio, tale prestatore fa uso di detto segno laddove lo utilizzi in modo tale da creare un nesso tra il citato segno e i servizi da esso forniti (cfr. sentenze del 12 luglio 2011 in causa n. C-324/09, *L'Oréal e a.*, *cit.*, e del 15 dicembre 2011 in causa n. C-119/10, *Frisdranken Industrie Winters*, EU:C:2011:837, annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 722).

E tale nesso sussiste allorché il gestore di un mercato *online* fa pubblicità, mediante un servizio di posizionamento su internet e partendo da una parola chiave identica a un marchio altrui, a prodotti con detto marchio messi in vendita dai suoi clienti nel suo mercato *online*. Il titolare del marchio, infatti, può vietare al gestore un comportamento del genere, qualora siffatta pubblicità violi il diritto di marchio in quanto consente difficilmente al consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento, di capire se i prodotti provengano effettivamente dal titolare del marchio stesso o da un terzo (v., in tal senso, sentenza del 12 luglio 2011 in causa n. C-324/09, *L'Oréal e a.*, EU:C:2011:474).

A parere della Corte, occorre accertare se un annuncio, pubblicato su un sito internet di vendita *online* che integra un mercato *online* da un venditore terzo attivo su quest'ultimo, che utilizza un segno identico a un marchio altrui, possa essere considerato parte integrante della comunicazione commerciale del gestore di detto sito internet.

Nel caso di specie, le argomentazioni presentate dai legali delle convenute si basano sul fatto che Amazon, in qualità di gestore di un *marketplace online*, non possa essere ritenuto direttamente responsabile per l'uso dei suddetti marchi, in quanto posto in essere dai venditori terzi che si avvalgono della sua piattaforma.

Ne consegue che l'inserimento del logo di Amazon negli annunci dei venditori terzi sulle proprie piattaforme non implica che il gestore della piattaforma faccia propri gli annunci, dal momento che le piattaforme *online* si avvalgono di tale tecnica allo scopo di indicare l'origine dei servizi forniti. Si esclude, pertanto, l'uso effettivo di un marchio di titolarità di terzi.

La Corte di giustizia è stata, quindi, chiamata a chiarire le condizioni necessarie atte a

riconoscere la responsabilità diretta dei gestori di piattaforme *online* per la violazione di diritti di marchio.

L'uso di un marchio da parte del gestore di una piattaforma per l'*e-commerce* può essere vietato dal titolare del marchio in base alla disciplina comunitaria, a condizione che le attività del gestore della piattaforma inducano l'utente della piattaforma stessa, normalmente informato e ragionevolmente attento, a stabilire un legame fra i servizi del gestore e il marchio in questione. Tale circostanza, secondo la Corte, si verifica, in particolare, quando l'utente ha l'impressione che sia il gestore stesso della piattaforma a commercializzare per proprio conto i prodotti recanti il marchio (tale valutazione deve considerare: le modalità di presentazione agli utenti delle offerte pubblicate sul sito *e-commerce*, visualizzando contemporaneamente le proprie inserzioni e quelle dei venditori terzi; presenza del logo di Amazon sull'insieme degli annunci; offerta ai venditori terzi dei servizi di stoccaggio e spedizione dei prodotti).

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA I DIRITTI DEI TITOLARI DEL TRATTAMENTO DEI DATI

Corte di giustizia

Sentenza del 12 gennaio 2023 in causa n. C-154/21

RW c. Österreichische Post AG

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Protezione dei dati personali - Regolamento (Ue) n. 2016/679 - GDPR - Art. 15, par. 1, lett. c. – Diritto di accesso dell'interessato - Informazioni sul destinatario concreto o sulle categorie di destinatari a cui sono stati comunicati i dati - Richiesta manifestamente infondata o eccessiva - Principio di proporzionalità.

L'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento (Ue) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva n. 95/46/Ce (regolamento generale sulla protezione dei dati), deve essere interpretato nel senso che:

il diritto di accesso dell'interessato ai dati personali che lo riguardano, previsto da tale disposizione, implica, qualora tali dati siano stati o saranno comunicati a destinatari, l'obbligo per il titolare del trattamento di fornire a detto interessato l'identità stessa di tali destinatari, a meno che sia impossibile identificare detti destinatari o che il suddetto titolare del trattamento

*dimostri che le richieste di accesso dell'interessato sono manifestamente infondate o eccessive, ai sensi dell'art. 12, par. 5, del Regolamento n. 2016/679, nel qual caso il titolare del trattamento può indicare a detto interessato unicamente le categorie di destinatari di cui trattasi*¹.

¹ Quali sono gli effettivi diritti delle persone a ricevere informazioni dal titolare del trattamento sui destinatari delle comunicazioni aventi ad oggetto i propri dati? Questo è l'interrogativo posto alla Corte di giustizia dalla Corte suprema austriaca, sull'interpretazione dell'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento (Ue) n. 2016/679 sulla protezione dei dati (in *Gu-Ue* n. L 119 del 2016, p. 1) «GDPR»).

Il Regolamento formalizza un ampio catalogo di diritti che spettano all'interessato. Si tratta del diritto di accesso, del diritto di rettifica, del diritto alla cancellazione (più noto come diritto all'oblio), diritto di limitazione del trattamento, diritto alla portabilità dei dati, diritto di opposizione al trattamento, con gli eventuali connessi obblighi di notifica/comunicazione gravanti sul titolare. In sostanza, il diritto di accesso consiste, ai sensi dell'art. 15, par. 1, del GDPR, nel diritto in capo al soggetto interessato «di ottenere dal titolare del trattamento la conferma che sia in corso o meno un trattamento dei dati personali che lo riguardano». L'interessato ha, dunque, il diritto di ottenere l'accesso ai propri dati personali raccolti ed elaborati nell'ambito di quel trattamento e di ricevere dal titolare una serie di informazioni ad esso relative, per capire come i dati sono stati ricevuti, per quale scopo, nonché il loro utilizzo. Considerando che lo stesso titolare potrebbe trattare anche una notevole quantità di informazioni dello stesso interessato (per esempio perché i dati sono trattati per numerose finalità distinte), gli è consentito, in questi casi, chiedere delle precisazioni all'interessato così da identificare, prima di procedere, a quali informazioni o a quali attività lo stesso vuole avere accesso.

La questione posta dal giudice del rinvio è sorta nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato il signor RW, e, dall'altro lato, l'Österreichische Post, il principale operatore di servizi postali e logistici in Austria, il quale, a seguito di una domanda di accesso da parte del ricorrente ai suoi dati personali, si è rifiutato di fornire informazioni dettagliate sui destinatari delle comunicazioni aventi ad oggetto i suoi dati personali.

RW, fondandosi sull'art. 15 del GDPR, citava l'Österreichische Post dinanzi ai giudici austriaci chiedendo che venisse ingiunto a quest'ultimo di fornirgli, in particolare, l'identità del destinatario o dei destinatari dei suoi dati personali comunicati; i dati del ricorrente erano stati forniti a *partner* commerciali a fini di *marketing* e trasmessi a clienti, tra cui inserzionisti attivi nel settore della vendita per corrispondenza e del commercio tradizionale, imprese informatiche, editori di indirizzi e associazioni quali organizzazioni di beneficenza, organizzazioni non governative (ONG) o partiti politici.

Non avendo ricevuto i nominativi esatti, il ricorrente adiva il giudice austriaco che decideva di rivolgersi alla Corte di giustizia affinché venisse chiarito se, sulla base del GDPR, il titolare del trattamento avesse la libera scelta di comunicare o l'identità dei destinatari o unicamente le categorie dei destinatari, oppure se l'interessato avesse il diritto di conoscere l'identità esatta.

La Corte di giustizia ha precisato che le informazioni fornite all'interessato a titolo del diritto di accesso previsto all'art. 15, par. 1, lett. c., del GDPR devono essere le più esatte possibili. In particolare, tale diritto di accesso implica la possibilità per l'interessato di ottenere dal titolare del trattamento le informazioni sui destinatari specifici ai quali i dati sono stati o saranno comunicati o, alternativamente, di scegliere di limitarsi a richiedere informazioni riguardanti le categorie di destinatari.

Infine, per quanto riguarda la finalità perseguita dal GDPR, occorre rilevare che il Regolamento mira, in particolare, come emerge dal suo *considerando* 10, a garantire un elevato livello di protezione delle persone fisiche all'interno dell'Unione e a rimuovere gli ostacoli alla circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione (cfr. sentenza del 6 ottobre 2020 in causa n. C-511/18, n. C-512/18 e n. C-520/18, *La Quadrature du Net e a.*, EU:C:2020:791). Con il Regolamento si dà, altresì, attuazione alle prescrizioni scaturenti dal diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in *Gu-Ue* n. C 303 del 14 dicembre 2007, p. 1 ss.), in

particolare alle prescrizioni espressamente previste al par. 2 di tale disposizione: «Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica» (cfr., in tal senso, sentenza del 9 marzo 2017 in causa n. C-398/15, *Manni*, EU:C:2017:197, annotata in questa *Rivista*, 2018, p. 441).

Il diritto di accesso deve essere, infatti, considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità, (cfr. sentenza del 16 luglio 2020 in causa n. C-311/18, *Facebook Ireland e Schrems*, EU:C:2020:559).

Può accadere che non sempre sia possibile fornire informazioni su destinatari concreti. Il diritto di accesso potrà, dunque, in caso di impossibilità a individuare l'identità dei destinatari, essere limitato all'informazione sulle sole categorie di destinatari.

Inoltre, occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 12, par. 2, del GDPR, il titolare del trattamento, può rifiutarsi di soddisfare la richiesta dell'interessato in caso di manifesta infondatezza o eccessività della richiesta: «Il titolare del trattamento agevola l'esercizio dei diritti dell'interessato ai sensi degli articoli da 15 a 22. Nei casi di cui all'art. 11, par. 2, il titolare del trattamento non può rifiutare di soddisfare la richiesta dell'interessato al fine di esercitare i suoi diritti ai sensi degli articoli da 15 a 22, salvo che il titolare del trattamento dimostri che non è in grado di identificare l'interessato».

Nel caso di specie, l'Österreichische Post respingeva la richiesta presentata da RW sulla base dell'art. 15, par. 1, del GDPR, per avere l'identità dei destinatari ai quali aveva comunicato i dati personali che lo riguardavano. Secondo la Corte, è compito del giudice del rinvio verificare se, tenuto conto delle circostanze di cui al procedimento principale, l'Österreichische Post abbia effettivamente dimostrato, nel corso del giudizio, il carattere manifestamente infondato o eccessivo di tale richiesta (cfr. sentenze del 7 marzo 2018 in causa n. C-31/17, *Cristal Union*, EU:C:2018:168 e sul rispetto dei principi dell'art. 5 GDPR, del 16 gennaio 2019 in causa n. C-496/17, *Deutsche Post*, EU:C:2019:26).

L'OBBLIGO DI CHIAREZZA E DI TRASPARENZA NEI CONTRATTI DI PRESTAZIONE DI SERVIZI TRA UN AVVOCATO E UN CONSUMATORE

Corte di giustizia

Sentenza del 12 gennaio 2023 in causa n. C-395/21

D.V. c. M.A.

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori - Direttiva n. 93/13/Cee - Contratto di prestazione di servizi legali stipulato tra un avvocato e un consumatore - Art. 4, par. 2, della direttiva - Valutazione del carattere abusivo delle clausole contrattuali - Esclusione delle clausole relative all'oggetto principale del contratto - Clausola che prevede il pagamento di onorari di avvocato secondo il principio della tariffa oraria - Art. 6,

par. 1, della direttiva - Poteri del giudice nazionale in presenza di una clausola qualificata come «abusiva» - Obbligo di chiarezza e trasparenza.

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, come modificata dalla direttiva n. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, deve essere interpretato nel senso che: rientra nell'ambito di applicazione di tale disposizione la clausola di un contratto di prestazione di servizi legali stipulato tra un avvocato e un consumatore che fissi il prezzo dei servizi forniti secondo il principio della tariffa oraria¹.

L'art. 4, par. 2, della direttiva 93/13/Cee, come modificata dalla direttiva n. 2011/83, deve essere interpretato nel senso che: non soddisfa l'obbligo di formulazione chiara e comprensibile, ai sensi di tale disposizione, la clausola di un contratto di prestazione di servizi legali stipulato tra un avvocato e un consumatore che fissi il prezzo di tali servizi secondo il principio della tariffa oraria senza che siano comunicate al consumatore, prima della conclusione del contratto, informazioni che gli consentano di prendere la sua decisione con prudenza e piena cognizione delle conseguenze economiche derivanti dalla conclusione di tale contratto².

L'art. 3, par. 1, della direttiva 93/13/Cee, come modificata dalla direttiva n. 2011/83, deve essere interpretato nel senso che: la clausola di un contratto di prestazione di servizi legali stipulato tra un avvocato e un consumatore che fissi, secondo il principio della tariffa oraria, il prezzo di tali servizi e che rientri, pertanto, nell'oggetto principale di detto contratto, non deve essere considerata abusiva per il solo fatto che non soddisfa l'obbligo di trasparenza di cui all'art. 4, par. 2, di tale direttiva, come modificata, a meno che lo Stato membro il cui diritto nazionale si applica al contratto di cui trattasi abbia espressamente previsto, conformemente all'art. 8 di detta direttiva, come modificata, che la qualificazione come clausola abusiva discenda da questo solo fatto³.

L'art. 6, par. 1, e l'art. 7, par. 1, della direttiva n. 93/13/Cee, come modificata dalla direttiva n. 2011/83, devono essere interpretati nel senso che: qualora un contratto di prestazione di servizi legali stipulato tra un avvocato e un consumatore non possa sussistere dopo la soppressione di una clausola dichiarata abusiva che fissi il prezzo dei servizi secondo il principio della tariffa oraria, e tali servizi siano già stati forniti, essi non ostano a che il giudice nazionale ripristini la situazione in cui il consumatore si sarebbe trovato in assenza di tale clausola, anche quando ciò comporti che il professionista non percepisca alcun compenso per i suoi servi-

zi. *Nell'ipotesi in cui l'invalidazione del contratto nella sua interezza esponga il consumatore a conseguenze particolarmente dannose, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, tali disposizioni non ostano a che il giudice nazionale sani la nullità di detta clausola sostituendola con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva o applicabile in caso di accordo tra le parti di detto contratto. Per contro, tali disposizioni ostano a che il giudice nazionale sostituisca la clausola abusiva dichiarata nulla con una stima giudiziaria del livello del compenso dovuto per detti servizi⁴.*

¹⁻⁴ Le clausole dei contratti aventi ad oggetto i servizi legali possano essere considerate clausole abusive ai sensi della direttiva n. 93/13/Cee? A questo interrogativo ha risposto la Corte di giustizia nella sentenza, sopra massimata. La questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 93/13/Cee concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (in *Guce* n. L 95 del 1993, p. 29), come modificata dalla direttiva n. 2011/83/UE (in *Gu-Ue* n. L 304 del 2011, p. 64), è sorta, appunto, nell'ambito di un procedimento per il pagamento di un compenso da corrispondere ad un avvocato per la prestazione di servizi legali a favore di un consumatore.

Il giudice del rinvio, la Corte Suprema della Lituania, ha sottoposto alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali sull'interpretazione delle disposizioni di tale direttiva.

Il cliente/consumatore stipulava con il professionista cinque contratti aventi ad oggetto prestazioni legali i cui onorari (indeterminati nel contratto) venivano calcolati sulla base di una tariffa oraria. Non avendo ricevuto la totalità degli onorari reclamati, l'avvocato chiedeva la condanna del consumatore al pagamento della totalità. In seguito all'accoglimento parziale della domanda il professionista si è rivolto al giudice di appello e, successivamente, al giudice di ultima istanza avendo il giudice d'appello respinto la sua domanda.

Con la prima questione, la Corte di giustizia ha dichiarato che la clausola di un contratto di prestazione di servizi legali stipulato tra un avvocato e un consumatore, clausola che non sia stata oggetto di negoziato individuale e che fissi il prezzo dei servizi forniti secondo il principio della tariffa oraria rientra nell'«oggetto principale del contratto», ai sensi dell'art. 4, par. 2, della direttiva n. 93/13/Cee (cfr. sentenze del 20 settembre 2017 in causa n. C-186/16, *Andriuc e a.*, EU:C:2017:703, annotata in questa *Rivista*, 2017, p. 368, e del 22 settembre 2022 in causa n. C-335/21, *Vicente - Azione per il pagamento degli onorari di avvocato* -, EU:C:2022:720).

Non è una formula chiara e comprensibile ai sensi della direttiva, sopra citata, la clausola di un contratto di prestazione di servizi legali stipulato tra un avvocato e un consumatore che fissi solamente il prezzo di tali servizi secondo il principio della tariffa oraria, senza contenere altre informazioni (per esempio una stima del numero prevedibile di ore necessarie per fornire un determinato servizio oppure invio di relazioni periodiche al consumatore con il numero di ore svolte sulla base dell'incarico ricevuto).

La Corte ha precisato, altresì, che la clausola non deve essere considerata abusiva per il solo fatto che non soddisfa l'obbligo di trasparenza di cui all'art. 4, par. 2, della direttiva, a meno che la normativa nazionale preveda espressamente l'abusività di suddetta clausola per tale circostanza (cfr. sentenza del 30 aprile 2014 in causa n. C-26/13, *Kásler e Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282).

Infine, con riferimento all'accertamento del carattere abusivo di una clausola contenuta in un contratto, la Corte ha precisato che esso deve consentire di ripristinare, per il consumatore, la situazione di diritto e di fatto nella quale egli si sarebbe trovato in mancanza di tale clausola abusiva (cfr., in tal senso, sentenza del 31 maggio 2018 in causa n. C-483/16, *Sziber*, EU:C:2018:367). Tuttavia, nel caso di specie, la situazione nella quale il consumatore si sarebbe trovato in assenza di detta clausola non può essere ripristinata, dato che quest'ultimo aveva già beneficiato dei servizi legali previsti in contratto. Inoltre, il giudice

nazionale non deve esporre il consumatore, invalidando la clausola, a conseguenze particolarmente dannose e non può neppure quantificare il valore degli onorari del professionista per i servizi prestati. Egli può ripristinare la situazione nella quale il consumatore si sarebbe trovato in assenza di una clausola abusiva, anche quando ciò comporti che il professionista non percepisca alcun compenso per i suoi servizi (cfr. sentenze del 25 novembre 2020 in causa n. C-269/19, *Banca B.*, EU:C:2020:954 e sulla nullità di un contratto di mutuo, cfr. sentenza del 3 marzo 2020 in causa n. C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*, EU:C:2020:138; del 18 novembre 2021 in causa n. C-212/20, *A. S.A.*, EU:C:2021:934).

A CHI INCOMBE L'ONERE DELLA PROVA NEI CASI DI ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE IN MATERIA DI CONTRATTI DI DISTRIBUZIONE

Corte di giustizia

Sentenza del 19 gennaio 2023 in causa n. C-680/20

Unilever Italia Mkt. Operations Srl c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con l'intervento di: La Bomba Snc

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Concorrenza - Art. 102 TFUE - Posizione dominante - Responsabilità del produttore dei comportamenti dei suoi distributori - Rapporti contrattuali tra il produttore e i distributori - Rete di distribuzione del produttore basata su base contrattuale - Nozione di «unità economica» - Ambito di applicazione - Sfruttamento abusivo - Clausola di esclusiva contenuta nei contratti - Necessità di dimostrare gli effetti sul mercato - Onere della prova a carico dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

L'art. 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che i comportamenti adottati da distributori facenti parte della rete di distribuzione dei prodotti o dei servizi di un produttore che gode di una posizione dominante possono essere imputati a quest'ultimo, qualora sia dimostrato che tali comportamenti non sono stati adottati in modo indipendente da detti distributori, ma fanno parte di una politica decisa unilateralmente da tale produttore e attuata tramite tali distributori¹.

L'art. 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, in presenza di clausole di esclusiva contenute in contratti di distribuzione, un'autorità

garante della concorrenza è tenuta, per accertare un abuso di posizione dominante, a dimostrare, alla luce di tutte le circostanze rilevanti e tenuto conto, segnatamente, delle analisi economiche eventualmente prodotte dall'impresa in posizione dominante riguardo all'inidoneità dei comportamenti in questione ad escludere dal mercato i concorrenti efficienti tanto quanto essa stessa, che tali clausole siano capaci di limitare la concorrenza. Il ricorso al criterio detto «del concorrente altrettanto efficiente» ha carattere facoltativo. Tuttavia, se i risultati di un siffatto criterio sono prodotti dall'impresa interessata nel corso del procedimento amministrativo, l'autorità garante della concorrenza è tenuta a esaminarne il valore probatorio².

¹⁻² La questione pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato italiano è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposte, da un lato, la Unilever Italia Mkt. Operations Srl (di seguito denominata: «Unilever») e, dall'altro lato, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) per una sanzione inflitta dall'AGCM all'Unilever per abuso di posizione dominante sul mercato italiano della distribuzione di gelati confezionati ad alcuni esercizi commerciali, quali gli stabilimenti balneari e i bar che, a loro volta, effettuano la rivendita ai consumatori finali.

Nel corso dell'anno 2013 una società concorrente presentava all'AGCM una denuncia per abuso di posizione dominante da parte della Unilever sul mercato dei gelati venduti in confezioni individuali. L'AGCM avviava un'istruttoria e, con decisione del 31 ottobre 2017, ha ritenuto che la Unilever avesse abusato della sua posizione dominante sul mercato della commercializzazione dei gelati in confezioni individuali destinati ad essere consumati all'esterno, in violazione dell'art. 102 TFUE.

Sebbene i comportamenti abusivi non siano stati materialmente posti in essere dalla Unilever, bensì dai suoi distributori, l'AGCM ha ritenuto, comunque, che tali comportamenti dovessero essere imputati unicamente alla Unilever in quanto quest'ultima e i suoi distributori avrebbero costituito un'unica entità economica.

L'Unilever impugnava dinanzi al Consiglio di Stato la sentenza di condanna emessa dal TAR Lazio.

Il Consiglio di Stato, volendo chiarire a quali condizioni un coordinamento tra operatori economici formalmente autonomi e indipendenti (Unilever e i suoi distributori) sia tale da determinare un unico centro decisionale, con la conseguenza che i comportamenti dell'uno possano essere addebitati anche all'altro, come nel caso di specie, ha deciso di sospendere il procedimento nazionale e di rivolgersi alla Corte.

Le due questioni pregiudiziali con le quali la Corte è stata invitata a pronunciarsi hanno riguardato, dunque, l'interpretazione e l'applicazione dell'art. 102 TFUE.

La prima questione pregiudiziale ha riguardato l'applicazione della nozione di «unica unità economica» alle società legate unicamente da vincoli contrattuali. In particolare, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di interpretare tale nozione ai fini dell'applicazione dell'art. 102 TFUE e, in particolare, la sua attuazione nell'ambito di una rete di distribuzione organizzata esclusivamente su base contrattuale.

Un chiarimento importante per il fatto che il ricorso a servizi di affiliazione commerciale (*franchising*), di esternalizzazione (*outsourcing*) o di subappalto (*sub-contracting*) nelle fasi della distribuzione è frequente nella prassi delle grandi imprese.

Sul punto, la Corte ha precisato che i comportamenti adottati da distributori collegati alla rete di distribuzione di prodotti o servizi di un produttore in posizione dominante possono essere imputati a quest'ultimo, qualora sia provato che tali comportamenti non siano stati adottati in modo indipendente da tali distributori, ma costituiscano parte integrante di una politica commerciale decisa in modo unilaterale dal produttore e attuata tramite i propri distributori (per esempio: contratti *standard*, interamente redatti dal produttore in posizione dominante e contenenti clausole di esclusiva a vantaggio dei suoi prodotti, che i distributori

sono tenuti a far firmare ai gestori di punti vendita senza potervi apportare modifiche, salvo espresso accordo del produttore).

La seconda questione pregiudiziale ha riguardato la possibilità per un'autorità garante della concorrenza di ritenere che una prassi consistente nell'inserire clausole di esclusiva in contratti di distribuzione abbia, per sua natura, la capacità di restringere la concorrenza, ai sensi dell'art. 102 TFUE, senza dover dimostrare concretamente che ciò si verifica per i contratti in questione sul fondamento del criterio del «concorrente altrettanto efficiente».

È noto che l'art. 102 TFUE dichiara incompatibile e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra gli Stati membri, lo sfruttamento abusivo, da parte di una o più imprese, di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Vengono, dunque, sanzionati i comportamenti di un'impresa in posizione dominante che abbiano l'effetto di compromettere la conservazione di una struttura di concorrenza effettiva (cfr. sentenza del 12 maggio 2022 in causa n. C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, EU:C:2022:379).

E, altresì, noto che l'art. 102 TFUE non vieta il raggiungimento di una posizione dominante sul mercato; le imprese in posizione dominante sono tenute, indipendentemente dalle cause di una simile posizione, a non pregiudicare, con il loro comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno (cfr. sentenze del 9 novembre 1983 in causa n. 322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione*, EU:C:1983:313 e del 6 settembre 2017 in causa n. C-413/14 P, *Intel c. Commissione*, EU:C:2017:632).

Spetta alle autorità garanti della concorrenza dimostrare il carattere abusivo di un comportamento alla luce di tutte le rilevanti circostanze fattuali riguardanti il comportamento di cui trattasi (cfr. sentenze del 19 aprile 2012 in causa n. C-549/10 P, *Tomra Systems e a. c. Commissione*, EU:C:2012:221 e del 12 maggio 2022 in causa n. C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, EU:C:2022:379), il che include quelle evidenziate dagli elementi di prova dedotti a sua difesa dall'impresa in posizione dominante. La dimostrazione deve fondarsi su elementi di prova concreti, che dimostrino la capacità effettiva dei comportamenti adottati di produrre tali effetti (cfr. sentenze del 14 febbraio 1978 in causa n. 27/76, *United Brands e United Brands Continentaal c. Commissione*, EU:C:1978:22, punto 265, e del 31 marzo 1993 in cause n. C-89/85, n. C-104/85, n. C-114/85, n. C-116/85, n. C-117/85 e da n. C-125/85 a n. C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö e a. c. Commissione*, EU:C:1993:120).

Una prassi, per esempio, non può essere qualificata come abusiva se è rimasta allo stato di progetto e non è possibile basarsi unicamente sugli effetti che tale prassi potrebbe o avrebbe potuto produrre se talune circostanze particolari si fossero realizzate.

Con riferimento alle clausole di esclusiva contenute nei contratti, la Corte ha dichiarato che le clausole con cui le controparti si sono impegnate a rifornirsi per la totalità o per una parte considerevole del loro fabbisogno presso un'impresa in posizione dominante, anche senza ricorrere alla scontistica, costituivano, per loro natura, sfruttamento di posizione dominante e che lo stesso valeva per gli sconti di fedeltà concessi dall'impresa stessa (cfr. sentenza del 13 febbraio 1979 in causa n. 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, EU:C:1979:36).

È compito dell'AGCM esaminare le prove prodotte nel corso del procedimento. Conseguentemente, qualora l'impresa in posizione dominante abbia prodotto uno studio economico per dimostrare l'inidoneità della pratica che le viene addebitata per estromettere i concorrenti, la stessa Autorità non può escludere la rilevanza di tale studio senza mettere l'impresa in grado di determinare l'offerta di prove a fondamento della sua tesi.

Ne consegue che l'Autorità garante della concorrenza è obbligata, prima di pronunciarsi, a valutare l'effettiva capacità preclusiva tenendo conto anche degli elementi di prova presentati dall'impresa in posizione dominante.

DIRITTO DI RECESSO DEI CONSUMATORI DOPO L'ESECUZIONE DEL CONTRATTO

Corte di giustizia

Sentenza del 17 maggio 2023 in causa n. C-97/22

DC c. HJ

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Tutela dei consumatori – Direttiva n. 2011/83/UE - Art. 14, par. 4, lett. a., i., e par. 5 della direttiva - Diritto di recesso per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali - Obblighi di informazione del professionista interessato – Omessa informazione del consumatore da parte del professionista – Obblighi del consumatore nel caso di recesso - Recesso dopo l'esecuzione del contratto - Conseguenze - Conformità alla direttiva.

L'art. 14, par. 4, lett. a., i., e par. 5, della direttiva n. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva n. 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva n. 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva n. 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva n. 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, deve essere interpretato nel senso che: esso esonera il consumatore da qualsiasi obbligo di pagare le prestazioni fornite in esecuzione di un contratto negoziato fuori dei locali commerciali, qualora il professionista di cui trattasi non gli abbia trasmesso le informazioni di cui a tale art. 14, par. 4, lett. a., i., e tale consumatore abbia esercitato il suo diritto di recesso dopo l'esecuzione di tale contratto¹.

¹ La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 14, par. 5, della direttiva n. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori (in *Gu-UE* n. L 304 del 2011, p. 64) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato l'impresa DC (cessionaria) e, dall'altro lato, il signor HJ in merito al pagamento dei lavori di ristrutturazione dell'impianto elettrico presso la sua abitazione forniti da un'impresa (cedente), in esecuzione di un contratto concluso fuori dei locali commerciali, senza essere stato informato dall'impresa esecutrice dei lavori di aver ceduto a DC tutti i diritti derivanti da tale contratto.

L'impresa non informava il consumatore della possibilità di recedere entro i 14 giorni dalla conclusione del contratto.

In seguito all'esecuzione dei lavori, HJ non provvedeva al saldo della fattura che gli veniva presentata dall'impresa cessionaria.

Inoltre, in seguito alla comunicazione da parte di HJ del recesso dal medesimo contratto, DC adiva il Tribunale tedesco del Land Essen, giudice del rinvio, con un ricorso diretto ad ottenere il pagamento del servizio fornito a HJ. Per contro, HJ sosteneva che, poiché l'impresa cedente aveva omesso di informarlo del suo diritto di recesso, DC non disponeva di alcun diritto al pagamento del prezzo del servizio fornito in esecuzione del contratto di cui trattasi nel procedimento principale.

Il giudice del rinvio ha ritenuto che per risolvere la questione si debba interpretare l'art. 14, par. 5, della direttiva n. 2011/83 ai sensi del quale «(...) l'esercizio del diritto di recesso non comporta alcuna responsabilità per il consumatore» ed esclude qualsiasi diritto del professionista a ricevere un'«indennità di compensazione», anche nell'ipotesi in cui il consumatore abbia esercitato il suo diritto di recesso solo dopo l'esecuzione di un contratto negoziato fuori dei locali commerciali (come nel caso in esame), beneficiando di una plusvalenza e violando il principio del divieto di arricchimento senza causa, riconosciuto dalla Corte quale principio generale del diritto dell'Unione.

Il giudice del rinvio ha, così, sospeso il procedimento principale e si è rivolto alla Corte di giustizia che ha chiarito come il consumatore sia esonerato da qualsiasi obbligo di pagamento, qualora il professionista non gli abbia trasmesso le informazioni di cui all'art. 14, par. 4, lett. *a.*, *i.*, della direttiva oggetto di interpretazione e il consumatore abbia esercitato il suo diritto di recesso dopo l'esecuzione di tale contratto nei termini di legge.

Il diritto di recesso mira a tutelare il consumatore nel particolare contesto della conclusione di un contratto negoziato fuori dei locali commerciali. L'attività informativa precontrattuale riveste, dunque, un'importanza fondamentale e consiste nell'insieme delle informazioni che il professionista è obbligato a comunicare al consumatore nel periodo delle trattative e della formazione del contratto, per consentire alla parte contrattuale "debole" di venire a conoscenza delle informazioni essenziali alla conclusione del contratto di formarsi e manifestare un consenso negoziale "consapevole" (cfr. sentenza del 23 gennaio 2019, *Walbusch Walter Busch*, in causa n. C-430/17, EU:C:2019:47).

Infatti, la direttiva n. 2011/83 ha l'obiettivo di garantire, un livello elevato di tutela dei consumatori, come sancito all'art. 169 TFUE e all'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cfr. sentenza del 10 luglio 2019 in causa n. C-649/17, *Amazon EU*, EU:C:2019:576; sull'armonizzazione completa di alcuni aspetti chiave dei contratti conclusi tra i consumatori e i professionisti, cfr. sentenza del 13 settembre 2018 in causa n. C-332/17, *Starman*, EU:C:2018:721). Infine, e così conclude la Corte di giustizia, è comunque salva la possibilità prevista dal diritto nazionale, per DC di proporre un'azione di regresso nei confronti del professionista che le ha ceduto i diritti derivanti dal contratto ceduto (cfr., per analogia, sentenza del 17 ottobre 2019, in causa n. C-579/18, *Comida paralela 12*, EU:C:2019:875).

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

**LA LIMITAZIONE DELLA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE
DEL DIPENDENTE CHE, NELL'INTERESSE GENERALE,
SEGNALA ILLECITI DEI QUALI SIA VENUTO A CONOSCENZA
NEL LUOGO DI LAVORO, NON PUÒ ESSERE QUALIFICATA
COME «INGERENZA» LEGITTIMA E GIUSTIFICATA
IN UNA SOCIETÀ DEMOCRATICA**

**Corte europea dei diritti dell'uomo
Sentenza della Grande Camera del 14 febbraio 2023 - ricorso n.
21884/18***

Halet c. Lussemburgo

**Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) - Art. 10 - Diritto
alla libertà di espressione - Divulgazione da parte di un impiegato di
documenti protetti da segreto professionale - Divulgazione di notizie
riservate di interesse pubblico - Tutela della libertà di espressione di
un «informatore» («*lanceur d'alerte*», «*whistleblower*») nell'interesse
generale - Violazione dell'art. 10 CEDU - Decisione adottata a mag-
gioranza (dodici voti contro cinque).**

* Il testo della sentenza, in francese ed inglese, è disponibile sul sito HUDOC della Corte a seguente indirizzo: www.echr.coe.int. In argomento v. *infra*, p. 597 ss., il commento di *MICHELE DE SALVIA*.

Il caso verte sulla divulgazione da parte del ricorrente, impiegato in una società privata di consulenza fiscale, di documenti confidenziali protetti dal segreto professionale vertenti su quattordici dichiarazioni fiscali da parte di società multinazionali e di due missive di accompagnamento delle stesse, essendo tali documenti stati ottenuti sul luogo di lavoro.

A seguito di una querela del datore di lavoro il ricorrente è stato condannato dalla Corte di appello al versamento di un'ammenda penale come pure al versamento di un euro simbolico in riparazione del pregiudizio morale sofferto dal datore di lavoro.

I fatti principali del caso *Halet* e gli aspetti essenziali dell'argomentazione in diritto della Corte, come riassunti dal comunicato stampa della Cancelleria della Corte del 14 febbraio 2023 – CEDH 049 (2023) – sono i seguenti.

Principaux faits

Le requérant, Raphaël Halet, est un ressortissant français né en 1976 et résidant à Viviers (France).

À l'époque des faits, M. Halet travaillait pour la société Pricewaterhouse-Coopers (PwC) qui propose des services d'audit, de conseil fiscal et de conseil en gestion d'entreprise, et dont l'activité consiste notamment à établir des déclarations fiscales au nom et pour le compte de ses clients et à demander auprès des administrations fiscales des décisions fiscales anticipées. Ces décisions qui concernent l'application de la loi fiscale à des opérations futures sont appelées «Advance Tax Agreements» (ATAs) ou «rulings fiscaux» ou encore «rescrits fiscaux».

Entre 2012 et 2014, plusieurs centaines de rescrits fiscaux et de déclarations fiscales établis par PwC furent publiés dans différents médias. Ces publications mettaient en lumière une pratique, sur une période s'étendant de 2002 à 2012, d'accords fiscaux très avantageux passés entre PwC pour le compte de sociétés multinationales et l'administration fiscale luxembourgeoise.

Une enquête interne menée par PwC permit d'établir qu'un auditeur, A.D., avait copié, en 2010, la veille de son départ de PwC consécutif à sa démission, 45.000 pages de documents confidentiels, dont 20.000 pages de documents fiscaux correspondant notamment à 538 dossiers de rescrits fiscaux, qu'il avait remis, en été 2011, à un journaliste (E.P.) à la demande de celui-ci.

Une deuxième enquête interne menée par PwC permit d'identifier que M. Halet avait, à la suite de la révélation par les médias de certains des rescrits fiscaux copiés par A.D., contacté le journaliste E.P. en mai 2012 en vue de lui proposer la remise d'autres documents. Cette remise eut lieu entre octobre et décembre 2012 et porta sur 16 documents, comprenant 14 déclarations fiscales et deux courriers d'accompagnement. Quelques-uns des documents furent utilisés

par le journaliste E.P. dans le cadre de l'émission télévisée «Cash Investigation» diffusée en juin 2013. En novembre 2014, les 16 documents furent par ailleurs mis en ligne par une association regroupant des journalistes dénommée «International Consortium of Investigative Journalists».

À la suite d'une plainte déposée par PwC, une procédure pénale fut engagée, à l'issue de laquelle M. Halet fut condamné, en appel, au paiement d'une amende pénale de 1.000 euros ainsi qu'au paiement d'un euro symbolique en réparation du préjudice moral subi par PwC. Dans son arrêt, la Cour d'appel conclut notamment que la divulgation par le requérant des documents couverts par le secret professionnel avait causé à son employeur un préjudice supérieur à l'intérêt général. M. Halet forma un pourvoi en cassation qui fut rejeté en janvier 2018. (*Omissis*)

Plusieurs organisations non gouvernementales ont été autorisées à intervenir dans la procédure écrite en tant que tierces intervenantes. (*Omissis*)

Décision de la Cour

La Cour rappelle que la protection dont jouissent les lanceurs d'alerte au titre de l'article 10 de la Convention repose sur la prise en compte de caractéristiques propres à l'existence d'une relation de travail: d'une part, le devoir de loyauté, de réserve et de discrétion inhérent au lien de subordination qui en découle ainsi que, le cas échéant, l'obligation de respecter un secret prévu par la loi; d'autre part, la position de vulnérabilité notamment économique vis-à-vis de la personne, de l'institution publique ou de l'entreprise dont ils dépendent pour leur travail, ainsi que le risque de subir des représailles de la part de celle-ci.

Elle rappelle aussi que la notion de «lanceur d'alerte» ne fait pas l'objet, à ce jour, d'une définition juridique univoque et qu'elle s'est toujours abstenue d'en consacrer une définition abstraite et générale. Ainsi, la question de savoir si une personne qui prétend être un lanceur d'alerte bénéficie de la protection offerte par l'article 10 de la Convention appelle un examen qui s'effectue, non de manière abstraite, mais en fonction des circonstances de chaque affaire et du contexte dans lequel elle s'inscrit.

À cet égard, la Cour décide de faire application de la grille de contrôle qu'elle a définie dans l'arrêt *Guja c. Moldova* ([GC], n° 14277/04, CEDH 2008) pour apprécier si, et le cas échéant, dans quelle mesure, l'auteur d'une divulgation portant sur des informations confidentielles obtenues dans le cadre d'une relation professionnelle, peut bénéficier de la protection de l'article 10 de la Convention. Par ailleurs, consciente des évolutions survenues depuis l'adoption de l'arrêt *Guja*, en 2008, qu'il s'agisse de la place qu'occupent désormais les lanceurs d'alerte dans les sociétés démocratiques et du rôle de premier plan qu'ils sont susceptibles de jouer, la Cour estime opportun de confirmer et consolider les principes qui se dégagent de sa jurisprudence en matière de protection des lanceurs d'alerte, en en affinant les critères de mise en œuvre, à la lumière du contexte européen et international actuel.

En l'espèce, faisant application de ces critères, la Cour note ce qui suit.

1. L'existence ou non d'autres moyens pour procéder à la divulgation: la Cour considère que lorsque sont en cause des agissements ou des pratiques portant sur les activités habituelles de l'employeur et qui n'ont, en soi, rien d'illégal, le respect effectif du droit de communiquer des informations présentant un intérêt public suppose d'admettre le recours direct à une voie externe de divulgation, se traduisant, le cas échéant, par la saisine des médias. C'est d'ailleurs ce que la Cour d'appel a admis, en l'espèce.

2. L'authenticité de l'information divulguée: la Cour note que le requérant a transmis au journaliste des documents dont «l'exactitude et l'authenticité» ont été constatées par la Cour d'appel et ne sont aucunement remises en cause. Ce critère est donc satisfait.

3. La bonne foi du requérant: il ressort de l'arrêt de la Cour d'appel que le requérant n'a pas agi «dans un but de lucre ou pour nuire à son employeur». Le critère de la bonne foi a donc été respecté au moment de procéder à la divulgation litigieuse.

4. L'intérêt public que présente l'information divulguée: la Cour rappelle que les informations divulguées n'étaient pas seulement de nature à «interpeller ou scandaliser» comme le retint la Cour d'appel, mais apportaient bien un éclairage nouveau, dont il convient de ne pas minorer l'importance dans le contexte d'un débat sur «l'évitement fiscal, la défiscalisation et l'évasion fiscale», en fournissant des renseignements à la fois sur le montant des bénéficiaires déclarés par les multinationales concernées, sur les choix politiques opérés au Luxembourg en matière de fiscalité des entreprises, ainsi que sur leurs incidences en termes d'équité et de justice fiscale, à l'échelle européenne et, en particulier en France. Par ailleurs, le poids de l'intérêt public attaché à la divulgation litigieuse ne peut être évalué indépendamment de la place qu'occupent désormais les multinationales de dimension mondiale tant sur le plan économique que social. En effet, les informations relatives aux pratiques fiscales des multinationales telles que celles dont les déclarations ont été rendues publiques par le requérant permettaient indéniablement de nourrir le débat en cours – déclenché par les premières divulgations de l'auditeur (A.D.) – sur l'évasion fiscale, la transparence, l'équité et la justice fiscale. Il ne fait aucun doute qu'il s'agit là d'informations dont la divulgation présente un intérêt public pour l'opinion – aussi bien au Luxembourg, dont la politique fiscale était directement en cause, qu'en Europe et dans les autres États dont les recettes fiscales pouvaient se trouver affectées par les pratiques révélées.

5. Les effets dommageables de la divulgation: la Cour estime que le préjudice subi par l'employeur du requérant ne saurait s'apprécier au regard des seuls impacts financiers éventuels de la divulgation litigieuse. Elle admet en effet que PwC a subi un certain préjudice de réputation. Toutefois, la Cour souligne que la réalité de ce préjudice n'apparaît pas avérée sur le long terme.

Ensuite, elle estime nécessaire de rechercher si d'autres intérêts ont été affectés par la divulgation litigieuse. Elle souligne qu'en l'espèce n'est pas seule-

ment en cause la divulgation d'informations par le requérant mais également la soustraction frauduleuse de leur support et qu'à ce titre doit aussi être pris en compte l'intérêt public à prévenir et sanctionner le vol. En outre, la Cour souligne que le respect du secret professionnel présente indéniablement un intérêt public et que le requérant se trouvait tenu au secret professionnel qui prévaut dans le domaine des activités exercées par son employeur, auquel il se trouvait astreint dans l'exercice de son activité professionnelle en vertu de la loi.

Certes, aux yeux de la Cour, les éléments d'appréciation retenus par la Cour d'appel en ce qui concerne le préjudice subi par PwC, à savoir «l'atteinte à l'image» et «une perte de confiance» sont incontestablement pertinents. Pour autant, la Cour d'appel s'est contentée de les formuler en termes généraux, sans apporter de précision permettant de comprendre pourquoi elle a finalement estimé qu'un tel préjudice, dont la nature et la portée n'ont au demeurant pas été déterminées de manière circonstanciée, était «supérieur à l'intérêt général» que présentait la divulgation des informations litigieuses. La Cour en déduit que la Cour d'appel n'a pas placé, dans le second plateau de la balance, l'ensemble des effets dommageables qu'il convenait de prendre en compte.

En ce qui concerne l'opération de mise en balance effectuée par les juridictions internes, la Cour estime que celle-ci ne répond pas aux exigences qu'elle a définies à l'occasion de la présente affaire. En effet, d'une part, la Cour d'appel s'est livrée à une interprétation trop restrictive de l'intérêt public que revêtaient les informations divulguées. D'autre part, elle n'a pas intégré, dans le second plateau de la balance, l'ensemble des effets dommageables de la divulgation en cause, mais s'est seulement attachée au préjudice subi par l'employeur.

Dès lors, procédant elle-même à la mise en balance des intérêts en jeu, la Cour rappelle qu'elle a reconnu que les informations révélées par le requérant présentaient indéniablement un intérêt public. Dans le même temps, la circonstance que la divulgation litigieuse s'est faite au prix d'un vol de données et de la violation du secret professionnel qui liait le requérant ne pouvait être ignorée. Cependant, la Cour relève l'importance relative des informations divulguées, eu égard à leur nature et à la portée du risque s'attachant à leur révélation. Au vu des constats opérés quant à l'importance, à l'échelle tant nationale qu'européenne, du débat public sur les pratiques fiscales des multinationales auquel les informations divulguées par le requérant ont apporté une contribution essentielle, la Cour estime que l'intérêt public attaché à la divulgation de ces informations l'emporte sur l'ensemble des effets dommageables.

6. La sévérité de la sanction, la Cour note qu'après avoir été licencié par son employeur, le requérant a été poursuivi pénalement et condamné au terme d'une procédure pénale ayant connu un fort retentissement médiatique, à une peine d'amende de 1.000 euros. Eu égard à la nature des sanctions infligées et à la gravité des effets de leur cumul, en particulier de leur effet dissuasif au regard de la liberté d'expression du requérant ou de tout autre lanceur d'alerte, lequel n'apparaît aucunement avoir été pris en compte par la Cour d'appel et, compte tenu surtout du résultat auquel elle est parvenue au terme de la mise en balance

des intérêts en jeu, la Cour considère que la condamnation pénale du requérant ne peut être considérée comme proportionnée au regard du but légitime poursuivi.

En conclusion, la Cour, après avoir pesé les différents intérêts ici en jeu et pris en compte la nature, la gravité et l'effet dissuasif de la condamnation pénale infligée au requérant, conclut que l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression de ce dernier, en particulier de son droit de communiquer des informations, n'était pas «nécessaire dans une société démocratique». Il y a donc eu violation de l'article 10 de la Convention.

Satisfaction équitable (Article 41)

La Cour dit que le Luxembourg doit verser au requérant 15.000 euros (EUR) pour dommage moral et 40.000 EUR pour frais et dépens.

**LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO CONSOLIDA
LA PROPRIA GIURISPRUDENZA IN DIFESA DEI DIRITTI
DEI *WHISTLEBLOWER*: L'INTERESSE PUBBLICO
ALLA DIVULGAZIONE DELLE INFORMAZIONI DEVE
PREVALERE SUL DIRITTO ALLA RISERVATEZZA***

Il fenomeno degli «informatori nell'interesse generale» riguarda tutti coloro che si prefiggono di sensibilizzare le autorità e/o allertare l'opinione pubblica su diversi pericoli cui, a loro avviso, va incontro la collettività. Detti pericoli trarrebbero origine da sviluppi tecnologici e prassi che possono mettere in difficoltà il corretto funzionamento delle istituzioni o che possono causare gravi pregiudizi alla società, in generale in ambiti quali la salute o la non corretta osservanza di obblighi soprattutto in materia finanziaria. Caratteristica precipua di tale fenomeno è il ricorrere, da parte dei suddetti informatori, a vari mezzi di informazione. Tale attività è spesso in antitesi con precisi obblighi in materia di regole di comportamento, sia in quanto cittadini sia con riferimento a rapporti di lavoro subordinato.

Il caso *Halet*, oggetto della sentenza in epigrafe, rappresenta una tappa importante nello sviluppo del pensiero della Corte di Strasburgo in tema di libertà di espressione, tema questo che si situa in un contesto particolare quale è il rapporto, spesso conflittuale, del cittadino con le regole in materia di fiscalità.

La sentenza ha caratteristiche peculiari per l'inquadramento giurisprudenziale della libertà di espressione garantita dall'art. 10 della CEDU.

* Considerazioni a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Halet*.

La sentenza, in effetti, sembra voler perseguire un duplice scopo: confermativo da una parte e, dall'altra, ampliativo con riferimento ad una precedente giurisprudenza, quella consacrata dalla sentenza del 12 febbraio 2008, *Guja c. Moldavia*.

Ricordando che la libertà di espressione è uno dei principi cardine di una società democratica, una delle condizioni essenziali per il suo progresso e per lo sviluppo di ogni persona, la Corte ribadisce subito che «tale libertà vale non solo per "informazioni" o "idee" accolte con favore o ritenute innocue o indifferenti, ma anche per quelle che offendono, sconvolgono, preoccupano, come richiedono il pluralismo, la tolleranza e lo spirito di apertura senza i quali non c'è nessuna "società democratica"».

D'altro canto, con particolare riguardo ai principi applicabili nell'ambito dei rapporti professionali, la Corte ricorda (par. 111 della sentenza) che la tutela dell'art. 10 CEDU si estende alla sfera professionale in generale; che questa disposizione si applica non solo ai rapporti tra datore di lavoro e lavoratore quando questi sono regolati dal diritto pubblico, ma che può applicarsi anche quando tali rapporti sono regolati dal diritto privato; che il reale ed effettivo esercizio della libertà di espressione non dipende semplicemente dal dovere dello Stato di astenersi da ogni ingerenza, ma può richiedere misure positive di tutela anche nei rapporti dei singoli tra loro e, in alcuni casi, lo Stato ha l'obbligo positivo di proteggere il diritto alla libertà di espressione, anche contro gli attacchi di privati.

Ed in seguito, per quanto concerne la libertà di espressione nei luoghi di lavoro, la sua tutela costituisce, secondo la Corte, «una linea costante e consolidata» della propria giurisprudenza. Essa ribadisce che tale giurisprudenza, infatti, «*A progressivement dégagé une exigence de protection spéciale dont doivent pouvoir bénéficier, à certaines conditions, les fonctionnaires ou employés qui divulguent, en infraction des règles qui leur sont applicables, des informations confidentielles obtenues sur leur lieu de travail*» (par. 112 della sentenza).

A ciò la Corte aggiunge che si è così costruita una giurisprudenza a tutela degli informatori ricordando di aver definito per la prima volta nella sentenza *Guja* la scaletta per determinare se, ed in che misura, l'autore di una divulgazione di informazioni riservate, acquisite sul posto di lavoro, avrebbe potuto invocare la protezione dell'art. 10 della CEDU.

La Corte ha così chiarito i sei criteri definiti nella causa *Guja*: l'esistenza o meno di altri mezzi per procedere alla divulgazione; l'interesse pubblico rappresentato dalle informazioni divulgate; l'autenticità delle informazioni divulgate; il danno causato al datore di lavoro; la buona fede del segnalante; la gravità della sanzione.

Successivamente, tali criteri sono stati applicati dalla Corte anche alle controversie insorte nel contesto di un rapporto di lavoro di diritto privato. Secondo la Corte, ciò che è decisivo è il tipo di rapporto di lavoro piuttosto che lo *status* giuridico del denunciante. In tal modo, «*La protection dont jouissent les lanceurs d'alerte au titre de l'article 10 de la CEDH repose en effet sur la prise en compte de caractéristiques propres à l'existence d'une relation de travail: d'une part, le devoir de loyauté, de réserve et de discrétion inhérent au lien de subordination qui en découle ainsi que, le cas échéant, l'obligation de respecter un secret prévu par la loi; d'autre part, la position de vulnérabilité notamment économique vis-à-vis de la personne, de l'institution publique ou de l'entreprise dont ils dépendent pour leur travail, ainsi que le risque de subir des représailles de la part de celle-ci*» (par. 119 della sentenza).

In buona sostanza, il ragionamento della Corte fa perno su un aspetto essenziale della divulgazione di informazioni e dati. Tale aspetto è indicato come l'«interesse pubblico» che può rappresentare il contenuto di tali informazioni e dati, tenendo conto, in particolare, del fatto che si tratta pur sempre della divulgazione di informazioni confidenziali, ottenute sul luogo di lavoro ad opera di un impiegato e in violazione di precisi obblighi di comportamento. È interessante notare che, per la Corte, il peso dell'interesse pubblico connesso alla divulgazione contestata non può essere valutato indipendentemente dalla situazione che ora occupano le multinazionali globali, sia economicamente che socialmente e che va, inoltre, considerato il ruolo delle entrate fiscali sull'economia e sui bilanci statali e l'elevata posta in gioco per i governi di strategie fiscali come il trasferimento degli utili, a cui possono ricorrere alcune multinazionali. In definitiva «la Corte ne deduce che le informazioni relative alle pratiche tributarie di multinazionali come quelle le cui dichiarazioni sono state rese pubbliche dal ricorrente hanno innegabilmente consentito di alimentare il dibattito in corso – innescato dalle prime rivelazioni di A.D. – in materia di evasione fiscale, trasparenza, equità e giustizia fiscale. Non vi è dubbio che si tratti di informazioni la cui divulgazione è nell'interesse pubblico – sia in Lussemburgo, la cui politica fiscale era direttamente in questione, sia in Europa e in altri Stati membri, le cui entrate fiscali potrebbero essere influenzate dalle pratiche divulgate» (par. 192 della sentenza).

Quantunque la Corte ritenga di essere cosciente dei limiti tracciati dal principio di sussidiarietà al quale debbono essere improntati i suoi giudizi per quanto riguarda le valutazioni sulle scelte operate dagli Stati nelle materie nelle quali si applica il concetto del «margine di apprezzamento» riservato alle autorità nazionali, essa ha attribuito nella fattispecie un peso

specifico maggiore ad un interesse pubblico preminente a livello europeo, e ciò nonostante le circostanze in cui si è operata la divulgazione delle informazioni, divulgazione che è stata il frutto di un furto di dati e il risultato di una violazione del segreto professionale che vincolava il ricorrente. Pertanto «*Au vu des constats opérés ci-dessus quant à l'importance, à l'échelle tant nationale qu'européenne, du débat public sur les pratiques fiscales des multinationales auquel les informations divulguées par le requérant ont apporté une contribution essentielle, la Cour estime que l'intérêt public attaché à la divulgation de ces informations, l'emporte sur l'ensemble des effets dommageables*» (par. 202 della sentenza).

È evidente come, in virtù del suo contenuto e delle sue implicazioni di natura politica ed economica, la sentenza in oggetto possa assumere un'importanza che va ben oltre le circostanze del caso di specie. Taluni aspetti meritano di essere sottolineati al riguardo.

In primo luogo, l'affermazione di una metodologia interpretativa che, pur ponendosi nell'ambito di un controllo rispettoso dei principi di sussidiarietà per quanto riguarda le valutazioni dei giudici nazionali nei settori nei quali dispongono, in linea di principio, di un margine di discrezionalità più o meno ampio, la Corte conferma chiaramente che essi sono subordinati all'organo designato dalla CEDU per interpretare e applicare le norme della CEDU.

Al riguardo, la Corte ha sottolineato che la propria giurisprudenza nel contesto della protezione della libertà di espressione degli informatori fornisce all'autorità giudiziaria nazionale "linee guida". Pertanto, essa ribadisce che «non vi è dubbio che le autorità nazionali, e in particolare la Corte d'appello, si siano sforzate di applicare la sua giurisprudenza in modo equo». L'avverbio "equamente" sembra riflettere un giudizio di valore da parte dell'autorità incaricata di verificare se lo spirito della sua giurisprudenza sia stato effettivamente incorporato nelle decisioni a livello nazionale.

Inoltre, la Corte ricorda che le autorità nazionali sono tenute a motivare le loro decisioni «in modo sufficientemente dettagliato». In caso contrario, spetterà alla Corte sovranazionale ponderare gli interessi in gioco.

È, quindi, in maniera netta che la Corte chiarisce il carattere relativamente sussidiario del suo ruolo. In sintesi, si può ritenere che il quadro didattico di alcune delle sue sentenze consenta alla Corte di tracciare i contorni di una geometria giurisdizionale pragmatica e rispettosa del principio di sussidiarietà tra livello nazionale e sovranazionale.

In secondo luogo, vale la pena sottolineare l'importanza attribuita dalla Corte a tutti coloro il cui ruolo in una società democratica è descritto come «informatori». Secondo la Corte, l'informatore appare come una sorta di

"esploratore" il cui compito è individuare e denunciare nella società in cui vive, a beneficio dell'intera comunità, comportamenti se non riprovevoli rispetto alle norme giuridiche vigenti, quantomeno inaccettabili dal punto di vista morale e dei principi di equità.

Infine, la ponderazione tra l'interesse pubblico alla comunicazione di informazioni di interesse sia per i contribuenti europei sia per le imprese, da un lato, e gli interessi legittimi, ma solo in una certa misura, degli operatori finanziari il cui compito è in realtà la migliore ottimizzazione fiscale possibile a scapito delle finanze pubbliche, ha spinto la Corte, attraverso un'interpretazione innovativa e ispirata, a favorire un comportamento, quella del richiedente, che ha inteso denunciare comportamenti irregolari e discutibili.

Infine, occorre sottolineare che la sentenza *Halet*, per via di una architettura apertamente didattica nella quale la Corte indica e precisa quale debba essere il quadro interpretativo a livello nazionale al fine di ponderare correttamente la natura degli interessi in gioco, conferma sostanzialmente il ruolo "quasi costituzionale" del giudice di Strasburgo in materia di interpretazione autentica delle norme della CEDU.

Michele de Salvia*

SINTESI

Il ragionamento della Corte, sviluppato nella sentenza *Halet*, fa perno su un aspetto essenziale della divulgazione di informazioni e di dati. Tale aspetto è indicato come l'«interesse pubblico» che può rappresentare il contenuto di tali informazioni e di dati, tenendo conto, in particolare, del fatto che si tratta pur sempre della divulgazione di informazioni confidenziali, ottenute sul luogo di lavoro. Quantunque la Corte ritenga di essere cosciente dei limiti tracciati dal principio di sussidiarietà al quale debbono essere improntati i suoi giudizi per quanto riguarda le valutazioni sulle scelte operate dagli Stati, essa ha attribuito nella fattispecie un peso specifico maggiore ad un interesse pubblico preminente a livello europeo, e ciò nonostante le circostanze in cui si è operata la divulgazione delle informazioni, divulgazione che è stata il frutto di un furto di dati e il risultato di una violazione del segreto professionale che vincolava il ricorrente.

ABSTRACT

The Court's reasoning, developed in Halet, hinges on an essential aspect of the disclosure of information and data. This aspect is referred to as the "public

* Già Cancelliere e Giureconsulto della Corte europea dei diritti dell'uomo

interest” that the content of such information and data may represent, taking into account, in particular, the fact that it is still the disclosure of confidential information, obtained in the workplace. Although the Court considers that it is aware of the limits set by the principle of subsidiarity, which must guide its judgments with regard to assessments of the choices made by States, it has given greater specific weight in the present case to a public interest that is pre-eminent at European level, and this despite the circumstances in which the information was disclosed, a disclosure that was the result of data theft and the result of a breach of professional secrecy binding on the applicant.

IL SISTEMA DISTRIBUTIVO SELETTIVO: QUANDO È LEGITTIMAMENTE ADOTTATO

**Corte di cassazione, prima sezione civile
Ordinanza del 16 febbraio-14 marzo 2023 n. 7378***

Distribuzione selettiva e sua giustificazione - Limiti all'esaurimento del marchio - Art. 7 direttiva n. 2008/95/Ce - Eccezioni ai casi di esaurimento del marchio.

Il principio dell'esaurimento del marchio, ai sensi dell'art. 7, direttiva n. 2008/95/Ce, implica che, una volta immesso un bene in commercio nel territorio dell'Ue, direttamente o attraverso un licenziatario, il titolare del marchio ne perde le relative facoltà di privativa, essendo l'esclusiva limitata al primo atto di commercializzazione, salvo che si tratti di articolo di lusso o di prestigio; che sia stato adottato un sistema di distribuzione selettiva; che la commercializzazione, al di fuori della rete distributiva autorizzata, abbia arrecato un pregiudizio alla reputazione del marchio.

La commercializzazione dei prodotti del fabbricante non integra la contraffazione del marchio, in assenza di prova del criterio di selezione dei distributori e dei requisiti che i predetti dovevano mantenere nel corso del rapporto.

(Omissis)

Fatti di causa

La Corte d'Appello di Milano, con sentenza n. 4682-2019, depositata in data 25.11.2019, in riforma della sentenza n. 7691-2018, pubblicata il 9.7.2018, ha

* Il testo integrale dell'ordinanza è reperibile sul sito internet www.cortecassazione.it. In argomento v. *infra*, p. 609 ss., il commento di *GIAN FRANCO SIMONINI*.

accertato che le attività di promozione e commercializzazione dei prodotti contraddistinti dal segno "Chantecler", poste in essere da Gens Aurea s.p.a., non integrano contraffazione del predetto marchio ed ha quindi respinto le domande proposte da Chantecler s.p.a., dirette ad ottenere l'inibizione a Gens Aurea s.p.a. dalla promozione, distribuzione, commercializzazione, in tutte le sue forme, dei prodotti recanti il marchio "Chantecler".

Il giudice di secondo grado ha ritenuto non provata la sussistenza di un sistema di distribuzione selettiva per la commercializzazione dei prodotti contraddistinti dal marchio "Chantecler" e comunque ha ritenuto che la commercializzazione di tali prodotti da parte della Gens Aurea s.p.a., al di fuori della rete distributiva autorizzata, non ha arrecato pregiudizio alla reputazione del predetto marchio.

Avverso la predetta sentenza ha proposto ricorso per cassazione la Chantecler s.p.a. affidandolo a tre motivi.

La Gens Aurea s.p.a. ha resistito in giudizio con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato le memorie ex art. 380 bis. 1 cod. proc. civ.

Ragioni della decisione

1. Con il primo motivo è stata dedotta la nullità della sentenza impugnata per violazione dell'art. 51 cod. proc. civ. e dell'art. 111 Cost., in relazione all'art. 360 nn. 3 e 4 cod. proc. civ. (*Omissis*).

3. Con il secondo motivo è stata dedotta la violazione e/o falsa applicazione del regolamento UE n. 330/2010, l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, ex art. 360 comma 1, n. 5, cod. proc. civ. per avere la Corte d'Appello statuito l'insussistenza di un sistema di distribuzione selettiva in capo a Chantecler s.p.a.

Deduce la società ricorrente che la Corte territoriale avrebbe errato nell'applicare la normativa eurounitaria nonché omesso di esaminare un fatto decisivo oggetto di discussione tra le parti, ovvero che i prodotti della Chantecler s.p.a. siano beni di lusso, già di per sé idonei a legittimare in capo alla stessa l'adozione di un sistema di distribuzione selettiva.

Inoltre, lamenta che il giudice d'appello avrebbe ritenuto inspiegabilmente ininfluenti circostanze che il Tribunale di Milano aveva, invece, valorizzato come prova della sussistenza di una rete di distribuzione selettiva, ovvero che risultava provato che Chantecler imponeva ai propri rivenditori determinate modalità di presentazione di vendita del prodotto, nonché una determinata politica dei prezzi, vigilando affinché tali modalità e tale politica venissero rispettati.

Inoltre, anche l'iter logico seguito dalla Corte d'Appello risultava contraddittorio, avendo, da un lato, riconosciuto che la struttura di vendita organizzata da Chantecler s.p.a. possedeva i requisiti indicati dal regolamento UE n. 330/2010, e, dall'altro, sulla scorta di una presunta eccessiva discrezionalità del produttore nell'applicazione di uno solo dei numerosi criteri qualitativi indicati (quello relativo all'ubicazione del distributore in capoluoghi di provincia o in importanti comuni della provincia o in località di rilevante interesse turistico commerciale), ha

negato la sussistenza di un sistema di distribuzione selettiva in capo a Chantecler. Così valutando, la Corte d'Appello aveva vanificato la logica sottesa all'adozione di un sistema di distribuzione selettiva da parte di Chantecler, ossia la precisa volontà della Maison orafa di distribuire e commercializzare il prodotto di lusso (nel caso di specie, alta gioielleria) avvalendosi di rivenditori/concessionari aventi precise caratteristiche di eleganza ed esclusività, così da preservare l'immagine di lusso e di prestigio legata al proprio marchio e ai propri prodotti.

4. Il motivo è inammissibile.

Va premesso che la direttiva europea 2008/95/CE ha introdotto nell'ordinamento comunitario, con l'art. 7, il principio di esaurimento del marchio (espressione del principio di libera circolazione delle merci), recepito dal nostro ordinamento con l'art. 5 del codice di proprietà industriale.

Secondo tale principio, una volta che il titolare di uno o più diritti di proprietà industriale immetta in commercio, direttamente o con il proprio consenso (a titolo di esempio, con un licenziatario), un bene nel territorio dell'Unione europea, questi perde le relative facoltà di privativa.

L'esclusiva è, pertanto, limitata al primo atto di messa in commercio, con la conseguenza che nessuna esclusiva può essere successivamente vantata dal titolare del diritto di proprietà industriale sulla circolazione del prodotto recante il marchio.

Il principio dell'esaurimento registra, tuttavia, un'eccezione: il comma secondo dell'art. 5 c.p.i. prevede che questa limitazione di poteri del titolare della privativa non si applica quando sussistono "motivi legittimi" perché il titolare stesso si opponga all'ulteriore commercializzazione dei prodotti.

La giurisprudenza comunitaria (vedi Corte Giustizia, sentenza 23.4.2009, causa C 59/08, Copad contro Christian Dior) ha ritenuto che l'esistenza di una rete di distribuzione selettiva – intendendo per tale, secondo quanto previsto dall'art. 1 lett. e) del regolamento UE n. 330/2010, un sistema di distribuzione nel quale il fornitore si impegna a vendere i beni o servizi oggetto del contratto, direttamente o indirettamente, solo a distributori selezionati sulla base di criteri specificati e nel quale questi distributori si impegnano a non vendere tali beni o servizi a rivenditori non autorizzati nel territorio che il fornitore ha riservato a tale sistema – può essere ricompresa tra i "motivi legittimi", ostativi all'esaurimento del marchio, a condizione che il prodotto commercializzato sia un articolo di lusso o di prestigio che legittimi la scelta di adottare un sistema di distribuzione selettiva.

Effettuato questo sintetico, ma opportuno, inquadramento giuridico della fattispecie sottoposta all'esame di questa Corte, possono esaminarsi le censure della ricorrente.

Va preliminarmente osservato che la Corte d'Appello non ha affatto omesso di considerare che i prodotti Chantecler siano beni di lusso. In particolare, a pagg. 17 e 18 della sentenza impugnata, tale giudice, nel ricordare che sussiste motivo legittimo preclusivo all'esaurimento delle facoltà connesse al marchio in presenza di determinate circostanze, ovvero quando: 1) il prodotto contraddistinto dal marchio è un articolo di lusso o comunque di prestigio; 2) il titolare del marchio

ha adottato un sistema di distribuzione selettiva per la commercializzazione del prodotto; 3) il soggetto che commercializza il prodotto, al di fuori della rete distributiva autorizzata, arreca un pregiudizio alla reputazione del marchio, ha considerato, nel caso di specie, insussistenti, come sopra anticipato nella parte narrativa, i requisiti sub 2 e 3, ritenendo quindi implicitamente sussistente il requisito sub 1), ovvero che i prodotti Chantecler rappresentino dei beni di lusso.

Quanto alle altre censure illustrate nel motivo, non vi è dubbio che la ricorrente, con l'apparente doglianza della violazione di legge (regolamento UE n. 330/2010), svolga, in realtà, delle censure di merito, in quanto finalizzate a sollecitare una diversa ricostruzione dei fatti ed una differente valutazione del materiale probatorio rispetto a quella operata dalla Corte d'Appello di Milano.

La ricorrente si duole, infatti, inammissibilmente, di una valutazione di fatto compiuta dalla Corte territoriale, apprezzamento che, in quanto riservato al giudice di merito, non è sindacabile in sede di legittimità, se non nei ristretti limiti di cui alla nuova formulazione dell'art. 360 comma 1 n. 5, cod. proc. civ., come interpretato dalle Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza n. 8053/2014.

In particolare, in questa pronuncia, il Supremo Collegio ha enunciato il principio di diritto secondo cui è denunciabile in cassazione solo l'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali. Tale anomalia si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione.

Nel caso di specie, il vizio di motivazione non è stato dedotto dalla ricorrente, quantomeno nei termini richiesti dalla predetta sentenza delle Sezioni Unite, e comunque è insussistente la dedotta contraddittorietà dell'iter logico seguito dalla Corte d'Appello, non avendo, sul punto, la ricorrente colto correttamente la *ratio decidendi*.

In particolare, il giudice di secondo grado non ha affatto riconosciuto, a pag. 19 della sentenza impugnata, che la struttura di vendita organizzata da Chantecler s.p.a. possedesse i requisiti indicati dal regolamento Ue n. 330/2010 per la distribuzione selettiva.

La Corte d'Appello si è limitata a dare atto che Chantecler aveva ben "indicato", già nel procedimento di primo grado, quali caratteristiche dovevano possedere i rivenditori della sua rete, ritenendo, tuttavia, all'esito dell'esame del materiale probatorio – difformemente rispetto alle conclusioni cui era pervenuto il giudice di primo grado – che non vi era prova che i criteri elencati dalla Chantecler (ubicazione in capoluoghi di provincia o importanti comuni di provincia o zone di rilevante interesse turistico commerciale, posizione centrale dell'esercizio commerciale; tradizione consolidata nel tempo dell'esercizio; alta professionalità dell'esercente ed elevata qualità del servizio offerto ai clienti; stigliature ed arredi

presenti nell'esercizio eleganti e di alta qualità; commercializzazione autorizzata di importanti marchi di gioielleria quali a titolo esemplificativo: Bulgari, Pomellato, Buccellati, Cartier, Chopard, etc.) fossero stati dalla stessa effettivamente applicati nell'individuazione dei distributori.

In particolare, ha precisato la Corte di merito che, nei contratti di distribuzione (valorizzati dal Tribunale in senso favorevole alla ricorrente), non era, in realtà, indicato alcun criterio in forza del quale il singolo distributore era stato selezionato, né che, nel corso del rapporto, il distributore dovesse continuare a mantenere il possesso dei requisiti richiesti. Neanche i contratti di agenzia prodotti in causa (valorizzati difformemente dal Tribunale) erano idonei a fornire la prova dell'esistenza di un sistema di distribuzione selettiva e comunque risultavano conclusi dopo quelli con i distributori, non consentendo quindi di affermare che i distributori fossero stati in precedenza selezionati sulla base dei criteri previsti dai contratti di agenzia.

In ogni caso, se era pur vero che la Chantecler aveva richiesto di provare, anche per testimoni, la circostanza che i distributori erano stati selezionati in base ai criteri sopra indicati, tuttavia, dopo che il Tribunale aveva ritenuto superflua la prova, la Chantecler s.p.a. non aveva proposto l'istanza, in sede di precisazione delle conclusioni di primo grado, con la conseguenza che la stessa doveva ritenersi rinunciata, e non poteva essere presa in considerazione nel giudizio d'appello, pur se in quella sede era stata riproposta.

Infine, la Corte d'Appello, nell'esaminare i diversi criteri indicati da Chantecler per la selezione dei distributori, ha comunque accertato che ben venticinque esercizi su novantanove presenti nell'elenco non erano ubicati né in capoluoghi di provincia, né in zone di interesse turistico.

Alla luce delle soprariportate osservazioni, la Corte territoriale ha concluso che difettava la prova che i distributori autorizzati fossero stati selezionati sulla base del possesso di determinati requisiti prestabiliti.

Come già anticipato, trattasi di valutazione di fatto che non è sindacabile in sede di legittimità, essendo stata articolata congruamente con una motivazione immune da vizi logici.

5. Con il terzo motivo è stata dedotta la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 20 c.p.i. e 1 lett. e) del regolamento UE n. 330/2010, nonché l'omesso esame di fatto decisivo per il giudizio ex art. 360 comma 1 n. 5 cod. proc. civ., per avere la Corte d'Appello statuito l'assenza di pregiudizio alla reputazione del marchio "Chantecler" dalla vendita dei prodotti effettuata da Gens Aurea s.p.a.

Deduce, in primo luogo, la ricorrente che la Corte d'Appello avrebbe omesso di valutare come fatto decisivo la circostanza che il marchio "Chantecler" è un segno rinomato, depositato per contraddistinguere prodotti di lusso.

Evidenzia, inoltre, che la logica sottesa all'adozione del sistema di distribuzione selettiva di Chantecler s.p.a. (tutela della dimensione di esclusività della propria rete di vendita e del prestigio del marchio) è stata vanificata dalla condotta illecita posta in essere da Gens Aurea s.p.a., la quale ha provveduto alla vendita non autorizzata dei prodotti Chatecler in violazione dell'art. 20 lett. a) c.p.i.

La ricorrente contesta, altresì, l'affermazione con cui la Corte d'Appello ha ritenuto che la vendita dei prodotti di lusso effettuata da un soggetto estraneo alla rete selettiva, che non risponda ai requisiti di eccellenza imposti dall'imprenditore, non determini di per sé un pregiudizio per la reputazione del marchio. La ricorrente, in particolare, non ha condiviso l'assunto della Corte di merito secondo cui le modalità di vendita adottate [da] Gens Aurea nel proprio punto vendita ad insegna «(Omissis), all'interno dell'Outlet sito in (Omissis) non pregiudicherebbe il prestigio del marchio "Chantecler"». Infatti, la sola collocazione di tale punto vendita all'interno di un Outlet determinerebbe il pregiudizio, anche in via potenziale, dell'immagine di lusso di tale segno, atteso [che] gli Outlet, così come i centri commerciali, non rispondono ai requisiti di eccellenza che Chantecler adotta.

6. Il motivo è inammissibile.

Va osservato che la Corte d'Appello ha rigettato la domanda della odierna ricorrente con una doppia *ratio decidendi*:

1) non vi è prova che i distributori autorizzati da Chantecler s.p.a. fossero stati selezionati sulla base del possesso di determinati requisiti prestabiliti, come richiesto dall'art. 1 lett. e) reg. UE 330/2010;

2) in ogni caso, la sola circostanza che il rivenditore fosse estraneo alla rete di distribuzione selettiva e non possedesse i requisiti posseduti dai distributori autorizzati non è comunque di per sé sufficiente a ritenere che la commercializzazione del prodotto di lusso determini un pregiudizio per la reputazione del marchio.

In sostanza, la Corte d'Appello, con la prima *ratio decidendi*, ha escluso la sussistenza dei requisiti richiesti dall'art. 1 lett. e) reg. UE 330/2010 per la configurabilità di una rete di distribuzione selettiva idonea ad integrare i "motivi legittimi" perché il titolare stesso possa opporsi all'ulteriore commercializzazione dei prodotti recanti il proprio marchio, nonostante la loro immissione nel territorio comunitario. Con la seconda *ratio decidendi*, la Corte ha ritenuto che, anche ammettendo l'esistenza di una rete distribuzione selettiva, comunque, la vendita di un prodotto di lusso da parte di un rivenditore estraneo a tale rete non determina di per sé pregiudizio alla reputazione del marchio e, nel caso di specie, le concrete modalità di vendita seguite da Gens Aurea s.p.a. avevano confermato che un tale pregiudizio non era stato arrecato.

Orbene, è orientamento consolidato di questa Corte che qualora la decisione di merito si fondi su di una pluralità di ragioni, tra loro distinte e autonome, singolarmente idonee a sorreggerla sul piano logico e giuridico, la ritenuta infondatezza (o l'inammissibilità) delle censure mosse ad una delle "*rationes decidendi*" – nel caso di specie, quelle esaminate nel secondo motivo – rende inammissibili, per sopravvenuto difetto di interesse, le censure relative alle altre ragioni esplicitamente fatte oggetto di doglianza, in quanto queste ultime non potrebbero comunque condurre, stante l'intervenuta definitività delle altre, alla cassazione della decisione stessa (vedi Cass. n. 11493 del 11/05/2018).

(*Omissis*)

I REGIMI DISTRIBUTIVI SELETTIVI ALLA LUCE DELLA ORDINANZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE N. 7378/2023: OCCORRE ANCHE UN ESAME DELLA LORO EFFETTIVITÀ?

Sommario: *Premessa - I. I beni di lusso - II. I prodotti di lusso ed il sistema distributivo - III. La giurisprudenza milanese - IV. La soluzione offerta dalla Suprema Corte - V. Conclusioni.*

Premessa

La legge sui marchi d'impresa assicura l'esaurimento del diritto a seguito della legittima messa in circolazione dei prodotti, salvo non ricorrano *motivi legittimi*. La direttiva n. 89/104/Cee del Consiglio del 21 dicembre 1988, all'art. 7, affermava che: «1. Il diritto conferito dal marchio di impresa non permette al titolare dello stesso di vietare l'uso del marchio di impresa per prodotti immessi in commercio nella Comunità con detto marchio dal titolare stesso o con il suo consenso. 2. Il paragrafo 1 non si applica quando sussistono motivi legittimi perché il titolare si opponga all'ulteriore commercializzazione dei prodotti, in particolare quando lo stato dei prodotti è modificato o alterato dopo la loro immissione in commercio». Attualmente, l'art. 15 della direttiva (Ue) n. 2015/2436 del 16 dicembre 2015, che sostituisce la sopra cennata direttiva, afferma: «1. Un marchio d'impresa non dà diritto al titolare dello stesso di vietarne l'uso per prodotti immessi in commercio nell'Unione con detto marchio dal titolare stesso o con il suo consenso. 2. Il paragrafo 1 non si applica quando sussistono *motivi legittimi* perché il titolare si opponga all'ulteriore commercializzazione dei prodotti, in particolare quando lo stato dei prodotti è modificato o alterato dopo la loro immissione in commercio».

I *motivi legittimi* possono (anche) derivare dalla violazione, da parte del distributore della rete selettiva¹, del divieto di vendere i prodotti contrattuali ai rivenditori indipendenti², a patto che si dimostri che detti prodotti sono di “lusso” (nozione alquanto incerta), che è costituita dal fornitore (fabbricante) una rete distributiva selettiva effettiva e che la vendita da parte dei distributori indipendenti danneggia lo stile e l’immagine del prodotto. La questione venne esaminata e risolta in questo senso dalla Corte di giustizia nel caso *Copad*³, limitatamente all’accordo tra un distributore della rete (SIL) e un distributore indipendente (Copad) che si rendeva acquirente di beni del primo e li rivendeva sul mercato. Copad operava nel canale della grande distribuzione a prezzi bassi. Dior (fornitore di beni di lusso) contestava questo accordo e imputava a SIL e a Copad la contraffazione del marchio. L’aspetto osservato dalla Corte di giustizia – è bene notarlo – era circoscritto all’accordo tra il distributore aggregato ed il rivenditore indipendente. La Corte – affermato il principio – chiedeva al giudice del merito di verificare la sussistenza di un possibile danno all’immagine dei prodotti. Si dava per ammesso (nel rapporto *a monte* tra fornitore e acquirente) che i prodotti venduti fossero di lusso e che la struttura della rete creasse efficienze sul mercato a favore dei consumatori. È peraltro intuitivo che più il prodotto è “comune”, più si limita l’attività dei rivenditori indipendenti esclusi dalla vendita e maggiore è il danno ai consumatori, specie in un mercato con scarsa concorrenza fra marche (*interbrand*) e utilizzo dello stesso sistema distributivo da parte dei maggiori produttori.

Va ricordato, a proposito di quest’ultimo aspetto, che all’interno del par. 3 dell’art. 101 TFUE si valuta positivamente una restrizione alla con-

¹ La distribuzione dei prodotti a mezzo rivenditori indipendenti è attuata attraverso sistemi esclusivi, selettivi o liberi. Nei primi viene garantita al rivenditore una sorta di monopolio nella zona assegnata, in quanto il produttore non nominerà o nominerà un numero limitato di rivenditori; nella distribuzione selettiva il produttore limita (seleziona) il numero dei rivenditori della rete in base a criteri oggettivi (*standard*). Mentre il rivenditore esclusivo deve vendere a qualsiasi cliente, il distributore selettivo non può vendere ai rivenditori indipendenti.

² V. anche art. 4, lett. *d.*, punto *ii.*, del Regolamento (Ue) n. 2022/720, ove si autorizza, in via di eccezione, «la restrizione delle vendite attive o passive da parte dell’acquirente e dei suoi clienti a distributori non autorizzati situati in un territorio in cui il fornitore gestisce un sistema di distribuzione selettiva dei beni o servizi oggetto del contratto». Questa restrizione caratterizza sin dalla sua prima utilizzazione il sistema selettivo e protegge il distributore della rete dai c.d. fenomeni di *free riding* (o parassitismo di certificazione).

³ Sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 2009 in causa n. C-59/08, *Copad SA c. Cristian Dior*, EU:C:2009:260, ove: «alla luce di tali considerazioni, occorre risolvere la prima questione dichiarando che l’art. 8, n. 2, della direttiva deve essere interpretato nel senso che il titolare del marchio può invocare i diritti conferiti dal marchio stesso nei confronti di un licenziatario che viola una clausola del contratto di licenza con cui si vieta, per ragioni di prestigio del marchio, la vendita a rivenditori di partite in saldo di prodotti come quelli di cui alla causa principale, purché venga accertato che tale violazione, nelle circostanze di cui alla causa principale, danneggia lo stile e l’immagine di prestigio che attribuiscono a detti prodotti un’aura di lusso».

correnza solo se contribuisce a *migliorare* la distribuzione e appare *indispensabile* al sistema.

I. I beni di lusso

In prima approssimazione, perché si verifichi un danno all'immagine e alla reputazione del prodotto occorre che questo possa definirsi un bene tecnologico o di lusso, o, comunque, un prodotto non "comune" che necessiti di essere venduto in un determinato modo⁴. Il tema della correlazione tra prodotto⁵ e sistema distributivo è posto al punto 152 degli *Orientamenti sulle restrizioni verticali* del 30 giugno 2022⁶, ove si precisa che questi due simbiotici elementi devono essere necessari al miglioramento della distribuzione, diversamente non si giustificherebbe la limitazione dei punti vendita della rete (distribuzione selettiva quantitativa) e l'esclusione dalla distribuzione (selettiva qualitativa o quantitativa) dei rivenditori indipendenti. Limitazione che comporta un evidente incremento dei prezzi al consumo.

Affermavano gli *Orientamenti sulle restrizioni verticali* del 19 maggio 2010⁷, al punto 107, lett. *a.*, che un problema alla distribuzione di prodotti di qualità è costituito dal parassitismo. Il parassitismo tra acquirenti (rivenditori del prodotto) è possibile solo nei servizi *pre-vendita* e in altre attività promozionali, ma non nei servizi *post-vendita* che il distributore può addebitare ai propri clienti a livello individuale. In generale, il prodotto deve essere relativamente nuovo o tecnicamente complesso o la reputazione del prodotto deve essere un fattore considerevolmente determinante

⁴ Il bene tecnologico, complesso, di alta gamma necessita, tendenzialmente, di essere proposto in vendita in modo da enfatizzarne le qualità la cui effettiva percezione avviene nella fase della presentazione. Tuttavia, un prodotto potrebbe avere tanto *appeal* da non necessitare di essere posto in vendita in modo «selezionato»: la vettura Tesla viene presentata al pubblico in *store* abbastanza semplici, quasi "minimalisti", senza subire alcun nocimento all'immagine.

⁵ La natura del prodotto ha molta rilevanza nella valutazione degli effetti dell'accordo. Al punto 137 degli *Orientamenti sulle restrizioni verticali* del 2010, Doc. Sec(2010)411 def., reperibili sul sito internet <https://eur-lex.europa.eu>, si afferma che «la natura del prodotto è un fattore rilevante per la valutazione dei vantaggi in termini di efficienza. Vantaggi oggettivi in termini di efficienza sono più probabili nel caso di prodotti nuovi, prodotti complessi, prodotti la cui qualità è di difficile valutazione prima del consumo (prodotti cosiddetti "d'esperienza") o anche dopo il consumo (prodotti cosiddetti "di convinzione")». Inoltre la distribuzione esclusiva può avere come effetto un risparmio di costi logistici, grazie ad economie di scala nel trasporto e nella distribuzione. La combinazione di distribuzione esclusiva e monarchismo può aumentare gli incentivi per il distributore esclusivo o i distributori esclusivi a concentrare gli sforzi su un marchio particolare». Il ragionamento è effettuato per la distribuzione esclusiva, ma ha valore anche per quella selettiva.

⁶ *Orientamenti sulle restrizioni verticali* del 2022, In *Gu-Ue* n. C 248 del 30 giugno 2022, p. 1 ss., reperibili sul sito internet <https://eur-lex.europa.eu>.

⁷ *Loc. cit.*

della relativa domanda, poiché altrimenti il cliente è, di norma, in grado di sapere in anticipo ciò che vuole sulla base dei suoi acquisti anteriori. Il prodotto deve inoltre avere un certo valore, perché altrimenti non sarebbe interessante per un cliente recarsi in un negozio per ottenere informazioni e andare in un altro negozio per fare l'acquisto. Infine, non deve risultare semplice per il fornitore imporre per contratto a tutti gli acquirenti requisiti effettivi in materia di promozione o di servizi⁸. Gli *standard* selettivi proposti dal fabbricante non devono pertanto riprodurre un'usuale (e comune) tecnica di vendita del prodotto.

Dunque, esistono prodotti che non sono ancora ben conosciuti dal consumatore, sono tecnicamente complessi e necessitano di essere proposti al pubblico in un determinato modo. Una volta che sono conosciute le caratteristiche del prodotto, il consumatore può decidere di effettuare l'acquisto presso un rivenditore indipendente, approfittando, in modo parassitario dei servizi del rivenditore della rete. In quest'ottica sarebbe possibile creare, in via temporanea, sistemi distributivi il cui accesso è limitato solo a punti vendita di fascia alta (punto 107, lett. c.).

Il sistema selettivo si coniuga con un prodotto "selettivo" (con caratteristiche particolari): «gli accordi di distribuzione selettiva puramente qualitativa selezionano i rivenditori unicamente sulla base di criteri oggettivi collegati alla natura dei prodotti, quali il livello di qualificazione professionale del personale addetto alle vendite, il servizio fornito da ciascun punto vendita autorizzato, la vendita di una determinata gamma di prodotti, ecc. La natura del prodotto deve rendere necessario un sistema di distribuzione selettiva nel senso che un tale sistema deve rappresentare un *re-*

⁸ I rivenditori selettivi della rete sono soggetti ad onerosi *standard* i cui costi sono evitati dai rivenditori indipendenti. Il consumatore che non è a conoscenza delle caratteristiche del prodotto può maturare tale esperienza presso il punto vendita della rete, poi effettuare l'acquisto presso il rivenditore indipendente. Tale problema (*free riding*) è stato di recente osservato nelle vendite *online*: il consumatore acquisisce l'esperienza nel punto vendita fisico della rete ed effettua l'acquisto *online*. L'argomento del *free riding* è stato proposto e sviluppato per la prima volta da L. G. TELSER in *Why should suppliers want fair trade?*, in *Journal of Law and Economics*, 1960. Rileva l'A. che «suppliers choose to invest in image because this is what consumers demand. Chanel and Dior, for instance, have the option not to invest in image; but without investments in image, the demand for their products at any price would be much lower (...). However, the main effect is to enhance the image of the product: if Chanel No. 5 were sold in bulk over the internet, without any image investment, it would be entirely different product than the one sold in small bottles at upmarket perfumeries, advertised in expensive magazines, and so on». V. inoltre, T. BUETTNER - A. COSCELLI - T. VERGÈ - R. WINTER, *An economic analysis of the use of selective distribution by luxury goods suppliers*, in *European Competition Journal*, 2009, p. 201; K. BECKER - J. W. LEE - H. NOBRE, *The concept of luxury brands and the relationship between consumer and luxury brands*, in *Journal of Asian Finance, Economics and Business*, 2018, p. 61. Sulla distribuzione selettiva la letteratura è sterminata: rimane ancora fondamentale, a nostro avviso, l'intervento di P. CESARINI, *Les systèmes de distribution sélective en droit communautaire de la concurrence*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1992/2, p. 81.

quisito legittimo, in considerazione delle caratteristiche del prodotto in questione, per conservarne la qualità e garantirne un utilizzo corretto»⁹. La presenza del *requisito legittimo* determina l'inapplicabilità al sistema selettivo qualitativo del (divieto del) par. 1 dell'art. 101 TFUE. Entro questo paragrafo non avvengono le valutazioni comparatistiche del par. 3 dell'art. 101 TFUE, ma esami strutturali sulla possibilità di escludere dalla sua applicazione un accordo¹⁰.

La qualità del prodotto pare derivabile dalla sua specificità e diversità dal prodotto comune; tuttavia non è chiaro cosa sia effettivamente questa specificità: nella sentenza *Leclerc* il Tribunale della UE affermava che: «i sistemi di distribuzione selettiva, giustificati dalle caratteristiche specifiche dei prodotti o dalle esigenze della loro distribuzione, possono essere istituiti in settori economici diversi da quello dei beni di consumo durevoli, di alta qualità e tecnicità, senza infrangere l'art. 85, n. 1, del Trattato»¹¹.

La sentenza *Leclerc* ricorda che nel caso *Metro I* la Corte ha stabilito che la natura e l'intensità di una concorrenza efficace («*workable competition*»), necessaria per conseguire le finalità del Trattato, possono variare a seconda dei prodotti o dei servizi interessati e della struttura economica dei mercati di settore considerati, senza trasgredire il principio della concorrenza non falsata di cui agli artt. 3 e 85 del Trattato. Anche limitazioni alla concorrenza possono essere finalizzate a migliorare il mercato: la con-

⁹ *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, 2010, *cit. supra*, nota 5, punto 175. Al punto 16, lett. *b. degli Orientamenti sulle restrizioni verticali*, 2022, *cit. supra*, nota 6, si precisa che «lo sfruttamento senza contropartita tra acquirenti può verificarsi a livello di grossisti o dettaglianti, in particolare quando il fornitore non può imporre a tutti gli acquirenti requisiti effettivi in materia di promozione o di servizi. Lo sfruttamento senza contropartita tra acquirenti è possibile solo nei servizi pre-vendita e in altre attività promozionali, ma non nei servizi post-vendita che il distributore può addebitare ai propri clienti a livello individuale. Gli sforzi di pre-vendita nell'ambito dei quali è possibile che si verifichino fenomeni di sfruttamento senza contropartita possono essere importanti, ad esempio, quando i beni o servizi sono relativamente nuovi, tecnicamente complessi o di valore elevato, o quando la reputazione dei beni o dei servizi è un fattore determinante della domanda. Le restrizioni nei sistemi di distribuzione esclusiva o selettiva, o altre restrizioni, possono essere utili per evitare o ridurre tali fenomeni». Dunque, il rivenditore indipendente in determinati settori può efficacemente sfruttare i vantaggi del produttore senza pagare una contropartita.

¹⁰ Sia consentito il rimando a G. SIMONINI, *Il concetto di restrizioni sensibili alla concorrenza per «oggetto» e per «effetto»: è ancora attuale un'interpretazione formalistica dell'art. 101 TFUE?* in questa *Rivista*, 2019, p. 143. Entro il par. 1 dell'art. 101 TFUE – allorché si guardi alla nozione di «restrizione della concorrenza per oggetto» – è possibile effettuare l'accertamento del grado di dannosità degli accordi in esame per la concorrenza, tenuto conto del loro tenore, degli obiettivi da essi perseguiti nonché del contesto economico e giuridico nel quale essi si inseriscono, cfr. sentenza della Corte di giustizia del 30 gennaio 2020 in causa n. C-307/18, *Generics (UK) Ltd e altri c. Competition and Markets Authority*, EU:C:2020:52.

¹¹ Sentenza del Tribunale UE del 12 dicembre 1996 in causa n. T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc c. Commissione*, EU:T:1996:190. Nella stessa sentenza si afferma che il principio sarebbe richiamato dalle sentenze della Corte di giustizia del 3 luglio 1985 in causa n. 243/83, *Binon*, EU:C:1985:284, punti 31 e 32, e del 16 giugno 1981 in causa n. 126/80, *Sa-lonia*, EU:C:1981:136.

correnza può esigere apparenti limitazioni pur di soddisfare l'interesse del mercato.

Si affaccia così l'idea che i sistemi selettivi non siano unicamente deputati a distribuire prodotti di lusso. La Corte distrettuale di Amsterdam con decisione dell'ottobre 2017 utilizza le conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso *Coty*¹² e protegge il fabbricante che faceva valere verso la rete il divieto di vendere ai rivenditori indipendenti, facendo leva sul concetto di beni di lusso. La decisione è riformata dalla Corte di appello che ritiene che il regime selettivo non possa essere "esclusivo" del bene di lusso. Sulla linea della Corte di appello di Amsterdam sembra porsi la Commissione nel documento del 2018 intitolato *Competition policy brief, Eu competition rules and marketplace bans: Where do we stand after the Coty judgement?*¹³. Ivi si afferma che «in this context, it must be borne in mind that selective distribution systems complying with Article 101(1) TFEU can also be operated for other product categories than luxury goods, as acknowledged by the Court of Justice in previous judgments in relation to "highquality" and "high-technology" products». Non sono definite le nozioni di «bene di alta qualità» e di «bene tecnologico», chiaramente derivate dal caso *AEG*¹⁴.

La Corte di giustizia nel caso *Coty* ha bisogno di utilizzare, senza definirla, la nozione di bene di lusso. Tale nozione le serve per poter affermare che è legittimo il comportamento del fabbricante che vieta al proprio distributore di vendere i prodotti, asseritamente di lusso, a mezzo di un *marketplace* generico (*Amazon*) in quanto tale *marketplace* potrebbe ledere l'immagine del prodotto. Il ragionamento potrebbe reggere anche se per bene di lusso si considera un bene con qualità diverse da quelle di un prodotto comune.

Nei citati *Orientamenti sulle restrizioni verticali* del 2022 non vi sono elementi decisivi per stabilire a quali beni si debba far riferimento per istituire un regime selettivo. Al punto 149 si precisa che il ricorso alla distribuzione selettiva può essere legittimo per prodotti di alta qualità o di alta tecnologia o per beni di lusso. La qualità di tali beni può risultare non solo dalle loro caratteristiche materiali, ma anche dall'aura di lusso che li circonda. Pertanto, può essere necessario stabilire un sistema di distribuzione selettiva che abbia lo scopo di assicurare una presentazione dei beni che

¹² Sentenza della Corte giustizia del 6 dicembre 2017 in causa n. C-230/16, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GmbH*, EU:C:2017:941, annotata in questa *Rivista*, 2017, p. 625.

¹³ Reperibile all'indirizzo internet <https://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2018/kdak18001enn.pdf>.

¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 25 ottobre 1983 in causa n. 107/82, *AEG c. Commissione europea*, EU:C:1983:293.

contribuisca a salvaguardare la loro aura di lusso per preservarne la qualità. Con il che si evidenzia l'importanza di disporre di una modalità di offerta del prodotto al pubblico che ne salvaguardi il prestigio e che sia capace di trasmettere al cliente questa immagine "selettiva".

Al punto 151 si afferma, però, che l'esenzione di cui all'art. 2, par. 1, del Regolamento (Ue) n. 2022/720 si applica a prescindere dalla natura del prodotto in questione e dai criteri di selezione¹⁵.

Al punto 152 si precisa che se in un caso particolare un accordo di distribuzione selettiva che beneficia dell'esenzione per categoria limita sensibilmente la concorrenza a livello del fornitore o del distributore e non genera vantaggi in termini di efficienza che superano gli effetti della restrizione, ad esempio perché i criteri di selezione non sono collegati alle caratteristiche del prodotto o non sono necessari per migliorarne la distribuzione, il beneficio dell'esenzione per categoria può essere revocato.

Al punto 162 si afferma che la distribuzione selettiva può essere efficiente quando consente risparmi di costi logistici, grazie ad economie di scala nel trasporto dei beni, situazione che può verificarsi indipendentemente dalla natura del prodotto. Le efficienze del sistema sono date dalla certificazione del punto vendita e dalla capacità di offrire al cliente una relazione particolare.

Come detto, la giurisprudenza comunitaria ha da tempo riconosciuto che un sistema che seleziona i rivenditori in base a requisiti di indole qualitativa in grado di fornire ai clienti *prestazioni specializzate* realizza un'*esigenza legittima*¹⁶ che esclude il regime dall'applicazione del par. 1 dell'art. 101 TFUE¹⁷. La concorrenza non si basa unicamente sui prezzi¹⁸, ma sulla qualità dell'offerta; pertanto, appare utile per il mercato un sistema che ricerca la selezione dell'offerta e riesce a far comprendere all'acquirente il vantaggio di poter disporre di un prodotto di qualità. Se il

¹⁵ L'affermazione potrebbe voler riaffermare la posizione della Corte nel caso *AEG* (*cit. supra*, nota 14), ricomprendendo, tra i beni deducibili in un sistema selettivo, oltre ai beni di lusso, quelli tecnologici oppure la più generica posizione nel caso *Leclerc*. Va precisato che tra i beni tecnologici possiamo considerare i veicoli in genere. Va ulteriormente precisato che la distribuzione selettiva è usata nei sistemi di assistenza post-vendita di prodotti la cui vendita avviene attraverso questi sistemi, cfr. sentenza del Tribunale UE del 23 ottobre 2017 in causa T-712/14, *CEAHR c. Commissione*, EU:T:2017:748. Sulla possibilità di non limitare il sistema selettivo alla vendita di prodotti di lusso, F. BORTOLOTTI (a cura di), *I contratti di distribuzione*, Wolters Kluwer, 2022.

¹⁶ L'*esigenza legittima* è vista come una sorta di *rule of reason*, v. E. SIMONINI, *La vendita delle vetture online e la distribuzione selettiva*, Modena, Mucchi, 2021.

¹⁷ I sistemi distributivi selettivi vengono distinti in sistemi selettivi qualitativi e quantitativi, solo i primi non rientrano nel par. 1 dell'art. 101 TFUE.

¹⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 25 ottobre 1983 in causa n. 107/82, *AEG c. Commissione europea*, *cit. supra*, nota 14; del 25 ottobre 1977 in causa n. 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commissione*, EU:C:1977:167.

prezzo è indubbiamente un elemento che rafforza l'immagine selettiva del prodotto, per quanto attiene l'efficienza competitiva è la capacità dei distributori di relazionarsi con il consumatore che rileva. Nella sentenza *CEAHR*¹⁹ il Tribunale della UE, a proposito di un sistema selettivo di assistenza *post-vendita*, ricorda che l'obiettivo di *preservare l'immagine di prestigio del prodotto* non può rappresentare un obiettivo legittimo per restringere la concorrenza (in tal senso si era peraltro espressa la Corte di giustizia nel caso *Pierre Fabre*²⁰), purtuttavia l'obiettivo di *conservare la qualità dei prodotti e spiegare il loro uso corretto* può giustificare una restrizione alla concorrenza. Dunque, se ben intendiamo, il consumatore trae un beneficio dalla possibilità di acquistare un prodotto di prestigio e di poterlo utilizzare, mantenendo integre le sue qualità. È il rivenditore selezionato che può consentire di raggiungere tale obiettivo. L'argomento appare però alquanto debole perché il fenomeno del *free riding* (v. note 8 e 9) si sviluppa (e si esaurisce) nella fase della proposta di vendita allorché il consumatore si appresta a conoscere le qualità del prodotto presso il rivenditore.

Parrebbe, pertanto, di capire che la concorrenza esige l'*efficienza* del sistema distributivo selettivo. Tale efficienza costituisce la sua *giustificazione* e si rinviene in un sistema (selettivo) nel quale: sono venduti *beni particolari* (non comuni); l'offerta al consumatore è caratterizzata da una elevata qualità (certificazione), non presente nei rivenditori indipendenti di beni comuni; gli *standard* imposti dal fabbricante sono proporzionati²¹, riferiti alla tipologia di prodotto commercializzato e non vanno oltre il necessario.

II. I prodotti di lusso ed il sistema distributivo

Nei casi più famosi nei quali la Corte di giustizia è intervenuta a proposito del sistema selettivo si doveva esaminare se fosse fondato il divieto

¹⁹ *Cit. supra*, nota 15.

²⁰ Sentenza della Corte giustizia del 13 ottobre 2011 in causa n. C-439/09, *Pierre Fabre c. Autorità della concorrenza francese*, EU:C:2011:649. L'assunto contenuto in questa sentenza, apparentemente dirompente, non vuole mettere in discussione il sistema selettivo, ma verificarne, nella sua applicazione concreta, l'efficienza e la necessità delle limitazioni (accessorie) apposte.

²¹ Gli *standard* che formano il sistema selettivo devono essere proporzionati e non eccessivi, nella sostanza non devono creare limitazioni superiori ai vantaggi offerti al mercato. *Standard* eccessivi potrebbero essere ritenuti voluttuari e non indispensabili al raggiungimento degli obiettivi dell'accordo, v. sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2012 in causa n. C-158/11, *Auto 24 SARL c. Jaguar Land Rover France SAS*, EU:C:2012:351.

imposto dai fabbricanti di beni di lusso/tecnologici di vendere a supermercati (v. casi *Metro*²², *Leclerc*²³). L'esame della qualità del prodotto e del sistema distributivo del produttore era pertanto molto superficiale ed è stato facile per la Corte assumere che un prodotto di lusso perde il suo *appeal* se è reclamizzato accanto a beni comuni.

Nel caso dei supermercati e dei *marketplace* è tuttavia evidente che tali operatori utilizzano logiche e strategie di vendita del tutto diverse dal sistema distributivo selettivo: è evenienza naturale che il prodotto tecnologico o di lusso sia accomunato al prodotto comune e che, in tal modo, si possa creare sconcerto nei consumatori.

Limitando l'esame ai sistemi distributivi che non riguardano la grande distribuzione, si deve tuttavia esaminare la *giustificazione del sistema selettivo* sotto il profilo dell'efficienza distributiva e dell'interesse del consumatore.

Nel caso *Copad*²⁴, la Corte di giustizia afferma che la qualità dei prodotti di prestigio, come quelli di cui trattasi nella causa principale, non risulta solo dalle loro caratteristiche materiali, ma anche dallo stile e dall'immagine di prestigio che conferisce loro un'aura di lusso (richiama in proposito la sentenza *Parfums Christian Dior*)²⁵. L'assunto è ripreso nella sentenza del caso *Coty*²⁶.

²² *Cit. supra*, nota 18.

²³ *Cit. supra*, nota 11.

²⁴ *Cit. supra*, nota 3.

²⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 4 novembre 1997 in causa n. C-337/95, *Parfums Christian Dior SA e Parfums Christian Dior BV e Evora BV*, EU:C:1997:517, punto 45, ove: «In una fattispecie come quella in esame nella causa principale, riguardante prodotti di lusso e di prestigio, il rivenditore non deve agire in spregio agli interessi legittimi del titolare del marchio. Egli deve quindi adoperarsi per evitare che la sua pubblicità comprometta il valore del marchio, danneggiando lo stile e l'immagine di prestigio dei prodotti in oggetto nonché l'aura di lusso che li circonda». La sentenza è annotata in questa *Rivista*, 1998, p. 195.

²⁶ *Cit. supra*, nota 12. Nel caso *AEG*, *cit. supra*, nota 14, si afferma che benché i sistemi di distribuzione selettiva influiscano necessariamente sulla concorrenza nel mercato comune, esigenze legittime quali la salvaguardia di un commercio in grado di porre prestazioni specifiche per prodotti di alto livello qualitativo e tecnico, giustificano tuttavia limitazioni della concorrenza riguardante aspetti diversi dai prezzi, in quanto mirano a raggiungere un risultato legittimo che può migliorare la concorrenza, in quanto questa non si esplica unicamente sui prezzi. I sistemi di distribuzione selettiva costituiscono quindi un fattore di concorrenza conforme all'art. 85, n. 1 del Trattato. Le limitazioni inerenti ad un sistema di distribuzione selettiva sono tuttavia ammesse soltanto alla condizione che esse mirino effettivamente a realizzare un miglioramento della concorrenza nel suddetto senso, altrimenti sarebbero prive di giustificazione in quanto il loro effetto sarebbe quello di limitare la concorrenza sui prezzi. Per garantire che i sistemi di distribuzione selettivi siano informati unicamente a questo scopo e non possano essere istituiti ed usati per raggiungere obiettivi non conformi al diritto comunitario, la Corte ha precisato nella sentenza del 25 ottobre 1977 (*Metro*, *cit. supra*, nota 18), che questi sistemi sono ammissibili «purché la scelta dei rivenditori avvenga secondo criteri oggettivi di indole qualitativa riguardanti la qualificazione professionale del rivenditore (...)».

Il rivenditore deve concorrere a preservare il valore del prodotto e non deve agire in spregio agli interessi legittimi del titolare del marchio. Egli deve quindi adoperarsi per evitare che la sua pubblicità comprometta il valore del marchio, danneggiando lo stile e l'immagine di prestigio dei prodotti in oggetto nonché l'aura di lusso che li circonda²⁷.

In definitiva, bisogna valutare il prodotto, il sistema organizzativo, la qualità e la selezione della vendita. Non basta allora vendere un prodotto intrinsecamente di lusso/tecnologico (ad esempio un profumo costoso o un orologio di marca), occorre che il prodotto sia venduto attraverso rivenditori selezionati che assicurino un'effettiva differenziazione dell'offerta del prodotto da quella di un prodotto comune e garantiscano un'esperienza di acquisto particolare. Né è sufficiente che gli investimenti del fabbricante siano rilevanti (ad esempio imponendo mastodontici *show room*). Devono essere "selettivi". Se mancasse la (caratteristica della) *qualità dell'offerta*, verrebbe a cadere la stessa base del sistema che premia la *certificazione del rivenditore* e che giustifica certe limitazioni proprio per tali requisiti: si pensi alla valorizzazione del sistema al fine di evitare il fenomeno dei *free riders*. Il prodotto in sé, ancorché prestigioso, non riesce a sostenere e legittimare un sistema selettivo come ci ha insegnato *Pierre Fabre*²⁸. Una rete selettiva accurata può legittimare il fabbricante a vietare le vendite del proprio rivenditore attraverso un *marketplace* generico.

In ogni caso, il sistema dovrebbe anche essere giustificato sotto il profilo dell'efficienza economica. Giustificazione tutt'altro che agevole. Sotto questo profilo vengono toccati aspetti che non riguardano solo il vantaggio tratto dal fabbricante (che, ad esempio, potrebbe voler elevare gli *standard* il più possibile) utilizzando il sistema selettivo, ma quello tratto dal mercato e dal consumatore; quest'ultimo potrebbe anche trovare soddisfazione in una più diffusa distribuzione del prodotto. Gli *Orientamenti sulle restrizioni verticali* del 2022, al punto 144, ci spiegano che: «i criteri utilizzati dal fornitore per selezionare i distributori possono essere qualitativi o quantitativi, oppure di entrambi i tipi. I criteri quantitativi limitano direttamente il numero dei distributori, ad esempio imponendo un numero fisso di distributori. I criteri qualitativi limitano indirettamente il numero di distributori, imponendo condizioni che non possono essere rispettate da tutti i distributori, ad esempio relative alla gamma di prodotti da vendere, alla formazione del personale addetto alle vendite, al servizio da fornire presso il punto vendita o alla pubblicità e presentazione dei prodotti».

²⁷ Sentenza della Corte giustizia del 4 novembre 1997 in causa n. C-337/95, *Parfums Christian Dior SA e Parfums Christian Dior BV e Evora BV*, cit. *supra*, nota 25.

²⁸ Cit. *supra*, nota 20.

Se si valutano questi elementi distintivi (elementi che non dovrebbero possedere i rivenditori indipendenti) non pochi sistemi di distribuzione selettiva di marchi celebri e prodotti di lusso potrebbero presentare debolezze strutturali e scarsa differenziazione con la vendita da parte dei rivenditori indipendenti. Specie se i rivenditori della rete sono multimarca e possono usare in modo interscambiabile tali elementi.

Altra questione che si pone è quella di verificare sino a che punto il rivenditore terzo possa subire le iniziative del fabbricante, ancorché le merci siano uscite illegittimamente dal sistema selettivo. Sotto un profilo teorico il tema si sviluppa ricercando il possibile danno inferto alle importazioni parallele che pure assumono un effetto competitivo elevato. Il tema è aperto²⁹ e non univocamente affrontato dalla Corte di giustizia, la quale nel caso *Peak*³⁰ sembra ritenere non rilevante la violazione del sistema da parte del rivenditore della rete. L'Avvocato Generale rileva nelle proprie conclusioni³¹: «Questa posizione non tiene conto della natura giuridica dell'esaurimento quale limite *legale* dei diritti conferiti dal marchio, come giustamente contesta anche il governo svedese. Alla luce sia del tenore letterale sia della ratio della fattispecie dell'esaurimento, occorre distinguere nel suo ambito tra l'immissione in commercio da parte dello stesso titolare del marchio e l'immissione in commercio da parte di un terzo, pur con il consenso del titolare medesimo. La nozione di consenso di cui all'art. 7, n. 1, della direttiva 89/104 costituisce un criterio di imputazione sulla base del quale occorre valutare se l'immissione in commercio dei prodotti nel SEE da parte di un terzo sia riconducibile al titolare del marchio» (punto 48). Inoltre «l'immissione in commercio nel SEE di prodotti contrassegnati da marchio da parte dello stesso titolare produce *ex lege* l'esaurimento, restando irrilevante il contratto concluso tra titolare del marchio e l'acquirente. La violazione di un'eventuale clausola riguardante restrizioni territoriali al commercio, imposte dal titolare del marchio ad un acquirente dei prodotti contrassegnati dal marchio medesimo per quanto riguarda la distribuzione di detti prodotti nel SEE può essere eventualmente fonte di diritti *ex contractu*, ma resta irrilevante, in linea di principio, dal punto di vista del diritto di marchio» (punto 49).

²⁹ Cfr. UK Government, Consultation, UK's future exhaustion of intellectual property rights regime, reperibile sul sito internet <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/56538/632.pdf?sequence=1>.

³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 30 novembre 2004 in causa n. C-16/03, *Peak Holding AB c. Axolin-Elinor AB, già Handelskompaniet Factory Outlet i Löddeköpinge AB*, EU:C:2004:759.

³¹ Conclusione dell'Avvocato Generale C. Stix-Hackl del 27 maggio 2004 nella causa *Peak*, *cit. supra*, nota 19, EU:C:2004:324.

III. La giurisprudenza milanese

La giurisprudenza milanese ha assunto una posizione netta: la corrente assolutamente prevalente³² ritiene che la predisposizione di un sistema selettivo per la vendita di beni di lusso comporti quel *legittimo interesse* che evita l'esaurimento del marchio³³. Nelle sentenze l'esame sulla qualità del prodotto e sull'effettività del sistema è spesso inadeguato e sembra che la semplice affermazione dell'adozione del sistema selettivo sia sufficiente per giustificarlo a priori. Manca la prova della qualità del bene di lusso e la predisposizione di un'organizzazione che si differenzi dagli *standard* di vendita comuni.

IV. La soluzione offerta dalla Suprema Corte

A nostro avviso correttamente la Corte di appello di Milano (giudice di secondo grado nella causa in commento) era rimasta dubbiosa sulla reale effettività della rete distributiva selettiva della fabbricante in quanto non erano stati acquisiti in giudizio elementi che dimostrassero gli *standard* richiesti, che fossero effettivamente rispettati, che fossero tali da diversificare il prodotto e creare una certificazione dello stesso.

È chiaro che la Corte di appello aveva dubbi sul fatto che lo strumento della rete selettiva fosse artificialmente utilizzato per superare la legge sui marchi ed, in particolare, il principio di esaurimento del marchio a seguito della prima messa in commercio.

La Suprema Corte sembra procedere decisa su questa strada: non è provato sia che vi sia un regime selettivo *effettivo* sia che la vendita del rivenditore indipendente possa recare nocimento all'immagine del fabbricante.

Di minore efficacia la parte relativa alla necessità che il fabbricante proceda alla pubblicazione degli *standard* che individuano il sistema selettivo, in quanto tale elemento non assume molta importanza³⁴.

La ricerca imposta prima dalla Corte di appello e poi dalla Suprema Corte degli elementi strutturali che giustificano il sistema selettivo è di fondamentale importanza. Se tali elementi sussistono, il sistema rimane al

³² Tra le principali Trib. Milano, ord. n. 2635 del 28 febbraio 2022, *Trilab c. Chanel* (reclamo); Trib. Milano n. 3755 dell'11 maggio 2021, *Chanel c. Trilab* (cautelare), reperibile sul sito internet www.darts-ip.com; di contrario orientamento Trib. Torino, 9 luglio 2016, in PdA; Trib. Milano 13 marzo 2009, in GADI, 2011.

³³ V. anche F. BORTOLOTTI, *I contratti di distribuzione*, cit. *supra*, nota 14.

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2012 in causa n. C-158/11, *Auto 24 SARL c. Jaguar Land Rover France SAS*, cit. *supra*, nota 21.

di fuori (del divieto) del par. 1 dell'art. 101 TFUE; diversamente deve essere giustificato attraverso o la valutazione del par. 3 dell'art. 101 TFUE o un Regolamento di esenzione delle intese verticali (all'epoca il Regolamento (Ue) n. 330/2010³⁵, ora il Regolamento (Ue) n. 720/2022³⁶).

Va poi ancora ricordato che nella celebre sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2001, *Crehan*³⁷, si afferma che: «a norma dell'art. 85, n. 2, del Trattato (ora 101, n. 2, TFUE) gli accordi e le decisioni vietati in virtù di tale articolo sono nulli di pieno diritto. Tale nullità può essere fatta valere da chiunque, quando ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'art. 85, n. 1, e l'accordo di cui trattasi non può giustificare la concessione di un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato. Posto che la nullità di cui all'art. 85, n. 2, è assoluta, l'accordo che ricade sotto questa disposizione è privo di effetti nei rapporti fra i contraenti e non può essere opposto ai terzi (v. sentenza 25 novembre 1971, causa 22/71, Beguelin, Racc. pag. 949, punto 29). Inoltre, questa nullità riguarda tutti gli effetti, passati e futuri, dell'accordo o della decisione interessati (v. sentenza 6 febbraio 1973, causa 48/72, Brasserie de Haecht, Racc. pag. 77, punto 26)».

Diversamente i Regolamenti sulla concorrenza indicano le clausole vietate la cui presenza nel contratto comporta la non esenzione: se le clausole appartengono al novero dell'art. 4 (*hard core restrictions*) possono ancora essere valutate e recuperate entro il par. 3 dell'art. 101 TFUE.

Nel caso in commento il contratto evidentemente conteneva la clausola di divieto di vendere ai rivenditori indipendenti: tale clausola viene riguardata alla luce del Regolamento di esenzione (e non del par. 1 dell'art. 101 TFUE). L'esame non si ferma al dato formale, ma prosegue, del tutto inaspettatamente, sotto un profilo fattuale. Operazione nuova perché la giurisprudenza, soprattutto quella milanese, è in gran parte schierata per un mero esame formale del sistema distributivo selettivo³⁸. Dunque il tema si sposa sul lato pratico.

Va peraltro segnalato che, in data 31 gennaio 2022, la Commissione europea ha annunciato l'apertura di un'indagine formale *antitrust* sulle pratiche di licenza e di distribuzione di due imprese operanti nel settore

³⁵ Regolamento (Ue) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'art. 101, par. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in *Gu-Ue* n. L 102 del 23 aprile 2010, p. 1 ss.

³⁶ Regolamento (Ue) n. 720/2022 della Commissione, del 10 maggio 2022, relativo all'applicazione dell'art. 101, par. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in *Gu-Ue* n. L 134 dell'11 aprile 2022.

³⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2001 in causa n. C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, EU:C:2001:465.

³⁸ V. anche F. BORTOLOTTI, *I contratti di distribuzione*, cit. *supra*, nota 14.

della moda, *Pierre Cardin e Ahlers*, che potrebbero aver posto in essere accordi restrittivi della concorrenza in violazione dell'art. 101 TFUE. La Commissione europea ha ritenuto che le risultanze dell'ispezione giustificassero l'apertura di un'indagine sugli accordi di licenza e distribuzione tra *Pierre Cardin e Ahlers*, per verificare in concreto se le due imprese avessero posto in essere una strategia finalizzata a limitare le vendite transfrontaliere ed *online* di prodotti a marchio Pierre Cardin, così ostacolando le importazioni parallele nell'Unione nonché le vendite di tali prodotti a specifici gruppi di clienti. Il semplice esame formale dei sistemi distributivi pare pertanto molto riduttivo.

V. Conclusioni

Volendo utilizzare la visione economica della Suprema Corte per accertare la legittimità, sotto il profilo della concorrenza, di un regime distributivo selettivo, occorre, ad avviso di chi scrive, valutare se esso riesce a giustificare – sotto il profilo dell'efficienza – le limitazioni alle vendite che impone, la più importante delle quali è quella delle vendite attive e passive ai distributori indipendenti. È un'analisi che può avvenire all'interno del par. 1 dell'art. 101 TFUE, in quanto diretta a verificare se una concorrenza basata sulla certificazione e sulla qualità apporti vantaggi al mercato ed ai consumatori superiori agli effetti negativi delle limitazioni.

Al di là della ricerca di quali siano le qualità che debba avere il bene venduto nel sistema selettivo, tale analisi è destinata a concentrarsi sulla *certificazione del servizio* offerto dal rivenditore della rete (paragonandolo a quello eventualmente offerto dal rivenditore indipendente).

Nel caso *Coty* il bene venduto (profumo) è valutato “automaticamente” un bene di lusso. Possiamo accettarlo. Nulla si dice però sulla certificazione del servizio offerto dalla sua rete. Questa rete era selezionata in modo da far vivere al consumatore un'esperienza di acquisto diversa da quella che avrebbe vissuto se si fosse recato per l'acquisto in un negozio che vende prodotti comuni?

La giurisprudenza milanese dà molto credito alla distribuzione selettiva focalizzandosi sul prodotto, rinunciando però a verificare la struttura dell'organizzazione distributiva. Correttamente, a nostro avviso, la Suprema Corte ci avverte che se manca un esame dell'efficienza del sistema, manca l'esame della legittimità del sistema distributivo.

Inoltre non è detto che le modalità con le quali i prodotti vengono commercializzati dal rivenditore non selettivo siano tali da nuocere all'im-

immagine di lusso del prodotto. Cosa dire se i profumi di Coty fossero stati venduti in una catena distributiva di soli prodotti selezionati? Inoltre, qual è la differenza tra la vendita di un prodotto *online* effettuata dal rivenditore selettivo attraverso il suo sito *web* e quella di un *marketplace* che presta unicamente la sua vetrina per commercializzare i prodotti?

Le tesi portate avanti dai fabbricanti nei casi discussi avanti il Tribunale di Milano potrebbero dimostrarsi deboli alla luce di quanto affermato dalla Suprema Corte in quanto la reputazione apportata dalla “marca” non è di per sé bastevole a giustificare un sistema selettivo ed è necessaria una valutazione della sua efficienza in termini economici. Molti sistemi potrebbero essere ingiustificati. Nella sostanza, l’uso della legge sui marchi potrebbe essere strumentale e, in alcuni casi, tradursi in un abuso³⁹.

Gian Franco Simonini*

SINTESI

Il sistema distributivo selettivo è frequentemente associato alla vendita di un bene di lusso: questa “qualità” del bene lo giustifica sotto il profilo della concorrenza. Le limitazioni che impone il sistema al commercio, escludendo i rivenditori indipendenti, sono superate dai vantaggi tratti dai consumatori che possono disporre di punti di vendita selezionati. La concorrenza non avviene più sui prezzi, ma sulla qualità dell’offerta e la presentazione del prodotto al consumatore.

La Suprema Corte, nella sentenza in commento, indaga sul sistema selettivo e lo ritiene “giustificato” solo a determinate condizioni: *a.* il prodotto è “di lusso” ed il sistema crea un’effettiva selezione dei rivenditori; *b.* il commercio parallelo crea un danno all’immagine del prodotto. L’esame non è più solo formale, ma si sposta sull’effettività del sistema posto in essere.

ABSTRACT

The selective distribution system is frequently associated with the sale of a luxury good: this "quality" of the good justifies it from the point of view of competition. The restrictions that the system imposes on trade, excluding independent resellers, are overcome by the advantages reaped by consumers who can have

³⁹ Sul tema, sia consentito il rimando a G. SIMONINI, *La proposta di regolamento sulle intese verticali del 9 luglio 2021 nel contesto internazionale e nella UE*, in *Riv. comm. int.*, n. 1/2022, p. 125.

* Avvocato / Foro di Modena

access to selected points of sale. Competition no longer takes place on prices, but on the quality of the offer of the product to the consumer. The Italian Supreme Court investigated the selective system and considered it "justifiable" only under certain conditions: a. the product is "luxury" and the system creates an effective selection of retailers; b. parallel trade creates damage to the image of the product. The examination is no longer just formal, but moves on to the effectiveness of the system in place.

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

IL CONSIGLIO EUROPEO HA ISTITUITO LO “STRUMENTO EUROPEO PER LA PACE” PER CONSENTIRE AGLI STATI MEMBRI DI FINANZIARE LE AZIONI COMUNI DELL’UNIONE IN POLITICA ESTERA E DI SICUREZZA COMUNE (PESC). LO SCOPO È PRESERVARE LA PACE, PREVENIRE I CONFLITTI E RAFFORZARE LA SICUREZZA INTERNAZIONALE

Decisione (PESC) 2023/577 del Consiglio del 13 marzo 2023 che modifica la decisione (PESC) 2021/509 che istituisce uno Strumento europeo per la pace*

IL Consiglio dell’Unione europea,

visto il Trattato sull’Unione europea, in particolare l’art. 28, par. 1, l’art. 41, par. 2, l’art. 42, par. 4, e l’art. 30, par. 1,

vista la proposta dell’Alto rappresentante dell’Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, con l’appoggio della Commissione,

considerando quanto segue:

1. Il 12 dicembre 2022 il Consiglio ha convenuto che il massimale finanziario globale dello strumento europeo per la pace («strumento») dovrebbe essere aumentato di 2.000 milioni di EUR (a prezzi 2018) per gli anni compresi tra il 2024 e il 2027. L’attuazione di tale aumento deve rispettare il massimale per i pagamenti concordato per il 2023. Il Consiglio ha inoltre riconosciuto che l’evolu-

* In *Gu-UE* n. L 75 del 14 marzo 2023, p. 23 ss. Il testo integrale è reperibile sul sito internet www.eur-lex.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 627 ss., il commento di ANTONIO ARESU.

zione del contesto di sicurezza internazionale potrebbe rendere necessari ulteriori aumenti del massimale finanziario globale dello strumento fino al 2027. Qualsiasi ulteriore aumento deve essere deciso dal Consiglio che delibera all'unanimità e deve essere stabilito mediante modifica della decisione (PESC) 2021/509 del Consiglio¹. L'aumento globale complessivo del massimale finanziario dell'EPF fino al 2027 non dovrebbe superare i 5.500 milioni di EUR (a prezzi 2018).

2. Nelle conclusioni del 15 dicembre 2022 il Consiglio europeo ha ribadito la dimensione globale dello strumento e ha accolto con favore l'accordo raggiunto in sede di Consiglio il 12 dicembre 2022 che ne garantisce la sostenibilità finanziaria.

3. La bussola strategica per la sicurezza e la difesa, approvata dal Consiglio il 21 marzo 2022, invita a rivalutare, entro il 2023, la portata e la definizione dei costi comuni per rafforzare la solidarietà e stimolare la partecipazione alle missioni e operazioni militari, come pure i costi connessi alle esercitazioni, anche alla luce delle proposte relative alla capacità di dispiegamento rapido dell'UE. Il finanziamento dei costi ammissibili dell'esercitazione militare dell'UE di gestione delle crisi 2023 (MILEX 23), per un importo massimo di 5.000.000 EUR, non pregiudica le future decisioni relative al finanziamento dei costi comuni.

4. L'esperienza acquisita da quando è stata adottata la decisione (PESC) 2021/509 rende necessario introdurre una maggiore flessibilità nella raccolta e nell'utilizzo dei contributi finanziari degli Stati membri e nel loro utilizzo da parte dello strumento, in particolare consentendo il ricevimento e l'utilizzo dei contributi versati in anticipo e ampliando il ricorso al prefinanziamento delle misure di assistenza su autorizzazione del comitato dello strumento. I contributi che uno Stato membro sceglie di versare in anticipo non incidono sull'importo dei contributi dovuti da tale Stato membro o da altri Stati membri o sulla capacità dello strumento di conseguire i propri obiettivi. Tali contributi versati in anticipo non possono essere destinati ad alcuna finalità specifica.

5. Si rende inoltre necessario introdurre una maggiore flessibilità ampliando il ricorso al prefinanziamento delle misure di assistenza soggette all'autorizzazione del comitato dello strumento. I contributi al prefinanziamento da parte di uno Stato membro non saranno utilizzati per finanziare misure di assistenza dalle quali tale Stato membro si astiene a norma dell'art. 5, par. 3, della decisione (PESC) 2021/509.

6. È quindi opportuno modificare di conseguenza la decisione (PESC) 2021/509, ha adottato la presente decisione:

(Omissis)

¹ Decisione (PESC) 2021/509 del Consiglio, del 22 marzo 2021, che istituisce uno strumento europeo per la pace, e abroga la decisione (PESC) 2015/528, in *Gu-Ue* n. L 102 del 24 marzo 2021, p. 14.

L'UNIONE EUROPEA MOSTRA I MUSCOLI: RIFINANZIATO E POTENZIATO LO STRUMENTO EUROPEO PER LA PACE

Sommario: **1.** *La fortunata introduzione dello Strumento europeo per la pace* - **2.** *La novella del 2023 e le ragioni che la giustificano* - **3.** *Rifinanziamento e potenziamento dello Strumento* - **4.** *Ulteriori sviluppi.*

1. La fortunata introduzione dello Strumento europeo per la pace

Non sembra infondata la tesi di quanti affermano che l'istituzione, nel 2021, dello Strumento europeo per la pace (SEP o, nella denominazione inglese, EPF, ossia «*European Peace Facility*»)¹ si è rivelata una mossa vincente per la politica estera dell'Unione europea, dal momento che non solo ha permesso a quest'ultima di fronteggiare adeguatamente le sfide del conflitto russo-ucraino del 24 febbraio 2022 mediante un apparato giuridico già testato in altri contesti e dotato di risorse finanziarie immediatamente disponibili, ma si è pure rivelato un formidabile mezzo di promozione dell'immagine internazionale dell'Unione stessa, divenuta protagonista nella sfida alla Confederazione russa con impeto proprio ma con soldi altrui (lo Strumento infatti convoglia fondi provenienti non dal bilancio generale dell'Unione, ma da contributi degli Stati membri).

Si deve comunque riconoscere che la scelta dello Strumento e la tempestiva della sua adozione sono stati improntati ad una notevole e misterio-

¹ Decisione (PESC) 2021/509 del Consiglio, del 22 marzo 2021, che istituisce uno Strumento europeo per la pace, e abroga la decisione (PESC) 2015/528, in *Gu-Ue* n. L 102 del 24 marzo 2021, p. 14 (di seguito: l'atto di base).

sa preveggenza, dato che nessuno avrebbe potuto prevedere che, un anno dopo, una guerra molto calda si sarebbe di nuovo scatenata in un'Europa reduce dalla guerra fredda². L'impianto strutturale del nuovo fondo, inoltre, sembrava corrispondere perfettamente alle future esigenze operative, dal momento che la sua costruzione "a due pilastri" ne consentiva l'utilizzazione tanto per le operazioni in corso quanto per le misure di assistenza che si sarebbero rese necessarie, e che le modalità di finanziamento – rigorosamente fuori bilancio – permettevano agli Stati membri di calibrare i loro contributi in funzione dell'importanza dell'azione – operazione o misura – che il Consiglio avrebbe adottato³.

2. La novella del 2023 e le ragioni che la giustificano

Era peraltro evidente che il primo problema del nuovo fondo sarebbero state proprio le risorse, le quali, quantificate in modo (all'epoca) ragionevole nella versione iniziale in 5.692 milioni di euro, si sono rivelate del tutto insufficienti dopo che l'idrovora delle misure di assistenza all'Ucraina⁴ ne ha assorbito la maggior parte in modo del tutto impreveduto ed inarrestabile. Del resto, già nelle conclusioni del Consiglio europeo del 15 dicembre 2022 era stata formulata la proposta di «fornire all'Ucraina un'assistenza pari a 18 miliardi di EUR nel 2023»⁵, il che implicava che anche il massimale finanziario globale dello Strumento avrebbe dovuto essere sostanzialmente aumentato per consentire un impiego più esteso delle risorse di quest'ultimo, senza peraltro escludere ulteriori aumenti negli anni

² Sul «ritorno della storia» in Europa si veda la vivace analisi di L. CARACCILO, *La pace è finita. Così ricomincia la storia in Europa*, Milano, Feltrinelli, 2022.

³ Per un'analisi più approfondita delle caratteristiche dello Strumento mi permetto di rinviare al mio commento *Dall'Africa all'Ucraina: lo Strumento europeo per la pace*, in questa *Rivista*, 2021, p. 593. Si veda pure, per un inquadramento più schematico, la Nota n. 94 del Servizio Studi del Senato della Repubblica, *Lo strumento europeo per la pace e le misure di assistenza dell'Unione europea alle forze armate ucraine*, del 9 marzo 2022, a cura di F. PIETRANGELI.

⁴ Al momento sono due: la prima è la decisione (PESC) 2022/338 del Consiglio del 28 febbraio 2022 relativa a una misura di assistenza nell'ambito dello Strumento europeo per la pace per la fornitura alle forze armate ucraine di materiale e piattaforme militari concepiti per l'uso letale della forza, in *Gu-Ue* n. L 60 del 28 febbraio 2022, p. 1), con successive modifiche ed integrazioni; la seconda è la decisione (PESC) 2022/339 del Consiglio del 28 febbraio 2022 relativa a una misura di assistenza nell'ambito dello Strumento europeo per la pace per sostenere le forze armate ucraine, in *Gu-Ue* n. L 61 del 28 febbraio 2022, p. 1), con successive modifiche ed integrazioni. In totale le due misure hanno comportato, a tutt'oggi, aiuti militari all'Ucraina per circa 3.600 milioni di euro, ossia quasi tre quarti delle disponibilità finanziarie dello Strumento!

⁵ Conclusioni del Consiglio europeo del 15 dicembre 2022, documento EUCO 34/22, punto I.7.

che seguono. Tale opzione veniva quindi avallata dal Consiglio il 12 dicembre 2022, che prospettava un aumento secco di 2 miliardi di euro.

Ma occorre, inoltre, precisare alcuni punti delicati del meccanismo finanziario, fra i quali il più delicato era l'estensione del sistema di prefianziamento alle misure di assistenza nonché altri elementi di dettaglio. Era, quindi, inevitabile pervenire all'adozione della decisione (PESC) 2023/577 del Consiglio del 13 marzo 2023 che modifica la decisione (PESC) 2021/509 che istituisce uno Strumento europeo per la pace⁶ (di seguito: la novella del 2023), con la quale sono state adottate le necessarie modifiche all'atto di base.

3. Rifinanziamento e potenziamento dello Strumento

Al suo art. 1, par. 1 e 9, la novella del 2023 modifica l'art. 2, par. 1, dell'atto di base e l'allegato I di quest'ultimo, nel senso di aumentare il massimale finanziario per l'attuazione dello Strumento per il periodo 2021-2027, massimale che passa dagli originari 5.692 milioni di euro al nuovo ammontare di 3.979 milioni di euro con un incremento di circa 2.300 milioni di euro, e di adeguare il quadro dei massimali finanziari annuali con una nuova ripartizione delle risorse disponibili.

Prevedibilmente la maggior parte delle nuove risorse verranno convogliate sulle misure di assistenza all'Ucraina, anche se la lista delle altre misure di assistenza bisognose di adeguamento finanziario è ormai molto lunga⁷. Proseguirà così la "corsa agli armamenti" iniziata il 24 febbraio 2022 nell'ottica di una volontà europea di fronteggiare in modo deciso la Confederazione russa dando piena fiducia al regime ucraino ed alla sua volontà di resistere ad ogni costo⁸. Tale scelta potrebbe in effetti sembrare contraria agli obiettivi "pacifisti" dei Trattati UE, ma in fondo lo Strumento opera al di fuori del bilancio generale dell'Unione, è sostanzialmente gestito dagli Stati membri e, dunque, esula dai principi fondamentali del-

⁶ In *Gu-Ue* n. L 75 del 14 marzo 2023, p. 23.

⁷ Per l'elenco completo delle misure in corso si veda l'eloquente documento del Servizio europeo per l'azione esterna (EEAS): https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/documents/2023/Factsheet-EU-peace-facility_2023-03.pdf.

⁸ Secondo il *Financial Times* del 27 febbraio 2023, con i 3.600 milioni di euro canalizzati dallo Strumento nelle misure di assistenza all'Ucraina è stato finora finanziato l'acquisto di 325 carri armati, 200 sistemi di lanciarazzi multipli, 1.000 droni, 36 elicotteri d'assalto e molteplici tipologie di missili: si veda l'articolo di H. FOY, *Arming Ukraine: how war forced the EU to rewrite defence policy*, <https://www.ft.com/content/1b762ff1-2c7f-40a1-ace9-d218c6ef6e37>.

l'Unione stessa: un esercizio di rara ipocrisia istituzionale, ma legalmente ben congegnato e pertanto digeribile anche da chi ha lo stomaco delicato.

A prescindere dagli aspetti “moralì” della scelta europea occorre, peraltro, sottolineare come l'utilizzazione dello Strumento per la fornitura delle “armi letali” alle forze armate ucraine abbia sviluppato anche un effetto moltiplicatore per gli aiuti militari destinati al Paese aggredito, dal momento che molti Stati membri, incoraggiati e stimolati dall'ombrello comune europeo, hanno deciso di fornire armamenti anche su base bilaterale, per cui si calcola che, a febbraio 2023, il totale degli aiuti militari diretti europei all'Ucraina sia arrivato alla cifra di 14.300 milioni di euro⁹.

Oltre al rifinanziamento dello Strumento, la novella del 2023 contiene anche alcune modifiche del testo dell'atto di base, delle quali la più importante riguarda senz'altro il sistema di prefinanziamento previsto dall'art. 28 di quest'ultimo in caso di urgenze imperative. In effetti, tale sistema, originariamente limitato alle sole operazioni di reazione rapida ed alle misure urgenti di cui all'art. 58 dell'atto di base, viene esteso anche alle misure di assistenza individuali¹⁰, previa autorizzazione del comitato che gestisce lo Strumento e sempreché «non siano disponibili fondi sufficienti e la procedura ordinaria per la riscossione dei contributi non consenta di soddisfare in tempo utile le esigenze». Si tratta di un'innovazione importante, dal momento che consente di adottare la maggior parte delle misure di assistenza con risorse immediatamente disponibili, senza attendere l'esaurirsi della pesante procedura di riscossione dei contributi *ad hoc*.

Altrettanto rilevante appare la modifica apportata al regime di riscossione dei contributi statali di cui all'art. 29 dell'atto di base, in vista di una rimodulazione dei contributi versati dagli Stati membri in anticipo rispetto al calendario previsto. Tale versamento viene effettuato su base volontaria e di concerto con l'amministratore responsabile, con l'indicazione degli esercizi durante i quali l'importo dei contributi anticipati è detratto dai contributi futuri dello Stato membro in questione.

4. Ulteriori sviluppi

Di sicuro la novella del 2023 risponde in modo molto parziale alle esigenze sottese alla volontà politica di rinforzare le potenzialità dello

⁹ Secondo il Kiel Institute for the World Economy: <https://www.ifw-kiel.de/topics/war-against-ukraine/ukraine-support-tracker/?cookieLevel=not-set>.

¹⁰ In quanto contrapposte ai programmi generali di supporto: si veda l'art. 59 dell'atto di base.

Strumento. Ma tali carenze possono essere – almeno provvisoriamente – compensate dall’adozione di misure operative mirate all’ottenimento di determinati risultati parziali, almeno quelli più urgenti. In particolare, per quanto riguarda, in particolare, l’assistenza militare all’Ucraina, le linee d’azione sono già state individuate ed in parte attuate sulla base di una forte determinazione del Consiglio a “battere il ferro finché è caldo”. Per essere più precisi, e per riprendere il testo della presa di posizione del Consiglio del 20 marzo 2023¹¹, si parla ormai di una strategia a tre livelli (*Support on three tracks*), rivolta a: *a.* rifornire l’arsenale ucraino con scorte di munizioni provenienti dagli *stocks* nazionali esistenti; *b.* reperire scorte addizionali di munizioni da acquisire sui mercati disponibili; *c.* rinforzare i sistemi nazionali di produzione di munizioni per il prossimo futuro.

Sembra che le munizioni disponibili scarseggino negli arsenali europei: ed ovviamente, senza munizioni i cannoni ed i carri armati non servono a nulla. Pertanto si parlava da tempo di una nuova misura del Consiglio specificamente destinata a rinforzare la disponibilità di munizioni per le forze armate dell’Ucraina. Compito non facile, dal momento che la produzione di munizioni in Europa (e negli Stati Uniti) è ormai livellata al minimo, ed incrementarla potrebbe incontrare difficoltà non facilmente superabili¹². Per il momento, l’aumento delle risorse dello Strumento consente di finanziare forniture di munizioni provenienti dagli arsenali nazionali per un ammontare di almeno un miliardo di euro, ovviamente fino ad esaurimento delle scorte e sempreché non vengano intaccate le quote destinate alla difesa nazionale. A tale proposito, la già menzionata decisione (PESC) 2022/338 del Consiglio del 28 febbraio 2022 è stata prontamente rifinanziata con la nuova decisione (PESC) 2023/810 del Consiglio del 13 aprile 2023 che modifica la decisione (PESC) 2022/338 relativa a una misura di assistenza nell’ambito dello Strumento europeo per la pace per la fornitura alle forze armate ucraine di materiale e piattaforme militari concepiti per l’uso letale della forza¹³.

Un’opzione ulteriore consiste nell’indizione, eventualmente per il tramite dell’Agenzia europea per la difesa (*European Defence Agency - EDA*)¹⁴, di «appalti congiunti» (*Joint Procurement*), ai sensi dell’art. 165,

¹¹ Documento del Consiglio n. 7632/23 del 20 marzo 2023: <https://www.consilium.europa.eu/media/63170/st07632-en23.pdf>.

¹² Sulla problematica in questione si veda l’esauriente e recente articolo di G. GAJANI, *I limiti del piano della Ue per fornire munizioni all’Ucraina*, nel magazine online AD-AnalisiDifesa, 20 marzo 2023, <https://www.analisedifesa.it/2023/03/i-limiti-del-piano-della-ue-per-fornire-munizioni-allucraina/>.

¹³ In *Gu-Ue* n. L 101 del 14 aprile 2023, p. 64.

¹⁴ L’Agenzia europea per la difesa (AED) è stata istituita nel 2004, al fine di permettere ai 27 Stati membri (tutti i Paesi dell’UE) di sviluppare al meglio le loro risorse militari.

par. 2, del vigente regolamento finanziario¹⁵, ai fini dell'acquisto in comune di grossi quantitativi di munizioni (ed eventualmente missili) da distribuire ulteriormente alle forze armate ucraine. A questo proposito, la Commissione aveva presentato il 19 luglio 2022 una proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sull'istituzione di uno strumento per il rafforzamento dell'industria europea della difesa mediante appalti comuni (*European Defence Industry Reinforcement through common Procurement Act - EDIRPA*)¹⁶, al fine specifico di promuovere la competitività e l'efficienza della «base industriale e tecnologica di difesa europea» (*European Defence Technological and Industrial Base - EDTIB*). Certo, i precedenti casi di utilizzazione di tale sistema d'appalto non sono certo rassicuranti¹⁷, anche perché mancherebbero completamente in seno all'Unione europea le competenze necessarie ad orientarsi in un mercato tanto specifico ed insidioso come quello degli armamenti. Comunque l'intero meccanismo ha implicato l'adozione di una nuova misura di assistenza in favore dell'Ucraina, da supportare con ulteriori prelievi a partire dallo Strumento appena rifinanziato: si tratta della decisione (PESC) 2023/927 del Consiglio del 5 maggio 2023 relativa a una misura di assistenza nell'ambito dello Strumento europeo per la pace al fine di sostenere le forze armate ucraine mediante la fornitura di munizioni¹⁸.

Da ultimo, la Commissione ha adottato il 3 maggio 2023 una proposta di Regolamento riguardante misure urgenti per favorire la produzione di munizioni, denominata ASAP (*Act in Support of Ammunition Production*)¹⁹, che dovrebbe migliorare la capacità dell'industria europea degli armamenti di mettere in produzione *more and faster* grandi quantità di munizioni, da destinarsi non soltanto alle forze armate ucraine, ma anche e soprattutto al rinforzo degli arsenali nazionali.

¹⁵ Regolamento (Ue, Euratom) n. 2018/1046 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 luglio 2018, che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione, che modifica i Regolamenti (Ue) n. 1296/2013, (Ue) n. 1301/2013, (Ue) n. 1303/2013, (Ue) n. 1304/2013, (Ue) n. 1309/2013, (Ue) n. 1316/2013, (Ue) n. 223/2014, (Ue) n. 283/2014 e la decisione n. 541/2014/Ue e abroga il Regolamento (Ue, Euratom) n. 966/2012, in *Gu-Ue* n. L 193 del 30 luglio 2018, p. 1).

¹⁶ Documento Com(2022)349 final del 19 luglio 2022. Tale proposta non è stata ancora approvata dal Parlamento europeo e dal Consiglio.

¹⁷ Sulle problematiche recenti connesse all'utilizzazione del *Joint Procurement* per l'acquisto di materiale medico e vaccini nel corso della pandemia di COVID, rimando senz'altro agli esaustivi articoli di S. PUGLIESE, *L'efficacia del joint procurement agreement dell'UE nell'emergenza COVID 19 e la sua compatibilità con il diritto OMC*, in *SIDIblog*, 14 novembre 2020, e *Toward a new EU strategic dimension: common purchase and investment screening mechanisms as a means of crisis preparedness and management*, in *Dir. un. eur.*, 2022, fasc. 2, p. 391.

¹⁸ In *Gu-Ue* n. L 123 dell'8 maggio 2023, p. 27.

¹⁹ Doc. Com(2023)237 final del 3 maggio 2023.

In aggiunta a quanto finora detto, segnalo che si ventila in seno al Consiglio anche l'opzione di adottare nuove misure di assistenza per l'Ucraina, ma sotto forma di operazioni condotte dalla Missione di assistenza dell'Unione europea in Ucraina (EUMAM)²⁰, utilizzando all'uopo la clausola di cui all'art. 60 dell'atto di base. Anche qui, si tratta di un terreno minato, finora non esplorato, che potrebbe incontrare difficoltà non previste.

Ma il futuro dello Strumento dipenderà sicuramente non solo dallo sviluppo della situazione in Ucraina, ma anche dall'evolversi dei vari settori di crisi nello scacchiere internazionale, con particolare riferimento a quella continua fonte di conflitti e tensioni che è divenuto il continente africano. L'esperienza sul campo delle varie operazioni in corso e la sorte delle misure di assistenza in atto costituiranno la prova diretta della validità del sistema instaurato dallo Strumento, ancora una volta a metà strada fra l'ortodossia istituzionale (si tratta pur sempre di un meccanismo finanziario europeo) e le continue derive intergovernative (sono gli Stati membri, in seno al Consiglio, i veri arbitri dell'uso delle risorse del fondo).

Antonio Aresu*

SINTESI

La recente modifica della decisione che istituisce lo Strumento europeo per la pace, avvenuta con decisione del Consiglio del 13 marzo 2023, ha rifinanziato tale fondo con un aumento di 2.300 milioni di euro e, allo stesso tempo, ne ha rafforzato il potenziale con opportuni adeguamenti di alcune disposizioni sensibili del testo di base. Il risultato pratico di questa operazione, fortemente auspicata dagli Stati membri, è l'aumento della capacità del fondo di finanziare l'assistenza militare all'Ucraina attraverso nuove forniture di armi e, soprattutto, di munizioni. Ovviamente, la modifica non rimarrà isolata, dal momento che sempre nuove esigenze si affacciano all'orizzonte e che, sul piano operativo, molte difficoltà rimangono irrisolte.

²⁰ Istituita nel novembre 2022 con il compito di addestrare le truppe ucraine. Essa già beneficia di risorse provenienti dallo Strumento europeo per la pace.

* Avvocato cassazionista; ex consigliere giuridico / Commissione europea

ABSTRACT

The recent amendment of the Decision establishing the European Peace Facility, which took place by Council Decision of 13 March 2023, has refinanced the European Peace Facility with an increase of EUR 2 300 million and, at the same time, strengthened its potential with appropriate adjustments to some sensitive provisions of the basic text. The practical result of this operation, which the Member States strongly desire, is to increase the fund's capacity to finance military assistance to Ukraine through new supplies of arms and, above all, ammunition. Obviously, the change will not remain isolated, since new needs are always appearing on the horizon and that, on the operational level, many difficulties remain unresolved.

DOCUMENTAZIONE

LA DISCIPLINA DELLE CONCENTRAZIONI SOTTO-SOGLIA TRA DIRITTO EUROPEO E DIRITTO NAZIONALE

Provvedimento n. 30407 del 13 dicembre 2022 dell’Autorità garante della Concorrenza e del Mercato - Comunicazione relativa all’applicazione dell’art. 16, comma 1-*bis*, della legge 10 ottobre 1990, n. 287*

1. Premessa

Con la presente Comunicazione l’Autorità definisce, in conformità all’ordinamento dell’Unione europea, le regole procedurali per l’applicazione dell’art. 16, comma 1-*bis*, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, introdotto dall’art. 32 della legge 5 agosto 2022, n. 118, e fornisce alcuni chiarimenti sul relativo ambito di applicazione temporale e sostanziale.

L’art. 32 comma 1, lett. *b.*, n. 1) della legge 5 agosto 2022, n. 118 apporta alcune modifiche alla disciplina relativa al *controllo delle operazioni di concentrazione* da parte dell’Autorità.

Ai sensi di detto articolo è previsto infatti che all’art. 16 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (la «legge») sia inserito il seguente comma 1-*bis*: «L’Autorità può richiedere alle imprese interessate di notificare entro trenta giorni un’operazione di concentrazione anche nel caso in cui sia superata una sola delle due soglie di fatturato di cui al comma 1, ovvero nel caso in cui il fatturato totale realiz-

* In *Bollettino AGCM* n. 46 del 27 dicembre 2022, p. 84 ss. In argomento v. *infra*, p. 643 ss., il contributo di IRENE PICCIANO ed ENZO MARASÀ.

zato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a 5 miliardi di euro, qualora sussistano concreti rischi per la concorrenza nel mercato nazionale, o in una sua parte rilevante, tenuto anche conto degli effetti pregiudizievoli per lo sviluppo e la diffusione di imprese di piccole dimensioni caratterizzate da strategie innovative, e non siano trascorsi oltre sei mesi dal perfezionamento dell'operazione. L'Autorità definisce con proprio provvedimento generale, in conformità all'ordinamento dell'Unione europea, le regole procedurali per l'applicazione del presente comma. In caso di omessa notifica si applicano le sanzioni di cui all'articolo 19, comma 2. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle operazioni di concentrazione perfezionate prima della data della sua entrata in vigore».

2. Presupposti di applicazione dell'art. 16, comma 1-bis, della legge

La norma citata riconosce un potere di intervento all'Autorità circoscritto alle operazioni per le quali ricorrano *cumulativamente* i seguenti presupposti:

- a. non siano trascorsi oltre sei mesi dal loro perfezionamento;
- b. sia superata una sola delle due soglie di fatturato di cui all'art. 16, comma 1¹, della legge ovvero il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a 5 miliardi di euro; e
- c. l'Autorità, sulla base degli elementi in suo possesso, ravvisi la sussistenza di concreti rischi concorrenziali nel mercato nazionale (o in una sua parte rilevante) tenuto anche conto degli effetti pregiudizievoli per lo sviluppo e la diffusione di imprese di piccole dimensioni caratterizzate da strategie innovative.

Definire con chiarezza l'ambito di applicazione del nuovo potere è particolarmente importante al fine di ridurre l'incertezza giuridica che si potrebbe creare per le imprese che realizzano operazioni di concentrazione. Prima di passare a disciplinare le questioni procedurali, quindi, l'Autorità ritiene opportuno fornire alcuni chiarimenti preliminari sull'ambito di applicazione temporale e sostanziale della norma.

(i) Ambito di applicazione temporale

Nel testo dell'articolo viene chiarito che la norma non si applica alle operazioni di concentrazione perfezionate prima della data di entrata in vigore della disposizione. Al contempo, come evidenziato, il potere dell'Autorità di richiedere la notifica di determinate operazioni di concentrazione è limitato alle operazioni che si siano perfezionate al massimo negli ultimi sei mesi. Al riguardo appare quindi possibile richiamare i principi già enunciati da questa Autorità nella Co-

¹ Le soglie sono state aggiornate il 21 marzo 2022. Le soglie che rendono obbligatoria la comunicazione di una concentrazione sono state aggiornate il 21 marzo 2022 e ammontano a 517 milioni di euro per il fatturato realizzato nel territorio italiano dall'insieme delle imprese interessate e 31 milioni di euro per il fatturato totale realizzato individualmente a livello nazionale da almeno due delle imprese interessate.

municazione del 14 novembre 2012, recante *Nuova disciplina relativa all'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione*, vale a dire che un'operazione di concentrazione si intende perfezionata nel momento in cui si produce l'effetto di acquisizione del controllo. Alla luce di tale criterio generale, laddove una concentrazione venga posta in essere mediante una sequenza negoziale complessa, il limite temporale massimo entro cui sarebbe possibile richiedere la comunicazione all'Autorità di un'operazione di concentrazione è costituito da sei mesi dalla data di conclusione del contratto definitivo (c.d. *closing*), ovvero da quando si realizza il passaggio del controllo.

(ii) Sussistenza di concreti rischi concorrenziali

La norma può interessare operazioni di concentrazione di varia natura che, laddove ne ricorrano i presupposti, possono determinare concreti rischi per la concorrenza nel mercato nazionale (o in una sua parte rilevante). L'analisi può basarsi su indizi della sussistenza *prima facie* di tali rischi. Ad esempio, la norma può applicarsi all'acquisizione, da parte di un'impresa di grandi dimensioni a livello nazionale e/o globale, di un'impresa con un fatturato nazionale limitato o inesistente, ma anche a concentrazioni tra imprese nazionali di piccola/media dimensione.

In generale, l'Autorità potrà valutare la sussistenza di concreti rischi per la concorrenza tenendo conto di tutte le caratteristiche rilevanti delle imprese interessate e dei mercati in cui operano, prendendo in considerazione, laddove disponibili, elementi quali:

1. la struttura dei mercati;
2. le caratteristiche degli operatori coinvolti;
3. la natura dell'attività svolta dalle imprese interessate e la sua rilevanza per i consumatori e/o altre imprese;
4. la rilevanza dell'attività innovativa svolta;
5. il vincolo competitivo esercitato da una o più imprese al di là della quota di mercato.

Le quote di mercato e il grado di concentrazione – misurato, ad esempio, attraverso l'indice di Herfindahl-Hirschman («HHI») – forniscono spesso una prima utile indicazione sul potere di mercato e sull'importanza concorrenziale sia dei partecipanti alla concentrazione che dei loro concorrenti.

È ad esempio improbabile che l'Autorità richieda la notifica di un'operazione di concentrazione orizzontale laddove, dopo la concentrazione, la quota di mercato dell'insieme delle imprese interessate sia inferiore al 25%². Inoltre, è improbabile che, nell'ambito di una concentrazione di natura orizzontale, l'Autorità ritenga sussistente un concreto rischio per la concorrenza:

² Cfr. Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del Regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (OJ C 31, 5 febbraio 2004, p. 5) («*Horizontal Merger Guidelines*»).

1. in un mercato in cui dopo la concentrazione l'indice HHI è inferiore a 1.000;

2. se, dopo la concentrazione, l'indice HHI è compreso tra 1.000 e 2.000 ed il delta è inferiore a 250;

3. se, dopo la concentrazione, l'indice HHI è superiore a 2.000 ed il delta è inferiore a 150, a meno che siano presenti circostanze particolari.

Sempre a titolo esemplificativo, è altresì improbabile che l'Autorità richieda la notifica di un'operazione di concentrazione non orizzontale laddove, dopo la concentrazione, la quota di mercato della nuova impresa su ciascuno dei mercati interessati sia inferiore al 30% e l'indice HHI sia inferiore a 2.000³.

In ogni caso – soprattutto laddove *il fatturato non sia indicativo del vincolo competitivo* che un'impresa esercita o potrà esercitare in futuro nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante – l'Autorità potrà tenere in considerazione ulteriori elementi quali, ad esempio, la circostanza che un'impresa:

1. è una *start-up* o un nuovo operatore con un significativo potenziale competitivo che deve ancora sviluppare o adottare un modello di *business* che generi ricavi significativi (o è ancora nella fase iniziale di implementazione di tale modello);

2. è un importante innovatore o sta conducendo un'attività di ricerca potenzialmente importante;

3. è un'importante forza competitiva, attuale o potenziale;

4. ha accesso a beni significativi dal punto di vista della concorrenza (come ad esempio materie prime, infrastrutture, dati o diritti di proprietà intellettuale); e/o

5. fornisce prodotti o servizi che sono *input*/componenti chiave per altri settori.

L'Autorità potrà anche prendere in considerazione se il valore del corrispettivo ricevuto dal venditore sia particolarmente elevato rispetto all'attuale fatturato dell'impresa acquisita.

Come sopra rilevato, il comma 1-*bis* dell'art. 16 della legge prevede tuttavia che l'Autorità possa richiedere di notificare l'operazione di concentrazione solo qualora sussistano concreti rischi per la concorrenza «*nel mercato nazionale, o in una sua parte rilevante*».

Nel caso in cui le imprese interessate dall'operazione di concentrazione realizzino un fatturato in Italia, è possibile presumere che gli effetti della stessa possano prodursi nel mercato nazionale, o in una sua parte rilevante.

Nel caso in cui nessuna delle imprese interessate dall'operazione di concentrazione realizzi un fatturato in Italia, l'Autorità valuterà se, alla luce delle caratteristiche specifiche dell'operazione e delle imprese interessate, la concentrazione appaia comunque destinata a incidere sulla concorrenza nel mercato nazionale, o in una sua parte rilevante, considerando, ad esempio:

a. la diffusione in Italia delle attività interessate tra gli utenti/consumatori dei servizi delle imprese coinvolte, anche se si tratta di servizi che non sono prestati dietro corrispettivo monetario: nel settore digitale, per esempio, si potrà essere

³ Cfr. Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del Regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (OJ C 265, 18 ottobre 2008).

fare riferimento [*rectius*: potrà essere fatto riferimento *n.d.r.*] al numero giornaliero o mensile di utenti di tali servizi digitali residenti in Italia o al numero di accessi di singoli utilizzatori residenti in Italia ad un determinato sito web;

b. la localizzazione nel territorio nazionale della sede dell'impresa, degli impianti produttivi e/o di laboratori di ricerca o sperimentazione;

c. lo svolgimento di attività di R&S potenzialmente rilevante per il mercato nazionale: per esempio potrebbe rilevare la circostanza che i risultati della ricerca siano commercializzabili sul territorio nazionale, la titolarità di un particolare brevetto o l'aver avviato il processo di approvazione per un farmaco distribuibile sul territorio nazionale;

d. l'esistenza di un piano di entrata nel mercato nazionale: si terrà conto, ad esempio, della prospettiva di apertura di stabilimenti produttivi, dell'avvenuta o imminente assunzione di personale, dei processi di ottenimento di autorizzazioni al commercio o della previsione di conclusione di contratti di vendita, sempre in Italia;

e. ogni altro significativo collegamento con il mercato nazionale o una sua parte rilevante che emerge dalle caratteristiche dell'operazione.

3. Aspetti procedurali

Al fine di accertare la sussistenza e la portata di un'operazione di concentrazione rilevante ai sensi dell'art. 16, comma 1-*bis*, della legge, l'Autorità può avvalersi dei poteri istruttori di cui all'art. 16-*bis*, comma 1, della legge. In caso di inottemperanza, si applicano le sanzioni di cui al comma 2 di tale articolo.

Quando l'Autorità venga a conoscenza di un'operazione di concentrazione che *prima facie* realizzi i presupposti indicati al par. 2 della presente Comunicazione, può richiedere motivatamente a ciascuna delle imprese interessate di notificare l'operazione. Tale richiesta è formulata ai sensi dell'art. 16, comma 1-*bis*, e 16-*bis*, comma 1, della legge.

Per la nozione di «impresa interessata» si fa riferimento alla Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del Regolamento (Ce) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (par. 129-153).

La notifica deve intervenire entro il trentesimo giorno dal ricevimento della richiesta da parte del destinatario. L'Autorità si riserva comunque la possibilità in ipotesi eccezionali, sulla base di una motivata e tempestiva istanza delle imprese interessate, di prorogare il suddetto termine fino a ulteriori trenta giorni. Nei casi di acquisizione di controllo, qualora il destinatario della richiesta dell'Autorità non coincida con l'impresa che acquisisce il controllo, la comunicazione dell'operazione potrà essere effettuata anche da tale ultima impresa.

La notifica deve avvenire con le modalità di cui all'art. 5 del D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217. Qualora la notifica non intervenga nel termine indicato nella richiesta dell'Autorità, al destinatario della richiesta sono irrogate le sanzioni di cui all'art. 19, comma 2, della legge. Se, nella comunicazione dell'operazione, le im-

prese omettono, anche parzialmente, di fornire le informazioni o i documenti richiesti ovvero forniscono informazioni o documenti non veritieri si applicano le sanzioni di cui all'art. 16-*bis*, comma 2, della legge.

Se l'Autorità ritiene che l'operazione di concentrazione comunicata sia suscettibile di essere vietata ai sensi dell'art. 6 della legge, avvia l'istruttoria entro trenta giorni dal ricevimento della notifica completa.

Alle operazioni notificate ai sensi dell'art. 16, comma 1-*bis*, della legge, si applicano le disposizioni della legge in materia di valutazione delle operazioni di concentrazione, nonché le pertinenti disposizioni del D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217.

La formulazione della richiesta ai sensi dell'art. 16, comma 1-*bis*, della legge non preclude l'esercizio del potere di rinvio di cui all'art. 22 del Regolamento Ce n. 139/2004, qualora ne sussistano i requisiti.

L'Autorità provvede alla pubblicazione sul proprio sito internet (www.agcm.it) di un avviso relativo all'avvenuta comunicazione ai sensi dell'art. 16, comma 1-*bis*, della legge, delle operazioni sopra indicate. A tal fine, le imprese interessate devono fornire, all'atto della presentazione della comunicazione formale, il preventivo assenso alla pubblicazione dell'avviso.

Comunicazione volontaria delle operazioni di cui all'art. 16, comma 1-*bis*, della legge

Qualora le imprese interessate ritengano che un'operazione di concentrazione che non debba essere notificata né alla Commissione europea, né all'Autorità, rientri nell'ambito di applicazione della norma di cui all'art. 16, comma 1-*bis*, della legge, esse possono informarne volontariamente l'Autorità.

Benché tale comunicazione possa intervenire anche prima del perfezionamento dell'operazione, occorre che le parti abbiano già raggiunto un accordo in ordine agli elementi essenziali della transazione, in modo da consentirne all'Autorità una completa valutazione.

In questo caso, le imprese possono presentare all'Autorità un documento che contenga almeno le seguenti informazioni:

- indicazione dei soggetti che procedono all'operazione;
- breve descrizione delle modalità di realizzazione dell'operazione, ivi compresa l'indicazione della data in cui è avvenuto (o avverrà) il passaggio del controllo;
- indicazione del superamento di una delle due soglie di fatturato di cui all'art. 16, comma 1, della legge e/o del superamento della soglia di 5 miliardi di euro in termini di fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate;
- breve descrizione dei mercati interessati dall'operazione;
- posizione delle parti nei mercati individuati;
- ragioni per le quali l'operazione potrebbe determinare concreti rischi per la concorrenza nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante;
- se l'operazione sia stata o debba essere comunicata alle autorità competenti di altri Paesi.

L'Autorità, valutate le informazioni fornite, comunicherà alle imprese se essa intenda richiedere la notifica dell'operazione ai sensi dell'art. 16, comma 1-*bis*, della legge entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione volontaria completa.

L'Autorità si riserva la facoltà di modificare o integrare la presente comunicazione decorso un anno dalla data della sua pubblicazione alla luce dell'esperienza applicativa.

THE EU COMMISSION AND ITALIAN COMPETITION AUTHORITY'S APPROACH TO BELOW-THE-THRESHOLD MERGER CONTROL*

Summary: **1.** Introduction - **2.** The Illumina/Grail Case and application of Article 22 as a “corrective mechanism” to block killer acquisitions - **a.** The Commission’s decision - **i.** Illumina would have the ability to foreclose Grail’s rivals - **ii.** Illumina would have incentive to foreclose Grail’s rivals - **3.** The Commission’s new guidelines on the application of Article 22 - **a.** Background - **b.** Article 22 Guidance and the Q&A Document - **i.** Assessment of candidate cases - **ii.** Interactions between merging parties and the Commission - **iii.** Timescale and terms - **iv.** Interactions between third parties and the Commission - **v.** Cooperation between the NCAs of the Member States and the Commission - **4.** The new criteria set out by the AGCM for mergers below the threshold - **a.** The new below-the-threshold conditions and criteria for the substantive assessment - **b.** Temporal Scope of application - **c.** Voluntary notification - **d.** Relevant differences between the Commission’s and Authority’s mechanisms for scrutiny of below-thresholds transactions - **e.** Final remarks.

1. Introduction

After the European Commission (the «Commission») blocked the acquisition of Grail by Illumina (the first case where the Commission exercised its powers on below-thresholds transactions according to the new interpretation of Article 22 of the EU Merger Regulation¹), it adopted new

* The Authors would like to thank Clara Fallocco for collaborating to this article.

¹ Regulation No. 139/2004 (the «EUMR»), in *OJEU* L 24 of January 29, 2004, p. 1 ss.

guidelines (the «Article 22 Guidance²») and published a new Frequently Asked Question and Answers document (the «Q&A Document³») to provide practical information to the transaction parties on the revised application of Article 22 of the EUMR’s referral mechanism.

This article illustrates the steps that led to the Commission’s recently revised Article 22 referral policy and describes the new notice (the «Notice») published on December 27, 2022 by the Italian Competition Authority (the «AGCM» or the «Authority»)⁴, which provides useful guidance on below-thresholds mergers at a national level.

2. The Illumina/Grail Case and application of Article 22 as a “corrective mechanism” to block killer acquisitions

In September 2020, Illumina, the global leader in next-generation sequencing («NGS»), announced its plan to acquire one of its customers, Grail, a U.S.-based startup active in the market of tests for early cancer detection. Such transaction attracted the Commission’s attention – although the deal didn’t meet the turnover threshold of the EU or any Member State – mainly because of its value of 7.1 billion dollars, despite the fact Grail wasn’t generating any turnover.

The transaction was announced after the Commission had reiterated its determination to identify a tool to review acquisitions of emerging (or yet to be developed and marketed) businesses and technologies by dominant players (known as “killer acquisitions”) that could stifle innovation and competition but fall below the turnover thresholds that trigger mandatory prior notification to the Commission or national competition authorities («NCAs») in the EU.

This concern raised by ex-post observation of transactions occurred in recent years in the digital and pharmaceutical sector, where dominant companies are suspected of having acquired innovative startups just to prevent them from thriving and disrupting the incumbents’ businesses; competition agencies were not in a position to detect and review such ac-

² Communication from the Commission - Guidance on the application of the referral mechanism set out in Article 22 of the Merger Regulation to certain categories of cases, in *OJEU* C 11 of March 31, 2021.

³ Available at https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-12/article22_recalibrated_approach_QandA.pdf.

⁴ Provvedimento n. 30407 of December 13, 2022, in *Bollettino AGCM* n. 46 of December 27, 2022 available at https://www.agcm.it/dotcmsdoc/normativa/concorrenza/Comunicazione_relativa_applicazione_art_16_1bis_1_287_90.pdf.

quisitions beforehand. To make it possible doing so, the Commission decided to revive the application of Article 22 of the EUMR, which allows NCAs to ask the Commission to review a transaction under the EUMR if the concentration *i.* affects trade between Member States; and *ii.* «threatens to significantly affect competition» within their territory.

Originally, this provision was conceived to allow Member States that did not have a national merger control regime to make referrals to the Commission regarding concentrations⁵. However, following the introduction of a merger control regime in all Member States, the Commission discouraged the application of Article 22 to refer transactions that did not exceed a Member State's merger control thresholds (although its wording does not expressly require that such a line be crossed). On March 26, 2021, the Commission published the Article 22 Guidance specifying that Article 22 could also be applied to transactions that are below national thresholds, if they are potentially harmful to competition, especially in markets where investments in innovation play a crucial role.

This is exactly what happened in the Illumina/Grail case: upon invitation of the Commission, multiple EU Member States sent a referral request to the Commission, which accepted it in April 2021 and, after forcing the parties to report their transaction, opened an in-depth investigation in July 2021. Illumina appealed the decision before the General Court, arguing that the Commission lacked jurisdiction to review a foreign-to-foreign transaction involving two U.S. companies, one of which did not have any turnover in the European Union. Illumina claimed that the Commission's new interpretation of Article 22 significantly broadens its applicability and creates a new system of merger control for transactions globally, irrespective of whether EU and single Member States' thresholds are met. This dramatically complicates the assessment of merger control requirements for undertakings, which cannot predict with sufficient certainty whether a transaction may be subject to mandatory notification and scrutiny within a defined timeline. However, in a July 2022 ruling⁶ the General Court confirmed the Commission's jurisdiction over the transaction, stating that an Article 22 referral is possible irrespective of whether the transaction falls under the merger control rules of that Member State. The General Court

⁵ This referral mechanism differs from that set forth in Article 4(5) of the EUMR in that the latter allows the notifying parties – and not the Member States – to request a referral to the European Commission of transactions that exceed the turnover thresholds for mandatory prior notification in at least three Member States, and irrespective of whether the transaction raises significant risks for competition in one or more Member States.

⁶ Judgment of the General Court (third chamber) of July 13, 2022, case n. T-227/21, EU:T:2022:447: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62021TJ0227>.

intended Article 22 as a «*corrective mechanism*»: it applies when traditional thresholds fail to confer jurisdiction to the Commission or to any NCAs regarding a transaction that is potentially harmful to competition in the internal market.

Furthermore, although Illumina notified the Commission of the acquisition, it also decided to proceed with the closing in August 2021 without waiting to hear the outcome of the investigation. As a result, the Commission opened “gun-jumping” proceedings against Illumina for violation of the standstill obligation⁷ and, in addition, adopted interim measures to prevent potential harm to competition during its review of the transaction. The most significant measures imposed upon Illumina were *i.* the obligation to hold Illumina separate from Grail, which to this end had to be run by an independent “hold separate” manager; and *ii.* a prohibition on exchanging confidential business information with Grail.

a. The Commission’s decision

After the in-depth Phase II investigation, the Commission found that Illumina, following Grail’s acquisition, would have the ability and incentive to put in place strategies with a detrimental effect on competition in the nascent market for blood-based early cancer detections tests. More specifically, according to the Commission, the investigation revealed the following impediments to effective competition that justified prohibiting the transaction and rejecting the remedies offered by Illumina to address concerns:

i. Illumina would have the ability to foreclose Grail’s rivals

Grail and its competitors rely on the NGS system to develop blood-based early cancer detection tests. Today, only Illumina has NGS equipment that meets the technical requirements to develop such cancer tests because there are no credible alternatives on the market in the short- and medium-term. Significant barriers to entry into the NGS market make it almost impossible for a provider of NGS to install the necessary instruments and develop stable technology that can compete with Illumina’s innovation rate. Moreover, even if it were possible, switching NGS supplier would require significant investment and a lengthy process, with no guarantee of success.

⁷ The infringement of the standstill obligation may entail a fine of up to 10% of the aggregate turnover of the undertaking concerned (Article 14.2 of EUMR).

ii. Illumina would have incentive to foreclose Grail's rivals

According to the Commission's investigation, the market value of NGS-based early cancer detection testing would reach more than 40 billion euros annually by 2035. Considering that enormous market potential and the innovation race for development of early cancer detection tests, the Commission believed that Illumina would have clear incentive to engage in foreclosure strategies against Grail's rivals (e.g., by increasing input prices, delaying supplies, worsening quality, or refusing to deal with them).

Illumina announced its intention to appeal separately the Commission's decision and the General Court's decision, yet the deal is unlikely to survive, pending the court's final judgement. Since the transaction was completed before the prohibition decision was issued, the Commission may order Illumina to dissolve the concentration or take other appropriate measures to restore the situation in existence before implementation of the concentration.

3. The Commission's new guidelines on the application of Article 22

a. Background

The Illumina/Grail case represents a significant breakthrough in the Commission's exercise of its merger control powers because it was the first such instance falling under the new interpretation of Article 22.

In fact, it made it clear that calculating the relevant global, EU-wide, and national turnover⁸ of the parties to a transaction is no longer sufficient to assess whether a concentration is subject to prior notification and stand-still obligations within the EU.

Such case led to the publication of the Article 22 Guidance which is aimed at providing practical indications regarding the Commission's approach to the use of the referral mechanism set out in Article 22 of EUMR. The new policy illustrated by the Commission in the Article 22 Guidance encourages national competition authorities to refer certain transactions to the Commission, even if they fall below national thresholds.

⁸ Merger control systems of certain member States, like Spain and Portugal, also provide market-share thresholds.

b. Article 22 Guidance and the Q&A Document

As said, the Article 22 Guidance, complemented by the Q&A Document, aims at providing practical information to merging and third parties on the renewed application of Article 22's referral mechanism. The key elements emerging from these documents are summarized below.

i. Assessment of candidate cases

The Commission states from the outset that «the Article 22 Guidance is a targeted tool focusing on specific categories of cases» and «is not limited to any specific economic sector». However, in illustrating the categories of transactions that would normally be suitable candidates for an Article 22 referral, it broadly recalls the specific circumstances that made the Commission accept the referral in the Illumina/Grail case.

As to the first requirement set forth in Article 22 EUMR, the Commission lists specific factors which could be relevant to assess whether the transaction may affect the pattern of trade between Member States. These may include: the location of (potential) customers; the availability and offering of the products or services at stake; the collection of data in several Member States; or the development and implementation of R&D projects whose results, including intellectual property rights, if successful, may be commercialised in more than one Member State.

As to the second requirement, the Commission clarifies that the referring Member States is required, in essence, to demonstrate that, based on a *prima facie* (or “quick look”) assessment, the transaction may have a significant adverse impact on competition, and thus it deserves close scrutiny. Among and beyond the general criteria illustrated in existing guidelines on the substantive appraisal of horizontal and non-horizontal mergers and on referral of cases to the European Commission⁹, the Commission mentions the following as typically relevant in the context of Article 22: the elimination of a recent or future entrant or the merger between two important innovators; the reduction of competitors' ability and/or incentive to compete, including by making their entry or expansion more difficult or by hampering their access to supplies or markets; or the ability and incentive to leverage a strong market position from one market to another by means

⁹ Communications of the European Commission, *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*, in OJEU C 31 of February 5, 2004; *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*, in OJEU C 265 of October 18, 2008; *Commission Notice on Case Referral in respect of concentrations*, in OJEU C 56 of March 5, 2005.

of tying or bundling or other exclusionary practices. Moreover, as relevant factors to be considered in this context, the Commission lists situations where one of the undertakings concerned (usually the target): is a start-up or recent entrant with significant competitive potential that has yet to develop or implement a business model generating significant revenues; is an important innovator or is conducting potentially important research; has access to competitively significant assets (e.g., raw materials, infrastructure, data or intellectual property rights); and/or provides products or services that are key inputs/components for other industries.

Ultimately, a factor which is deemed particularly indicative of the need for scrutiny of a transaction below the thresholds is that the turnover of the target undertaking does not reflect its actual or future competitive potential, which by contrast is typically reflected in the very high price that the acquiring undertaking(s) are amenable to disgorge for the acquisition compared to the target's turnover.

Since the recalibrated application of Article 22 is aimed at capturing below-thresholds transactions under the scope of merger control, the Commission reserves the right to accept referral requests of transactions that have already been closed (so called *ex post* review of concentrations). However, it expressly indicates that «the time elapsed since the closing is a factor that the Commission may consider when exercising its discretion to accept or reject a referral request» and that it «would generally not consider a referral appropriate» if more than six months have passed after the closing of the transaction. It also indicates that this period of six months would run from the moment when «material facts about the concentration» have been made public in the EU, thus reserving a certain flexibility in determining the calculation of the relevant period. Moreover, the Commission expressly reserves the faculty to consider a later referral in exceptional situations, depending on the magnitude of the potential competition concerns and of the potentially adverse effect on consumers.

Notably, the Commission clarifies that the circumstance that a transaction has already been notified in one or more Member States that did not request a referral, nor joined such a request, may constitute a factor against accepting an Article 22 referral from a Member State where the transaction was not notified. According to the Commission, this criterion reflects the “one-stop-shop” principle, which is at the core of the EU Merger Regulation and that would be jeopardized if it were to accept Article 22 referrals in similar circumstances.

In the Q&A Document, the Commission provides some real-life examples of situations which may be considered suitable candidates for a re-

ferral based on the Article 22 Guidance, and that reflect the criteria indicated above. Such examples concern different products or services, though all in the digital, tech or pharmaceuticals fields.

ii. Interactions between merging parties and the Commission

Paragraph 24 of Article 22 Guidance clarifies that the merging parties can voluntarily come forward to the Commission to obtain an "early indication" that their intended transaction would not constitute a good candidate for a referral under Article 22. For the Commission to provide such indication – which has no binding value but could be relied on as a “comfort letter” – the merging parties should submit a short briefing paper with sufficient relevant information on the transaction to that end. The Q&A Document provides a list of items the briefing paper should address, which include general and concise information on the parties (economic activities and turnovers) and on the transaction (rationale, value, status and envisaged timing), as well as substantive information (substantiated by data and evidence) concerning the relevant markets, their definition and the competitive situation. The latter information should also include any elements that could suggest on a preliminary basis that the transaction would (not) threaten to significantly affect competition within the territory of one or more Member States, and whether the turnover of all the undertaking concerned properly reflect the firms’ actual or future competitive potential in these markets.

iii. Timescale and terms

The Article 22 Guidance provides indications on the timescale within which the parties can expect a response on their request whether the transaction will be subject to scrutiny under the revised application of the provision at issue. However, the terms indicated by the Commission entail a degree of flexibility and cannot be relied on as mandatory procedural deadlines.

In this regard, the Commission in the Q&A document expressly notes that while it «would normally strive to carry out a first review of the information provided by the merging parties within five working days from receipt», the timeframe «will depend on the complexity of the case and the completeness of the information provided by the parties».

By contrast, the term within which Member States have to submit or join a referral request, if no notification is required, is clearer and mandatory since it is set forth in Article 22 EUMR: the referral request «must be made at most within 15 working days of the date on which the concentra-

tion is otherwise made known to the Member State concerned»¹⁰; similarly, other Member States may join the initial request within a period of 15 working days of being informed by the Commission of the initial request. Finally, the Commission may decide to accept the referral request at the latest by 10 working days after expiration of the 15-working-day period for other Member States to join the initial referral request. If the Commission does not respond within this term, the referral request will be deemed accepted.

iv. Interactions between third parties and the Commission

Third parties can also contact the Commission about a transaction that they consider to be a suitable candidate for a referral based on Article 22, providing all the information available regarding the criteria of Article 22 and the other factors set out in the Article 22 Guidance. In this case the Commission is not obliged to take any specific action, though it may solicit the affected Member States to consider submitting a request for referral.

v. Cooperation between the NCAs of the Member States and the Commission

Finally, the Q&A Document provides practical information on the cooperation between the national competition authorities («NCAs») of the Member States and the Commission in the context of requests for guidance by merging parties and interactions with third parties.

In particular, it provides that the merging parties and the third parties should decide whether to contact the Commission and/or one or more NCAs. Contacting the Commission directly – on a stand-alone basis or together with contacting the NCAs – may provide certain efficiencies in the procedure by taking advantage of the coordination role of the Commission in the application of Article 22.

Further, the Commission confirms, both in the Article 22 Guidance and in the Q&A Document, that all the contacts between the Commission and the merging parties/third parties are to be kept confidential, according to Article 17 of the EUMR and on the existing best practices and criteria as set out in the Notice on Case Referrals¹¹.

¹⁰ Article 22 Guidance, para. 28. «The notion of “made known” should be interpreted as implying sufficient information to make a preliminary assessment as to the existence of the criteria relevant for the assessment of the referral».

¹¹ Commission Notice on Case Referral in respect of concentrations, in *OJEU* C 56 of March 5, 2005.

4. The new criteria set out by the AGCM for mergers below the thresholds

Based on the same rationale that led the Commission to recalibrate the application of Article 22, the AGCM decided to follow in the footsteps of several other Member States and identify new criteria for scrutiny of mergers below the national turnover thresholds.

However, it could not rely on existing provisions to that end therefore advocated with the Italian legislator to introduce new provisions enabling it to request notifications of transactions below the turnover thresholds triggering mandatory prior notification. As a result, Article 32 Law No. 118 of August 5, 2022 introduced a new paragraph 1-*bis* to Article 16 of Law No. 287/90 («Italian Competition Act») and, on December 27, 2022, the Authority published a notice («Notice»)¹² to clarify certain aspects and procedural rules for its application. In line with the Article 22 Guidance, the Notice provides some useful indications and criteria to identify the below-thresholds transactions that could potentially be subject to a request of notification by the ICA, however with some differences that are highlighted below.

a. The new below-the-threshold conditions and criteria for the substantive assessment

Until introduction of the new paragraph 1-*bis*, application of the Italian merger control regime was subject to only two cumulative conditions: the combined turnover generated in Italy by all the undertakings concerned by the transaction exceeds 532 million Euros; and the turnover generated in Italy by each of at least two undertakings concerned exceeds 32 million Euros¹³.

In addition to this main conditions, new paragraph 1-*bis* states that the AGCM may ask companies to notify below-the-threshold mergers, within 30 days of a request, if three cumulative conditions are met:

- no more than six months have elapsed since completion of the transaction;
- either one of the two Italian turnover thresholds provided under Article 16, paragraph 1 (i.e., 532 million Euros or 32 million Euros) is exceeded, or the worldwide aggregate turnover generated by all the undertakings concerned exceeds the EUMR threshold of 5 billion Euros; and

¹² *Cit. supra*, note 4.

¹³ As recently updated by Resolution of the ICA N. 30507 of March 14, 2023 to reflect the national price deflator index registered from 2018 to 2022.

- Based on available evidence, the Authority believes there are concrete risks to competition in the national market or in a significant part thereof, including in terms harmful effects on the development of small enterprises characterized by innovative strategies are also to be considered.

The Authority also reserves the right, in exceptional cases, to extend the 30 days period upon request of the undertakings concerned. Failure to meet the deadline is subject to a fine of up to 1% of the turnover generated in the previous year, according to Article 19(2) of the Italian Competition Act.

The Notice provides further elements to identify which transactions may be deemed notifiable under the new criteria, which are aligned with the Article 22 Guidance. Indeed, In addition to the existing criteria and market share thresholds established by the notices and case law of the European Commission and of the ICA to determine whether a concentration may raise concerns for competition, the Notice also mentions as relevant – irrespective of those existing indicators – whether: the target is a startup or newly formed company with significant competitive potential; an important innovator conducting important R&D activity; a significant actual or potential competitor; or a company that has access to competitively significant assets (such as raw materials, infrastructure, data, or intellectual property rights) and/or provides products or services that are key inputs/components for other industries. The AGCM will also consider the fact that the payment to the seller is “particularly high” in proportion to the turnover of the undertaking acquired.

The Notice also confirms that the ICA reserves the right to request notification of a concentration even in case of pure foreign-to-foreign transactions, *i.e.* if none of the concerned undertakings reports turnover in Italy. To determine whether such a transaction is nonetheless notifiable under the new provision, the AGCM will consider in particular:

a. the level of diffusion in Italy of the services of the undertakings concerned, including if provided without monetary compensation (e.g., for gratuitous digital services), in which case the AGCM will take into consideration the daily volume of users of such services in Italy or the number of accesses of single users in Italy to a certain website;

b. the presence in Italy of premises or assets of the undertakings concerned (e.g., production plants, R&D laboratories);

c. the circumstance that the result of R&D activities may be commercialized in Italy (e.g., the titularity of a patent or the launch of authorisation process to distribute a certain drug in Italy);

d. the existence of plans to enter the national market (e.g., the prospect of opening of production plants, or the imminent hiring of personnel or conclusion of sales contracts in Italy);

e. any other significant connection with Italian market which may emerge from the specific circumstances of the transaction.

b. Temporal scope of application

The Authority clarifies that the rule does not apply to mergers completed before the date of entry into force of the provision. At the same time, as noted, the AGCM's power to request notification of certain concentrations is limited to transactions completed at the latest in the last six months. Therefore, based on the established criteria, the Authority notes that when a concentration is implemented in several phases, the maximum deadline for requesting notification is six months from the date of closing of the final agreement, *i.e.* from the moment when change of control takes place according to established criteria.

c. Voluntary notification

The Notice also allows undertakings voluntarily to file a below-threshold merger provided that they substantiate that the conditions for such a notification are satisfied. To this end, the undertakings concerned must provide the AGCM with details on the transaction, the relevant parties, and the markets concerned, specifying the reasons why they believe the transaction may give rise to competition concerns or concrete risks to competition in the national market or in a significant part thereof. The Authority then will have 60 days from the voluntary communication to request formal notification of the transaction.

This possibility might be also used for the benefit of undertakings seeking formal clearance from the Authority in advance, therefore removing the uncertainty related to a possible, future request for notification by the Commission and the complications that it could create in sharing the envisaged costs and liabilities, or timescale for closing, in the contract between the parties of the transaction.

d. Relevant differences between the Commission's and Authority's mechanisms for scrutiny of below-threshold transactions

The most significant difference with the Commission's policy set out in Article 22 Guidelines can be identified in that the Italian mechanism for below-threshold transaction is, in fact, still thresholds based. While the Article 22 mechanism does not contemplate any specific value or turnover threshold triggering the Commission's power to scrutinize a transaction,

the AGCM's power to request a notification below the thresholds is triggered only if certain turnover thresholds are met.

Further, while the 6-month "limitation period" for ex post review of completed transactions is set by the Commission as an indicative term in the Article 22 Guidance, which can be exceeded in exceptional circumstances, the same term is expressly set forth in the new legislative provision of the Italian Competition Act as a strict deadline, with no possible exception enabling the AGCM to request notification after it is elapsed.

Last but not least, while the AGCM's power to request a notification is only conditional upon that a concentration satisfies the three cumulative conditions illustrated above and, the Commission must receive a referral request from one or more Member States for being enabled to scrutinize a concentration pursuant to Article 22 EUMR.

Like the Article 22 Guidance, the AGCM's Notice provides some useful indications to identify the below-thresholds transactions that could potentially be subject to mandatory or voluntary notification under the new provision. However, the Authority refrained to go as far as providing further information on certain substantive and procedural issues that were flagged during the consultation phase on the content of the Notice.

For instance, the ICA did not clarify how it will approach and coordinate possible requests from Member States under Article 22 of the EU merger regulation over the same transaction, e.g., whether in such a case it will suspend its own proceedings while waiting for a determination of the Commission on requests under Article 22. Instead, it simply affirmed that the exercise of its powers under paragraph 1-*bis* of the Italian Competition Act will not prejudice possible referrals under Article 22. Further, the AGCM refrained from clarifying whether, in case of voluntary notification, the notifying parties can already submit arguments aimed at removing concerns that the transaction may prejudice effective competition on the national market, considering that the Notice merely requires the parties to illustrate why they believe the transaction may give rise to concrete risks to competition in the national market or in a significant part thereof. One can infer by logic that it is indeed possible, though by not expressly clarifying it in the Notice (and differently from Article 22 Guidance which instead is clear on this possibility) the Authority seems to require the parties to focus on the risky aspects of the transaction for competition.

e. Final remarks

This new tool of the Commission and of the AGCM to scrutinize mergers significantly impacts the approach, risks and timescale that parties to

a transaction with relevant businesses in Italy and across the EU will have to factor in negotiating and drafting their agreements. First, they will have to make a substantive self-assessment of the impact of the transaction on competition even if the size of their turnovers is relatively small. Second, they will have to thoroughly consider the implications of possible scrutiny by setting in the agreement the conditions precedents needed to deal with possible notifications requirements and disciplining how to share the risk of adverse outcomes (either a prohibition or the imposition of remedies) between them.

Notably, this new tool adds up to the recent judgement of the Court of Justice of the European Union in *Towercast*¹⁴, which has finally clarified that national competition authorities in the EU are in any case allowed to investigate completed mergers ex post under Article 102 TFEU (or equivalent national provisions) on the abuse of dominant position, if no other remedy is available to sanction a significant impediment to effective competition that was caused by a concentration. As a result, even if a transaction escapes scrutiny either by the Commission pursuant to Article 22 EUMR or by the AGCM under new paragraph 1-*bis* of the Italian Competition Act – for instance because 6 months have passed since closing – the parties cannot rule out that the concentration will be investigated afterwards by the AGCM or other NCAs under their traditional powers to sanction abusive conduct.

Irene Picciano**

Enzo Marasà***

SINTESI

Dopo che la Commissione europea – per la prima volta – ha bloccato l'acquisizione di Grail da parte di Illumina nonostante la fusione fosse al di sotto delle soglie di fatturato che fanno scattare gli obblighi di notifica preventiva ai sensi delle norme nazionali e UE sul controllo delle concentrazioni, la Commissione medesima ha adottato nuove linee guida e pubblicato un nuovo documento di FAQs per fornire informazioni pratiche alle parti della transazione sull'applicazione rivisitata dell'art. 22 del Regolamento sulle concentrazioni dell'UE sul

¹⁴ Judgment of the Court (Second Chamber) of March 16, 2023, case n. C-449/21, EU:C:2023:207.

** Avvocato / Foro di Milano; Partner / Studio Portolano Cavallo

*** Avvocato / Foro di Bergamo; Partner / Studio Portolano Cavallo

meccanismo di rinvio dagli Stati membri alla Commissione europea. Questo articolo illustra l'*iter* che ha portato alla politica di rinvio dell'art. 22 recentemente rivista dalla Commissione ed esamina il nuovo provvedimento dell'AGCM, pubblicato il 27 dicembre 2022, che fornisce indicazioni utili sulle fusioni sotto soglia a livello nazionale.

ABSTRACT

After the European Commission – in a first – blocked the acquisition of Grail by Illumina despite the merger fell below the turnover thresholds triggering prior notification obligations under both national and EU merger control rules, it adopted new guidelines and published a new FAQs document to provide practical information to the transaction parties on the revised application of Article 22 of the EU merger control Regulation on the referral mechanism from Member States to the Commission. This article illustrates the steps that led to the Commission's recently revised Article 22 referral policy and describes the new notice published on December 27, 2022 by the Italian Competition Authority, which provides useful guidance on below-thresholds mergers at a national level.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

COME GLI AVVOCATI EUROPEI HANNO CONTRIBUITO ALLA CREAZIONE DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO DELL'UNIONE EUROPEA *

Come già ricordato più volte in altre sedi, sono da sempre convinto che tutta la costruzione europea sia frutto di una serie di circostanze fortunate che si sono inanellate, in modo incredibile, una di seguito alle altre, come se una mano invisibile le avesse opportunamente guidate¹.

Senza la costituzione della CECA, la prima Comunità europea del carbone e dell'acciaio, da considerare la prima circostanza fortunata, non sarebbe stato infatti possibile trasformare l'Europa in un'area pacifica portando a collaborare, tra loro, i Paesi europei che da secoli si facevano la guerra. Senza tale collaborazione non sarebbero, inoltre, sorte le altre Comunità europee e senza le Comunità europee non si sarebbero poste le basi per una maggiore integrazione tra gli Stati europei.

* Considerazioni a margine del libro di Tommaso Pavone, *The Ghostwriters. Lawyers and the Politics behind the Judicial Construction of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022.

¹ Cfr. l'aforisma attribuito a W. Goethe: *C'è una verità elementare, la cui ignoranza uccide innumerevoli idee e splendidi piani. Nel momento in cui uno si impegna a fondo, anche la provvidenza si muove: infinite cose accadono per aiutarlo, cose che altrimenti non sarebbero mai avvenute (...) L'audacia ha in sé, genio, potere e magia. Incomincia adesso*.

Ma l'integrazione fra gli Stati europei non sarebbe stata possibile senza la creazione di un ordinamento giuridico europeo.

Per questo è stata necessaria l'affermazione di due principi fondamentali in base ai quali le norme giuridiche comunitarie potessero, non solo trovare applicazione e dispiegare piena efficacia all'interno degli Stati, ma anche prevalere, in caso di conflitto, nei confronti delle norme interne degli Stati medesimi.

Orbene, il merito di essere riusciti ad imporre il riconoscimento dei due principi appena ricordati spetta indubbiamente alla Corte di giustizia dell'Unione europea e, in particolare, ad alcuni suoi giudici.

Tra questi giudici, spicca la figura di *Robert Lecourt* che è stato Presidente della Corte di giustizia dal 1967 al 1976.

A ben vedere anche l'analisi degli eventi che hanno preceduto la nomina di Lecourt a giudice della Corte di giustizia, come pure l'esame di quelli che sono successivamente accaduti e che tale nomina hanno favorito, rivelano il verificarsi, alla base, di circostanze fortunate non sicuramente prevedibili.

Se riflettiamo infatti sulla situazione politica francese, nella seconda metà degli anni Cinquanta, ci rendiamo subito conto che se il *Generale De Gaulle* fosse arrivato al potere in Francia nel 1957, invece che l'anno dopo, nel 1958, il Trattato di Roma non sarebbe stato ratificato e la Comunità economica europea forse non sarebbe mai sorta.

De Gaulle era infatti decisamente contrario all'integrazione europea e bollava i politici ad essa favorevoli come "apatridi". Basta infatti rileggere il testo delle sue conferenze stampa dei primi anni Sessanta per sincerarsene.

Per De Gaulle esistevano soltanto gli Stati-nazione e l'unica Europa che bisognava costruire era l'*Europa delle patrie*.

Poiché i Gaullisti erano arrivati al potere con un anno di ritardo, quando il Trattato di Roma era già stato ratificato da tutti i Parlamenti nazionali nel 1957, De Gaulle, divenuto nel frattempo Presidente della Repubblica francese, non ha potuto impedire che il Trattato entrasse in vigore.

La lotta dei Gaullisti contro il Trattato di Roma è stata rinviata agli anni Sessanta quando De Gaulle, dopo la *crisi della sedia vuota*, del 1965, tramite il Compromesso di Lussemburgo del gennaio 1966, ottenne di poter bloccare sostanzialmente il passaggio alla Terza tappa impedendo agli Stati membri di adottare gli atti comunitari a maggioranza qualificata, costringendoli a ricorrere all'unanimità per ogni deliberazione da approvare e ciò in violazione delle norme del Trattato di Roma.

Per quanto riguarda la posizione di Robert Lecourt che, agli inizi degli anni Sessanta, era membro del Governo francese presieduto da *Michael*

Debré, sotto la Presidenza di De Gaulle, dobbiamo ammettere che anche in questo caso, si è verificata un'altra circostanza fortunata che ha favorito l'evoluzione del diritto comunitario e dell'integrazione europea.

Poiché Robert Lecourt era entrato in conflitto con Michael Debré per ragioni politiche, De Gaulle, che stimava molto Lecourt, ha reso possibile la sua nomina nel 1962 a membro della Corte di giustizia delle Comunità europee in sostituzione del giudice allora in carica, il famoso economista *Jacques Rueff*.

Anche questa decisione che ha portato alla sostituzione di una personalità molto nota in Francia come Jacques Rueff, non era certo facilmente prevedibile.

Con l'arrivo di Robert Lecourt alla Corte di giustizia si giunge quindi alle due sentenze che hanno affermato i due principi sopra menzionati grazie ai quali è stata possibile la creazione dell'ordinamento giuridico comunitario.

Questo risultato è stato ammesso non solo da Robert Lecourt in un suo articolo più avanti citato, ma è anche stato riconosciuto da tutti quelli che si sono interessati al problema dell'integrazione europea.

Robert Lecourt è stato il più autorevole tra i Presidenti della Corte di giustizia ed è stato sia il giudice membro del Collegio giudicante nella celebre causa *Van Gend en Loos* del 1963, sia il relatore nell'altrettanto celebre causa *Costa/Enel* decisa nel 1964, nelle quali sono stati affermati i predetti due principi della diretta efficacia e della prevalenza del diritto comunitario. Nel 1991 Robert Lecourt ha scritto un importante articolo, apparso in *Mélanges Jean Boulouis*² che aveva per titolo «*Quel eu été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?*». L'articolo contiene numerose e interessantissime risposte al quesito riportato nel titolo, sia sotto il profilo giuridico sia sotto il profilo politico-istituzionale.

Tra le risposte di carattere politico-istituzionale possiamo soffermarci sulle due che appaiono di maggior rilievo.

Secondo Lecourt, grazie alle due sentenze emesse nelle cause appena citate che, ripetiamo, hanno affermato, rispettivamente, nel 1963, il principio della diretta applicabilità e della diretta efficacia della normativa comunitaria nonché, nel 1964, il principio della prevalenza di tale normativa rispetto a quella degli Stati membri, è stato possibile innanzitutto costruire in Europa un ordinamento giuridico comunitario *sui generis* integrato al sistema degli Stati membri (analogo a quello esistente in una organizzazione federale di Stati). In secondo luogo, grazie alle predette sentenze, è

² Pubblicato in *Europe et le droit: mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 349-361.

stato possibile coinvolgere non solo le Istituzioni pubbliche degli Stati membri e, soprattutto, le autorità giudiziarie nazionali, ma anche i cittadini di tali Stati e, in particolare, gli operatori economici e i professionisti, nella costruzione dell'ordinamento comunitario.

Completando tali risposte con una valutazione soggettiva, Robert Le-court ha aggiunto che, in mancanza delle predette sentenze, le Comunità europee sarebbero probabilmente rimaste semplici organizzazioni internazionali senza storia, come possiamo dire di tante altre organizzazioni internazionali nate dopo l'ultimo conflitto mondiale.

La mia opinione personale è che le sentenze appena menzionate costituiscono le due decisive circostanze fortunate che hanno consentito la creazione dell'ordinamento giuridico europeo, alle quali si sono aggiunte, in seguito, quelle che hanno reso possibile agli Stati europei di procedere in modo efficace sulla strada dell'integrazione.

Una peculiare circostanza fortunata, che imprevedibilmente ha contribuito alla costruzione e al funzionamento dell'ordinamento giuridico europeo, è senz'altro rappresentata dall'apporto fornito dai professionisti e in particolare da una solida schiera di giuristi-avvocati tramite l'attività da essi esercitata come legali davanti ai giudici dei diversi Stati membri e davanti alla Corte di giustizia europea.

Orbene, proprio all'attività esercitata da questo attivo drappello di giuristi-avvocati, il Prof. Tommaso Pavone dell'Università dell'Arizona ha dedicato le sue accurate ricerche che hanno reso possibile la pubblicazione del libro "*The Ghostwriters*" al quale facciamo riferimento.

La tesi di fondo dell'A. è quella di dimostrare che la costruzione dell'ordinamento giuridico europeo è stata resa possibile, in modo graduale, dalle iniziative degli avvocati degli Stati membri che patrocinavano, davanti ai giudici nazionali, specifici procedimenti giudiziari nei quali occorreva risolvere i conflitti tra la normativa europea e la normativa nazionale applicabile in uno Stato membro.

Poiché questi conflitti dovevano essere risolti dalla Corte di giustizia europea, alcuni avvocati che patrocinavano le cause sollecitavano i giudici nazionali competenti a rimettere gli atti delle cause medesime alla predetta Corte di giustizia.

Nel caso in cui la Corte di giustizia avesse riconosciuto, in un procedimento sottoposto al suo giudizio, la diretta applicabilità della norma europea, il giudice interno competente avrebbe dovuto considerare tale norma prevalente rispetto a quella nazionale, disapplicando quest'ultima.

Orbene, grazie al progressivo aumento delle cause rimesse alla Corte di giustizia che sono terminate con il riconoscimento della prevalenza delle norme europee su quelle nazionali, il diritto europeo ha avuto modo di

affermarsi gradatamente nei vari Stati membri, rendendo possibile la costruzione, nell'Unione europea, di un ordinamento giuridico in grado di presentare caratteri analoghi a quello esistente di uno Stato federale.

Questo eccezionale risultato che non poteva certamente essere dato per scontato all'inizio dell'esperienza comunitaria, è quindi dipeso anche dalla circostanza fortunata sopra descritta che non tutti avevano adeguatamente considerato.

Il Presidente della Corte di giustizia Robert Lecourt, nel suo libro «*L'Europe des juges*»³, pubblicato nel 1976, al termine del suo mandato, ha riservato maggiore importanza al ruolo svolto dai giudici nazionali degli Stati membri e dalla Corte di giustizia.

Secondo il Prof. Pavone è da ritenere, invece, che sono stati gli avvocati degli Stati membri sopra menzionati, i veri protagonisti dell'iniziale costruzione dell'ordinamento giuridico europeo e i continuatori del suo consolidamento nel corso degli anni.

Nel suo libro, sopra menzionato, vengono infatti riportati numerosi riferimenti agli effetti prodotti e ai risultati conseguiti dall'attività degli avvocati sopra ricordati.

Personalmente, avendo prevalentemente dedicato la mia attività professionale di giurista avvocato a problematiche giudiziarie implicanti l'applicazione del diritto comunitario, non posso che condividere le opinioni del Prof. Pavone e aderire alle conclusioni alle quali egli è pervenuto.

Ho, infatti, ben chiaro il ricordo delle difficoltà che è stato necessario superare per convincere i giudici italiani, di ogni ordine e grado, a prendere in considerazione le norme europee.

L'ignoranza sulla portata e sull'efficacia del diritto comunitario era cosa nota in Italia negli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso. E questa ignoranza non solo dilagava all'interno dell'amministrazione giudiziaria, ma anche all'interno delle facoltà di giurisprudenza delle Università italiane.

Come ho infatti ricordato nel libro «*Un percorso tra etica e trasparenza per riformare la democrazia in Italia*»⁴ anche i professori che dovevano insegnare il diritto comunitario (europeo) all'Università, negli anni sopra citati, «*lo consideravano quasi un sottoprodotto del diritto internazionale per cui veniva studiato con distacco se non con diffidenza. In effetti i professori di diritto internazionale che, a quel tempo, erano praticamente gli unici ad occuparsi di diritto comunitario, mantenevano non po-*

³ R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976.

⁴ F. CAPELLI, *Un percorso tra etica e trasparenza per riformare la democrazia in Italia*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2020, pp. 52-53.

che riserve nei confronti di un diritto che neppure forniva complete garanzie di democraticità».

Soltanto negli anni Novanta del secolo scorso, il diritto comunitario (europeo) ha cominciato ad essere seguito con attenzione all'interno della Pubblica Amministrazione e all'interno delle Università.

I settori che invece da tempo seguivano il diritto comunitario erano i settori economico-commerciali (agricoli, industriali, commerciali, artigianali, professionali).

Questi settori erano direttamente toccati dal diritto comunitario che, nel corso degli anni, aveva provveduto a disciplinare, con nuove regole, i meccanismi in base ai quali i predetti settori funzionavano.

Ed è proprio a seguito della continua adozione della nuova normativa da parte delle Istituzioni europee che si moltiplicavano i conflitti fra diritto comunitario e diritto nazionale che i giuristi-avvocati dei vari Stati membri erano costretti a risolvere rimettendo alla Corte di giustizia le cause giudiziarie nelle quali essi erano coinvolti.

Su questa necessità si è quindi sviluppata l'attività professionale degli avvocati che sopra abbiamo descritto.

I fatti in precedenza esposti risultano puntualmente confermati dalle numerose ed accuratissime interviste che il Prof. Pavone ha riportato nel suo libro.

Si tratta delle interviste che il Prof. Pavone ha abilmente gestito facendovi partecipare, separatamente, sia i giudici sia gli avvocati dei tre importanti Stati membri (Francia, Germania e Italia).

Le interviste confermano la correttezza delle tesi sostenute dal Prof. Pavone.

Per concludere, il libro *The Ghostwriters* del Prof. Tommaso Pavone costituisce un'importante testimonianza, agli inizi non facilmente percepibile o rilevabile neppure dagli specialisti, di come, attraverso l'esercizio dell'attività giudiziaria, sia possibile fornire un contributo determinante alla costruzione di un ordinamento giuridico analogo a quello esistente in uno Stato federale.

Fausto Capelli

LA COMPARABILITÀ DEI COSTI DEGLI STRUMENTI DI PAGAMENTO ELETTRONICI: UN OBIETTIVO DA RAGGIUNGERE VALORIZZANDO L'ESPERIENZA EUROPEA IN TEMA DI CREDITO AI CONSUMATORI E CONTI DI PAGAMENTO

L'Italia è il primo Paese europeo quanto a numerosità di *Point Of Sale*, i terminali per accettare pagamenti elettronici con carte, più comunemente identificati dall'acronimo «POS». Dall'ultima rilevazione disponibile (al 31 dicembre 2021)¹ ve ne sono 4,149 milioni: più della somma di quelli censiti in Francia (2,237 milioni) e in Germania (1,532 milioni). Questo fenomeno ha una precisa spiegazione: l'Italia, nel 2012, si è autoimposta la regola in base alla quale, dopo alcuni assestamenti², tutti «i

¹ I dati citati in questo paragrafo sono al 2021, di fonte BCE (Payment Statistic, July 2022, reperibile al seguente indirizzo: <https://sdw.ecb.europa.eu/reports.do?node=1000004051>).

² A tal proposito si propone di seguito un *excursus* delle norme che hanno regolato la materia:

2012: Introduzione dell'obbligo di accettazione dei pagamenti con carte, a partire dal 1° gennaio 2014 (dl n. 179/2012, art. 15, comma 4 ss., oggetto di diverse modifiche);

2013: Spostamento dal 1° gennaio 2014 al 30 giugno 2014 dell'avvio dell'obbligo di accettazione (dl n. 150/2013, art. 9, comma 15 *bis*);

2014: Individuazione di una soglia minima (30 euro) per l'obbligo di accettazione dei pagamenti con carte di debito (Decreto MISE, concerto MEF, 24 gennaio 2014);

2015: Esenzione dell'obbligo di accettazione nei casi di oggettiva impossibilità tecnica; individuazione dei pagamenti di importo contenuto (entro i 5 euro) esclusi dall'obbligo (L. n. 208/2015, art. 1, comma 900);

2017: Abrogazione della precedente misura relativamente all'individuazione dei pagamenti di importo contenuto (dl n. 218/2017, art. 6);

2019: Introduzione e definizione dell'ammontare delle sanzioni per la mancata accettazione dei pagamenti elettronici, misura poi soppressa in fase di conversione del decreto (d.l. n. 124/2019, art. 23);

2021: Avvio, a partire dal 1° gennaio 2023, del quadro sanzionatorio per la mancata accettazione dei pagamenti elettronici (d.l. n. 152/2021, art. 19 *ter*);

2022: Anticipazione dell'avvio del quadro sanzionatorio al 30 giugno 2022, anziché dal 1° gennaio 2023 (d.l. n. 36/2022, art. 18).

soggetti che effettuano l'attività di vendita di prodotti e di prestazione di servizi, anche professionali, sono tenuti ad accettare anche pagamenti effettuati attraverso carte di pagamento, relativamente ad almeno una carta di debito e una carta di credito e alle carte prepagate». Il recente consolidarsi dell'obbligatorietà – senza più soglie minime e alla cui violazione sono associate sanzioni – continuerà a sostenere la moltiplicazione dei POS nei prossimi anni.

Non vi è alcun dubbio che la diffusione dei pagamenti elettronici rappresenti un fattore di modernizzazione del Paese perché, tra l'altro, giova alla riduzione: *i.* dei costi del contante; *ii.* dei rischi – persino di sicurezza personale – ai quali sono sottoposti gli esercenti di alcune categorie; *iii.* del fenomeno dell'evasione fiscale. Tuttavia, per favorire un maggiore utilizzo di questo sistema di pagamento, va affrontata e risolta la questione posta dalla legge (n. 197/2022) di bilancio per il 2023 che, all'art. 1, commi 385 ss., esprime l'esigenza di renderne più equi e trasparenti i costi. Se questo risultato fosse raggiunto se ne avvantaggerebbero, oltre agli esercenti (sui quali gravano, in prima battuta, i costi) e ai consumatori, gli operatori più competitivi dei servizi di pagamento, anche in coerenza con la «Direttiva PSD2» (n. 2015/2366), entrata in vigore il 13 gennaio 2016, che persegue l'obiettivo di un mercato europeo nel quale i servizi di pagamento (sia quelli dispositivi sia quelli informativi) possano essere erogati da terze parti, differenti dalle banche presso le quali sono radicati i conti utilizzati per effettuare e ricevere i pagamenti.

Per rendere i costi degli strumenti di pagamento più equi e trasparenti occorre arrivare alla loro piena comparabilità. È proprio questo quello che l'attuale normativa non riesce ad assicurare. Occorre qui spiegare che nel settore dei pagamenti elettronici vi sono diverse tipologie di carte e diversi *modelli di business* (che coinvolgono più parti, oltre ai soggetti presso i quali sono radicati i conti di pagamento, dall'emittente della carta a chi stipula il contratto di *acquiring* con l'esercente) e, di conseguenza, diversi *modelli di pricing*. Ad esempio, vi sono contratti che prevedono costi: *i.* in parte fissi (ad esempio quelli di noleggino del POS) e in parte proporzionati al transato; *ii.* esclusivamente proporzionati al transato; *iii.* esclusivamente *a forfait* per pacchetti di operazioni «prepagate». Il problema è che, le modalità con le quali le proposte commerciali vengono sottoposte al pubblico non consentono i confronti. Ad esempio, due delle maggiori banche italiane adottano entrambe il primo dei tre modelli di rappresentazione dei costi descritti sopra. Il foglio informativo dell'una contempla 741 voci di costo, il foglio informativo dell'altra “soltanto” 189 (formulate con un lessico in buona parte differente dall'altra banca). Tutto questo, sia chiaro, avviene in modo perfettamente conforme alla vigente normati-

va che, in effetti, richiede che i fogli informativi riportino «un elenco completo di tutte le spese, oneri e commissioni a carico del cliente» e precisa che «in caso di pluralità di voci di costo» occorre procedere alla «chiara distinzione delle singole voci».

La «Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti» è oggetto del Titolo VI del Testo Unico Bancario (TUB) che affronta la materia, in relazione ai servizi di pagamento, nel Capo terzo, agli articoli compresi tra il 126 *bis* e il 126 *novies*. Si tratta di norme applicabili sia ai consumatori sia alle micro-imprese, mentre deroghe possono essere previste per altre categorie di soggetti. Queste disposizioni attribuiscono alla Banca d'Italia un ruolo assai rilevante visto che le sono assegnati poteri regolamentari da esercitare tenendo conto, tra l'altro, «anche della finalità di garantire un adeguato livello di affidabilità ed efficienza dei servizi di pagamento». In particolare, ai sensi dell'art. 126 *quater*, «La Banca d'Italia disciplina:

a) contenuti e modalità delle informazioni e delle condizioni che il prestatore dei servizi di pagamento fornisce o rende disponibili all'utilizzatore di servizi di pagamento, al pagatore e al beneficiario. Le informazioni e le condizioni sono redatte in termini di facile comprensione e in forma chiara e leggibile. In particolare, l'utilizzatore dei servizi di pagamento è informato di tutte le spese dovute al prestatore di servizi di pagamento e della loro suddivisione. Sono previsti obblighi di trasparenza semplificati nel caso di utilizzo di strumenti di pagamento che riguardino operazioni o presentino limiti di spesa o avvaloramento inferiori a soglie fissate dalla stessa Banca d'Italia;

b) casi, contenuti e modalità delle comunicazioni periodiche sulle operazioni di pagamento, ivi incluse le operazioni di pagamento disposte tramite un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento».

La disciplina di attuazione della norma appena citata ha il proprio riferimento fondamentale nel Provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio 2009 e ss.mm. «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari». Nella parte generale (Cfr. punto 1.3 «Redazione dei documenti») tale provvedimento esplicita che «I documenti informativi disciplinati dal presente provvedimento sono redatti, almeno in lingua italiana, secondo criteri e presentati con modalità che garantiscano la correttezza, la completezza e la comprensibilità delle informazioni, così da consentire al cliente di capire le caratteristiche e i costi del servizio, confrontare con facilità i prodotti, adottare decisioni ponderate e consapevoli». Un intento condivisibile che, nel caso dei servizi di pagamento, andrebbe meglio declinato.

Una lettura integrale del Provvedimento in commento permette di constatare una certa asimmetria tra la Sezione VI, relativa agli strumenti

di pagamento, nella quale non vi è una tassonomia atta a imporre lo *standard* necessario a consentire la comparabilità dei costi e altre sezioni del documento. In effetti per i «conti di pagamento» (che nel lessico comune sono chiamati «conti correnti») e per il *credito immobiliare ai consumatori* (Sezione VI bis) e il *credito ai consumatori* (Sezione VII) lo stesso atto prevede, invece, tassonomie e algoritmi che consentono una quantificazione dei costi in forma sintetica e immediatamente comparabile.

Per quanto attiene ai conti di pagamento, il Provvedimento richiede sia messo a disposizione del consumatore un «Documento informativo sulle spese», redatto in conformità al Regolamento (UE) 2018/34 del 28 settembre 2017. Il Documento informativo sulle spese riporta tutte le spese che il consumatore è tenuto a pagare in relazione ai servizi collegati al conto di pagamento più rappresentativi a livello nazionale, indicati con la terminologia standardizzata europea e inclusi nell'elenco pubblicato dalla Banca d'Italia in attuazione dell'articolo 126-undecies, comma 1, del T.U. In caso di conti di pagamento “a pacchetto”, il Documento informativo sulle spese riporta le spese per l'intero pacchetto, i servizi inclusi nel pacchetto e la quantità delle relative operazioni, nonché le spese aggiuntive per le operazioni eccedenti. (...) Il Documento informativo sulle spese riporta un “Indicatore dei Costi Complessivi” (ICC) calcolato secondo le modalità previste dal paragrafo 8 della Sezione II e dall'Allegato 5A». In sostanza, per alcuni profili di consumo standardizzati e largamente diffusi (ad esempio il «Conto giovani»), cui corrispondono determinati servizi, le banche devono semplicemente stabilire *a forfait* il costo del pacchetto e quello degli eventuali servizi eccedenti le quantità previste.

Per quanto attiene, invece, al costo del credito immobiliare e delle altre forme di credito rivolte ai consumatori, è proprio il Provvedimento a descrivere minuziosamente la formula del Tasso Annuale Effettivo Globale – il ben noto TAEG introdotto dalla Direttiva europea n. 90/88/Cee – che porta a sintesi tutte le voci di costo obbligatorie che, insieme al tasso di interesse, determinano il costo complessivo dell'operazione creditizia in relazione all'ammontare del prestito erogato.

Un elemento che accomuna l'ICC dei conti di pagamento e il TAEG per i prestiti è, senza dubbio, la loro genesi nel diritto europeo che, nei decenni, ha fortemente accresciuto le tutele per il consumatore italiano rispetto a quelle accordate dalla sola normativa nazionale. Naturalmente nulla impedisce al legislatore nazionale (o all'Autorità delegata da quest'ultimo) di assumere l'iniziativa e dettare regole in proprio, laddove, come in tema di strumenti di pagamento, la normativa europea non si faccia carico di assicurare un elemento – come la comparabilità dei costi – fondamentale per il buon funzionamento del mercato. D'altra parte, il te-

ma risulta particolarmente sensibile in Italia perché il nostro è uno dei pochi Paesi al mondo nei quali vige l'obbligo di accettare pagamenti elettronici e per qualsiasi importo.

La ragion d'essere della già menzionata direttiva PSD2 scaturiva dal fatto che alcune modalità di pagamento e alcuni operatori attivi su scala mondiale agissero in assenza di un quadro normativo organico che regolasse un fenomeno frutto di una repentina evoluzione, tecnologica e finanziaria. In questo momento – e per le stesse ragioni – è allo studio un'ulteriore proposta normativa che va sotto il nome di «PSD3». In queste materie è ricorrente che il diritto *insegu*a la realtà fattuale. Non desterebbe quindi stupore una revisione del Provvedimento del 2009 per rendere possibile la comparabilità – effettiva e semplice – dei costi degli strumenti di pagamento e, quindi, per promuovere la concorrenza tra gli operatori e la piena consapevolezza degli esercenti e dei professionisti tenuti ad accettare i pagamenti con carte.

Salvatore Vescina*

SINTESI

L'obbligo di accettazione dei pagamenti elettronici imposto da una legge del 2012 spiega come mai in Italia vi sia un numero di *Point of Sale* (Pos) maggiore della somma di quelli censiti in Francia e in Germania, ma anche la grande sensibilità delle imprese e dei professionisti al tema dei costi. Quest'ultimo è oggi affrontato in modo subottimale, perché i diversi modelli di *pricing* e, soprattutto, l'assenza di una tassonomia *standard* rendono impossibile confrontare le diverse offerte commerciali. Occorrerebbe una siffatta tassonomia per consentire la comparabilità dei costi, come ha già fatto la normativa europea in tema di Tasso Annuale Effettivo Globale per i prestiti ai consumatori (cfr. Direttiva n. 90/88/Cee) e di Indicatore dei Costi Complessivi per i Conti di Pagamento (Regolamento (Ue) n. 2018/34).

ABSTRACT

The mandatory acceptance of electronic payments imposed in Italy by a 2012 law explains why the number of Points of Sale (Pos) in the country is higher than

* Responsabile del Settore credito, Incentivi e Politica di Coesione / Confcommercio imprese per l'Italia

the sum of those counted in France and Germany combined, but also the great sensitivity of businesses and professionals to the issue of cost. The latter is currently being addressed sub-optimally because different pricing models and, above all, the absence of a standard taxonomy, make it impossible to compare different commercial offers. A standard taxonomy is needed to enable the comparability of costs, as European legislation has already done on the subjects of the Annual Percentage Rate of Charge for Consumer Loans (See Directive No. 90/88/EEC) and the Comprehensive Cost Indicator for Payment Accounts (Regulation (EU) 2018/34).

RECENSIONI

Francesco Varanini, *Marchionne non è il migliore dei manager possibili*, Milano, Guerini Next, 2022, € 18,50

Vorrei iniziare dalla formulazione del giudizio complessivo che l'Autore ha riservato a Sergio Marchionne nel libro qui recensito.

Parto, quindi, dai testi trascritti delle stimolanti conversazioni che l'A. ha avuto con Marchionne, perché le sue domande hanno stanato la “preda”, costringendola a rivelare, anche se non in modo completo, i suoi obiettivi.

Le risposte di Marchionne sono però sufficienti per farne comprendere l'indole professionale, che era quella di un eccellente *manager* tradizionale.

Non ho ben capito in quali anni le predette conversazioni si sono svolte; posso immaginare intorno al 2010, anno nel quale Marchionne ha inviato la famosa comunicazione alle maestranze del Gruppo Fiat che ha suscitato molto interesse.

Se è così, tutti i *manager* delle grandi imprese internazionali di quel periodo erano *manager* tradizionali.

Basta leggere in effetti il libro (da poco tradotto in italiano) del Prof. George Serafeim dell'Università di Harvard: *Purpose + Profitto*¹, per rendersene conto.

Il Prof. George Serafeim racconta, infatti, nel suo libro che tutti i *manager* americani e internazionali di grandi società, con i quali aveva rapporti in quel periodo, fornivano risposte tipiche dei *manager* tradizionali

¹ Milano, Casa editrice Egea, 2022.

che, in sostanza, erano simili a quelle fornite da Marchionne e riportate nel libro qui recensito.

La differenza tra Marchionne e i *manager* interpellati da Serafeim probabilmente consiste nel fatto che questi ultimi gestivano società attive, in buone condizioni o in espansione, mentre Marchionne si trovava costretto, in stato di emergenza, a gestire il salvataggio di due grandi società che si trovavano in notevoli difficoltà.

A ciò aggiungasi il suo terribile stato di salute, con la consapevolezza che la malattia l'avrebbe portato alla tomba.

Per poter esprimere un giudizio obiettivo su Marchionne che ne mettesse in luce tutti i profili, sarebbe stato quindi necessario vederlo al lavoro, in condizioni normali e per un periodo di tempo adeguato.

D'altra parte, in occasione della presentazione del libro qui recensito, l'A. ha accennato proprio a questo.

Al termine di un esperimento siffatto, Marchionne avrebbe sicuramente dimostrato di non essere né un *missionario* né un *mercenario*, bensì un ottimo *manager* al passo con i tempi. E se avesse avuto la possibilità di riflettere sul libro di Serafeim, sopra citato, avrebbe probabilmente anche cessato di essere un *manager* tradizionale, come è avvenuto per altri *manager* citati da Serafeim².

In effetti, la comunicazione, sopra ricordata, che Marchionne ha inviato alle maestranze del Gruppo Fiat nel 2010, oltre che ben scritta e molto efficace, è ricca di spunti innovativi perché fornisce una moderna nozione di impresa in linea con quella difesa dagli economisti più illuminati.

Ho trovato ben sintetizzata tale nozione d'impresa in un passo del libro «*La democrazia trasformata. La rappresentanza tra territorio e funzione: un'analisi teorico interpretativa*»³ del Prof. Giulio Sapelli:

«*In una società basata sulla competizione di mercato e che, nel contempo, vuole essere una società che tende alla giustizia, l'impresa va concepita come un insieme di attori che, distintamente e autonomamente, senza confusione di ruoli, lavorano per fini comuni*» (...) «*L'impresa è un bene comune perché produce ricchezza misurabile non solo con il profitto, ma anche con il grado di benessere che diffonde intorno a sé*» (...).

Sulla stessa lunghezza d'onda si trova anche Marco Vitale, profondo conoscitore del mondo dell'impresa che, nel suo bel libro, «*Passaggio al futuro*»⁴, così si esprime:

² Nel libro di Serafeim, *cit. supra*, nota 1, si mettono in evidenza le “conversioni” di numerosi *manager* che hanno abbracciato la teoria favorevole al sostegno dei fattori ESG per valorizzare gli aspetti ambientali, sociali e di *governance* nell'interesse delle imprese.

³ Milano, Editore Bruno Mondadori, 2007, pp. 143-144.

⁴ Milano, Casa editrice EGEA, 2010.

«La grande legittimazione dell'impresa sta nel fatto che essa deve essere produttrice di sviluppo. Quando si acquisisce questa nozione, l'impresa diventa un organismo che supera il conflitto capitale-lavoro, il quale sopravviverà, ma dovrà trovare nuove forme di composizione, nel quadro di un riconosciuto interesse comune. Nessuno, né la proprietà, né il sindacato, hanno il diritto di distruggere l'impresa. E il management ha la responsabilità che ciò non avvenga».

Ma non erano molti, come già ricordato, gli imprenditori e gli economisti che sono giunti a pensare in questo modo. Dal libro del Prof. George Serafeim si ricava, però, che oggi questo nuovo modo di pensare è molto più diffuso.

E con questo nuovo modo di pensare si arriva a favorire l'ingresso nell'impresa di una nuova forma di democrazia aziendale.

Non diversa è l'impressione che si ricava leggendo un altro passo del sopra menzionato libro del Prof. Sapelli⁵:

«(...) il nuovo patto tra impresa e lavoratore può fondarsi sull'insieme di valori condivisi ... Questo legame non è solo economico e dà valore e significato ai comportamenti dei dipendenti e a quello dei dirigenti. Perché questo sia possibile, nell'impresa deve esistere un sistema di relazioni aperto e partecipato, in grado di consentire la diffusione dell'informazione, la realizzazione di una comunicazione come condivisione delle mete aziendali, l'instaurarsi di un clima di fiducia e di collaborazione».

L'idea di favorire lo sviluppo, all'interno dell'impresa, di una nuova forma di democrazia⁶, è un'idea giusta che va coltivata⁷, come quella di promuovere lo sviluppo di una nuova forma di democrazia all'interno delle attuali società democratiche. È un'idea che può consentire di risolvere, nel migliore dei modi, i problemi dell'impresa come quelli della società democratica, facendo ricorso al metodo del «*dissenso ragionevole*» che

⁵ Cfr. G. SAPELLI, *La democrazia trasformata*, cit. supra, nota 3, pp. 145-146.

⁶ Quest'idea appare sostanzialmente recepita nella recente proposta di direttiva UE sulla sostenibilità sociale e ambientale delle società «*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937*», Com(2022)71 final. Su tale proposta v. S. BRUNO, *Il ruolo della s.p.a. per un'economia giusta e sostenibile: la Proposta di Direttiva UE su "Corporate Sustainability Due Diligence"*. *Nasce la stakeholder company?*, in *Rivista di diritti comparati*, 2022, n. 2, p. 303 ss.; M. STELLA RICHTER jr., *Long-Terminism*, in *Rivista delle Società*, 2021, n. 1, p. 16; *Corporate Sustainability Due Diligence: noterelle semiserie su problemi serissimi*, in *Rivista delle società*, 2022, n. 4, p. 714; U. TOMBARI, *La Proposta di Direttiva sulla Corporate Due Diligence e sulla Corporate Accountability: prove (incerte) di un "capitalismo sostenibile"*, *ivi*, 2021, n. 2/3, p. 375.

⁷ La democrazia funziona correttamente se c'è trasparenza. Per le imprese di grandi dimensioni la trasparenza fiscale è prevista dalla direttiva (Ue) n. 2021/2101 sulla rendicontazione pubblica paese per paese, in fase di recepimento in Italia.

costituisce la base della filosofia politica dello studioso americano John Rawls (*Una teoria della giustizia*⁸).

A ben vedere, questo metodo è stato anche alla base del processo che ha consentito la stessa costruzione dell'Unione europea, rendendo possibile, nello spazio di alcuni decenni, la realizzazione di risultati straordinari, che pochi avevano previsto, con la trasformazione di nemici secolari in stabili alleati.

Per il resto, il libro qui recensito, che è di agevole lettura, presenta, con efficacia, tesi condivisibili e penso che sarà ben accolto dai lettori (con qualche riserva da parte dei *manager* che persistono a rimanere tradizionali).

Fausto Capelli

⁸ Milano, ed. Feltrinelli, 1999.

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*

ANTONIO ARESU, *Avvocato cassazionista; ex consigliere giuridico / Commissione europea*

BERNARDO CALABRESE, *Associato di Diritto Commerciale / Università degli Studi di Verona*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista (www.capellilex.it)*

MARCO CASINI, *Avvocato / Foro di Cremona*

MICHELE DE SALVIA, *Già Cancelliere e Giureconsulto della Corte europea dei diritti dell'uomo*

PIER FILIPPO GIUGGIOLI, *Associato di Diritto Privato Comparato / Università degli Studi di Milano*

ENZO MARASÀ, *Avvocato / Foro di Bergamo; Partner / Studio Portolano Cavallo*

IRENE PICCIANO, *Avvocato / Foro di Milano; Partner / Studio Portolano Cavallo*

LUIGI RUSSO, *Ordinario di Diritto Agrario / Università degli Studi di Ferrara*

GIAN FRANCO SIMONINI, *Avvocato / Foro di Modena*

SALVATORE VESCINA, *Responsabile del Settore credito, Incentivi e Politica di Coesione / Confcommercio imprese per l'Italia*

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Trimestrale diretto da *F. Capelli*

INDICE 2022

ARTICOLI

- Elisa Baroncini* - La strategia dell'Unione europea per il contenzioso internazionale sul libero scambio
(*The EU Strategy for International Trade Dispute Settlement*) Pag. 1
- Bernardo Calabrese* - Riflessioni problematiche sul principio di esaurimento per le indicazioni geografiche
(*Problematic Thoughts about the Exhaustion Principle for Geographical Indications*) » 507
- Fausto Capelli* - Guerra in Ucraina: una modesta proposta di soluzione
(*War in Ukraine: a modest proposal for a solution*) » 143
- Fausto Capelli* - Il Piano di Pace del Governo cinese e la soluzione della questione ucraina
(*The "Peace Plan" of China for a solution of the Ukraine question*) » 147
- Giulia Dal Ben* - Riflessioni a margine dell'attivazione della direttiva sulla protezione temporanea agli ucraini: un nuovo paradigma per la solidarietà europea o un *unicum* storico?
(*Reflections on the Activation of the Directive on Temporary Protection for Ukrainians: A New Paradigm for European Solidarity or a Historical Unicum?*) » 65

<i>Pier Filippo Giuggioli - Sicurezza alimentare, mercato ed etichetta di sostenibilità (Food Safety, Market and Sustainability Label)</i>	Pag. 557
<i>Gabriele Lami - I criteri di aggiudicazione delle concessioni balneari ai sensi dell'art. 4 della legge n. 118/2022 (legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021). Criticità e difficoltà interpretative (The Award Criteria for Beaching Concessions Pursuant to art. 4 of law no. 118/2022 (Annual Law for the Market and Competition 2021) Critical Issues and Interpretative Difficulties)</i>	» 101
<i>Daniela Marrani - Incendi boschivi, alluvioni e strumenti di protezione civile in ambito internazionale ed europeo (Wildfires, Floods and Civil Protection in International and European Context)</i>	» 365
<i>Klarissa Martins Sckayer Abicalam - Women's Empowerment through International Trade: Current Challenges and Perspectives (Il commercio internazionale come mezzo di potenziamento delle opportunità per le donne: sfide attuali e prospettive)</i>	» 323
<i>Alessia Pellicciari - Il Nord Italia: un terreno fertile per le mafie (Northern Italy: a Fertile Ground for the Mafias)</i>	» 43
<i>Luigi Russo - Il (mutevole) rapporto tra le esigenze di sicurezza alimentare e la Politica agricola comune (The (Changing) Relationship Between Food Security Requirements and the Common Agricultural Policy)</i>	» 527
<i>Enrico Traversa - Regolamento EPPPO: le disposizioni che paralizzano l'esercizio delle competenze della Procura europea sono invalide per violazione dell'art. 86 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) (EPPPO Regulation: the Provisions that Paralyze the Exercise of the Competences of the European Public Prosecutor's Office are Invalid for Violation of the Art. 86 TFEU)</i>	» 121
 COMMENTI	
<i>Antonio Aresu - L'Unione europea mostra i muscoli: rifinanziato e potenziato lo Strumento europeo per la pace (European Union Flexes its Muscles: European Peace Facility Re-financed and Strengthened)</i>	» 627

-
- Carlo Eugenio Baldi* - Organismo di ricerca e diffusione della conoscenza. Il punto dopo l'interpretazione della Corte di giustizia
Pag. 153
(Research and Knowledge-Dissemination Organisation: the Point after the Interpretation of the Court of Justice)
- Carlo Eugenio Baldi* - La disciplina degli aiuti di Stato in campo culturale » 427
(State Aid for Culture and Heritage Conservation)
- Marco Casini* - Gli effetti della riforma "Cartabia" sul diritto penale alimentare » 249
(The Effects of the "Cartabia" Reform in Food Criminal Law)
- Marco Casini* - I limiti della protezione della denominazione «Aceto balsamico di Modena IGP» » 417
(The Limits of the Protection of the Name «Aceto balsamico di Modena IGP»)
- Marco Casini* - La Corte di giustizia interviene sui criteri microbiologici applicabili ai prodotti alimentari. I limiti di *Listeria monocytogenes* e loro applicabilità » 571
(Judgment of the Court of Justice of the European Union (Eighth Chamber) about Microbiological Criteria for Foodstuffs. Limit Values for the Presence of Listeria Monocytogenes)
- Salvatore D'Acunto* - I limiti rigorosi imposti dalla Corte di giustizia all'uso della clausola di salvaguardia nel Regolamento sui cosmetici » 389
(The Strict Limits Imposed by the Court of Justice to the Use of the Safeguard Clause in the EU Cosmetics Regulation)
- Michele de Salvia* - La Corte europea dei diritti dell'uomo consolida la propria giurisprudenza in difesa dei diritti dei *whistleblower*: l'interesse pubblico alla divulgazione delle informazioni deve prevalere sul diritto alla riservatezza » 597
(The European Court of Human Rights Consolidate its own Case Law in the Defense of the Rights of Whistleblowers: the Public Interest in the Disclosure of Information Must Prevail over the Right of Confidentiality)

- Luca Granelli* - L'esclusione delle attività a rilevanza pubblica dall'ambito di applicazione dell'IVA tra difetto dei requisiti dell'attività economica ed esclusione della qualità di soggetto passivo dell'ente di diritto pubblico Pag. 171
(The Exclusion of Activities of Public Importance from the Scope of VAT Between the Lack of the Requirements of the Economic Activity and the Exclusion of Bodies Governed by Public Law from Taxable Persons)
- Nadia Levantino* - Il Regolamento (Ue) n. 2018/1805: la disciplina europea sul congelamento e la confisca, tra esigenze di cooperazione giudiziaria e tutela dei diritti fondamentali » 229
(Regulation (Eu) 2018/1805 On the Mutual Recognition of Confiscation Orders: the Balance Between the Pursuit of a Judicial Cooperation and the Protection of Fundamental Rights)
- Irene Picciano* - *Enzo Marasà* - The EU Commission and Italian Competition Authority's Approach to Below-Threshold Merger Control » 643
(L'approccio della Commissione europea e dell'AGCM per il controllo delle concentrazioni sotto la soglia)
- Gian Franco Simonini* - I regimi distributivi selettivi alla luce della ordinanza della Corte di cassazione n. 7378/2023: occorre anche un esame della loro effettività? » 609
(The Selective Distribution System in the Light of the Ruling of the Italian Supreme Court n. 7378/2023: is an Examination of its Effectiveness Necessary?)
- Enrico Traversa* - Corte di giustizia UE: la prima questione pregiudiziale sull'interpretazione del Regolamento EPPO evidenzia disposizioni che rischiano di paralizzare l'attività investigativa della Procura europea » 211
(EU Court of Justice: the First Request for a Preliminary Ruling on the EPPO Regulation Highlights Provisions that Risk to Paralyze the Investigative Activity of European Public Prosecutors)
- Pietro Troianiello* - I difficili adempimenti dell'Italia agli obblighi eurounitari » 261
(Italy's Difficult Fulfillment of EU Obligations)
- Marco Vitale* - *Benedetto Cotrugli*: un mercante umanista per ogni tempo » 441
(Benedetto Cotrugli: A Humanist Merchant for All Times)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

- Claudio Arturo* - Rappresentanza e poteri nelle società di capitali: il caso dell'Austria
(*Representation and Powers in Corporations: the Situation in Austria*) Pag. 305
- Fausto Capelli* - Come gli avvocati europei hanno contribuito alla creazione dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea
(*How European Lawyers Contributed to the Creation of the European Union Legal Order*) » 659
- Gianluigi Ceruti* - *Riccardo Ceruti* - La giurisprudenza sui canoni demaniali marittimi
(*The Case-Law on Maritime State-Owned Fees*) » 271
- Marco Onado* - Proporzionalità va cercando che è sì cara ... - Dalla riforma italiana delle banche popolari alla questione delle banche locali, oggi
(*He Seeketh Proportionality, Which is So Dear... From the Italian Reform of Cooperative Banks to the Issue of Local Banks Today*) » 479
- Luca Paleari* - Rappresentanza e poteri nelle società di capitali. Brevi riflessioni di sistema. S.P.A. (art. c.c. 2325 - art. c.c. 2451), S.A.P.A. (art. c.c. 2452 - art. c.c. 2461), S.R.L. (art. c.c. 2462 - art. c.c. 2483)
(*Representation and Powers in Business Companies. Some Systemic Reflections*) » 283
- Annamaria Pedroni* - Cumulo della carica di amministratore con rapporto di lavoro dipendente della medesima società: implicazioni in ambito lavoristico nel diritto italiano
(*Cumulation of the Position of Director with an Employment Relationship of the Same Company: Implications with Respect to Labor Law in Italy*) » 297
- Salvatore Vescina* - La comparabilità dei costi degli strumenti di pagamento elettronici: un obiettivo da raggiungere valorizzando l'esperienza europea in tema di credito ai consumatori e conti di pagamento
(*Comparability of the Costs of Electronic Payments, a Goal Achievable by Learning from the European Experience in Matters of Consumer Credit and Payment Accounts*) » 665

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA**I. SENTENZE E COMMENTI****Sono esenti da IVA le attività degli enti radiotelevisivi di diritto pubblico, diverse da quelle commerciali, remunerate con fondi erogati dallo Stato**

Sentenza della Corte di giustizia del 16 settembre 2021 in causa n. C-21/20

Balgarska Natsionalna televizija c. Direktor na Direktsia «Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika» – Sofia pri Tsentralno upravlenie na NAP

(con commento di *Luca Granelli*)

Pag. 169

La Corte di giustizia interviene in materia di contaminazione microbiologica degli alimenti. Limiti applicabili alla presenza di *Listeria monocytogenes* nei prodotti alimentari

Sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 2022 in causa n. C-51/21

Aksiaselts M.V.WOOL c. Põllumajandus- ja Toiduamet

(con commento di *Marco Casini*)

» 569

Armonizzazione del mercato interno: limiti alla libera circolazione dei prodotti cosmetici a tutela della salute umana

Sentenza della Corte di giustizia del 15 settembre 2022 in causa n. C-4/21

Fédération des entreprises de la beauté c. Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM)

(con commento di *Salvatore D'Acunto*)

» 387

Aiuti di Stato compatibili con il mercato interno: la Corte di giustizia si pronuncia e qualifica «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza» le istituzioni di diritto privato che prevalentemente esercitano attività indipendenti di ricerca o di ampia diffusione dei risultati di tali attività

Sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2022 in cause riunite n. C-164/21 e n. C-318/21

«Baltijas Starptautiskā Akadēmija» SIA (C-164/21), «Stokholm School of Economics in Riga» SIA (C-318/21) c. Latvijas Zinātnes padome

(con commento di *Carlo Eugenio Baldi*)

» 151

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)**La Corte di giustizia interpreta nuovamente il Regolamento n. 261/2004 e individua i criteri in base ai quali il passeggero ha diritto alla compensazione pecuniaria in caso di volo ritardato o cancellato**

Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2021 in causa n. C-263/20

Airhelp Limited c. Laudamotion GmbH

Pag. 194

La Corte di giustizia si pronuncia sulla libertà di stampa e statuisce quando si è in presenza di un'informazione privilegiata ai sensi del Regolamento n. 596/2014

Sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 2022 in causa n. causa n. C-302/20

Sig. A c. Autorité des marchés financiers (AMF)

» 187

La Corte di giustizia si pronuncia sulle indicazioni contenute nell'elenco degli ingredienti di un alimento e sulla sussistenza dell'obbligo di indicare la formula vitaminica utilizzata

Sentenza della Corte di giustizia del 24 marzo 2022 in causa n. C-533/20

Somogy Megyei Kormányhivatal c. Upfield Hungary Kft

» 397

La Corte interpreta la direttiva n. 2011/83/Ue con riferimento al processo di inoltro di un ordine nei contratti a distanza e al recesso del consumatore

Sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 2022 in causa n. C-96/21

DM c. CTS Eventim AG & Co. KGaA

» 190

La Corte di giustizia interpreta nuovamente il Regolamento n. 261/2004 e individua i criteri in base ai quali il passeggero ha diritto alla compensazione pecuniaria in caso di volo ritardato o cancellato

Sentenza della Corte di giustizia del 7 aprile 2022 in causa n. C-561/20

Q, R, S c. United Airlines Inc.

» 193

La Corte interpreta la direttiva n. 2011/83/Ue con riferimento al processo di inoltro di un ordine nei contratti a distanza e al recesso del consumatore

- Sentenza della Corte di giustizia del 7 aprile 2022 in causa n. C-249/21
Fuhrmann-2-GmbH c. B. Pag. 191
- Nell'ambito dell'e-commerce la Corte di giustizia interpreta la direttiva sui diritti dei consumatori precisando le informazioni dovute al consumatore sulla garanzia prestata dal produttore**
Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 2022 in causa n. C-179/21
Absoluts -bikes and more- GmbH & Co. KG c. The-trading-company GmbH » 199
- La Corte di giustizia indica la legge applicabile ai crediti alimentari nei confronti dei minori ai sensi della Convenzione dell'Aia**
Sentenza della Corte di giustizia del 12 maggio 2022 in causa n. C-644/20
W. J. contro L. J. e J. J. » 399
- Brexit e cittadinanza: secondo la Corte di giustizia è compatibile con il diritto dell'Unione europea la decisione (Ue) n. 2020/135, del 30 gennaio 2020, che prevede la cancellazione dei cittadini britannici dalle liste elettorali degli Stati membri a seguito della Brexit**
Sentenza della Corte di giustizia del 9 giugno 2022 in causa n. C-673/20
EP c. Préfet du Gers, Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE), con l'intervento di: *Maire de Thoux* » 201
- La Corte di giustizia interpreta il Regolamento (Ce) n. 2201/2003 e precisa la competenza giurisdizionale in materia di divorzio, responsabilità genitoriale e obbligazione alimentare**
Sentenza della Corte di giustizia del 1° agosto 2022 in causa n. C-501/20
MPA c. LCDNMT » 401
- La Corte di giustizia si pronuncia sull'ammissibilità di una domanda di protezione internazionale**

- Sentenza della Corte di giustizia del 1° agosto 2022 in causa n. C-720/20
RO, legalmente rappresentata, c. *Bundesrepublik Deutschland* Pag. 405
- La Corte di giustizia interpreta nuovamente il Regolamento n. 261/2004 e individua i criteri in base ai quali il passeggero ha diritto alla compensazione pecuniaria in caso di volo ritardato o cancellato**
Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2022 in causa n. C-436/21
Fliightright GmbH c. American Airlines Inc. » 194
- Riconoscimento automatico di divorzi extragiudiziali**
Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2022 in causa n. C-646/20
Senatsverwaltung für Inneres und Sport » 407
- La Corte di giustizia si pronuncia sulle condizioni per tutelare la "suola rossa" del marchio Louboutin**
Sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2022 in cause riunite n. C-148/21 e n. C-184/21
Christian Louboutin c. Amazon Europe Core Sàrl (C-148/21), Amazon EU Sàrl (C-148/21), Amazon Services Europe Sàrl (C-148/21), Amazon.com Inc.(C-184/21), Amazon Services LLC (C-184/21) » 577
- La Corte di giustizia precisa i diritti dei titolari del trattamento dei dati**
Sentenza della Corte di giustizia del 12 gennaio 2023 in causa n. C-154/21
RW c. Österreichische Post AG » 580
- L'obbligo di chiarezza e di trasparenza nei contratti di prestazione di servizi tra un avvocato e un consumatore**
Sentenza della Corte di giustizia del 12 gennaio 2023 in causa n. C-395/21
D.V. c. M.A. » 582
- A chi incombe l'onere della prova nei casi di abuso di posizione dominante in materia di contratti di distribuzione**
Sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 2023 in causa n. C-680/20

Unilever Italia Mkt. Operations Srl c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con l'intervento di: *La Bomba Snc* Pag. 585

Diritto di recesso dei consumatori dopo l'esecuzione del contratto

Sentenza della Corte di giustizia del 17 maggio 2023 in causa n. C-97/22

DC c. HJ » 588

**GIURISPRUDENZA
ITALIANA E STRANIERA**

La Corte di giustizia è chiamata a definire i limiti delle competenze della Procura europea nello svolgimento di indagini transfrontaliere e nella conseguente esecuzione di atti investigativi nel territorio di un altro Stato membro

Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 98, par. 1, del Regolamento di procedura della Corte di giustizia

Domanda di pronuncia pregiudiziale dell'Oberlandesgericht Wien (Corte di appello di Vienna, Austria) depositata il 25 aprile 2022

Procedimento penale a carico di *G. K., B. O. D. GmbH, S. L.* » 205
(con commento di *Enrico Traversa*)

Aceto balsamico di mele: non costituisce evocazione illecita l'utilizzo dei termini «aceto» e «balsamico» in assenza di riferimenti geografici testuali o figurativi evocativi della IGP Aceto balsamico di Modena

Sentenza della Corte di appello di Brescia, sezione specializzata per l'impresa, del 9-25 novembre 2022 n. 1402

(con commento di *Marco Casini*) » 409

La limitazione della libertà di espressione del dipendente che, nell'interesse generale, segnala illeciti dei quali sia venuto a conoscenza nel luogo di lavoro, non può essere qualificata come «ingerenza» legittima e giustificata in una società democratica

Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, del 14 febbraio 2023, ricorso n. 21884/18

Halet c. Lussemburgo » 591
(con commento di *Michele de Salvia*)

Il sistema distributivo selettivo: quando è legittimamente adottato

Ordinanza della Corte di cassazione, prima sezione civile, del
16 febbraio-14 marzo 2023 n. 7378
(con commento di *Gian Franco Simonini*)

Pag. 603

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE**Cooperazione giudiziaria in materia penale: l'obbligo del mutuo riconoscimento tra Stati membri UE dei provvedimenti di congelamento e confisca dei proventi illeciti costituisce un'arma efficace nella lotta alla criminalità organizzata transnazionale e al terrorismo**

Regolamento (Ue) n. 2018/1805 del Parlamento europeo e del
Consiglio del 14 novembre 2018 relativo al riconoscimento
reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca
(con commento di *Nadia Levantino*)

» 225

La Commissione fornisce precisazioni sulla interpretazione della nozione di aiuti di Stato, fatta salva la competenza degli organi giurisdizionali dell'Unione europea

Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di
Stato di cui all'art. 107, par. 1, del Trattato sul funzionamen-
to dell'Unione europea
(con contributo di *Carlo Eugenio Baldi*)

» 423

Il Consiglio europeo ha istituito lo "Strumento europeo per la pace" per consentire agli Stati membri di finanziare le azioni comuni dell'Unione in politica estera e di sicurezza comune (PESC). Lo scopo è preservare la pace, prevenire i conflitti e rafforzare la sicurezza internazionale

Decisione (PESC) n. 2023/577 del Consiglio del 13 marzo
2023 che modifica la decisione (PESC) 2021/509 che istitui-
sce uno Strumento europeo per la pace
(con commento di *Antonio Aresu*)

» 625

DOCUMENTAZIONE

Un libro straordinario del 1458 da considerare attuale anche per i *manager* d'oggi: *Il libro dell'arte di mercatura* di Benedetto Cotrugli

Si riporta la pagina introduttiva del libro di Benedetto Cotrugli nella versione in lingua italiana contemporanea con una selezione, nella lingua originale di Cotrugli, di taluni argomenti di indiscutibile attualità effettuata dal Prof. Fabio L. Sattin

(con contributo di *Marco Vitale*)

Pag. 437

Applicazione uniforme del diritto eurounitario: l'Italia è tenuta ad adottare con più celerità le misure necessarie per adeguare il proprio ordinamento agli atti dell'Unione europea ivi comprese le sentenze interpretative della Corte di giustizia comportanti modifica o abrogazione di norme interne

Legge n. 127 del 4 agosto 2022, n. 127 - Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti normativi dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2021

(con commento di *Pietro Troianiello*)

» 257

Giustizia riparativa nel diritto penale alimentare: l'adempimento delle prescrizioni indicate dagli organi accertatori elimina i reati alimentari ma non le loro conseguenze dannose e pericolose nel caso di ingestione di prodotti alimentari contaminati

Decreto legislativo n. 150 del 10 ottobre 2022 - Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari - Capo III - Art. 70

(con commento di *Marco Casini*)

» 245

La disciplina delle concentrazioni sotto-soglia tra diritto europeo e diritto nazionale

Provvedimento n. 30407 del 13 dicembre 2022 dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato - Comunicazione

relativa all'applicazione dell'art. 16, comma 1- <i>bis</i> , della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (con commento di <i>Irene Picciano</i> ed <i>Enzo Marasà</i>)	Pag. 635
---	----------

RECENSIONI

<i>Antonio Maria Caeiros</i> , Le régime juridique du classement tarifaire des marchandises dans l'Union européenne (<i>Anto- nio Aresu</i>)	» 317
<i>James Hankins</i> , La politica della virtù - Formare la persona e formare lo Stato nel Rinascimento italiano (<i>Fausto Capelli</i>)	» 501
<i>Pieralberto Mengozzi</i> , L'idea di solidarietà nel diritto del- l'Unione europea (<i>Maria Eugenia Bartoloni</i>)	» 315
<i>Francesco Varanini</i> , Marchionne non è il migliore dei mana- ger possibili (<i>Fausto Capelli</i>)	» 671
Hanno collaborato a questo numero	» 321
Hanno collaborato a questo numero	» 505
Hanno collaborato a questo numero	» 675
Indice 2022	» 677