

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LII – nn. 1-2 – *Gennaio-Giugno 2013*

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

ARTICOLI

- Massimo Panebianco - Anna Lisa Verdecchia - BRICS:
Gruppo internazionale di Stati* Pag. 1
(BRICS: International Group of States)
- Andrea Usai - Cartelli d'impresa e diritto dell'Unione europea:
riformare il sistema in senso accusatorio?* » 31
*(A Prosecutorial Model in the European Union Could Lead to a
Fairer and More Efficient Enforcement System in Cartel Cases)*

COMMENTI

- Federico Forni - Il farmaco di importazione parallela ha
trovato l'autore del riconfezionamento* » 71
*(The Parallel Imported Medicinal Product Found the Author of its
Repackaging)*
- Chiara Camussi - I contratti conclusi via web dai consuma-
tori: nuovi spunti di riflessione sui presupposti applicativi* » 127
*(The Enforcement of Consumer Protection in Cross-Border Con-
tracts between Consumers and Traders does not Require the
Contract to be Concluded at Distance)*

<i>Antonia Corini</i> - La protezione dei consumatori ed un'informazione adeguata devono essere assicurate anche nel caso di immissioni al consumo di alimenti non dannosi per la salute ma inadatti al consumo umano (<i>Consumers must be Protected and given Adequate Information also in the Case of Food which, while not being harmful to People's Health, is Unfit for Human Consumption</i>)	Pag. 169
<i>Enrica Adobati</i> - Denominazioni nazionali regolate da norme interne degli Stati membri e disciplina comunitaria sulla libera circolazione delle merci (<i>National Designations Governed by Internal Rules of the Member States and European Rules on the Free Movement of Goods</i>)	» 178
<i>Aldo Frignani</i> - Le nuove norme sui ritardi nei pagamenti e sui crediti delle imprese verso la Pubblica Amministrazione (dalla direttiva europea alla legge italiana) (<i>The New Rules to Combat late Payment and the Commercial Credits Towards Public Entities (from EU Directive to Italian Law)</i>)	» 189
<i>Matteo Gragnani</i> - Le specialità tradizionali garantite (STG) secondo il Regolamento (Ue) n. 1151/2012 (<i>Traditional Specialities Guaranteed (TSG) According to (Eu) Regulation No 1151/2012</i>)	» 207
<i>Salvatore D'Acunto</i> - Unione europea e diritti dei passeggeri: bilancio e prospettive (<i>Parte Prima</i>) (<i>European Union and Passenger Rights: State of Play and Prospects - First Part</i>)	» 239

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

<i>Fausto Capelli</i> - Rilancio dell'attività economica in Italia attraverso la valorizzazione dei beni culturali (<i>Relaunch of the Economical Activity in Italy through the Promotion of Cultural Heritage</i>)	» 281
<i>Nicola Coppola</i> - Imitazione e contraffazione di denominazioni tipiche e tradizionali: la posizione recente di operatori e associazioni internazionali (<i>Imitation and Counterfeiting of Typical and Traditional Names: the Recent Position of Operators and International Associations</i>)	» 295

*Roberto Lovato - Forme di cooperazione e sinergie specifiche
nella promozione dei prodotti agroalimentari italiani sui
mercati internazionali
(Forms of Cooperation and Specific Synergies in the Promotion of
Italian Food Products on International Markets)*

Pag. 305

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

Importazione parallela e riconfezionamento di prodotti farmaceutici muniti di marchio: la Corte di giustizia trova un punto di equilibrio tra la difesa della libera circolazione delle merci e la salvaguardia dei diritti del titolare del marchio

Sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2011 in cause riunite n. C-400/09 e n. C-207/10

Orifarm A/S e altri e Paranova Danmark A/S e Paranova Pack A/S c. Merck Sharp & Dohme Corp. e Merck Sharp & Dohme BV e Merck Sharp & Dohme
(con commento di *Federico Forni*)

» 65

La conclusione del contratto a distanza non è presupposto per l'applicazione della normativa di garanzia nei contratti *cross-border* tra consumatori e professionisti

Sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2012 in causa n. C-190/11

Daniela Mühlleitner c. Ahmad Yusufi e Wadat Yusufi
(con commento di *Chiara Camussi*)

» 123

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

La Corte di giustizia precisa i criteri di esclusione degli operatori economici dalla procedura in materia di appalti

Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 2012 in causa n. C-465/11

Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. c. Poczta Polska SA

» 147

Una pratica commerciale di liquidazione dei prodotti non autorizzata che non rientra nell'allegato I della direttiva

n. 2005/29/Ce non può essere oggetto di un provvedimento di interdizione senza una preventiva verifica del suo carattere sleale	
Sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2013 in causa n. C-206/11	
<i>Georg Köck c. Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb</i>	Pag. 149
La Corte si pronuncia ancora nell'ambito del risarcimento del danno a favore dei passeggeri con voli cancellati o arrivati a destinazione con notevole ritardo	
Sentenza della Corte di giustizia del 31 gennaio 2013 in causa n. C-12/11	
<i>Denis McDonagh c. Ryanair Ltd</i>	» 151
Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013 in causa n. C-11/11	
<i>Air France SA c. Heinz-Gerke Folkerts e Luz-Tereza Folkerts</i>	» 152
La Corte di giustizia si pronuncia in tema di accertamento delle infrazioni alle regole di concorrenza	
Sentenza della Corte di giustizia del 7 febbraio 2013 in causa n. C-68/12	
<i>Protimonopolný úrad Slovenskej republiky c. Slovenská sporiteľňa a.s.</i>	» 154
La Corte di giustizia interpreta la normativa nazionale relativa al sistema di formazione obbligatoria degli esperti contabili	
Sentenza della Corte di giustizia del 28 febbraio 2013 in causa n. C-1/12	
<i>Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas c. Autoridade da Concorrência, con l'intervento di: Ministério Público</i>	» 156
Il divieto di vendite sottocosto contenuto nella legge belga contrasta con il diritto comunitario	
Ordinanza della Corte di giustizia del 7 marzo 2013 in causa n. C-343/12	
<i>Euronics Belgium CVBA c. Kamera Express BV, Kamera Express Belgium BVBA</i>	» 158
La Corte di giustizia si pronuncia sul carattere abusivo di una clausola <i>standard</i> contenuta in un contratto di mutuo immobiliare e in un contratto di fornitura di gas	

Sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2013 in causa n. C-415/11 <i>Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)</i>	Pag. 160
Sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 2013 in causa n. C-92/11 <i>RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-West- falen eV</i>	» 161
Sentenza della Corte di giustizia del 30 maggio 2013 in causa n. C-397/11 <i>Erika Jörös c. Aegon Magyarország Hitel Zrt.</i>	» 163
Contrasta con il diritto dell'Unione una normativa nazio- nale che limita gli interessi riconosciuti per la restituzione di una tassa (sull'inquinamento) riscossa in violazione del diritto comunitario	
Sentenza della Corte di giustizia del 18 aprile 2013 in causa n. C-565/11 <i>Mariana Irimie c. Administratia Finantelor Publice Sibiu, Administratia Fondului pentru Mediu</i>	» 167
Sicurezza alimentare e informazione dei consumatori: li- miti posti alla divulgazione dei nomi delle imprese respon- sabili delle infrazioni	
Sentenza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2013 in causa n. C-636/11 <i>Karl Berger c. Freistaat Bayern</i> (con nota di <i>Antonia Corini</i>)	» 168

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

L'etichetta con la quale viene commercializzata la bevanda «Freeway Gazzosa», che riporta correttamente l'elenco degli ingredienti, non può essere considerata ingannevole ai sensi delle normative nazionale e comunitaria applicabili	
Sentenza della Corte d'appello di Perugia del 7-27 marzo 2013 n. 113 <i>Lidl Italia e Kasch Rudiger c. Regione Umbria</i> (con commento di <i>Enrica Adobati</i>)	» 175

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

Tutela dei crediti commerciali nell'Unione europea. Regole certe per evitare i ritardi di pagamento e garantire alle imprese i tempi di riscossione dei crediti

Direttiva n. 2011/7/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (rifi-sione)

Pag. 183

(con commento di *Aldo Frignani*)

Regimi di qualità dei prodotti agricoli alimentari destinati al consumo umano: criteri, condizioni e procedure per la registrazione delle Specialità Tradizionali Garantite (STG)

Regolamento (Ue) n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari

» 203

(con commento di *Matteo Gragnani*)

Consiglio europeo

Conclusioni del Consiglio europeo, 7-8 febbraio 2013

» 219

Conclusioni del Consiglio europeo, 14-15 marzo 2013

» 221

Conclusioni del Consiglio europeo, 22 maggio 2013

» 225

Conclusioni del Consiglio europeo, 27-28 giugno 2013

» 226

DOCUMENTAZIONE

A garanzia dei viaggiatori e per una maggiore qualità dei servizi, la Commissione fornisce una sintesi chiara dei diritti fondamentali dei passeggeri e dei principi applicabili a tutte le modalità di trasporto nell'Ue

Una visione europea per i passeggeri: Comunicazione sui diritti dei passeggeri in tutti i modi di trasporto (Comunica-zione della Commissione al Parlamento europeo e al Con-siglio del 19 dicembre 2011, Com(2011)898 def.)

» 231

(con commento di *Salvatore D'Acunto*)

RECENSIONI

<i>Bruno Barel - Stefano Armellini, Manuale breve. Diritto internazionale privato (Massimo Panebianco)</i>	Pag. 313
<i>Silvia Bolognini, La disciplina della comunicazione business to consumer nel mercato agroalimentare europeo (Bruno Nascimbene)</i>	» 315
<i>Francesco Buonomenna, Servizi pubblici internazionali ed europei. Regimi regolatori (Giorgio Bosco)</i>	» 317
<i>Daniele Gallo, I servizi di interesse economico generale - Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea (Elisa Baroncini)</i>	» 318
<i>Domingo Muriel, Fasti novi orbis et ordinationum apostolicarum ad Indias pertinentium breviarium, cum adnotationibus (Massimo Panebianco)</i>	» 323
<i>Gabriele Pepe, Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa (Francesco Tesauero)</i>	» 326
<i>Giulio Peroni, La crisi dell'euro: limiti e rimedi dell'unione economica e monetaria (Fausto Capelli)</i>	» 327
<i>Victor Uckmar - Giuseppe Corasaniti - Paolo De' Capitani di Vimercate - Caterina Corrado Oliva, Diritto tributario internazionale - Manuale (Fausto Capelli)</i>	» 328
Hanno collaborato a questo numero	» 331
Codice etico delle pubblicazioni	» 333

Per facilitare la conoscenza della giurisprudenza comunitaria, la Corte di giustizia dell'Unione europea pubblica la

**RACCOLTA DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
E DEL TRIBUNALE**

- La *Raccolta della giurisprudenza*, pubblicata nelle lingue ufficiali dell'Unione europea, è l'unica fonte autentica da cui possa citarsi la giurisprudenza della Corte e del Tribunale.
- L'ultimo fascicolo annuale della Raccolta contiene l'indice cronologico delle decisioni pubblicate, l'indice delle cause per ordine numerico, l'indice alfabetico delle parti, l'indice degli articoli citati, l'indice alfabetico delle materie e, dal 1991, un indice analitico che contiene tutte le massime, accompagnate dalle corrispondenti serie di parole chiave, compilate per le decisioni pubblicate.

Gli ordini vanno indirizzati a www.bookshop.europa.eu.

La Corte di giustizia pubblica altresì la

BIBLIOGRAFIA GIURIDICA DELL'INTEGRAZIONE EUROPEA

- Pubblicazione annuale in due volumi basata sugli acquisti e sullo spoglio effettuati nell'anno di riferimento e riguardanti il diritto dell'Unione. A partire dall'edizione del 1990, la bibliografia è divenuta una pubblicazione ufficiale dell'Unione europea. Essa contiene numerosi riferimenti bibliografici ricercabili tramite indici sistematici per materia e attraverso l'indice degli autori.
- È disponibile la pubblicazione *Bibliographie juridique de l'intégration européenne 2011*, in due volumi, pubblicata nel 2012.

Gli ordini vanno indirizzati a www.bookshop.europa.eu.

*Per ogni informazione, rivolgersi a:
Corte di giustizia dell'Unione europea
Divisione ricerca e documentazione, L-2925 LUSSEMBURGO.*

ARTICOLI

BRICS: GRUPPO INTERNAZIONALE DI STATI*

Sommario: **1.** *Origini e sviluppi del BRICS* - **2.** *All'incrocio di tre secoli di west-non west legal tradition* - **3.** *Tradizioni costituzionali comuni ai Paesi BRICS* - **4.** *Struttura, organizzazione e procedure del Gruppo* - **5.** *Ordinamento del BRICS tra diritto istituzionale e regole materiali* - **6.** *Profili del diritto "autoritativo" del BRICS* - **7.** *Partnership e Governance globale* - **8.** *Diritto dell'economia e dell'ambiente* - **9.** *Diritto dell'energia* - **10.** *Cenni di diritto commerciale-finanziario BRICS.*

1. Origini e sviluppi del BRICS

Mentre l'acronimo indicativo BRICS risulta sinceramente poco espressivo e fuorviante, altre sigle analoghe riferite a Gruppi internazionali di Stati, presentano almeno il vantaggio di indicarne la loro natura come Gruppi o Organizzazioni internazionali. Andando alla ricerca di un significato desumibile dal succedersi delle varie lettere alfabetiche si potrebbe almeno dire che esso designa l'associazione di cinque Stati, rispettivamente occidentali, come il Brasile e la Russia, e dell'Oriente asiatico come l'India e la Cina. La lettera "esse" finale indica l'ultimo aderente al Gruppo, la Repubblica Sudafricana, aggregato al Gruppo data la sua collocazione storico-geografica di passaggio strategico dall'Oceano Atlantico all'Oceano Indiano. Malgrado tale unificazione, ben pochi sono i punti di coincidenza nelle storie nazionali dei cinque Paesi, se non quelle, in un certo senso ne-

* Nel presente testo i paragrafi 1, 2, 3 e 4 sono di *MASSIMO PANEBIANCO*; i paragrafi 5, 6, 7, 8, 9, 10 di *ANNA LISA VERDECCHIA*. Le note 13, 14, 15 sono state elaborate congiuntamente dai due Autori.

gative ed estranee, di aver per molto tempo presentato partiti di governo caratterizzati dalla dittatura di classe o dall'egemonia di una razza rispetto alle altre, almeno fino all'epoca recentissima in cui l'uguaglianza politica e sociale ha consentito di eliminare discriminazioni odiose fra partiti, gruppi e componenti della società civile. Viceversa, in senso positivo, come elemento unificante tra i cinque Paesi, si può segnalare il dato ricorrente nelle Dichiarazioni finali dei quattro *Summit* tenuti fra il 2009-2012 (Ekaterinburg, Brasilia, Sanya, New Delhi)¹ all'indomani della grande crisi economico-finanziaria drammaticamente vissuta dall'Occidente nel biennio 2008-2010, ed ancora in corso, per molti aspetti legata alla turbolenza dei mercati finanziari. Come già accennato sono quattro i *Summit* già tenutisi, rispettivamente a Ekaterinburg, a Brasilia, poi a Sanya, nell'isola cinese di Hainan, ed infine a New Delhi nel marzo 2012. Nel recente Vertice annuale sudafricano (Durban, 26-27 marzo 2013) i cinque si sono presentati come i nuovi "Savonarola" censori dell'ordine internazionale attuale, imputando all'Occidente, come «popolazione minoritaria del mondo», la responsabilità di mantenere livelli di vita e di *welfare* finanziati con il debito pubblico, a scapito delle popolazioni maggioritarie per numero di individui e per prodotto nazionale lordo nonché per capacità di sostegno all'indebitamento dei Paesi G8.

Sfuggendo ai chiaro-scuri prodotti volutamente dall'acronimo BRICS e dalle Dichiarazioni finali, a spiegare le origini internazionalistiche del Gruppo dei cinque, potrebbe risultare utile riferirsi ai più salienti dati della loro storia nazionale e continentale. Se si pensa ad un dato apparentemente del tutto estrinseco come quello della nascita dell'Unità italiana un secolo e mezzo orsono, è facile rilevare come proprio in tale periodo si siano formati grandi Stati su base continentale nei due continenti americano ed asiatico. Invero, gli Stati Uniti d'America, come il Brasile, proprio nella seconda metà dell'Ottocento, si trasformano in grandi aree di immigrazione tipo, con popolazione proveniente dall'Europa e dall'Asia, superando la precedente fase di schiavismo di popolazioni prevalentemente di origine africana, venendo così ad eliminare, con una politica antischiavista ed an-

¹ Con l'espressione BRICS ci si riferisce ad un Gruppo internazionale di Stati di recente origine (2007-2012), dotati di un antico passato imperiale e di un'attuale natura tri o quadri continentale e soprattutto di un futuro di cooperazione-integrazione a vocazione universale o globale. Nell'attualità, dopo una serie di *Summit* iniziali, il quarto *Summit* del Gruppo sul tema «Partenariato BRICS per la stabilità globale, la sicurezza e la prosperità» (*BRICS Partnership for Global Stability, Security and Prosperity*), inserito in quello che ormai comunemente viene indicato come il "Processo BRICS", è stato ospitato dall'India a New Delhi il 29 marzo 2012. Il BRICS è stato formalizzato a New York nel settembre del 2006 in occasione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, a seguito di una riunione informale dei Ministri degli esteri dei Paesi coinvolti.

tiabolizionista, una delle macchie più oscure della storia del continente americano altrimenti definita «escravidão» come caratteristica propria delle classi dominanti dell'epoca. Il tutto nel periodo immediatamente successivo alle c.d. Rivoluzioni americane del Nord e Sud-America del secolo scorso. Nel secolo successivo, sul territorio dell'Impero russo, la Rivoluzione di ottobre cancella le basi sociali della vecchia società zarista, e trasforma quel grande Paese in un'area di immigrazione multi-etnica e multi-religiosa, ma anche in un'area popolata da minoranze islamiche ed asiatiche provenienti dall'Asia centrale ed orientale. A fronte della posizione geo-politica di Brasile e Russia, India e Cina restano i più grandi Stati continentali del mondo. La prima ambisce a presentarsi come il garante dell'ordine politico ed economico dell'intero Oceano Indiano, e trova nell'adozione del modello del partito democratico di stampo occidentale il modo per ricomporre le proprie enormi differenze etnico-territoriali. La seconda trova analogamente nella propria storica ambizione a dominare quale Celeste Impero e "Terra di mezzo", il supporto di essere il Paese più popoloso del mondo e ora anche quello a prodotto nazionale lordo annuo maggiore dati i ritmi crescenti dell'economia cinese, corrispondente a flussi di *import-export* posti a presidio di un'egemonia finanziaria ormai generalmente riconosciuta. In questo contesto, l'ultimo Stato *new incoming*, la Repubblica sudafricana, a parte le ragioni geo-politiche che ne fanno uno Stato *leader* dell'intero continente e del Sud del mondo, comunque ambisce a superare le proprie antiche discriminazioni da *apartheid* e a presentarsi come precisa espressione di un processo di maturazione apparentemente già compiuto².

A conclusione di questa breve nota i caratteri internazionali della presenza del Gruppo nel difficile mondo globalizzato di oggi ben si potrebbero sintetizzare nei messaggi della loro propaganda politico-mediatica. Ciascuno di essi tende a presentarsi come l'erede di un grande Impero del passato ed offrire un'immagine del Gruppo come quella di "Imperi rinascenti", dalla tradizione verso il futuro. Imperiali sono le tradizioni del Brasile, come della Russia, rispettivamente nel solco bi-millenario dell'Impero Romano di Occidente e di Oriente. Ma anche dalla parte dell'India e della Cina forte è il richiamo ai grandi Imperi orientali dell'antichità e dell'epoca pre-moderna, solo apparentemente "immobili" ed attualmente decisamente usciti dall'immobilismo asiatico a loro imputati dalla filosofia politica dell'Occidente. Sembrerebbe al contrario che il BRICS abbia rubato la formula magica all'Occidente. Le *demago* degli intellettuali francesi del No-

² Sul punto v., utilmente, A. L. VERDECCHIA, *La rappresentatività regionale della Repubblica sudafricana e della Repubblica araba d'Egitto nel G8*, in M. PANEBIANCO (a cura di), *Il G8 2009*, II. ed., Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p. 183 ss.

vecento si sono nuovamente incontrate. È questo, almeno nelle intenzioni, a partire dal 2009 il vero ed unico *Summit East-West* del mondo avviato alla ricerca della sua storia globale³.

2. All'incrocio di tre secoli di *west-non west legal tradition*

Nell'affrontare un tema così nuovo ed inusitato è bene inquadrarlo alla luce di principi giuridici internazionali formati, almeno negli ultimi tre secoli all'incrocio fra tradizione giuridica dell'Occidente e dell'Oriente come parti indissolubili di un'unica Comunità internazionale (c.d. *west-non west legal tradition*). Si vuol dire che una piena comprensione del BRICS presuppone l'esame di come l'Oriente sia stato visto in Occidente e, viceversa, come lo stesso Occidente sia stato considerato come parte di un'unica visione del mondo negli Stati dell'Oriente. Si può sinteticamente affermare che le origini di un diritto universale sono proprie del secolo XVIII, non perché non esistessero in precedenza, ma solo perché in tale periodo acquistano concretezza storica e coscienza di sistema giuridico (c.d. diritto pubblico universale)⁴. Solo nel secolo successivo tale visione divenne binaria tra diritto internazionale pubblico e privato, credendosi che nell'antichità pre-moderna l'Oriente avesse vissuto in stato di isolamento commerciale e culturale rispetto all'Occidente. Solo nel secolo scorso le correnti della c.d. mondializzazione hanno portato gli Stati ad operare fianco a fianco all'interno delle Organizzazioni internazionali ed attualmente in seno alla c.d. Comunità internazionale globalizzata. È, su tale sfondo, ben comprensibile la proliferazione anche di Gruppi internazionali di Stati non istituzionalizzati, ma viventi ad immagine e somiglianza delle Organizzazioni internazionali sia universali che regionali⁵.

³ Cfr. sul punto la bibliografia dei quattro Paesi a partire da quella brasiliana di P. B. CASELLA, *BRIC: Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud - A l'heure d'un nouvel ordre juridique international*, Paris, Pedone, 2011; quella russa a cura di T. A. ALEXEEVA - P. CATALANO, *Правовые Аспекты БРИКС, Aspetti Giuridici del BRICS, Legal Aspects of BRICS*, San Pietroburgo, Facoltà di Giurisprudenza, National Research University "Higher School of Economics", 2011; *The BRICS Report, A Study of Brazil, Russia, India, China, and South Africa- with special focus on synergies and complementarities*, New Delhi, Oxford University Press, 2012.

⁴ Sul tema, per tutti, v. M. PANEBIANCO, *Diritto internazionale pubblico*, III ed., Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.

⁵ Sull'universalismo giuridico dei giusnaturalisti v. M. PANEBIANCO, *L'universalismo nel diritto internazionale*, in *Riv. coop. giur. int.*, n. 40, 2012, p. 10 ss. nonché G. CACCIATORE, *Il posto dell'Oriente nel pensiero di Vico*, in D. ARMANDO - F. MASINI - M. SANNA (a cura di), *Vico e l'Oriente: Cina, Giappone, Corea*, (comitato per il 750° anniversario della nascita di Marco Polo, Atti del Convegno, Napoli, 2005), Roma, Tiellemmedia, 2008. Sulla nascita della coppia *diritto internazionale pubblico-diritto internazionale privato* v. la classica opera di F. LAURANT, *Droit international privé*, (traduzione a cura di A. MARGHERI), Milano, Vallardi,

Nell'attuale momento di ricomposizione dell'ordine giuridico internazionale, utile è divenuto lo studio di confronto fra i principi regolatori di distinti Gruppi regionali ed interregionali di Stati fra cui, ultimo in ordine di tempo, proprio il c.d. Gruppo BRICS, visto beninteso alla luce di una tradizione molto più antica e risalente nel tempo. Sarebbe illusorio confrontare le tradizioni costituzionali comuni ai Paesi dell'Unione economica e monetaria europea con i fondamenti normativi e culturali dei cinque Paesi aderenti al BRICS, il cui nucleo centrale appare saldamente radicato nel cuore del continente euro-asiatico "Russia-India-Cina", allargato, beninteso, a due Paesi sistematicamente rappresentativi del continente americano (Brasile) ed africano (Repubblica sudafricana). Nell'ampia bibliografia politico-economica rapidamente affermata sugli sviluppi istantanei di tale "Gruppo", alcuni studi hanno raggiunto un'importanza significativa sotto lo specifico profilo giuridico-internazionale per il loro contributo determinante alla ricostruzione dei predetti *common legal principles*. Trattasi di ricerche, nate nel cuore di Facoltà giuridiche universitarie a forte vocazione internazionalistica. Pioneristica appare la posizione dell'Università paulista di San Paulo del Brasile, incentrata soprattutto sulla ricostruzione storico-giuridica dei Paesi BRICS e del loro possibile abbinateamento come *partner* internazionali. Viceversa, la Scuola russo-europea si concentra più specificamente e forse con maggiore apertura alle visioni accademiche internazionali confermate nel Convegno di Studi internazionali tenutosi nei giorni 8-9 settembre 2011 a S. Pietroburgo, come vero e proprio quadrangolare di delegazioni scientifiche dei Paesi BRICS, allargato alla presenza di una delegazione italiana da tempo impegnata sul fronte delle investigazioni scientifiche su tematiche comuni al continente euro-asiatico e americano (ASLA-CEISAL).

La caratteristica propria e peculiare del nascente ordinamento giuridico BRICS è proprio quello di inserirsi nella grande tradizione degli ordinamenti c.d. complessi, altrimenti definiti federativi o misti, a metà fra la tradizione *inter* statale e quella *sovra* statale o universale. Un buon punto di partenza potrebbe derivare dal confronto o dal collegamento con il modello storico dello *ius gentium* romano, ordinamento di natura mista delle relazioni pubbliche tra soggetti politici e di natura privata per le relazioni fra le leggi regolatrici dei rapporti *inter* individuali o *inter* im-personali svolgentesi simultaneamente o consecutivamente in più territori statali o fra Gruppi di diversa nazionalità. Come vedremo studi del genere furono compiuti dalla c.d. Scuola statutaria nel quadro del Rinascimento giuridico

1885-1891, 8v. Sull'universalismo organizzato ed istituzionalizzato del secolo scorso v. ancora M. PANEBIANCO, *Diritto internazionale pubblico*, cap. XIII, *cit. supra*, nota 4.

del diritto romano in Europa fra l'epoca medievale e l'epoca moderna. Il punto di approdo di tale Scuola si realizzò nelle visioni cosmopolitiche dell'illuminismo giuridico europeo, allorché la Comunità internazionale cominciò ad acquisire una dimensione realmente cosmopolitica ovvero sia di incontro tra i diversi Imperi e Stati dell'epoca. Siffatto momento "magico" del "grande incontro cosmopolitico" di certi ordinamenti non risulta certamente offuscato da visioni nazionalistiche di Codici civili e Costituzioni in cui esso si è successivamente incanalato; viviamo pertanto in un'epoca di reale o virtuale cosmopolitismo giuridico e di nuove tendenze neo-statutarie, all'interno delle quali la stessa base romanistico-imperiale dello *ius gentium* diventa la base di sostegno per ogni tentativo inteso a costruire un diritto universale o globale valido tanto per la società degli Stati, quanto per i mercati finanziari e per gli operatori ed attori che vi si muovono⁶.

3. Tradizioni costituzionali comuni ai Paesi BRICS

In un Gruppo non istituzionalizzato, come il BRICS, non diversamente da quanto accade nello spazio giuridico di un'Unione organizzata come quella europea, i principi generali si identificano con le tradizioni costituzionali comuni. Con tale espressione si allude ad un insieme di valori e regole costituzionali che disciplina i rapporti esterni ed interni pubblici e privati di ciascuno Stato membro legato da rapporti di *partnership* ovvero sia di concorrenza, ma anche di solidarietà con gli altri. Normalmente si identificano le fonti del diritto BRICS in una serie di documenti scritti, quali le Dichiarazioni finali dei *Summit* annuali dei Capi di Stato e di Governo che non sono riducibili a semplici accordi politici *inter se*, per l'evidente loro ambizione di incidere sull'intero processo della *governance* internazionale *extra se*⁷. Ma tale capacità di aggregazione del consenso intorno al Gruppo e di capacità di influenza esterna ad esso non avrebbe alcun fondamento, se gli attori di tale processo non si sentissero vincolati da regole non scritte ben più antiche e collaudate da esperienze precedenti. Detto in altri termini ciascuno Stato BRICS porta con sé una rappresentatività non solo continentale, ma addirittura mondiale di antica abitudine a saper vivere come protagonisti ovvero come *opinion leader* nelle relazioni internazionali.

Siffatte tradizioni costituzionali comuni sono di duplice natura, in quanto desumibili dalle Costituzioni nazionali di cui ciascun Stato mem-

⁶ V. *infra*, par. 5.

⁷ Sul tema v., utilmente, C. MANZOLILLO (a cura di), *Codice dei summits asiatici - (2000-2010) - Raccolta delle dichiarazioni finali, carte e convenzioni intergovernative di Asem-Apec-Asean-Saarc-Sco-Brics*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.

bro si è dotato, così come dalle tradizioni *pre*-costituzionali. Invero sia il Brasile che la Russia sono entrati nella modernità in senso giuridico allorché si sono inserite nel filone del costituzionalismo moderno, assumendo la veste di grandi Stati su base sia continentale che federale, a partire dalla fine del secolo XIX successivamente revisionato con le Costituzioni vigenti del secolo scorso. Lo stesso si dica ovviamente per le Costituzioni su basi federali di India, Cina, Sud Africa formatesi a seguito di grandi movimenti nazionali poggiati su basi sia nazionali che democratiche, le quali hanno reso possibile il buon esito della parificazione tra gruppi nazionali ed etnici nonché tra classi sociali distinte. I cinque Paesi pertanto rappresentano altrettanti modelli non già di un unico federalismo costituzionale, quanto di altrettanti federalismi possibili. E ovviamente il federalismo democratico contemporaneo coinvolge in questi Paesi la c.d. «democrazia di mercato», dove i protagonisti dei mercati commerciali e finanziari risultano essere fattori importanti concorrenti nella formazione delle politiche nazionali. È perciò che le stesse Costituzioni rappresentano nello stesso tempo fattori propulsivi di un'idea di democrazia internazionale *lato sensu* intesa, capace di esercitare influenza per i giudizi espressi sulla *governance* dell'intero sistema interno ed esterno a tali Paesi.

Le altre tradizioni costituzionali comuni sono naturalmente quelle pre-moderne, ovvero precedenti alla formazione dell'attuale sistema BRICS. Esso è riducibile a tre grandi sistemi giuridici stratificatisi e sovrappostisi nel corso del tempo. Il primo deriva dal sistema continentale europeo ed americano nelle sue proiezioni interne ed esterne al continente. Da questo punto di vista il Brasile e la Russia sono parte integrante dell'Occidente fin dall'epoca dello *ius romanorum*, ovverossia delle fonti normative riconoscibili intorno ai termini combinati dello *ius* e della *lex* come regole di diritto scritto, ma anche dello *ius* e del *mos* (delle leggi come consuetudine) come regole di *opinio iuris* vivente, ma non scritte. Da parte loro Cina, India e Sud Africa nell'ottica dell'Occidente fanno parte di quello *ius naturale et gentium* (altrimenti detto dello *ius naturale-gentium*), storicamente inteso come cerchio esterno dello *ius europeo* nei confronti dei Paesi del Medioriente, dell'Asia meridionale e soprattutto dell'Estremo oriente (Giappone, Cina e Corea). In conclusione, la base comune del costituzionalismo contemporaneo dei Paesi BRICS affonda le sue radici nello stesso *humus* del costituzionalismo europeo, ovverossia, nello *ius commune romanorum* e nello *ius naturale-gentium commune* alle genti europee ed extra europee, la cui storia comparata conduce lentamente, ma inesorabilmente, ad un'identica visione della storia giuridica per Gruppi internazionali di Stati⁸.

⁸ Nel novero delle tradizioni costituzionali comuni si segnala la rappresentatività continentale degli Stati BRICS ciascuno dei quali dotato di uno *status* emblematico all'interno

4. Struttura, organizzazione e procedure del Gruppo

Nel prosieguo del presente contributo si cercherà di evidenziare un profilo particolare di analisi dell'entità BRICS, troppo recente nella sua formazione e perciò di ancora incerta definizione, spesso inquadrato in categorie usuali non pertinenti o addirittura improprie⁹. Bisognerà pertanto prendere le distanze da tutte le visioni meramente consensualistiche, tendenti a ricondurre anche tale fenomeno in un grande esercizio della concertazione diplomatica internazionale e della conseguente ricerca di significativi accordi sia politici che economici in una ristretta, ma significativa cerchia di protagonisti statali. In quest'ottica si perde di vista il vero e proprio obiettivo del Gruppo BRICS, tendente ad esercitare una certa influenza rispetto agli altri Gruppi precedenti per origini o almeno paralleli o simultanei nella loro apparizione sulla scena internazionale, mediante l'affermazione di un proprio diritto all'esistenza come ente istituzionalmente organizzato e destinato a proseguire nel tempo. L'obiettivo vero e proprio è risultato pertanto quello di non farsi assorbire dal concorrente G8 e di non apparire come un aggregato o un gruppo minore rispetto a quest'ultimo; l'arena di questo confronto è appunto costituita dal maggior raggruppamento di Stati G8 e Stati BRICS ciascuno dei quali alla ricerca di una capacità di influenza nei confronti del terzo sotto gruppo dei c.d. Stati *outreach*, tutti componenti il *maxi* raggruppamento G20.

Si tenterà pertanto di mettere a fuoco l'idea centrale animatrice del BRICS come nuovo Gruppo emergente sì, ma anche *leader* legittimato alla produzione di principi e regole dell'economia mondiale anche alternative a quelle provenienti dal Gruppo G8 (c.d. *Economic standards and rules*). Si intende in tal modo l'ambizione non sottaciuta di assumere un ruolo nella *governance* degli affari mondiali, grazie alla scelta dei temi oggetto delle discussioni, dei settori puramente economici sottoposti alle valutazioni comuni e soprattutto grazie alla credibilità del Gruppo traducibile in conseguenti Piani di Azione a valenza economico finanziaria (c.d. *Action plans*). Sembra pertanto limitativa quella corrente di pensiero, ri-

di uno spazio geo-politico e geo-economico proprio. Su tale nozione cfr. M. PANEBIANCO (a cura di), *Il G8 2009 - Sistema multi-regionale di Stati*, II ed., Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, introduzione e *passim*; A. L. VERDECCHIA, *BRICS come Imperi miti del XXI secolo*, Convegno del Gruppo di studio di giurisprudenza Ceisal, Università di Salamanca, 7-8 aprile 2011, in corso di stampa, in cui si analizzano le nuove architetture di *governance* mondiale dei BRICS come *soft union*, nella loro dimensione di entità geo-politiche ricalcate sul modello degli Imperi, più alta espressione dell'aggregazione giuridico-politica dei secoli passati. Successivamente, in tale di ordine di idee, P. B. CASELLA, *BRIC: Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud*, cit. *supra*, nota 3.

⁹ V. *infra*, note 13-15.

duttrice delle regole dei *Summit BRICS* nei limiti del solo *soft law* internazionale. Al contrario, proprio l'idea inclusa di superiorità del Gruppo ne evidenzia il non celato intento di svolgere una funzione direttrice o incisiva dentro e fuori del Gruppo sui fenomeni economici in corso e sui mercati finanziari internazionali. Detto in altri termini esattamente il contrario di una funzione di mera consulenza o di *rating*, normalmente svolta da società pubbliche o private addette al monitoraggio dei processi dell'economia internazionale, essi sì, espressione di *soft law* internazionale.

A cosa si intende alludere parlando di BRICS come fonte di produzione di un diritto internazionalmente "non-imperativo", e quindi per definizione non solo meramente persuasivo ed esclusivamente monitorio, ma piuttosto diritto uno ed unico con tendenze all'autodeterminazione collettiva dotata di una propria autorità internazionalmente riconosciuta¹⁰. Diritto autoritario, ma "non-imperativo" significa diritto derivante da un ente centralizzato, che non riconosce altro soggetto competente al di sopra di sé nell'esercizio della funzione regolatrice dei processi internazionali rientranti nella sfera delle sue decisioni. Tale funzione risulta particolarmente facilitata dal ruolo del Gruppo come multi-continentale ed interregionale. Proprio tale sua natura gli consente di parlare alla grande platea degli *outrreach* del G20, in una grande prospettiva di rappresentatività continentale generalizzata. Tanto evidenzia il profilo asiatico del rapporto G20 nei confronti di Paesi come Corea del Sud, Indonesia e Australia, ma anche di Paesi mediorientali come Turchia, Arabia Saudita nonché di Paesi sud americani come Messico ed Argentina. A sostegno di questa tesi e salvo quanto si dirà in seguito appare subito opportuno segnalare una nascente nuova terminologia modificativa della denominazione originaria, quale BRICS più uno (BRICS più Indonesia), oppure di BRICST (BRICS più Turchia), ambedue segni evidenti di una forte capacità attrattiva del Gruppo in altre aree geografiche disponibili ad assumere visioni comuni, o accumulabili sull'integrazione economica mondiale¹¹.

5. Ordinamento del BRICS tra diritto istituzionale e regole materiali

In tale amplissimo panorama modernizzato ed attualizzato di diritto costituzionale comparato e di diritto internazionale dei Gruppi manca, ad

¹⁰ Cfr. R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, Liguori, 1969; e più di recente riferito ai Gruppi internazionali di Stati nell'ottica dell'*authoritarian interference* M. PANEBIANCO, *Diritto internazionale pubblico*, cit. *supra*, nota 4.

¹¹ Citiamo, per tutti, J. O'NEILL, *The Growth Map: Economic Opportunity in the BRICS and Beyond*, London, Penguin Books, 2011.

avviso di chi scrive, una prospettiva probabilmente utile derivante dal confronto con il diritto internazionale antico ovvero *pre-moderno*. Tale *incipit* non può non essere riferito se non al diritto imperiale o degli Imperi a partire dal primo di essi organizzato attraverso il diritto romano imperiale come ordinamento bi-millenario, da considerarsi se non come la vera e propria matrice almeno come la filiera da cui i successivi ordinamenti imperiali hanno tratto la loro origine. È di pacifica acquisizione la tesi secondo la quale la Comunità internazionale degli Stati formatasi secondo il noto modello di Westphalia (1648) sia, *lato sensu*, erede della Comunità internazionale romana e romano-cristiana formatasi e trasformatasi nelle epoche storiche precedenti. L'esperienza BRICS impone una riflessione supplementare allo scopo di esaminare come *stricto sensu* i cinque Paesi ex-imperiali che ne fanno parte si siano posti come recettori e continuatori di quel diritto nella loro esperienza costituzionale interna e nelle loro relazioni esterne. A tale scopo un contributo dottrinale universalmente riconosciuto come di primaria importanza, nasce proprio a ridosso della data storica del modello di Westphalia, allorché si formò un diritto internazionale privato di origine e continuazione romanistica, testimoniata non già dagli studiosi dell'idea di Costituzione, quanto piuttosto dagli studiosi della storia del diritto privato come *ius civile internationale* dentro e fuori del continente europeo¹². Paradossalmente le fortune dello *ius civile* dentro e fuori

¹² Sul presupposto della bibliografia BRICS indicata in precedenza, concernente un fenomeno di vita internazionale attuale dell'ultimo quinquennio, 2007-2012, si rileva l'evidente sua origine come Gruppo di "Stati-Impero" ovvero di grandi Stati normalmente definiti ad «economia emergente». In realtà trattasi di economie "ri-emergenti", ad avviso di chi scrive: di fatto, trattasi di economie ri-emergenti da fasi pregresse più o meno antiche o recenti durante le quali tali Stati si presentavano come entità politico-costituzionali connotate da spazi a dimensione continentale. Nella categoria politica fondata sulla distinzione-connessione "Stato-Impero" è possibile inquadrare la fenomenologia del Gruppo in esame, riutilizzando una tradizione di pensiero particolarmente significativa e mai dismessa o tralasciata dagli studiosi. Indichiamo come punto finale di tale traiettoria il recente studio limitatamente all'epoca del c.d. post-Westphalia, su cui v. M. PANEbianco, *Impero e Stati, universalismo e internazionalismo*, in *Diritto@Storia*, n. 8, 2009, reperibile sul sito internet http://www.dirittoestoria.it/8/Memorie/Roma_Terza_Roma/Panebianco-Impero-Stati.htm. Per l'*incipit* di tale percorso storico è essenziale rileggere la lezione di U. HUBER, in particolare v. U. HUBER, *De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis*, in *Praelectionum juris civilis*, tomo II, *Praelectionum juris romani et hodierni*, lib. III, Franeker, 1689. Di tale opera esistono varie edizioni (la prima datata presumibilmente 1678) che sarebbe pertanto la *princeps* – non descritta nei dettagli e dal profilo incerto – di cui reca notizia il catalogo della Biblioteca nazionale svedese. A questa seguono altre riedizioni pubblicate tra 1735 e il 1749 a Lipsia e a Francoforte e poi ancora nel 1831 a Napoli e nel 1838 a Macerata. I cataloghi *online* rilevano una nutrita serie di riedizioni, per lo più olandesi e tedesche. La più interessante registrata dai repertori sembra essere quella di Franeker in 3 volumi, datata 1689-90, e poi la quarta edizione ULRICI HUBER, *Supremae frisorum curiae ex-senatoris*, in *Praelectionum iuris civilis*, tomi III, *secundum Institutione et Digesta Iustiniani*, Francofurti et Lipsiae, 1749. Nella dottrina anglo-americana il successo di tale opera è dovuto alla chiara analogia del diritto "imperiale" con i modelli complessi del federalismo costituzionale, onnicomprensivo degli ordinamenti minori degli Stati federati nel quadro di un'unica Confederazione o Stato federa-

dell'Europa sono state oggetto di studio in un'ottica esclusivamente nazionale a cavallo dei due secoli d'oro da cui derivarono il movimento costituzionale liberale di fine Settecento ed il parallelo movimento codicistico dei codici statali del secolo successivo. Per tali ragioni esiste una "fortuna letteraria" di certi testi famosi nelle riutilizzazioni delle neonate Repubbliche indipendenti degli Stati Uniti d'America e del Brasile, come ovviamente nei nuovi Stati nazionali europei come la Germania e l'Italia¹³. Tale genere di opere giuridiche classiche al quale intendiamo riferirci, nelle più svariate edizioni e consolidazioni, è ovviamente quella del padre degli statuti europei «ovverosia della scienza moderna del diritto internazionale privato» ovvero dello *ius gentium* inteso come sistema regolatore dei conflitti di leggi tra Stati ed Impero e dell'intero orbe terraqueo¹⁴.

le, come insegna l'esperienza costituzionale statunitense dal 1776 a quella vigente del 1787. Della stessa opera esiste una traduzione inglese relativamente recente: v. U. HUBER, *De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis*, nella traduzione E. G. LORENEN, *Selected articles on the conflict of laws* pp. 162, 164-65, Londra, Yale University Press, 1947. Nell'edizione del 1735 (Lipsiae) e del 1749 (Francofurti et Lipsiae) l'intitolazione sopra riportata viene integrata con altra riferita "all'attualizzazione" del diritto romano civile con particolare riferimento alle leggi sassoni nonché con le critiche mosse da Thomasius alle tesi del nostro («Accedunt Christiani Thomasi Jcti Additiones quibus sua scholia contraauctorem defendit et Luderii Menkenii Jcti remissiones ad ius saxonicum. Editio in Germania tertia in qua paratitla ex nivissimojure saxonico electorali, suo quaevis loco adjecta. Cum indicibus accuratissimis»).

¹³ Nella terza edizione del *De Conflictu Legum* indicata in precedenza esiste una *Dedicatio* al lettore ricompresa tra la *Praefatio* e l'inizio del testo, concepita con lo scopo di indicare il carattere universale *orbe toto* del diritto romano attuale odierno o nuovissimo: «Deo optimo maximo. Fonti omnis aequi et boni. Almae Patriae. Optimi juris santissime altrici. Proceribus gravissimis. Ejusdem fautoribus amatissimis. Justitiae praesidibus. Themidos romanae adsertoribus constantissimis. Jureconsultis patriae causarumque patronis. Ejusdem discipline cultoribus orbe toto diligentissimis. Hoc antiqui et hodierni speciem juris sacrum facit auctor».

¹⁴ Si constata come sin dalla intitolazione le *Praelectionum* di HUBER rappresentino un prototipo classico di un ordinamento proprio di Stati-Impero in ragione della successione continua della vigenza del diritto romano dall'antichità al Medioevo all'Europa moderna, *ivi* comprese le «Costituzioni imperiali» come fonti normative supreme. Esse hanno il proprio *incipit* nelle Costituzioni di Giustiniano, come Imperatore "primo" dell'intero *corpus iuris*, nonché dei suoi successori, *ivi* compresi naturalmente gli Imperatori del Sacro Romano Impero fino al periodo estremo preso in considerazione annotate nelle *Additiones* relative al Principe Elettore di Sassonia, collazionate da Christian Thomasius. In tale contesto generale la parte più specificamente dedicata al *De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis* tra le leggi di diritto pubblico e privato degli Stati interni all'Impero si trova nell'*editio princeps* del 1735 a p. 538-541. Nell'edizione italiana pubblicata in Macerata nel 1838 lo stesso paragrafo "*De Conflictu Legum*" si trova nel tomo II, p. 55-65: «Lib. I. Tit. III. - De conflictu legum diversarum in diversis imperiis. I. Origo et usus hujus Quaesiti, forensis quidem, at juris Gentium magis quam civilis. II. Regulae fundamentales hujus doctrinae. III. Acta inter vivos et mortis causa valent ubique secundum jus loci, quo celebrantur. IV. Quod exemplo declaratur, testamenti. V. Contractus. VI. Rei Judicatae. VII. Actionis instituendae. VIII. Matrimonii. IX. Extendi hoc etiam ad effectus earum rerum, etiam quod ad immobilia. X. Limitatio regulae de loco. XI. Alia limitatio ejusque ampliatio. XII. Regula de qualitatibus personalibus certo loco impressis, ubique vim habentibus. XIII. Scilicet, qualem ejusmodi personae jure cujusque loci habent: ut exemplis declaratur. XIV. In jure immobilium spectari jus loci, quo sita sunt. XV. Declaratur exemplis Testamenti, Contractuum et Successionis, ab intestato».

Occorre a questo punto precisare che l'argomento *princeps* del sommario sta nell'espressione «*at juris gentium magis quam civiles*» riferito alla prevalenza delle regole *iuris gentium*

Siffatto filone classico, se liberato dal suo involucro di storie costituzionali e private interne a singoli Paesi, si colloca nel più esatto quadro del grande pensiero cosmopolitico universalistico di fine Settecento e delle sue successive attualizzazioni in quanto costitutive della grande tradizione giuridica del mondo occidentale. Ovviamente più difficile risulta spiegare il contatto con altri Imperi, come quello cinese ed indiano, da considerarsi come contigui e co-esistenti con quelli europei, ma almeno fino all'inizio di questo nuovo secolo, mai integrati in modo così intimo tra loro in epoca precedente alla ormai emblematica ed esemplare esperienza BRICS.

Chi cerchi una più adeguata collocazione ad un'esperienza così attuale come quella del Gruppo BRICS o *tout court* degli Stati BRICS deve collocarsi nell'ottica del diritto dei Gruppi internazionali di Stati sia come protagonisti o soggetti della vita internazionale sia per l'ambito dei suoi settori di intervento oggetto di regole materiali. Chi ha coniato l'acronimo BRICS si è ben guardato dall'utilizzare tale espressione, normalmente utilizzata con riferimenti numerici e progressivi ed ampliati dall'ormai trentennale esperienza del raggruppamento dei Paesi maggiormente industrializzati con le dizioni G7-G8-G14-G20. Il favore registrato dalla sigla individuale meglio la cifra personale di ciascuno dei protagonisti, riferita ad un'area economica emergente o già emersa, ben progrediti come aggregato unitario di ricchezze nazionali o di prodotti nazionali lordi aggregati o aggregabili tra loro (c.d. Pil aggregati). L'intestazione con il Gruppo comparato concorrente del G8 risulta ben evidenziata da una serie di elementi di identità, capaci di assegnargli, se non una vera e propria personalità, almeno una fisionomia grazie alla quale esso esprime e parla con "una sola voce" ormai da un quinquennio. Il che non significa non rimarcare le pur evidenti differenze e distanze anche geografiche spesso evidenziate criticamente da commentatori e detrattori del Gruppo, degradato ad una pura e semplice occasionale riunione di organi verticistici dei cinque Stati. Una volta affermata tale intersezione con altri Gruppi almeno cinque risultano essere le finalità più rimarchevoli dal duplice punto di vista sia istituzionale che relazionale.

Cominciamo con l'evidenziare la parola chiave nei documenti dei *Summit* BRICS, dove l'espressione Ekaterinburg *Process* dal 2008 diventa

come regolatrici dei conflitti di leggi civili e non (*at iuris*), non riconducibili ad una volontà sovrana illimitata di ciascuno degli enti facenti parte dell'Impero, bensì ad un ordine superiore ed onnicomprensivo proprio del diritto imperiale (*De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis*). Sulla lettura internazionalistica del pensiero c.d. statuario di HUBER nel quadro della c.d. *comitas gentium* v. già R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, cit. *supra*, nota 10, cap. II, par. 9, p. 103 ss.: «per omnes orbis partes diffusus & aequabili jure gubernatum Imperium, conflicti diversarum Legum non aequae potuerit esse subjectum».

metafora di quel Heilingendamm *Process* del Summit G8 2006, due grandi capitali storiche della frontiera russo-tedesca. Il termine dà il senso di un'evoluzione o di una dinamica di progressivo allargamento di ciascuno dei due Gruppi sia pure in ambiti geo-politici e geo-economici ben distinti. Tale *animus* veniva espresso ad Heilingendamm con il termine *outreach* ad una *partnership* in divenire¹⁵, dove Stati sistematicamente importanti (*Systematically Important Countries*) facevano ponte malgrado le distanze continentali considerate in precedenza insuperabili. Da parte sua il G8 si dilatava oltre i confini propri della genesi del Gruppo, cercando di includere proprio quei Paesi emergenti non più disponibili a farsi incorporare in un G8 più o meno allargato. Operazione probabilmente tardiva a fronte dell'iniziativa già pienamente in corso di autonomizzazione e progressiva identificazione del BRICS come Gruppo geo-economico prima ancora che geo-politico. "Il gigantismo" del BRICS era motivo sufficiente di differenziazione rispetto a Stati G8 spesso di piccole o medie dimensione a dispetto della loro programmata posizione di vertice nella grande piramide dell'economia mondiale.

In questa logica di singolare analogia G8-BRICS si è sviluppata l'idea di un diritto istituzionale e materiale comparabile tra i due Gruppi. Istituzionalmente anche il BRICS ha una doppia veste economica e politica. Nasce come soggetto economico nel biennio preparatorio o nella pre-fase 2006-2008, quasi come un prolungamento dell'altro Gruppo pre-esistente. In prosieguo si sviluppa come entità economico-politica, quasi in una linea di coordinamento e di cooperazione e di affermazione di identità in un mondo allora considerato ostile di fronte alle minacce del terrorismo internazionale. Di qui anche lo stile delle Dichiarazioni finali ben distinte a segnare i due volée delle relazioni politiche e delle relazioni economiche internazionali, oggetto delle valutazioni e degli interventi BRICS. Salvo considerare l'analisi delle incidenze suscettibili di produrre all'interno come all'esterno del Gruppo.

Infine, dal punto di vista del diritto materiale prodotto, altrettanto significativa è l'apparizione di un'organizzazione BRICS a doppia faccia presidenziale (*Summit*) e ministeriale (*Meeting*). I primi naturalmente si occupano della produzione del diritto in un'ottica unitaria e complessiva, finalizzata ad elaborare un punto di vista o una linea di azione unica, viceversa i secondi si occupano nelle sedi ministeriali competenti della prepa-

¹⁵ Sul punto ancora v. A. L. VERDECCHIA, *La rappresentatività regionale della Repubblica Sud Africana e della Repubblica Araba d'Egitto nel G8*, cit. *supra*, nota 2; A. L. VERDECCHIA, *Lo Stato partner cosmopolitico - Origine e regimi normativi di Partnership e Human Rights*, Salerno, brunolibri, 2011, p. 148 ss.

razione nonché dell'esecuzione del diritto prodotto dai *Summit*. È certamente prematuro definire un compiuto sistema di regole materiali settore per settore, nel quadro della *summa divisio* tra politico ed economico. Ma già da ora, come vedremo, esistono alcuni settori di partenariato strategico per loro natura essenziali ed ineliminabili, come energia ambiente, economia-moneta, banca-impresa, ecc. Lungo questi filoni si è messa alla prova l'esperienza del diritto BRICS in un difficile equilibrio tra la sua dichiarata pretesa volutamente "non imperativa" messa a confronto con la ovvia necessità di produrre un impatto significativo nelle relazioni sia politiche che economiche internazionali.

6. Profili del diritto "autoritativo" del BRICS

Dopo il primo quinquennio dalla sua apparizione come Gruppo internazionale neo-istituzionalizzato il BRICS si conferma come un terreno privilegiato per la sperimentazione di nuove forme di governo internazionale. Si rileva come esso si sia inserito sulla scena delle relazioni internazionali inizialmente in sordina, suscitando anche un certo scetticismo e poi sempre più confermato, se non come antagonista perlomeno come alternativa al Gruppo di indirizzo politico storicamente rappresentativo di economie c.d. «classiche» e certamente non emergenti (c.d. «G8 dei Paesi maggiormente industrializzati»). La sua origine chiaramente rappresenta una delle tante risposte di Gruppi illuminati di Stati accumulati da vari interessi condivisi a fronte della crisi continua e durevole della globalizzazione, avvenuta convenzionalmente nel biennio 2007-2009¹⁶, ma proseguita con fasi alterne fino agli anni più recenti, di cui essi non si ritengono né autori né responsabili. Nel prendere progressivamente corpo e consistenza il BRICS si è presentato come un iniziale "quartetto" di Stati di grandi dimensioni continentali, auto candidatisi alla gestione di un nuovo ordine mondiale, poi rapidamente allargatosi (Sanya, 2011) alla partecipazione strategica del "quinto" membro rappresentativo del continente africano ovverossia la Repubblica del Sud Africa, già segnalata per il suo alto quoziente di rappresentatività continentale nel c.d. «G8 allargato», salvo i nuovi *incoming* già indicati in precedenza (Indonesia, Turchia). È apparso

¹⁶ Sui recenti sviluppi dei Dialoghi internazionali o *soft-unions* di cooperazione internazionale, con particolare riferimento al gruppo BRICS, si veda utilmente P. BORBA CASELLA, *BRIC: Brasil, Rússia, Índia, China e África Do Sul - Uma Perspectiva De Cooperação Internacional*, São Paulo, Atlas, 2011. Per un inquadramento giuridico-teorico delle unioni "miti" si rinvia a M. PANEBIANCO, *Diritto internazionale pubblico*, cit. *supra*, nota 4; e sommariamente ad A. L. VERDECCHIA, *Lo Stato partner-cosmopolitico - Origine e regimi normativi di Partnership e Human Rights*, cit. *supra*, nota 15.

subito evidente agli operatori del settore che le intenzioni alla base di tale aggregazione, apparentemente disomogenea, fossero mosse non tanto da fattori di pura convergenza economica, quanto da motivazioni etico-politiche, rintracciabili nella storia antica e moderna di ciascuno di essi. Cinque grandi Stati a dimensione continentale euro-sud-americana-afro-asiatica rievocano immagini classico-moderne di Imperi pre-antichi o antichi continentali sia a matrice chiusa (Brasile, Cina ed India) sia a matrice intercontinentale (Russia, Sud Africa-*Commonwealth*).

L'esame del futuro del BRICS come sistema multicontinentale¹⁷ di varie aree geografiche distinte in chiave *inter* ed *infra*-regionale o addirittura *inter* ed *infra*-continentale consente di valutare le modalità di inserzione dei processi normativi dalla base prettamente continentale a quella universale vera e propria, visto l'intento ormai attestato del Gruppo a non svolgere un'azione di *soft*-normazione o di indirizzo *ab intra*, ma al contrario un'azione di indirizzo "imperativo" rivolto *ab extra* come espressione di un nuovo svolgimento della *governance* internazionale. Non si vogliono affatto ignorare le già presenti intersezioni di grandi Paesi asiatici come la Cina e l'India in altri raggruppamenti organizzati di Stati dell'area, sia a livello regionale sia sub-regionale. Così come non mancano altre ben note forme di collegamento della Repubblica federativa russa nel grande sistema delle Organizzazioni internazionali sia europee che asiatiche. Lo stesso, ovviamente, si dica del Brasile oggi divenuto *leader* del sub-sistema UNASUR come Unione dei Paesi sudamericani contemplata dal Trattato di Brasilia del 23 maggio 2008. Nondimeno tale considerazione si estende anche alla Repubblica sudafricana presente come membro nelle maggiori organizzazioni regionali africane (UA, SACU). Tanto rende possibile la percezione dell'interesse dei Paesi BRICS ai problemi dell'economia mondiale segnalando le ambizioni universalistiche e trasversali delle finalità perseguite dal Gruppo: diritto dell'ambiente, diritto dell'energia, diritto commerciale, diritto finanziario e bancario ecc. Ciò ha creato i presupposti per vedere nel BRICS, sulle cui dorsali poggiano i fenomeni economici contemporanei, un modello giuridico differenziale della globalizzazione¹⁸.

¹⁷ Si rinvia al Convegno del 24 marzo 2011, all'intervento di M. PANEBIANCO sul BRICS come sistema rappresentativo dei "*Quattros continentes*" secondo la terminologia classica desumibile dalla tradizione politico-diplomatica sia statale che ecclesiale. Cfr., inoltre, M. PANEBIANCO, *Ad gentes inter gentes*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000.

¹⁸ Il *Summit* politico tra Paesi BRICS ha avuto origine a New York nel settembre 2006 ai margini dell'Assemblea delle Nazioni Unite, a seguito dell'incontro dei Ministri degli Esteri di ciascun Paese membro. A questo primo incontro sono seguiti altri quattro incontri di altissimo livello, compresi gli incontri di Ekaterinburg, Russia, del 16 maggio 2008 e la prima riunione BRICS del 16 giugno 2009, sempre a Ekaterinburg. La seconda riunione si è tenuta nei giorni 15 e 16 aprile 2010 a Brasilia, riunione alla quale ha partecipato anche la

Secondo questa visione d'insieme, tali fenomeni di aggregazione segmentata rappresentano la prospettiva attuale e futura dei sopra citati cinque Stati BRICS, senza rinnegare il ruolo statutale fondamentale di ciascuno di essi già ben inquadrato nelle Organizzazioni internazionali e regionali di cui fanno parte, ma bisognevole di un nuovo strumento con potestà sussidiarie e suppletive rispetto a quelle statuali e interstatuali. Nelle Dichiarazioni dei citati *Summit*, il Gruppo si auto-qualifica come partecipe della *governance* dell'economia globale e dei correlati problemi dello sviluppo, legati da una visione comune e da un'Agenda di temi già in qualche misura collaudata: ambiente, energia, e al ben connesso quadro del commercio mondiale dell'OMC e come parte privilegiata dei nuovi mercati "emersi dell'ultimo ventennio" nonché partecipe ai flussi finanziari e bancari mondiali espressione del nuovo quadro economico globale, ivi compresa la propria accresciuta presenza pro-quota nel capitale dell'FMI. Secondo questa introduzione, si può ben capire come il BRICS si presenti come quarto nuovo sottogruppo di *governance* tra G8-G14-G20 concorrente ed alternativo ai precedenti, inquadrati e delineati dall'ordine economico mondiale immediatamente precedente all'attuale (c.d. sistema *post-Bretton Woods*). In questo contesto, il sommario dei temi trattati se non costituisce ancora un elenco di competenze ne fornisce almeno un *memorandum* utilizzato sia nell'ultimo incontro di Vertice di Durban (26-27 marzo 2013) sia per le riunioni future e già programmate (Brasile, 2013). Tale Agenda spazia nell'ambito di dodici *topic* secondo un linguaggio politico-diplomatico non necessariamente traslato da altre Agende similari (G8-G14-G20). Pur essendo agli esordi emerge uno spirito di authority BRICS come una specie di ragion d'essere, di operare e cooperare degli Stati membri, almeno per il momento, riuniti in un club molto ristretto ed elitario, ma destinato certamente ad un suo possibile

Repubblica del Sud Africa in qualità di osservatore. Il terzo *Summit* BRICS si è invece tenuto nell'isola di Hainan, a Sanya, il 13-14 aprile 2011 secondo le disposizioni della Dichiarazione finale di Brasilia. Nel marzo 2012 invece il *Summit* è stato ospitato dall'India a New Delhi. Per un approfondimento sul recente tema degli Stati BRICS v. utilmente M. PANEBIANCO (a cura di), *Il G8 2009*, cit. *supra*, nota 9; S. BORODINA - O. SHVYRKOV, *Investing in BRIC Countries: Evaluating Risk and Governance in Brazil, Russia, India and China*, New York, McGraw Hill, 2010; L. WEGEMAN, JR., *BRIC, an Investment Tool*, Pittsburgh, Dorrance Publishing, 2009; S. PELLE, *Understanding emerging markets: building business BRIC by brick*, New Delhi, Sage Publications, 2007; M. KOBAYASHI-HILLARY, *Building a future with BRICS: the next decade for Offshoring*, Berlin, Springer, 2008; J. MARR - C. REYNARD, *Investing in Emerging Markets: The BRIC Economies and Beyond*, Chichester, J. Wiley & Sons, 2010; J. E. SPERO - J. A. HART, *The Politics of International Economic Relations*, Boston, Routledge, 2009; C. MORTISHED, *Russia shows its Political Clout by Hosting BRIC Summit*, in *The Times*, May 16, 2001; R. ROETT, *The New Brazil: From Backwater to BRIC*, Washington, Brookings Institution Press, 2010; B. SUJATHA, *BRIC Economies: opportunities and challenges (Brazil, Russia, India and China)*, Hyderabad (India), ICAFI UNIVERSITY PRESS, 2006; C. MANZOLILLO (a cura di), *Codice dei summits asiatici*, cit. *supra*, nota 7.

ampliamento verso quelle economie attualmente considerate in ascesa e rappresentanti un nuovo modello di capitalismo distinto dal modello del quale rappresentano un'alternativa.

7. *Partnership e Governance globale*

Come fattore di *Partnership e Governance* globale, il Gruppo si pone come strumento di attuazione del diritto internazionale vigente, ovverossia come meccanismo di governo, amministrazione e, in certa misura, come regolatore dei conflitti più rilevanti tra Stati, senza considerare il suo chiaro ruolo "punitivo" nei confronti del terrorismo e quello di aspirazione di *super*-potenza per la difesa degli interessi generali dell'umanità. Ciò premesso, la sua origine all'indomani dell'11 settembre 2001 è variamente considerata in Occidente come in Oriente, a causa della sua doppia composizione che gli consente di restare ben radicato in Europa, grazie alla Repubblica federativa russa, ed in America, grazie alla presenza della Repubblica federativa del Brasile, ma altresì di essere parte essenziale ed eminente del continente asiatico in virtù della presenza dei due più grandi Stati continentali dell'area quali la Repubblica popolare cinese e la Repubblica indiana. In tal modo, il Gruppo assurge a livello mondiale o globale garantendosi quel ruolo quadri-continentale già una volta coperto dal Movimento dei non allineati a partire da Bandung (1955) e poi dal Gruppo degli otto a partire dal 1975, senza ambizioni ireniche nel difficile mondo contemporaneo, ma altresì senza pretese belliciste in nome del c.d. conflitto di civiltà, matrice dei conflitti armati del primo decennio di questo secolo (Iran, Iraq, Afghanistan, Libia).

Visto dall'esterno, il Gruppo appare soggetto di attenzione del mondo occidentale, dove sono ben note le ambizioni di Brasile ed India di entrare a far parte del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite come membri permanenti e con diritto di voto e di veto al pari dei cinque Grandi. Non a caso il Documento del Vertice di Brasilia sottolinea tale maturità dei due Paesi BRICS aspiranti a ruolo di potenze regionali¹⁹. Altrettanto ben vista nel mondo occidentale è la presenza di Russia e Cina come fattori di stabilizzazione sia in Europa che in Asia, avendo ormai da tempo la Repubblica federativa russa abbandonato il suo preponderante interesse per il centro-Europa che ha caratterizzato l'intero periodo 1945-1989. Così come

¹⁹ A Brasilia è stato anche costituito l'IBSA, il nuovo Gruppo di cooperazione formato da India, Brasile e Sud Africa, a testimonianza di un sentito ruolo di rappresentatività continentale dei Paesi BRICS tanto da inserire il Sud-Africa, indiscusso Paese *leader* dell'area continentale africana. Per un'interessante teoria in questo senso si rimanda sommariamente ad A. L. VERDECCHIA, *La rappresentatività regionale della Repubblica Sudafricana*, cit. *supra*, nota 2, p. 183-214.

rappresenta un retaggio del passato lo strisciante conflittualismo del secolo scorso operato dalla Repubblica popolare cinese sia nel conflitto coreano (1950-1953), sia nei conflitti del Sud-est asiatico (c.d. «Guerra del Vietnam»). Ne consegue che la stabilizzazione dell'Asia orientale nei confronti degli alleati tradizionali dell'Occidente (Giappone, Taiwan, Filippine), come dell'Asia meridionale, rappresentati dai Paesi dell'ASEAN, fa molto ben apprezzare lo sforzo che oggi si compie in quella strategica area geografica. D'altra parte, non si deve dimenticare che lo stesso Brasile non si è mai ridimensionato come Paese atlantico ed occidentale ed ha avuto sempre ambizioni di affermare una propria politica di regionalismo aperto e di forte presenza multi-regionale. Infine, la presenza di un Paese *leader* del *Commonwealth* come la Repubblica indiana rappresenta un fattore in parte di diversità all'interno del Gruppo, in parte di necessaria rappresentatività verso la grande area dell'Oceano indiano; lo stesso dicasi per la presenza del Sud Africa già da tempo individuato come Paese di riferimento regionale dell'Africa australe.

In tale linea il documento di Brasilia rappresenta una svolta ad esito del primo quinquennio di vita BRICS ed apre prospettive, ancora tutte da verificare, circa il futuro immediato dello stesso, dove certamente emergeranno posizioni differenziate tra i due poli compresenti: quello euro-latino americano (Brasile-Russia) e quello asiatico (Cina-India). È già possibile intuire, anche grazie ad affinità di tipo economico-culturale nonché di appartenenza geografica, che all'interno degli stessi Paesi BRICS vi siano interessi ed assi strategici differenziati, così che le relazioni tra Brasile e Russia sembrano volte ad azioni dinamiche, mentre quelle asiatiche più assoggettate alla supremazia del colosso cinese²⁰. Tuttavia i maggiori punti accomunanti i Paesi del BRICS vengono dichiarati congiuntamente dai Quattro, così che si ha già una prima effettiva conferma delle linee di azione che il Gruppo intende seguire, dalla trasformazione globale alla trasformazione della *governance*, al nuovo assetto dell'ordine mondiale teso ad un sistema equitativo multipolare, approdando all'affermazione del diritto internazionale quale base di partenza di un sistema sostenuto da principi democratici di uguaglianza, cooperazione, rispetto reciproco degli Stati e coordinamento collettivo delle fasi decisionali della politica estera ed internazionale degli Stati. Sempre nell'ultimo documento BRICS emerge il perfezionamento della consapevolezza di tale organismo che, unitamente, ricerca nuove strade di affermazione pur non ponendosi in aperto contrasto con le vigenti istituzioni (Nazioni Unite, G20, FMI, Banca

²⁰ Anche se velatamente, emerge un asse preferenziale Mosca-Brasilia rintracciabile anche nelle dichiarazioni di Dmitrij Medvedev dell'aprile 2010. Cfr. D. MEDVEDEV, *Noi russi e i Bric, insieme per crescere*, in *L'Ernesto*, 15 aprile 2010.

Mondiale) e l'ordine mondiale attuale, ma piuttosto cercando modelli allargati più rappresentativi di nuove realtà ormai consolidate. Inoltre, accanto ai grandi temi della politica, dell'economia e della finanza mondiale affiora una volontà comune di seguire altre tematiche del tutto differenti come la pubblicazione di un'enciclopedia BRICS (*a joint BRIC encyclopedia*), l'incoraggiamento verso la cooperazione nei campi della scienza, della cultura e dello sport (in particolare: *2010 World Expo in Shanghai, the 2010 Commonwealth Games in New Delhi, the 2013 World Student Games in Kazan, the 2014 Winter Olympic and Paralympic Games in Sochi, the FIFA 2014 World Cup in Brazil and the 2016 Olympic and Paralympic Games in Rio de Janeiro*). Alla luce di quanto finora sommariamente esposto appare evidente che l'analisi del mondo globalizzato contemporaneo passi attraverso le linee di sviluppo di questi Paesi c.d. ri-emergenti in quanto espressione di un mondo in rapida emancipazione da un passato significativo neanche troppo lontano, ma ormai superato.

L'allargamento della sfera BRICS nel più ampio contesto G20, ha condotto alla Dichiarazione del *Summit* di Pittsburgh del 2009, in cui si è iniziato un processo di riforma riguardante il riassetto degli equilibri di potere e quindi della *governance* all'interno dell'FMI, attraverso il quale verrà conferito maggiore potere decisionale alle economie emergenti quali, Brasile, Russia, India e Cina, riconoscendo così l'influenza mondiale dei Paesi in via di sviluppo, in termini sia economici sia politici. Con la riforma si provvederà alla riduzione del peso delle economie dei Paesi sviluppati, trasferendo il 6% dei voti dalle potenze europee di Germania, Gran Bretagna e Francia ai Paesi produttori di petrolio ed ai Paesi BRICS; pertanto, l'FMI sarà composto da ventiquattro seggi, di cui nove per l'Europa, che ne perderà così due ed il Consiglio Esecutivo passerà dagli attuali cinque membri permanenti (Giappone, Germania, Francia, Gran Bretagna e Stati Uniti) a dieci per effetto dell'ammissione dei Paesi emergenti e dell'Italia. La Cina sarà, di conseguenza, il terzo Paese più importante all'interno dell'istituto, subito dopo Stati Uniti e Giappone, aumentando la propria influenza in seno all'FMI. Il cambiamento-evoluzione del FMI riguarderà anche le quote dei membri; il capitale, infatti, verrà raddoppiato passando a 755,7 miliardi di dollari. È la prima volta, dopo 65 anni, che si assiste ad un processo di tale portata. Il recente G20 di Gyeongju ha ratificato le decisioni del Fondo; in definitiva, i dieci principali azionisti, ossia Usa, Giappone, quattro Paesi europei (Gran Bretagna, Italia, Francia e Germania) e quattro Paesi emergenti (Brasile, Russia, India e Cina) rappresenteranno realmente i primi dieci Paesi del mondo.

Esaminando infine i rapporti tra il BRICS fuori dell'area euro-occidentale, con riferimento alle recentissime prese di posizione nei confronti

dell'area dei Paesi arabo-islamici del Medioriente e della zona maghrebina, emerge un atteggiamento unitario negli eventi politici diplomatici. Si sono di fatto profilate due linee politiche distinte evidenziabili nella c.d. filiera di crisi della «Primavera araba» per il rinnovamento delle istituzioni democratiche di vari Paesi dell'area (Egitto, Tunisia, Libia e Siria, ma anche l'area maghrebina). Nell'anno 2011 nella nota Risoluzione 17 marzo 2011 n. 1973 del Consiglio di Sicurezza si sono presentati due schieramenti di voto, il primo favorevole, con l'appoggio particolare di USA, Francia e Regno Unito costitutivi della maggioranza deliberante, l'altro costituito, di contro, dai quattro Paesi BRICS rappresentativi della minoranza astenutasi unitamente alla Repubblica federale tedesca. Quest'ultimo Gruppo si presenta come moderatore delle iniziative di sostegno all'intervento militare denominato di *no-flight zone*, condiviso per finalità e tempi limitati nell'uso della forza armata, ma respinto nelle sue "proiezioni" sul territorio delle città libiche contigue ad obiettivi militari. In tale contesto è da vedere con simpatia il ruolo di mediazione tra Paesi NATO e Paesi BRICS attualmente assunto da alcuni Paesi come la Repubblica di Turchia e la Repubblica italiana, fortemente insediate per ragioni storiche e geografiche nella comunità degli Stati del Mediterraneo. Tale ruolo di mediazione italo-turco è particolarmente evidente nella gestione dei c.d. aiuti umanitari assicurati da tali due Paesi dai confini marittimi e terrestri della *no-flight zone* (campi profughi italiani al confine con la Tunisia) nonché nella gestione dell'aeroporto internazionale di Tripoli per corridoi riservati a voli umanitari dalla Turchia.

Senza limitarsi a questi soli aspetti positivi, qualche motivo di preoccupazione critica potrà derivare dalla determinante volontà di rappresentare un'alternativa più che concreta all'assetto internazionale *post '89*, è innegabile che la coesistenza e la cooperazione tra «*Big five*» risente di non poche contraddizioni. Più di un Autore propende per una soluzione aggregativa fondata esclusivamente sull'aspetto "utilitaristico" del momento storico, basata essenzialmente sulla comunione di una serie di variabili prevalentemente economiche che determinano il vantaggio dell'aggregazione piuttosto che dell'isolazionismo di queste grandi Nazioni attualmente ancora non del tutto presenti nei grandi *Forum* della *governance* internazionale. A questa evidente convenienza economico-finanziaria si oppone l'altra faccia della medaglia, dai più riconosciuta nella radicale lontananza politica e sociale dei Paesi coinvolti nel Gruppo, senza peraltro dimenticare la presenza del quinto membro – il Sud Africa – attualmente ad un livello di sviluppo economico, ma anche politico, nettamente inferiore ai grandi Imperi economici del BRIC. Indubbiamente come rivelano tutti gli studi e le disattese previsioni sul decennio BRIC (anteriori all'entrata

del Sud Africa nel gruppo) – disattese in positivo, poiché la crescita di ciascun Paese è stata nettamente superiore a qualsiasi pronostico immaginato al suo esordio – a tale alleanza economica è corrisposto inevitabilmente un cambiamento di ruolo di questi Paesi in seno al FMI così come quello di altri Paesi G20 come la Corea, l'Indonesia, il Messico e la Turchia. Tuttavia i predetti Paesi non sembrano condividere ideologie, aspirazioni politiche: in una parola, la loro omogeneità politica è attualmente critica²¹. Vero è che le nuove frontiere della diplomazia internazionale così come i flussi di relazioni internazionali non avvengono più sotto il profilo dell'"egemonia" politico-militare, ma hanno assunto più di recente contorni che si definiscono intorno alle relazioni economico-finanziarie com'è naturale e consequenziale al grande fenomeno della globalizzazione mondiale.

8. Diritto dell'economia e dell'ambiente

A parte tale ruolo globale del Gruppo nei grandi temi della geopolitica delle relazioni internazionali attuali, la vera e propria ragione della sua nascita sta nelle aspettative di risposta ai grandi temi geo-economici assolutamente cruciali nell'area coperta dai Paesi indicati. È noto infatti come quest'ultimo nei grandi mutamenti della divisione internazionale del lavoro rispetto ai Paesi euro-occidentali, abbia assunto un doppio ruolo, in parte sostitutivo dei primi, nella filiera delle produzioni industriali di vecchio tipo (mineraria, siderurgica, petrolchimica), in parte collegata alle nuove tecnologie della società *post-industriale* della c.d. *new economy*, ovvero della società dell'informazione e delle comunicazioni rivolta a produrre servizi su beni immateriali (ad esempio la c.d. finanza internazionale di circolazione monetaria, borsistica, bancaria, ecc.). Tanto impone risposte adeguate in funzione della tutela dei beni comuni o *res communes omnium* nei vari ambienti terrestri, marittimi ed atmosferici costituenti il c.d. ecosistema, dove proprio l'economia BRICS mantiene un ruolo preponderante. A maggior ragione i regimi regolatori delle più svariate materie e sub-materie meritano un forte coinvolgimento di autorità pubbliche e di autonomie collettive-private in uno sforzo congiunto di armonizzazione, uniformazione e, se possibile, unificazione del diritto comune delle legislazioni nazionali coinvolte in un obiettivo di diritto comune. È proprio in tale logica evidente lo sforzo inteso a superare i conflitti

²¹ V. per tutti J. O'NEILL, *BRIC. I nuovi padroni dell'economia mondiale*, Milano, Hoepli, 2012; ID., *Building BRICS: from conceptual category to rising reality*, in J. KIRTON - M. LARIONOVA con Y. K. ALAGH (a cura di), *BRICS: The 2012 New Delhi Summit*, Londra, Newsdesk Publications, 2012, p. 24 ss.

tra modelli normativi diversi appartenenti alle due tradizioni *west-non west legal tradition* e soprattutto la ricerca delle basi storiche comuni su cui operare una sintesi di "principio".

Sulla base di tale breve premessa, qui solo sommariamente definita, si inserisce una serie di tematiche specifiche inerenti alle Dichiarazioni congiunte dei Paesi BRICS, relativa ad aspetti materiali di coordinamento ed armonizzazione delle legislazioni in materia di diritto dell'ambiente, diritto dell'economia, diritto del commercio e della finanza. In sostanza si tratta di analizzare i processi di convergenza dei fondamenti giuridici espressi dal BRICS. Certamente l'attenzione non si concentra nell'idea dei Governi sui soli temi citati, ma spazia in altri settori c.d. cruciali o rilevanti del sistema integrato degli Stati: dalla pace all'indipendenza, alla solidarietà, così come alla democrazia, alla cooperazione e soprattutto all'equità intesa come processo di uniformazione dell'influenza di ciascun Paese nella formazione delle politiche globali nei settori di interesse. Proprio in tema di equità ricompare l'ormai noto paradigma dell'*equal partnership* già, da tempo, individuato quale nuovo strumento di relazione tra Stati anche apparentemente distanti, ma effettivamente vincolati gli uni agli altri in una relazione di tipo cosmopolitico ove la sovranità interna di ciascuno Stato può o deve cedere spazio al coordinamento delle politiche degli altri Stati. Il concetto di *equal partnership* – inteso come convergenza di intenti ed obiettivi – si sovrappone in parte alla nozione giuridica di cosmopolitismo, portata a coincidere con l'intero genere umano o con l'umanità come insieme organizzato di tutti i popoli e come vera e propria *Family of Nations*, all'interno della quale agli Stati, come agli individui, sono consentite sfere di autodeterminazione normativa e di libera scelta che tengano però in considerazione le politiche in maniera trasversale ed universale per la salvaguardia degli interessi internazionali comuni. Da tanto si comprende come qualsivoglia evoluzione dell'ordinamento internazionale nei settori del diritto dell'ambiente, dell'energia e del diritto commerciale, finanziario-bancario trovi terreno fertile in Organizzazioni e Gruppi internazionali di Stati il cui intento si sviluppa proprio nell'alveo di una maggiore convergenza delle politiche settoriali citate così come in ciascun ambito del diritto.

Per quanto attiene al diritto internazionale dell'ambiente (*international environmental law*), alcuni Autori pongono l'attenzione sull'opportunità di costituire una vera e propria scienza del diritto dell'ambiente intesa come formazione di un vero e proprio "sistema" che tenga conto non solo delle norme attuali, ma anche delle fonti di questo stesso diritto rintracciabili in diversi ordinamenti statali e non statali a vari livelli normativi nazionali, regionali e internazionali. Le fonti del diritto dell'ambiente in Eu-

ropa sono effettivamente numerose e trovano radici sia nel diritto statale sia in quello regionale nonché nel diritto comunitario così come nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fino al diritto internazionale.

Per quanto concerne i Paesi BRICS, certamente non esiste ancora un livello regionale, difficilmente ottenibile non essendo presenti le caratteristiche proprie del regionalismo – omogeneità ed uniformità territoriale o regionale – e le Convenzioni continentali in materia sono ancora relegate a livelli normativi di efficacia diversa a seconda del continente considerato, così che la legislazione in materia ambientale in Cina ed India differisce clamorosamente rispetto a quella brasiliana o russa e certamente anche da quella africana. Esiste ancora in questo settore un c.d. grado di priorità delle politiche economiche a scapito di una rigorosa legislazione ambientale specialmente in quelle economie fino a pochi decenni fa strettamente legate a metodi produttivi non specializzati e fortemente inquinanti: si pensi ad esempio al sistema cinese, prevalentemente incentrato sul carbone, o a quello russo anch'esso, sostanzialmente, non attento alle immissioni industriali inquinanti. Si sono moltiplicate così le Convenzioni internazionali in tema ambientale e di sviluppo sostenibile a livello universale costituendo attualmente una delle tematiche di punta di tutti i *forum* internazionali (G8, G20, BRICS). Esse rispondono al principio comune di tradizione romanistica, recepito nel *civil law* come nel *common law*, in virtù del quale l'ambiente costituisce un insieme di risorse altrimenti definibile bene pubblico, aperto alla generale condivisione ed utilizzazione. Tanto rappresenta un evidente superamento della teoria sovranista classica dello «Stato ambientale» come unico titolare dei poteri di governo e di uso e sfruttamento dei beni collocati *intra* ed *extra-territorium*. Detto in altre parole, anche il contributo BRICS conduce dalla teoria delle *natural resources* a quella delle *public commodities and utilities* da fruire nell'ambito di c.d. «reti statali internazionalmente collegate». Conclusivamente la "dignità naturale" di ciascuno Stato gestore dell'ambiente BRICS, collegato ovviamente ai diritti fondamentali delle persone e degli individui nelle relazioni economico-sociali, risulta essere valore così essenziale da prescindere necessariamente dal grado di impegno finanziario o di investimento impegnabile da ciascuno di essi, ma comunque proporzionato e commisurato al grado della sua sostenibilità.

A titolo di parziale considerazione conclusiva è indubbio che l'armonizzazione delle politiche ambientali tra Paesi tanto distanti sembra in prima istanza ardua se non improbabile; resta il fatto che la flessibilità delle *soft Organisation* consente – attraverso il suo diritto di indirizzo programmatico – una visione d'insieme comune che rappresenta il presuppo-

sto sul quale concepire il "sistema" normativo del summenzionato diritto dell'ambiente. Esistono similarità procedurali alle quali poter appoggiare tale sistema tra Paesi BRICS come la gestione della vastità territoriale, l'ingente numero della popolazione stabilmente stanziata su tale territorio, e lo sforzo di tali Paesi verso un'economia competitiva e di rinnovata qualità tecnologico-scientifica. Nelle quattro Dichiarazioni congiunte dei Capi di Stato e di Governo BRICS una sempre maggiore attenzione è dedicata alla tematica ambientale. Vediamo in che termini tale attenzione ha subito maggiorazioni e specificazioni fino ad arrivare all'attuale formulazione presente nei documenti ovviamente qui di semplice rinvio²².

9. Diritto dell'energia

Il collaudato sistema internazionale BRICS di organizzazione delle interdipendenze statali si concretizza e declina in sempre maggiori e variegate forme di cooperazione e *partnership* tra Stati. Tali partenariati parziali o globali sono sempre più caratterizzati non solo dalle classiche questioni degli scambi economici, liberalizzazione dei flussi di persone, beni, servizi e capitali, ma piuttosto si interessano in vario modo ed in varia misura delle predette tematiche economico-ambientali. Tanto emerge in maniera più che evidente da tutta una serie di documenti di varia natura riconducibili per lo più alle Dichiarazioni finali del c.d. «*soft law BRICS*», che nell'ultimo quinquennio, ma non solo, hanno in qualche modo tracciato le linee di intervento della politica estera dei vari sistemi regionali e *sub-regionali* continentali in tema di economia, cooperazione, e più in generale nel settore del diritto dell'economia e della finanza-energetica (c.d. «*energy law*»). A tali argomentazioni sostanzialmente legate alla struttura classica dei rapporti tra Stati si somma un segmento anch'esso non nuovo in quanto tale, ma considerato nella sua accezione trasversale alle tematiche sopracitate e vagliato secondo parametri del tutto nuovi in stretto rapporto con quella che alcuni già dichiarano essere l'era *post-globalizzata*. Si tratta per l'appunto della nota questione energetica internazionale, laddove le fonti energetiche ed i relativi prodotti divengano puramente e semplicemente delle *public commodities-utilities* nel senso peculiare e proprio della tradizione romanistica, che ruota intorno al concetto della «*utilitas*» derivante dall'uso dei beni pubblici. Questione di ampio e complesso ragionamento, comprensiva di settori disparati dell'economia, della

²² V. i testi integrali delle dichiarazioni BRICS all'indirizzo telematico del gruppo di ricerca BRICS dell'Università di Toronto (*Brics information centre*) <http://www.brics.utoronto.ca/>.

politica e in particolar modo – ed è questo il nodo delle presenti osservazioni – delle relazioni interne-esterne degli Stati BRICS.

Nella prospettiva attuale di congiunzione tra Stati il settore energetico ha assunto una dimensione diversa rispetto al passato, seguendo un percorso parallelo rispetto a quello già illustrato proprio del diritto dell'ambiente (c.d. «*environmental-energy-law*»). La sostenibilità della produzione industriale passa attraverso la capacità di ciascun Paese di attendere le necessità energetiche che il suo impatto produttivo interno richiede, senza trascurare di contro la possibilità di influire sulle decisioni e le strategie di produzione degli altri Paesi attraverso il dominio o il monopolio delle risorse energetiche o quantomeno su una cospicua parte di esse. Tanto vale a titolo di esempio per la Repubblica federativa russa, capace di influenzare ed influire sulle politiche energetiche europee, ma lo stesso è valso in passato per tutta la zona Mediorientale in grado, in più occasioni, di paralizzare l'avanzata capitalistica con le conseguenze che ciascuno ricorda (crisi petrolifere del 1971 e 1973), ed ora del Nord e Sud Pacifico (c.d. North-South Asia-Pacific Stream). Di fatto lo stesso attuale sistema di *governance* globale appartiene in grande misura alle crisi energetiche dei primi anni Settanta, le quali diedero il via ad una novellata ed inedita condotta di convergenza internazionale su temi di economia e finanza, a partire ovviamente dal presupposto "regime energetico internazionale". Il sistema G8 che ne è seguito o conseguito per taluni sembra essere pronto a lasciare il campo a nuove forme di governo mondiale poggianti per lo più sui nuovi giganti dell'economia mondiale, tutti o quasi caratterizzati da sostanziali risorse, siano esse umane, territoriali, energetiche od economiche. Senza rischio di retorica sia consentito dire che il nuovo secolo ha comportato un nuovo modo di fare economia, un nuovo modo di fare ambiente, un nuovo modo di pensare all'energia.

Anche nel settore dell'*energy law* assistiamo a quella che può ben definirsi una grande trasformazione che rappresenta il preludio e l'anticipazione di nuove linee guida del futuro ordine mondiale. Paradossalmente, la matrice della crisi economica globale del 2008-2009 non è stata la "crisi del credito", ovverossia l'indisponibilità dei prestiti bancari su cui poggia gran parte del sistema capitalistico occidentale, bensì la forte preoccupazione dei Paesi in via di sviluppo dell'aumento dei costi dell'energia. Se il prezzo del petrolio si fosse stabilizzato e fosse nuovamente sceso a livelli c.d. accettabili la "crisi globale" sarebbe stata limitata al solo Occidente. Nondimeno una delle caratteristiche di forza dei c.d. «mercati in crescita»²³ è rappresentata dalle vaste proporzioni della popolazione attiva capa-

²³ Secondo le stime registrate nel 2011, e data l'impressionante crescita del Pil aggregato

ce di rappresentare una forte spinta alla produttività ed un altrettanto valido impulso verso l'apertura di nuovi mercati interni di necessario approvvigionamento energetico per l'uso aziendale-familiare. Tuttavia la sovrappopolazione di queste zone continentali può determinare conflitti o controversie conseguenti a crisi o a vere e proprie catastrofi energetiche, con conseguenze di natura transfrontaliera interne o esterne all'area BRICS (nell'ultimo ventennio da Chernobyl a Fukushima). È evidente che proprio la competenza regional-territoriale del BRICS è suscettibile di conferire al Gruppo una capacità di intervento immediato preventivo o simultaneo rispetto ad eventuali eventi catastrofici e quindi suscettibile di prevenire, ridimensionare o risolvere contenziosi equiparabili a quelli del caso Chernobyl o Fukushima del 2012. In modo estremamente sintetico, detto in altri termini, il diritto della responsabilità civile per danni nucleari è divenuto esemplare per lo sviluppo di un settore satellite proprio della sicurezza energetica e dei connessi regimi di *emergency law* e più ampiamente di diritto c.d. «Katastrophenrecht»²⁴.

Conclusivamente, a titolo meramente sommario, la politica energetica del BRICS si rivolge verso quella tendenza sempre più attuale di concepire l'energia e la sicurezza energetica in una prospettiva di valorizzazione delle risorse energetiche, in contrasto con l'esperienza precedente di concezione prettamente privatistica del settore. Sorvolando sulle motivazioni più o meno concrete di tale cambiamento di tendenza, ci si deve comunque confrontare con l'evidenza che i modelli classici di Organizzazione internazionale da soli sembrano essere insufficienti per una risoluzione, se non definitiva, almeno stabile del problema energetico mondiale. In tal senso l'azione collettiva di Gruppi di Stati come il BRICS, ma non solo, rappresenta appunto, soprattutto per la "fluidità" degli obiettivi prefissati e gli strumenti politico-normativi disponibili, quell'alternativa al modello

dei Paesi BRIC e di quattro Paesi dell'N-11 (Indonesia, Corea del Sud, Messico e Turchia), gli studiosi del settore hanno sostituito la definizione di «mercati emergenti» con quella più calzante di «mercati in crescita» confermando così terminologicamente l'avvenuta affermazione di questi Paesi sullo scenario internazionale commerciale, finanziario, nonché politico economico. Cfr. in tal senso J. O'NEILL, *BRIC. I nuovi padroni dell'economia mondiale*, cit. *supra*, nota 21, p. 6 ss.

²⁴ V. Dichiarazione comune dei *Leader* di Governo del primo *Summit* BRICS. Citazione testuale: «Invitiamo a rafforzare il coordinamento e la cooperazione fra gli Stati nel settore energetico, inclusi gli Stati produttori di energia e di transito, per ridurre l'incertezza ed assicurare la stabilità e la sostenibilità. Sosteniamo la diversificazione delle fonti e della fornitura di energia, inclusi l'energia rinnovabile, la sicurezza delle vie di transito dell'energia e la creazione di nuovi investimenti ed infrastrutture energetiche. Appoggiamo la cooperazione internazionale nel settore dell'efficienza energetica. Siamo pronti per un dialogo costruttivo su come affrontare il cambiamento climatico basato sul principio di responsabilità comune ma differenziata, dato il bisogno di mettere insieme le misure per proteggere il clima con iniziative per adempiere i nostri doveri di sviluppo socio-economico».

classico rappresentando con maggiore efficacia e sensibilità il principio dello sviluppo sostenibile nelle diverse prospettive di incidenza, del quale i problemi ambientali ed energetici si pongono quale nucleo fondante. Il Gruppo BRICS sembra essersi fatto portavoce di questa tendenza già a partire dalla prima Dichiarazione comune del 2009, in cui assume quale principio regolatore della politica energetica l'interdipendenza degli Stati (par. 8-9 della Dichiarazione di Ekaterinburg, 16 giugno 2009), in particolare evidenziando il necessario coordinamento e la cooperazione tra Stati sia che essi siano produttori di energia sia che siano transito della stessa al fine di assicurare la stabilità e la sostenibilità dell'approvvigionamento in un contesto di diversificazione delle fonti energetiche. Nondimeno la questione energetica è di stringente congiunzione con quella ambientale date le notevoli problematiche spesso legate alle forti immissioni industriali di CO₂ prodotte dal sistema industriale di alcuni di questi Paesi. Le risposte più significative a tali argomentazioni si incontrano nelle Dichiarazioni successive BRICS, in particolare vi si ribadisce il necessario collegamento fra protezione ambientale ed energia (par. 19 della Dichiarazione di Brasilia, 15 aprile 2010). Ovvero nell'affermazione dello sviluppo dell'energia nucleare condizionato «alla stretta osservanza delle norme di sicurezza e dei requisiti concernenti la progettazione, la costruzione e la gestione delle centrali nucleari» (par. 19 della Dichiarazione di Sanya, 14-15 aprile 2011). Infine, durante l'ultimo incontro di New Delhi il Gruppo ha menzionato ben diciassette volte il problema energetico, declinandolo secondo varie formule e facendo specifico riferimento allo sforzo per l'incremento e l'implemento delle tecnologie più avanzate al fine di rendere possibile l'utilizzo di energie c.d. «pulite» a basso impatto ambientale (par. 38-40, 43, 45 della Dichiarazione di New Delhi, 29 marzo 2012). Va da sé che si tratta di norme di indirizzo programmatico e che si riafferma l'utilizzo degli idrocarburi fossili quale fonte energetica primaria dei Paesi BRICS. Certamente è ancora prematuro individuare una fase attuativa che possa rendere possibile un raffronto con altre realtà di raggruppamenti internazionali di Stati consolidati dalla pluriennale prassi nel settore, tuttavia va segnalato che alcuni elementi ed esigenze comuni agli Stati BRICS in campo energetico favoriscono talune scelte geo-politiche strategiche capaci di dare pertinenza e solidità di intenti ai Paesi aderenti al Gruppo, come espressione di un regime internazionale energetico in *statu nascendi*, in parte diritto di Gruppo e, in altra, ancor più rilevante come vero e proprio diritto internazionale dei Gruppi o intergruppo. È certo prematura la definizione di un vero e proprio regime definibile solo nei suoi lineamenti e nei suoi contorni, tuttora di natura prevalentemente collegata alle decisioni

finali dei *Summit* BRICS a livello di Capi di Stato e di Governo e di Ministri, ma comunque indicativo di una profonda condivisione non limitata ai soli obiettivi generali, ma estesa a procedure e strumenti di azione (c.d. «*action plan*»).

10. Cenni di diritto commerciale-finanziario BRICS

È altrettanto imprudente immaginare, allo stato attuale, l'avvenuta formazione di un sistema produttivo BRICS di natura commerciale-finanziaria e ancor più coglierne eventuali collegamenti con la *lex mercatoria* sia attuale che storica, data la sua appartenenza ad un sistema multi-legislativo misto di *civil law-common law*²⁵. Di fatto il BRICS dà origine a flussi commerciali transnazionali consistenti, e le stime – nonché le proiezioni sul prossimo futuro – raddoppiano se non triplicano l'effetto che tali flussi rappresenteranno nell'economia globale. La sempre più crescente importanza dei Paesi BRICS è, e sempre più sarà, un fattore geo-politico imprescindibile nella valutazione dei flussi commerciali e di tutto ciò che ad essi fa riferimento. Uno dei primi effetti della cooperazione tra i "giganti della nuova economia" è consistito in uno sforzo congiunto volto a facilitare i rapporti commerciali tra Paesi membri migliorando gli strumenti giuridici di cooperazione economica. Accanto alle classiche convenzioni internazionali in tema di commercio internazionale (New York, 1958; Vienna, 1980), si prospetta una fase di armonizzazione della *lex mercatoria*. Ciò favorirà l'introduzione o meglio il perfezionamento di meccanismi di cooperazione bi e multi-laterali attinenti all'area del diritto internazionale privato e processuale: cooperazione nell'attività giudiziaria, armonizzazione della normativa relativa ai rapporti transnazionali, riconoscimento ed esecuzione delle sentenze, ecc. Detto in altri termini, l'obiettivo presupposto per un corretto funzionamento dei flussi commerciali delle economie emergenti deve necessariamente svolgersi all'interno della promozione di valori giuridici comuni, iniziativa questa, di non immediata e facile soluzione data l'inevitabile disparità di visuale giuridica manifesta nei diversi ordinamenti correlati ai rispettivi territori di applicabilità normativa.

Se si tiene conto del mutamento del modello economico mondiale contemporaneo, si distingue come esso, al contrario del precedente modello c.d. «stellare» o monocentrico, sia ora caratterizzato da una struttura po-

²⁵ Sull'armonizzazione del diritto commerciale internazionale, nei suoi vari aspetti contrattuali, societari e di tutela degli investimenti v. E. SEKINE, *The Impact of the Third BRICS Summit*, in *Nomura Journal of Capital Markets*, volume 3, n. 1, 2011.

licentrica o reticolare. In questo nuovo sistema anche i nuclei periferici sono strettamente connessi e correlati tra loro nonché con i poli economici predominanti, andando a formare una struttura capillarizzata ed intensamente combinata. Da un punto di vista strettamente giuridico ciò equivale alla ricerca di una serie di soluzioni che tengano in debita considerazione che le attività economiche siano meglio regolate da sistemi normativi vicini alla realtà degli operatori. Ciò palesa la conseguente necessità di mettere a punto sistemi di normazione il più possibile rispondenti alle cambiate condizioni del quadro economico mondiale secondo modelli il più possibile omogenei alle aree considerate. Da questo presupposto nasce il parallelo con la tradizione romanistica e continental-romanistica come tradizione giuridica comune almeno a quattro dei cinque Paesi BRICS, a questa più strettamente legati che non al *common law*, data la profonda influenza del diritto romano non solo nell'area euro-continentale, ma anche asiatica e sud-americana. I principi della tradizione romanistica sono infatti fondati su modelli di uomo e di società molto più rispondenti a quelli correlati di molte realtà non appartenenti alla *no western legal tradition*. Ne deriva in conclusione che la tradizione romanistica quella che i romanisti chiamano di «*civil law*» è una miniera di principi, regole e soluzioni utilizzabili nei contesti commerciali più evoluti, anche nella prospettiva di un'integrazione ed un perfezionamento di sistemi di *common law*. Tornando a parlare più specificatamente di BRICS, non sembra inappropriato affermare che la valorizzazione della tradizione giuridica continentale potrebbe certamente corrispondere ad una cornice o ad un ambiente giuridico comune per gli operatori economici BRICS entro il quale poter utilizzare al meglio le specificità dei loro diritti nazionali²⁶. Una base per una *lex mercatoria* in cui le parti possano dialogare più direttamente, senza la mediazione di presidi culturali da esse avulsi.

Massimo Panebianco e Anna Lisa Verdecchia*****

²⁶ Vedi le decisive considerazioni di S. SCHIPANI, *Ius romanum commune ed eguaglianza tra i popoli nelle prospettive del BRICS*, testo integrale della relazione svolta al Seminario scientifico organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dall'Istituto di ricerche giuridiche comparative dell'Università di ricerca scientifica «Scuola Superiore di Economia», sede di San Pietroburgo, in collaborazione con l'Unità di Ricerca «Giorgio La Pira» del CNR - Università di Roma «La Sapienza» e con il Gruppo de Trabajo de Jurisprudencia del CEISAL - Consejo Europeo de Investigaciones Sociales de América Latina, nei giorni 8-9 settembre 2011, a San Pietroburgo, su «Aspetti giuridici del BRICS»; Санкт-Петербург, San Pietroburgo, 2011.

** Ordinario di Diritto Internazionale Pubblico / Università degli Studi di Salerno

*** Professore a contratto in Dottrina dello Stato e Giustizia Costituzionale / Università degli Studi di Salerno

SINTESI

Le correnti della c.d. mondializzazione hanno portato gli Stati ad operare fianco a fianco all'interno delle Organizzazioni internazionali ed attualmente in seno alla c.d. Comunità internazionale globalizzata. È, su tale sfondo, che si inserisce la diffusione di Gruppi internazionali di Stati non istituzionalizzati, ma influenzati e somiglianti alle Organizzazioni internazionali sia universali che regionali. Nell'attuale momento di ricomposizione dell'ordine giuridico internazionale, è divenuto utile lo studio di confronto fra i principi regolatori di distinti Gruppi regionali ed interregionali di Stati fra cui, ultimo in ordine di tempo, proprio il c.d. Gruppo BRICS, considerato, beninteso, alla luce di una tradizione molto più antica e risalente nel tempo rispetto alle sue proiezioni attuali. In questo senso l'ampia bibliografia politico-economica rapidamente affermata sugli sviluppi istantanei di tale "Gruppo", ne ha evidenziato l'importanza significativa sotto lo specifico profilo giuridico-internazionale, dato il loro contributo determinante alla ricostruzione dei predetti *common legal principles*, non diversamente da quanto accade nello spazio giuridico di un'Unione organizzata come quella europea, dove tali principi generali si identificano con le tradizioni costituzionali comuni. Sembra pertanto inevitabile non prescindere da tali fenomeni aggregativi affermando che la valorizzazione della tradizione giuridica continentale potrebbe certamente corrispondere ad una cornice o ad un ambiente giuridico comune per gli operatori economici BRICS entro il quale poter utilizzare al meglio le specificità dei loro diritti nazionali.

ABSTRACT

Globalization has led States to operate side by side within the international Organizations and currently within the so called globalized international Community. It's on this background that we assist to the progress of non-institutionalized international Groups, that don't overlap classic international Organizations but from which are deeply influenced in both universal and regional contexts. Therefore in the current redefinition of the international legal order, it has become useful comparing the regulative principles of distinct inter-regional Groups of States including, the last come in order of time, the so called BRICS international Group, seen in the light of a much older legal tradition of common legal principles dating back in time. In the large political and economic bibliography quickly produced over the rapid developments of this "Group", some studies have achieved significant importance under the specific legal profile of international law, especially for their major contribution to the reconstruction of the aforementioned common legal principles, alike what has happened and is happening in the area of the European Union, where these general principles are identified with the common constitutional traditions. Therefore it seems inevitable not to disregard these aggregation phenomena by highlighting that the enhancement of the continental legal tradition could certainly correspond to a frame or a common legal environment useful for BRICS' economic operators within which make the best use of their specific and peculiar national legal principles.

CARTELLI D'IMPRESA E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA: RIFORMARE IL SISTEMA IN SENSO ACCUSATORIO?

Sommario: **I.** *La problematica dal punto di vista del giusto processo e dell'imparzialità* - **II.** *La procedura* - **III.** *Le principali critiche al sistema attuale* - **IV.** *Un diritto penale?* - **V.** *Compatibilità del sistema con la CEDU* - **VI.** *L'adesione dell'UE alla CEDU* - **VII.** *Le sanzioni* - **VIII.** *Gli stessi funzionari che redigono la Comunicazione degli Addebiti predispongono anche la bozza della decisione finale, e il ruolo del Consigliere Auditore* - **IX.** *La revisione giurisdizionale* - **X.** *Può il sistema dirsi equo ed imparziale?* - **XI.** *Il problema visto dall'ottica dell'efficienza* - **XII.** *Lunghezza dei procedimenti* - **XIII.** *Vizio di parzialità nel processo decisionale* - **XIV.** *Sanzioni, programma di clemenza e transazioni* - **XV.** *La revisione giurisdizionale e l'efficienza.*

I. La problematica dal punto di vista del giusto processo e dell'imparzialità

Sull'eventualità di una riforma del procedimento in materia *antitrust* della Commissione europea (di seguito: la Commissione) verso un modello di tipo accusatorio è stato scritto molto. Gli argomenti a favore di un cambiamento di tale portata, però, vertono sempre intorno al discorso equità e imparzialità; una riforma, infatti, si sarebbe resa necessaria, a detta di chi ne sosteneva e ne sostiene ancora l'utilità, in nome del principio del giusto processo, del rispetto dei diritti di difesa e anche dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Con questo contributo, si vuole dimostrare che una separazione tra la funzione accusatoria e quella istruttoria¹, che

¹ Nei procedimenti *antitrust* la Commissione agisce sotto la duplice funzione investigativa e decisoria. Infatti, dopo aver indagato, adotta la decisione e irroga la sanzione. Sul punto, cfr. F. CAPELLI, *Osservazioni sulla proposta tedesca di istituire un organo autonomo competente in materia di concorrenza all'interno della Comunità Europea*, in questa *Rivista*, 1996, p. 213. Cfr. anche ID., *Controllo dei prezzi e normativa comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1981.

sono al momento entrambe detenute dalla Commissione, può rendere l'applicazione del diritto della concorrenza, per lo meno nei casi aventi a oggetto cartelli d'impresa, tanto più equa ed imparziale, quanto più efficiente. Nella letteratura², infatti, la tendenza è stata sempre quella di descrivere giusto processo ed efficienza come due obiettivi contrapposti e inconciliabili: ossia, il sistema più giusto deve essere necessariamente quello meno efficiente e viceversa. Per cercare di capire se un'eventuale separazione delle funzioni possa effettivamente garantire maggiormente il principio del giusto processo e rendere allo stesso tempo il sistema più efficiente, con un'applicazione dell'art. 101 TFUE in cui i benefici siano maggiori dei costi, l'analisi inizierà prendendo in considerazione l'ipotetica riforma dal punto di vista del giusto processo, dell'equità e dell'imparzialità. Su codesto aspetto, alcuni studiosi³ sostengono la tesi secondo la quale la procedura della Commissione avrebbe urgente bisogno di essere riformata, in quanto in essa, come è stato detto sopra, si concentrano la funzione accusatoria, quella istruttoria e quella più propria di una giuria. Il che porrebbe non pochi problemi di compatibilità dell'attuale sistema con i diritti fondamentali e con l'eventuale adesione dell'Unione alla CEDU. L'attuale Commissario per la Concorrenza Almunia⁴ ha però sostenuto che il sistema, così com'è attualmente, rispetta a pieno i requisiti indicati dalla CEDU; il giudice Wahl⁵ ha invece ribadito come il dibattito sull'applicazione del diritto *antitrust* debba al momento concentrarsi proprio sulla pluralità di funzioni che esercita la Commissione.

II. La procedura

Come stabilito dal Regolamento (Ce) n. 1/2003, la procedura della Commissione inizia con la c.d. Comunicazione degli Addebiti, che contiene tutti gli elementi di fatto e di diritto che contestano la presunta intesa restrittiva della concorrenza. Il problema principale, che già si manifesta a questo stadio della procedura, è che la Comunicazione stessa è redatta dai

² Cfr. I. FORRESTER, *Due Process in EC Competition Cases: a Distinguished Institution with Flawed Procedures*, in *EL Rev.*, 2009, 34(6), p. 817.

³ *Ibid.*

⁴ Cfr. il discorso di J. ALMUNIA, *Due Process and Competition Enforcement*, disponibile su <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/449&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>. Cfr. anche il discorso di ALMUNIA, *Fair process in EU Competition Enforcement* disponibile su <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/396&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

⁵ Cfr. il discorso di WAHL dell'8 ottobre 2010, *Antitrust Enforcement debate should focus on the European Commission's dual powers*, disponibile su <http://www.mlex.com/EU/content.aspx?ID=116110>.

funzionari della Direzione Generale della Concorrenza; è poi esaminata dal servizio giuridico, da un economista, dal Direttore e dal Direttore Generale nonché dal Gabinetto del Commissario per la Concorrenza. Solo in questa fase del procedimento, le imprese che sono destinatarie della Comunicazione possono presentare osservazioni scritte ed esercitare il loro diritto a essere sentite in udienza orale⁶. Solitamente, i funzionari che hanno redatto la Comunicazione prendono parte all'udienza orale insieme agli altri funzionari che sono stati coinvolti⁷. Svoltasi l'udienza, gli stessi funzionari che hanno redatto la Comunicazione, scrivono la decisione⁸. A questo stadio del procedimento, per lo meno per quanto riguarda i casi che hanno per oggetto cartelli d'impresa, normalmente non vi è alcun tipo di *peer review*. La decisione è poi commentata dal Comitato Consultivo, al cui interno siedono i rappresentanti delle autorità nazionali per la concorrenza. Solo alla fine la decisione è presentata dal Commissario per la Concorrenza agli altri Commissari. Di fatto, perlomeno formalmente, la decisione finale è presa dai Commissari, in maniera collegiale.

La Camera Internazionale del Commercio (di seguito: ICC)⁹ ha dichiarato che il rispetto del principio del giusto processo è fondamentale sia quando la Commissione applica il diritto *antitrust*, sia quando il Tribunale esamina i casi. Il documento dell'ICC suggerisce poi che il codice di buone pratiche adottato dalla Commissione, nello svolgimento dell'attuale procedura, non è per nulla sufficiente e che pertanto emerge con maggiore evidenza il bisogno di una riforma strutturale e radicale, perché giusto processo e diritti di difesa si possano ritenere pienamente rispettati.

III. Le principali critiche al sistema attuale

Le principali critiche¹⁰, a supporto delle argomentazioni che denunciano un vuoto di equità e di imparzialità nei procedimenti aventi ad oggetto cartelli d'impresa, si basano sulle seguenti considerazioni: la presunta na-

⁶ L'udienza permette ai destinatari della Comunicazione degli Addebiti di apportare argomenti di difesa non soltanto vertenti sulla procedura, ma anche sul diritto sostanziale, anche se il *report* finale del Consigliere Auditore verte solo sulla procedura.

⁷ Cfr. J. TEMPLE LANG, *Three possibilities for reform of the procedure of the European Commission in Competition cases under Regulation 1/2003*, in C. BAUDENBACHER (ed.), *Current developments in European and International Competition Law, 17th St. Gallen International Competition Law Forum ICF 2010*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2011, vol. 12, p. 219.

⁸ *Ibid.*

⁹ Cfr. ICC, *Due Process in EU Antitrust Proceedings*, 8 marzo 2010, reperibile sul sito internet <http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/competition/Statements/ICC%20EU%20Due%20process%20paper%2008%2003%2010%20FINAL.pdf>.

¹⁰ Cfr. *supra*, nota 2.

tura penale del diritto della concorrenza; il fatto che le sanzioni pecuniarie sono, apparentemente, sempre più elevate; il fatto che gli stessi funzionari che indagano sono quelli che dovranno redigere la bozza della decisione finale, anche se quest'ultima è comunque formalmente adottata dai ventisette Commissari; il presunto ruolo marginale ricoperto dal Consigliere Auditore; il rischio che venga effettivamente meno l'imparzialità durante il processo decisionale; lo scopo e l'intensità della revisione giurisdizionale da parte del Tribunale. Per questi motivi, appare necessario approfondire ognuno di questi argomenti al fine di capire se le procedure della Commissione possano essere considerate compatibili con il diritto ad un equo processo sancito dall'art. 6 della CEDU¹¹ e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Inoltre è, altresì, importante capire che cosa significhi esattamente «accusa penale»: se la procedura così com'è al momento, garantisca effettivamente una «equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole» e se la Commissione possa essere considerata un «tribunale indipendente ed imparziale».

IV. Un diritto penale?

Nel caso *Adolf c. Austria*¹², la Corte EDU ha stabilito che l'espressione «accusa penale» gode di un significato autonomo, indipendentemente dalle classificazioni degli ordinamenti giuridici dei singoli Stati. Il termine «accusa» ha, infatti, un significato particolare all'interno dell'ordinamento CEDU. Può essere definita come «la notificazione ufficiale di un'accusa di aver commesso un reato penale, data a un individuo, da parte dell'autorità competente»¹³.

Inoltre, per l'applicabilità degli aspetti penali dell'art. 6 CEDU, si fa riferimento ai criteri evidenziati nella sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi*:¹⁴ 1. la classificazione nazionale; 2. la natura del reato; 3. la severità della pena potenziale in cui la persona rischia di incorrere. Quello che appare chiaro dall'interpretazione della giurisprudenza è che il primo criterio ha

¹¹ L'art. 6 CEDU recita: «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente ed imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile e penale formulata nei suoi confronti (...)».

¹² Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 26 marzo 1982, ricorso n. 8269/78, *Adolf c. Austria*, par. 30.

¹³ Cfr., *inter alia*, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 27 febbraio 1980, ricorso n. 6903/75, *Deweert c. Belgio*, par. 42.

¹⁴ Cfr. sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'8 giugno 1976, ricorsi n. 5100/71; n. 5101/71; n. 5102/71; n. 5354/72; n. 5370/72, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, par. 82-83.

un peso piuttosto relativo. La classificazione data dall'ordinamento giuridico nazionale non sarà mai decisiva. Per quanto riguarda il secondo criterio, invece, bisognerà verificare se la norma abbia uno scopo punitivo o deterrente¹⁵. Il terzo criterio è determinato con riferimento alla pena massima potenziale stabilita dalla norma rilevante.¹⁶ Perché l'art. 6 CEDU sia applicabile sarà pertanto sufficiente che l'illecito in questione possa essere considerato reato penale dal punto di vista della CEDU stessa o che l'illecito in questione abbia reso la persona passibile di una sanzione che, a causa della propria natura e del grado di severità, appartenga in generale alla sfera del diritto penale¹⁷. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹⁸ mostra che l'art. 6 CEDU è applicabile, per quanto riguarda la parte penale, anche al diritto della concorrenza.

Si può concordare con *Wils*¹⁹ sul fatto che l'art. 23, comma quinto²⁰, del Regolamento (Ce) n. 1/2003 risponde già alla domanda se le sanzioni *antitrust* siano di natura penale secondo il diritto europeo; anche la giurisprudenza di Strasburgo più recente²¹ ha ribadito ciò che può essere considerato penale secondo il significato della CEDU. I fattori che devono essere presi in considerazione sono i criteri della sentenza *Engel*: i procedimenti *antitrust* devono considerarsi di natura penale secondo il significato autonomo della CEDU. E questa è una conclusione cui sono arrivate anche le Corti Ue²².

¹⁵ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 febbraio 1984, ricorso n. 8544/79, *Ozturk c. Germania*, par. 53.

¹⁶ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 27 agosto 1991, ricorso n. 13057/87, *Demicoli c. Malta*, par. 55.

¹⁷ Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Ozturk c. Germania*, loc. cit., par. 54 e del 25 agosto 1987, ricorso n. 9912/82, *Lutz c. Germania*, par. 55.

¹⁸ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 27 febbraio 1992, ricorso n. 11598/85, *Société Stenuit c. Francia*.

¹⁹ W. WILS, *The increased level of EU Antitrust fines, judicial review, and the European Convention of Human Rights*, in *World Competition*, 2010, vol. 33, p. 5 ss.

²⁰ L'art. 23, comma quinto, stabilisce che le sanzioni in materia *antitrust* «non saranno di natura penale».

²¹ Cfr. sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 novembre 2006, ricorso n. 73053/01, *Jussila c. Finlandia*, par. 30, 31.

²² Sentenze del Tribunale di primo grado del 24 ottobre 1991 in causa n. T-1/89, *Rhône-Poulenc SA c. Commissione*, in *Raccolta*, 1991, II, p. 867; del 17 dicembre 1991 in causa n. T-4/89, *BASF AG c. Commissione*, in *Raccolta*, 1991, II, p. 1523; del 17 dicembre 1991 in causa n. T-6/89, *Enichem Anic SpA c. Commissione*, in *Raccolta*, 1991, II, p. 1623; del 10 marzo 1992 in causa n. T-15/89, *Chemie Linz AG c. Commissione*, in *Raccolta*, 1992, II, p. 1275; cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale *Vesterdorf* nelle cause appena citate, in *Raccolta*, 1991, II, p. 869 ss. Cfr. anche la sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1998 in causa n. C-185/95 P, *Baustahlgewebe c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 8417 ss. e le conclusioni dell'Avvocato Generale *Léger*, *ivi*, p. 8422 ss., punto 31.

V. Compatibilità del sistema con la CEDU

La Corte EDU ha confermato che vi è una differenza notevole tra la nozione di diritto penale c.d. *hard-core*, ossia il diritto penale in senso stretto, e la nozione di diritto penale secondo l'autonomo significato dato-gli dalla stessa Corte. Tutte le violazioni che si riferiscono al diritto della concorrenza sono pertanto da considerarsi, secondo la Corte stessa, al di fuori della prima categoria. Per questo motivo l'art. 6 CEDU andrebbe applicato con una maggiore elasticità e in maniera molto più flessibile. Tuttavia, una delle problematiche resta la compatibilità con l'art. 6 CEDU e con la Carta dei diritti fondamentali, delle sanzioni penali irrogate dalla Commissione alle imprese che violano l'art. 101 TFUE. *Wils*²³, a ragione, fa presente che, anche se la Commissione di certo non può essere considerata come un «tribunale indipendente e imparziale», ciò non significa poi che l'intero sistema sia incompatibile con i requisiti CEDU.

Infatti, per ragioni di efficienza, si può tollerare che la sanzione sia imposta da un organo amministrativo²⁴ se, e solo se, vi sia la possibilità di impugnare la decisione davanti ad un giudice che abbia piena giurisdizione e che offra piene garanzie. Tuttavia, si può sostenere che vi siano, al riguardo, buone argomentazioni a favore della tesi secondo cui un modello accusatorio garantisca maggiore efficienza rispetto ad un modello amministrativo.

VI. L'adesione dell'UE alla CEDU

Un ulteriore e importante motivo è rappresentato dall'eventualità che l'Unione europea aderisca alla CEDU²⁵. Come rileva *Wils*²⁶, la ragione principale per cui sarà conveniente per l'UE aderire alla CEDU, riguarda il fatto che sarà possibile portare la Commissione europea o le Corti dell'Unione davanti alla Corte EDU ogniqualvolta si possa lamentare una

²³ W. WILS, *The Combination of the investigative and prosecutorial function and adjudicative function in EC Antitrust Enforcement: a legal and economic analysis*, in *World Competition*, 2004, vol. 27, fasc. 2, p. 201 ss.

²⁴ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 giugno 1981, ricorso n. 6878/75; n. 7238/75, *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, par. 51; sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 febbraio 1983, ricorso n. 7290/75; n. 7496/76, *Albert Le Compte c. Belgio*, par. 29; Cfr. anche sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 maggio 2003, ricorso n. 34619/97, *Janosevic c. Svezia*, par. 81.

²⁵ Art. 6 TFUE.

²⁶ Cfr. W. WILS, *EU Antitrust Enforcement power and procedural rights and guarantees: the interplay between EU law, National law, the Charter of the fundamental rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, in *Concurrences*, 2011, fasc. 2, p. 41.

lesione di un diritto fondamentale, così come protetto dalla Convenzione, da parte della Commissione stessa o da parte delle Corti quando svolgono la revisione giurisdizionale sulle decisioni della Commissione. Per completezza e precisione va detto che, in realtà, è già possibile porre in essere un'azione di questo tipo. Per fare ciò, però, occorrerebbe, al momento, coinvolgere tutti i ventisette Stati Membri collettivamente. Un *iter* molto più lungo e complesso.

In realtà, non è per nulla scontato che la Corte di Strasburgo si esprima in favore di una separazione delle funzioni. È, infatti, la stessa Corte EDU ad aver creato il principio di protezione equivalente. In aggiunta, va detto che il sistema europeo sembra essere compatibile, nella sua interezza, con i requisiti stabiliti dalla giurisprudenza CEDU e che l'attuale sistema di esecuzione sembra andare addirittura oltre²⁷ nel tutelare i diritti fondamentali, in quanto, oltre ad essere prevista la possibilità di richiedere un'udienza orale davanti al Consigliere Auditore, prevede altresì un codice di buone pratiche. Inoltre, com'è già stato rilevato più volte, il sistema è dotato di un complesso e raffinato meccanismo di pesi e di contrappesi.

Si ritiene, tuttavia, che né il ruolo svolto dal Consigliere Auditore, né il sistema di pesi e contrappesi siano sufficienti per considerare il principio del giusto processo rispettato.

VII. Le sanzioni

La seconda critica all'attuale sistema di applicazione del diritto della concorrenza²⁸ riguarda il fatto che le sanzioni irrogate dalla Commissione sono sempre più elevate; specialmente in casi che hanno ad oggetto cartelli d'impresa. In un caso recente²⁹ ad esempio, le parti hanno lamentato una lesione del diritto ad essere giudicati da parte di un tribunale indipendente ed imparziale, proprio perché la sanzione è stata irrogata da parte di un'autorità amministrativa che detiene simultaneamente poteri inquisitori e sanzionatori. In aggiunta, le parti hanno sostenuto che il Regolamento (Ce) n. 1/2003 non rispetta il diritto UE, giacché non provvede alla tutela di tale diritto. Il secondo tipo di argomentazione avanzata dai ricorrenti, in questo caso, riguarda una presunta lesione del diritto a un'udienza imparziale, in quanto non sarebbe stata data loro la possibilità di commentare il

²⁷ L'art. 52, comma terzo, della Carta stabilisce che l'Unione europea può disporre per una protezione più estesa, ma non è obbligata a farlo.

²⁸ Cfr. *supra*, nota 2.

²⁹ Sentenza del Tribunale di primo grado in causa n. T-56/09, *Saint Gobain Glass France e altri c. Commissione*, in *Gu-Ue* n. C 90 del 18 aprile 2009, p. 31.

metodo di calcolo delle sanzioni. Inoltre, le parti hanno lamentato un vizio di ragionamento, giacché la Commissione non avrebbe spiegato in conformità a quali vendite sarebbe stato calcolato il giro d'affari dell'anno; altre doglianze riguardano la lesione del principio della personalità della pena per il quale le pene devono essere solo personali nonché la lesione del principio della irretroattività della pena. La Commissione avrebbe, secondo le parti, applicato le Linee Guida del 2006 in maniera retroattiva. Tutto questo, a detta loro, avrebbe causato un notevole e imprevedibile aumento delle sanzioni. Com'è stato osservato, l'argomentazione secondo la quale le sanzioni sono troppo alte e sproporzionate può essere usata per impugnare la decisione della Commissione. Anche se è improbabile che simili ragionamenti siano presi in considerazione dalle Corti europee, il fatto stesso che tali argomentazioni vengano sollevate, può causare di per sé una perdita in termini di efficienza³⁰.

*Forrester*³¹ afferma che le sanzioni irrogate dalla Commissione in materia di diritto della concorrenza sono molto più alte delle sanzioni che sono irrogate per altre tipologie di illeciti d'impresa. Egli sembra non considerare il danno che le pratiche anticoncorrenziali possono causare e che le più dannose sono proprio i cartelli d'impresa. Non si ravvisa pertanto alcuna motivazione per avere sanzioni più basse. *Forrester* ha però ragione quando dice che la *ratio*, di natura penale, che sottende alle sanzioni imposte dalla Commissione, è proprio lo scopo di creare un effetto deterrente nei confronti di chi organizza e partecipa ad un cartello d'impresa e di punirlo. Non di meno la Corte EDU, come abbiamo già visto, ha stabilito che ci sono due rami del diritto penale e che il diritto della concorrenza appartiene a quello non *hard-core*. Per questo, il fatto che le sanzioni siano alte o che siano sempre più alte, non può essere un pericolo per il rispetto del principio del giusto processo. Com'è stato osservato da *Whish*³², il fatto che si abbiano sanzioni elevate contribuisce a mantenere in piedi il c.d. circolo virtuoso: sanzioni elevate hanno un effetto deterrente e incentivano a denunciare i trasgressori; denunciare i trasgressori porta alla scoperta di un maggior numero di cartelli e le sanzioni elevate sono irrogate nei confronti di chi non denuncia i trasgressori.

³⁰ Se, infatti, le parti utilizzano argomentazioni relative alla presunta non proporzionalità delle sanzioni per impugnare la decisione, ne risulterà una maggiore probabilità che la decisione, una volta adottata, venga immediatamente impugnata. Ne consegue che il grado di inefficienza aumenterà in quanto l'impugnazione sarà più probabile e il sistema sarà meno credibile e meno efficace nella sua funzione deterrente.

³¹ Cfr. *supra*, nota 2.

³² R. WHISH, *Competition Law*, 6th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 259-260.

Tuttavia, *Wils*³³ fa notare che, almeno apparentemente, le sanzioni possono apparire più elevate, perché l'inflazione aumenta. Questa è la motivazione per cui il valore nominale delle sanzioni non può essere il punto chiave della disputa. Le sanzioni sono da considerarsi di tipo penale secondo il significato autonomo della CEDU e ricadono all'interno del diritto penale non *hard-core*. Ecco la motivazione per cui non sembra sostenibile che il principio del giusto processo e l'imparzialità del giudizio siano in pericolo, almeno finché parliamo di sanzioni nei confronti di chi organizza o partecipa a un cartello. Inoltre, va ricordato come sia la percentuale di *turnover* che fa la differenza nel calcolo delle sanzioni. Quindi, il più delle volte, anche se si tratta di cifre altissime, le sanzioni sono molto più basse di quanto, in realtà, non sembrino.

VIII. Gli stessi funzionari che redigono la Comunicazione degli Addebiti predispongono anche la bozza della decisione finale, e il ruolo del Consigliere Auditore

La terza grande critica a sostegno della tesi che le procedure della Commissione siano parziali e non tutelino le parti attraverso il principio del giusto processo, riguarda il presunto sistema interno di pesi e di contrappesi. Come è risaputo, la procedura formale³⁴ inizia con la Comunicazione degli Addebiti, che contiene i fatti e le argomentazioni giuridiche del caso. Inoltre, com'è già stato ricordato sopra, le imprese hanno diritto a richiedere un'udienza orale davanti al Consigliere Auditore. Conclusa l'udienza, gli stessi funzionari che redigono la Comunicazione degli Addebiti, predispongono, come è noto, anche la bozza della decisione finale. Nei casi aventi ad oggetto cartelli d'impresa non vi è *peer review*. Comunque, il Comitato Consultivo può dare un parere; la decisione finale è adottata, formalmente, dai ventisette Commissari.

Vista la complessità della procedura, potrebbe sembrare eccessivo, se non addirittura fuori luogo, preoccuparsi del rispetto del principio d'imparzialità o del principio del giusto processo. Almeno apparentemente, vi è un complesso sistema di pesi e di contrappesi a vigilare sullo svolgimento dell'*iter* procedimentale.

Si può pertanto concludere che i due sopraccitati principi possono essere violati se sono gli stessi funzionari, che redigono la Comunicazione degli Addebiti, a predisporre anche la bozza della decisione finale. Non

³³ Cfr. *supra*, nota 19.

³⁴ Cfr. *supra*, nota 26.

importa che, formalmente parlando, la decisione finale sia redatta dai Commissari. Infatti, quello che accade nella realtà è che è molto probabile che né gli altri ventisei Commissari né il Commissario per la Concorrenza abbiano esaminato attentamente la decisione finale.³⁵ Inoltre, come è stato già posto in evidenza, nei casi di cartelli non vi è alcuna *peer review*. E il Comitato Consultivo può non aver studiato il caso nei dettagli, tanto più che il suo è solo un parere non vincolante per la Commissione.

Una delle figure più importanti per la tutela del giusto processo sembra essere il Consigliere Auditore. Il suo ruolo è stato istituito proprio in risposta alle critiche menzionate appena sopra, ovverosia che gli stessi funzionari fanno la parte dell'accusa e quella del giudice. Tuttavia, il ruolo ricoperto dal Consigliere Auditore è limitato a questioni di tipo procedurali³⁶. Inoltre, come già detto da *Temple Lang*³⁷, egli deve solamente capire se l'impresa in questione abbia avuto o meno la possibilità di replicare ad un argomento specifico. Nonostante sia vero che il Consigliere Auditore è indipendente, quello che può accadere nella realtà è che il *report* finale sia basato sulla bozza della decisione e che non vi siano modifiche. Di certo, un ruolo ben più importante rispetto a quello svolto dal Consigliere Auditore è quello svolto dal Servizio giuridico della Commissione, anche se, il suo ruolo, non risulta molto visibile all'esterno.

In aggiunta, l'ICC³⁸ ha fatto notare che l'udienza non è pubblica e che coloro che decidono nello stadio finale del procedimento non sono giudici e non compaiono all'udienza davanti al Consigliere Auditore, il quale, comunque sia, non decide il caso. Essa suggerisce anche che il dibattito interno non è soddisfacente e che, nonostante la Corte EDU abbia stabilito che il diritto della concorrenza appartenga al ramo non *hard-core* del diritto penale, sia più opportuno che vengano applicati gli *standard* propri e tipici del diritto penale classico.

Si ritiene che l'approccio della Commissione sembri simile al comportamento del famoso *Capitano Mainwearing*³⁹. Invero, anche se la decisio-

³⁵ Cfr. *supra*, nota 7.

³⁶ Come è già stato ribadito da WILS più volte, il Consigliere Auditore è differente dal Giudice di diritto amministrativo che opera all'interno della Federal Trade Commission nel sistema statunitense. Nel caso *FTC c. Cement Institute*, 333 US 683 (1948) la questione che la detenzione di funzioni accusatorie e giudicanti potesse violare il principio del giusto processo e di imparzialità del giudice era già stata sollevata; tuttavia, tale argomentazione non è mai stata accettata dalle Corti americane.

³⁷ Cfr. *supra*, nota 7.

³⁸ Cfr. *supra*, nota 9.

³⁹ Il *Capitano Mainwearing* è stato il personaggio principale di «Dad's Army», una *sitcom* britannica ambientata durante la seconda guerra mondiale e andata in onda sulla BBC tra il 1968 e il 1977. In una delle puntate egli afferma che è meglio fare qualcosa anche se non

ne finale è formalmente presa dai ventisette Commissari, nella realtà quello che accade è che gli stessi funzionari che scrivono la Comunicazione degli Addebiti redigono anche la bozza della decisione finale. Di conseguenza, né il principio del giusto processo né quello dell'imparzialità del giudice sembrano essere rispettati. E il sistema interno di pesi e contrappesi pensato ed introdotto per rispondere alle critiche, non è abbastanza perché il sistema, nel suo complesso, possa considerarsi *fair*.

IX. La revisione giurisdizionale

Un altro punto critico è rappresentato dalla revisione giurisdizionale e se questa rispetti o meno gli *standard* stabiliti dalla Corte di Strasburgo. *Forrester*⁴⁰ sostiene che non è così, perché le Corti europee sarebbero, nella realtà, troppo deferenti sia verso il modo che ha la Commissione di giudicare i fatti, sia verso il modo che ha la Commissione di calcolare l'ammontare delle sanzioni. Nei casi aventi ad oggetto cartelli d'impresa tutto funziona in maniera diversa rispetto ai casi di abuso di posizione dominante o nelle concentrazioni, dove la Commissione esercita una forte discrezionalità, se si trova ad esprimere una complessa valutazione economica. *Forrester*, aggiungendo che vi sono anche stati casi di rigore giurisdizionale da parte delle Corti⁴¹, sostiene che esse non esercitino a pieno i propri poteri di controllo giurisdizionale nei confronti delle decisioni della Commissione.

*Wils*⁴² invece, afferma che il sistema attuale rispetta a pieno i requisiti CEDU anche se la Commissione non può di certo essere considerata un tribunale indipendente ed imparziale secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Inoltre il fatto, che per ragioni di efficienza⁴³, non è incompatibile per un organo amministrativo irrogare sanzioni e giudicare, ammesso che vi sia sempre la possibilità di impugnare la decisione di

serve a nulla piuttosto che non fare nulla. In poche parole, bisogna far credere che si stia facendo qualcosa. Questo approccio sembra molto simile a quello tenuto dall'ancora più famoso Principe di Salina, personaggio importante del romanzo «*Il Gattopardo*», di GIUSEPPE TOMASI DI LAMPEDUSA: cambiare tutto per non cambiare nulla.

⁴⁰ Cfr. I. FORRESTER, *A Bush in need of pruning: the luxuriant growth of light judicial review*, in C.-D. EHLERMANN - M. MARQUIS (eds.), *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its judicial review in competition cases*, Oxford, Hart Publishing, 2011.

⁴¹ Sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1993 in cause riunite 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, *Ahlstrom Oy e altri c. Commissione*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1307 ss.

⁴² Cfr. *supra*, nota 26.

⁴³ Cfr. *supra*, nota 24.

fronte ad un tribunale che abbia piena giurisdizione e che offra piene garanzie⁴⁴, rimane sempre valido fintanto che il diritto della concorrenza sia mantenuto nel campo non *hard-core* del diritto penale.

Il punto è se le Corti UE abbiano o meno piena giurisdizione e se l'hanno, occorrerà capire se la esercitano adeguatamente oppure no. Questo è un annoso problema, che non è stato ancora risolto. L'ICC, ad esempio, afferma che il Tribunale non esercita una revisione giurisdizionale estesa e che quindi non ha piena giurisdizione nel significato che le dà la CEDU. Infatti, secondo l'art. 263 TFUE, la competenza delle Corti è limitata all'annullamento delle decisioni che non rispettano il diritto UE. Non vi è alcun potere di sostituire la decisione della Commissione con la loro decisione. Le Corti possono solo pronunciarsi su errori manifesti. L'ICC afferma anche che il Tribunale si conterrebbe quando è interrogato su valutazioni economiche complesse e fattuali, senza contare poi il fatto che non userebbe in maniera appropriata la giurisdizione illimitata in materia di sanzioni⁴⁵.

Per quanto riguarda il rispetto del diritto UE, la Corte di giustizia⁴⁶ ha stabilito che la mancanza di una separazione di funzioni non lede alcun principio generale del diritto dell'Unione europea proprio perché il Tribunale esercita una revisione giurisdizionale estesa ed esaustiva dei fatti, sia di tipo sostanziale che non. Bisognerà vedere se, nei fatti, il Tribunale esercita tali funzioni. Nel caso *KME Germania e altri c. Commissione*, l'Avvocato Generale *Sharpston*⁴⁷, dopo aver ricordato la giurisprudenza CEDU, la validità dei criteri enunciati nella sentenza *Engels* e la differenza tra le due tipologie di diritto penale, stabilite in *Jussila c. Finlandia*, fa presente che una mancata separazione delle funzioni è senz'altro da considerarsi un problema⁴⁸. Il ricorrente però, nella causa considerata, non solleva la questione tra le doglianze. Secondo l'opinione dell'Avvocato Ge-

⁴⁴ Cfr. *supra*, nota 24.

⁴⁵ B. VESTERDORF, *The Court of Justice and unlimited jurisdiction: what does it mean in practice?*, June 2009, in *Competition Policy International*, June 2009, reperibile sul sito internet <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-court-of-justice-and-unlimited-jurisdiction-what-does-it-mean-in-practice/>.

⁴⁶ Sentenza del Tribunale di primo grado del 15 marzo 2000 in cause riunite n. T-25/95, n. T-26/95, da n. T-30/95 a n. T-32/95, da n. T-34/95 a n. T-39/95, da n. T-42/95 a n. T-46/95, n. T-48/95, da n. T-50/95 a n. T-65/95, da n. T-68/95 a n. T-71/95, n. T-87/95, n. T-88/95, n. T-103/95 e n. T-104/95, *Cimenteries CBR e altri c. Commissione*, par. 718-719, in *Raccolta*, 2000, II, p. 491 ss.

⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 dicembre 2011 in causa n. C-272/09 P, *KME Germania e altri c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*; cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale *Sharpston*, punti 63-83.

⁴⁸ *Ibid.*, par. 68.

nerale⁴⁹ però, il Tribunale ha una piena giurisdizione perché ha il potere di annullare le decisioni della Commissione sia sotto il profilo dei fatti che sotto quello del diritto. Inoltre, ricorda che il Tribunale ha giurisdizione illimitata in materia di sanzioni, che ha più volte esercitato. Nel caso *Elf Aquitaine SA c. Commissione*⁵⁰, l'Avvocato Generale Mengozzi ha confermato la compatibilità del sistema con i requisiti della CEDU.

Risulta pertanto evidente che, anche se è vero che il Tribunale non gode degli stessi poteri che sono riservati al *Competition Appeal Tribunal* del Regno Unito (di seguito: CAT), ovverossia che il Tribunale non può sostituire la decisione della Commissione con la propria, gli *standard* CEDU non richiedono né che la Corte che esercita revisione giurisdizionale possa sollevare punti di sua spontanea iniziativa⁵¹ né che la Corte possa condurre un processo *ex-novo*. Infatti, come *Wils* ha affermato, gli *standard* stabiliti dalla Corte di Strasburgo in *Kyprianou c. Cipro*⁵² non possono essere applicati al diritto della concorrenza⁵³ proprio perché si è in presenza di diritto penale non *hard-core*. In conclusione, su questo punto sembra possibile sostenere che la CEDU non richiede che il Tribunale possa sostituire la decisione della Commissione con la propria. Tale assunto si può altresì ricavare da un altro caso, anch'esso recente, della Corte EDU⁵⁴: L'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato italiana (AGCM) sanzionò, nel 2003, la Menarini Diagnostics, con un'ammenda di sei milioni di euro, per aver fissato i prezzi e per aver deciso la spartizione del mercato dei *test* diagnostici per diabetici. L'impresa in questione, opponendosi, asseriva che la sanzione irrogata doveva considerarsi alla stregua di una sanzione penale secondo il significato e l'interpretazione dell'art. 6 CEDU, dato che l'AGCM non godeva di una separazione delle funzioni. La questione sollevata dalla sopraccitata causa rileva anche, *mutatis mutandis*, per il diritto dell'Unione e per il ruolo svolto, a li-

⁴⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston, *cit. supra*, nota 47, par. 69.

⁵⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 29 settembre 2011 in causa n. C-521/09 P, *Elf Aquitaine SA c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*; cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi.

⁵¹ Apparentemente, i requisiti CEDU riguardano solo lo scopo e l'intensità della revisione giurisdizionale. La Corte EDU non richiede che il Tribunale debba sostituire la decisione della Commissione con la propria.

⁵² Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 15 dicembre 2005, ricorso n. 73797/01, *Kyprianou c. Cipro*.

⁵³ Una delle argomentazioni presenti nel documento della Camera Internazionale del Commercio faceva proprio riferimento al rispetto dei parametri contenuti nel caso sopraccitato.

⁵⁴ Sentenza della Corte EDU del 27 settembre 2011, *A. Menarini Diagnostics SRL c. Italia*, ricorso n. 43509/08.

vello europeo, dalla Commissione e dal Tribunale, proprio perché la legge italiana per la tutela della concorrenza è modellata sugli articoli del TFUE.

La Corte EDU affermò che la sanzione irrogata dall'AGCM, proprio per la severità e per la sua funzione deterrente, doveva considerarsi di natura penale secondo il significato e l'interpretazione dell'art. 6 CEDU. Tuttavia, nel merito, la Corte di Strasburgo rigettò la doglianza sollevata da Menarini. Infatti, specificò che un'autorità indipendente può irrogare una sanzione di natura penale, sempre secondo il significato delle Convenzioni, fintanto che vi sia, da parte dell'impresa sanzionata, la possibilità di adire una Corte avente piena giurisdizione. Nel caso di specie, la Corte EDU trovò che sia il TAR del Lazio, sia il Consiglio di Stato, nell'esaminare la domanda, andarono ben oltre al mero controllo di legittimità e che quindi fu esercitata una piena giurisdizione. Come dimostra questa causa, anche la Corte di Strasburgo sembra ammettere che non vi sia violazione dell'art. 6 CEDU nel caso in cui la sanzione sia irrogata da un'autorità amministrativa, sempre che vi sia possibilità di difesa davanti ad una Corte che eserciti piena giurisdizione. E sul grado di revisione giurisdizionale da esercitare perché si possa dire che vi sia effettivamente una piena giurisdizione? La Corte EDU non richiede che il Tribunale debba poter sostituire la decisione della Commissione con la propria e non sembra mettere in discussione che la Commissione debba godere di un certo grado di discrezionalità nell'applicazione dell'art. 101 TFUE.

Si può concludere, infatti, che, almeno per quanto riguarda l'aspetto della piena revisione giurisdizionale, l'applicazione del diritto *antitrust* sembra essere compatibile con l'art. 6 CEDU. Chiaramente, l'UE potrebbe benissimo disporre una separazione delle funzioni, ma non vi è alcun obbligo in questo senso. Almeno finché si faccia riferimento, in via argomentativa, al requisito della piena giurisdizione. Tuttavia, se da un lato l'attuale revisione giurisdizionale può considerarsi compatibile con la CEDU, non significa che la problematica menzionata appena sopra, riguardante le procedure interne alla Commissione, sia risolta. Infatti, come affermato sopra, i funzionari che redigono la Comunicazione degli Addebiti e che scrivono la bozza della decisione finale sono essenzialmente gli stessi, il rischio di parzialità nel processo accusatorio è altissimo, e il Consigliere Auditore ha competenze di tipo procedurale, mentre la decisione finale è solo formalmente presa dai ventisette Commissari. Con l'adesione dell'UE alla CEDU, la Corte EDU continuerà, probabilmente, ad applicare la presunzione relativa della protezione equivalente, in una sorta di patto di non aggressione tra le Corti europee e la Corte di Strasburgo. Questa è la principale motivazione per cui la battaglia per ottenere una separazione di funzioni dovrebbe essere giocata sul campo dell'efficienza.

X. Può il sistema dirsi equo ed imparziale?

Resta irrisolta la questione se l'applicazione del diritto della concorrenza nei procedimenti aventi ad oggetto i cartelli d'impresa sia o meno imparziale e giusta. Il dibattito è ancora aperto tra chi sostiene che non sia il caso di preoccuparsi perché il principio del giusto processo è tutelato e tra chi invece argomenta in favore di un'urgente riforma strutturale. Il presente contributo non ha pretese esaustive in merito alla tematica dei c.d. diritti di difesa⁵⁵. Va però detto che sia la giurisprudenza CEDU sia la giurisprudenza delle Corti Ue, nonché la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riconoscono una lunga serie di diritti processuali alla difesa. Vale, infatti, la pena menzionare casi come *Orkem & Solvay c. Commissione*⁵⁶ dove la Corte di giustizia fu chiamata a pronunciarsi sulla questione se le imprese potessero rifiutarsi di rispondere a richieste di informazioni avanzate dalla Commissione per evitare l'autoincriminazione. È riconosciuto un limitatissimo diritto a non autoaccusarsi, ma non vi è alcuna possibilità di rifiutarsi di consegnare la documentazione necessaria. Nel caso *Mannesmannröhren-Werke AG c. Commissione*⁵⁷ il Tribunale stabilì che non c'è alcun diritto assoluto al silenzio. Nel caso *AM & S Europe*⁵⁸ venne stabilito che alcuni documenti sono coperti dal segreto professionale dell'avvocato. La Corte riconobbe però che perché un documento possa avere questo tipo di copertura è necessario che l'avvocato sia «indipendente», ovvero non possa considerarsi *in-house*. Questo principio fu ribadito nel caso *Akzo Nobel c. Commissione*⁵⁹ dove, sebbene la Corte avesse la possibilità di rivedere la propria posizione precedente, decise invece di seguire l'opinione dell'Avvocato Generale Kokott. Nel ca-

⁵⁵ Cfr. G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, pp. 504. Cfr. anche, *inter alia*, F. CAPELLI, *Principi, obiettivi e filosofia della nuova disciplina antitrust comunitaria*, in questa *Rivista*, 2007, p. 5. Cfr. anche, dello stesso A., *La riforma della disciplina comunitaria della concorrenza e i nuovi compiti affidati ai giudici nazionali*, in questa *Rivista*, 2000, p. 395. Sulla modernizzazione dell'esecuzione antitrust si veda anche G. BERNINI, *Un secolo di filosofia "antitrust"*, Bologna, Clueb, 1991 e, *inter alia*, cfr. V. MANGINI, *La vicenda dell'Antitrust: dallo Sherman Act alla legge italiana n. 287/90*, in *Riv. dir. ind.*, 1995, p. 175.

⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 1989 in causa n. 374/87, *Orkem c. Commissione*, in *Raccolta*, 1989, p. 3283. Cfr. anche sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 1989 in causa n. 27/88, *Solvay & Cie c. Commissione*, in *Raccolta*, 1989, p. 3355.

⁵⁷ Sentenza del Tribunale di primo grado in causa n. T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke AG c. Commissione*, in *Raccolta*, 2001, II, p. 729.

⁵⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 18 maggio 1982 in causa n. 155/79, *AM & S Europe c. Commissione*, in *Raccolta*, 1982, p. 1575.

⁵⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 14 settembre 2010 in causa n. C-550/07, *Akzo Nobel c. Commissione*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 8301.

so *Polypropilene*⁶⁰ fu riconosciuto il principio della presunzione di innocenza⁶¹. In sintesi, il sistema riconosce e protegge i diritti fondamentali di difesa delle imprese che hanno, presumibilmente, violato l'art. 101 TFUE. In più, la Commissione ha provveduto a dotarsi di un sistema interno di pesi e contrappesi nel tentativo, come già detto, di superare le possibili perplessità che sono sorte in materia di giusto processo ed imparzialità.

Ciononostante, può la Commissione, in definitiva, essere considerata come un «tribunale indipendente ed imparziale» nel senso della giurisprudenza della CEDU? Secondo la giurisprudenza della Corte EDU⁶² sembrerebbe di no. Anche se, il diritto ad un equo processo sembrerebbe essere soddisfatto nel caso in cui un organo di natura essenzialmente amministrativa irroghi una sanzione, ammesso che vi sia sempre la possibilità di impugnare la decisione davanti ad un tribunale con piena giurisdizione. In più, ragioni di efficienza⁶³ possono giustificare ulteriormente un sistema che funzioni in questo modo. Si esaminerà in seguito se la variabile "efficienza" sia più favorevole a un sistema amministrativo o a un modello di tipo accusatorio.

Sembra pertanto ragionevole affermare che, se il diritto della concorrenza rimane escluso dall'area *hard-core* del diritto penale, la Corte EDU non richiederà all'Unione europea di adottare un modello accusatorio, tanto più che, al momento, le sanzioni previste in caso di violazione dell'art. 101 TFUE si applicano alle sole persone giuridiche. Inoltre, non va sottovalutato che la maggioranza degli Stati membri ha adottato un sistema amministrativo. Si ritiene sia arrivato il momento di introdurre sanzioni nei confronti degli individui e delle persone fisiche, proprio per aumentare l'efficienza. Un'eventuale novità di questo tipo però dovrebbe necessariamente implicare la reconsiderazione del diritto della concorrenza all'interno dell'area *hard-core* del diritto penale. Per quanto riguarda invece la comparazione che di solito si fa con i sistemi nazionali, che, si ribadisce, hanno per lo più adottato modelli di tipo amministrativo, si potrebbe sostenere che l'ordinamento giuridico dell'Unione europea, in quanto autonomo e separato, debba assicurare livelli più alti di tutela e di protezione e non necessariamente seguire quelli usati dagli Stati membri. Infatti, la

⁶⁰ Nella decisione della Commissione nel caso *Polypropilene Cartel*, in *Guce* n. L 230 del 18 agosto 1986, p. 1.

⁶¹ In tanti sostengono che il diritto fondamentale alla presunzione di innocenza non sia rispettato dato che l'onere della prova incombe proprio sull'impresa nel momento in cui si trova ad impugnare la decisione della Commissione di fronte alle Corti.

⁶² Cfr. *supra*, nota 7.

⁶³ Cfr. *supra*, nota 24.

Commissione non può essere considerata un tribunale indipendente ed imparziale⁶⁴.

Spostandoci invece dall'ordinamento della CEDU a quello dell'Unione, si potrebbe sostenere che è il diritto dell'Unione europea a richiedere una separazione delle funzioni? Ad esempio, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea va ben oltre gli *standard* CEDU quando protegge il «diritto a una buona amministrazione»⁶⁵ e quando protegge il principio di proporzionalità delle sanzioni.⁶⁶ Se questo è vero, è altrettanto vero che né l'uno né l'altro potrebbero essere usati per chiedere, con successo, un'eventuale separazione delle funzioni. Ciò perché, sembra ragionevole sostenere che le sanzioni sono, in realtà, proporzionali⁶⁷, mentre l'art. 41 della Carta non sembra avere una forza tale da giustificare automaticamente una riforma strutturale del sistema di applicazione del diritto *antitrust*. Sempre rimanendo all'interno del diritto europeo, un buon grimaldello potrebbe essere il principio generale di eguaglianza. In casi determinati⁶⁸ nei quali la Commissione non considera il diverso grado di partecipazione in un cartello di un'impresa potrebbe funzionare bene. Anche se, ad essere sinceri, tale argomentazione non sembra potersi rivelare di per sé sufficiente per procedere ad una separazione delle funzioni.

Per quanto riguarda l'adesione dell'UE alla CEDU, vale quanto è già stato detto riguardo al principio di protezione equivalente. Un altro punto che può far capire come non sia facile riformare il sistema partendo da una presunta mancanza di imparzialità o di giustizia nel procedimento è rappresentato dal c.d. approccio funzionale⁶⁹: imparzialità e giusto processo rilevano solo se una procedura più equa e più imparziale avrebbero portato la causa ad un esito diverso.

Con questo contributo si vuole suggerire che, sebbene né la CEDU né il diritto dell'Unione richiedano alcuna separazione delle funzioni, il sistema di applicazione del diritto *antitrust* non sembra essere sufficientemente equo ed imparziale. Nonostante siano stati riconosciuti non pochi

⁶⁴ Anche WILS, su questo punto, è d'accordo. Fintanto che il diritto della concorrenza rimarrà al di fuori del diritto penale in senso stretto e che l'efficienza sarà garantita dall'attuale sistema, la CEDU, verosimilmente, non richiederà mai alcuna separazione di funzioni.

⁶⁵ Cfr. art. 41 della Carta.

⁶⁶ Cfr. art. 49 della Carta.

⁶⁷ Cfr. *supra*, nota 19.

⁶⁸ Sentenza del Tribunale di primo grado del 19 maggio 2010 in causa n. T-21/05, *Chalkor AE Epexergasias Metallon c. Commissione*, punto 36, in *Raccolta*, 2010, II, p. 1895 ss.; cfr. anche la decisione *Air Cargo*, *cit. infra*, nota 108, dove una delle eccezioni sollevate riguarda proprio il fatto che le sanzioni non erano eque se paragonate a quelle irrogate alle altre imprese che partecipavano al cartello.

⁶⁹ Cfr. *Matthews c. Elridge*, 424 US 319 (1976).

diritti di difesa, il problema principale ha a che fare con la struttura in sé. Il dibattito interno alla Commissione non è sufficiente e l'udienza orale, così com'è adesso, non soddisfa. La soluzione migliore sembra sempre essere un modello di tipo accusatorio, dove la funzione investigativa e accusatoria da un lato e quella giudicante dall'altro sono separate.

Più controversa è la questione se, ammesso e non concesso che un sistema amministrativo sia più efficiente, valga la pena che la bilancia pendà più in favore del rispetto dell'imparzialità e del giusto processo piuttosto che in favore dell'efficienza complessiva. Varrebbe veramente la pena avviare una riforma strutturale se poi, l'esito, fosse quello di avere un sistema più giusto, ma meno efficiente? È ben noto il danno che i comportamenti restrittivi della concorrenza, specialmente le intese e i cartelli, arrecano ai consumatori e al mercato interno. Si può sostenere che, se proprio un piatto della bilancia deve pesare di più, sia giusto che prevalga il piatto dell'efficienza. Quello che bisogna chiedersi è se, nella realtà, valutati i costi e i benefici, non sia un modello di tipo accusatorio ad essere più efficiente di un modello amministrativo.

XI. Il problema visto dall'ottica dell'efficienza

Prima di parlare di efficienza e di soffermarci sul punto se sia più efficiente un modello amministrativo o accusatorio, occorre precisare che l'effettività del sistema deve comunque essere garantita. Un'eventuale riforma strutturale dovrà portare nuovi vantaggi, diminuire o eliminare i costi attuali. In poche parole, la riforma strutturale suggerita nel presente contributo dovrà garantire l'effettività e aumentare l'efficienza. Se si riuscisse a provare che un modello accusatorio può essere più efficiente, il grande dibattito che ruota attorno a equità e giusto processo sarebbe visto da una prospettiva diversa. Infatti, se una separazione delle funzioni⁷⁰ può

⁷⁰ Si può sostenere che sia il dibattito stesso, tuttora aperto, che sta rendendo il sistema meno efficiente, in quanto aumenta la già alta probabilità che l'impresa impugni la decisione della Commissione. Può sembrare paradossale, ma è così. Inoltre, per il solo fatto che ci sia il dibattito, il sistema è delegittimato e l'effetto deterrente diminuisce notevolmente. La stessa giurisprudenza CEDU ne è conferma. Si pensi al recente caso *A. Menarini Diagnostics SRL c. Italia*, cit. *supra*, nota 54, in cui viene sollevata la questione della natura penale delle sanzioni, sia quella della piena giurisdizione. Se il sistema rimarrà così com'è, vi sarà una perdita di efficienza notevole, proprio per il fatto che, nonostante le Corti non siano per il momento disposte a concedere aperture in tal senso, le imprese potranno utilizzare le suddette motivazioni per andare in appello, ritardare il pagamento della sanzione e alimentando una scarsa credibilità del sistema. Ne consegue che l'effetto deterrente ne sarà sminuito. Cfr. A. BURNSIDE, *Mario Monti should not be judge and jury*, in *Financial Times*, 21 ottobre 2002, p. 17 nonché *Enforcement of Competition law in Europe is unjust and must change*, in *The Economist*, 18 febbraio 2010.

veramente comportare un sistema più efficiente, facendo risparmiare tempo e denaro, migliorando gli esiti dei procedimenti, non vi sarebbe alcuna ragione per continuare a parlare di equità, imparzialità e giusto processo nelle procedure *antitrust*. Per completezza va però precisato che se vi possono essere ragionevoli dubbi che un modello accusatorio sia più efficiente, vi sono certamente pochi dubbi che sia più equo e giusto⁷¹.

È opportuno far chiarezza su cosa s'intenda per efficienza. L'efficienza è solitamente massimizzata ogniqualvolta si abbiano costi inferiori. Un sistema più efficiente comporta un risparmio di tempo e denaro; offre strumenti adatti per ridurre il rischio di parzialità, il rischio di ritrovarsi decisioni imprecise o inesatte e il rischio di avere troppi cartelli d'impresa che rimangano impuniti, proprio perché non scoperti. Inoltre, avere dei costi inferiori comporta una diminuzione del rischio di avere un sistema di applicazione che non sia credibile o che sia delegittimato. Maggiore efficienza significa più vantaggi e più benefici, procedimenti più veloci, meno costosi, decisioni più oggettive e più accurate, massimizzare la quantità di cartelli d'impresa che sono scoperti e puniti. Efficienza significa anche aumentare e migliorare l'effetto deterrente e la credibilità del sistema nel suo complesso. Inoltre, una volta determinato cosa s'intenda con efficienza, occorre altresì individuare quale sia la via più efficiente per ottenere un sistema più efficiente. In breve, si dovrà prediligere la modalità più veloce e più facile per arrivare a completare la grande riforma strutturale che sembra ormai essere necessaria. E, come ben noto ai più, la via più spedita e più facile per riformare un qualcosa all'interno dell'Unione europea è evitare a qualunque costo il processo di modifica dei Trattati⁷².

Uno dei modi attraverso cui aumentare o migliorare l'efficienza è agire in maniera strategica⁷³. Spesso può essere nell'interesse di un determinato soggetto ridurre la sua libertà di azione futura e mettersi in una situazione di non ritorno, in una situazione di emergenza⁷⁴. Un'altra strategia è

⁷¹ Come è già stato ampiamente mostrato nella prima parte di questo contributo, se da un lato sono stati riconosciuti dalla giurisprudenza CEDU e UE nonché dalle altre fonti di diritti fondamentali una serie di diritti di difesa, dall'altro lato il dibattito interno alla Commissione e il fatto stesso che le funzioni siano attualmente concentrate nella Commissione, fanno sì che le perplessità riguardo all'imparzialità del sistema non cessino, ma semmai si rafforzino.

⁷² Una riforma strutturale che implichi una procedura di modifica dei Trattati non sarebbe auspicabile. Richiederebbe troppo tempo e infinite negoziazioni di natura politica. Ecco perché si potrebbe usare l'art. 103 TFUE.

⁷³ Cfr. A. DIXIT e B. NALEBUFF, *Thinking strategically. The Competitive edge in business, Politics, and Everyday life*, New York, W.W. Norton & Company, 1991.

⁷⁴ Questa strategia fu adottata, ad esempio, da Cortés, il "conquistador", il quale diede a fuoco alle proprie navi dopo il suo arrivo in Messico. Egli agì deliberatamente, eliminando per sempre la possibilità di tornare indietro in Spagna. In questo modo, Cortés fece capire al suo equipaggio che potevano solamente combattere e distruggere i loro nemici. Altrimenti

quella che si chiama «strategia del rischio controllato»⁷⁵. Questa tattica consiste nel lasciarsi deliberatamente sfuggire la situazione di mano, per il solo motivo che l'altra parte può trovare intollerabile che la situazione sia fuori controllo e forzarsi a trattare⁷⁶. La letteratura⁷⁷ dimostra come queste strategie siano vincenti⁷⁸.

Infatti, nonostante possa sembrare che sia preferibile disporre di più opzioni, in realtà non è affatto così. Semmai è vero il contrario, ossia meno opzioni si hanno a disposizione e meglio è⁷⁹. Quanto appena detto prova che la «*game theory*» può essere molto utile nella nostra analisi. Può essere d'aiuto per capire quale sia il sistema di esecuzione ottimale. E, conseguentemente, quale sia il metodo migliore per scoprire e punire, in modo efficiente, un cartello d'impresa. Per migliorare l'efficienza nell'applicazione del diritto *antitrust*, sembra essere molto più indicato un modello di tipo accusatorio: in questo caso, infatti, la Commissione si autolimiterebbe nella funzione giudicante, lasciandola alle Corti. Questa riforma strutturale aumenterebbe notevolmente l'efficienza del sistema.

sarebbero periti. Non importava che gli Spagnoli fossero meno numerosi. Questa fu la strategia che, sebbene all'inizio rischiò di spaventare a morte l'esercito spagnolo e di creare un'occasione per un feroce ammutinamento, fu la miglior decisione che Cortés potesse mai prendere. Infatti, egli si mise in una situazione di non ritorno. Non potevano permettersi alcun tipo di errore. In questo caso, un errore avrebbe significato la morte per loro. Infatti, combatterono e vinsero. Questo dimostra che spesso, per arrivare a capire quale sia la scelta migliore da prendere, la strategia ottimale è quella di eliminare la propria possibilità di scelta.

La stessa tecnica fu adottata dalla Polaroid quando si rifiutò di diversificare la propria produzione al di fuori del mercato delle istantanee. Polaroid si mise in una sanguinosa battaglia contro ogni tipologia di potenziale nuovo arrivato nel mercato rilevante. Kodak entrò nel mercato, ma Polaroid spese tutte le proprie forze e risorse per vincere la battaglia. In questo modo, Polaroid poté riguadagnare la propria posizione ed espellere Kodak dal mercato, dopo aver vinto una causa milionaria. Il segreto è nel rendere credibile la propria minaccia.

⁷⁵ Cfr. T. SCHELLING, *The Strategy of conflict*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1960.

⁷⁶ Questo funziona bene negli Stati Uniti, dove chi partecipa ad un cartello è fortemente incoraggiato a porre in essere una transazione senza nemmeno andare di fronte alla Corte.

⁷⁷ Cfr. A. DIXIT - B. NALEBUFF, *The art of strategy: A Game Theorist's Guide to Success in Business and in life*, New York, W.W. Norton&Company, 2008.

⁷⁸ Questa tecnica fu adottata anche da una certa Cindy Nachson-Schechter. Ella aveva veramente intenzione di perdere peso. Sapeva perfettamente che cosa avrebbe dovuto fare: mangiare meno e fare più sport. Nonostante ciò, non ce la faceva. Questa fu la ragione principale per cui accettò l'offerta di ABC Primetime. Il patto era che, nello stato di peso in cui si trovava, avrebbe dovuto indossare un bikini e farsi fotografare in uno studio. ABC Primetime avrebbe distrutto le foto solo se avesse perso quindici libbre di peso in due mesi. Altrimenti, tutti avrebbero potuto vedere le foto che ritraevano lei con un bikini verde su ABC Primetime, un canale televisivo nazionale.

⁷⁹ Cfr. *supra*, nota 73.

XII. Lunghezza dei procedimenti

La prima delle problematiche riguarda la lunghezza dei procedimenti⁸⁰. Come ripetono i sostenitori del modello amministrativo, uno dei presunti vantaggi di tale sistema, è proprio il fatto che consentirebbe di avere procedure molto più veloci, e quindi più efficienti, rispetto ad un modello di tipo accusatorio, dove la Commissione sarebbe costretta a preparare il caso e a citare in giudizio l'impresa davanti al Tribunale. In più, non si deve perdere di vista l'annoso e ormai irrisolvibile problema della lunghezza dei processi. Secondo le statistiche⁸¹, riguardo alle Corti UE, i ritardi si concentrano maggiormente a livello del Tribunale. Ecco perché quando si parla di procedimenti *antitrust*, i più preferiscono evitare di affrontare la problematica dal punto di vista dell'efficienza: o perché sono maggiormente interessati al giusto processo e all'imparzialità o perché si limitano a dichiarare che il modello amministrativo è per antonomasia il più efficiente, perché non vi sono Corti coinvolte nella decisione e il livello di preparazione di cui godono gli esperti della Commissione è molto alto.

Come rilevato sopra, i ritardi si concentrano a livello del Tribunale⁸². Ergo, un'eventuale riforma – che abbia come scopo quello di rendere il sistema più efficiente – dovrà prendere in considerazione una soluzione che sia in grado di ridurre i ritardi e rendere le procedure davanti al Tribu-

⁸⁰ Si può sostenere che la lunghezza dei procedimenti, sia davanti alle Corti che nei passaggi in Commissione, sia un profilo che interessi anche il discorso relativo a imparzialità e giusto processo. Nella sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2009 in causa n. C-385/07, *Der Grüne Punkt-Duales System Deutschland GmbH c. Commissione*, punti 177-183, in *Raccolta*, 2009, I, p. 6155, la Corte di giustizia ribadisce il diritto ad una ragionevole durata del processo; ha comunque sottolineato come la ragionevolezza dipenda dalle circostanze del caso concreto. Inoltre, l'Avvocato Generale affermò, adottando un approccio di tipo funzionale, che anche se non vi è ragionevolezza nella durata, l'esito probabile del giudizio sarà l'applicazione del principio di protezione equivalente.

⁸¹ Vedi le statistiche sul sito della Direzione Generale per la Concorrenza, <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

⁸² Cfr. D. GERARD, *Judicial review of cartel decisions*, in M. SIRAGUSA - C. RIZZA, *EU Competition Law, Cartel Law: Restrictive Agreements and Practices between competitors*, 2nd edition, Louvain, Clays & Casteels, 2010. Secondo le statistiche presentate nel volume di cui sopra, la media della lunghezza dei procedimenti nei casi aventi ad oggetto cartelli è di 40 mesi per il Tribunale e di 35 mesi per la Corte di giustizia. I dati riguardano un periodo che va dal 2000 al 2005. Tra il 2006 e il 2010 invece, la media sale fino a 54 mesi per il Tribunale e scende a 25,5 mesi per la Corte di giustizia. Dalle statistiche emerge che, per quanto riguarda casi di cartelli davanti al Tribunale, circa il 6% fu annullato dal Tribunale tra il 1995 e il 2005, mentre la quantità sale al 16% tra il 2006 e il 2009. Il 56% dei casi fu parzialmente annullato, oppure le sanzioni furono ridotte tra il 1995 e il 2005, mentre il 27% fece la stessa fine tra il 2006 e il 2009. I rigetti invece aumentarono di circa il 38% tra il 1995 e il 2005, mentre aumentarono del 57% tra il 2006 e il 2009. Per quanto riguarda la Corte di giustizia invece, tra il 1995 e il 2005 il 20% dei casi era stato annullato, o pienamente o parzialmente, mentre il 9% ebbe la stessa conclusione tra il 2006 e il 2009. I rigetti aumentarono dall'80% nella prima fascia di tempo fino a raggiungere il 91% nella seconda fascia di tempo.

nale più veloci di quanto non siano ora. La seconda è che una grandissima percentuale di casi va in appello davanti alla Corte di giustizia. Questo, ovviamente, non sorprende. È persino desiderabile che un'impresa che non sia soddisfatta della decisione della Commissione possa andare in giudizio. Tuttavia, l'estrema facilità con la quale è possibile impugnare e il fatto che né il Tribunale, né tantomeno la Corte di giustizia possano sostituire la decisione della Commissione con la propria, come accade nel Regno Unito⁸³, causano una diminuzione dell'efficienza. Infatti, ogniquale volta la decisione della Commissione viene annullata, in tutto o in parte, dal Tribunale, l'*iter* processuale impone che il caso debba ritornare alla Commissione, la quale poi dovrà nuovamente riesaminare il caso ed adottare una seconda decisione.

A maggior ragione ora che l'UE dovrà aderire alla CEDU e che sarà possibile, per ogni impresa che non sia soddisfatta della decisione della Commissione, portare in giudizio quest'ultima di fronte alla Corte EDU, l'intero sistema si ritroverà ad avere un ulteriore grado di giudizio. In breve, un'impresa sanzionata dalla Commissione potrà impugnare davanti al Tribunale, appellarsi davanti alla Corte di giustizia e poi, sostenendo una violazione dei diritti fondamentali, difendersi davanti alla Corte EDU. È ben nota la facilità con cui è possibile andare in appello e come sia altrettanto facile argomentare una lesione di un diritto fondamentale, magari proprio in virtù della stessa combinazione di funzioni che al momento sono detenute dalla Commissione. Senza una riforma strutturale, ci saranno sempre più casi in cui la parte privata lamenterà la lesione del diritto a un equo processo. La conseguenza immediatamente percepibile sarà un ulteriore allungamento del processo, ossia maggiore inefficienza.

Va, altresì, precisato che la letteratura prende in considerazione la lunghezza dei procedimenti solo per quanto riguarda l'*iter* davanti alle Corti. Si vuole, invece, qui sostenere che anche la lunghezza dei procedimenti nell'*iter* davanti alla Commissione è rilevante. Infatti, al momento, la procedura consta di tre fasi: 1. a seguito della violazione la Commissione dà inizio alle indagini⁸⁴; 2. completate le indagini, la Commissione invia la Comunicazione degli Addebiti ed è lì che inizia il dibattito interno, consultando il servizio giuridico, il Capo Economista, dando poi la possibilità all'impresa di chiedere un'udienza orale davanti al Consigliere Au-

⁸³ Nel Regno Unito, il CAT ha piena giurisdizione sul merito e può sostituire la decisione dell'Office of Fair Trading (OFT) con la propria.

⁸⁴ Il più delle volte questo si verifica grazie ad uno dei partecipanti al cartello che denuncia gli altri trasgressori e chiede, conseguentemente, l'applicazione del programma di clemenza.

ditore; 3. la decisione è redatta sotto forma di bozza, mentre quella finale è adottata dai ventisette Commissari.

In un modello di tipo accusatorio non ci sarebbe alcuna Comunicazione degli Addebiti, non vi sarebbe alcuna udienza orale davanti ad alcun Consigliere Auditore, non vi sarebbe un dibattito interno di tale portata, con i pesi e i contrappesi che sono noti e non vi sarebbe né una bozza, né tantomeno una decisione finale. Non potrebbe nemmeno accadere che vi sia una Comunicazione degli Addebiti supplementare. In un modello accusatorio vi sarebbe solamente la Commissione che agirebbe in qualità di accusa. Preparerebbe il *dossier* con il proprio caso per poi portarlo davanti alla Corte. Questo è il motivo per cui un modello accusatorio potrebbe aumentare il grado di efficienza del sistema. Si risparmierebbe tempo e vi sarebbe meno probabilità di casi impugnati sia perché i casi presentati dalla Commissione sarebbero ben strutturati e solidi, sia perché ci sarebbe un maggior incentivo a transare, come accade negli Stati Uniti⁸⁵.

In secondo luogo, per quanto riguarda la lunghezza dei procedimenti davanti alla Commissione nei casi di cartelli d'impresa, le statistiche⁸⁶ sono chiare.

Nel 2006 fu adottata la seconda decisione nel caso *Alloy Surcharge*.⁸⁷ La prima decisione era stata adottata nel 1998. Nel caso *Synthetic rubber*⁸⁸, le indagini iniziarono tra il 2002 e il 2003. La Comunicazione degli Addebiti fu redatta nel 2005 e la decisione fu adottata nel 2006. Nel caso *Steel beams*⁸⁹ la violazione ebbe luogo tra il 1988 e il 1991. Nel 2003 la Corte di giustizia annullò la sentenza dell'allora Corte di prima istanza. La decisione fu riadottata nel 2006. Nel caso *Fittings*⁹⁰ le indagini iniziarono nel 2001, la Comunicazione degli Addebiti fu redatta nel 2005 e la decisione finale fu adottata nel 2006. Nel caso *Bitumen Netherlands*⁹¹ le indagini iniziarono nel 2002, la Comunicazione degli Addebiti fu redatta nel

⁸⁵ Secondo le statistiche della DOJ, il 90% dei convenuti accusati di una violazione penale della legge *antitrust* avrebbe chiesto la chiusura anticipata del procedimento, mentre il 70% dei convenuti in procedimenti civili avrebbe transato per evitare di andare davanti alle Corti.

⁸⁶ Vedi la sezione dedicata ai cartelli del sito internet della Direzione Generale per la Concorrenza: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/cases/cases.html>.

⁸⁷ Decisione della Commissione del 20 dicembre 2006, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. L 182 del 12 luglio 2007, p. 31.

⁸⁸ Decisione della Commissione del 29 novembre 2006, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 7 del 12 gennaio 2008, p. 11.

⁸⁹ Decisione della Commissione dell'8 novembre 2006, v. la sintesi in *Gu-Ue*, n. C 235 del 13 settembre 2008.

⁹⁰ Decisione della Commissione del 20 settembre 2006, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. L 283 del 27 ottobre 2007 p. 63.

⁹¹ Decisione della Commissione del 13 settembre 2006, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. L 196 del 28 luglio 2007, p. 40.

2004 e la decisione finale fu adottata nel 2006. Nel caso *Acrylic Glass*⁹² le indagini iniziarono nel 2002, la Comunicazione degli Addebiti fu redatta nel 2005 e la decisione finale adottata nel 2006. Nel caso *Hydrogen Peroxide*⁹³ le indagini iniziarono nel 2003, la Comunicazione degli Addebiti redatta nel 2005 e la decisione finale adottata nel 2006; per quanto concerne i casi del 2007 invece, nel caso *Chloroprene rubber*⁹⁴ le indagini iniziarono nel 2003, la Comunicazione degli Addebiti redatta nel 2007 e la decisione adottata circa 9 mesi dopo. Nel caso *Flat Glass*⁹⁵, le indagini iniziarono nel 2005, la Comunicazione degli Addebiti redatta nel marzo 2007 e la decisione finale adottata nel novembre 2007. Nel caso *Professional Videotapes*⁹⁶ le indagini iniziarono nel 2002, la Comunicazione degli Addebiti fu redatta nel marzo 2007 e la decisione finale adottata nel novembre 2007. Nel caso *Hard haberdashery: Fasteners*⁹⁷ le indagini iniziarono nel 2001, la prima Comunicazione redatta nel 2004, mentre la Comunicazione supplementare nel 2006 e la decisione finale adottata nel 2007. Nel caso *Elevators and Escalators*⁹⁸ le ispezioni iniziarono nel 2004, la Comunicazione fu redatta nel 2005, mentre la decisione finale adottata nel 2007.

Per quanto riguarda i casi del 2008, nel caso *Car Glass*⁹⁹ le indagini iniziarono nel 2005, la Comunicazione redatta nel 2005 e la decisione finale adottata nel 2008. Nel caso *Bananas*¹⁰⁰ le indagini iniziarono nel 2005, la Comunicazione redatta nel 2007 e la decisione finale adottata nel 2008. Nel caso *Aluminium Flouride*¹⁰¹ le indagini iniziarono nel 2005, la Comunicazione redatta nel 2007 e la decisione finale nel 2008. Nel caso

⁹² Decisione della Commissione del 31 maggio 2006, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. L 322 del 22 novembre 2006, p. 20.

⁹³ Decisione della Commissione del 3 maggio 2006, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. L 353 del 13 dicembre 2006, p. 54.

⁹⁴ Decisione della Commissione del 5 dicembre 2007, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 251 del 3 ottobre 2008, p. 11.

⁹⁵ Decisione della Commissione del 28 novembre 2007, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 127 del 24 maggio 2008, p. 9.

⁹⁶ Decisione della Commissione del 20 novembre 2007, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 57 dell'1 marzo 2008, p. 10.

⁹⁷ Decisione della Commissione del 19 settembre 2007, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 47 del 26 febbraio 2009, p. 8.

⁹⁸ Decisione della Commissione del 21 febbraio 2007, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 75, del 26 marzo 2008, p. 19.

⁹⁹ Decisione della Commissione del 12 novembre 2008, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 173 del 25 luglio 2009, p. 13.

¹⁰⁰ Decisione della Commissione del 15 ottobre 2008, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 189 del 12 agosto 2009, p. 12.

¹⁰¹ Decisione della Commissione del 25 giugno 2008, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 40 del 9 febbraio 2011, p. 22.

*Sodium Chlorate*¹⁰² le indagini iniziarono nel 2003, la Comunicazione redatta nel 2007 e la decisione finale adottata nel 2008. Nel caso *Synthetic rubber*¹⁰³ le indagini iniziarono nel 2003, la Comunicazione degli Addebiti redatta nel 2007 e la decisione finale adottata nel 2008. Per quanto riguarda invece i casi del 2009, nel caso *Power Transformers*¹⁰⁴ le ispezioni iniziarono nel 2007, la Comunicazione redatta nel 2008 e la decisione finale adottata nel 2009. Nel caso *Calcium Carbide*¹⁰⁵ le ispezioni iniziarono nel 2007, la Comunicazione redatta nel 2008 e la decisione adottata nel 2009. Nel caso *Marine Hoses*¹⁰⁶ le indagini iniziarono nel 2007, la Comunicazione redatta nel 2008 e la decisione finale nel 2009. Per quanto attiene invece ai casi del 2010, nel caso *LCD*¹⁰⁷ la Comunicazione fu redatta nel 2009 e la decisione adottata nel 2010; nel caso *Air Cargo*¹⁰⁸ la Comunicazione fu redatta nel 2007 e la decisione finale arrivò nel 2010. Nel caso *Prestressing steel*¹⁰⁹ la Comunicazione fu redatta nel 2009 e la decisione adottata nel 2010. Nel caso *Bathroom fitting*¹¹⁰ la Comunicazione fu redatta nel 2007 e la decisione nel 2010; nel caso *Carbonless paper*¹¹¹ la nuova Comunicazione fu redatta nel 2009 e la decisione finale nel 2010. La prima decisione invece era stata adottata nel lontano 2001.

Questi dati mostrano chiaramente che, mediamente, da quando la Comunicazione degli Addebiti viene redatta all'adozione della decisione fina-

¹⁰² Decisione della Commissione dell'11 giugno 2008, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 137 del 17 giugno 2009, p. 6.

¹⁰³ Decisione della Commissione del 23 gennaio 2008, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 86 del 15 aprile 2009, p. 7.

¹⁰⁴ Decisione della Commissione del 7 ottobre 2009, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 296 del 5 dicembre 2009, p. 21 ss.

¹⁰⁵ Decisione della Commissione del 22 luglio 2009, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 301 dell'11 dicembre 2009, p. 18 ss.

¹⁰⁶ Decisione della Commissione del 28 gennaio 2009, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 168 del 21 luglio 2009, p. 6.

¹⁰⁷ Decisione della Commissione dell'8 dicembre 2010, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 295 del 7 ottobre 2011, p. 8.

¹⁰⁸ Decisione della Commissione del 9 novembre 2010, inedita in *Gu-Ue* (cfr. il comunicato stampa IP/10/1487 del 9 novembre 2010, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1487_en.htm?locale=en, *Antitrust: Commission fines 11 air cargo carriers €799 million in price fixing cartel*); probabilmente la decisione finale arrivò dopo ben due anni di tempo perché la Commissione stava cercando di calcolare il giusto ammontare delle sanzioni da irrogare. Detto questo, è facile capire come il rischio di inefficienze, in un sistema come questo, sia elevatissimo.

¹⁰⁹ Decisione della Commissione del 30 giugno 2010, v. la sintesi della decisione in *Gu-Ue* n. C 339 del 19 novembre 2011, p. 7.

¹¹⁰ Decisione della Commissione del 23 giugno 2010, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 348 del 29 novembre 2011, p. 12.

¹¹¹ Decisione della Commissione del 23 giugno 2010, v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 138 del 7 maggio 2011, p. 21.

le, intercorre un periodo di tempo di circa un anno. Se si considera che, con un eventuale riforma strutturale e l'adozione di un modello accusatorio tutta la fase che va dalla Comunicazione degli Addebiti fino alla decisione finale e parte della fase che va dalle indagini fino alla Comunicazione degli Addebiti verrebbe completamente eliminata e che, in più, non ci sarebbe alcun sistema di pesi e di contrappesi all'interno della Commissione, i vantaggi di un cambiamento di tale portata, in termini di tempo e di risorse economiche, possono essere notevoli.

XIII. Vizio di parzialità nel processo decisionale

Il secondo grande gruppo di critiche all'attuale sistema riguarda proprio il rischio che vi sia un vizio di parzialità nel processo decisionale¹¹². La questione, infatti, verte intorno alla domanda se vi possa essere, realisticamente parlando, un rischio concreto di tale natura, in virtù del fatto che la Commissione detiene tutte le funzioni. Se la risposta fosse affermativa, ci si troverebbe di fronte ad una nuova argomentazione in favore di una riforma, giacché non sarebbe per nulla desiderabile ritrovarsi con decisioni viziate di parzialità. Significherebbe che il sistema così com'è adesso non è sufficientemente efficiente, proprio perché aumenterebbe il rischio di avere decisioni erranee. A dir la verità, non vi sono prove che le decisioni in materia di cartelli, adottate dalla Commissione, siano viziate di parzialità. È però facile immaginare e capire quanto sia estremamente facile per un funzionario che si sta occupando di un caso in particolare, convincersi che vi sia una violazione del diritto *antitrust*. Se vi possa essere un rischio di tal genere, occorrerebbe correggerlo al più presto, per evitare che la probabilità di avere decisioni erranee cresca.

È già stato detto che non vi è alcuna prova che vi sia un rischio del genere. Infatti, il fatto che un'impresa accusata di violare il diritto *antitrust* si lamenti, non può essere decisivo per concludere che la decisione sia viziata. È nell'interesse delle imprese argomentare a loro favore e cercare di non essere sanzionate per una violazione che, magari, hanno commesso. Non a caso, più sopra, si è fatto presente, anche attraverso l'ausilio dei dati, che è facile per un'impresa impugnare una decisione e citare la Commissione davanti alle Corti. A conferma di ciò, è sempre più comune che la presunta parte lesa dalla decisione lamenti una violazione dei diritti fondamentali di difesa. Non tanto perché vi sia una percezione più acuta dell'importanza del rispetto del diritto procedurale anche in materia di diritto della concorrenza,

¹¹² Cfr. *supra*, nota 23.

ma anche e, forse, soprattutto, perché un'eccezione di natura procedurale è spesso l'ultima, se non l'unica, arma attraverso cui chiedere alla Corte di annullare una decisione.

Si possono altresì rinvenire quattro tipologie di parzialità nel processo decisionale¹¹³: parzialità confirmatoria; parzialità del senno di poi; il desiderio di giustificare i propri sforzi passati; il desiderio di mostrare un livello alto di applicazione¹¹⁴. Senza una separazione delle funzioni ci saranno più rischi che un vizio di parzialità nel processo decisionale possa influenzare la decisione. Ovviamente, sia il dibattito interno sia il sistema di pesi e di contrappesi interni alla Commissione possono ridurli, ma la soluzione ottimale è certamente un modello di tipo accusatorio. Gli interessi in gioco, nei procedimenti aventi ad oggetto cartelli d'impresa, sono troppo importanti per correre rischi di questo tipo.

XIV. Sanzioni, programma di clemenza e transazioni

Il terzo gruppo di critiche riguarda invece le sanzioni che possono essere inflitte, il programma di clemenza e la procedura transattiva applicabile ai casi di cartelli. La via migliore per accrescere l'efficienza è aumentare l'effetto deterrente. Quello che occorre chiedersi è se un'eventuale riforma che abbracci un modello accusatorio possa diminuire il c.d. circolo virtuoso e quindi anche l'effetto deterrente. È già stato detto che alcuni sostengono che le sanzioni sono troppo alte. I cartelli però sono stati paragonati a «tumori dell'economia aperta di mercato»¹¹⁵ e devono pertanto essere puniti. Le sanzioni, per quanto alte possano sembrare, non possono essere ritenute spro-

¹¹³ Cfr. *supra*, nota 23.

¹¹⁴ Per quanto riguarda la parzialità confirmatoria, occorre fare presente che una nutrita schiera di psicologi ha scoperto che è la stessa modalità attraverso cui gli esseri umani ragionano ad essere sottoposta ad un alto rischio di parzialità confirmatoria. Infatti, gli esseri umani tendono a cercare prove che confermino piuttosto che cercare di sfidare i propri preconcetti. Di conseguenza, tendono ad accettare maggiormente un ragionamento sillogistico che corrisponda al loro punto di vista. Per quanto attiene invece alla c.d. parzialità del senno di poi e al desiderio di giustificare i propri sforzi passati, vi è una tendenza a credere, sbagliando, che una volta che un risultato è stato osservato, sia possibile presumere che questo risultato sia il solo risultato possibile. Questo può accadere a quei funzionari che prendono parte alla decisione di aprire una seconda fase d'indagini o di redigere una Comunicazione degli Addebiti. Possono avere interesse a non voler accettare che non vi sia bisogno di una decisione della Commissione che sanzioni un comportamento anticompetitivo che, nella realtà, non è tale.

Per quanto riguarda invece il desiderio di mostrare un alto livello di attività d'esecuzione, occorre rilevare che i funzionari che lavorano al Direttorato possono avere la tendenza a mostrare che hanno fatto tutto per adempiere al compito che era stato loro assegnato.

¹¹⁵ Discorso di M. MONTI dell'11 settembre 2000, *Cartels why and how? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?*, reperibile sul sito internet www.ec.europa.eu/comm/competition/speeches.

porzionate, poiché il "crimine" di partecipare ad un cartello si merita un forte segnale di illegalità.

Scopo della presente indagine non è approfondire il dibattito se l'UE debba o meno prevedere sanzioni anche nei confronti di persone fisiche in quanto tali o se sia opportuno o meno che vi sia una direttiva, come accade in ambito di diritto ambientale dell'Unione, dove si provvede a sanzioni di natura strettamente penale¹¹⁶. Tuttavia, quello che appare chiaro è che l'effetto deterrente prodotto dalle sanzioni alle persone giuridiche non è sufficiente, anche perché vi sono tantissimi cartelli che non vengono scoperti e puniti. Questo probabilmente accade perché i benefici di mettere in piedi un cartello sono ancora superiori agli eventuali costi e rischi di essere scoperti e puniti. Potrebbe quindi essere il caso di prevedere anche delle sanzioni per le persone fisiche, se non, addirittura, pene come il carcere per gli individui.

Per quanto attiene al programma di clemenza invece, è stato già ribadito che esso fa parte del c.d. circolo virtuoso e che quindi contribuisce ad alzare il livello di efficienza del sistema, in quanto al momento, la maggioranza dei cartelli scoperti e puniti dalla Commissione sono stati individuati grazie al programma di clemenza¹¹⁷. Occorre pertanto che un'eventuale riforma strutturale della Commissione non metta in pericolo la possibilità per i trasgressori di essere ammessi al programma di clemenza. Inoltre, sembra che un'eventuale adozione del programma *amnesty plus*¹¹⁸ e la possibilità di ottenere una piena immunità da conseguenti azioni di risarcimento dei danni¹¹⁹ possono certamente aumentare il grado di efficienza del sistema di esecuzione in quanto possono incoraggiare i trasgressori a denunciare imprese che, come loro, sono parte di un cartello¹²⁰.

¹¹⁶ Si tratterebbe di una direttiva costruita sul modello di quanto accade in ambito di diritto ambientale: la Commissione può imporre agli Stati membri di introdurre sanzioni penali comuni per punire chi inquina.

¹¹⁷ Cfr. il rapporto XXXV e XXXVI sulle politiche della Concorrenza della Commissione (2005 e 2006) secondo cui nel 2005 tre decisioni su cinque, mentre nel 2006 cinque decisioni su sette sono state adottate grazie al programma di clemenza.

¹¹⁸ Sia la DOJ sia l'OFT nel Regno Unito concedono, ad una impresa che collabora, ma che non può qualificarsi per una completa immunità per quanto riguarda il cartello sotto esame, di ottenere una riduzione della sanzione se denuncia, ottenendo così l'immunità, un secondo cartello.

¹¹⁹ Nel caso *Air Cargo Cartel*, cit. *supra*, nota 108, Lufthansa ottenne l'immunità perché fu ammessa al programma di clemenza. Non di meno, impugnò la decisione della Commissione proprio per evitare la possibilità di conseguenti azioni risarcitorie.

¹²⁰ Un'altra possibilità per aumentare l'efficienza sarebbe di prevedere un sistema «one-stop shop» per il programma di clemenza. Infatti, i cartelli sono, per definizione, attivi tra imprese che operano in diverse giurisdizioni. Il programma di clemenza funzionerebbe molto meglio in quanto chi prende parte ad un cartello sarebbe più incoraggiato a denunciare altri trasgressori. Si potrebbe raggiungere un risultato del genere attraverso una stretta collabora-

Ritornando alla possibilità di introdurre sanzioni a persone fisiche, bisognerebbe altresì introdurre un programma di clemenza che sia adatto anche per individui e non solo per le imprese, altrimenti nessuna persona fisica chiederà mai di essere ammessa al programma di clemenza e l'efficienza ne risulterebbe fortemente ridimensionata. In aggiunta, per quanto riguarda la possibilità di introdurre una direttiva che preveda che gli Stati membri adottino sanzioni penali, va detto che in questo caso, essendo la natura delle sanzioni chiaramente penale, la separazione delle funzioni sarebbe obbligatoria secondo la giurisprudenza della Corte EDU.

In riferimento alle transazioni¹²¹, chi scrive condivide l'opinione di *Wils*¹²² sul fatto che la possibilità di transigere aumenti l'efficienza; esse non sembrano porre problemi dal punto di vista del rispetto del giusto processo e dell'imparzialità. Anche se è vero che la procedura in questione richiede che l'impresa rinunci ad alcuni diritti processuali, è altresì vero che la transazione rimane totalmente volontaria. Dal punto di vista dell'efficienza, invece, transigere può comportare procedimenti più veloci, i costi sono inferiori, il maggiore effetto deterrente aumenta, perché la Commissione può dedicare il suo tempo e le sue risorse ad altri casi. Da un punto di vista essenzialmente economico, appare chiaro che i benefici sono maggiori dei costi. Infatti, la ricompensa per un'impresa che decide di transigere si aggira intorno al 10% sul totale della sanzione. Come afferma *Wils*, per non causare una diminuzione dell'efficienza, non deve essere riconosciuto alcun «diritto a transigere» in capo alle imprese, altrimenti il rischio sarebbe quello che il circolo virtuoso sia minacciato.

Alla luce delle presenti considerazioni, sembra chiaro che un modello accusatorio non comprometterebbe l'efficienza, nemmeno quando si parla di transazioni. Negli USA ad esempio, la maggioranza dei casi terminano con una transazione prima di arrivare davanti alla Corte. Nel sistema americano è anche prevista una procedura speciale, i c.d. «*plea bargains*» che, in termini europei, consistono in una sorta di procedura transattiva mista a programma di clemenza. Comunque sia, in un modello accusatorio ci sarà sempre la possibilità di transare. Anzi, l'efficienza ne risulterebbe migliorata proprio perché, come accade negli USA, sarebbe prevista l'immunità

zione tra sistemi diversi. Sfortunatamente però, al momento, una soluzione del genere sarebbe altamente improbabile: un po' perché convergere su materie di natura processuale si è rivelato ancor più difficile che convergere su materie di natura sostanziale; un po' perché convergere implicherebbe attuare una comparazione tra sistemi diversi. Ma per comparare occorrerebbe avere dati ed esperienza, cosa che, almeno al momento, manca.

¹²¹ Art. 10 del Regolamento (Ce) n. 773/2004, in *Gu-Ue* n. L 123 del 27 aprile 2004.

¹²² Cfr. W. WILS, *The use of settlements in public antitrust enforcement: objectives and principles*, in *World Competition*, 2008, vol. 31, fasc. 3, p. 335 ss.

non solo dalla decisione, che è quello che succede nel sistema attuale europeo, ma anche dall'accusa. E, in aggiunta, in un modello accusatorio, la procedura di transazione avrebbe il sigillo delle Corti. Come conseguenza, sarà meno probabile che la persona in questione, sia essa fisica o giuridica, vada in giudizio davanti alla Corte: sia perché non vi sarebbe alcuna decisione da impugnare sia perché vi sarebbe un notevole incentivo a chiudere il procedimento ancora prima che si arrivi in Corte.

XV. La revisione giurisdizionale e l'efficienza

È già stato detto come l'attuale sistema sia inefficiente per i ritardi che si accumulano a livello delle Corti, specialmente a livello del Tribunale per la lunghezza dei procedimenti davanti alla Commissione. Un modello accusatorio, che preveda una camera specializzata in diritto della concorrenza all'interno del Tribunale, potrebbe ridurre i ritardi ed eliminare quei dodici mesi che, solitamente, impiega la Commissione ad adottare la decisione finale. Un modello accusatorio può ridurre notevolmente i costi, sia economici sia temporali. Inoltre, l'attuale sistema porta altre inefficienze: il fatto, ad esempio, che il Tribunale non possa sostituire la decisione della Commissione con la propria, come accade nel Regno Unito e che, quindi, vi possa sempre essere il rischio di una seconda fase di revisione giurisdizionale e la redazione di una Comunicazione degli Addebiti complementare in caso di annullamento della decisione. Si potrebbe sostenere che perché questo problema sia risolto non è necessario passare ad un sistema accusatorio. Si potrebbe dare al Tribunale il potere di sostituire la decisione della Commissione, senza modificare il modello amministrativo attuale. Tuttavia, una soluzione di questo tipo lascerebbe inalterata la problematica all'origine, compresa la questione del giusto processo, dell'imparzialità, dei ritardi e delle lungaggini processuali.

Uno dei punti chiave del dibattito è cosa accade, attualmente, se il giudice trova la decisione della Commissione viziata. In un caso recente¹²³ viene evidenziata tutta la gravità del problema. In questo caso, infatti, anche se la Commissione ha rilevato un'unica e complessa violazione dell'art. 101 TFUE consistente in un'unica intesa restrittiva della concorrenza nel mercato belga dei traslochi, il Tribunale ha appurato che il soggetto in questione aveva partecipato solo ad una parte della pratica anticompetitiva. Conseguentemente, non essendo il Tribunale in grado di sostituire la

¹²³ Sentenza del Tribunale di primo grado del 16 giugno 2011 in causa n. T-210/08, *Coppens c. Commissione*, par. 36, in *Raccolta*, 2011, II, p. 3713.

decisione della Commissione con la propria, si è trovato costretto ad annullare tutta la decisione della Commissione. Quello che probabilmente accadrà sarà che la Commissione dovrà riadottare un'altra Comunicazione degli Addebiti e una nuova decisione. Probabilmente ci sarà anche un secondo giro di revisione giurisdizionale. Nel Regno Unito, il Governo ha recentemente lanciato una consultazione pubblica¹²⁴ in cui sembra sempre più vicina la possibilità che l'*Office of Fair Trading* (di seguito: OFT) e la *Competition Commission* si fondano in un'unica grande autorità indipendente per la concorrenza. Sebbene la consultazione abbia lasciato anche la porta aperta all'adozione di un modello accusatorio, nella risposta del Governo appare chiaro che non si passerà al modello accusatorio, in quanto, anche se non si capisce il perché, i rischi sono visti maggiori degli eventuali benefici.

Un altro punto chiave dell'attuale sistema di applicazione è capire se le Corti siano o meno deferenti nei confronti delle decisioni della Commissione. Infatti, una delle argomentazioni che può essere sollevata è che se le Corti fossero più intenzionate a esercitare il proprio giudizio, non ci sarebbe bisogno di un modello accusatorio. Ma in ogni caso, anche se le Corti fossero deferenti verso l'approccio della Commissione, non si risolverebbe nulla senza una riforma strutturale del sistema di esecuzione. E d'altro canto, se le Corti non fossero deferenti, un sistema in cui le Corti possano adottare la decisione finale sarebbe di sicuro più efficiente, proprio in virtù delle considerazioni sin qui svolte. Anche se le Corti possono sicuramente fare meglio il proprio lavoro, la risposta a questo tipo di critica sta solamente in una riforma strutturale che separi le funzioni detenute dalla Commissione. Solo una camera specializzata all'interno del Tribunale potrebbe fare meglio.

L'ultimo punto chiave che deve essere trattato riguarda la tesi sostenuta da non pochi esponenti accademici e non, secondo la quale un modello accusatorio non potrebbe essere più efficiente dell'attuale proprio perché vi sarebbe il rischio elevato di avere giudici non preparati in diritto della concorrenza. Negli USA, ad esempio, i casi di concorrenza vanno davanti al giudice ordinario. Nel sistema americano tuttavia, il problema non sussiste giacché la tradizione *antitrust* americana è molto forte. In Irlanda invece, il fatto che il caso avente ad oggetto una violazione della norma nazionale che proibisce intese restrittive della concorrenza vada davanti al

¹²⁴ Cfr. la consultazione «A competition regime for growth: a consultation on options for reform» reperibile sul sito internet <http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/consumer-issues/docs/c/11-657-competition-regime-for-growth-consultation.pdf>; cfr. anche la risposta dell'OFT, reperibile sul sito internet http://www.offt.gov.uk/shared_offt/consultations/OFT1335.pdf.

giudice ordinario crea non pochi problemi. I giudici spesso non sono preparati in diritto della concorrenza e il rischio è che il giudice non vada a fondo nel caso e che preferisca trattare di omicidio, violenza sessuale o casi di divorzio. Si potrebbe argomentare che lo stesso potrebbe accadere nel sistema europeo, dove la tradizione *antitrust* non è così forte come negli USA.

Nell'Ue, infatti, i giudici, di fatto scelti dagli Stati membri, non sarebbero preparati, mentre i funzionari della Commissione sono molto esperti in materia. E il rischio che i giudici non siano all'altezza causerebbe una grande inefficienza, quasi inescusabile, perché il mercato interno europeo è ancora in costruzione. Si rischierebbe di mettere in pericolo tutta l'integrazione economica europea. Sembra però ragionevole sostenere che, non solo le Corti europee hanno già qualche giudice esperto in materia di concorrenza¹²⁵, ma anche che, se è vero che i giudici sono scelti dagli Stati membri, è altresì vero che in virtù dell'art. 255 TFUE, è stata istituita una commissione che si esprime sull'idoneità dei giudici e degli Avvocati Generali. Questo meccanismo dovrebbe essere usato in futuro per accertare che il giudice che andrà a sedere nella camera specializzata in concorrenza all'interno del Tribunale sia esperto di diritto della concorrenza¹²⁶. Queste sono le motivazioni per cui l'idea suggerita da chi scrive è che l'UE debba adottare un sistema accusatorio nell'esecuzione dei procedimenti aventi ad oggetto cartelli d'impresa¹²⁷.

Andrea Usai*

SINTESI

Con il presente contributo, si intende esaminare la problematica relativa a giusto processo, imparzialità ed efficienza nel sistema di applicazione del diritto della concorrenza in materia di cartelli d'impresa. Più precisamente, si vuole proporre una riforma in senso accusatorio, in quanto, tale mutamento strutturale potrebbe risolvere la pretesa non terzietà della Commissione, gli eventuali rischi

¹²⁵ Ad esempio *Forwood e Wahl*.

¹²⁶ Cfr. il discorso del giudice FORWOOD dell'11 marzo 2011, *General Court judge pushes for specialised judges in EU Competition cases*, reperibile sul sito internet <http://www.mlex.com/EU/content.aspx?ID=135241&print=true>.

¹²⁷ L'idea di un modello accusatorio emerge anche dallo *Spaak Report*, *Comité intergouvernemental créé par la Conférence de Messine, Rapport des Chefs de Délégation aux Ministres des Affaires Etrangères*, Mae 120f/56 corrigé (Bruxelles, 21 Avril 1956), par. 56.

* Dottorando in Diritto dell'Unione europea / Università di Bologna e Université de Strasbourg; LLM in Competition Law / King's College London.

di violazione del principio del giusto processo e, al contempo, apportare maggiore efficienza in tutto il sistema. Nella prima parte, dopo un inquadramento generale della problematica e della procedura, sono prese in considerazione le principali critiche al sistema attuale, gli eventuali profili penalistici, la compatibilità con la CEDU nonché la futura adesione dell'UE alla stessa, le sanzioni, il procedimento con cui si arriva alla decisione da parte della Commissione e il ruolo della revisione giurisdizionale. Nella seconda parte, invece, si affronta la tematica dalla prospettiva dell'efficienza, prendendo in esame la lunghezza dei procedimenti, eventuali vizi di imparzialità nel processo decisionale, il ruolo di sanzioni, programma di clemenza e transazioni nonché, parimenti, il ruolo della revisione giurisdizionale.

ABSTRACT

This paper aims at addressing the issues of fairness and efficiency regarding the public enforcement of art. 101 TFEU in cartel cases. Indeed, it is argued that the adoption of a prosecutorial model could lead to a fairer and more efficient enforcement regime. In the first part of this article, after analysing the issue of fairness from a general perspective and after examining how the procedure works, it will be dealt with the main critics to the current enforcement system and with the accession of the EU to the ECHR. Moreover, it will be analysed what is the role of sanctions and the problems regarding the decision-making process together with the main concerns regarding the judicial review. In the second part of this contribution, it will be analysed the abovementioned issues as regards efficiency. It is taken into consideration the length of the proceedings, the risk of bias in the decision making process, the role of sanctions, leniency and settlements, and the role of judicial review.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

IMPORTAZIONE PARALLELA E RICONFEZIONAMENTO DI PRODOTTI FARMACEUTICI MUNITI DI MARCHIO: LA CORTE DI GIUSTIZIA TROVA UN PUNTO DI EQUILIBRIO TRA LA DIFESA DELLA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI E LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DEL TITOLARE DEL MARCHIO

Corte di giustizia

Sentenza del 28 luglio 2011 in cause riunite n. C-400/09 e n. C-207/10*

Orifarm A/S, Orifarm Supply A/S, Handelsselskabet af 5. januar 2002 A/S, in liquidazione, Ompakningsselskabet af 1. november 2005 A/S (causa C-400/09) e Paranova Danmark A/S, Paranova Pack A/S (causa C-207/10) c. Merck Sharp & Dohme Corp., già Merck & Co. Inc., Merck Sharp & Dohme BV, Merck Sharp & Dohme

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 89/104/Cee, art. 7, n. 2 - Marchi di impresa - Importazione parallela di prodotti farmaceutici - Riconfezionamento di prodotti muniti di marchio - Commercializzazione del prodotto riconfezionato - Responsabilità del titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio seguendo le cui istruzioni il prodotto è stato riconfezionato.

* In *Raccolta*, 2011, I, p. 7063 ss. In argomento v. *infra*, p. 71 ss., il commento di *FEDERICO FORNI*.

L'art. 7, n. 2, della prima direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/104/CEE, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, deve essere interpretato nel senso che non consente al titolare di un marchio riguardante un prodotto farmaceutico, oggetto di importazioni parallele, di opporsi alla commercializzazione ulteriore di tale prodotto riconfezionato, per l'unico motivo che la nuova confezione indica come riconfezionatore non l'impresa che, su ordine altrui, ha effettivamente riconfezionato detto prodotto e che è titolare della relativa autorizzazione, ma l'impresa che è titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio di detto prodotto, seguendo le cui istruzioni è stato effettuato il riconfezionamento e che ne assume la responsabilità.

(Omissis) In diritto

1. Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione dell'art. 7, n. 2, della prima direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, n. 89/104/Cee, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa (*GU* 1989, n. L 40, p. 1), nonché della relativa giurisprudenza della Corte e, segnatamente, delle sentenze 23 maggio 1978, *Hoffmann-La Roche* (causa n. 102/77, in *Raccolta*, p. 1139); 3 dicembre 1981, *Pfizer* (causa n. 1/81, in *Raccolta*, p. 2913), nonché 11 luglio 1996, *Bristol-Myers Squibb e a.* (cause riunite n. C-427/93, causa n. C-429/93 e n. C-436/93, in *Raccolta*, p. 3457), nonché *MPA Pharma* (causa n. C-232/94, in *Raccolta*, p. 3671). In dette sentenze la Corte ha precisato le condizioni in cui un importatore parallelo può commercializzare medicinali riconfezionati contrassegnati da un marchio, senza che il titolare del marchio possa opporvisi.

2. Tali domande sono state presentate nell'ambito di controversie che oppongono, nella causa n. C-400/09, l'Orifarm A/S (in prosieguo: l'«Orifarm»), l'Orifarm Supply A/S (in prosieguo: l'«Orifarm Supply»), la Handelsselskabet af 5. januar 2002 A/S, in liquidazione (in prosieguo: la «Handelsselskabet»), e l'Ompakningsselskabet af 1. november 2005 A/S (in prosieguo: l'«Ompakningsselskabet») e, nella causa n. C-207/10, la Paranova Danmark A/S (in prosieguo: la «Paranova Danmark») e la Paranova Pack A/S (in prosieguo: la «Paranova Pack»), alla Merck Sharp & Dohme Corp. (già Merck & Co. Inc.), alla Merck Sharp & Dohme BV e alla Merck Sharp & Dohme (in prosieguo, congiuntamente: la «Merck»), in merito alla mancanza di indicazione dell'effettivo riconfezionatore sulla nuova confezione di medicinali importati parallelamente.

(Omissis)

Sulle questioni pregiudiziali

21. Con le sue questioni, che vanno esaminate congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 7, n. 2, della direttiva n. 89/104 debba essere interpretato nel senso che consente al titolare di un marchio riguardante un pro-

dotto farmaceutico, oggetto di importazione parallela, di opporsi alla commercializzazione ulteriore di tale prodotto riconfezionato a causa del fatto che la nuova confezione indica come riconfezionatore non l'impresa che, su ordine altrui, ha effettivamente riconfezionato il prodotto di cui trattasi e che è titolare della relativa autorizzazione, ma l'impresa che è titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio di detto prodotto, seguendo le cui istruzioni è stato effettuato il riconfezionamento e che ne assume la responsabilità.

22. L'Orifarm, la Paranova Danmark, i Governi ceco e portoghese, nonché la Commissione europea ritengono che tali questioni, come riformulate, debbano essere risolte negativamente, mentre la Merck e il Governo italiano sono di parere contrario.

23. In via preliminare, occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 7, n. 2, della direttiva n. 89/104, l'opposizione del titolare del marchio al riconfezionamento di prodotti contrassegnati da detto marchio, in quanto deroga alla libera circolazione delle merci, non può essere ammessa ove l'esercizio di tale diritto da parte del titolare costituisca una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri ai sensi dell'art. 30, seconda frase, CE (divenuto art. 36, seconda frase, TFUE) (v. sentenza 26 aprile 2007 in causa n. C-348/04, *Boehringer Ingelheim e a.*, in *Raccolta*, I, p. 3391, punto 16 e giurisprudenza *ivi* citata).

24. Costituisce una siffatta restrizione dissimulata ai sensi di tale ultima disposizione l'esercizio, da parte del titolare di un marchio, del suo diritto di opporsi al riconfezionamento se tale esercizio contribuisce a isolare artificiosamente i mercati tra gli Stati membri e se, d'altro canto, il riconfezionamento avviene in modo tale che i legittimi interessi del titolare vengano rispettati (v. sentenza *Boehringer Ingelheim e a.*, *cit.*, punto 17 e giurisprudenza *ivi* citata).

25. La Corte ha dichiarato a quest'ultimo proposito che, nel caso in cui il riconfezionamento sia effettuato secondo modalità che non possono alterare lo stato originario del prodotto contenuto nella confezione, la funzione essenziale del marchio come garanzia di provenienza è salvaguardata. Infatti, il consumatore o l'utilizzatore finale non sono indotti in errore circa la provenienza del prodotto, ma ricevono effettivamente prodotti fabbricati sotto il controllo unico del titolare del marchio (v. sentenze precedentemente citate *Bristol-Myers Squibb e a.*, punto 67, nonché *MPA Pharma*, punto 39).

26. La Corte ha tuttavia rilevato anche che l'impossibilità per il titolare di far valere il diritto di marchio per opporsi allo smercio, con il suo marchio, dei prodotti riconfezionati da un importatore equivale a riconoscere all'importatore una certa facoltà che, di regola, è riservata allo stesso titolare. Di conseguenza, nell'interesse del titolare, in quanto proprietario del marchio e per proteggerlo contro qualsiasi abuso, occorre ammettere tale facoltà solo se l'importatore rispetta talune altre condizioni (v., in tal senso, le sentenze precedentemente citate *Bristol-Myers Squibb e a.*, punti 68 e 69, nonché *MPA Pharma*, punti 40 e 41).

27. Risulta quindi da costante giurisprudenza e, in particolare, dalle sentenze la cui interpretazione è richiesta alla Corte dal giudice del rinvio, che il titolare del marchio non può legittimamente opporsi all'ulteriore smercio di un prodotto farmaceutico contrassegnato dal suo marchio, qualora l'importatore abbia ricon-

fezionato il prodotto e vi abbia riapposto il detto marchio allorché:

- sia provato che detta opposizione contribuirebbe a compartimentare artificiosamente i mercati tra gli Stati membri, in particolare in quanto il riconfezionamento è necessario per lo smercio del prodotto nello Stato membro dell'importazione;
- sia provato che il riconfezionamento non può alterare lo stato originario del prodotto contenuto nella confezione;
- siano indicati chiaramente sulla nuova confezione l'autore del riconfezionamento del prodotto e il nome del fabbricante;
- la presentazione del prodotto riconfezionato non sia atta a nuocere alla reputazione del marchio e a quella del suo titolare, il che implica, in particolare, che la confezione non sia difettosa, di cattiva qualità o grossolana, e
- l'importatore, prima di mettere in vendita il prodotto riconfezionato, ne informi il titolare del marchio e gli fornisca, su sua richiesta, un campione del prodotto riconfezionato (v., in particolare, le sentenze precedentemente citate *Hoffmann-La Roche*, punto 14; *Bristol-Myers Squibb e a.*, punto 79; *MPA Pharma*, cit., punto 50, e *Boehringer Ingelheim e a.*, cit., punto 21, nonché sentenza 22 dicembre 2008 in causa n. C-276/05, *The Wellcome Foundation*, in *Raccolta*, I, p. 10479, punto 23).

28. Per quanto riguarda la condizione di cui trattasi nelle cause principali, secondo cui la nuova confezione deve indicare chiaramente l'autore del riconfezionamento del prodotto, tale obbligo è giustificato dall'interesse del titolare del marchio a che il consumatore o l'utilizzatore finale non possano essere indotti a considerarlo responsabile del riconfezionamento (v. le sentenze precedentemente citate *Bristol-Myers Squibb e a.*, punto 70, nonché *MPA Pharma*, punto 42).

29. Orbene, come ha rilevato l'Avvocato Generale ai par. 34 e 35 delle sue conclusioni, tale interesse del titolare è assolutamente tutelato allorché sulla confezione del prodotto riconfezionato compare chiaramente il nome dell'impresa su ordine della quale e seguendo le cui istruzioni è stato effettuato il riconfezionamento e che ne assume la responsabilità. Infatti, tale indicazione, purché sia stampata in modo da essere recepita da una persona di normale attenzione, è idonea ad evitare l'impressione erronea nella mente del consumatore o dell'utilizzatore finale che il prodotto sia stato riconfezionato dal titolare.

30. Inoltre, la circostanza che tale impresa assuma la completa responsabilità delle operazioni collegate al riconfezionamento assicura che il titolare possa far valere i suoi diritti e, eventualmente, ottenere il risarcimento del danno nell'ipotesi in cui lo stato originario del prodotto contenuto nella confezione sia stato alterato dal riconfezionamento o in cui la presentazione del prodotto riconfezionato sia atta a nuocere alla reputazione del marchio. A tale proposito occorre precisare che, in tale situazione, un'impresa che figuri come riconfezionatore sulla nuova confezione di un prodotto riconfezionato sarebbe responsabile di qualsiasi danno causato dall'impresa che ha effettivamente proceduto al riconfezionamento e non potrebbe esimersi dalla sua responsabilità facendo valere, in particolare, che quest'ultima ha agito contrariamente alle sue istruzioni.

31. Pertanto, il titolare del marchio non ha un legittimo interesse a pretendere che sulla confezione compaia il nome dell'impresa che ha effettivamente ri-

confezionato il prodotto per l'unico motivo che il riconfezionamento può alterare lo stato originario di tale prodotto e, di conseguenza, violare eventualmente i diritti di marchio.

32. Infatti, l'interesse del titolare del marchio alla conservazione dello stato originale del prodotto contenuto nella confezione è tutelato a sufficienza dall'obbligo, richiamato al punto 27 della presente sentenza, di provare che il riconfezionamento non può alterare lo stato originario di detto prodotto. L'onere di tale prova incombe, in circostanze come quelle di cui alla causa principale, al titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio, seguendo le cui istruzioni è stato effettuato il riconfezionamento e che ne assume la responsabilità.

33. La Merck sostiene tuttavia che sarebbe necessario, per tutelare i consumatori, indicare sulla confezione del prodotto riconfezionato il nome dell'impresa che ha effettivamente effettuato il riconfezionamento. Infatti, essi avrebbero interesse ad essere informati del nome di tale impresa, in particolare allorché possono, in forza del loro diritto nazionale, esperire un'azione non solo contro il titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio, ma anche contro l'autore del riconfezionamento se hanno subito danni a causa di quest'ultima operazione.

34. Tale argomento non può però essere accolto. È sufficiente rilevare, a tale proposito, che risulta chiaramente dalla formulazione dell'art. 7, n. 2, della direttiva n. 89/104 che l'eccezione al principio dell'esaurimento del diritto conferito dal marchio previsto in tale disposizione è limitata alla tutela dei legittimi interessi del titolare del marchio, mentre la tutela dei legittimi interessi dei consumatori è garantita da altri strumenti giuridici.

35. In ogni modo, anche supponendo che gli interessi del titolare del marchio coincidano, anche solo parzialmente, con quelli del consumatore, cionondimeno, come ha rilevato l'Avvocato Generale ai par. 42 e 43 delle sue conclusioni, l'indicazione sulla confezione del prodotto dell'impresa responsabile del suo riconfezionamento consente al consumatore, nell'ottica del diritto di marchio, di essere adeguatamente informato.

36. Dal complesso delle considerazioni precedenti risulta che l'art. 7, n. 2, della direttiva n. 89/104 deve essere interpretato nel senso che non consente al titolare di un marchio riguardante un prodotto farmaceutico, oggetto di importazioni parallele, di opporsi alla commercializzazione ulteriore di tale prodotto riconfezionato, per l'unico motivo che la nuova confezione indica come riconfezionatore non l'impresa che, su ordine altrui, ha effettivamente riconfezionato detto prodotto e che è titolare della relativa autorizzazione, ma l'impresa che è titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio di detto prodotto, seguendo le cui istruzioni è stato effettuato il riconfezionamento e che ne assume la responsabilità.

(Omissis)

IL FARMACO DI IMPORTAZIONE PARALLELA HA TROVATO L'AUTORE DEL SUO RICONFEZIONAMENTO

Sommario: *Introduzione - 1. La supremazia del mercato unico sui diritti di proprietà industriale e commerciale - 2. L'importazione parallela e l'esaurimento del diritto conferito dal marchio di impresa nel mercato unico - 3. L'importazione parallela delle specialità medicinali - 4. La procedura semplificata di autorizzazione - 5. Abuso di posizione dominante - 6. Le divergenze nel prezzo negli Stati membri: una causa dell'importazione parallela delle specialità medicinali - 7. L'importazione parallela delle specialità medicinali: un vantaggio per i consumatori? - 8. La reimportazione di medicinali dai Paesi terzi verso l'Unione - 9. Rietichettatura e riconfezionamento del medicinale importato - 10. L'autore del riconfezionamento - 11. Conclusioni.*

Introduzione

La giurisprudenza dell'Unione si è pronunciata per chiarire il significato di «autore della rietichettatura [riconfezionamento] del prodotto»¹, la cui

¹ L'espressione «autore della rietichettatura del prodotto» è stata utilizzata nella sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 2007 in causa n. C-348/04, *Boehringer Ingelheim KG e altri c. Swingward Ltd e Dowelhurst Ltd*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 3391, par. 32 e annotata in questa *Rivista*, 2007, p. 527 ss. Nei casi in cui l'importatore parallelo aveva sostituito la confezione (sentenze della Corte di giustizia dell'11 luglio 1996 in causa n. C-232/94, *MPA Pharma GmbH c. Rhône-Poulenc Pharma GmbH*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3671, par. 50; dell'11 luglio 2006 in cause riunite n. C-71/94, n. C-72/94 e n. C-73/94, *Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH c. Beiersdorf AG, Boehringer Ingelheim KG e Farmitalia Carlo Erba GmbH*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3603, par. 70; dell'11 luglio 1996 in cause riunite n. C-427/93, n. C-429/93 e n. C-436/93, *Bristol-Myers Squibb c. Paranova A/S e C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG e Boehringer Ingelheim A/S c. Paranova A/S e Bayer Aktiengesellschaft e Bayer Danmark A/S c. Paranova A/S*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3457, par. 79), i giudici hanno impiegato l'espressione «autore del riconfezionamento del prodotto». Anche in precedenza era già stato richiesto che «sul nuovo imballaggio [...] fosse] precisato da chi è stato effettuato il riconfezionamento» (sentenza della Corte di giustizia del 23 maggio 1978 in causa n. 102/77, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, in *Raccolta*, 1978, p. 1139, par. 14) ed era stato specificato

presenza sulla confezione costituisce uno dei requisiti che non consentono al detentore del marchio di opporsi alla vendita dei propri medicinali importati per via parallela da uno Stato membro invocando la sostituzione della loro confezione originale (riconfezionamento)². In precedenza, nel ritenere indispensabile affiancare sul nuovo imballaggio tale indicazione al nominativo del produttore, la Corte non aveva precisato se l'informazione fosse funzionale a permettere al consumatore di identificare l'azienda che aveva eseguito materialmente il cambio dell'astuccio o la sua rietichettatura oppure se la segnalazione servisse ad identificare il «titolare dell'immissione nel mercato del medicinale importato parallelamente, che dà le istruzioni d'acquisto e di riconfezionamento all'impresa che se ne occupa»³. Per risolvere questo dubbio, la Corte suprema danese (*Højesteret*) si era rivolta in via pregiudiziale alla Corte di giustizia. La necessità di tale chiarimento era conseguente ai ricorsi presentati contro il divieto imposto dal Tribunale per le cause marittime e commerciali (*Sø- og Handelsretten*) alla vendita di medicinali importati in parallelo i cui astucci riportavano come autori del riconfezionamento le aziende importatrici (*Orifarm* e *Paranova*) le quali non avevano operato alcun intervento diretto, ma avevano affidato l'operazione a loro consociate o a terzi senza tuttavia menzionarne i nominativi sulla nuova etichettatura.

Accanto all'interesse pratico derivante dalla risoluzione della specifica problematica, la sentenza oggetto di questo commento costituisce anche l'occasione per sintetizzare ed analizzare il complesso quadro normativo, giurisprudenziale e socioeconomico al cui interno si colloca l'importazione parallela dei medicinali. L'articolato e complesso dibattito relativo a tale pratica commerciale è sfociato a livello europeo in numerose controverse sorte in seguito ai tentativi delle ditte produttrici di arginare un fenomeno che rappresenta una rilevante fonte di erosione dei loro introiti.

che «il titolare di un diritto al marchio non può far valere questo diritto per impedire ad un importatore di vendere un prodotto farmaceutico fabbricato in un altro Stato membro (...), qualora detto importatore abbia riconfezionato il prodotto limitandosi a sostituire l'imballo esterno (...), rendendo visibile, attraverso il nuovo imballo esterno, il marchio apposto dal fabbricante all'imballo interno, non omettendo di indicare chiaramente sull'imballo esterno che il prodotto è stato (...) riconfezionato dall'importatore» (sentenza della Corte di giustizia del 3 dicembre 1981 in causa n. 1/81, *Pfizer Inc. c. Eurim-Pharm GmbH*, in *Raccolta*, 1981, p. 2913, par. 13).

² Sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2011 in cause riunite n. C-400/09 e n. C-207/10, *Orifarm A/S e altri e Paranova Danmark A/S e Paranova Pack A/S c. Merck Sharp & Dohme Corp. e Merck Sharp & Dohme BV e Merck Sharp & Dohme*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 7063.

³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot del 12 maggio 2011 in cause riunite n. C-400/09 e n. C-207/10, *Orifarm A/S e altri e Paranova Danmark A/S e Paranova Pack A/S c. Merck Sharp & Dohme Corp. e Merck Sharp & Dohme BV e Merck Sharp & Dohme*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 7063, par. 1.

1. La supremazia del mercato unico sui diritti di proprietà industriale e commerciale

L'eliminazione di tutte le restrizioni in grado di ostacolare la libera circolazione delle merci costituiva uno degli obiettivi che gli Stati membri si erano proposti di raggiungere fin dal momento dell'istituzione della Comunità europea. Tale principio ispiratore, già presente nel Trattato di Roma, è attualmente codificato dagli artt. 34 e 35 TFUE (già artt. 28 e 29 TCE) alla cui applicazione l'art. 36 TFUE (già art. 30 TCE) ammette la possibilità di derogare in presenza di giustificati motivi «di tutela della proprietà industriale e commerciale» i quali tuttavia «non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri».

Un'interpretazione ampia di tale eccezione avrebbe potuto contrastare, in mancanza del consenso del detentore del marchio, l'importazione in uno Stato membro di un bene acquistato in un secondo Paese dell'Unione. La Corte di giustizia ha al contrario limitato la portata di questa deroga considerando la tutela della proprietà industriale e commerciale un'eccezione rispetto agli obiettivi alla base dell'impianto dell'allora Comunità⁴. In questo modo, i giudici hanno impedito che il regime esistente negli Stati membri consentisse l'adozione di «provvedimenti lesivi del principio della libera circolazione delle merci»⁵. Tale orientamento palesava l'esistenza «di una certa riluttanza per conciliare(...) [la tutela nazionale] con i principi fondamentali e gli scopi del mercato comune in materia di libera circolazione delle merci»⁶. Lo sviluppo di questo clima giurisprudenziale favorevole ha quindi consentito l'affermazione dei concetti ispiratori della costruzione europea sulle disposizioni nazionali anche in tema di proprietà intellettuale negando di fatto al titolare di un diritto esclusivo ogni possibi-

⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 31 ottobre 1974 in causa n. 16/74, *Centrafarm BV ed Adriaan de Peijper c. Winthrop BV*, in *Raccolta*, 1974, p. 1183, par. 7 [«in quanto norma eccezionale rispetto ad uno dei principi fondamentali del mercato comune, l'art. 36 ammette (...) deroghe alla libera circolazione delle merci solo nella misura in cui tali deroghe appaiano indispensabili per la tutela dei diritti che costituiscono oggetto specifico della proprietà industriale e commerciale»].

⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 18 febbraio 1992 in causa n. C-235/89, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 777.

⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Dutheillet de Lamothe del 21 gennaio 1971 in causa n. 40/70, *Sirena S.r.l. c. Eda S.r.l. e altri*, in *Raccolta*, 1971, p. 69, a p. 87. Il richiamo al principio di territorialità dei marchi è presente anche nella sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 1994 in causa n. C-9/93, *IHT Internationale Heiztechnik GmbH, Uwe Danzinger c. Ideal-Standard GmbH, Wabco Standard GmbH*, in *Raccolta*, 1978, p. 2789, par. 22 («I titoli nazionali in materia di marchi sono anzitutto territoriali. Tale principio di territorialità, riconosciuto dal diritto internazionale convenzionale, significa che il diritto dello Stato in cui viene chiesta la tutela di un marchio determina le condizioni di tutela»).

lità di opporsi alla vendita in uno Stato membro di un bene legittimamente acquistato in un secondo Paese Ue⁷.

La visione giurisprudenziale ha quindi evitato che il marchio fosse inteso come uno strumento atto ad isolare i mercati nazionali⁸ quando il bene fosse già stato commercializzato in uno Stato membro dal titolare o da altri con il suo consenso⁹ oppure fosse ritenuto come un mezzo in grado di impedire la distribuzione «in uno Stato membro, di merci legalmente prodotte sotto un marchio identico, avente la stessa origine, in un altro Stato membro»¹⁰. In sintesi, l'importazione in un Paese membro di una merce protetta da un marchio non può configurarsi *ipso facto* come un'attività illecita o come una condotta sleale qualora detto bene sia stato acquistato sul mercato di un secondo Stato membro in cui è legalmente commercializzato¹¹.

Per giungere ad una tale conclusione, i giudici hanno dovuto enucleare dalle norme «la funzione essenziale del marchio (...) che consiste nel garantire al consumatore la provenienza del prodotto»¹². L'affermazione indica che tale segno distintivo consente alle imprese di caratterizzare i propri articoli in modo che il consumatore possa identificarne l'origine e risa-

⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 1971 in causa n. 78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, in *Raccolta*, 1971, p. 487 e in questa *Rivista*, 1971, p. 459 ss. con commento di A. MARCHINI-CAMIA, *Esercizio dei diritti della proprietà industriale e tutela della libertà di concorrenza nella CEE*, 1971, p. 463 ss.

⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Capotorti del 14 marzo 1978 in causa n. 102/77, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 1139, a p. 1173 ss.

⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 31 ottobre 1974 in causa n. 16/74, *Centrafarm BV ed Adriaan de Peijper c. Winthrop BV*, cit. *supra*, nota 4, par. 11 e dell'11 luglio 1996 in cause riunite n. C-427/93, n. C-429/93 e n. C-436/93, *Bristol-Myers Squibb c. Paranova A/S e C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG e Boehringer Ingelheim A/S c. Paranova A/S e Bayer Aktiengesellschaft e Bayer Danmark A/S c. Paranova A/S*, cit. *supra*, nota 1, par. 37.

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 1974 in causa n. 192/73, *Van Zuylen frères c. Hag AG*, in *Raccolta*, 1974, p. 731, par. 12.

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 22 gennaio 1981 in causa n. 58/80, *Dansk Supermarked A/S c. A/S Imerco*, in *Raccolta*, 1981, p. 181, par. 16.

¹² Sentenza della Corte giustizia del 22 giugno 1976 in causa n. 119/75, *Terrapin (Overseas) Ltd. c. Terranova Industrie CA Kapferer & Co.*, in *Raccolta*, 1976, p. 1039, par. 6. Per quanto riguarda i medicinali, la Corte ha enunciato per la prima volta tale concetto nella sentenza del 3 dicembre 1981 in causa n. 1/81, *Pfizer Inc. c. Eurim-Pharm GmbH*, cit. *supra*, nota 1, par. 8 e ha ribadito più recentemente questa impostazione sottolineando che «la funzione essenziale del marchio comunitario consiste nel servire da indicatore dell'origine del prodotto» (sentenza della Corte giustizia del 26 aprile 2007 in causa n. C-412/05 P, *Alcon Inc. c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI)*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 3569, par. 50).

lire al responsabile della qualità¹³, ma non attribuisce al titolare del marchio il diritto di isolare i mercati nazionali¹⁴.

In base ad una visione saldamente orientata alla difesa del mercato comune¹⁵, già alla fine degli anni Sessanta la Corte aveva respinto il ricorso contro una decisione¹⁶ che aveva annullato un accordo di distribuzione esclusiva¹⁷ rinvenendo in questa tipologia di contratto un contrasto con l'art. 81, par. 1, TCE (ora art. 101, par. 1, TFUE)¹⁸ dal momento che tali intese, mettendo «il concessionario in grado di impedire le importazioni parallele da altri Stati membri»¹⁹, pregiudicano il commercio nel mercato unico imponendo restrizioni al ruolo fondamentale della concorrenza.

2. L'importazione parallela e l'esaurimento del diritto conferito dal marchio di impresa nel mercato unico

L'apertura alle esigenze del mercato unico ha creato le condizioni necessarie allo sviluppo dell'importazione parallela, cioè di una forma commerciale di tipo transfrontaliero utilizzata da un importatore al fine di trarre un vantaggio economico dal divario esistente tra i prezzi con cui una stessa merce è venduta al dettaglio nello Stato di importazione e nel Paese di esportazione. Tale tipologia di scambi avviene nel momento in cui ope-

¹³ Sentenze della Corte di giustizia del 17 ottobre 1990 in causa n. C-10/89, *SA CNL-SUCAL NV c. HAG GF AG*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3711, par. 13 e dell'11 novembre 1997 in causa n. C-349/95, *Frits Loendersloot, operante con la denominazione «F. Loendersloot Internationale Expeditie» c. George Ballantine & Son Ltd e a.*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 6227, par. 22 e annotata in questa *Rivista*, 1997, p. 744 ss.

¹⁴ *Ivi*, par. 23.

¹⁵ Tale affermazione, deducibile dall'analisi delle sentenze, trova altresì conferma nella sentenza della Corte di giustizia del 16 gennaio 1992 in causa n. C 373/90, *Istruttoria c. X*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 131, par. 12, secondo cui «le importazioni parallele godono di una certa protezione nel diritto comunitario, in quanto favoriscono lo sviluppo degli scambi e il rafforzamento della concorrenza». L'asserzione dei giudici fa propria la prima frase del par. 5 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Tesouro del 24 ottobre 1991 nella stessa causa.

¹⁶ Decisione n. 64/566/Cee della Commissione, del 23 settembre 1964, relativa ad una procedura ai sensi dell'articolo 85 del Trattato (IV-A/00004-03344 «Grundig-Consten»), in *Guce* n. 161 del 20 ottobre 1964, p. 2545 ss.

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1966 in cause riunite n. 56/64 e n. 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione della C.E.E.*, in *Raccolta*, 1966, p. 458.

¹⁸ Art. 101 TFUE, par. 1: «Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno».

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 25 novembre 1971 in causa n. 22/71, *Béguelin Import Co. c. S.A.G.L. Import Export*, *Raccolta*, 1971, p. 949, par. 14.

ratori non collegati al produttore acquistano un bene in un mercato nazionale per rivenderlo in quello di un secondo Paese in cui il prezzo più elevato garantisce ricavi maggiormente remunerativi. Questa particolare forma di commercio si definisce parallela in quanto gli intermediari utilizzano una rete distributiva indipendente rispetto ai canali ufficiali²⁰. Pertanto, la fornitura del bene di consumo può avvenire senza il consenso del detentore dei diritti di proprietà intellettuale e commerciale e, di conseguenza, anche in presenza di una protezione brevettuale o di marchio, a condizione che la transazione sia realizzata in accordo con le norme in materia di esaurimento presenti nello Stato importatore.

La legittimità dell'importazione parallela si basa infatti sul presupposto secondo il quale, nel momento in cui un prodotto viene venduto per la prima volta, il titolare del diritto di esclusiva non può più controllarne il destino (*first sale doctrine*)²¹. Il produttore non può quindi opporsi ad una nuova vendita del bene, al suo affitto, al suo prestito, alla sua cessione o ad un qualsiasi suo utilizzo collegato ad un'operazione di natura commerciale. Tuttavia, i limiti territoriali entro cui si può considerare concluso il diritto del produttore appaiono un concetto più flessibile in quanto è possibile confinare l'esaurimento ad un ambito nazionale, oppure estenderlo ad un campo regionale o internazionale²². L'art. 6 degli accordi TRIPS²³ lascia ampia libertà in materia evidenziando l'impossibilità pratica per gli

²⁰ «Parallel imports have two vital, distinguishing features. They are lawfully put on the market in the place of export, the foreign country. But, an owner of the intellectual property rights in the place of importation, the domestic country, opposes their importation (usually because the goods are sold in two different countries at quite disparate prices) and, taking advantage of the lower price, some enterprising middleman buys stocks in the cheaper foreign country and imports them into the dearer, domestic country. Hence the imports may be described as being imported in "parallel" to the authorised distribution network» (W. A. ROTHNIE, *Parallels imports*, London, Sweet & Maxwell, 1993, p. 1).

²¹ «[D]oes the sole right to vend (...) secure to the owner of the copyright the right, after a sale of the book to a purchaser, to restrict future sales of the book at retail (...)? We do not think the statute can be given such a construction, and it is to be remembered that this is purely a question of statutory construction. There is no claim in this case of contract limitation, nor license agreement controlling the subsequent sales of the book» (*Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 US 350, 1908). Questa sentenza è considerata la base su cui poggia la *first sale doctrine*. Tuttavia, un Autore sostiene che «[t]he doctrine of the exhaustion of intellectual property rights after a sale dates to at least an 1872 decision by the Court of Appeals in Belgium regarding the reselling of rifles seized in the Franco-Prussian War» (T. HAYS, *Paranova v. Merck and co-branding of pharmaceuticals in the European economic area*, in *The Trade-mark Reporter*, vol. 94, 2004, p. 835, nota 58).

²² M. FORSYTH - W. A. ROTHNIE, *Parallels imports*, in S. D. ANDERMAN (ed.), *The interface between intellectual property rights and competition policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 429.

²³ Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights, Art. 6: «For the purposes of dispute settlement under this Agreement (...) nothing in this Agreement shall be used to address the issue of the exhaustion of intellectual property rights».

Stati contraenti di raggiungere un'intesa convergendo su un'unica tipologia di esaurimento.

L'esaurimento nazionale protegge maggiormente il titolare del diritto dal momento che il bene è libero di muoversi solo all'interno dello Stato in cui è stata perfezionata la cessione consentendo al produttore di opporsi all'importazione della merce. All'estremità opposta dell'immaginaria filiera, si colloca l'esaurimento internazionale in base al quale, come indicato dall'espressione, un prodotto può essere rivenduto in tutto il mondo senza che il titolare dei diritti di esclusiva possa impedirlo, indipendentemente dal luogo in cui è avvenuto il primo passaggio.

La Commissione propose inizialmente di adottare l'esaurimento internazionale²⁴, ma alla fine «considerazioni di politica commerciale e la preoccupazione relativa alla possibile mancanza di reciprocità»²⁵ indussero l'allora Comunità ad abbracciare una soluzione che si poneva in posizione intermedia rispetto ai due estremi accennati in precedenza. Nel mercato interno si è quindi affermato l'esaurimento regionale dei diritti di proprietà intellettuale e commerciale, in un primo momento grazie all'intervento della Corte di giustizia e in seguito attraverso la trasposizione dei principi giurisprudenziali nella direttiva n. 89/104/Cee²⁶ e più recentemente nella direttiva n. 2008/95/Ce²⁷.

Dal momento che l'esaurimento ha valore esclusivamente nell'ambito dell'Unione, il titolare del marchio può opporsi all'importazione di un bene di sua produzione da un Paese terzo anche nel caso in cui tale prodotto sia stato immesso nel ciclo commerciale con il suo consenso²⁸. Infatti, co-

²⁴ B. ISAAC, *The free movement of goods II: pharmaceuticals, trade marks and parallel imports*, in R. GOLDBERG - J. LONBAY (eds.), *Pharmaceutical Medicine. Biotechnology, and European Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 40.

²⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 29 gennaio 1998 in causa n. C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4799, par. 47.

²⁶ Direttiva n. 89/104/Cee del Consiglio del 21 dicembre 1988 sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri in materia di marchi d'impresa, in *Guce* n. L 40 dell'11 febbraio 1989, p. 1 ss. Secondo l'art. 7, par. 1, di tale direttiva «[i]l 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».

²⁷ L'art. 7 della direttiva n. 89/104/Cee non ha subito modifiche con l'approvazione della direttiva n. 2008/95/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2008, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa (*Gu-Ue* n. L 299 dell'8 novembre 2008, p. 25 ss.) che ha sostituito, abrogandola, l'originaria direttiva n. 89/104/Cee.

²⁸ «[L]a regola dell'esaurimento comunitario (...) può essere applicata solo a prodotti immessi in commercio nel SEE [Spazio Economico Europeo] con il consenso del titolare del marchio» (sentenza della Corte di giustizia del 15 ottobre 2009 in causa n. C-324/08, *Makro Zelfbedieningsgroothandel CV, Metro Cash & Carry BV e Remo Zaandam BV c. Diesel SpA*,

me è ovvio, «le disposizioni del Trattato relative alla politica commerciale della Comunità non contemplano (...) alcun obbligo degli Stati Membri di estendere agli scambi coi Paesi terzi i principi imperativi che disciplinano la libera circolazione delle merci tra gli Stati Membri»²⁹. Tuttavia, un bene prodotto in un Paese terzo ed importato in uno Stato membro dal detentore del diritto di esclusiva o da una società appartenente allo stesso gruppo può essere oggetto di importazione parallela in un secondo Stato membro a condizione che la merce e la sua confezione non siano state modificate³⁰.

3. L'importazione parallela delle specialità medicinali

Alla fine degli anni Ottanta la libera circolazione dei medicinali rappresentava ancora un desiderio praticamente irrealizzabile. Le norme nazionali costituivano un ostacolo in grado di impedire persino ad un privato di farsi inviare un farmaco da un secondo Stato membro fino al momento in cui la Corte di giustizia stabilì l'illegittimità delle disposizioni tedesche che vietavano l'importazione di medicinali da un altro Paese comunitario anche nel caso in cui detti farmaci fossero riservati ad un uso esclusiva-

in *Raccolta*, 2009, I, p. 10019, par. 30), mentre «l'eventuale commercializzazione al di fuori della detta zona non produce alcun effetto estintivo» (*ivi*, par. 31). In altri termini, «[l']effetto della direttiva [n. 89/104/Cee e ora della direttiva n. 2008/95/Ce] è pertanto quello di limitare l'esaurimento del diritto attribuito al titolare del marchio ai soli casi in cui i prodotti siano immessi in commercio nel SEE e di permettere al titolare di vendere i suoi prodotti al di fuori di questa zona senza che questa messa in commercio esaurisca i suoi diritti all'interno del SEE» (sentenza della Corte di giustizia del 20 novembre 2001 in cause riunite n. C-414/99 e n. C-416/99, *Zino Davidoff SA c. A & G Imports Ltd e Levi Strauss & Co. e altri c. Tesco Stores Ltd e altri*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 8691, par. 33). Lo stesso concetto è sviluppato nelle sentenze della Corte di giustizia del 16 luglio 1998 in causa n. C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4799, par. 18; dell'1 luglio 1999 in causa n. C-173/98, *Sebago Inc. e Ancienne Maison Dubois & Fils SA c. G-B Unic SA*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 4103, par. 21 (per un commento alle due precedenti sentenze si rimanda a L. RUBINI, *Le stranezze della giurisprudenza della Corte di giustizia tra importazioni parallele da paesi terzi, esaurimento del marchio e norme sulla concorrenza: i casi «Silhouette», «Sebago» e «Lavico»*, in questa *Rivista*, 2000, p. 67 ss.); dell'8 aprile 2003 in causa n. C-244/00, *Van Doren + Q. GmbH c. Lifestyle sports + sportswear Handelsgesellschaft mbH e Michael Orth*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 3051, par. 26 e del 30 novembre 2004 in causa n. C-16/03, *Peak Holding AB c. Axolin-Elinor AB (già Handelskompaniet Factory Outlet i Löddeköpinge AB)*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 11313, par. 36. Nel 1998 anche la Corte Suprema degli Stati Uniti ha stabilito che l'esaurimento non si applica nel caso in cui l'importazione interessi merci che, pur prodotte negli USA, fossero state esportate (*Quality King Distributors Inc. v. L'anza Research International Inc.*, 523 US 135, 1998).

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 15 giugno 1976 in causa n. 51/75, *EMI Records Limited c. CBS United Kingdom Limited*, in *Raccolta*, 1976, p. 811, par. 17.

³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 20 marzo 1997 in causa n. C-352/95, *Phytheron International SA c. Jean Bourdon SA*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 1729.

mente personale³¹. Tali sentenze hanno pertanto riconosciuto che impedire al paziente di soddisfare le proprie esigenze terapeutiche importando i medicinali necessari da uno Stato membro costituiva «una misura sproporzionata in rapporto all'obiettivo di proteggere la salute pubblica»³².

Nonostante queste difficoltà, un primo segnale di apertura verso l'importazione parallela delle specialità medicinali³³ si era tuttavia intravisto più di dieci anni prima nella risoluzione di una vertenza sorta a causa dell'approvvigionamento di alcune farmacie olandesi con medicinali provenienti dal Regno Unito in mancanza dell'autorizzazione prescritta dalla normativa dei Paesi Bassi³⁴. L'importatore non aveva infatti presentato la domanda alla quale la legge nazionale imponeva di allegare il dossier e i protocolli contenenti le informazioni generali sul farmaco oltre alle particolari specifiche dei singoli lotti. L'inosservanza delle norme era stata giustificata dalla mancanza di collaborazione del produttore inglese e del suo rappresentante nei Paesi Bassi i quali non avevano consentito l'acquisizione della necessaria documentazione. Per risolvere questa complessa vicenda, il giudice nazionale si era rivolto in via pregiudiziale alla Corte di giustizia al fine di conoscere se le disposizioni olandesi fossero da considerare «misure d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa vietata dall'art. 30 del Trattato [Cee, ora art. 34 TFUE] e non si ritenessero loro

³¹ Sentenze della Corte di giustizia del 7 marzo 1989 in causa n. 215/87, *Heinz Schumacher c. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost*, in *Raccolta*, 1987, p. 617 e dell'8 aprile 1992 in causa n. C-62/90, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 2575 e annotata in questa *Rivista*, 1992, p. 377 ss. Le pronunce non posero tuttavia la parola definitiva a favore del diritto di ogni individuo residente nell'Unione di procurarsi legittimamente un farmaco in uno Stato membro diverso da quello in cui egli risiede abitualmente. Infatti, ancora nel 2005, la Corte ha dovuto dichiarare contraria alla normativa Ue una disposizione francese che sottoponeva l'importazione di un medicinale per uso privato al rilascio di un'autorizzazione preventiva qualora l'interessato non introducesse personalmente il farmaco nel territorio nazionale (sentenza della Corte di giustizia del 26 maggio 2005 in causa n. C-212/03, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 4213). Le risultanze di tale sentenza sono state recepite nel considerando 30 della direttiva n. 2001/83/Ce (del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Guce* n. L 311 del 28 novembre 2001, p. 67 ss.) il quale stabilisce che «chiunque si sposti all'interno della Comunità ha il diritto di recar seco per il proprio uso personale una quantità ragionevole di medicinali lecitamente acquisiti. Deve essere parimenti possibile ad una persona residente in uno Stato membro farsi inviare da un altro Stato membro un quantitativo ragionevole di medicinali destinati al proprio uso personale».

³² F. CAPELLI, *La libera circolazione dei prodotti farmaceutici nella Cee secondo la giurisprudenza comunitaria*, in *Rassegna di diritto farmaceutico*, vol. 24, 1993, p. 231.

³³ L'art. 1, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce, *loc. cit.*, definisce specialità medicinale «ogni medicinale precedentemente preparato, immesso in commercio con una denominazione speciale ed in una confezione particolare».

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 20 maggio 1976 in causa n. 104/75, *Adriaan de Peijper, direttore della società Centrafarm BV*, in *Raccolta*, 1976, p. 613.

applicabili le deroghe previste dall'art. 36 [TCEE, ora art. 36 TFUE] per ragioni di protezione della salute e della vita delle persone»³⁵.

La Corte di giustizia giudicò la disposizione nazionale contraria alla libera circolazione delle merci, stabilendo inoltre che i documenti pretesi erano superflui in quanto già in possesso delle autorità del Paese di importazione³⁶. Questa asserzione era basata sul fatto che il medicinale di importazione parallela conteneva la stessa dose del medesimo principio attivo presente in un farmaco disponibile nei Paesi Bassi dove veniva abitualmente esportato dalla stessa ditta produttrice. I giudici hanno inoltre esteso la portata della pronuncia specificando che il contrasto con le norme europee rimaneva valido anche in presenza di differenze tra i medicinali «importati» e quelli «nazionali» così irrilevanti da poter considerare i due preparati «essenzialmente simili»³⁷. Solo nel caso in cui si potessero presumere variazioni significative dell'efficacia terapeutica, le autorità sanitarie dello Stato membro importatore avrebbero potuto considerare il medicinale importato come un nuovo farmaco e richiedere, di conseguenza, la documentazione necessaria ricorrendo anche alle autorità dello Stato membro da cui proveniva il medicinale. Con questa sentenza, i giudici hanno in pratica stabilito che l'attuale art. 36 TFUE può essere invocato solo in presenza di una fondata minaccia per la salute pubblica, ma non può costituire un espediente per ostacolare la libera circolazione dei medicinali nel mercato interno o, come precisato in una successiva pronuncia, nel contesto di un accordo di libero scambio³⁸.

Significativa, in quanto palesa chiaramente come la Corte fosse fin dall'inizio orientata a sostenere l'importazione parallela anche in campo

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 20 maggio 1976 in causa n. 104/75, *Adriaan de Peijper, direttore della società Centrafarm BV*, cit. *supra*, nota 34, par. 9.

³⁶ La possibilità di fare riferimento ad attestazioni rilasciate da autorità di altri Paesi Ue è stata riconosciuta anche per l'importazione di beni diversi dai medicinali. Ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 1987 in causa n. 406/85, *Procureur de la République c. Daniel Gofette e Alfred Gilliard*, in *Raccolta*, 1987, p. 2525, ha stabilito che le operazioni di controllo di un veicolo importato da uno Stato membro nel quale il mezzo era già stato omologato costituiscono una restrizione del mercato unico e, pertanto, possono essere sostituite dai documenti redatti dallo Stato membro esportatore.

³⁷ «[U]na specialità medicinale è essenzialmente simile ad una specialità originaria quando soddisfa i criteri dell'identità della composizione qualitativa e quantitativa in principi attivi, dell'identità della forma farmaceutica e della bioequivalenza, a condizione che non appaia, con riferimento alle conoscenze scientifiche, che essa presenta differenze significative rispetto alla specialità originale per quanto riguarda la sicurezza o l'efficacia» [sentenza della Corte di giustizia del 3 dicembre 1998 in causa n. C-368/96, *The Queen c. The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 (rappresentata dalla The Medicines Control Agency), ex parte Generics (UK) Ltd, The Wellcome Foundation Ltd e Glaxo Operations UK Ltd e altri*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7967, par. 36].

³⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 1° luglio 1993 in causa n. C-207/91, *Eurim-Pharm GmbH c. Bundesgesundheitsamt*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 3723.

farmaceutico, appare l'esortazione rivolta alle autorità nazionali di favorire tale pratica commerciale in considerazione del fatto che «un'efficace tutela della salute e della vita delle persone dipende dal prezzo ragionevole dei medicinali»³⁹. Questa osservazione risulta a prima vista curiosa in quanto gli Stati membri hanno a disposizione gli strumenti legislativi idonei a garantire ai consumatori e ai sistemi sanitari un prezzo equo per l'accesso alle cure farmacologiche. Pertanto, i giudici con la loro riflessione potrebbero aver voluto semplicemente attirare l'attenzione di Commissione e Stati membri sull'opportunità di fissare regole comuni per la determinazione del costo dei farmaci al fine di superare gli ostacoli che tuttora impediscono un'armonizzazione in questo campo.

Sebbene l'esortazione ad armonizzare il prezzo dei medicinali non fosse stata raccolta dai Governi nazionali, l'orientamento giurisprudenziale indusse la Commissione ad avanzare una proposta di direttiva sull'importazione parallela di questi prodotti⁴⁰. Tuttavia, le osservazioni del Comitato economico e sociale ed il voto negativo del Parlamento europeo convinsero la Commissione a ritirare la bozza, sostituendola con una comunicazione con cui intendeva regolare, sotto la propria responsabilità, tale pratica commerciale⁴¹. Il documento riassumeva l'interpretazione del-

³⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 20 maggio 1976 in causa n. 104/75, *Adriaan de Peijper, direttore della società Centrafarm BV*, cit. *supra*, nota 34, par. 25. Un invito ad armonizzare il prezzo dei medicinali è contenuto nella risoluzione del Parlamento europeo sulla comunicazione della Commissione sul mercato unico del settore farmaceutico (*Guce* n. C 279 dell'1 gennaio 1999, p. 79 ss.) la quale contiene nel par. A (p. 70) un richiamo al fatto che «alle distorsioni di concorrenza provocate dalle differenze nelle legislazioni in materia di prezzi si deve rimediare con misure adottate dalle autorità comunitarie» (sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 1996 in cause riunite n. C-267/95 e n. C-268/95, *Merck & Co. Inc., Merck Sharp & Dohme Ltd e Merck Sharp & Dohme International Services BV c. Primecrown Ltd, Ketan Himatlal Mehta, Bharat Himatlal Mehta e Necessity Supplies Ltd e Beecham Group plc c. Europharm of Worthing Ltd*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 6285, par. 47) e nel par. 15 (p. 81) il riconoscimento «che nell'ambito del commercio parallelo i prezzi interni non possono essere fissati in modo del tutto indipendente da considerazioni di mercato e che il commercio parallelo produce soltanto limitate dinamiche di mercato».

⁴⁰ Proposta di modifica delle direttive n. 65/65/Cee e n. 75/319/Cee del 2 giugno 1980, in *Guce* n. C 143 del 12 giugno 1980, p. 8 ss.

⁴¹ Nota della Commissione sulle importazioni parallele di specialità medicinali la cui immissione in commercio è già stata autorizzata, in *Guce* n. C 115 del 6 maggio 1982, p. 5 ss. Tale «[n]ota della Commissione sulle importazioni parallele di specialità medicinali (...), pubblicata a seguito della sentenza de Peijper [del 20 maggio 1976 in causa n. 104/75, *Adriaan de Peijper, direttore della società Centrafarm BV*, loc. cit.], (...) sottolinea (...) con particolare forza l'importanza della cooperazione tra le autorità amministrative degli Stati membri al fine di un controllo efficace sui medicinali importati per via parallela» (conclusioni dell'Avvocato Generale Tesaro del 18 febbraio 1993 in causa n. C-207/91, *Eurim-Pharm GmbH c. Bundesgesundheitsamt*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 3723, par. 22). L'intera vicenda è stata riassunta dall'Avvocato Generale La Pergola il quale ha ricordato che «[i]n seguito alla pronuncia della sentenza de Peijper, la Commissione ha ritenuto utile presentare al Consiglio una proposta di direttiva sulle importazioni parallele di specialità medicinali. Ritenendo, però, l'approvazione del documento da parte del Consiglio "improbabile", in particolare a seguito

la Corte di giustizia sul rispetto delle finalità del mercato interno anche nel settore dei medicinali mettendo in evidenza le condizioni indispensabili a legittimare la vendita del farmaco nel Paese di destinazione. La richiesta di informazioni da parte delle autorità sanitarie doveva essere dettata dal solo scopo di valutare se la specialità importata contenesse lo stesso principio attivo, permettesse di ottenere i medesimi effetti terapeutici attraverso la stessa via di somministrazione ed avesse un'origine comune rispetto all'analogo farmaco già presente sul mercato dello Stato membro importatore⁴². In altre parole, «[l]e autorità dello Stato importatore non possono (...) esigere senza necessità analisi tecniche o chimiche o prove di laboratorio qualora le stesse analisi e le stesse prove siano già state effettuate in un altro Stato membro ed i loro risultati siano a disposizione di dette autorità o possano, a loro richiesta, essere messi a loro disposizione»⁴³. L'orientamento teso ad evitare la duplicazione degli accertamenti di natura scientifica entrò a far parte dell'ordinamento europeo con la direttiva n. 87/21/Cee⁴⁴ il cui art. 2 stabiliva che «il richiedente non è tenuto a fornire i

delle obiezioni formulate dal Comitato economico e sociale nonché del voto contrario espresso il 16 ottobre 1981 dal Parlamento europeo, la Commissione ha successivamente deciso di ritirare la citata proposta. I principi ispiratori del documento hanno, tuttavia, costituito oggetto di pubblicazione sotto forma di linee-guida ad uso degli Stati membri e degli operatori economici interessati» [conclusioni del 19 maggio 1999 in causa n. C-94/98, *The Queen, ex parte Rhône-Poulenc Rorer Ltd e May & Baker Ltd c. The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968* (rappresentata da *The Medicines Control Agency*), in *Raccolta*, 1999, I, p. 8789, par. 8].

⁴² Nella sentenza *de Peijper*, cit. *supra*, nota 34, la comune origine dei medicinali era stata dedotta dal fatto che la specialità nazionale e quella di importazione parallela erano state fabbricate da aziende dello stesso gruppo. Successivamente la Corte ha esteso tale concetto a situazioni in cui «società indipendenti producono specialità medicinali che hanno come origine comune il fatto di essere fabbricate a seguito di accordi conclusi con uno stesso concedente di licenza. Se ciò non fosse, tali accordi, infatti, potrebbero risolversi in una compartimentazione dei mercati dei vari Stati membri» (sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1996 in causa n. C-201/94, *The Queen c. The Medicines Control Agency, ex parte Smith & Nephew Pharmaceuticals Ltd e Primecrown Ltd c. The Medicine Control Agency*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 5819, par. 25). Nella sentenza della Corte di giustizia dell'1 aprile 2004 in causa n. C-112/02, *Kohlpharma GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 3369, i giudici hanno ampliato tale nozione stabilendo che «l'origine non comune dei due farmaci non costituisce di per sé un motivo di rifiuto dell'AIC per il secondo farmaco» (par. 18), in quanto hanno ritenuto che nel caso in cui «un principio attivo è venduto a due produttori diversi con sede in due Stati membri, il richiedente l'AIC per il secondo farmaco può (...) dimostrare che il farmaco da importare non presenta differenze significative rispetto al farmaco già autorizzato ai fini della valutazione della sua sicurezza ed efficacia» (par. 19).

⁴³ Sentenza della Corte del 17 dicembre 1981 in causa n. 272/80, Procedimento penale a carico di *Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten BV*, in *Raccolta*, 1981, p. 3277, par. 16.

⁴⁴ Direttiva n. 87/21/Cee del Consiglio del 22 dicembre 1986 che modifica la direttiva n. 65/65/Cee per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, in *Guce* n. L 15 del 17 gennaio 1987, p. 36 ss. Attualmente in accordo con il *considerando* 9 della direttiva n. 2001/83/Ce secondo cui «[l]'esperienza ha dimostrato la necessità di precisare ancora meglio i casi in cui non è

risultati delle prove farmacologiche e tossicologiche, o i risultati delle prove cliniche, se può dimostrare che la specialità medicinale è essenzialmente simile a un prodotto autorizzato nel paese cui si riferisce la domanda».

Tuttavia, tale «procedura semplificata», pur favorendo la libera circolazione dei medicinali, avrebbe prodotto alcuni inconvenienti come messo in evidenza dall'Avvocato Generale Léger secondo il quale alcune autorità nazionali avrebbero omesso di effettuare i controlli prescritti non tutelando con il loro comportamento i possessori dei diritti sui medicinali innovatori⁴⁵. L'entrata in vigore del Regolamento (Ce) n. 726/2004⁴⁶ dovrebbe aver almeno in parte mitigato questo inconveniente dal momento che l'art. 57, par. 1, lett. o., di tale Regolamento attribuisce all'Agenzia europea per i medicinali (EMA) le funzioni di verificare il rispetto delle normative Ue nell'importazione parallela dei medicinali autorizzati mediante procedura centralizzata⁴⁷.

In conclusione, l'importazione parallela delle specialità medicinali consiste nella possibilità di commercializzare in uno Stato membro un farmaco prodotto in un secondo Paese Ue senza il consenso del detentore dei diritti di proprietà intellettuale, ossia del titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio (AIC), generalmente rappresentato dall'azienda farmaceutica produttrice. Questa possibilità è tuttavia subordinata al possesso dell'AIC nello Stato membro in cui il medicinale è prodotto e all'esistenza dell'AIC per una specialità analoga nello Stato membro importatore. In questo modo, un farmaco proveniente da un diverso Paese dell'Unione si affianca al medicinale «nazionale» avente, anche se non necessariamente, lo stesso nome e con cui condivide l'identica composizione, le stesse indicazioni terapeutiche e i medesimi processi produttivi.

necessario fornire i risultati delle prove tossicologiche, farmacologiche e/o cliniche ai fini dell'autorizzazione di un medicinale essenzialmente simile a un medicinale già autorizzato», l'art. 10, par. 1, della stessa direttiva stabilisce i casi in cui «[i]n deroga all'articolo 8, paragrafo 3, lettera i., e salva la normativa relativa alla tutela della proprietà industriale e commerciale: a. il richiedente non è tenuto a fornire i risultati delle prove tossicologiche e farmacologiche, o i risultati delle prove cliniche».

⁴⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Léger del 9 febbraio 1995 in causa n. C-440/93, *The Queen c. Licensing Authority of the Department of Health e Norgine Ltd, ex parte: Scotia Pharmaceuticals Ltd.*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 2851, par. 18.

⁴⁶ Regolamento (Ce) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali, in *Gu-Ue* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 1 ss.

⁴⁷ La procedura centralizzata è obbligatoria per l'immissione in commercio dei medicinali per uso veterinario in grado di stimolare la produttività o la crescita degli animali, e, nel caso delle specialità destinate all'uso umano, dei farmaci orfani, dei prodotti biotecnologici e dei nuovi principi attivi da utilizzare nel trattamento delle patologie elencate nell'allegato al Regolamento (Ce) n. 726/2004.

Accanto a queste regole generali, l'esaurimento dei diritti è stato soggetto per quanto riguarda i farmaci a norme limitative, seppure temporanee, nel momento in cui nuovi Stati membri hanno aderito all'Unione⁴⁸. La disposizione contenuta negli atti di adesione permette al possessore di un brevetto o di un certificato protettivo complementare⁴⁹ ottenuto in uno Stato membro di far valere i propri diritti qualora il nuovo Stato membro non abbia adottato prima dell'adesione una normativa in grado di assicurare un'adequata protezione⁵⁰. Tale norma consente al produttore di impedire i

⁴⁸ Atti relativi all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese alle Comunità europee, artt. 47 e 209, in *Guce* n. L 302 del 15 novembre 1985, p. 32 e 86 («il titolare, o un suo avente diritto, di un brevetto per un prodotto (...) farmaceutico (...) depositato in uno stato membro a un'epoca in cui non era possibile ottenere in Spagna [Portogallo] un brevetto per tale prodotto può avvalersi del diritto che il brevetto gli conferisce, allo scopo di impedire l'importazione e la commercializzazione del prodotto in questione nello stato membro attuale o negli stati membri attuali in cui il prodotto è protetto dal brevetto, anche se questo prodotto è stato immesso per la prima volta in commercio in Spagna [Portogallo] dallo stesso titolare o suo avente diritto o con il suo consenso». Il par. 2 degli stessi articoli specificava che «[i]l diritto [...] poteva] essere fatto valere (...) fino alla fine del terzo anno successivo all'introduzione (...) della possibilità di ottenere un brevetto per i prodotti in questione»). La Corte ha dovuto pronunciarsi se il periodo transitorio terminava «esattamente tre anni dopo l'introduzione della brevettabilità dei prodotti farmaceutici, cioè il 6 ottobre 1995 per la Spagna ed il 31 dicembre 1994 per il Portogallo, o se esso scad[ev]a alla fine del terzo anno civile dopo la data dell'introduzione della brevettabilità, cioè il 31 dicembre 1995» (sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 1996 in cause riunite n. C-267/95 e n. C-268/95, *Merck & Co. Inc., Merck Sharp & Dohme Ltd e Merck Sharp & Dohme International Service BV c. Primecrwon Ltd, Ketan Himatlal Mehta, Bharat Himatlal Mehta e Necessity Supplies Ltd e Beecham Group plc c. Eropharm of Worthing Ltd*, cit. *supra*, nota 39, par. 20). Una clausola limitativa dell'importazione parallela dei medicinali, in quanto essi non godevano nei nuovi Stati membri della protezione brevettuale prima dell'adesione, è rinvenibile anche negli atti relativi all'adesione della Repubblica ceca, della Repubblica di Estonia, della Repubblica di Cipro, della Repubblica di Lettonia, della Repubblica di Lituania, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica di Malta, della Repubblica di Polonia, della Repubblica di Slovenia e della Repubblica slovacca all'Unione europea, Allegato IV, Elenco di cui all'art. 22 dell'atto di adesione, in *Gu-Ue* n. L 236 del 23 settembre 2003, p. 797.

⁴⁹ Regolamento (Ce) n. 469/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 maggio 2009, sul certificato protettivo complementare per i medicinali, in *Gu-Ue* n. L 152 del 16 giugno 2009, p. 1 ss.) ha sostituito il Regolamento (Cee) n. 1768/92 del Consiglio, del 18 giugno 1992, sull'istituzione di un certificato protettivo complementare per i medicinali, in *Guce* n. L 182 del 2 luglio 1992, p. 1 ss., mantenendone la struttura di base. Entrambi i Regolamenti, infatti, «estend[ono] la durata della protezione conferita dal brevetto a quei medicinali la cui immissione in commercio è subordinata a un'autorizzazione» (conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 9 marzo 1995 in causa n. C-350/92, *Regno di Spagna c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 1985). Il certificato è stato introdotto «considerando che (...) il periodo che intercorre fra il deposito di una domanda di brevetto per un nuovo medicinale e l'autorizzazione di immissione in commercio dello stesso riduce la protezione effettiva conferita dal brevetto ad una durata insufficiente ad ammortizzare gli investimenti effettuati nella ricerca» [Regolamento (Ce) n. 469/2009, *considerando* 4; Regolamento (Cee) n. 1768/92, *considerando* 3]. Secondo l'art. 13, par. 1, dei due sopra citati regolamenti, «[i]l certificato ha efficacia a decorrere dal termine legale del brevetto di base per una durata uguale al periodo intercorso tra la data del deposito della domanda del brevetto di base e la data della prima autorizzazione di immissione in commercio nella Comunità, ridotto di cinque anni», ma la sua validità non può in nessun caso essere superiore a cinque anni (art. 13, par. 2).

⁵⁰ La deroga ha permesso di superare la pronuncia con cui la Corte di giustizia aveva stabilito che «[l]e norme del Trattato Cee in materia di libera circolazione delle merci (...)»

flussi transfrontalieri del medicinale verso gli altri Paesi dell'Unione anche nel caso in cui la specialità sia commercializzata e distribuita nel nuovo Paese aderente con il suo consenso⁵¹.

La deroga tende a tutelare l'innovazione prodotta dall'industria farmaceutica alla quale, secondo una stima di alcuni anni or sono, il commercio parallelo all'interno dell'Unione procura ogni anno una riduzione dei ricavi di cinque miliardi di euro, corrispondenti ad una perdita di guadagno di circa due miliardi di euro⁵². Altre fonti, di poco più recenti, riten-

vanno interpretate nel senso che esse ostano a che il titolare di un brevetto relativo ad un medicinale, che venda tale prodotto in un primo Stato membro in cui esiste la tutela del brevetto, indi lo ponga in vendita in un altro Stato membro ove detta tutela non esiste, si valga del diritto, attribuitogli dalla normativa del primo Stato membro, d'impedire lo smercio in detto Stato del prodotto importato dall'altro Stato membro» (sentenza del 14 luglio 1981 in causa n. 187/80, *Merck & Co. Inc. c. Stephar BV e Petrus Stephanus Exler*, in *Raccolta*, 1981, p. 2063, par. 14 e in questa *Rivista*, 1992, con commento di F. CAPELLI, *Esercizio dei diritti di proprietà industriale e libertà di circolazione delle merci nella Comunità europea*, p. 87 ss.).

⁵¹ Alcuni Stati membri, preoccupati che l'importazione parallela potesse danneggiare l'industria farmaceutica nazionale chiesero di adottare «misure di salvaguardia al fine di prorogare il periodo transitorio previsto dall'art. 47 dell'atto di adesione, relativamente ai prodotti farmaceutici in provenienza dalla Spagna, che [... nello Stato membro] ricevono tutela brevettuale», vedendosi rigettare la loro richiesta da parte della Commissione. Si vedano le decisioni della Commissione, del 20 dicembre 1995, che rifiuta l'autorizzazione richiesta dalla Francia (n. 96/318/Ce, in *Guce* n. L 122 del 22 maggio 1996, p. 20), dal Belgio (n. 96/319/Ce, in *Guce* n. L 122 del 22 maggio 1996, p. 21), dalla Germania (n. 96/320/Ce, in *Guce* n. L 122 del 22 maggio 1996, p. 22), dall'Austria (n. 96/321/Ce, in *Guce* n. L 122 del 22 maggio 1996, p. 23), dalla Danimarca (n. 96/322/Ce, in *Guce* n. L 122 del 22 maggio 1996, p. 24), dall'Irlanda (n. 96/323/Ce, in *Guce* n. L 122 del 22 maggio 1996, p. 25) di adottare misure di salvaguardia verso i prodotti farmaceutici provenienti dalla Spagna.

⁵² K. KROSNAR, *Cross-border trade in medicines causes concern in the EU*, in *Lancet*, vol. 365, 2005, p. 1298. La rilevanza dell'importazione parallela di medicinali può essere dedotta dall'introduzione in Grecia di un provvedimento (art. 15 L. 3580/2007 del 18 giugno 2007) che subordina l'esportazione dei farmaci al soddisfacimento delle necessità del mercato nazionale vietando a questo scopo l'approvvigionamento presso farmacie e distributori intermedi [A. KOMNINOS - A. DAWES, *EC Competition Law and Parallel Trade in Pharmaceutical Products*, in I. KOKKORIS - I. LIANOS (eds.), *The reform of EC competition law: new Challenges*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, p. 385 ss.]. Il provvedimento potrebbe essere stato adottato in seguito alle difficoltà incontrate dai consumatori ellenici nel procurarsi alcuni farmaci tra gennaio e ottobre 2000, nonostante le importazioni di tali medicinali in quel periodo superassero anche sette volte il fabbisogno nazionale (*ivi*, p. 383). La disposizione greca può essere considerata un provvedimento attuativo dell'art. 81, par. 2, della direttiva n. 2001/83/Ce come modificato in seguito all'entrata in vigore della direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano (*Gu-Ue* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 34 ss.). In base a questa disposizione «[i]l titolare di un'autorizzazione all'immissione in commercio di un medicinale e i distributori di tale prodotto immesso attualmente sul mercato in uno Stato membro assicurano, nei limiti delle loro responsabilità, forniture appropriate e continue di tale medicinale alle farmacie e alle persone autorizzate a consegnare medicinali in modo da soddisfare le esigenze dei pazienti nello Stato membro in questione». In conformità con tale articolo, la Corte di giustizia ha sancito che, «nel caso in cui il commercio parallelo portasse effettivamente ad una situazione di penuria di specialità medicinali su un dato mercato nazionale, non spetterebbe alle imprese che detengono una posizione dominante ma alle competenti autorità nazionali risolvere tale situazione, applicando misure adeguate e proporzionate, in conformità alla normativa nazionale nonché agli obblighi derivanti dall'art. 81 della direttiva n. 2001/83/Ce»

gono l'incidenza globale superiore, stimando che il 10% dei medicinali dispensati su ricetta medica negli Stati membri sia costituito da farmaci la cui provenienza può essere fatta risalire a pratiche di importazione parallela⁵³. Nonostante l'imponenza di tali cifre, le proporzioni del fenomeno non appaiono percentualmente rilevanti in quanto tale attività rappresentava solo il 2-3% delle vendite totali di medicinali. Tuttavia, l'approfondimento dell'analisi indica come la perdita possa risultare più consistente per alcuni produttori in quanto l'importazione parallela sembra concentrarsi soprattutto su un limitato numero di medicinali (20-30), raggiungendo in alcuni casi percentuali anche superiori al 50% del fatturato⁵⁴. La riduzione degli introiti dovuta al commercio parallelo sembra quindi presentare, accanto ad ipotetici vantaggi economici per i consumatori, anche alcuni aspetti negativi per l'industria farmaceutica europea⁵⁵, in contrasto con i messaggi di sostegno della Commissione⁵⁶ e con la considerazione secondo cui «i medicinali (...) potranno continuare ad essere sviluppati nella Comunità e in Europa solo se potranno beneficiare di una normativa favorevole che preveda una protezione sufficiente a incentivare tale ricerca»⁵⁷.

(sentenza della Corte di giustizia del 16 settembre 2008 in cause riunite da n. C-468/06 a n. C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE e altri c. GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton, già Glaxowellcome AEVE*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 7139, par. 75).

⁵³ T. VANDER BEKEN, *The European pharmaceutical sector and crime vulnerabilities*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu-Uitgevers nv, 2007, p. 62.

⁵⁴ A. REEVES, *Overview of the pharmacy sector*, in S. B. KAYNE (ed.), *Pharmacy Business Management*, London, Pharmaceutical Press, 2005, p. 61.

⁵⁵ «[I]l commercio parallelo ha l'effetto di ridurre tali entrate in un'incerta ma concreta misura. Tale prassi, nota agli economisti con il nome di "free riding" (parassitismo), è caratterizzata dal fatto che l'intermediario dismette il ruolo svolto tradizionalmente nella catena di valore per trasformarsi in arbitraggista e ottenere così una parte più consistente del profitto. La legittimità di tale trasferimento di ricchezze dal produttore all'intermediario di per sé non interessa il diritto della concorrenza, che si preoccupa esclusivamente del suo impatto sul benessere del consumatore finale. Dal momento che l'intermediario partecipa alla concorrenza nell'ambito di una stessa marca, il commercio parallelo può avere un effetto favorevole per la concorrenza. Tuttavia, nel settore dei medicinali, anche tale attività si presenta sotto una luce particolare, in quanto non implica alcun significativo valore aggiunto per il consumatore finale» (sentenza del Tribunale di primo grado del 27 settembre 2006 in causa n. T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2006, II, p. 2969, par. 273).

⁵⁶ Si veda *inter alia* la comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Rafforzare l'industria farmaceutica stabilita in Europa a vantaggio dei pazienti. Un invito ad agire, Com(2003)383 def., 1 luglio 2003.

⁵⁷ Regolamento (Ce) n. 469/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 maggio 2009, sul certificato protettivo complementare per i medicinali, *cit. supra*, nota 49, *considerando* 3. La formulazione di tale *considerando* è identica a quella del *considerando* 2 del Regolamento (Cee) n. 1768/92 del Consiglio, del 18 giugno 1992, sull'istituzione di un certificato protettivo complementare per i medicinali, *cit. supra*, nota 49.

Oltre al danno economico per l'industria, alcuni Autori mettono in evidenza i potenziali inconvenienti che l'importazione parallela dei medicinali potrebbe causare alla salute pubblica ricordando come tale forma di arbitraggio abbia costituito in alcuni casi il veicolo utilizzato per coprire l'introduzione di medicinali contraffatti sul mercato degli Stati membri⁵⁸ confermando i rischi emersi da alcuni studi sull'argomento⁵⁹.

4. La procedura semplificata di autorizzazione

Un prodotto diventa medicinale e può quindi essere legittimamente utilizzato nella cura, nella prevenzione o nella diagnosi delle diverse patologie solo dopo aver ottenuto l'AIC⁶⁰ per la cui concessione è necessario

⁵⁸ Si veda C. STOTHERS, *Counterfeit pharmaceuticals enters the parallel supply chain*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 2, 2007, pp. 797-798. Il commentatore sosteneva che la scoperta di medicinali contraffatti provenienti da importazioni parallele (Medicines and Healthcare products Regulatory Agency, *Drug Alerts for Zyprexa* [EL(07)A/06, 24 maggio 2007], *Plavix* [EL(07)A/07 e A/09, 25 maggio e 4 giugno 2007] e *Casodex* [EL(07)A/08, 1° giugno 2007]) avrebbe potuto influenzare la consultazione della Commissione su «*The Future of Pharmaceuticals for Human Use in Europe*» e lo studio sulla distribuzione dei medicinali nel Regno Unito condotto dallo *Office of Fair Trading*. Anche altri Autori riportano che l'importazione parallela sia stata utilizzata per coprire l'introduzione di medicinali contraffatti nei Paesi Bassi (J. MOUNT, *Safer Pharmaceutical Distribution in Europe*, in *Progressions 2005: The Ernst & Young Global Pharmaceutical Report*, in *Biotech Law Weekly*, 27 May 2005, p. 15), nel Regno Unito e in Italia (G. SATCHWELL, *A Sick Business*, Stockholm, Stockholm Network, 2004, p. 49). Al fine di contrastare la falsificazione dei medicinali, l'Unione ha approvato la direttiva n. 2011/62/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2011, che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale, in *Gu-Ue* n. L 174 dell'1 luglio 2011, p. 74 ss. Nella proposta di tale direttiva [Com(2008)668 def. del 10 dicembre 2008], la Commissione ha ammesso la rilevanza del fenomeno ricordando che «[i] principi, compresi quelli attivi, contenuti nei medicinali falsificati, possono essere di qualità inferiore alla norma o essere contraffatti, oppure completamente assenti o presenti a un dosaggio sbagliato. Si tratta di una grave minaccia per i pazienti europei e per l'industria europea e il costante aumento dei ritrovamenti di questi prodotti, cui si è assistito negli ultimi anni nell'UE, preoccupa molto il pubblico e i responsabili politici».

⁵⁹ «[È] stata sollevata la questione della sicurezza dei farmaci immessi sul mercato attraverso il cosiddetto commercio parallelo. Ciò mi ha indotto a commissionare uno studio al fine di rintracciare la causa di tale questione; l'indagine esamina (...), in particolare, i problemi concernenti la contraffazione dei farmaci e il commercio parallelo. (...) [L]a prima parte dello studio, dedicata al commercio parallelo (...) dimostra che tale segmento del mercato procura notevoli rischi per la sicurezza del paziente» (risposta data dal signor Verheugen il 15 gennaio 2008 all'interrogazione orale n. H-0980/07 di M. McGuinness alla Commissione, avente per oggetto: «Tutela dei consumatori contro la contraffazione e i farmaci di scarsa qualità»). In uno studio si ribadisce che «[t]he system of parallel trade in patented medicines under present legislation is damaging to patients in a number of ways, including (...) an increased possibility of counterfeits entering the legitimate supply chain (*Safe medicines through parallel trade. Contribution to an impact assessment*, Europe Economics, London, 13 May 2008, Executive summary, par. 4).

⁶⁰ Direttiva n. 2001/83/Ce, art. 6, par. 1: «Nessun medicinale può essere immesso in commercio in uno Stato membro senza un'autorizzazione delle autorità competenti di detto

fornire i risultati ricavati in base a norme e protocolli analitici, tossico-farmacologici e clinici stabiliti a livello dell'Unione⁶¹.

L'autorizzazione è prescritta anche per un medicinale importato attraverso una via parallela, ma la documentazione da sottoporre alla valutazione è ridotta rispetto al materiale necessario per il rilascio dell'AIC di un farmaco originale. La presenza dello stesso medicinale nel ciclo distributivo del Paese di importazione rende infatti superfluo il controllo dell'efficacia e della sicurezza da parte delle autorità sanitarie, ma comporta esclusivamente la verifica che la specialità importata sia essenzialmente analoga ad un prodotto nazionale⁶². Di conseguenza, l'eventuale obbligo imposto agli importatori di presentare, a richiesta degli agenti doganali, una copia certificata dell'AIC nazionale o di quella comunitaria comporta il mancato rispetto dell'art. 34 TFUE⁶³. Nello stesso tempo, la presenza di un'AIC pur semplificata anche per il medicinale di importazione parallela consente agli organi di controllo di sorvegliare tutte le fasi di commercializzazione estendendo al medicinale proveniente da un secondo Stato membro l'azione di farmacovigilanza⁶⁴ cui è sottoposto il prodotto nazio-

Stato membro rilasciata a norma della presente direttiva oppure senza un'autorizzazione a norma del Regolamento (Cee) n. 2309/93 [del Consiglio, del 22 luglio 1993, che stabilisce le procedure comunitarie per l'autorizzazione e la vigilanza dei medicinali per uso umano e veterinario e che istituisce un'Agenzia europea di valutazione dei medicinali, in *Guce* n. L 214 del 24 agosto 1993, p. 1 ss.].».

⁶¹ Direttiva n. 2003/63/Ce della Commissione, del 25 giugno 2003, che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Gu-Ue* n. L 159 del 27 giugno 2003, p. 46 ss.

⁶² La Corte, richiamando la sentenza *de Peijper* (sentenza della Corte di giustizia del 20 maggio 1976 in causa n. 104/75, *Adriaan de Peijper, direttore della società Centrafarm BV*, cit. *supra*, nota 34, par. 21 e 36), ha stabilito che «se le autorità sanitarie dello Stato membro di importazione sono già in possesso, in seguito a una domanda di autorizzazione alla messa in commercio della specialità medicinale considerata, di tutte le indicazioni farmaceutiche a questa relative e ritenute indispensabili per il controllo dell'efficacia e dell'innocuità del prodotto stesso, risulta ovviamente superfluo, per la tutela della salute e della vita delle persone, che le dette autorità esigano che un secondo operatore, che abbia importato una specialità medicinale rispondente ai criteri sopracitati, produca, a sua volta, le menzionate indicazioni» (sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1996 in causa n. C-201/94, *The Queen c. The Medicines Control Agency, ex parte Smith & Nephew Pharmaceuticals Ltd e Primecrown Ltd c. The Medicine Control Agency*, cit. *supra*, nota 42, par. 22).

⁶³ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2003 in causa n. C-122/03, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 15093.

⁶⁴ Il sistema di farmacovigilanza è stato recentemente riformato dalla direttiva n. 2010/84/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2010, che modifica, per quanto concerne la farmacovigilanza, la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Gu-Ue* n. L 348 del 31 dicembre 2010, p. 74 ss., e dal Regolamento (UE) n. 1235/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2010, che modifica, per quanto riguarda la farmacovigilanza dei medicinali per uso umano, il Regolamento (CE) n. 726/2004 che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'Agenzia europea per i medicinali e il Regolamento (CE) n. 1394/2007 sui medicinali per terapie avanzate, in *Gu-Ue* n. L 348 del 31 dicembre 2010, p. 1 ss.

nale. La circostanza che il produttore abbia volontariamente rinunciato in uno Stato membro all'AIC di un prodotto per commercializzarne una nuova versione che differisce dalla precedente per il procedimento di fabbricazione o per gli eccipienti non impedisce l'importazione parallela della vecchia formulazione⁶⁵ purché essa sia regolarmente in commercio in un secondo Stato membro e non esistano ragioni di tutela della salute pubblica che ne impediscano la vendita.

In Italia l'importazione parallela è regolamentata dal dm 29 agosto 1997⁶⁶ il quale costituisce la normativa nazionale di riferimento in questo ambito. Tale decreto è stato emanato dopo l'avvio nel 1982 di una procedura di infrazione in seguito agli ostacoli frapposti all'importazione parallela dei medicinali⁶⁷. Tuttavia, la Commissione sembra non aver ritenuto adeguata la disciplina nazionale in quanto ha avviato nel 2002 una nuova procedura per inadempimento contro l'Italia⁶⁸.

⁶⁵ Sentenze della Corte di giustizia del 16 dicembre 1999 in causa n. C-94/98, *The Queen, ex parte Rhône-Poulenc Rorer Ltd e May & Baker Ltd c. The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968* (rappresentata da *The Medicines Control Agency*), in *Raccolta*, 1999, I, p. 8789; del 10 settembre 2002 in causa n. C-172/00, *Ferring Arzneimittel GmbH c. Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6891; dell'8 maggio 2003 in causa n. C-15/01, *Paranova Läkemedel AB e altri c. Läkemedelsverket*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 4175 e dell'8 maggio 2003 in causa n. C-113/01, *Paranova Oy*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4243.

⁶⁶ Dm 29 agosto 1997, Procedure di autorizzazione all'importazione parallela di specialità medicinali per uso umano, in *Guri* n. 235 dell'8 ottobre 1997, p. 11.

⁶⁷ European Association of Euro-Pharmaceutical Companies (EAPC), Submission DG Enterprise Consultation on Safe Medicines in Parallel Trade, 30 March 2007, p. 11.

⁶⁸ Non sono state reperite fonti ufficiali che riportino i motivi delle procedure di infrazione. Secondo l'EAPC (Submission DG Enterprise Consultation on Safe Medicines in Parallel Trade, *loc. cit.*, p. 11) le ragioni delle procedure avviate contro l'Italia nel campo dell'importazione parallela dei medicinali dipendono dal fatto che «[t]he issue of the marketing authorisation in Italy is generally a bureaucratic procedure that takes from one to two years. For this reason the Commission started an infringement procedure against Italy as early as 1982, in relation to the obstacles to parallel trade, triggering a process of reform which, however, has not yet been concluded in a satisfactory way. The relevant legal discipline governing the issue of parallel trade licences in fact stems from the provisions contained in the Ministerial Decree of 29 August 1997, which was issued exactly to interrupt the infringement procedure. Nevertheless, the Commission did not consider the new regulation adequate and appropriate to clarify all the practical aspects related to the authorisation process and in 2002 opened the file again and released a motivated opinion against the Italian Minister of Health (Ref. 2002/287/I), suggesting the revision of the mentioned Ministerial Decree. Unfortunately up to now no modifications to the regulation have been brought about along the suggested line, despite the transposition into Italian law of the Directives 2001/83/EC and 2003/94/EC». Un'altra causa per l'avvio della procedura di infrazione n. 2002/287/I (*Guce* n. C 210 del 4 settembre 2002, p. 3) potrebbe rinvenirsi nella normativa italiana la quale discriminava le specialità di importazione parallela riconoscendo per i medicinali importati un prezzo di rimborso da parte del Servizio Sanitario Nazionale inferiore rispetto a quello dei medicinali «nazionali». Un caso concreto coinvolgeva l'importazione parallela di un antinfiammatorio iniettabile. L'importatore italiano era in possesso di due autorizzazioni per importare la specialità dalla Francia e dalla Spagna (determinazioni AIFA n. 560 e n. 561 del 26 settembre 2005, in *Guri* n. 237 dell'11 ottobre 2005) per le quali l'AIFA aveva stabilito un prezzo al dettaglio non remunerativo impedendone di fatto la commercializzazione. Tuttavia, questa eventuale causa potrebbe essere stata rimossa grazie all'intervento del TAR Lazio (si veda la nota 121 di que-

D'altra parte il decreto del 1997 potrebbe non aver considerato le più recenti innovazioni introdotte dalla Corte di giustizia riassunte nella seconda comunicazione della Commissione in materia⁶⁹ che, nell'aggiornare il precedente atto del 1982, ha inteso fornire, come esplicitato nel riepilogo, una guida interpretativa della giurisprudenza al fine di permettere una corretta applicazione del principio di libera circolazione delle merci. Tale libertà è stata concretamente realizzata rimuovendo gli ostacoli che si frappongono nella pratica al riconfezionamento della specialità e sottoponendo ad attento esame le strategie aziendali che cercano di impedire l'importazione parallela attraverso cambiamenti nella presentazione del medicinale⁷⁰ o nel numero delle unità posologiche della confezione⁷¹ sui merca-

sto commento). L'impiego di una differente metodica per la determinazione del prezzo delle due tipologie di medicinali è stato contestato anche alla Svezia e all'Austria verso le quali la Commissione aprì, rispettivamente, le procedure n. 2000/4158 e n. 2002/5316. La Commissione ha inoltre notificato nel luglio 2007 un parere circostanziato in cui evidenziava che l'inutile complessità della procedura italiana creava «ostacoli ingiustificati al commercio parallelo richiedendo informazioni che o non sono accessibili agli importatori paralleli o potrebbero non essere strettamente necessarie (in quanto ottenibili mediante cooperazione amministrativa tra gli Stati membri), introducendo tempi ingiustificatamente lunghi per le autorizzazioni. Inoltre, il parere faceva rilevare che una volta accertata la conformità dei principi attivi e della formulazione della importazione parallela al prodotto di riferimento, le informazioni riportate sull'etichetta dello Stato esportatore non sono necessarie in Italia, in quanto l'importatore deve comunque fornire una bozza di etichetta in italiano comprendente tutte le illustrazioni e informazioni richieste per l'uso del prodotto in Italia» (V. PANDOLFINI, *Il riconfezionamento di farmaci distribuiti da importatori paralleli*, Convegno IIR, Milano, 27 febbraio 2008, <http://www.assistenza-legale-imprese.it/formazione/lezione/il-riconfezionamento-dei-farmaci-distribuiti-da-importatori-paralleli>).

⁶⁹ Commissione delle Comunità europee, Comunicazione della Commissione sulle importazioni parallele di specialità medicinali la cui immissione in commercio è già stata autorizzata, Com(2003)839 def., 31 dicembre 2003.

⁷⁰ Si veda la decisione della Commissione del 15 giugno 2005 relativa ad un procedimento a norma dell'art. 82 del Trattato Ce e dell'art. 54 dell'accordo See (Caso Comp/A.37.507/F3 - Astra Zeneca), in *Gu-Ue* n. L 332 del 30 novembre 2006, p. 24 ss. In tale decisione si rileva «un abuso unico e continuo nelle domande di AZ [Astra Zeneca] di rinunciare alle autorizzazioni di commercializzazione delle capsule Losec in Danimarca, Norvegia e Svezia e allo stesso tempo ritirare dal mercato le capsule Losec e lanciare le compresse Losec MUPS nei tre paesi citati» (*ivi*, p. 25). La Corte, ritenendo che la Commissione non avesse sufficientemente dimostrato che la rinuncia della ditta produttrice fosse finalizzata ad impedire l'importazione parallela, ha ridotto «l'importo di partenza complessivo dell'ammenda a titolo dei due abusi di posizione dominante a EUR 35 milioni, in sostituzione dell'importo di EUR 40 milioni applicato dalla Commissione» (sentenza del Tribunale di primo grado dell'1 luglio 2010 in causa n. T-321/05, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione europea*, in *Raccolta*, 2010, II, p. 2805, par. 905).

⁷¹ Si vedano ad esempio le sentenze della Corte di giustizia del 23 maggio 1978 in causa n. 102/77, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, *cit. supra*, nota 1, par. 2 («Il prodotto di cui trattasi - Valium - è messo in commercio sul mercato tedesco dalla Hoffmann-La Roche in flaconi da 20 o da 50 compresse, destinati ai consumatori singoli, e in confezioni da 100 o da 250 compresse, ad uso degli ospedali; l'affiliata inglese del gruppo Hoffmann-La Roche fabbrica lo stesso prodotto e lo vende in confezioni da 100 o da 500 compresse, a prezzi notevolmente inferiori a quelli praticati in Germania») e del 22 dicembre 2008 in causa n. C-276/05, *The Wellcome Foundation Ltd c. Paranova Pharmazeutika Handels GmbH*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 10479,

ti degli Stati membri, subordinando le forniture alle esigenze nazionali⁷², sospendendo il rifornimento dei distributori all'ingrosso sospettati di esportare i medicinali loro consegnati⁷³, imponendo per via contrattuale divieti di esportazione⁷⁴ oppure operando «una distinzione tra i prezzi prati-

par. 13 («La Paranova importa ZOVIRAX 400/60 dalla Grecia. Tale medicinale è ivi commercializzato in imballaggi contenenti 70 compresse. In Austria l'imballaggio autorizzato è previsto per 60 compresse»). Si noti che già dal 1996 il Comitato economico e sociale allo scopo di garantire il libero mercato delle specialità medicinali aveva auspicato un programma di armonizzazione al cui interno fosse prevista l'adozione di una confezione unica europea contenente la medesima quantità di prodotto (parere del Comitato economico e sociale sul tema «Libera circolazione dei medicinali nell'Unione europea - Eliminazione delle barriere esistenti», in *Guce* n. C 97 del 1° aprile 1996, p. 1, par. 2.2.8., lett. a.).

⁷² Sentenza della Corte di giustizia del 16 settembre 2008 in cause riunite da n. C-468/06 a n. C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE e altri c. GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proionton*, già *Glaxowellcome AVEE*, cit. *supra*, nota 52. Di segno opposto la sentenza della Corte di giustizia del 6 gennaio 2004 in cause riunite n. C-2/01 P e n. C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV e Commissione delle Comunità europee c. Bayer AG*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 23. Questa ultima controversia derivava dal fatto che «[i] principali clienti di Bayer Francia e Bayer Spagna, i grossisti farmaceutici francesi e spagnoli, erano abituati, prima del 1989 in Spagna e prima del 1991 in Francia, ad ordinare ed a vedersi consegnare, da parte di Bayer Francia e Bayer Spagna rispettivamente, delle quantità di Adalat superiori a quelle necessarie per approvvigionare i mercati nazionali francesi e spagnoli. Questi grossisti esportavano le eccedenze in altri Stati membri i cui prezzi sono più elevati di quelli praticati per questo prodotto in Francia e in Spagna, e particolarmente nel Regno Unito» (risposta data dal signor Van Miert a nome della Commissione del 12 marzo 1996 all'interrogazione scritta n. E-0437/1996 di A. Amadeo del 26 febbraio 1996, avente per oggetto: «Medicinale Adalat», in *Guce* n. C 161 del 5 giugno 1996, p. 60).

⁷³ Decisione n. 96/478/Ce della Commissione del 10 gennaio 1996 relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del Trattato CE (IV/34.279/F3 - ADALAT), in *Guce* n. L 201 del 9 agosto 1996, p. 1 ss., par. 83-85. In Italia, il tribunale di Napoli (sentenza del 21 maggio 2004, *Farmacie Petrone srl c. Pfizer Italia srl e Pharmacia Italia spa*) ha stabilito che «[n]on costituisce (...) condotta di boicottaggio censurabile la decisione di una società produttrice di medicinali di non continuare ad intrattenere rapporti commerciali con una società di distribuzione se tale decisione discende da un obiettivo interesse di organizzazione e di riduzione dei relativi costi di gestione». La sentenza della Corte d'appello di Milano, sez. civ., del 20 aprile 2005, *Farmacie Petrone srl c. Pfizer Italia srl e Pharmacia Italia spa*, non ha riconosciuto nel rifiuto delle ditte produttrici di approvvigionare la ricorrente né un abuso di posizione dominante né la prova che «le resistenti, al di là di quanto formalmente dichiarato nella (...) missiva di recesso, avessero voluto con il proprio rifiuto impedire le importazioni parallele effettuate dalla ricorrente». Per un approfondimento si veda la nota di G. CASABURI, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1885 ss. *Le Conseil de la Concurrence* francese in un caso simile aveva stabilito che «[i]l apparaît que la moins mauvaise solution consiste à admettre qu'un laboratoire pharmaceutique puisse mettre en place un système de contingentement de certains médicaments qui lui permet de prévoir le bon niveau de production et de rationaliser la gestion des circuits de distribution mais qui peut induire une régulation de l'approvisionnement des grossistes, à la condition que les restrictions induites par cette régulation soient limitées à ce qui est strictement nécessaire à un approvisionnement fiable et optimal du marché national» (decision n. 07-D-22 du 5 juillet 2007 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution des produits pharmaceutiques, p. 22, par. 100).

⁷⁴ Sentenze della Corte di giustizia del 6 gennaio 2004 in cause riunite n. C-2/01 P e n. C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV e Commissione delle Comunità europee c. Bayer AG*, cit. *supra*, nota 72, p. 23 e dell'11 gennaio 1990 in causa n. C-277/87, *Sandoz prodotti farmaceutici SpA c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 45. Si veda inoltre la sentenza del Tribunale di primo grado del 26 ottobre 2000 in causa n. T-41/96, *Bayer AG c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2000, II, p. 3383.

cati ai grossisti che rivendono i prodotti alle farmacie o agli ospedali e i prezzi applicati ai grossisti che esportano i prodotti»⁷⁵.

5. Abuso di posizione dominante

Alcune delle strategie messe in atto da produttori di farmaci allo scopo di impedire od ostacolare il commercio parallelo delle specialità medicinali di loro produzione potrebbero essere contrarie all'art. 102 TFUE⁷⁶ nella misura in cui rappresentano lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante⁷⁷, cioè di «una situazione di potenza economica grazie alla quale

⁷⁵ Decisione della Commissione dell'8 maggio 2001, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 81 del Trattato Ce. Casi: IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome (notifica), IV/36.997/F3 Aseprofar e Fedifar (denuncia), IV/37.121/F3 Spain Pharma (denuncia), IV/37.138/F3 BAI (denuncia) e IV/37.380/F3 EAEPC (denuncia), in *Guce* n. L 302 del 17 novembre 2001, p. 1, par. 1. Il Tribunale di primo grado annullò tale decisione non rilevando nel comportamento del produttore una restrizione alla concorrenza. I giudici hanno inoltre reputato necessario un maggior approfondimento sulla problematica riconoscendo la possibile esistenza di un collegamento tra gli aspetti economici e l'innovazione (sentenza del 27 settembre 2006 in causa n. T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione delle Comunità europee*, cit. *supra*, nota 55). Nel procedimento di appello, la Corte di giustizia non ha tuttavia ritenuto «che l'esistenza di un rilevante vantaggio oggettivo presupponga necessariamente che tutte le risorse finanziarie supplementari vengano investite nella ricerca e nello sviluppo» [sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2009 in cause riunite n. C-501/06 P, n. C-513/06 P, n. C-515/06 P e n. C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione delle Comunità europee e Commissione delle Comunità europee c. GlaxoSmithKline Services Unlimited e European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) c. Commissione delle Comunità europee e Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 9291, par. 120]. Per una ricostruzione ed un commento della vicenda si veda S. V. VÖLCKER, *Joined cases C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Commission, Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 6 October 2009*, [ECR] I-9291, in *CMLR*, vol. 48, 2011, p. 175 ss. In Francia, *le Conseil de la Concurrence* aveva in precedenza stabilito che «on ne voit pas quelle justification permettrait à un opérateur économique d'imposer à un producteur qui ne dispose pas de la liberté de fixer ses prix pour les produits destinés à être utilisés sur un territoire, d'appliquer d'une manière générale les mêmes conditions de vente pour des produits destinés exclusivement à d'autres territoires où les conditions de marché sont différentes» (décision n. 05-D-72 du 20 décembre 2005 relative à des pratiques mises en oeuvre par divers laboratoires dans le secteur des exportations parallèles de médicaments, p. 48, par. 267).

⁷⁶ Art. 102 TFUE (ex art. 82 TCE): «È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra 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. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: *a.* nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; *b.* nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; *c.* nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; *d.* nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi».

⁷⁷ Per quanto riguarda il settore farmaceutico, «abuse [of dominant position] may consist of the following: *a.* directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions, *b.* limiting production, markets or technical development to the

l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato (...) ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e (...) dei consumatori»⁷⁸. La posizione dominante non è per se stessa sanzionabile, ma implica che l'impresa interessata, indipendentemente dalle cause della sua supremazia, non possa mettere in atto comportamenti che possono pregiudicare il mercato interno⁷⁹. Sebbene «quote molto alte [di mercato] costituiscano di per sé (...) la prova dell'esistenza di una posizione dominante»⁸⁰, l'accertamento di tale situazione non può trascurare criteri e indizi idonei per la valutazione «delle caratteristiche (...) grazie alle quali [...] i] prodotti sarebbero particolarmente atti a soddisfare bisogni costanti e non sarebbero facilmente intercambiabili con altri prodotti»⁸¹.

Nel caso dei prodotti farmaceutici, numerose specialità medicinali utilizzano principi attivi che curano la medesima patologia sfruttando lo stesso meccanismo d'azione. Allo scopo di definire il mercato, la Commissione ha di conseguenza preso in considerazione il «terzo livello del sistema di classificazione terapeutico, anatomico e chimico (Anatomical Therapeutic Chemical classification system; in prosieguo: l'"ATC")», che raggruppa generalmente i farmaci a seconda delle loro indicazioni terapeutiche»⁸², pur non escludendo la possibilità di prendere in considerazione an-

prejudice of consumers, c. applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage, d. making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which have no connection with the subject of such contracts» (European Commission, Competition DG, Pharmaceutical sector inquiry. Preliminary report, 28 November 2008, Annex EC competition law, p. 405, par. 8).

⁷⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 1979 in causa n. 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1979, p. 461, par. 38. L'affermazione è stata ripresa dal par. 10 della Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (*Guce* n. C 372 del 9 dicembre 1997, p. 5 ss.) in cui si precisa ulteriormente che «[n]ormalmente si ha una posizione dominante quando un'impresa o un gruppo di imprese controllano una larga quota dell'offerta su un determinato mercato e gli altri fattori analizzati in sede di valutazione del caso (quali gli ostacoli all'entrata, la capacità di reazione dei consumatori ecc.) inducono anch'essi a concludere in questo senso».

⁷⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 1983 in causa n. 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1983, p. 3461, par. 57.

⁸⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 1979 in causa n. 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee*, *loc. cit.*, par. 41.

⁸¹ Sentenza della Corte di giustizia del 21 febbraio 1973 in causa n. 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1973, p. 215, par. 32.

⁸² Sentenza del Tribunale di primo grado dell'1 luglio 2010 in causa n. T-321/05, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione europea*, *cit. supra*, nota 70, par. 109. «[I]l sistema dell'ATC classifica i prodotti farmaceutici in differenti gruppi, a seconda degli organi o dei sistemi su cui agiscono e delle loro proprietà chimiche, farmacologiche e terapeutiche,

che altri livelli di tale classificazione⁸³. Questa opzione più ampia è utilizzata dalle «autorità americane della concorrenza [le quali] hanno definito i mercati di prodotti farmaceutici al di sotto del terzo livello dell'ATC, facendo riferimento a modalità di azione o a molecole singole»⁸⁴. Tale scelta è stata condivisa da autorità degli Stati membri le quali hanno ritenuto, in alcuni casi, «necessario scendere al quarto livello ATC, sottogruppo chimico/terapeutico, che suddivide i prodotti in relazione a loro specifiche ed ulteriori caratteristiche chimiche»⁸⁵, mentre altri Corti non hanno ravvisato in tale classificazione lo strumento adatto per la risoluzione di particolari controversie⁸⁶. Questi cenni evidenziano come la complessità dei medicinali non consenta la valutazione del mercato secondo regole prestabilite.

ripartendoli in cinque livelli diversi. Il terzo livello dell'ATC raggruppa i prodotti farmaceutici a seconda delle loro indicazioni terapeutiche, il quarto prende di solito in considerazione le modalità di azione e il quinto livello definisce le classi più limitate, che comprendono le sostanze attive singolarmente considerate» (ivi, par. 154). «Il secondo livello ATC corrisponde ai principali gruppi terapeutici» (decisione della Commissione, dell'8 maggio 2001, cit. supra, nota 75, p. 4, par. 16). Tale sistema può non essere univoco dal momento che «per classificare i prodotti farmaceutici nelle cosiddette ATC (classi anatomiche terapeutiche) vengono usati criteri diversi. Sono utilizzate le classificazioni sia dell'Organizzazione mondiale della Sanità che della European Pharmaceutical Market Research Association (EphMRA): i criteri dell'OMS sono più orientati in base a criteri scientifici e quelli della EphMRA sono maggiormente basati su criteri commerciali» (decisione n. 2002/165/Ce della Commissione, del 3 luglio 2001, relativa a un procedimento a norma dell'art. 82 del Trattato CE, caso COMP D3/38.044 - NDC Health/IMS Health: misure provvisorie, in *Guce* n. L 59 del 28 febbraio 2002, p. 20, par. 16). «Di norma la Commissione definisce il mercato rilevante del prodotto facendo riferimento alla classificazione ATC (Anatomical Therapeutic Classification) riconosciuta dall'OMS. Tuttavia, occasionalmente ha anche fatto riferimento alla classificazione elaborata dall'associazione europea dell'industria farmaceutica EphMRA» (decisione della Commissione, dell'8 maggio 2001, loc. cit., p. 24, par. 110).

⁸³ Decisione n. 98/526/Ce della Commissione del 4 febbraio 1998 che dichiara la compatibilità di una concentrazione con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo See (caso n. IV/M.950 - Hoffmann-La Roche/Boehringer Mannheim), in *Guce* n. L 234 del 21 agosto 1998, p. 15, par. 10. Infatti, pur ribadendo che «la delimitazione del mercato in base al terzo livello della classificazione ATC è appropriata in quanto i prodotti del terzo livello servono generalmente agli stessi scopi terapeutici e non sono intercambiabili con prodotti di altri gruppi» [decisione n. 97/469/Ce della Commissione del 17 luglio 1996 riguardante una procedura a norma del Regolamento (Cee) n. 4064/89 del Consiglio (caso IV/M.737 - Ciba-Geigy/Sandoz), in *Guce* n. L 201 del 29 luglio 1997, p. 3, par. 19], la Commissione non ha escluso la necessità di «riunire determinati gruppi, come ad esempio quando determinati prodotti di differenti gruppi ATC rappresentano prodotti di sostituzione per il trattamento di una malattia specifica. Potrebbe anche rivelarsi utile procedere ad una delimitazione del mercato più ristretta quando i rispettivi medicinali hanno chiaramente indicazioni differenti. A questo riguardo è anche da considerare che l'utilizzazione dei medicinali può variare da un Paese all'altro» (ivi, p. 3, par. 17).

⁸⁴ Sentenza del Tribunale di primo grado dell'1 luglio 2010 in causa n. T-321/05, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione europea*, cit. supra, nota 70, par. 126.

⁸⁵ Provvedimento n. 8916 (I337) del 23 novembre 2000 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Bracco-Byk Gulden Italia-Farmades-Nycomed Amersham Sorin-Schering*.

⁸⁶ Si veda, ad esempio, la sentenza del *Competition Appeal Tribunal* dell'11 marzo 2004 nel caso n. 1016/1/1/03, *Genzyme Ltd v. Office of fair trading*, [2004] CAT 4, p. 65, par. 198, in cui il Tribunale sancisce che «neither the ATC classification, nor the Commission's previous decisions applying that classification in merger cases, are determinative of the issue of market defini-

Un ulteriore esempio dei molteplici elementi che si intrecciano nella definizione di mercato per i prodotti farmaceutici è rappresentato dalla decisione con cui la Commissione ellenica per la concorrenza (*Epitropi Antagonismou*) aveva giudicato il rifiuto di un produttore di medicinali di evadere gli ordini provenienti da alcuni grossisti indiziati di voler esportare tali forniture negli altri Stati membri in quanto le quantità da loro richieste erano ritenute eccessive rispetto ai bisogni locali⁸⁷. L'autorità greca aveva stabilito che il produttore deteneva una posizione dominante solo in riferimento ad un medicinale anticomiziale poiché le problematiche connesse con l'adattamento dei pazienti alla terapia non rendevano tale specialità intercambiabile con altri farmaci indicati per il trattamento della patologia epilettica.

Le motivazioni di questa sentenza nazionale riflettono le conclusioni cui era pervenuto *Jacobs* il quale aveva analizzato la stessa questione sotto il profilo sociale ed economico⁸⁸. Dopo aver ricordato che l'acquirente finale del farmaco non trae nessun vantaggio dall'importazione parallela⁸⁹, l'Avvocato Generale giustificava la decisione di limitare le forniture di medicinali in quanto tale azione è «ragionevole e adeguata alla difesa degli interessi commerciali dell'impresa»⁹⁰. Tale parere non è stato preso in considerazione dai giudici in quanto la «Corte [di giustizia] si è dichiarata incompetente a rispondere ad un organo privo di carattere giurisdizionale»⁹¹.

tion in the present case. Indeed, the decision itself points out that the ATC classification is only a "starting point" for an analysis in which other elements have to be considered».

⁸⁷ *Epitropi Antagonismou* (autorità antitrust greca), decisione n. 318/V/2006 dell'1 settembre 2006, *GlaxoSmithKline s.a.* per violazione dell'art. 2 della legge 703/77. La decisione greca è ricordata anche nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer dell'1 aprile 2008 in cause riunite da n. C-468/06 a n. C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE e altri c. GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton*, già *Glaxowellcome AEVE*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 7139, par. 17.

⁸⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 28 ottobre 2004 in causa n. C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri c. GlaxoSmithKline plc e GlaxoSmithKline AEVE*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 4609, par. 84-99. La sentenza è annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 473. Nella Sezione VI.i.b, par. 3, della decisione n. 318/V/2006, l'autorità greca ricorda che «a. the fact that in the European pharmaceutical sector no strict competition conditions apply, due to state interventionism in the price-fixing of pharmaceuticals, b. the percentage by which the quantities supplied by the dominant undertaking exceeded national consumption, c. the effect of parallel trade on the profit of the dominant undertaking, d. the lack of any benefit for the end consumer entailed by parallel trade and e. the overall economic and regulatory context of the decision» (riportata da I. S. FORRESTER e A. DAWES, *Parallel trade in prescription medicines in the European Union: the age of reason?*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 1, 2008, p. 23).

⁸⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 28 ottobre 2004 in causa n. C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri c. GlaxoSmithKline plc e GlaxoSmithKline AEVE*, cit. *supra*, nota 88, par. 96-98.

⁹⁰ *Ivi*, par. 100.

⁹¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer dell'1 aprile 2008 in cause riunite da n. C-468/06 a n. C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE e altri c. GlaxoSmithKline AEVE*

La vicenda non era tuttavia conclusa. Il ricorso presentato contro la decisione dell'autorità greca della concorrenza induceva la Corte d'appello di Atene (*Trimeles Efeteio Athinon*) a rivolgersi ai giudici di Lussemburgo. Nel rispondere alle questioni pregiudiziali, l'Avvocato Generale Colomer aveva espresso un parere opposto rispetto a quello formulato in precedenza da *Jacobs* ricordando tra l'altro che le industrie farmaceutiche godono di un certo margine di manovra durante la fase di negoziazione dei prezzi i quali d'altra parte non erano mai stati fissati a livelli inferiori all'effettivo costo dei medicinali⁹².

La Corte, nell'imbarazzo di scegliere tra le opinioni contrastanti dei due Avvocati Generali, ha abbracciato una posizione di compromesso. Infatti, la sentenza ha stabilito che le norme Ue sulla concorrenza devono essere applicate anche nel caso in cui la loro violazione sia la diretta conseguenza delle regole stabilite da uno Stato membro per la determinazione dei prezzi dei medicinali⁹³. Accanto a questa posizione, i giudici hanno riconosciuto all'industria farmaceutica la possibilità di adottare misure ragionevoli e proporzionate a tutela dei propri interessi commerciali⁹⁴, rinvenendo nel concreto la legittimità della riduzione delle forniture qualora fosse provato che gli ordinativi non fossero proporzionati ai reali fabbisogni del singolo mercato nazionale⁹⁵. Tale sentenza si allinea con una precedente pronuncia con cui il Tribunale di primo grado aveva ammesso «che (...) un'impresa in posizione dominante può, in determinati casi, rifiutarsi di vendere o mutare la sua politica di consegna o d'approvvigionamento»⁹⁶.

6. Le divergenze nel prezzo negli Stati membri: una causa dell'importazione parallela delle specialità medicinali

Dal punto di vista commerciale, la pratica dell'importazione parallela dei medicinali è favorita dal fatto che «the extent of price differences

Farmakeftikon Proïonton, già *Glaxowellcome AEVE*, cit. *supra*, nota 87, par. 17.

⁹² *Ivi*, par. 92-93.

⁹³ Sentenza della Corte di giustizia del 16 settembre 2008 in cause riunite da n. C-468/06 a n. C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE e altri c. GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton*, già *Glaxowellcome AEVE*, cit. *supra*, nota 52, par. 67.

⁹⁴ *Ivi*, par. 69.

⁹⁵ *Ivi*, par. 76.

⁹⁶ Sentenza del Tribunale di primo grado del 26 ottobre 2000 in causa n. T-41/96, *Bayer AG c. Commissione delle Comunità europee*, cit. *supra*, nota 74, par. 180. Il paragrafo in questione richiama la sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 1978 in causa n. 27/76, *United Brands Company e United Brands Continental BV c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1978, p. 207, par. 182-191 e annotata in questa *Rivista*, 1980, con commento di M. SIRAGUSA, *Diritto e politica della concorrenza nella CEE: prezzi discriminatori e non equi* (articolo 86), p. 467 ss.

throughout Europe for the same pharmaceutical product is unheard in other industrial sectors»⁹⁷.

Le motivazioni all'origine di queste differenze dipendono dal diverso bilanciamento tra gli interessi contrapposti dei produttori e delle finanze pubbliche attuato dai governi nazionali in base alle situazioni sociali ed industriali dei singoli Paesi. Gli Stati più meridionali dell'Unione hanno generalmente stabilito criteri che tendono a favorire i sistemi sanitari nazionali tenendo sotto controllo il prezzo dei farmaci e, quindi, la spesa pubblica. Al contrario gli Stati più settentrionali hanno attuato da molto tempo azioni di sostegno all'industria farmaceutica concedendo la possibilità di vendere i medicinali ad un prezzo più elevato per incoraggiarne gli investimenti e l'innovazione. Queste diverse motivazioni⁹⁸ rappresentano la ragione principale per cui uno stesso medicinale viene generalmente venduto ad un prezzo inferiore in Grecia, Italia, Portogallo e Spagna rispetto al costo necessario per il suo acquisto nella Repubblica Federale Tedesca, nel Regno Unito e nei Paesi scandinavi⁹⁹. Di conseguenza, i diversi approcci con cui gli Stati membri affrontano la politica sul farmaco rappresentano la causa principale dell'importazione parallela dei medicinali¹⁰⁰. Accanto alle decisioni di politica sanitaria o industriale, anche si-

⁹⁷ G. PERMANAND, *EU pharmaceutical regulation*, Manchester, Manchester University Press, 2006, p. 157. Della stessa opinione J. L. VALVERDE, *The European Union's policy on medicinal products*, in J. L. VALVERDE (ed.), *Responsibilities in the Efficient Use of Medical Products*, Amsterdam, IOS Press, 2006, p. 104.

⁹⁸ J. DARBÀ - J. ROVIRA, *Parallel Imports of Pharmaceuticals in the European Union*, in *Pharmacoeconomics*, vol. 14, sup. 1, 1998, p. 132.

⁹⁹ J. L. VALVERDE, *The European Union's policy on medicinal products*, loc. cit., p. 33. Nel 1983 la Corte ricordava che, mentre «in Francia, nel Belgio e in Italia il livello dei prezzi è basso, i Paesi Bassi rientrano tra gli Stati membri ove i prezzi dei medicinali sono alti» (sentenza della Corte di giustizia del 29 novembre 1983 in causa n. 181/82, *Roussel Laboratoria B.V. e altri c. Regno dei Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1983, p. 3849, par. 4 e annotata in questa *Rivista*, 1984, p. 127). Secondo P. NORRIS (*The impact of European harmonization on Norwegian drug policy*, in *Health Policy*, vol. 43, 1998, p. 73) all'epoca del suo articolo «[t]he products tend[ed] to come [in Norway] from low-price countries such as Spain, Italy and to a lesser extent, Greece and France».

¹⁰⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 28 ottobre 2004 in causa n. C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri c. GlaxoSmithKline plc e GlaxoSmithKline AEE*, cit. *supra*, nota 88, par. 78 («Gli Stati membri pongono limiti ai prezzi dei medicinali sui propri territori. Interventi siffatti sono diretti a preservare il bilancio dei fondi previdenziali, che sopportano la maggior parte del costo di detti prodotti. Gli Stati intervengono a vari livelli e con vari metodi per fissare o indirizzare i prezzi dei farmaci. Alcuni Stati sono disposti a consentire che i farmaci siano venduti sul loro territorio a prezzi maggiori che altrove. E questo forse un riconoscimento, esplicito o implicito, della necessità di assicurare alle imprese farmaceutiche un guadagno sufficiente ad incentivare la ricerca e lo sviluppo di nuovi medicinali. Di conseguenza, il prezzo dei farmaci in alcuni Stati membri suole essere maggiore che in altri. È la differenza di prezzi tra Stato e Stato a spingere al commercio parallelo»).

tuazioni contingenti, come fluttuazioni valutarie¹⁰¹ o provvedimenti nazionali di respiro più generale¹⁰², possono creare condizioni in grado di rendere remunerativo l'arbitraggio dei medicinali tra gli Stati membri.

Tuttavia, le cause e gli scopi dell'importazione parallela non hanno influenzato gli esiti delle pronunce. Tale conclusione può essere dedotta dal fatto che le motivazioni speculative alla base del caso *Centrafarm*¹⁰³ non esercitarono nessun effetto sull'orientamento giurisprudenziale favorevole a sostenere il mercato interno. I giudici non ritennero che le restrizioni al commercio costituissero la risoluzione delle problematiche derivanti dal notevole divario economico esistente per l'acquisto di un farmaco nei diversi Stati membri, ma, come ricordato, indicarono che «l'armonizzazione degli interventi nazionali intesi al controllo dei prezzi» costituiva l'unica strada percorribile per contrastare e, quindi, per eliminare le cause alla base dell'importazione parallela¹⁰⁴. Tale motivazione sembrava auspicare che le istituzioni intervenissero per assumere i provvedimenti idonei a rendere omogeneo il prezzo dei medicinali all'interno dell'allora Comunità.

La direttiva n. 89/105/Cee fu quindi approvata per assicurare criteri trasparenti e verificabili sul costo dei farmaci al fine di evitare situazioni che potessero «ostacolare o falsare il commercio intracomunitario delle specialità medicinali e quindi pregiudicare direttamente il funzionamento del mercato comune delle specialità medicinali»¹⁰⁵. Tale direttiva risultò

¹⁰¹ A titolo di esempio, si può ricordare come il rapporto euro/sterlina era circa 0,6 nel 2000, mentre oggi è intorno a 0,9 dopo aver toccato massimi tra a 0,95 e 0,975 agli inizi del 2009.

¹⁰² Per rispondere all'attuale crisi finanziaria, il governo greco ha ridotto del 25% il prezzo di tutti i medicinali (M. BRABANT, *La crisis en Grecia golpea a los diabéticos*, BBC Mundo, 29 maggio 2010, http://www.bbc.co.uk/mundo/economia/2010/05/100528_grecia_diabeticos_aw.shtml). Se da un lato è incontestabile che il provvedimento contribuisce a ridurre la spesa sanitaria, dall'altra parte esso produce anche le condizioni ideali per favorire l'importazione parallela dalla Grecia verso altri Stati membri.

¹⁰³ Sentenze della Corte di giustizia del 31 ottobre 1974 in causa n. 15/74, *Centrafarm BV ed Adriaan de Peijper c. Sterling Drug Inc.*, in *Raccolta*, 1974, p. 1147 e del 31 ottobre 1974 in causa n. 16/74, *Centrafarm BV ed Adriaan de Peijper c. Winthrop BV*, cit. supra, nota 4. Per un approfondimento si veda W. R. CORNISH, *The Free Movement of Goods I: Pharmaceuticals, Patents and Parallel Trade*, in R. GOLDBERG - J. LONBAY (eds.), *Pharmaceutical Medicine, Biotechnology, and European Law*, cit. supra, nota 24, p. 19.

¹⁰⁴ Sentenze della Corte di giustizia del 31 ottobre 1974, in causa n. 15/74, *Centrafarm BV ed Adriaan de Peijper c. Sterling Drug Inc.*, cit. supra, nota 103, par. 23 e del 31 ottobre 1974 in causa n. 16/74, *Centrafarm BV ed Adriaan de Peijper c. Winthrop BV*, cit. supra, nota 4, par. 16.

¹⁰⁵ Direttiva n. 89/105/Cee del Consiglio del 21 dicembre 1988 riguardante la trasparenza delle misure che regolano la fissazione dei prezzi delle specialità per uso umano e la loro inclusione nei regimi nazionali di assicurazione malattia, in *Guce* n. L 40 dell'11 febbraio 1989, p. 8 ss., *considerando* 4. La Commissione ha annunciato la revisione di detta direttiva «che enuncia le regole minime per le procedure di determinazione dei prezzi e di rimborso. Nell'ambito della revisione ci si propone di esaminare le modalità per migliorare la trasparenza di tali misure ed evitare ritardi nell'accesso al mercato» [Commissione europea,

notevolmente ridimensionata rispetto agli auspici iniziali e alla proposta originale del 1986¹⁰⁶ a causa dei numerosi emendamenti approvati dal Parlamento europeo che rimossero dal testo le misure più significative¹⁰⁷. La Commissione fu costretta ad accettare questa situazione essendosi resa conto che le divergenze relative a «per capita income, healthcare systems and traditions of medical practice» non rendevano realistico sperare di raggiungere l'armonizzazione del prezzo del farmaco¹⁰⁸.

Le istituzioni europee, tuttavia, non cessarono di interessarsi alle differenti metodologie utilizzate dagli Stati membri¹⁰⁹ per garantire la sostenibilità finanziaria dei sistemi sanitari nazionali, ritenendo che gli aspetti economici costituissero l'ostacolo principale alla libera circolazione dei medicinali¹¹⁰. Per questo motivo, la Commissione intravide nel commercio

Relazione sulla politica della concorrenza 2010, Com(2011)328 def., 10 giugno 2011, p. 35, par. 113].

¹⁰⁶ «On December 30, 1986, the Commission transmitted to the Council a proposal for a directive relating to the transparency of national measures relating to the control of prices of medicinal products for human use and their inclusion within the scope of the national health insurance systems» (F. SAUER - R. HANKIN, *Rules governing pharmaceuticals in the European Community*, in *Journal of Clinical Pharmacology*, vol. 639, 1987, p. 643). Come specificato dagli Autori si tratta della proposta di direttiva del Consiglio riguardante la trasparenza delle misure che regolano il prezzo dei prodotti farmaceutici destinati all'uomo e la loro inclusione in un regime nazionale di previdenza sociale, Com(86)765 def., in *Guce* n. C 17 del 23 gennaio 1987, p. 6.

¹⁰⁷ Nei documenti comunitari si ritrovano alcuni accenni alle difficoltà incontrate durante l'iter che portò all'approvazione della direttiva n. 89/105/Cee. Si veda, ad esempio, l'affermazione secondo cui «the proposed Directive on pharmaceutical pricing remains under negotiation in the Council» [Commission of the European Communities, Third Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the Implementation of the Commission's White Paper on completing the Internal market, Com(88)134 final, 21 March 1988, p. 20, par. 39].

¹⁰⁸ G. PERMANAD - E. MOSSIALOS, *The Europeanization of regulatory policy in the EU pharmaceutical sector*, in *Health Governance in Europe. Issues, challenges and theories*, M. STEFFEN (ed.), London, Routledge, 2005, p. 69. Pur accettando l'impossibilità di intervenire sui prezzi dei medicinali, la Commissione si è tuttavia dimostrata preoccupata del fatto che «la media del reddito pro capite nei paesi dell'Europa centrale e orientale è notevolmente inferiore a quella degli attuali Stati membri; sorge quindi il problema di come i pazienti potranno accedere ai prodotti farmaceutici a prezzi sostenibili e realistici nell'ambito del mercato unico» [Commissione delle Comunità europee, Comunicazione della Commissione sul mercato unico del settore farmaceutico, Com(98)508 def., 25 novembre 1998, p. 10].

¹⁰⁹ A. TIMUR - G. PICONE, *Pharmaceutical price differences in the EU: Investigation from cardiovascular disease drugs*, in *Expert Review of Pharmacoeconomics & Outcomes Research*, vol. 9, 2009, p. 251 ss.

¹¹⁰ L'affermazione secondo cui gli aspetti economici costituiscono un ostacolo al mercato unico dei medicinali non è accettata da tutta la dottrina. Alcuni commentatori mettono in evidenza che le sentenze della Corte di giustizia non contengono nessun accenno al fatto che le differenze tra i sistemi sanitari degli Stati membri si oppongano alla libera circolazione dei farmaci. Si veda J. SNELL, *Free movement of pharmaceutical products: an overdose of cheap drugs?*, in *European Business Law Review*, 2003, p. 508; P. KANAVOS, *The single market for pharmaceuticals in the European Union in light of European Court of Justice rulings*, in *Pharmacoeconomics*, vol. 18, 2000, p. 523 ss.

parallelo un fattore positivo per l'effetto normalizzatore che avrebbe potuto avere sui prezzi dei prodotti farmaceutici¹¹¹.

7. L'importazione parallela dei medicinali: un vantaggio per i consumatori?

Nel tentativo di contrastare l'importazione parallela, l'industria farmaceutica ha obiettato come la legittimazione di tale pratica commerciale potrebbe tramutarsi nel lungo periodo in uno svantaggio per la collettività in quanto le minori entrate potrebbero ripercuotersi sugli investimenti per la ricerca e lo sviluppo (R&S) di nuovi medicinali. Nonostante l'affermazione sembri poggiare su basi ragionevoli, l'esistenza di una correlazione tra importazioni parallele e budget dedicato alla R&S è stata rigettata dalla Commissione¹¹², da alcune autorità giurisdizionali ed amministrative nazionali¹¹³ e dalla Corte di giustizia¹¹⁴. Le differenti opinioni sintetizzano le difficoltà di valutazione tra un'opzione che assicura ricadute economiche tangibili nell'immediato e l'ipotesi di disporre in futuro di medicinali ancora più efficaci.

All'interno di questo dibattito si possono inserire alcuni studi che hanno posto l'accento sui vantaggi sociali dell'importazione parallela, ricordando come la perdita del produttore si traduca in un notevole risparmio per i sistemi sanitari nazionali e per i consumatori grazie alla possibilità di acquistare i medicinali a prezzi inferiori a quelli praticati sul mercato nazionale¹¹⁵. Questa conclusione appariva condivisa dalla Commissione la quale esprime l'opinione che «[i] pazienti beneficino direttamente del commercio parallelo quando devono pagare l'intero importo del prezzo di acquisto o quando il

¹¹¹ «[I] commercio parallelo resta un elemento trainante dell'integrazione del mercato e di conseguenza del completamento del mercato unico» [Commissione delle Comunità europee, Comunicazione della Commissione sul mercato unico del settore farmaceutico, 25 novembre 1998, Com(98)588 finale, p. 13].

¹¹² «[N]on è possibile identificare un collegamento causale tra il commercio parallelo e la R&S» (decisione della Commissione dell'8 maggio 2001, *cit. supra*, nota 75, p. 33, par. 159).

¹¹³ *Epitropi Antagonismou* (autorità antitrust greca), Glaxo Wellcome, provvedimento (cautelare) del 3 agosto 2001, n. 193/III/2001 (traduzione tedesca in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, 2002, p. 534 ss.).

¹¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2009 in cause riunite n. C-501/06 P, n. C-513/06 P, n. C-515/06 P e n. C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione delle Comunità europee e Commissione delle Comunità europee c. GlaxoSmithKline Services Unlimited* e *European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPIC) c. Commissione delle Comunità europee e Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) c. Commissione delle Comunità europee*, *cit. supra*, nota 75, par. 120.

¹¹⁵ C. GALLEGHER - R. O'NEILL, *Birth of the Parallel Medicines Trade*, in *The Pharmaceutical Journal*, vol. 380, 2008, p. 364 ss.

rimborso è solo parziale ed è espresso in percentuale del reale prezzo di acquisto¹¹⁶. Il vantaggio per i consumatori potrebbe derivare da un meccanismo concorrenziale in grado di innescare una spirale competitiva a sua volta capace di favorire una riduzione dei prezzi dei corrispondenti prodotti nazionali¹¹⁷ oppure potrebbe essere la conseguenza di risparmi indiretti di notevole entità seppure difficilmente quantificabili¹¹⁸. Nel caso si realizzassero queste condizioni è indubbio che il guadagno ottenuto dalla collettività supererebbe l'eventuale perdita sofferta dall'industria farmaceutica soddisfacendo quindi il criterio di efficienza di *Kaldor-Hicks*¹¹⁹.

Tuttavia, interpretazioni divergenti hanno messo in evidenza come l'importazione parallela di medicinali possa non produrre ricadute economicamente significative sull'acquirente finale sia esso rappresentato dall'individuo o, attraverso il sistema sanitario nazionale, dalla collettività¹²⁰. Questa considerazione si basa sull'impossibilità di determinare il prezzo del farmaco importato secondo modalità differenti rispetto a quelle adotta-

¹¹⁶ Decisione della Commissione dell'8 maggio 2001, *cit. supra*, nota 75, p. 37, par. 184.

¹¹⁷ Decisione della Commissione del 13 luglio 1987, caso n. 87/409/Cee, Sandoz, in *Guce* n. L 222 del 10 agosto 1987, p. 28, par. 6.

¹¹⁸ «Parallel trade also generates indirect savings by creating competition, where otherwise there is none, and thus forcing pharmaceutical manufacturers to reduce the prices of domestically sourced products. These indirect savings are difficult to quantify but they could be larger than the direct savings» (P. WEST - J. MAHON, *Benefit to Payers and Patients from Parallel Trade*, York, York Health Economics Consortium, University of York, 2003, p. iii).

¹¹⁹ N. KALDOR, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, in *The Economic Journal*, vol. 49, 1939, p. 549 ss.; J. R. HICKS, *The Foundations of Welfare Economics*, in *The Economic Journal*, vol. 49, 1939, p. 696 ss.

¹²⁰ Questa affermazione trova il suo sostegno nelle parole dell'Avvocato Generale Jacobs (conclusioni del 28 ottobre 2004 in causa n. C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri c. GlaxoSmithKline plc e GlaxoSmithKline AEVE*, *cit. supra*, nota 88) il quale ha ritenuto che «[i]l commercio parallelo di prodotti farmaceutici non si traduce per forza in una concorrenza sui prezzi evidente agli occhi dei consumatori» (par. 97), «[n]é (...) si traduce sempre in una concorrenza sui prezzi a vantaggio degli enti pubblici che di fatto acquistano i prodotti commercializzati oppure dei contribuenti che alimentano tali fondi» (par. 98). Si veda anche P. KANAVOS - J. COSTA-I-FONT - S. MERKUR e M. GEMMILL, *The Economic impact of pharmaceutical parallel trade in European Union Member States: a stakeholder analysis*, LSE Health and Social Care, London School of Economics and Political Science, 2004, p. 15, in cui si afferma che «[n]o (measurable) direct benefits accrue to patients due to the structure of user charges in the study countries. Consequently, patient access to medicines is unaffected». Negli Stati membri in cui il farmacista ha l'obbligo di dispensare per il sistema sanitario nazionale i medicinali meno costosi (Danimarca, Germania, Svezia), gli importatori hanno ridotto volontariamente il prezzo dei loro farmaci, ma solo di una percentuale minima. Tale scelta ha permesso ai servizi sanitari nazionali di risparmiare circa l'1% della spesa farmaceutica assicurando nello stesso tempo agli importatori i maggiori guadagni in quanto essi hanno aumentato il volume delle loro vendite (A. KOMNINOS - A. DAWES, *EC Competition Law and Parallel Trade in Pharmaceutical Products*, *cit. supra*, nota 52, p. 386). Anche l'articolo di M. K. KYLE - J. S. ALLSBROOK e K. A. SCHULMAN, *Does reimportation reduce price differences for prescription drugs? Lesson from the European Union*, in *Health Services Research*, vol. 43, 2008, p. 1308 ss., giunge alla conclusione che l'importazione parallela non è in grado di ridurre automaticamente il prezzo dei medicinali.

te per il prodotto nazionale¹²¹. L'orientamento propenso a considerare un diverso prezzo di vendita come una misura equivalente ad una restrizione quantitativa alla libera circolazione delle merci trova ulteriore conferma in un passaggio di una sentenza in cui i giudici hanno ricordato che «alle distorsioni di concorrenza che tali controlli [dei prezzi imposti dalle autorità pubbliche] possono provocare negli scambi fra Stati membri si deve rimediare con misure adottate dalle istituzioni comunitarie e non con provvedimenti nazionali unilaterali incompatibili con le norme relative alla libera circolazione delle merci»¹²². Tuttavia, solo due anni dopo la Commissione esprimeva un parere di segno contrario riconoscendo che «un sistema centralizzato di fissazione dei prezzi dei medicinali gestito a livello europeo non [... fosse] una soluzione auspicabile e che comunque al momento [... fosse] impraticabile»¹²³. Coerentemente con questa affermazione, l'art. 4, par. 3, della direttiva n. 2001/83/Ce ribadisce «le competenze delle autorità degli Stati membri (...) in materia di fissazione dei prezzi dei medicinali» in quanto tale argomento è compreso nelle politiche decise a livello na-

¹²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 29 novembre 1983 in causa n. 181/82, *Roussel Laboratoria B.V. e altri c. Regno dei Paesi Bassi*, cit. supra, nota 99. In base a tale precedente, il TAR Lazio [sentenza del 2 marzo 2007, n. 1944, *Programmi sanitari integrati s.r.l. c. Agenzia Italiana per il Farmaco (AIFA), Ministero della Salute e Novartis Farma Italia s.r.l.*] ha sancito che l'Agenzia italiana del farmaco «non ha alcun potere di determinare il prezzo di un farmaco d'importazione parallela quando lo stesso identico medicinale è già in distribuzione nel territorio nazionale» in quanto il decreto del Ministero della Sanità del 29 agosto 1997 (Procedure di autorizzazione all'importazione parallela di specialità medicinali per uso umano, in *Guri* n. 235 dell'8 ottobre 2007, p. 11 ss.) che disciplina «l'importazione parallela dei farmaci non reca alcuna disposizione in ordine alla determinazione del prezzo dei medicinali oggetto di importazione parallela». La sentenza ha quindi annullato i provvedimenti dell'AIFA che, nell'autorizzare l'importazione parallela di un medicinale antinfiammatorio, avevano stabilito un prezzo massimo di vendita non superiore a quello del farmaco generico ed inferiore a quello della stessa specialità medicinale già in vendita nel territorio nazionale (si veda anche la nota 68 di questo commento). L'impossibilità di applicare una diversa metodologia nella determinazione del prezzo al pubblico in funzione dell'origine del medicinale era già stata stabilita dalla Corte di giustizia la quale aveva giudicato contrarie all'attuale art. 36 TFUE le delibere con cui il Comitato interministeriale dei prezzi ed il Comitato interministeriale per la programmazione economica (*Guri* n. 298 del 29 ottobre 1984) avevano approvato un metodo che valutava maggiormente i costi sostenuti sul territorio italiano rispetto alle spese sopportate dai prodotti importati per i quali non venivano inoltre presi in considerazione gli oneri derivanti dalla loro importazione (sentenza della Corte di giustizia del 9 giugno 1988 in causa n. 56/87, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, 1988, p. 2919).

¹²² Sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 1996 in cause riunite n. C-267/95 e n. C-268/95, *Merck & Co. Inc., Merck Sharp & Dohme Ltd e Merck Scarpe & Dohme International Service BV c. Primecrwon Ltd, Ketan Himatlal Mehta, Bharat Himatlal Mehta e Necessity Supplies Ltd e Beecham Group plc c. Eropharm of Worthing Ltd*, cit. supra, nota 39, par. 47.

¹²³ Commissione delle Comunità europee, Comunicazione della Commissione sul mercato unico del settore farmaceutico, 25 novembre 1998, Com(98)588 finale, p. 13. Uno dei motivi che ha impedito la realizzazione del mercato unico dei medicinali è stato individuato nel desiderio degli Stati membri di mantenere sotto controllo la spesa farmaceutica. Al riguardo si veda L. HANCHER, *The European Pharmaceutical Market: problems of partial harmonisation*, in *EL Rev.*, 1990, vol. 15, p. 10 ss.

zionale in base alle condizioni economiche e sociali del Paese. Di conseguenza, appare ragionevole interrogarsi circa la legittimità che l'importazione parallela costituisca lo strumento da utilizzare per estendere a tutta l'Unione il corrispettivo che un'industria ha accettato nel momento in cui ha immesso un medicinale sul mercato di uno Stato membro.

L'impossibilità di attuare un doppio regime sui prezzi di vendita ha prodotto una situazione in grado di vanificare gli eventuali vantaggi di natura economica derivanti dall'importazione parallela. Per questa ragione, consumatori e sistemi sanitari nazionali devono impegnare uguali risorse finanziarie per assicurare i necessari rimedi terapeutici senza poter trarre nessun vantaggio dall'eventuale acquisto economicamente più vantaggioso effettuato dall'intermediario¹²⁴. Il commercio parallelo può dunque costituire una concreta perdita finanziaria per l'industria farmaceutica senza apportare alcuna agevolazione alla collettività in quanto i maggiori introiti sono trasferiti dal produttore all'importatore¹²⁵, il quale «receive[s] the benefits of (...) expensive manufacturing and advertising campaigns without incurring any of the accompanying costs»¹²⁶. Nello stesso tempo appare evidente che «[d]ove il rimborso assume la forma di un importo fisso, i farmacisti e altri intermediari si avvantaggiano acquistando prodotti più economici tramite il commercio parallelo, perché tali acquisti comportano profitti più elevati»¹²⁷. La possibilità che i consumatori e i contribuenti non potessero usufruire dei vantaggi economici derivanti dal commercio parallelo dei medicinali era stata avanzata dalla Commissione la quale aveva identificato nell'adozione di opportune misure nazionali il mezzo per superare tale inconveniente¹²⁸.

Alcune ricerche empiriche sottolineano inoltre che l'importazione parallela potrebbe produrre una sorta di discriminazione nella tutela della sa-

¹²⁴ P. KANAVOS - J. COSTA-I-FONT, *Pharmaceutical parallel trade in Europe: stakeholder and competition effects*, in *Economic policy*, vol. 44, 2005, p. 792.

¹²⁵ Tale affermazione trova conferma anche nella giurisprudenza di alcuni Stati membri. *Ex multis* si veda sentenza de la Audiencia national, 26 de enero 2005, contencioso administrativo n. 364/2001, in cui i giudici affermano che «las exportaciones paralelas benefician principalmente a los mayoristas, que obtienen ganancias desproporcionadas, inesperadas y excepcionalmente elevadas ("wind-fall profits")». Es decir, las exportaciones paralelas no representan ningún beneficio directo para los consumidores que pagan el mismo precio por el producto farmacéutico, proceda o no de una importación paralela». La dottrina (J. KILLICK - A. SCHULTZ, *Parallel trade in Europe - The tide is turning*, in *White & Case LLP*, October 2006, p. 2) ricorda che «parallel traders appeared on the Sunday Times list of the richest 500 people in Britain, alongside footballers and tycoons».

¹²⁶ L. J. OSWALD, *Statutory and Judicial Approaches to Gray Market Goods: The «Material Differences» Standard*, in *Kentucky Law Journal*, vol. 95, 2007, p. 110.

¹²⁷ Decisione della Commissione dell'8 maggio 2001, *cit. supra*, nota 75, p. 38, par. 185.

¹²⁸ Commissione delle Comunità europee, Comunicazione della Commissione sul mercato unico del settore farmaceutico, *cit. supra*, nota 123, p. 6.

lute delle persone residenti nell'Unione. Al fine di contrastare l'arbitraggio, l'industria farmaceutica, in aggiunta alle attuali strategie tese a rendere più dispendiosa l'importazione parallela¹²⁹, potrebbe decidere di immettere i farmaci innovativi solo sui mercati più remunerativi evitando di richiedere l'AIC negli Stati membri che garantiscono minori introiti¹³⁰.

Per prevenire l'eventuale insorgere di questi inconvenienti si dovrebbe prevedere un provvedimento in grado di assicurare al consumatore parte dei benefici offerti dall'importazione parallela compensando nello stesso tempo le perdite prodotte da tale pratica commerciale alle aziende farmaceutiche. Questo obiettivo potrebbe essere realizzato introducendo una tassa sul commercio parallelo dei medicinali con cui alimentare un fondo europeo riservato al finanziamento di ricerche industriali finalizzate allo sviluppo di nuovi mezzi terapeutici. Tale proposta, dal momento che riserva ai prodotti importati un'imposizione superiore a quella applicata al medicinale nazionale, potrebbe costituire tuttavia una discriminazione di natura fiscale vietata dall'art. 110 TFUE anche se i proventi di tale tassa di scopo sarebbero gestiti a livello dell'Unione e non sarebbero messi a disposizione dei singoli Stati membri.

8. La reimportazione di medicinali dai Paesi terzi verso l'Unione

Se l'erosione degli introiti dell'industria farmaceutica può essere giustificata dalle esigenze di salvaguardia delle finanze pubbliche o dalla vo-

¹²⁹ M. KYELE, *Strategic responses to parallel trade*, in *Berkeley Electronic Journal of Economic Analysis and Policy*, vol. 11 (2), 2011, Article n° 2. Secondo l'Autrice le risposte dell'industria «include differentiation of products across countries and selective "culling" of product lines to reduce arbitrage opportunities, as well as raising arbitrageurs' costs through choice of packaging».

¹³⁰ M. K. KYELE, *Pharmaceutical price control and entry strategies*, in *The review of economics and statistic*, vol. 89, 2007, p. 88 ss. L'Avvocato Generale Jacobs (conclusioni del 28 ottobre 2004 in causa n. C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri c. GlaxoSmithKline plc e GlaxoSmithKline AEVE*, cit. supra, nota 88, par. 95) aveva ritenuto «plausibile che, se non possono spuntare un aumento dei prezzi negli Stati in cui i farmaci sono meno cari, le imprese farmaceutiche dominanti reagiscano ad un obbligo di rifornire esportatori paralleli in un dato Stato membro ritirando, se possono, i prodotti già commercializzati in quello Stato e ritardandovi il lancio di quelli nuovi. Al posto dei prezzi differenziati ci sarebbe un mercato ancor più frammentato, con una disponibilità di prodotti diversa da Stato a Stato». La stessa possibilità è stata paventata dalla Corte nel momento in cui ha messo in evidenza che «non è (...) possibile interpretare le (...) regole sulla concorrenza [la protezione del consumatore mediante una concorrenza non falsata nonché l'integrazione dei mercati nazionali] nel senso che l'unica scelta operabile da un'impresa farmaceutica in posizione dominante per difendere i propri interessi commerciali sia quella di non commercializzare affatto le sue specialità medicinali in uno Stato membro in cui i prezzi di queste ultime siano fissati ad un livello relativamente basso» (sentenza della Corte di giustizia del 16 settembre 2008 in cause riunite da n. C-468/06 a n. C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE e altri c. GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proionton*, già *Glaxowellcome AEVE*, cit. supra, nota 93, par. 68).

lontà di affermare la supremazia del mercato interno sugli scambi nazionali, non appaiono al contrario accettabili comportamenti speculativi che intendono trarre un illegittimo vantaggio dalla solidarietà dell'Unione nei confronti del bisogno di salute dei Paesi terzi meno sviluppati. Un simile comportamento è stato evidenziato dalla giurisprudenza del Regno Unito nel momento in cui la magistratura è intervenuta per giudicare un caso riguardante alcuni medicinali di produzione nazionale che, dopo essere stati esportati nel continente africano ad un prezzo praticamente irrisorio, erano stati nuovamente introdotti sul mercato inglese senza il consenso del produttore¹³¹. Episodi di questo genere potrebbero aver costituito la ragione per cui la Commissione ha suggerito un meccanismo in grado di prevenire la reimportazione dei medicinali resi disponibili a basso costo per soddisfare le esigenze sanitarie dei Paesi in via di sviluppo¹³². Lo scopo di «prevenire la diversione di questi prodotti verso altri mercati»¹³³ ha indotto l'approvazione dei Regolamenti (Ce) n. 953/2003 e n. 816/2006¹³⁴ che riconoscono ai Paesi in via di sviluppo il diritto di accedere ai medicinali essenziali a prezzi ridotti, ma, nello stesso tempo, affermano il diritto dell'industria farmaceutica di pretendere che i prodotti esportati non vengano

¹³¹ *Glaxo Group v. Dowellhurst* [2003] EWHC 2015 (Ch.); *Glaxo Group v. Dowellhurst* [2004] EWCA Civ. 290. La controversia legale trae origine dall'accusa rivolta all'importatore parallelo di aver messo in commercio nel Regno Unito alcuni farmaci anti-HIV destinati al mercato africano in base ad un programma di aiuti umanitari. Nonostante il produttore avesse ricoperto con un rivestimento di colore rosso tali compresse per distinguerle da quelle bianche vendute a prezzo più elevato nelle altre nazioni, le compresse «rosse» erano state distribuite per conto del servizio sanitario (www.in-pharmatechnologist.com/Packaging/GSK-to-use-technology-to-prevent-parallel-imports).

¹³² Commissione delle Comunità europee, Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, Programma d'azione: azione accelerata di lotta contro l'HIV/AIDS, la malaria e la tubercolosi nel quadro della riduzione della povertà, Com(2001)96 def., 21 febbraio 2001.

¹³³ *Considerando* 1, Regolamento (Ce) n. 953/2003 del Consiglio, del 26 maggio 2003, inteso ad evitare la diversione verso l'Unione europea di taluni medicinali essenziali, in *Gu-Ue* n. L 135 del 3 giugno 2003, p. 5 ss. Il Regolamento fu preceduto dalla Proposta di Regolamento del Consiglio inteso ad evitare la deviazione verso l'Unione europea di taluni medicinali essenziali, Com(2002)592 def., 30 ottobre 2002, in *Gu-Ue* n. C 45 E del 25 febbraio 2003, p. 184 ss.

¹³⁴ Regolamento (Ce) n. 816/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2006, concernente la concessione di licenze obbligatorie per brevetti relativi alla fabbricazione di prodotti farmaceutici destinati all'esportazione verso paesi con problemi di salute pubblica, in *Gu-Ue* n. L 157 del 9 giugno 2006, p. 1 ss. «A seguito della dichiarazione di Doha adottata dall'OMC nel 2001 e alle decisioni successive volte a modificare l'accordo TRIPS, la Ue ha adottato nel maggio 2006 il regolamento concernente la concessione di licenze obbligatorie per brevetti relativi alla fabbricazione di prodotti farmaceutici destinati all'esportazione verso paesi con problemi di salute pubblica» (Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, Una strategia europea in materia di diritti di proprietà industriale, Com(2008)465 def., 16 luglio 2008). In argomento v. C. TUOSTO, *I brevetti farmaceutici e i Paesi in via di sviluppo*, in questa *Rivista*, 2005, p. 547 ss.

introdotti sul mercato interno, dove il costo notevolmente maggiore costituisce un notevole incentivo per la speculazione. Dal momento che questi regolamenti sono ispirati da sentimenti di solidarietà appare assolutamente logico che «i titolari dei diritti di proprietà intellettuale possono promuovere un'azione legale presso un tribunale nazionale in seguito all'importazione parallela nell'Unione o alla commercializzazione di prodotti protetti originari dei Paesi terzi»¹³⁵.

9. Rietichettatura e riconfezionamento del medicinale importato

A norma dell'art. 63 della direttiva n. 2001/83/Ce, l'etichettatura (par. 1) ed il foglietto illustrativo (par. 2) devono essere redatti almeno in una delle lingue ufficiali dello Stato membro in cui si intende commercializzare il medicinale. Tale disposizione si prefigge di consentire al paziente il rispetto delle corrette modalità di assunzione. La norma è infatti funzionale alla necessità che il consumatore comprenda le indicazioni per non essere esposto ai potenziali danni derivanti dalla mancata aderenza alle avvertenze e alle prescrizioni necessarie per una corretta terapia potendosi logicamente ipotizzare che informazioni redatte in una lingua diversa da quella madre non siano utili alla maggior parte della popolazione residente¹³⁶. Sebbene questa disposizione derivi da ragioni di ordine pratico, è in-

¹³⁵ Risposta data dal signor Lamy a nome della Commissione il 23 dicembre 2002 all'interrogazione scritta n. E-3196/02 di R. Oomen-Ruijten dell'8 novembre 2002 avente per oggetto: «Importazioni parallele illegali di farmaci più economici dai paesi in via di sviluppo», in *Guri* n. C 11 E del 15 gennaio 2004, p. 38.

¹³⁶ La necessità che le indicazioni siano redatte nella lingua ufficiale dello Stato membro in cui viene commercializzato il medicinale non si estende a tutte le componenti del confezionamento. L'Avvocato Generale Jacobs ha ritenuto che «[i]l fatto che [sul retro di un blister] i giorni della settimana siano indicati in francese e in inglese, e non in tedesco, non è rilevante, in quanto si può presumere che un numero significativo di consumatori tedeschi di prodotti medicinali abbia qualche nozione di inglese o di francese» (conclusioni del 14 dicembre 1995 in cause riunite n. C-427/93, n. C-429/93, n. C-436/93, n. C-71/94, n. C-72/94, n. C-73/94 e n. C-232/94, *Bristol-Myers Squibb* e altri c. *Paranova A/S, Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH c. Beiersdorf AG e altri e MPA Pharma GmbH c. Rhône-Poulenc Pharma GmbH*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3457, par. 120). La possibilità che parti della confezione non siano redatte nella lingua madre del consumatore è accettata anche dal legislatore italiano in quanto l'art. 14, c. 1, del dlgo n. 283 del 29 maggio 2001 (Norme di attuazione dello Statuto speciale della regione Trentino-Alto Adige concernenti modifiche e integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 15 luglio 1988, n. 574, in materia di processo penale e di processo civile, nonché in materia di assegnazioni di sedi notarili, e in materia di redazione in doppia lingua delle etichette e degli stampati illustrativi dei farmaci, in *Guri* n. 162 del 14 luglio 2001) stabilisce che solamente «[l]e etichette e gli stampati illustrativi delle specialità medicinali e dei preparati galenici erogabili dal Servizio sanitario nazionale, posti o mantenuti in commercio in provincia di Bolzano, devono essere redatti congiuntamente nelle due lingue italiana e tedesca. A tal fine, per ottenere l'autorizzazione all'immissione in commercio di detti farmaci le etichette e gli stampati illustrativi devono essere redatti nelle due lingue». La disposizione è ripresa dall'art. 80, par. 1, del dlgo n. 219 del 24 aprile 2006 [Attuazione della direttiva n.

negabile che tale norma, impedendo l'utilizzo di un idioma con cui gli individui non sono familiari, costituisce una restrizione alla libera circolazione dei medicinali¹³⁷.

Una prima semplice soluzione in grado di soddisfare l'esigenza di tutelare la salute del consumatore e la libertà di circolazione del medicamento può essere rappresentata dalla sostituzione dell'etichettatura originale con indicazioni redatte nella lingua ufficiale dello Stato membro in cui l'importatore parallelo intende commercializzare il farmaco. Tuttavia, «la diffidenza dei consumatori nei confronti di farmaci contenuti in confezioni aperte per sostituire il foglietto illustrativo e poi richiuse e rietichettate dall'importatore parallelo costituisce un ostacolo all'accesso effettivo al mercato tale da rendere necessario il riconfezionamento del farmaco da parte dell'importatore medesimo solo qualora quest'ultimo dimostri l'esistenza, su quel mercato o su una sua parte rilevante, di una resistenza così forte da parte di una percentuale significativa di consumatori verso i farmaci aperti e rietichettati da far concludere che il riconfezionamento del farmaco non si spieghi esclusivamente con la ricerca di un vantaggio commerciale ma miri ad ottenere un accesso effettivo al mercato di riferimento»¹³⁸. Lo scarso gradimento che il pubblico riserva alle confezioni con un'etichetta aggiuntiva può quindi essere superato attraverso la sostituzione dell'imballaggio esterno¹³⁹ (riconfezionamento). Tale rifiuto psicologico è altresì riservato alle preparazioni al cui interno sia inserito un foglietto illustrativo o un dispositivo complementare (misuratori, contagoc-

2001/83/Ce (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva n. 2003/94/Ce, in *Guri* n. 142 del 21 giugno 2006, *suppl. ord.* n. 153] il quale stabilisce che «le indicazioni di cui agli articoli 73 [etichettatura], 77 [foglietto illustrativo], 79 [segni e pittogrammi] sono redatte (...), limitatamente ai medicinali in commercio nella provincia di Bolzano, anche in lingua tedesca».

¹³⁷ Allo scopo di garantire un'adeguata informazione del paziente e la libera circolazione delle specialità medicinali, la Corte EFTA ha respinto il ricorso di un'azienda che si opponeva all'importazione parallela di un medicinale in Norvegia sostenendo che il riassunto delle caratteristiche del prodotto (RCP), documento che deve essere accluso alla domanda di importazione, era protetto dal diritto di autore. Si veda EFTA Court, judgment 19 June 1998, case n. E-1/98, *The Norwegian Government, represented by the Royal Ministry of Social Affairs and Health v Astra Norge AS*, in *ETFA Court Report 1998*, p. 140.

¹³⁸ Tribunale di Milano, ordinanza del 23 ottobre 2009. Tale massima riprende una considerazione presente nella sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 2002 in causa n. C-143/00, *Boehringer Ingelheim KG, Boehringer Ingelheim Pharma KG, Glaxo Group Ltd, The Wellcome Foundation Ltd, SmithKline Beecham plc, Beecham Group plc, SmithKline & French Laboratories Ltd e Eli Lilly and Co. c. Swingward Ltd e Dowelhurst Ltd*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 3759, par. 52 («su un mercato o su una parte rilevante dello stesso può esservi, da parte di una percentuale significativa di consumatori, una resistenza così forte nei confronti dei medicinali rietichettati che l'accesso effettivo al mercato deve considerarsi ostacolato»).

¹³⁹ L'art. 1, par. 23, della direttiva n. 2001/83/Ce definisce l'imballaggio esterno come «l'imballaggio in cui è collocato il confezionamento primario».

ce, insufflatori, ecc.) diverso da quello presente nel prodotto nazionale¹⁴⁰. Questa situazione innalza quindi un ostacolo per le vendite al dettaglio del medicinale importato e, di conseguenza, costituisce un valido motivo per resistere all'eventuale opposizione che il titolare del marchio intenderà intraprendere contro la distribuzione del prodotto riconfezionato. Accanto alle ragioni legate «alla diffidenza dei consumatori», la giurisprudenza dell'Unione ha identificato alcune situazioni in cui risulta oggettivamente indispensabile la sostituzione dell'astuccio originale¹⁴¹. Dopo aver inizialmente assunto una posizione favorevole al produttore¹⁴², la Corte ha stabilito che la scelta di non utilizzare lo stesso nome per commercializzare la medesima specialità medicinale in tutti gli Stati membri¹⁴³ rientra tra le cause che giu-

¹⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1996 in cause riunite n. C-427/93, n. C-429/93 e n. C-436/93, *Bristol-Myers Squibb c. Paranova A/S e C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG e Boehringer Ingelheim A/S c. Paranova A/S e Bayer Aktiengesellschaft e Bayer Danmark A/S c. Paranova A/S*, cit. *supra*, nota 1, par. 55 («il titolare può opporsi al riconfezionamento del prodotto in una nuova confezione esterna quando l'importatore è in grado di realizzare una confezione smerciabile nello Stato membro in cui avviene l'importazione, ad esempio apponendo sulla confezione originale esterna o interna nuove etichette redatte nella lingua di tale Stato, aggiungendovi un nuovo foglietto contenente avvertenze per l'uso o informazioni nella detta lingua oppure sostituendo un oggetto supplementare non autorizzabile nello Stato membro importatore con un oggetto simile ivi autorizzato»).

¹⁴¹ La sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 2002 in causa n. C-143/00, *Boehringer Ingelheim KG, Boehringer Ingelheim Pharma KG, Glaxo Group Ltd, The Wellcome Foundation Ltd, SmithKline Beecham plc, Beecham Group plc, SmithKline & French Laboratories Ltd e Eli Lilly and Co. c. Swingward Ltd e Dowelhurst Ltd*, cit. *supra*, nota 138, par. 47, afferma che motivi oggettivi per il riconfezionamento sono rinvenibili, «ad esempio, quando medicinali (...) non possono essere commercializzati nello Stato membro importatore nella loro confezione originaria a causa di normative o di prassi nazionali relative al confezionamento, di norme in materia di assicurazione contro le malattie che subordinano ad un determinato confezionamento il rimborso delle spese mediche o di consolidate prassi in materia di prescrizioni mediche che si basano, fra l'altro, su norme dimensionali raccomandate da associazioni di categoria e dagli enti di assicurazione contro le malattie».

¹⁴² Sentenza della Corte di giustizia del 10 ottobre 1978 in causa n. 3/78, *Centrafarm BV c. American Home Products Corporation*, in *Raccolta*, 1978, p. 1823, par. 18: «È quindi legittimo a termini dell'art. 36, prima frase, riconoscere al titolare di un marchio tutelato in uno Stato membro il diritto di opporsi a che una merce sia messa sul mercato da un terzo in tale Stato membro col marchio di cui trattasi, anche se la merce è stata già lecitamente smerciata in un altro Stato membro con un marchio diverso ivi spettante allo stesso titolare».

¹⁴³ European Medicines Agency, Committee for Human Medicinal Product, Guideline on the acceptability of names for human medicinal products processed through the centralised procedure, CPMP/328/98, Rev. 5, London, 11 December 2007, p. 1 [«The centralised procedure (...) requires one single invented name for the medicinal product to be authorised. However, in exceptional cases, where the proposed trade mark has been cancelled, opposed or objected to under trade mark law in a Member State, the Commission may accept the existence of more than one name for a single product, in order not to disadvantage patients and their access to the concerned medicinal product in that Member State. (...) Should derogation be granted, it will not affect the legal obligations throughout the Community and shall not be used to introduce any partitioning of the European market, i.e. to restrict or prevent the free movement of concerned medicinal product»]. La legittimità in particolari situazioni di denominazioni diverse per la commercializzazione dello stesso medicinale nei diversi Stati membri è riconosciuta nella sentenza del Tribunale di primo grado del 10 dicembre 2002 in causa

stificano il riconfezionamento. Infatti, l'eventuale «divieto (...) di sostituire il marchio ostacola [...] l'accesso ai mercati dello Stato membro d'importazione [...] dal momento che] talune regolamentazioni o prassi (...) impediscono la commercializzazione del prodotto (...) col marchio che esso reca nello Stato membro d'esportazione (...) per una norma di tutela dei consumatori che viet[a] l'uso (...) del marchio usato nello Stato membro d'esportazione poiché esso può indurre i consumatori in errore»¹⁴⁴.

n. T-123/00, *Dr. Karl Thomae GmbH c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 5193, che al par. 58 ricorda come la possibilità di derogare in circostanze eccezionali dal requisito della denominazione unica sia contemplato nella comunicazione della Commissione sulle procedure comunitarie di autorizzazione all'immissione in commercio dei medicinali (*Guce* n. C 229 del 22 luglio 1998, p. 4 ss.) in base alla quale sarebbe stato «accettato l'uso per lo stesso medicinale delle denominazioni "Refludin" e "Refludan" [decisione n. C(98) 211 def., del 30 gennaio 1998] e, in un altro caso, delle denominazioni "Infergen" e "Inferax" [decisioni n. C(2000) 113, del 20 gennaio 2000, e n. C(2000)3396, del 29 novembre 2000]».

¹⁴⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 12 ottobre 1999 in causa n. C-379/97, *Pharmacia & Upjohn SA c. Paranova A/S*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 6927, par. 43. Nonostante questa pronuncia, i giudici nazionali hanno dimostrato una diversa sensibilità nel valutare la necessità del riconfezionamento qualora tale pratica derivasse da differenze di denominazione della stessa specialità medicinale nei diversi Stati membri. La Corte distrettuale di Stoccolma non ha considerato un motivo valido il nome con cui lo stesso medicinale era venduto in Spagna (*Limovan*) e in Svezia (*Imovane*). Secondo i giudici, le limitazioni della legge svedese che vietano ai farmacisti di consegnare al paziente un farmaco, anche se essenzialmente identico, con denominazione diversa rispetto a quello prescritto potevano essere superate informando i medici dell'esistenza del prodotto di importazione (*Stockholms Tingsrätt*, 5 ottobre 2000, case n. T-10375-99, *Aventis Pharma v. Paranova Lakemedel*, riportato in *European Trade Mark Reports*, 2001, p. 60 ss.). La Suprema Corte danese ha stabilito che non era necessario modificare il nome di una specialità medicinale importata (*One-Alpha*) per adeguarlo al nome danese (*Etalpha*) in quanto le leggi nazionali permettevano ai farmacisti di fornire un prodotto simile, purché di costo inferiore, anche senza il consenso del medico (*Højesteret*, 19 dicembre 2002, case n. 214/2001, *Handelsselskabet af 5 januar 2002 v. Løvens Kemiske Fabrik* [2003] UfR 630). Al contrario, una Corte scozzese non ha accettato questa impostazione, consentendo di sostituire il nome con cui un farmaco era venduto in Francia (*Deroxat*) con il nome in cui lo stesso medicinale era presente sul mercato degli altri Stati membri (*Seroxat*) (*Beecham Group v. Munro Wholesale Medical Supplies* [2000] ScotCS 313 riportato in C. STOTHERS, *Parallel trade in Europe: intellectual property, competition and regulatory law*, Portland, Hart Publishing, 2007, p. 95). Queste differenti interpretazioni non indussero la Commissione a prendere una posizione sulla problematica in quanto l'istituzione europea si limitò a ricordare che «spetta alla giurisprudenza nazionale stabilire, per ogni singolo caso, se è effettivamente necessario che l'importatore parallelo utilizzi il marchio usato nello Stato membro di importazione per permettere ai medicinali importati un accesso effettivo al mercato» (risposta del signor Bolkestein del 12 settembre 2003 all'interrogazione orale n. H-0561/03 di K. Riis-Jørgensen, avente per oggetto: «Cambio di nome di medicinali oggetto di importazione parallela»). Tale replica riprende il parere dell'Avvocato Generale Jacobs secondo cui «qualunque classificazione rigida dei motivi specifici per cui la rimarchiatura può essere considerata necessaria rischia di pregiudicare il compito del giudice nazionale di stabilire caso per caso se l'intervento sia necessario o meno» (conclusioni del 19 novembre 1998 in causa n. C 379/97, *Pharmacia & Upjohn SA c. Paranova A/S*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 6930, par. 54). D'altra parte già in precedenza la Corte di giustizia aveva stabilito che «le norme riguardanti i rapporti fra i medici e i farmacisti, e in particolare quelle relative (...) all'eventuale possibilità del farmacista di consegnare un medicinale diverso da quello prescritto nella ricetta, rientrano nel sistema sanitario nazionale» (sentenza della Corte di giustizia del 18 maggio 1989 in cause riunite n. 266/87 e n. 267/87, *The Queen c. Royal Pharmaceutical Society of Great Britain ex parte Association of Pharmaceutical Importers e altri*, in *Raccolta*, 1989, p. 1295, par. 21). In base a questa considerazione è stata sancita la conformità con il diritto dell'Unione di una norma nazionale

Tuttavia, la rietichettatura e la sostituzione della confezione originale potevano trovare un ostacolo insormontabile nell'art. 7, par. 2, della già citata direttiva n. 89/104/Cee. Tale norma, attualmente contenuta nella direttiva n. 2008/95/Ce, stabilisce infatti che l'esaurimento dei diritti collegati al marchio d'impresa «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». L'affermazione dell'importazione parallela dei medicinali richiedeva quindi un'interpretazione giurisprudenziale che chiarisse le condizioni che consentissero la sostituzione dell'imballaggio originale, o di sue parti, qualora fosse «necessario per lo smercio del prodotto nello Stato membro importatore»¹⁴⁵, tutelando nello stesso tempo i legittimi interessi del titolare del marchio¹⁴⁶.

Numerose sentenze¹⁴⁷ hanno delineato i requisiti da rispettare affinché «il titolare del marchio [... non possa] legittimamente opporsi all'ulteriore

che vieta la consegna di un medicinale con una denominazione diversa da quella indicata nella prescrizione medica «anche qualora [detta norma] abbia l'effetto di impedire al farmacista di vendere un prodotto equivalente sotto il profilo terapeutico, autorizzato dalle competenti autorità nazionali in base a norme adottate in conformità alla sentenza della Corte di giustizia 20 maggio 1976 nella causa 104/75 [sentenza *de Peijper*, cit. *supra*, nota 34]» (ivi, par. 24).

¹⁴⁵ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1996 in cause riunite n. C-427/93, n. C-429/93 e n. C-436/93, *Bristol-Myers Squibb c. Paranova A/S e C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG e Boehringer Ingelheim A/S c. Paranova A/S e Bayer Aktiengesellschaft e Bayer Danmark A/S c. Paranova A/S*, cit. *supra*, nota 1, par. 56.

¹⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 2007 in causa n. C-348/04, *Boehringer Ingelheim KG e altri c. Swingward Ltd e Dowelhurst Ltd*, cit. *supra*, nota 1, par. 30 secondo cui «la modifica implicata da ogni riconfezionamento o rietichettatura di un medicinale munito di un marchio genera per sua stessa natura rischi concreti ai fini della garanzia di provenienza che il marchio mira a tutelare. Una siffatta modifica può quindi essere vietata dal titolare del marchio, a meno che il riconfezionamento o la rietichettatura siano necessari per permettere la commercializzazione dei prodotti importati parallelamente e i legittimi interessi del titolare siano per il resto salvaguardati».

¹⁴⁷ Sentenze della Corte di giustizia del 3 dicembre 1981 in causa n. 1/81, *Pfizer Inc. c. Eurim-Pharm GmbH*, cit. *supra*, nota 1; del 23 maggio 1978 in causa n. 102/77, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, cit. *supra*, nota 1; dell'11 luglio 1996 in cause riunite n. C-427/93, n. C-429/93 e n. C-436/93, *Bristol-Myers Squibb c. Paranova A/S e C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG e Boehringer Ingelheim A/S c. Paranova A/S e Bayer Aktiengesellschaft e Bayer Danmark A/S c. Paranova A/S*, loc. cit.; dell'11 luglio 1996 in cause riunite n. C-71/94, n. C-72/94 e n. C-73/94, *Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH c. Beiersdorf AG, Boehringer Ingelheim KG e Farmitalia Carlo Erba GmbH*, cit. *supra*, nota 1; del 12 ottobre 1999 in causa n. C-379/97, *Pharmacia & Upjohn SA c. Paranova A/S*, cit. *supra*, nota 144; dell'11 luglio 1996 in causa n. C-232/94, *MPA Pharma GmbH c. Rhône-Poulenc Pharma GmbH*, cit. *supra*, nota 1; del 23 aprile 2002 in causa n. C-443/99, *Merck, Sharp & Dohme GmbH c. Paranova Pharmazeutika Handels GmbH*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 3703; del 23 aprile 2002 in causa n. C-143/00, *Boehringer Ingelheim KG, Boehringer Ingelheim Pharma KG, Glaxo Group Ltd, The Wellcome Foundation Ltd, SmithKline Beecham plc, Beecham Group plc, SmithKline & French Laboratories Ltd e Eli Lilly and Co. c. Swingward Ltd e Dowelhurst Ltd*, cit. *supra*, nota 138; del 26 aprile 2007 in causa n. C-348/04, *Boehringer Ingelheim KG e altri c. Swingward Ltd e Dowelhurst Ltd*, loc. cit. e del 22 dicembre 2008 in causa n. C-276/05, *The*

commercializzazione di un prodotto farmaceutico importato da un altro Stato membro nella sua confezione interna ed esterna originale, dotato di un'etichetta esterna aggiuntiva apposta dall'importatore»¹⁴⁸ o confezionato in un nuovo imballaggio. Per evitare ogni opposizione, l'importatore parallelo non deve alterare lo stato originario del medicinale¹⁴⁹, deve accertarsi che l'astuccio esterno indichi chiaramente il nome dell'autore della nuova confezione e del fabbricante del medicinale, che la presentazione non possa danneggiare la reputazione del titolare del marchio il quale deve essere preventivamente informato delle intenzioni dell'importatore provvedendo anche a fornirgli, dietro sua richiesta, un campione della nuova confezione. Questa ultima prescrizione consente al produttore di «accertare che il riconfezionamento non è stato effettuato in modo da alterare direttamente o indirettamente lo stato originario del prodotto e che la presentazione del prodotto a seguito del riconfezionamento non è atta a nuocere alla reputazione del marchio»¹⁵⁰. Per facilitare tale valutazione, l'im-

Wellcome Foundation Ltd c. Paranova Pharmazeutika Handels GmbH, cit. supra, nota 71.

¹⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 2007 in causa n. C-348/04, *Boehringer Ingelheim KG e altri c. Swingward Ltd e Dowelhurst Ltd*, cit. supra, nota 1, par. 32.

¹⁴⁹ Ovviamente, «[n]el caso le procedure operative non abbiano interessato la confezione primaria, appare evidente che il marchio possa ancora garantire lo stato originario del prodotto contenuto nella confezione» (sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2011 in cause riunite n. C-400/09 e n. C-207/10, *Orifarm A/S e altri*, in commento, cit. supra, nota 2, par. 25). La direttiva 2001/83/Ce, cit. supra, nota 31, definisce «confezionamento primario: il contenitore o qualunque altra forma di confezionamento che si trova a diretto contatto con il medicinale» (art. 1, par. 23).

¹⁵⁰ Sentenze della Corte di giustizia dell'11 luglio 1996 in cause riunite n. C-427/93, n. C-429/93 e n. C-436/93, *Bristol-Myers Squibb c. Paranova A/S e C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG e Boehringer Ingelheim A/S c. Paranova A/S e Bayer Aktiengesellschaft e Bayer Danmark A/S c. Paranova A/S*, cit. supra, nota 1, par. 78; dell'11 luglio 1996 in cause riunite n. C-71/94, n. C-72/94 e n. C-73/94, *Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH c. Beiersdorf AG, Boehringer Ingelheim KG e Farmitalia Carlo Erba GmbH*, cit. supra, nota 1, par. 69; dell'11 luglio 1996 in causa n. C-232/94, *MPA Pharma GmbH c. Rhône-Poulenc Pharma GmbH*, cit. supra, nota 1, par. 49; del 23 aprile 2002 in causa n. C-143/00, *Boehringer Ingelheim KG, Boehringer Ingelheim Pharma KG, Glaxo Group Ltd, The Wellcome Foundation Ltd, SmithKline Beecham plc, Beecham Group plc, SmithKline & French Laboratories Ltd e Eli Lilly and Co. c. Swingward Ltd e Dowelhurst Ltd*, cit. supra, nota 138, par. 61; del 26 aprile 2007 in causa n. C-348/04, *Boehringer Ingelheim KG e altri c. Swingward Ltd e Dowelhurst Ltd*, cit. supra, nota 1, par. 20 e conclusioni dell'Avvocato Generale Gulman del 12 luglio 2001 in cause n. C-443/99 e n. C-143/00, *Merck, Sharp & Dohme GmbH c. Paranova Pharmazeutika Handels GmbH e Boehringer Ingelheim KG, Boehringer Ingelheim Pharma KG, Glaxo Group Ltd, The Wellcome Foundation Ltd, SmithKline Beecham plc, Beecham Group plc, SmithKline & French Laboratories Ltd e Eli Lilly and Co. c. Swingward Ltd e Dowelhurst Ltd*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 3703, par. 42. L'Avvocato Generale Jacobs ha prospettato situazioni pratiche in cui il riconfezionamento non può alterare lo stato originario del medicinale ricordando che «[n]el caso di prodotti farmaceutici originariamente confezionati in blister, fiale, flaconi o contenitori aerosol, qualora il responsabile del riconfezionamento si limiti a rimuovere i blister, le fiale, i flaconi o i contenitori aerosol dalla loro confezione esterna, inserendoli in una nuova confezione esterna senza tagliarli o aprirli, avvalendosi di locali attrezzati e di personale specializzato, e adottando altresì tutte le cautele necessarie, non v'è, in via di principio, ragione di ritenere che lo stato originario dei prodotti possa essere pregiudicato, e il giudice nazionale

portatore dovrà indicare lo Stato membro da cui intende esportare il medicinale nel caso tale informazione possa contribuire alla valutazione della necessità di un nuovo imballaggio¹⁵¹.

La giurisprudenza dell'Unione ha anche approfondito la problematica del preavviso stabilendo che quindici giorni costituiscono normalmente un periodo ragionevole per un giudizio ponderato da parte del titolare del marchio¹⁵². Tuttavia, i giudici non hanno fissato le caratteristiche fisiche e grafiche cui la nuova confezione deve conformarsi al fine di garantire l'assenza di vizi che possano minare la fama di serietà del produttore ed il credito che accompagna i suoi articoli. L'idoneità della nuova presentazione si può ricavare dalla qualità dei materiali utilizzati. In pratica, non possono essere considerati idonei involucri che non consentano, ad esempio, un efficace isolamento del medicinale dall'ambiente esterno (aria, luce, umidità). Oltre a tale aspetto, non può essere trascurato l'elemento «estetico» per l'importanza che l'apparenza assume nella società moderna pur riconoscendo che «[p]er beni di lusso, come profumi e gioielli, una presentazione attraente può essere più importante che non per beni più funzionali come i prodotti farmaceutici»¹⁵³. Tuttavia, i giudizi sull'aspetto esteriore devono essere sostenuti da fatti oggettivi e non devono essere affidati all'aleatoria sensibilità personale. Sotto questo profilo vanno interpretati il divieto di commercializzare una confezione ottenuta unendo due scatole da cinque fiale utilizzando una nuova etichetta¹⁵⁴ e la decisione di considerare incapace di nuocere alla reputazione del titolare del marchio l'introduzione di una striscia blu sul bordo della nuova confezione¹⁵⁵.

non può fondarsi su una presunzione del genere in mancanza di prove specifiche» (conclusioni del 14 dicembre 1995 in cause riunite n. C-427/93, n. C-429/93, n. C-436/93, n. C-71/94, n. C-72/94, n. C-73/94 e n. C-232/94, *Bristol-Myers Squibb e altri c. Paranova A/S, Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH c. Beiersdorf AG e altri e MPA Pharma GmbH c. Rhône-Poulenc Pharma GmbH*, cit. *supra*, nota 136, par. 130, punto 3).

¹⁵¹ Sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2008 in causa n. C-276/05, *The Wellcome Foundation Ltd c. Paranova Pharmazeutika Handels GmbH*, cit. *supra*, nota 71, par. 35.

¹⁵² Sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 2002 in causa n. C-143/00, *Boehringer Ingelheim KG, Boehringer Ingelheim Pharma KG, Glaxo Group Ltd, The Wellcome Foundation Ltd, SmithKline Beecham plc, Beecham Group plc, SmithKline & French Laboratories Ltd e Eli Lilly and Co. c. Swingward Ltd e Dowelhurst Ltd*, cit. *supra*, nota 138, par. 67.

¹⁵³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 14 dicembre 1995 in cause riunite n. C-427/93, n. C-429/93, n. C-436/93, n. C-71/94, n. C-72/94, n. C-73/94 e n. C-232/94, *Bristol-Myers Squibb e altri c. Paranova A/S, Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH c. Beiersdorf AG e altri e MPA Pharma GmbH c. Rhône-Poulenc Pharma GmbH*, in cit. *supra*, nota 136, par. 117.

¹⁵⁴ Sentenza della Corte del 19 settembre 2002 in causa n. C-433/00, *Aventis Pharma Deutschland GmbH c. Kohlpharma GmbH e MTK Pharma Vertriebs-GmbH*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 7761.

¹⁵⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2008 in causa n. C-276/05, *The Wellcome Foundation Ltd c. Paranova Pharmazeutika Handels GmbH*, cit. *supra*, nota 71. Lo

Il produttore potrebbe utilizzare tale preavviso per ritardare la messa in commercio del medicinale importato per via parallela domandando all'importatore di modificare la confezione e, quindi, implicitamente di sopportare ulteriori costi. Dal momento che l'interesse dell'importatore consiste nel riconfezionare il medicinale senza eccessivi oneri aggiuntivi, egli tenderà a rifiutare tale richiesta qualora la ritenesse ingiustificata mettendo l'industria farmaceutica di fronte all'alternativa di rinunciare alla pretesa o di adire in giudizio per far valere le proprie ragioni.

10. L'autore del riconfezionamento

Come già evidenziato nel paragrafo precedente, il nuovo imballaggio deve riportare in modo chiaro l'autore del riconfezionamento del prodotto accanto a quello del produttore. Tale indicazione è funzionale all'«interesse del titolare del marchio a che il consumatore o l'utilizzatore finale non possano essere indotti a considerarlo responsabile»¹⁵⁶. Affinché il paziente non possa incorrere in tale equivoco, il nome dell'autore del riconfezionamento deve essere indicato in modo che una persona dotata di una vista normale lo possa agevolmente rilevare qualora presti una giusta attenzione alle indicazioni stampate¹⁵⁷. Coerentemente con l'orientamento emerso in precedenti sentenze¹⁵⁸ e in alcune conclusioni di Avvocati Generali¹⁵⁹, la

stesso fatto era già stato sottoposto all'attenzione della Corte EFTA (judgment 8 July 2003, case n. E-3/02, *Paranova AS v Merck & Co., Inc. and Others*, in *EFTA Court Report 2003*, p. 101), la quale aveva stabilito che «[t]he question of whether "legitimate reasons" exist if coloured stripes are used in the described presentation of a product cannot mechanically be assessed on the basis of the necessity test as developed by the Court of Justice of the European Communities».

¹⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2011 in cause riunite n. C-400/09 e n. C-207/10, *Orifarm A/S e altri*, in commento, *cit. supra*, nota 2, par. 28. Tale paragrafo ricorda come tale affermazione rifletta quanto in precedenza asserito nelle sentenze della Corte di giustizia dell'11 luglio 1996 in cause riunite n. C-427/93, n. C-429/93 e n. C-436/93, *Bristol-Myers Squibb c. Paranova A/S e C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG e Boehringer Ingelheim A/S c. Paranova A/S e Bayer Aktiengesellschaft e Bayer Danmark A/S c. Paranova A/S*, *cit. supra*, nota 1, par. 70 e dell'11 luglio 1996 in causa n. C-232/94, *MPA Pharma GmbH c. Rhône-Poulenc Pharma GmbH*, *cit. supra*, nota 1, par. 42.

¹⁵⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2011 in cause riunite n. C-400/09 e n. C-207/10, *Orifarm A/S e altri*, *loc. cit.*, par. 29.

¹⁵⁸ Sentenze della Corte di giustizia dell'11 luglio 1996 in cause riunite n. C-427/93, n. C-429/93 e n. C-436/93, *Bristol-Myers Squibb c. Paranova A/S e C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG e Boehringer Ingelheim A/S c. Paranova A/S e Bayer Aktiengesellschaft e Bayer Danmark A/S c. Paranova A/S*, *loc. cit.*, par. 71; in cause riunite n. C-71/94, n. C-72/94 e n. C-73/94, *Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH c. Beiersdorf AG, Boehringer Ingelheim KG e Farmitalia Carlo Erba GmbH*, *cit. supra*, nota 150, par. 62; in causa n. C-232/94, *MPA Pharma GmbH c. Rhône-Poulenc Pharma GmbH*, *loc. cit.*, par. 43 e 50.

¹⁵⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 14 dicembre 1995 in cause riunite n. C-427/93, n. C-429/93, n. C-436/93, n. C-71/94, n. C-72/94, n. C-73/94 e n. C-232/94, *Bristol-Myers Squibb e altri c. Paranova A/S, Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH c. Beiersdorf AG e altri e MPA Pharma GmbH c. Rhône-Poulenc Pharma GmbH*, *cit. supra*, nota 136, par. 128 e

Corte non ha ritenuto necessario neppure in questo caso vincolare la libertà grafica imponendo *a priori* i requisiti necessari per assicurare l'agevole comprensione della dicitura. La scelta di non imporre rigidi canoni è coerente con l'art. 56 della direttiva n. 2001/83/Ce¹⁶⁰ che, nello stabilire le norme sull'etichettatura dei medicinali, non prevede disposizioni sul tipo o sulla grandezza dei caratteri da utilizzare nella stampa delle diverse indicazioni. La mancanza di regole comporta che la valutazione della leggibilità e della chiarezza debba basarsi su «un approccio dettato da ragionevolezza»¹⁶¹. Appare tuttavia lecito chiedersi se tale posizione verrà confermata dal momento che la Commissione ha attualmente manifestato un orientamento maggiormente propenso a stabilire dimensioni minime per la scrittura delle informazioni riguardanti gli alimenti¹⁶².

L'eventuale provvedimento potrebbe tuttavia non riguardare l'indicazione dell'autore del riconfezionamento dal momento che tale segnalazione, come indicato in precedenza, sembra esclusivamente funzionale a consentire

del 19 novembre 1998 in causa n. C-379/97, *Pharmacia & Upjohn SA c. Paranova A/S*, cit. *supra*, nota 144, par. 63; dell'Avvocato Generale Gulmann del 12 luglio 2001 in cause riunite n. C-443/99 e n. C-143/00, *Merck, Sharp & Dohme GmbH c. Paranova Pharmazeutika Handels GmbH e Boehringer Ingelheim KG, Boehringer Ingelheim Pharma KG, Glaxo Group Ltd, The Wellcome Foundation Ltd, SmithKline Beecham plc, Beecham Group plc, SmithKline & French Laboratories Ltd e Eli Lilly and Co. c. Swingward Ltd e Dowelhurst Ltd*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 3703, par. 43; dell'Avvocato Generale Bot del 12 maggio 2011 in cause riunite n. C-400/09 e n. C-207/10, *Orifarm A/S e altri e Paranova Danmark A/S e Paranova Pack A/S c. Merck Sharp & Dohme Corp. e Merck Sharp & Dohme BV e Merck Sharp & Dohme*, cit. *supra*, nota 3, par. 32.

¹⁶⁰ L'art. 56 della direttiva n. 2001/83/Ce stabilisce che «[l]e indicazioni [...] sull'imballaggio esterno, confezionamento primario e foglietto illustrativo] s[ia]no scritte in modo da risultare facilmente leggibili, chiaramente comprensibili ed indelebili». Con specifico riferimento al carattere con cui deve essere riportato sull'astuccio l'indicazione dell'autore del riconfezionamento l'Avvocato Generale Jacobs ha espresso l'opinione che «[l]a scrittura non dev'essere anormalmente piccola, ma non occorre che sia anormalmente grande» (conclusioni del 14 dicembre 1995 in cause riunite n. C-427/93, n. C-429/93 e n. C-436/93, n. C-71/94, n. C-72/94, n. C-73/94, n. C-232/94, *Bristol-Myers Squibb e altri c. Paranova A/S, Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH c. Beiersdorf AG e altri e MPA Pharma GmbH c. Rhône-Poulenc Pharma GmbH*, cit. *supra*, nota 136, par. 128).

¹⁶¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs riunite del 14 dicembre 1995 in cause riunite n. C-427/93, n. C-429/93, n. C-436/93, n. C-71/94, n. C-72/94, n. C-73/94 e n. C-232/94, *Bristol-Myers Squibb e altri c. Paranova A/S, Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH c. Beiersdorf AG e altri e MPA Pharma GmbH c. Rhône-Poulenc Pharma GmbH*, loc. cit., par. 128. Tuttavia, si deve menzionare che la Corte ha affidato al giudice nazionale la valutazione dell'eventuale danno apportato alla reputazione del produttore dalla stampa sulla confezione del nome dell'importatore parallelo in lettere maiuscole (sentenza della Corte del 22 aprile 2007 in causa n. C-348/04, *Boehringer Ingelheim KG e altri c. Swingward Ltd e Dowelhurst Ltd*, cit. *supra*, nota 1, par. 45).

¹⁶² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ai sensi dell'art. 294, par. 6, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativa alla posizione del Consiglio in prima lettura sull'adozione di un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla fornitura di informazioni alimentari ai consumatori, Com(2011)77 def., 22 febbraio 2001, p. 10, par. 3.5 [«[L]a Commissione non ha accettato la posizione del PE sulla leggibilità (...), che ha cancellato le norme sulle dimensioni minime dei caratteri e proposto che i criteri di leggibilità fossero stabiliti da semplici orientamenti»].

di escludere ogni responsabilità del produttore da eventuali inconvenienti causati dalle operazioni connesse con la sostituzione della confezione. Ad ulteriore conferma di questa tesi, i giudici hanno messo in evidenza come le deroghe presenti nell'art. 7, par. 2, della direttiva n. 89/104/Cee (ora direttiva n. 2008/95/Ce) siano state introdotte per la tutela dei legittimi interessi del titolare del marchio dal momento che la salvaguardia dei consumatori è garantita da altri strumenti giuridici¹⁶³.

Il produttore è inoltre protetto dall'art. 7, lett. b., della direttiva n. 85/374/Cee¹⁶⁴ in cui viene esclusa la sua responsabilità nel caso in cui sia «lecito ritenere che il difetto che ha causato il danno non esistesse quando [...] egli] aveva messo in circolazione [il bene] o sia sorto successivamente». Di conseguenza, qualora il medicinale risulti alterato a causa di carenze nel materiale e/o nelle procedure di rimballaggio, è evidente l'assenza di un nesso causale tra il comportamento del produttore e l'insorgenza di un eventuale danno. L'estraneità del produttore è d'altra parte insita nel fatto che la messa in circolazione nello Stato membro esportatore rappresenta il momento in cui il bene sfugge al suo controllo¹⁶⁵. L'insieme di queste motivazioni sottintende che l'autore del riconfezionamento sarà chiamato a rispondere degli eventuali danni provocati al paziente che ha assunto il medicinale e al titolare del marchio che ha subito, senza sua colpa, una perdita di immagine¹⁶⁶.

In base a queste considerazioni, appare evidente l'interesse del consumatore di conoscere il nome dell'impresa verso la quale far valere i propri diritti. Facendo leva su questi presupposti, un produttore di medicinali si è opposto all'importazione parallela di un suo prodotto obiettando che le confezioni dovessero evidenziare il nominativo della ditta che aveva

¹⁶³ Sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2011 in cause riunite n. C-400/09 e n. C-207/10, *Orifarm A/S e altri*, in commento, *cit. supra*, nota 2, par. 34.

¹⁶⁴ Direttiva n. 85/374/Cee del Consiglio del 25 luglio 1985 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, in *Guce* n. L 210 del 7 agosto 1985, p. 29 ss.

¹⁶⁵ Secondo la Corte di giustizia (sentenza del 9 febbraio 2006 in causa n. C-127/04, *Declan O'Byrne c. Sanofi Pasteur MSD Ltd e Sanofi Pasteur SA*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 1313, par. 32 e annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 326), «un prodotto è messo in circolazione allorché è uscito dal processo di fabbricazione messo in atto dal produttore ed è entrato nel processo di commercializzazione in cui si trova nello stato offerto al pubblico per essere utilizzato o consumato».

¹⁶⁶ Un medicinale potrebbe aver subito delle alterazioni nel caso in cui «il blister [...] sia] stato tagliato in modo che alcune pillole s[ia]no molto vicine al bordo. Il giudice nazionale dovrà accertare se ciò aumenti il rischio che le pillole vengano accidentalmente esposte all'aria» in quanto «sarebbe difficile dire *a priori* che non vi è rischio di contaminazione» (conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 14 dicembre 1995 in cause riunite n. C-427/93, n. C-429/93, n. C-436/93, n. C-71/94, n. C-72/94, n. C-73/94 e n. C-232/94, *Bristol-Myers Squibb e altri c. Paranova A/S, Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH c. Beiersdorf AG e altri e MPA Pharma GmbH c. Rhône-Poulenc Pharma GmbH*, *cit. supra*, nota 136, par. 119).

materialmente effettuato le operazioni e non l'indicazione del titolare dell'autorizzazione all'importazione parallela¹⁶⁷.

La Corte non ha accolto la richiesta facendo proprie le ragioni avanzate dall'Avvocato Generale secondo il quale pretendere l'indicazione del nome dell'autore materiale «andrebbe oltre quanto necessario per impedire che il consumatore possa essere indotto a credere che il titolare del marchio è il responsabile del riconfezionamento»¹⁶⁸. Con questa sentenza, i giudici di Lussemburgo hanno forse voluto segnalare come la tutela del consumatore non possa essere invocata dal produttore per opporsi alla libera circolazione di una merce basandosi esclusivamente sull'interpretazione letterale della norma.

La volontà di difendere il mercato interno non deve tuttavia far ritenere che i giudici non abbiano voluto tutelare i legittimi interessi del paziente. Infatti, la Corte ha chiarito come la nozione di «autore del riconfezionamento» abbracci anche l'importatore parallelo in quanto egli deve essere ritenuto il «responsabile» di tutte le operazioni attuate per facilitare la distribuzione del medicinale nello Stato membro d'importazione. Appare evidente che l'importatore, quando non abbia materialmente eseguito il riconfezionamento, deve aver fornito precise istruzioni per la realizzazione del nuovo imballaggio controllando l'esecuzione di tale intervento. Per questo motivo nel momento in cui il medicinale viene immesso nel ciclo distributivo, egli si assume ogni responsabilità fornendo all'autorità sanitaria e ai pazienti la garanzia che le caratteristiche originarie del medicinale non hanno subito alterazioni. Il titolare del marchio, avendo ottenuto tale assicurazione in via preventiva attraverso la fornitura della nuova confezione, ha la legittima aspettativa che le confezioni in commercio siano conformi al campione in suo possesso. Pertanto, appare logico che spetti all'importatore parallelo l'onere di provare che le operazioni di riconfezionamento non abbiano causato nessuna alterazione del medicinale¹⁶⁹,

¹⁶⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2011 in cause riunite n. C-400/09 e n. C-207/10, *Orifarm A/S e altri*, in commento, *cit. supra*, nota 2, par. 34.

¹⁶⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot del 12 maggio 2011 in cause riunite n. C-400/09 e n. C-207/10, *Orifarm A/S e altri e Paranova Danmark A/S e Paranova Pack A/S c. Merck Sharp & Dohme Corp. e Merck Sharp & Dohme BV e Merck Sharp & Dohme*, *cit. supra*, nota 3, par. 38.

¹⁶⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2011 in cause riunite n. C-400/09 e n. C-207/10, *Orifarm A/S e altri*, in commento, *loc. cit.*, par. 27 e 32 in cui è ricordato come la prova di non aver alterato il medicinale fosse già richiesta all'autore del riconfezionamento dalle sentenze della Corte di giustizia del 23 maggio 1978 in causa n. 102/77, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, *cit. supra*, nota 1, par. 14; dell'11 luglio 1996 in cause riunite n. C-427/93, n. C-429/93 e n. C-436/93, *Bristol-Myers Squibb c. Paranova A/S e C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG e Boehringer Ingelheim A/S c. Paranova A/S e Bayer Aktiengesellschaft e Bayer Danmark A/S c. Paranova A/S*, *cit. supra*, nota 1, par. 79; dell'11 luglio 1996 in causa n. C-232/94, *MPA Pharma GmbH c.*

non potendo «esimersi dalla sua responsabilità facendo valere, in particolare, che [... l'autore materiale] ha agito contrariamente alle sue istruzioni»¹⁷⁰. Di conseguenza, l'indicazione del nominativo della ditta importatrice può essere considerata un'informazione esaustiva in grado di consentire al consumatore di conoscere il soggetto a cui imputare gli eventuali danni derivanti dall'alterazione delle caratteristiche del medicinale¹⁷¹.

L'identificazione dell'autore della procedura con il controllore della stessa costituisce una soluzione coerente con altre sentenze in cui la Corte aveva ricordato che «il marchio deve garantire che tutti i prodotti con esso contrassegnati sono stati fabbricati sotto il controllo di un'unica impresa cui possa attribuirsi la responsabilità della loro qualità»¹⁷². D'altra parte, non è rinvenibile nessun motivo logico che non consenta l'equiparazione tra l'importatore parallelo che commissiona il riconfezionamento di un medicinale ed un titolare di un marchio che conceda una licenza di fabbricazione o che deleghi ad una consociata o a terzi una parte del processo produttivo. Dall'assimilazione discende «la possibilità [dell'importatore parallelo] di controllare la qualità dei prodotti (...) inserendo nel contratto clausole che impongano il rispetto delle sue istruzioni e gli conferiscano la facoltà di sincerarsene»¹⁷³ ricordando, come sottolineato dalla Corte, che «l'elemento determinante è costituito dalla possibilità di un controllo della qualità dei prodotti e non dall'esercizio effettivo del controllo»¹⁷⁴.

Rhône-Poulenc Pharma GmbH, cit. supra, nota 1, par. 50; del 26 aprile 2007 in causa n. C-348/04, *Boehringer Ingelheim KG e altri c. Swingward Ltd e Dowelhurst Ltd.*, cit. supra, nota 1, par. 21; del 22 dicembre 2008 in causa C-276/05, *The Wellcome Foundation Ltd c. Paranova Pharmazeutika Handels GmbH*, cit. supra, nota 71, par. 23.

¹⁷⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2011 in cause riunite n. C-400/09 e n. C-207/10, *Orifarm A/S e altri*, in commento, cit. supra, nota 2, par. 30.

¹⁷¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot del 12 maggio 2011 in cause riunite n. C-400/09 e n. C-207/10, *Orifarm A/S e altri e Paranova Danmark A/S e Paranova Pack A/S c. Merck Sharp & Dohme Corp. e Merck Sharp & Dohme BV e Merck Sharp & Dohme*, cit. supra, nota 3, par. 43.

¹⁷² Sentenze della Corte di giustizia dell'11 luglio 1996 in causa n. C-232/94, *MPA Pharma GmbH c. Rhône-Poulenc Pharma GmbH*, cit. supra, nota 1, par. 16; dell'11 novembre 1997 in causa n. C-349/95, *Frits Loendersloot, operante con la denominazione «F. Loendersloot Internationale Expeditie» c. George Ballantine & Son Ltd e a.*, cit. supra, nota 13, par. 22; dell'11 luglio 2006 in cause riunite n. C-71/94, n. C-72/94 e n. C-73/94, *Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH c. Beiersdorf AG, Boehringer Ingelheim KG e Farmitalia Carlo Erba GmbH*, cit. supra, nota 1, par. 30 e dell'11 luglio 1996 in cause riunite n. C-427/93, n. C-429/93 e n. C-436/93, *Bristol-Myers Squibb c. Paranova A/S e C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG e Boehringer Ingelheim A/S c. Paranova A/S e Bayer Aktiengesellschaft e Bayer Danmark A/S c. Paranova A/S*, cit. supra, nota 1, par. 43.

¹⁷³ Sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 1994 in causa n. C-9/93, *IHT Internationale Heiztechnik GmbH, Uwe Danzinger c. Ideal-Standard GmbH, Wabco Standard GmbH*, cit. supra, nota 6, par. 37.

¹⁷⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 1994 in causa n. C-9/93, *IHT Internationale Heiztechnik GmbH, Uwe Danzinger c. Ideal-Standard GmbH, Wabco Standard GmbH*, cit. supra, nota 6, par. 38.

Con tale sentenza l'importatore parallelo viene equiparato al produttore ai sensi dell'art. 12 della direttiva n. 2003/94/Ce¹⁷⁵ il quale prevede la possibilità di affidare a terzi tutte le fasi della fabbricazione di un medicinale previa stipula di un apposito contratto.

11. Conclusioni

Come evidenziato dall'analisi, la sentenza commentata in questo articolo non può essere estrapolata dal contesto giurisprudenziale e normativo che da molti anni coinvolge le aziende produttrici di farmaci e gli importatori paralleli. La Corte ha affrontato la problematica connessa all'importazione parallela dei medicinali cercando un punto di equilibrio tra la difesa della libera circolazione e la salvaguardia dei diritti del titolare del marchio. In tale esercizio ha ovviamente prevalso la tutela del mercato interno dal momento che la libera circolazione delle merci rappresenta uno dei principi fondamentali della costruzione europea.

Da un punto di vista pratico, tuttavia, le argomentazioni giuridiche e concettuali dei due attori del sistema «medicinale», per quanto logiche e a volte condivisibili, non riescono a cancellare il sospetto di essere il frutto della volontà di mantenere o di conquistare la maggior quota possibile dei proventi derivanti dalla distribuzione dei farmaci negli Stati membri. L'importatore sembra intenzionato a difendere il mercato unico al solo scopo di sfruttare a proprio vantaggio le differenze di prezzo offerte dalla mancata emanazione di un meccanismo europeo per la determinazione del costo del medicinale, mentre l'industria vorrebbe isolare i mercati nazionali al fine di continuare a beneficiare in ciascun Paese dell'Unione del prezzo più alto possibile. Le due posizioni, pur contrapposte nella valutazione di altri aspetti della questione, convergono nel considerare non realizzabile l'adozione di un prezzo valido in tutta l'Unione o almeno nei Paesi che, grazie all'adesione alla moneta comune, non sono interessati alle fluttuazioni valutarie. Di conseguenza, è necessario interrogarsi sui motivi che inducono produttori e importatori paralleli a preferire il mantenimento dello *status quo* in questo campo. Le ragioni che inducono l'importatore parallelo ad avversare il prezzo unico sono facilmente comprensibili. Più oscure sono al contrario le motivazioni per le quali l'industria farmaceuti-

¹⁷⁵ Direttiva n. 2003/94/Ce della Commissione, dell'8 ottobre 2003, che stabilisce i principi e le linee direttrici delle buone prassi di fabbricazione relative ai medicinali per uso umano e ai medicinali per uso umano in fase di sperimentazione, in *Gu-Ue* n. L 262 del 14 ottobre 2003, p. 22 ss. In precedenza, la stessa disposizione era enunciata nell'art. 12 della direttiva n. 91/356/Cee della Commissione, del 13 giugno 1991, che stabilisce i principi e le direttrici sulle buone prassi di fabbricazione dei medicinali per uso umano, in *Guce* n. L 193 del 17 luglio 1991, p. 30 ss.

ca abbracci la stessa tesi del suo concorrente. Infatti, fino a quando il costo del farmaco sarà determinato su base nazionale, la prospettiva di guadagnare sulla divergenza nei prezzi stimolerà l'iniziativa privata a praticare l'importazione parallela dei farmaci. Solo la sostituzione del prezzo nazionale con uno stabilito a livello dell'Unione, cancellando ogni vantaggio di natura economica, può costituire il mezzo in grado di eliminare l'importazione parallela dei medicinali. Di conseguenza, l'inerzia delle società produttrici nel campo dell'armonizzazione dei prezzi legittima l'ipotesi che la frammentazione nazionale garantisca al produttore introiti superiori alle perdite causate dall'importazione parallela. La previsione potrebbe derivare non tanto dai risultati di uno studio mirato quanto dal timore che l'innovazione sia il mezzo per stabilire un costo europeo nella fascia bassa dei prezzi nazionali dal momento che tale soluzione non colpirebbe le economie più deboli costituendo, nello stesso tempo, un risparmio per i Paesi più ricchi. Nonostante i richiami anche recenti¹⁷⁶, gli Stati membri non sembrano intenzionati ad abbandonare il sistema in vigore poiché esso assicura la completa autonomia nella gestione dei costi dell'assistenza farmaceutica e costituisce, almeno per alcuni di loro, un mezzo per difendere i posti di lavoro garantiti dal commercio parallelo.

Tale tacita alleanza si ferma alla difesa del prezzo nazionale. Infatti, come già in precedenza evidenziato, l'industria e l'importatore dimostrano un diverso atteggiamento nei riguardi della libera circolazione dei medicinali e avanzano argomenti del tutto divergenti a sostegno delle loro rispettive posizioni. L'importatore sostiene la validità del commercio parallelo esaltandone i benefici economici per i consumatori e i sistemi sanitari nazionali. L'industria farmaceutica al contrario smentisce tale affermazione e pone l'accento sui problemi di sicurezza legati al riconfezionamento sottacendo che, almeno in parte, tale pratica discende da una strategia tesa a contrastare l'importazione parallela. Appartiene allo stesso disegno la divulgazione di notizie riguardanti la possibilità che la catena di distribuzione parallela possa essere sfruttata per introdurre medicinali contraffatti. Ovviamente, le contrapposte posizioni riflettono gli interessi economici dei loro sostenitori.

La scelta del produttore di insinuare tali dubbi potrebbe avere lo scopo di indurre il consumatore a rifiutare il medicinale importato per via parallela. Al contrario, gli importatori smentiscono l'esistenza di una correlazione tra medicinale falsificato e farmaco parallelo mettendo in evidenza

¹⁷⁶ Da ultimo si vedano le conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen del 29 settembre 2011 in causa n. C-185/10, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, par. 59 (la sentenza è annotata in questa *Rivista*, 2012, p. 271) in cui si ribadisce che «Member States should address the problem of unaffordable prices of medicinal products which have been granted marketing authorisations by using their competences pursuant to Article 4(3) of Directive 2001/83».

che «la netta demarcazione tra il commercio parallelo, perfettamente legale, e il mercato illegale delle medicine contraffatte» non ha permesso a nessun medicinale falso di pervenire al consumatore attraverso la catena distributiva parallela¹⁷⁷. La difesa dell'importatore è prodotta dalla consapevolezza che l'eventuale percezione negativa di tale pratica da parte dell'opinione pubblica potrebbe indurre il legislatore europeo ad emanare una normativa specifica sul riconfezionamento dei medicinali. All'interno di tale legislazione, la tutela della salute pubblica potrebbe richiedere l'inserimento di un elenco dei non ancora codificati «motivi legittimi» che attualmente giustificano l'adozione di un nuovo involucro e l'introduzione di disposizioni ancora più rigorose per l'esecuzione ed il controllo delle operazioni di imballaggio.

Gli accenni delle aziende alla sicurezza del farmaco si possono quindi inserire in un disegno che mira ad ostacolare l'introduzione del prodotto parallelo nei diversi mercati nazionali. Oltre a servirsi di strategie di *marketing*, il produttore si avvale anche della via giudiziaria per perseguire il fine di contrastare gli importatori paralleli. I tribunali nazionali a loro volta si rivolgono in via pregiudiziale alla Corte di giustizia qualora la risoluzione della controversia richieda l'interpretazione del diritto dell'Unione in un campo ancora inesplorato. In base a questa rappresentazione è logico escludere la possibilità che le controversie davanti alla magistratura nazionale e, di conseguenza, davanti ai giudici di Lussemburgo, tenderanno in futuro a scomparire in quanto il ricorso alle vie legali costituisce un mezzo per mettere in evidenza che l'industria farmaceutica non intende abbassare il livello di attenzione sul fenomeno delle importazioni parallele. D'altra parte, le numerose sentenze emesse dalla Corte sull'argomento hanno ormai delineato un quadro dai contorni estremamente precisi in cui solo i particolari non appaiono ancora ben definiti.

La sentenza qui commentata chiarisce uno di questi aspetti interpretando un requisito giurisprudenziale ormai consolidato sul quale non era stato mosso in precedenza nessun rilievo. La questione non sembrava infatti presentare particolari problemi interpretativi in quanto la vertenza era focalizzata sulla possibilità di estendere la nozione di «autore del riconfezionamento» anche al responsabile della stessa operazione. Nella sua decisione la Corte ha privilegiato una lettura ampia della nozione pur sottolineando che la tutela della salute pubblica impone che il prodotto non sia alterato. Qualora la lavorazione non abbia rispettato l'integrità del medicinale, il consumatore deve poter risalire al responsabile che la Corte identi-

¹⁷⁷ C. DESOGUS, *Il commercio parallelo nel settore farmaceutico*, in *Notiziario Chimico Farmaceutico*, 2007, p. 86.

fica sempre nell'importatore parallelo in quanto egli mantiene il dovere di controllo sulle operazioni e sul prodotto finito anche nel momento in cui delega tale operazione ad un terzo.

La risoluzione della problematica permette di prospettare il sorgere di un nuovo scenario per l'importazione parallela dei medicinali all'interno degli Stati membri. Al momento attuale, le controversie nell'Unione coinvolgono in questo campo poche aziende¹⁷⁸, evidenziando come il loro numero sia relativamente limitato rispetto ad altre realtà. Il motivo di tale situazione è, almeno in parte, imputabile alle notevoli risorse economiche, tecnologiche ed umane che devono essere possedute per rispettare le disposizioni sul riconfezionamento presenti nella normativa Ue¹⁷⁹. La sentenza della Corte qui commentata apre la possibilità ad un qualsiasi operatore commerciale di importare per via parallela farmaci anche se non dispone di un'officina idonea al riconfezionamento purché stringa accordi con imprese autorizzate ad effettuare tale operazione. Se l'ipotesi dovesse concretizzarsi, l'Unione dovrebbe aspettarsi un notevole incremento nel numero degli importatori paralleli di medicinali. Tuttavia, la maggior concorrenza prevedibile in base all'incremento del numero delle aziende potrà solo difficilmente tradursi in un vantaggio economico per i pazienti e i servizi sanitari nazionali. Infatti, tale previsione potrà essere concretizzata solo da interventi legislativi emanati per sostituire il regime del prezzo fisso con quello di un prezzo massimo. Qualora questa eventualità non si realizzasse, la concorrenza condurrà esclusivamente ad una diversa ripartizione dei guadagni, trasferendoli in parte dagli importatori ai grossisti e ai farmacisti oppure porterà ad accordi commerciali contrari alla concorrenza. In questo ipotetico scenario, è logico prevedere che l'industria farmaceutica non assisterà inerte ad una nuova erosione dei propri guadagni da parte di piccole compagnie le quali potrebbero stabilire la propria nicchia di mercato in prodotti attualmente non interessati dal fenomeno poiché caratterizzati da un fatturato non particolarmente elevato in quanto di limitata diffusione.

Federico Forni*

¹⁷⁸ La *European Association of Euro-Pharmaceutical Companies* (EAEP), associazione europea dei distributori in parallelo, conta «over 70 firms from 20 countries in the European Economic Area (EEA)» (<http://www.eaepc.org/welcome/index.php>).

¹⁷⁹ Il *considerando* 12 della direttiva n. 2011/62/UE sui medicinali falsificati, *cit. supra*, nota 58, prescrive che «[o]gni soggetto della catena di fornitura che confezioni medicinali deve essere titolare di un'autorizzazione di fabbricazione. Per garantire l'efficacia delle caratteristiche di sicurezza, al titolare dell'autorizzazione di fabbricazione che non sia anche il fabbricante iniziale del medicinale dovrebbe essere consentito rimuoverle, sostituirle od occultarle solo nel rispetto di rigorose condizioni».

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

SINTESI

La sentenza *Orifarm* (cause riunite n. C-400/09 e n. C-207/10), oggetto di questo commento, costituisce l'occasione per sintetizzare ed analizzare il complesso quadro normativo, giurisprudenziale e socioeconomico al cui interno si colloca l'importazione parallela dei medicinali. La Corte di giustizia ha progressivamente delineato le condizioni necessarie a consentire il riconfezionamento del medicinale di importazione parallela senza tuttavia entrare in tutti gli specifici particolari. La sentenza *Orifarm* ha permesso di aggiungere un ulteriore dettaglio a questo quadro generale stabilendo che l'azienda importatrice può essere legittimamente indicata come autore del riconfezionamento anche quando ha affidato l'operazione ad una sua consociata o a terzi. Anche in questo caso, infatti, il riconfezionamento viene effettuato in conformità con le istruzioni dell'importatore parallelo il quale ha il dovere di controllare il prodotto finito e l'onere di provare che le operazioni non abbiano causato nessuna alterazione del medicinale.

ABSTRACT

This comment analyses the ECJ's ruling in the Orifarm case (Joined Cases No. C-400/09 and No. C-207/10), which gives the opportunity to summarize and analyze the complex regulatory, legal and socio-economic framework related to the parallel import of medicines. The Court of Justice has gradually outlined the conditions necessary to enable the repackaging of parallel imported medicinal products without getting into all the details. The ruling Orifarm allowed to add a further specification in this general framework. The parallel importer can be legitimately indicated as the author of the repackaging even when this task was entrusted to an associated company or a third party. In fact, also in this case, the repackaging follows the instructions of the parallel importer which must check the finished product and prove that the procedure did not alter the medicinal product.

**LA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO A DISTANZA
NON É PRESUPPOSTO PER L'APPLICAZIONE
DELLA NORMATIVA DI GARANZIA NEI CONTRATTI
CROSS-BORDER TRA CONSUMATORI E PROFESSIONISTI**

Corte di giustizia

Sentenza del 6 settembre 2012 in causa n. C-190/11*

Daniela Mühlleitner contro Ahmad Yusufi e Wadat Yusufi

Art. 267 TFUE - Domanda di pronuncia pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 44/2001 - Competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale - Competenza in materia di contratti conclusi dai consumatori - Art. 15, n. 1, lett. c. - Conclusione dei contratti a distanza quale presupposto applicativo della disciplina - Respinto.

L'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale dev'essere interpretato nel senso che non richiede che il contratto tra il consumatore ed il professionista sia stato concluso a distanza.

(Omissis) **In diritto**

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 2001, L 12, p. 1; in prosieguo: il «Regolamento Bruxelles I»).

(Omissis)

* Il testo integrale della sentenza, sopra riportata, è reperibile sul sito internet <http://curia.europa.eu> (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 127 ss., il commento di CHIARA CAMUSSI.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione (Omissis)

Procedimento principale e questione pregiudiziale (*Omissis*)

Sulla questione pregiudiziale

26. Si deve, anzitutto, ricordare che l'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento Bruxelles I costituisce una deroga tanto alla regola generale di competenza giurisdizionale sancita dall'art. 2, par. 1, di tale Regolamento, che attribuisce la competenza ai giudici dello Stato membro sul territorio del quale il convenuto è domiciliato, quanto alla regola di competenza giurisdizionale speciale in materia di contratti, dettata dall'art. 5, punto 1, del medesimo Regolamento, secondo cui il giudice competente è quello del luogo in cui è stata o deve essere eseguita l'obbligazione dedotta in giudizio (sentenza *Pammer e Hotel Alpenhof*, cit., punto 53).

27. Ne consegue che tale deroga deve necessariamente essere oggetto di rigida interpretazione, in quanto una deroga o un'eccezione ad una regola generale devono essere interpretate restrittivamente.

28. Occorre inoltre rammentare che le nozioni cui fa ricorso il Regolamento Bruxelles I – e, segnatamente, quelle di cui all'art. 15, par. 1, lett. c., di tale Regolamento – devono essere interpretate in maniera autonoma, facendo principalmente riferimento al sistema e alle finalità del Regolamento medesimo, al fine di garantirne l'uniforme applicazione in tutti gli Stati membri (v., in tal senso, sentenze del 20 gennaio 2005, *Engler*, n. C-27/02, in *Raccolta*, I, p. 481, punto 33, nonché *Pammer e Hotel Alpenhof*, cit., punto 55).

29. A tal riguardo, la Corte ha già avuto modo di affermare che, nel sistema istituito dal Regolamento Bruxelles I, l'art. 15, par. 1, lett. c., dello stesso occupa, come risulta dal suo *considerando* 13, il medesimo posto e assolve la medesima funzione di tutela del consumatore quale parte più debole dell'art. 13, primo comma, punto 3, della Convenzione di Bruxelles (v. sentenza del 14 maggio 2009, *Ilse*, n. C-180/06, in *Raccolta*, I, p. 3961, punto 41).

30. Infine, si deve precisare che non occorre verificare se le attività commerciali dei signori Yusufi fossero dirette verso l'Austria, in quanto il giudice del rinvio ha già ritenuto che tale condizione fosse soddisfatta.

31. È alla luce di tali considerazioni che occorre rispondere alla questione sollevata.

32. Con la sua questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento Bruxelles I debba essere interpretato nel senso che richieda che il contratto tra il consumatore ed il professionista sia stato concluso a distanza. In tale contesto, tale giudice si pone la questione di accertare se dai punti 86 e 87 della citata sentenza *Pammer e Hotel Alpenhof* risulta che l'ambito di applicazione dell'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento Bruxelles I sia limitato ai soli contratti stipulati con i consumatori conclusi a distanza.

33. Al riguardo se è pur vero che l'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento Bruxelles I è inteso a tutelare i consumatori, ciò non implica che tale tutela sia

assoluta (v. sentenza *Palmer e Hotel Alpenhof*, cit., punto 70). Inoltre, la necessità di concludere a distanza contratti stipulati con i consumatori è menzionata nella dichiarazione congiunta e al *considerando* 24 del Regolamento Roma I, che riprende tale dichiarazione congiunta.

34. Tuttavia, tutti i Governi che hanno depositato le loro osservazioni nonché la Commissione deducono argomenti legati all'interpretazione letterale, alla genesi ed all'interpretazione teleologica di tale disposizione, i quali suggeriscono di dare una risposta negativa alla questione pregiudiziale.

35. In primo luogo si deve rilevare che l'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento Bruxelles I non condiziona espressamente la sua applicazione alla circostanza che i contratti ricompresi nella sua sfera di applicazione siano stati conclusi a distanza.

36. Risulta, infatti, dal tenore letterale di tale disposizione che essa si applica qualora due condizioni specifiche siano soddisfatte. Occorre, in primo luogo, che il commerciante eserciti la propria attività commerciale o professionale nello Stato membro di residenza del consumatore ovvero che, con qualsiasi mezzo, egli diriga dette attività verso tale Stato membro o verso una pluralità di Stati che comprende il medesimo Stato membro e, in secondo luogo, che il contratto controverso rientri nell'ambito di detta attività.

37. Si deve poi rilevare che, nell'esposizione dei motivi della proposta di Regolamento (Ce) del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale nonché il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, presentata dalla Commissione a Bruxelles, il 14 luglio 1999 [Com(1999) 348 def.], tale istituzione considera che «l'eliminazione della condizione contenuta nell'ex art. 13 [della Convenzione di Bruxelles], secondo cui il consumatore doveva aver compiuto nel proprio Stato gli atti necessari per la conclusione del contratto, implica che l'art. 15, primo comma, punto 3 [divenuto art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento Bruxelles I], si applica anche ai contratti conclusi in uno Stato membro diverso da quello del consumatore».

38. La Corte ha parimenti rilevato che il testo dell'art. 15, par. 1, del Regolamento Bruxelles I non coincide integralmente con quello dell'art. 13, primo comma, della Convenzione di Bruxelles. In particolare, essa ha dichiarato che i presupposti di applicazione che i contratti stipulati con i consumatori devono soddisfare risultano attualmente formulati in termini più generali rispetto al passato, affinché sia assicurata una migliore tutela dei consumatori in considerazione dei nuovi mezzi di comunicazione e dello sviluppo del commercio elettronico (v. sentenza *Pammer e Hotel Alpenhof*, cit., punto 59).

39. Il legislatore dell'Unione ha quindi sostituito i requisiti riguardanti, da un lato, il commerciante, vale a dire di avere effettuato una proposta specifica o una pubblicità nello Stato di domicilio del consumatore, e, dall'altro, il consumatore, vale a dire di aver compiuto in tale Stato gli atti necessari per la conclusione del contratto, con requisiti riguardanti unicamente il commerciante (sentenza *Pammer e Hotel Alpenhof*, cit., punto 60).

40. Al riguardo, non è irrilevante il fatto che, nella relazione del 18

settembre 2000 della commissione giuridica e del mercato interno del Parlamento europeo sulla proposta del futuro Regolamento Bruxelles I (documento definitivo A5-0253/2000, emendamento 23 e motivazione), sia fatta menzione del dibattito relativo all'opportunità di aggiungere il requisito secondo cui i contratti stipulati con i consumatori devono essere stati conclusi a distanza nonché gli argomenti che hanno, invece, condotto infine a non adottare tale emendamento.

41. La nuova formulazione, meno restrittiva, del precedente art. 13 della Convenzione di Bruxelles, così come rilevato dall'Avvocato Generale al par. 17 delle sue conclusioni, si riflette del pari in accordi paralleli alla Convenzione di Bruxelles ed al Regolamento Bruxelles I, segnatamente nell'art. 15, par. 1, lett. c., della Convenzione allegata alla decisione n. 2007/712/Ce del Consiglio, del 15 ottobre 2007, relativa alla firma, a nome della Comunità, della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU L 339, p. 1).

42. In secondo luogo, per quanto riguarda l'interpretazione teleologica dell'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento Bruxelles I, si deve osservare che l'inserimento di un requisito legato alla conclusione a distanza dei contratti stipulati con i consumatori sarebbe in conflitto con l'obiettivo perseguito da tale disposizione, nella sua nuova formulazione meno restrittiva, vale a dire quello della tutela dei consumatori, parti deboli del contratto.

43. In terzo luogo, per quanto riguarda la citata sentenza *Pammer e Hotel Alpenhof*, la Corte ha dichiarato ai punti 86 e 87 della medesima, in risposta agli argomenti dedotti dalla società Hotel Alpenhof, secondo i quali l'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento Bruxelles I non potrebbe trovare applicazione considerato che il contratto con il consumatore era stato concluso *in loco* e non a distanza, che tali argomenti erano inconferenti nel caso di specie, giacché, nei fatti, la prenotazione della stanza d'albergo e la relativa conferma avevano avuto luogo a distanza.

44. Infatti, come rilevato dall'Avvocato Generale ai par. 36-38 delle conclusioni relative alla causa in esame, si deve dichiarare che i punti 86 e 87 di detta sentenza rappresentano soltanto una risposta data alla Corte agli argomenti dedotti dalla società Hotel Alpenhof, senza che la loro portata possa essere estesa oltre le specifiche circostanze di tale controversia. Ne deriva che il requisito essenziale cui è subordinata l'applicazione dell'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento Bruxelles I è quello legato all'attività commerciale o professionale diretta verso lo Stato di residenza del consumatore. Al riguardo, sia l'avvio di contatti a distanza, come avvenuto nel procedimento principale, sia la prenotazione di un bene o di un servizio a distanza o, *a fortiori*, la conclusione a distanza di un contratto stipulato con un consumatore sono indizi di riconducibilità del contratto ad un'attività di tal genere.

(*Omissis*)

I CONTRATTI CONCLUSI VIA *WEB* DAI CONSUMATORI: NUOVI SPUNTI DI RIFLESSIONE SUI PRESUPPOSTI APPLICATIVI

Sommario: *Introduzione - 1. La giurisdizione in materia di tutela dei consumatori nell'era dell'e-commerce - 2. La sentenza della Corte di giustizia: il caso Mühlleitner - 2.1- I fatti - 2.2- La questione pregiudiziale - 3. Conclusioni.*

Introduzione

Nell'ultimo decennio, internet è divenuto e continua a essere in maniera sempre più importante un fenomeno commerciale estremamente attraente per le imprese, che possono fornire i propri prodotti e servizi pressoché ovunque nel mondo, ma anche e soprattutto per i consumatori, che possono acquistare con un semplice *click* ciò che loro interessa dai più disparati angoli del globo restandosene comodamente seduti a casa propria. A questo aspetto molto interessante e accattivante se ne contrappone, però, uno altrettanto delicato e complesso: la necessità di individuare il giudice competente a dirimere possibili controversie e prima ancora l'opportunità, *rectius* la necessità, di individuare la legge applicabile alle fattispecie che discendono da tale "sistema". A questo problema ha cercato e cerca tuttora di dare una risposta il diritto internazionale privato dell'Unione europea, il quale, fornisce in modo sempre più dettagliato e attuale criteri guida per gli operatori del diritto che si apprestano ad affrontare ardue questioni in materia di contratti con i consumatori nell'era dell'*e-commerce*¹.

¹ Sia N. ROSNER, *International Jurisdiction in EU E-Commerce Contracts*, 2002 in http://www.llrx.com/features/eu_eecom.htm#Table of Contents sia J. FARAH, *Allocation of jurisdiction and the internet in EU law*, in *EL Rev.*, 2008, p. 257 ss. si chiedono se una tutela giurisdizionale differente debba essere accordata al commercio *on line* o se il medesimo sistema giurisdizionale valido per le transazioni *off-line* debba applicarsi anche a tale ipotesi. In merito l'OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) nel Draft Recommendation of the Council Concerning Guidelines for Consumer protection in [the context of Electronic

Risale al 6 settembre 2012 la pronuncia con la quale la Corte di giustizia ha avuto l'occasione di occuparsi nuovamente di uno degli aspetti più peculiari, e allo stesso tempo problematici del sistema ora delineato: la tutela giurisdizionale del consumatore nell'ambito dei contratti conclusi *cross-border*².

Nella causa n. C-190/11³, la Corte di giustizia ha infatti avuto modo di affrontare l'incerta questione circa la portata applicativa dell'art. 15, n. 1, lett. c.⁴, del Regolamento (Ce) n. 44/2001, continuando in tal modo l'opera

Commerce], DSTI/CP(98)4 del 2 aprile 1998 evidenzia che «The same level of protection provided by the laws and practices that apply to commerce off-line should be afforded to consumers participating in commercial activities through the use of the global networks».

² In dottrina si veda P. CERINA, *Il problema della legge applicabile e della giurisdizione*, in E. TOSI (a cura di), *Problemi giuridici di Internet. Dall'e-commerce all'e-business*, II ed., Milano, Giuffrè, 2001, p. 409 ss. L'A. analizza da un punto di vista tecnico-giuridico quelli che sono gli aspetti più problematici che nascono dal voler sussumere le fattispecie di c.d. "nuova generazione" nella normativa convenzionale preesistente al Regolamento (Ce) n. 44/2001. In tema di contratti conclusi *on line* dai consumatori e loro giurisdizione si veda N. ROSNER, *International Jurisdiction*, cit. supra, nota 1; M. FOSS - L. A. BYGRAVE, *International Consumer Purchases through the Internet: Jurisdiction Issues pursuant to European Law*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2000, p. 99 ss.; S. BARIATTI, *La compétence internationale et le droit applicable au contentieux du commerce électronique*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 19 ss.; U. DRAETTA, *Commercio elettronico e protezione dei consumatori*, in questa *Rivista*, 2002, p. 559 ss.; A. L. CALVO CARAVACA - J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Giurisdizione e legge applicabile ai contratti business to consumer su internet nel diritto europeo*, in *Contr. e impr./Europa*, 2005, p. 489 ss.; L. D'AVOUT, *Internet. Accessibilité ou focalisation: la Cour de justice tranche mais ne convainc pas*, in *La Semaine Juridique*, 2011, p. 226 ss.; J. HILL, *Cross-border consumer contracts*, New York, Oxford University Press, 2008; L. GILLIES, *Electronic Commerce and International Private Law: A Study of Electronic Consumer Contracts*, London, Ashgate Publishing, 2008; J. FARAH, *Allocation of jurisdiction*, cit. supra, nota 1; A. HUTCHINGS, *Determining Jurisdiction in e-consumer contracts: are consumers being abandoned in cyberspace?* in *The Galway Student Law Review*, 2010, p. 56 ss.; A. ZANOBETTI, *Legge applicabile al commercio elettronico: strumenti internazionali e comunitari*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, p. 661 ss.; H. KAVIAR - A. AHMADI, *Judicial Jurisdiction Solution for Electronic Consumer Contracts in European Union*, in *World Academy of Science, Engineering and Technology*, 2010, p. 706 ss. Per una visione comparata dell'approccio statunitense e di quello europeo in materia di contratti nell'era dell'e-commerce cfr. C.W. PAPPAS, *Comparative U.S. & EU approaches to e-commerce regulation: jurisdiction*, *Electronic Contracts, Electronic Signatures and Taxation*, in *Denver Journal of International Law & Policy*, 2002, p. 325 ss.

³ Sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2012 in causa n. C-190/11, *Daniela Mühlleitner c. Ahmad Yusufi e Wadat Yusufi*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

⁴ L'articolo in parola fa parte della Sezione IV – Competenza in materia di contratti conclusi da consumatori – del Titolo II del Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Guce* n. L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1 (detto anche «regolamento Bruxelles I»). Il succitato Regolamento ha sostituito la Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Guce* n. C 27 del 26 gennaio 1998, p. 1 (nella sua versione consolidata). Come noto la Sezione IV è una sezione *ad hoc* che introduce per i consumatori un apposito sistema di competenza di carattere c.d. «imperativo» e detta regole autonome rispetto sia al foro generale del domicilio del convenuto (art. 2) sia al foro speciale dei contratti (art. 5, n. 1). Tra i molti Autori che trattano del passaggio della Convenzione di Bruxelles al Regolamento (Ce) n. 44/2001 nell'ottica della tutela al consumatore si veda S. M. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo: dalla Convenzione*

ermeneutica intrapresa già con la precedente sentenza *Pammer e Hotel Alpenhof*⁵. Alla Corte viene chiesto, in particolare, se i contratti di consumo, allorché preceduti dal compimento di atti preparatori su Internet, debbano necessariamente essere conclusi a distanza per poter rientrare nella disciplina speciale accordante particolare tutela ai consumatori.

La pronuncia in parola ha, quindi, il pregio di andare a precisare ulteriormente il significato da attribuire alle condizioni di applicazione contenute nell'art. 15 del Regolamento (Ce) n. 44/2001 e quindi, in ultima analisi, di fornire ulteriori criteri-guida utili per meglio sussumere nella normativa astratta le fattispecie che concretamente – e con sempre più frequenza – si possono presentare dinanzi ai giudici nazionali e agli operatori del diritto, andando così a perfezionare la "modernizzazione" della disciplina in materia di tutela dei consumatori rispetto alla precedente disciplina convenzionale, carente nel ricomprendere ipotesi quali i contratti a distanza e in particolar modo i contratti conclusi *on line*.

1. La giurisdizione in materia di tutela dei consumatori nell'era dell'e-commerce

Il punto centrale che accomuna la Convenzione di Bruxelles del 1968 e il Regolamento (Ce) n. 44/2001⁶ è dato dalla presenza di una tutela rafforzata per uno dei soggetti da sempre considerati aprioristicamente⁷ «parte debole», ovverosia il consumatore. La garanzia apprestata a favore di tale soggetto si concretizza nella facoltà ad esso offerta di adire – in caso di controversie con professionisti stranieri – alternativamente i giudici dello Stato di domicilio della controparte oppure i giudici del proprio domici-

di Bruxelles al Regolamento CE 44/2001, IV ed., Torino, Giappichelli, 2002, p. 136 ss.; K. VASILJEVA, *1968 Brussels Convention and EU Council Regulation No 44/2001: Jurisdiction in Consumer Contracts Concluded Online*, in *European Law Journal*, 2004, p. 123 ss.; V. SIANI, *Il Regolamento CE n. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale delle sentenze – Parte prima* – in questa *Rivista*, 2003, p. 489 ss.; F. RAGNO, *Il foro del consumatore: dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 al Regolamento CE n. 44/2001*, in *Contr. e impr./Europa*, 2009, p. 230 ss.; P. CACHIA, *Consumer contracts in European Private international law: the sphere of operation of the consumer contract rules in the Brussel I and Rome I Regulation*, in *EL Rev.*, 2009, p. 476 ss.; infine si veda anche L. GILLIES, *A Review of the New Jurisdiction Rules for Electronic Consumer Contracts Within the European Union*, in *Electronic Law Journal*, 2001, p. 1 ss., che analizza le implicazioni di questo passaggio dal punto di vista del diritto anglosassone.

⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 7 dicembre 2010 in cause riunite n. C-585/08, *Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG* e n. C-144/09, *Hotel Alpenhof GesmbH c. Oliver Heller*, in *Raccolta* 2010, I, p. 12527 e annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 714.

⁶ Per una breve analisi della struttura generale del Regolamento in parola, in dottrina si veda W. KENNET, *The Brussels I Regulation*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2001, p. 725 ss.

⁷ Sottolinea questo aspetto P. BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 67.

lio e nell'obbligare il professionista ad introdurre le cause solamente dinanzi a questi ultimi. Il legislatore europeo, conscio dei progressi tecnologici intervenuti nell'ultimo ventennio e tenuto conto delle nuove modalità di conclusione dei contratti *business to consumer* a distanza⁸ ha deciso, però, con il Regolamento (Ce) n. 44/2001 di mettere mano ai criteri di matrice convenzionale che sin dal 1968 hanno disciplinato la materia. Le nuove regole, infatti, – in particolar modo l'art. 15, n. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 44/2001 – a differenza di quelle convenzionali, hanno implicazioni anche quanto al commercio elettronico e alla nuova modalità di contrattazione *on line* e apprestano meccanismi volti ad assicurare alla parte c.d. «debole» un più agevole accesso alla giustizia⁹ soprattutto dal momento che la necessità di aumentare la fiducia dei consumatori nelle transazioni *on line* è stato uno dei motori guida che ha condotto alla proposta di Regolamento (Ce) n. 44/2001¹⁰.

⁸ L'*e-commerce* ha dato origine a una nuova fattispecie di vendita cui, proprio in virtù del suo avvenire via internet, non è possibile applicare totalmente la tradizionale disciplina giuridica. Si veda in proposito AA.VV., *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), Milano, Giuffrè, 2002; AA.VV., *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, G. CASSANO (a cura di), Milano, Giuffrè, 2003; K. VASILJEVA, *1968 Brussels Convention*, cit. supra, nota 4; C. W. PAPPAS, *Comparative U.S. & EU approaches*, cit. supra, nota 2.

⁹ A ben vedere l'accesso dei consumatori alla giustizia è ancora fortemente penalizzato dalla sproporzione tra la portata economica della lite e i costi legati alla procedura giudiziaria: spesso, infatti, i consumatori preferiscono non intraprendere alcuna via giudiziale per evitare esborsi di denaro non proporzionati all'oggetto della controversia. La presa d'atto di tale situazione ha indotto le istituzioni dell'Unione europea ad adottare numerose iniziative per incentivare la composizione extragiudiziale delle controversie. Si veda, per esempio, dal sito <http://ec.europa.eu> il documento di consultazione «Il ricorso a forme alternative di risoluzione delle controversie come strumento per risolvere le controversie relative alle transazioni e alle prassi commerciali nell'Unione europea» del 18 gennaio 2011 e il documento di consultazione della Commissione europea dal titolo «Alternative dispute resolution in the area of financial services» dell'11 dicembre 2008. Sul medesimo punto si veda il Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, (Com(2002)196 def. del 19 aprile 2002) e le raccomandazioni, sempre della Commissione europea, n. 98/257 del 30 marzo 1998 riguardanti i principi applicabili agli organi responsabili per la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo (*Guce* n. L 115 del 17 aprile 1998, p. 31) e n. 2001/310 del 4 aprile 2001 sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo (*Guce* n. L 109 del 19 aprile 2001, p. 56). Da ultimo, su questo profilo si veda anche la comunicazione della Commissione europea «Ampliare l'accesso dei consumatori alla risoluzione alternativa delle controversie» (Com(2001) 161 def. presentata il 4 aprile 2001) e la risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 sui metodi alternativi di soluzione delle controversie in materia civile, commerciale e familiare (2011/2117(INI)).

¹⁰ Proposta iniziale di Regolamento del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, nonché il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Com(1999) 348 def.) in *Guce* n. C 376 del 28 dicembre 1999, p. 1, in seguito soppresso dalla Proposta modificata di Regolamento del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, nonché il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Com(2000) 689 def.) in *Guce* n. C 62 del 27 febbraio 2001, p. 243 (si vedano in particolare le pp. 7 e 17).

L'art. 13, n. 3 della Convenzione di Bruxelles precursore dell'art. 15, n. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 44/2001, era applicabile alle liti scaturite da contratti aventi ad oggetto la fornitura di servizi o di beni mobili, ma richiedeva due stringenti presupposti¹¹ – e quindi altrettanti limiti – per l'applicazione della tutela speciale accordata al consumatore, ovvero, sia, l'esistenza, da parte dell'imprenditore, di una proposta specifica o di una pubblicità nello Stato ove il consumatore aveva il proprio domicilio e la partecipazione attiva del consumatore volta alla conclusione del contratto stesso nonché, implicitamente, la presenza di un consumatore e di un professionista domiciliati in due Stati contraenti diversi. Quanto al primo requisito¹² era sottesa la necessità di una volontà dell'imprenditore di dirigere la sua attività pubblicitaria verso consumatori di Stati contraenti diversi, sia attraverso proposte specifiche (quali l'invio, ad esempio, di un catalogo) sia attraverso pubblicità a più ampio spettro (quali, ad esempio, inserzioni su giornali o *spot* televisivi), mentre quanto al secondo presupposto, quello forse più limitante, si richiedeva la predisposizione da parte del consumatore di atti necessari alla conclusione del contratto, atti che però dovevano (necessariamente) avvenire nello Stato di domicilio del consumatore¹³. È quindi ben evidente come i presupposti in parola mal si adattavano, o meglio non prendevano neppure in considerazione, le problematiche connesse all'evoluzione delle tecniche di commercializzazione a distanza¹⁴ – ivi comprese quelle legate ai contratti conclusi *on line*¹⁵ –

¹¹ Vedi M. FOSS - L. A. BYGRAVE, *International Consumer Purchases*, cit. supra, nota 2, p. 12 ss.

¹² K. VASILJEVA, 1968 *Brussels Convention*, cit. supra, nota 4, p. 126, riprende la Relazione Giuliano-Lagarde (in *Guce* n. C 282 del 31 ottobre 1980, p. 1) ove si pone il seguente esempio «Se, ad esempio, un tedesco conclude un contratto in seguito ad un annuncio pubblicato da una società francese in un giornale tedesco, questo contratto rientra nella sfera della norma speciale [sui contratti conclusi da consumatori]. Se invece il tedesco risponde ad un annuncio pubblicato in un giornale americano, anche se questo è venduto in Germania, la norma non si applica, a meno che l'annuncio non stato pubblicato in edizioni speciali di detto giornale destinate ai paesi europei. In quest'ultimo caso, il venditore avrà effettuato una pubblicità particolarmente destinata al paese dell'acquirente». Quanto sopra menzionato permette di affermare che, per aversi un'applicazione della tutela *ad hoc* per il consumatore, deve dimostrarsi la volontà del professionista di informare i consumatori di altri Stati membri della possibilità di acquistare beni o servizi da lui offerti.

¹³ Si badi, la norma non richiedeva affatto che il contratto venisse concluso nello Stato membro di domicilio del consumatore, ma solamente, che in tale Paese venissero compiuti gli atti giuridicamente propedeutici quali, per esempio, la sottoscrizione del contratto, la spedizione o la comunicazione telefonica di un ordine.

¹⁴ Per un'elencazione dettagliata delle difficoltà che l'applicazione della norma in esame presentava con riguardo al commercio elettronico, cfr. P. CERINA, *Il problema della legge*, cit. supra, nota 2.

¹⁵ Secondo alcuni Autori, in particolare, R. SCHU, *The Applicable Law to Consumer Contracts Made Over the Internet: Consumer Protection Through Private International Law?*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 1999, p. 192, i presupposti applicativi previsti dall'art. 13 della Convenzione di Bruxelles potrebbero tranquillamente

nelle quali, il più delle volte, il commerciante non sa neppure dov'è domiciliato il consumatore e quindi difficilmente è (ed era) possibile stabilire se la pubblicità effettuata sul *web* possa dirsi specificamente indirizzata verso lo Stato del domicilio del consumatore¹⁶. Per queste ragioni l'incerta previsione del terzo paragrafo dell'art. 13 della Convenzione di Bruxelles era divenuta una questione assai dolente – soprattutto perché andava al contempo a privare il consumatore «mobile» di ogni tutela¹⁷ – e necessitava quindi di una revisione chiarificatrice.

Ecco quindi che con il nuovo dettato normativo del Regolamento (Ce) n. 44/2001 si cerca di adattare il regime di giurisdizione in materia di contratti con i consumatori alle nuove forme di commercio e di comunicazione, e ciò attraverso la previsione di un unico presupposto applicativo in grado di abbracciare un numero di fattispecie di gran lunga maggiore rispetto a quelle previste dal precedente art. 13 della Convenzione di Bruxelles¹⁸. L'art. 15, n. 1, lett. c. – come presupposto per determinare l'applicazione della Sezione IV del Regolamento (Ce) n. 44/2001 – richiede alternativamente che il professionista concluda un contratto quale risultato della sua attività commerciale *nello* Stato ove il consumatore ha il proprio domicilio oppure che concluda un contratto grazie all'attività che egli di-

applicarsi anche nel caso di internet, ove si sostenesse che, ad esempio nel caso di consumatore italiano la proposta specifica o la pubblicità precedente alla conclusione del contratto avvengono nel luogo in cui il consumatore riceve il messaggio dal sito *web* e che, attraverso la connessione e il successivo invio del proprio messaggio *e-mail*, egli ha, sempre in Italia, «compiuto gli atti necessari per la conclusione del contratto».

¹⁶ Per un'analisi più dettagliata della problematica in questione e per una serie di esempi esplicativi si veda P. CERINA, *Il problema della legge*, cit. *supra*, nota 2, p. 411 ss.; J. HILL, *Cross-border*, cit. *supra*, nota 2, p. 10 ss.; U. DRAETTA, *Commercio elettronico*, cit. *supra*, nota 2, p. 565 ss.

¹⁷ I criteri posti dall'art. 13 della Convenzione di Bruxelles dovevano considerarsi deficitari perché non offrivano alcuna tutela al consumatore, indotto da professionisti o loro collaboratori, a recarsi in uno Stato diverso dal suo per concludere il contratto e al contempo ponevano il consumatore in una situazione tale da indurlo a non esercitare una delle libertà fondamentali lui riconosciute ovvero la libertà di movimento all'interno del sistema dell'Unione europea. In proposito si veda P. CACHIA, *Consumer contracts*, cit. *supra*, nota 4, p. 481, e A. M. DE MATOS, *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union Européenne*, Aix en Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 43, la quale ben fa presente come la distinzione tra consumatore statico e consumatore dinamico non possa dirsi fondata quale dirimente per una tutela maggiorata o al contrario una tutela "generale", dal momento che entrambi si trovano nella stessa situazione di debolezza economica rispetto al professionista, ed è questa, in ultima analisi, la ragione giustificativa agli occhi della Corte di giustizia della protezione particolare accordata loro dalla Convenzione di Bruxelles. Quanto alla giurisprudenza in materia si veda la sentenza della *Queen's Bench Division* del 19 marzo 2002, *Rayner v. Davies*, in *Common Law Cases*, 2002, p. 952.

¹⁸ Per un'analisi dettagliata dell'*iter* e delle problematiche incorse nei lavori preparatori che hanno condotto all'art. 15, n. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 44/2001, v. J. ST ØREN, *International jurisdiction over consumer contracts in e-Europe*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2003, p. 665 ss.

rige, *con qualsiasi mezzo*¹⁹, verso lo Stato ove il consumatore è domiciliato. Sono quindi evidenti i profili di novità, ma è altrettanto palese che, se da un lato il consumatore può ritenersi maggiormente tutelato dall'altro, è altrettanto chiaro come ogni commerciante che voglia usare il "*Word Wild Web*" per promuovere e vendere i suoi beni o i suoi servizi a consumatori domiciliati nell'Unione europea²⁰ debba fare i conti con l'ampia formulazione della normativa in parola, correndo il rischio, tutt'altro che remoto, di essere convenuto in uno Stato membro diverso da quello in cui è stabilito²¹. È proprio la condizione secondo cui il consumatore doveva aver compiuto nel proprio Stato gli atti necessari alla conclusione del contratto che viene eliminata e ciò a vantaggio soprattutto dei contratti conclusi attraverso un sito internet ove può essere difficile individuare il luogo in cui il consumatore compie gli atti essenziali alla conclusione di tali negozi giuridici. I nuovi elementi che il legislatore europeo richiede al fine di ammettere l'applicazione della tutela privilegiata sono dunque dati da un lato, dalla presenza di un consumatore e di un professionista e dall'altro dalla volontà di quest'ultimo di dirigere la sua attività commerciale o professionale nel o verso il domicilio del consumatore; il nuovo art. 15 parte quindi dal presupposto che il nesso – necessario e al contempo sufficiente – per l'applicazione delle Sezione IV del Regolamento (Ce) n. 44/2001 sia parametrato non più anche sull'attività del consumatore, ma solamente su quella della sua controparte (il venditore)²². È infatti quest'ultimo aspetto che sostanzia la svolta più significativa portata dal Regolamento (Ce) n. 44/2001 al regime della giurisdizione in materia di contratti con i consumatori nell'Unione europea: affinché si configurino gli estremi per l'applicazione del regime di *favor* non è più indispensabile che la proposta o la pubblicità raggiunga il consumatore nello Stato in cui è domiciliato²³,

¹⁹ Diventano così irrilevanti le forme pubblicitarie utilizzate.

²⁰ In giurisprudenza, per una sentenza che recentemente ha escluso l'utilizzo dei criteri di cui agli artt. 15-17 del Regolamento (Ce) n. 44/2001 per il fatto che il convenuto al momento dell'instaurazione della lite risultava domiciliato in uno Stato non ancora entrato a far parte dell'Unione europea (nella fattispecie si trattava di Malta), si veda la sentenza del Oberlandesgericht Dresden dell'11 aprile 2001, in *European Legal Forum*, 2007, p. 119.

²¹ N. ROSNER, *International Jurisdiction*, cit. *supra*, nota 1, rimarca come la nuova normativa fornisca ancora minor tutela ai professionisti e come ciò non possa considerarsi in linea con l'interesse generale volto a promuovere l'*e-commerce* in Europa.

²² V. la relazione sulla proposta di Regolamento del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, nonché il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale emendata dal Parlamento europeo (Com(1999)348 def. del 14 luglio 1999) sub art. 15, capoverso 5. consultabile in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1999:0348:FIN:IT:PDF>

²³ È ovvio che in questa ipotesi la fattispecie rientri nelle condizioni sviluppate dall'art. 15, n. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 44/2001 essendo compresa tra le misure promozionali tradizionalmente previste e ricomprese nell'art. 13 della Convenzione di Bruxelles, misure che

ma è sufficiente che l'attività professionale sia svolta in tale Stato o quanto meno che verso tale Stato sia diretta, risultando del tutto irrilevante il comportamento attivo del consumatore.

Nonostante i molteplici aspetti positivi, l'ampiezza della nuova definizione ha inevitabilmente portato con sé alcuni problemi ermeneutici, ed è infatti proprio in questi termini che si pone il problema di quali siano le azioni specifiche che incardinano la fattispecie nell'art. 15 del Regolamento (Ce) n. 44/2001 e in ultima analisi, per quanto rileva in questa sede, quale sia il limite che permette di affermare con certezza la portata della disposizione e le condizioni di applicazione che essa richiede.

2. La sentenza della Corte di giustizia: il caso *Mühlleitner*

La pronuncia che si intende qui analizzare non è la prima sentenza attingente agli aspetti incerti nati dalla poco chiara formulazione dell'art. 15 del Regolamento (Ce) n. 44/2001, infatti, i giudici europei avevano già avuto occasioni di pronunciarsi su questioni affini²⁴. In questa sede, a ogni modo, la Corte di giustizia mira a chiarire ulteriormente la portata della disposizione stilata a favore del consumatore, contribuendo in tal modo a placare ulteriormente le perplessità che sin dai lavori preparatori della proposta di Regolamento avevano animato la stesura della normativa.

2.1 *I fatti*

Per comprendere la portata della sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia è doveroso riassumere brevemente, ma al contempo nel modo più chiaro possibile, i fatti che hanno dato origine alla controversia. La signora Mühlleitner (cittadina austriaca) residente in Austria, intendendo acquistare un'automobile di marca tedesca, aveva effettuato una ricerca su

automaticamente sono state incluse nella norma novellata. Conferma è data anche dalla sentenza *Pammer e Hotel Alpenhof*, cit. *supra*, nota 5, ove al punto 61 si sottolinea come «il testo dell'art. 15, n. 1 lett. c., deve essere letto nel senso che comprende e sostituisce le precedenti nozioni di "posizione specifica" e di "pubblicità", ricomprendendo, come emerge dall'utilizzazione dei termini "ogni mezzo", una gamma di attività più ampia».

²⁴ Sentenze della Corte di giustizia del 16 marzo 2006 in causa n. C-234/04, *Kapferer c. Schlank & Schick GmbH*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2585 e annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 82, sulla necessaria presenza di un contratto a titolo oneroso per potersi applicare la normativa a tutela del consumatore; del 14 maggio 2009 in causa n. C-180/06, *Ilseger*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 3961; *Pammer e Hotel Alpenhof*, cit. *supra*, nota 5 sulla portata della nozione di «attività diretta». In dottrina sulla nozione di «consumatore» si veda l'articolo di F. RAGNO, *Il foro del consumatore*, cit. *supra*, nota 4, p. 238; J. HILL, *Cross-border*, cit. *supra*, nota 2, p. 88 ss.

internet e, una volta inserite le caratteristiche del veicolo interessato, era entrata nel sito dell'Autohaus Yusufi, un'impresa di vendita al dettaglio di autovetture con sede in Germania (Amburgo). La signora, dopo aver contattato telefonicamente²⁵ l'impresa, ed essere stata informata del fatto che l'autovettura in questione non era più disponibile, aveva acconsentito a ricevere ulteriori informazioni – via *e-mail* – su nuove offerte. Trovata l'auto di suo gradimento si era recata in Germania per sottoscrivere il contratto e acquistare il veicolo²⁶ con cui era poi tornata in Austria. Una volta tornata nel suo Paese la signora Mühlleitner si era accorta, però, di alcuni vizi sostanziali dell'autovettura e ne aveva richiesto la riparazione ai venditori, i quali, tuttavia, avevano rifiutato. Per tali ragioni quindi i signori Yusufi venivano convenuti dinanzi al Landesgericht Wels, giudice del luogo di residenza della parte attrice che riteneva di potersi avvalere della possibilità offerta dal disposto dell'art. 15, n. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 44/2001. Il giudice di primo grado, tuttavia, pur non contestando lo *status* di «consumatrice» della signora, si era dichiarato incompetente non configurandosi, a suo avviso, il requisito dell'attività diretta da parte del professionista e quindi mancando una delle condizioni richieste dalla citata normativa. Anche l'Oberlandesgericht Linz – giudice di secondo grado – si era ritenuto incompetente basando la sua pronuncia sia sul fatto che il sito dei signori Yusufi, essendo meramente «passivo»²⁷ non integrava il requisito dell'attività diretta sia sull'assunto che – questione che poi porta concretamente al rinvio pregiudiziale – il contratto non era stato concluso a distanza, come invece richiesto dalla dichiarazione congiunta del Consi-

²⁵ Dalla sentenza risulta che il recapito telefonico inserito sul sito *web* del professionista era dotato di un prefisso internazionale. Sebbene questo aspetto possa sembrare di marginale rilievo, esso al contrario è uno di quegli elementi rientranti nell'elenco formulato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Pammer e Hotel Alpenhof*, cit. *supra*, nota 5, per identificare un'attività come diretta verso lo Stato membro di residenza del consumatore. Gli altri elementi sono ripresi nel punto 93 della citata sentenza.

²⁶ Dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón presentate il 24 maggio 2012, non ancora pubblicate in *Raccolta*, risulta anche che la signora aveva comunicato alla convenuta di risiedere in Austria e quest'ultima aveva affermato che la circostanza era ininfluente.

²⁷ Sulla qualificazione di un sito internet come «attivo» o come «passivo» si veda in dottrina J. ST ØREN, *International jurisdiction*, cit. *supra*, nota 18, p. 679 ss.; J. HILL, *Cross-border*, cit. *supra*, nota 2, p. 142. A titolo esemplificativo può definirsi sito internet «interattivo» quello che permette la stipulazione del negozio direttamente *on line*, e, al contrario sito internet «passivo» quello predisposto a fini meramente informativi. V. anche A. MITRANI, *Regulating E-commerce, E-contracts and the Controversy of Multiple Jurisdiction*, in *International Trade Law and Regulation*, 2001, p. 53, il quale al contrario afferma che la mera accessibilità (*on line presence*) al sito sia indice sufficiente per rientrare nella tutela accordata dalla Sezione IV del Regolamento (Ce) n. 44/2001. Da ultimo cfr. la Comunicazione della Commissione europea sulle «Linee direttrici sulle restrizioni verticali», in *Guce* n. C 291 del 13 ottobre 2000, p. 1, in particolare p. 12.

glio e della Commissione europea in relazione agli artt. 15 e 73 del Regolamento n. 44/2001²⁸. Da ultimo, l'Oberster Gerichtshof – Corte suprema austriaca – investito della questione aveva, al contrario, ritenuto che nella fattispecie in esame vi fosse un'attività diretta da parte del venditore verso l'Austria (stato di residenza del consumatore)²⁹ ma non essendo sicuro sulla necessità o meno di concludere il contratto a distanza³⁰ quale condizione di applicazione della normativa di *favor* per il consumatore aveva ritenuto

²⁸ Dichiarazione congiunta del Consiglio e della Commissione sugli artt. 15 e 73 del Regolamento (Ce) n. 44/2001 (elaborata contestualmente alla proposta di Regolamento nel 2000, consultabile dal sito http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_it_declaration.pdf) ove si prevede che «Al riguardo il Consiglio e la Commissione ricordano che l'applicazione dell'articolo 15, n. 1, lett. c. presuppone non soltanto che l'impresa diriga le sue attività verso lo Stato membro in cui è domiciliato il consumatore, o verso una pluralità di Stati che comprende tale Stato membro, ma anche che il contratto sia stato concluso nell'ambito di dette attività. Detta disposizione riguarda diversi metodi di vendita, fra cui i contratti conclusi a distanza via internet». Tale dichiarazione continua: «Il Consiglio e la Commissione sottolineano pertanto che la mera accessibilità di un dato sito Internet non è sufficiente ai fini dell'applicabilità dell'articolo 15: occorre che il sito medesimo inviti a concludere contratti a distanza e che un contratto sia stato effettivamente concluso a distanza, con qualsiasi mezzo. In quest'ambito, la lingua o la valuta caratteristica del sito Internet non costituisce un elemento pertinente».

²⁹ A ben vedere il giudice aveva deciso, per fugare ogni dubbio, di sospendere il giudizio in attesa della pronuncia della Corte di giustizia nelle cause *Peter Pammer e Hotel Alpenhof*.

³⁰ Si badi non viene chiesto qui alla Corte di giustizia il significato da attribuire alla locuzione «contratto concluso a distanza». A tal proposito, per una siffatta definizione si veda il ventesimo considerando della direttiva n. 2011/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori in *Gu-Ue* n. L 304 del 22 novembre 2011, p. 64, laddove si prevede quanto segue: «La definizione di contratto a distanza dovrebbe coprire tutti i casi in cui è concluso un contratto tra consumatore e professionista nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza, mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza (ordine mediante posta, internet, telefono o fax), fino al momento della conclusione del contratto incluso. Tale definizione dovrebbe anche includere le situazioni in cui il consumatore si limita a visitare i locali commerciali per raccogliere informazioni sui beni o i servizi e successivamente negozia e conclude il contratto a distanza. D'altro canto, un contratto negoziato nei locali del professionista e concluso definitivamente mediante comunicazione a distanza non dovrebbe essere considerato un contratto a distanza, così come non dovrebbe essere considerato un contratto a distanza il contratto avviato mediante comunicazione a distanza ma concluso definitivamente nei locali del professionista. Analogamente, il concetto di contratto a distanza non dovrebbe comprendere prenotazioni effettuate da un consumatore attraverso mezzi di comunicazione a distanza per richiedere la prestazione di un servizio da parte di un professionista, come nel caso di un consumatore che telefona per chiedere un appuntamento da un parrucchiere. Il concetto di regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza dovrebbe comprendere quei regimi offerti da un terzo diverso dal professionista ma utilizzati da quest'ultimo, come una piattaforma online. Dovrebbero tuttavia rimanere esclusi i casi in cui i siti web offrono informazioni solo sul professionista, sui beni e/o servizi che presta e sui suoi dati di contatto».

Si veda anche l'art. 2, n. 1, della direttiva n. 97/7/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza (in *Guce* n. L 144 del 4 giugno 1997, p. 19) che contiene una definizione autonoma di contratto a distanza del seguente tenore: «qualunque contratto avente per oggetto beni o servizi stipulato tra un fornitore e un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore che, per tale contratto, impieghi esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso».

doveroso rimettere la questione alla Corte di giustizia³¹ permettendole, al contempo, di fornire un'interpretazione "evolutiva" in grado di adeguare la normativa di specie al repentino progresso tecnologico che caratterizza i mezzi di comunicazione (in particolare la commercializzazione di prodotti attraverso siti *web*).

2.2 La questione pregiudiziale

La domanda formulata dall'Oberster Gerichtshof alla Corte di giustizia con il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE riguarda – come già remarked – la necessaria presenza, quale ulteriore presupposto applicativo della disciplina speciale dedicata al consumatore nel Regolamento (Ce) n. 44/2001, di una stipulazione del contratto tra consumatore e professionista a distanza³². Il dubbio che si pone nasce non tanto dalla formulazione letterale dell'art. 15 n. 1, lett. c., del summenzionato Regolamento, ma piuttosto da un riferimento fatto a tale tipologia contrattuale dalla stessa Corte di giustizia nella sentenza *Pammer e Hotel Alpenhof*. Il rinvio ha quindi dichiarato³³ lo scopo di fugare i dubbi interpretativi non completamente chiariti da tale sentenza e, anzi al contrario, avvalorati da una poco chiara formulazione della citata sentenza ai punti 86 e 87³⁴. Per correttezza espositiva, preme qui rimarcare brevemente che nella sentenza del 7 dicembre 2010 la Corte aveva ritenuto sussistere il criterio del collegamento richiesto dall'art. 15, n. 1, lett. c., anche se il contratto non era stato con-

³¹ Con domanda del 22 aprile 2011 l'Oberster Gerichtshof sottoponeva alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale: «Se l'applicazione dell'art. 15, n. 1, lett. c. del Regolamento (Ce) del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (in prosieguo: il "Regolamento Bruxelles I") presupponga che il contratto tra consumatore e imprenditore sia stato concluso a distanza».

³² L'Avvocato Generale Villalón fa presente nelle proprie conclusioni che anche parte della dottrina si è più volte espressa a favore della necessità che il contratto di consumo sia concluso a distanza; in proposito si veda J. KROPHOLLER - J. HEIN, *Kommentar - Internationale Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil-und Handels-sachen*, Emmerich am Rhein, Recht Und Wirtschaft GmbH, 2001, p. 957.

³³ Punto 32 della sentenza *Mühlleitner*, cit. *supra*, nota 3.

³⁴ I punti 86 e 87 della sentenza *Pammer e Hotel Alpenhof*, cit. *supra*, nota 5, recitano: «86. La società Hotel Alpenhof sostiene peraltro che il contratto con il consumatore sia stato concluso in loco e non a distanza, considerato che la consegna delle chiavi della stanza ed il pagamento sono stati effettuati sul posto e che, pertanto, non può trovare applicazione l'art. 15, n. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 44/2001.

87. A tal riguardo, la circostanza che le chiavi siano state consegnate al consumatore e che il pagamento sia stato effettuato da quest'ultimo nello Stato membro sul territorio del quale il commerciante è stabilito non osta all'applicazione di tale disposizione, qualora la prenotazione e la relativa conferma abbiano avuto luogo a distanza, in modo tale che il consumatore abbia assunto gli obblighi contrattuali a distanza».

cluso, ma solo prenotato a distanza. A seguito dell'accettazione della prenotazione, pure avvenuta a distanza, vi era stata l'assunzione di precise obbligazioni e ciò era stato ritenuto sufficiente per superare precedenti interpretazioni restrittive, facendo prevalere il *favor consumatoris*. Nel caso recentemente deciso dalla Corte di giustizia, invece, non è nemmeno intervenuta l'assunzione di obblighi contrattuali a distanza perché solamente la trattativa è avvenuta via *e-mail* (sulla base di una offerta diretta dal professionista verso altro Stato membro attraverso un annuncio sul *web*) mentre la stipulazione vera e propria del contratto era avvenuta in Germania ove la signora Mühlleitner si era recata personalmente.

Quanto all'*excursus* argomentativo che porta alla decisione finale, la Corte di giustizia esordisce rimarcando la necessità di un'interpretazione particolarmente restrittiva delle disposizioni oggetto di giudizio – visto la loro specialità sia quanto alla regola generale di competenza sancita dall'art. 2 del Regolamento (Ce) n. 44/2001, sia quanto alla regola speciale prevista in materia contrattuale dall'art. 5 del medesimo Regolamento – e al contempo autonoma³⁵ che faccia riferimento agli scopi della normativa tenendo al contempo in debita considerazione gli interessi in gioco – la tutela pregnante, ma non assoluta³⁶, del consumatore, da un lato, e quella non meno ragguardevole di carattere forse prettamente "economico" dei professionisti, dall'altro lato³⁷. Gli strumenti argomentativi utilizzati dal giudice europeo sono sostanzialmente tre e segnatamente l'interpretazione letterale dell'art. 15, n. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 44/2001, l'interpretazione teleologica del citato articolo e la peculiarità delle sue statui-

³⁵ Sentenze della Corte di giustizia del 20 gennaio 2005 in causa n. C- 27/02, *Engler*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 481, punto 33; del 15 aprile 2010 in causa n. C-215/08, *Friz*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 2947, punto 44; *Pammer e Hotel Alpenhof*, *cit. supra*, nota 5, punto 55.

³⁶ Punto 70 della sentenza *Pammer e Hotel Alpenhof*, *loc. cit.*, e nel medesimo senso si è espressa la stessa Corte nella sentenza *Friz*, *loc. cit.*, punto 44.

³⁷ Si veda il Parere del Comitato economico e sociale in merito alla «proposta di Regolamento (Ce) del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale nonché il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale» in *Guce* n. C 117 del 26 aprile 2000, p. 10 punto 4.2.2. che, in merito alla modifica apportata all'art. 15 del Regolamento (Ce) n. 44/2001 prevede: «Il punto è stabilire se un'impresa che proponga i propri servizi tramite il commercio elettronico cerchi deliberatamente di estendere il proprio mercato al di là della consueta zona di commercializzazione o meno. Anche se l'apertura all'intero pianeta, senza limiti, è il tratto distintivo di internet, è comunque comprensibile che la prospettiva di essere citati in giudizio dinanzi ad un giudice straniero sia tale da frenare l'utilizzo di internet da parte delle piccole imprese. L'Unione europea si trova pertanto di fronte a due sfide: garantire la massima tutela giuridica ai propri cittadini in relazione allo sviluppo del commercio elettronico e dei rischi che comporta (soprattutto perché generalmente il consumatore paga in anticipo) e, parallelamente, astenersi dal frenare l'utilizzo di questo strumento promozionale da parte delle imprese europee, soprattutto delle PMI. Queste sfide, pur interessando in primo luogo lo spazio giudiziario europeo, comportano anche una dimensione internazionale, in particolare in materia di tutela dei consumatori dato che oggi la maggior parte delle proposte presenti nel "web" proviene da società con sede in Paesi terzi».

zioni nella richiamata sentenza *Pammer e Hotel Alpenhof*.

Ad avviso di chi scrive, già il primo impianto argomentativo apporta notevoli spunti per fugare i dubbi ermeneutici e offrire un'adeguata risposta al quesito posto dai giudici nazionali, soprattutto alla luce dell'*iter* legislativo che ha condotto all'adozione del Regolamento e alle giustificazioni a esso sottese. È facilmente riscontrabile come dal dato letterale non si evinca alcun riferimento alla necessità di concludere un contratto a distanza³⁸, bensì si ricavi, quale unico criterio richiesto per l'applicazione della disciplina speciale a favore del consumatore, che il commerciante eserciti la propria attività commerciale o professionale nello Stato membro di residenza del consumatore ovvero che, con qualsiasi mezzo, egli diriga dette attività verso tale Stato membro o verso una pluralità di Stati che ricomprende il medesimo Stato membro e, quale corollario di tale condizione, che il contratto controverso rientri nell'ambito di dette attività³⁹. Dando supporto a tale argomentazione, la stessa Corte di giustizia risolve l'aporia desumendo importanti elementi dal confronto tra il testo vigente del criterio di collegamento, contenuto nel Regolamento (Ce) n. 44/2001, con il testo da questo sostituito, ossia l'art. 13 dell'abrogata Convenzione di Bruxelles, il quale esplicitamente ancorava il criterio di collegamento in materia al compimento nello Stato del consumatore «degli atti necessari per la conclusione del contratto». Quest'ultima precisazione, fortemente limitativa, è assente nel testo ora vigente e ciò non può che essere il segno di come, con le modifiche apportate, si sia voluto ampliare il novero di fattispecie concrete suscettibili nella disposizione a garanzia della parte economicamente debole, il consumatore. Andrebbe quindi contro la logica di tali emendamenti voler creare, attraverso un'interpretazione esorbitante il disposto normativo, nuove limitazioni non contemplate⁴⁰ il cui unico obiettivo è quello di restringere una tutela che invece è intenzione del legislatore dilatare. A voler essere precisi, neppure l'art. 13 della Convenzione di Bruxelles, richiedendo la predisposizione da parte del consumatore de-

³⁸ Né l'art. 15, né tanto meno l'art. 16 del Regolamento (Ce) n. 44/2001 fanno esplicito riferimento ai contratti a distanza.

³⁹ Al riguardo, sia l'avvio di contatti a distanza, come avvenuto nel procedimento principale, sia la prenotazione di un bene o di un servizio a distanza o, *a fortiori*, la conclusione a distanza di un contratto stipulato con un consumatore sono indizi di riconducibilità del contratto a un'attività di tal genere.

⁴⁰ A supporto di tale statuizione la Corte di giustizia richiama dapprima il documento finale della seduta del Parlamento europeo avvenuta il 18 settembre 2002 ripresa nell'atto finale A5-0253/2000 e poi gli accordi paralleli alla Convenzione di Bruxelles e all'omonimo Regolamento, in particolare la Convenzione allegata alla decisione n. 2007/712 del Consiglio del 15 ottobre 2007, relativa alla firma, a nome della Comunità, della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Guce* n. L 339 del 21 dicembre 2007, p. 1.

gli atti necessari alla conclusione del contratto nel suo Stato di residenza, aveva quale intento quello di relegare il suo ambito applicativo solamente ai contratti conclusi a distanza. Non si può quindi decretare la necessità di concludere il contratto a distanza quale nuovo presupposto applicativo solamente per il fatto che, per una serie di coincidenze fattuali, tale ipotesi era ricollegata alla maggior parte dei casi che concretamente si verificavano; tale tipologia contrattuale se poteva dirsi assai frequente non esauriva, infatti, le possibili fattispecie suscumbibili nella normativa *de qua*. Quindi – come rileva l'Avvocato Generale⁴¹ – nulla impediva allora e nulla impedisce ora, con la nuova formulazione dell'art. 15 del Regolamento, la tutela del consumatore che conclude il contratto entro i confini nazionali nei casi in cui sia lo stesso professionista a recarsi al suo domicilio per concludere, in tale Stato, il contratto e, a maggior ragione, del consumatore che si dirige personalmente nello Stato del professionista per stipulare l'accordo⁴². Risolutiva è anche la relazione *Pocar* alla Convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007 che, sebbene riguardi una diversa normativa, è di particolare interesse ermeneutico in quanto l'art. 15 della suddetta Convenzione è perfettamente uguale all'art. 15 del Regolamento (Ce) n. 44/2001. *Pocar* afferma chiaramente che: «il criterio di collegamento che utilizza l'art. 15, n. 1, lett. c., prescinde dalla localizzazione dell'attività del consumatore e dal luogo di stipulazione del contratto, (...). Il consumatore potrà adire il giudice del luogo del suo domicilio, indipendentemente dal luogo di con-

⁴¹ Punto 15 delle conclusioni dell'Avvocato Generale.

⁴² Interessante è la critica mossa da F. RAGNO, *Il foro del consumatore*, cit. *supra*, nota 4, p. 273, il quale rimarca come il riferimento alla necessità di un invito e quindi a una sollecitazione a concludere il contratto a distanza (sia direttamente *on line* sia anche attraverso il fax, la posta o il telefono) circoscriva l'operatività del privilegio del foro del consumatore in modo arbitrario e non giustificato; l'A. quindi afferma, come non si comprenda «(...) per quale ragione un consumatore che accede ad un sito che lo inviti a contrattare personalmente con un incaricato del professionista presente occasionalmente nel suo Paese o che lo solleciti a recarsi oltre confine presso la sede del professionista per stipulare un negozio già delineato nei suoi contenuti debba essere meno tutelato di un consumatore che acceda ad un sito che lo induca a stipulare un contratto via fax. A parere di chi scrive la strategia di chi si avvale di Internet al fine di indirizzare il consumatore presso la propria rete commerciale costituisce, ai fini dell'applicazione degli artt. 16 e 17 del Regolamento n. 44/2001, una forma di penetrazione nel mercato del Paese di domicilio del contraente debole equiparabile a quella di chi, via *web*, esorti a contrattare a distanza. Ne consegue che, in ambedue i casi, la disciplina speciale in esame dovrebbe, a prescindere dal luogo in cui sia stato concluso il negozio, trovare applicazione». Del medesimo avviso è anche S. BARIATTI, *La compétence internationale*, cit. *supra*, nota 2, p. 19 ss., che rimarca come la conclusione di un contratto con un incaricato del professionista operante nello Stato del domicilio del consumatore non impedisca l'operatività della disciplina protettiva per il consumatore. In giurisprudenza v. la sentenza dell'Oberlandesgericht Dresden del 15 dicembre 2004, in *European Legal Forum*, 2004, n. 46, ove è stato ritenuto ininfluenza ai fini dell'applicazione dell'art. 15, n. 1, lett. c. del Regolamento (Ce) n. 44/2001 che il contratto in questione fosse stato stipulato tra un consumatore domiciliato in Germania e una società con sede nelle Isole Vergini britanniche per mezzo di una società operativa in Germania.

clusione del contratto e dal luogo in cui il servizio fornito elettronicamente sia fruito».

La Corte, da ultimo – a differenza dell'Avvocato Generale – non fa riferimento alla dichiarazione congiunta del Consiglio e della Commissione europea per apportare ulteriori argomentazioni nell'ambito dell'analisi letterale della disposizione oggetto d'indagine. Si ritiene però doveroso sottolineare come, sebbene a prima vista la citata dichiarazione possa far erroneamente credere che l'art. 15 preveda quale ulteriore presupposto applicativo la conclusione del contratto a distanza, da un'attenta lettura si evince, al contrario, che la normativa si riferisce a diversi metodi di vendita, *fra cui*, i contratti conclusi a distanza via internet, non escludendo quindi la possibilità di prendere in considerazione differenti modalità di stipula. Deve quindi essere ribadito che emerge chiaramente come l'intenzione dei legislatori sia quella di ampliare il novero di fattispecie tutelate e non al contrario quello di ridurlo inserendo altre condizioni applicative oltre a quella legata all'attività diretta del professionista, o meglio all'elemento volontaristico di detta attività. Questo approccio del legislatore è stato, infatti, pensato proprio per scollegare dalle condizioni di applicazione il comportamento del consumatore dal suo luogo di residenza, rendendo irrilevante il luogo in cui il contratto viene siglato e ponendo l'accento solamente sulle modalità con le quali il consumatore è venuto a conoscenza del prodotto o del servizio lui offerto dal professionista.

Strettamente collegato al punto appena trattato è il secondo strumento argomentativo utilizzato dal giudice europeo, ovverosia quello dell'interpretazione teleologica secondo cui la disposizione non dovrebbe essere interpretata a detrimento del consumatore. Seguendo questa logica, la Corte di giustizia rimarca che l'inserimento del requisito prevedente la conclusione a distanza dei contratti appare in palese contrasto con gli obiettivi riformulati con la nuova stesura del disposto normativo ovverosia quelli legati a una maggior garanzia e tutela per il consumatore, parte contrattualmente debole⁴³. La normativa, infatti, si esprime in termini volutamente generali, al fine di offrire al consumatore una tutela ampia: è da ritenersi quindi – come desumibile anche dalla pronuncia analizzata – che la circostanza che il consumatore si sia recato nello Stato membro del commerciante per sottoscrivere il contratto non escluda la competenza dei giudici dello Stato membro del consumatore stesso. Il canone interpretativo *de quo*, già applicato nella recente sentenza *Pammer e Hotel Alpenhof*, ha come logica conseguenza il superamento di una limitazione ormai tralatizia e

⁴³ Si consideri il tredicesimo *considerando* del Regolamento (Ce) n. 44/2001, ove si afferma che, nei contratti di consumo, è opportuno tutelare la parte più debole con norme in materia di competenza più favorevoli ai suoi interessi rispetto alle regole generali.

per di più, come ricordato, neppure espressa nel testo quale criterio di collegamento. Gli assunti sin qui esposti sono supportati sia dalla precedente giurisprudenza della Corte di giustizia⁴⁴ sia dai dati normativi⁴⁵ entrambi miranti ad ampliare il novero di fattispecie che godono di una tutela *ad hoc* in linea con le recenti evoluzioni delle tecniche di commercializzazione.

Da ultimo la Corte richiama la citata sentenza *Pammer e Hotel Alpenhof* e in particolar modo i punti 86 e 87. Anche in questa sede si ribadisce come gli argomenti desunti dall'Hotel Alpenhof nella relativa causa – consegna delle chiavi e pagamento della stanza *in loco* e non a distanza – per far valere l'inapplicabilità dell'art. 15, n. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 44/2001 fossero inconferenti nel caso di specie ai fini della determinazione del luogo in cui il contratto poteva dirsi concluso. La Corte, in tale sentenza, aveva preso in esame la qualificazione della fattispecie contrattuale, definendola come contratto concluso a distanza solamente in risposta agli argomenti sollevati dall'Hotel Alpenhof anche se risultava evidente che dal momento che la prenotazione della stanza (e quindi la proposta) e la relativa conferma (accettazione) avevano avuto luogo a distanza il consumatore aveva assunto gli obblighi contrattuali a distanza e quindi rientrava a tutti gli effetti tra i fruitori della disciplina *ad hoc* di cui al Regolamento (Ce) n. 44/2001. Come sottolinea l'Avvocato Generale nelle sue conclusioni⁴⁶ la Corte di giustizia, analizzando le modalità di conclusione della fattispecie contrattuale, e dando quindi peso alla stipulazione intervenuta a distanza, non ha voluto per tale ragione imputare alla tipologia in esame una portata generale travalicante i confini delle specifiche circostanze di tale controversia e non ha neppure avuto l'intenzione di qualificare l'ipotesi in oggetto quale necessario presupposto applicativo ulteriore rispetto a quelli espressamente delineati. Una cosa è voler ripren-

⁴⁴ La Corte di giustizia fa presente questo aspetto anche nella sentenza *Insinger*, cit. *supra*, nota 24, punto 50, laddove sottolinea l'importanza di applicare l'art. 15, n. 1, lett. c. del Regolamento (Ce) n. 44/2001 alla «totalità dei contratti, indipendentemente dal loro oggetto». Anche l'Avvocato Generale Trsterjak nelle proprie conclusioni relative al medesimo caso *Insinger* sottolinea la necessità di un'interpretazione in grado di abbracciare il maggior numero di ipotesi contrattuali facendo leva sulle parole «in tutti gli altri casi» evitando interpretazioni riduttive il cui risultato sia quello di ridurre il numero di contratti di consumo cui si applica la normativa speciale a favore del consumatore.

⁴⁵ Si veda per esempio il tredicesimo *considerando* del Regolamento (Ce) n. 44/2001; il venticinquesimo *considerando* e l'art. 6 del Regolamento (Ce) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, in *Guce* n. L 177 del 4 luglio 2008, p. 1 (il Regolamento in parola ha sostituito la Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980 in *Guce* n. L 266 del 9 ottobre 1980, p. 1).

⁴⁶ Cfr. i punti 86-87 delle conclusioni dell'Avvocato Generale.

dere nella disciplina la contrattazione a distanza, altra cosa è voler confinare solo a tale tipologia contrattuale le disposizioni di *favor* riservate ai consumatori.

Alla luce di quanto esposto, la Corte di giustizia conclude statuendo, e in un certo senso ribadendo, che unico requisito necessario e sufficiente ai fini dell'applicazione dell'art. 15, n. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 44/2001 è quello legato all'attività del commerciante ovvero sia alla sua volontà di dirigerla verso lo Stato membro del consumatore e non anche quello di prevedere obbligatoriamente la conclusione del contratto a distanza.

3. Conclusioni

La sentenza annotata si inserisce in un'area – quella della tutela giurisdizionale dei consumatori – caratterizzata ancora da incertezze e titubanze; l'individuazione puntuale di un organo giurisdizionale competente ha presentato, e in parte continua a presentare, numerosi profili problematici vista la necessità di contemperare i diversi interessi speciali propri delle parti coinvolte, e al contempo quelli generali del mercato europeo nel quale esse si inseriscono. Se da un lato è vero che con i nuovi mezzi di comunicazione sono aumentate in modo esponenziale le ipotesi in cui i consumatori allettati da offerte presenti sul *web* acquistano prodotti recapitati direttamente presso i loro domicili o fruiscono di servizi direttamente nelle loro abitazioni divenendo parte di contratti conclusi a distanza, dall'altro non si può limitare la tutela solamente a tali consumatori non tenendo presente che gli stessi possono invece scegliere di dirigersi verso lo Stato del commerciante per godere dei medesimi servizi o per ritirare i beni solamente prenotati su una piattaforma *web*. Gli esempi possono essere i più disparati, si pensi ai servizi sanitari pubblicizzati su siti internet⁴⁷, o ai servizi offerti da strutture alberghiere o da parchi divertimento, o ancora ai prodotti fragili o a quelli il cui costo elevato ne sconsiglia la spedizione. Un'interpretazione eccessivamente restrittiva della normativa a tutela del consumatore andrebbe quindi contro, *in primis*, alla formulazione letterale della stessa e, *in secundis* soprattutto allo scopo e allo spirito per il quale è stata ideata. Paradossale sarebbe quindi ancorare l'applicazione della disciplina solo ad alcune modalità o tipologie contrattuali (ad esempio contratti a distanza o contratti aventi ad oggetto determinati beni o servizi) alla luce del fatto che alcuni emendamenti ripresi nella nuova formulazione dell'art. 15 del Regolamento (Ce) n. 44/2001 sono stati pensati appositamente

⁴⁷ Per questo esempio v. il punto 27 delle conclusioni dell'Avvocato Generale.

mente per permettere una coerenza tra la tutela offerta e le fattispecie contrattuali venutesi a creare con l'evoluzione dei mezzi di comunicazione e con la sempre maggior consapevolezza da parte dei consumatori dei diritti di libera circolazione di cui godono all'interno del sistema dell'Unione europea. Significativo è il fatto che lo stesso Regolamento annovera tra i suoi obiettivi centrali – primo *considerando* – quello della conservazione e dello sviluppo di «uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel quale sia garantita la libera circolazione delle persone»; obiettivo che dunque può essere raggiunto non limitando le ipotesi di garanzia e quindi disincentivando tale processo, bensì offrendo strumenti in grado di far crescere la fiducia dei consumatori nel mercato e di conseguenza stimolare la loro circolazione anche per fini consumeristici.

Concludendo, non può negarsi la portata innovativa e chiarificatrice della disposizione contenuta nel nuovo art. 15, n. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 44/2001, ma è anche evidente la necessità di ulteriori interventi da parte della Corte di giustizia al fine di sciogliere i restanti nodi interpretativi. Cadrebbe in errore dunque chi pensasse che la pronuncia in esame rappresenti il punto di arrivo nel procedimento volto a chiarire gli aspetti più problematici della disciplina. Conferma, infatti, della necessità di ulteriori delucidazioni è la presenza di due ulteriori quesiti interpretativi⁴⁸ attualmente

⁴⁸ I punti ancora poco chiari e che quindi sono oggetto dei rinvii pregiudiziali riguardano la necessità o meno di una relazione causale tra l'attività diretta attraverso il sito internet e la conclusione del contratto (si vedano le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Cruz Villalón il 18 luglio 2013 in merito alla domanda di pronuncia pregiudiziale nella causa n. C-218/12, *Lokman Emrek c. Vlado Sabranovic*, presentata il 10 maggio 2012 con la quale il Landgericht Saarbrücken chiede: «Se l'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, nei casi in cui la presenza in internet di un commerciante presenti la caratteristica di attività diretta, presupponga, quale ulteriore requisito non scritto, che il sito internet gestito dal commerciante induca il consumatore a concludere un contratto ponendosi, pertanto, in relazione causale con la conclusione di tale contratto. Nell'ipotesi in cui risulti indispensabile un nesso di causalità tra il requisito dell'attività diretta e la conclusione del contratto, se l'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 44/2001 presupponga altresì la conclusione di un contratto secondo le modalità proprie dei contratti a distanza») e la possibilità per i consumatori, ex art. 16 del Regolamento (Ce) n. 44/2001, di convenire in giudizio oltre al commerciante con sede all'estero anche il *partner* contrattuale ubicato nel territorio nazionale (a tal proposito cfr. la domanda di pronuncia pregiudiziale relativa alla causa n. C-478/12, *Armin Maletic, Marianne Maletic c. lastminute.com GmbH e TUI Österreich GmbH* con la quale il Landesgericht Feldkirch il 24 ottobre 2012 ha posto la seguente domanda: «Se l'art. 16, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, avente ad oggetto la determinazione della competenza davanti ai giudici del luogo in cui è domiciliato il consumatore, debba essere interpretato nel senso che, qualora l'altra parte contraente (nella fattispecie l'agente di viaggio con sede all'estero) si avvalga di un *partner* contrattuale (nel caso in esame l'operatore turistico ubicato nel territorio nazionale), detto articolo possa applicarsi, relativamente ad azioni intentate nei confronti di entrambe le parti, anche alla parte del contratto avente sede nel territorio nazionale».

pendenti dinanzi alla Corte di giustizia circa la portata delle disposizioni contenute nella Sezione IV del Regolamento (Ce) n. 44/2001.

Chiara Camussi*

SINTESI

Nel caso in esame, una consumatrice residente in Austria, la signora Mühlleitner, dopo aver visto l'annuncio di una concessionaria tedesca su un sito internet e aver scambiato e-mail e telefonate con il commerciante in merito a un'autovettura, decideva di recarsi in Germania per stipulare un contratto d'acquisto relativo all'automobile prescelta. Tornata in Austria, la consumatrice adiva i giudici austriaci a seguito del rifiuto della concessionaria di prestarle assistenza per un guasto occorso, nel frattempo, all'automobile. I venditori tedeschi eccepivano, però, il difetto di giurisdizione sull'assunto che il contratto non era stato concluso a distanza come richiesto dalla normativa consumeristica. Il quesito che si pone alla Corte verte sull'interpretazione dell'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 44/2001 e, in particolare sui suoi requisiti applicativi. Ai giudici lussemburghesi viene, infatti, chiesto se la sua applicazione presupponga che il contratto tra consumatore e imprenditore sia stato concluso a distanza.

La sentenza *Mühlleitner* offre lo spunto per riflettere sul problema del giudice competente in caso di controversie relative a *cross-border contracts* tra consumatori e professionisti.

ABSTRACT

In the Mühlleitner case, Ms Mühlleitner, a consumer established in Austria, while looking for a car in the internet had found an advertisement for a car she liked from a German dealer. After contacting the dealer by e-mail and by telephone to get some information she decided to travel to Germany to carry out the purchase. Once back in Austria, the car showed some malfunctioning but the dealer refused to provide repairing. Therefore, Ms Mühlleitner brought proceedings in the court of her place of domicile. The defendants contested the international jurisdiction submitting that the contract wasn't concluded at distance as the regulation asks. The question referred to the Court is about the interpretation of 15, par. 1, lett. c., of the Regulation (CE) n. 44/2001 and with more specific reference to its conditions of application, as the national judge asked whether for the enforcement of consumer protection the contract has to be concluded at distance. The Mühlleitner judgment offers, therefore, the opportunity to think over international jurisdiction in cross border consumer contracts.

* Dottoranda in Diritto pubblico comparato e Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Udine

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA I CRITERI DI ESCLUSIONE DEGLI OPERATORI ECONOMICI DALLA PROCEDURA IN MATERIA DI APPALTI

Corte di giustizia

Sentenza del 13 dicembre 2012 in causa n. C-465/11

Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. c. Poczta Polska SA

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2004/18/Ce - Art. 45, par. 2, 1° comma, lett. d. - Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi - Direttiva n. 2004/17/Ce - Artt. 53, par. 3, e 54, par. 4 - Procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali - Criteri di esclusione degli operatori dalla procedura di aggiudicazione di un appalto - Errore grave compiuto dall'operatore economico nell'esercizio di una precedente attività professionale - Tutela dell'interesse pubblico - Mantenimento di una concorrenza leale tra operatori economici.

L'art. 45, par. 2, 1° comma, lett. d., della direttiva n. 2004/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale ai sensi della quale sussiste un errore grave in materia professionale, il quale conduce all'esclusione automatica dell'operatore economico in questione da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in corso, quando, per circostanze imputabili a tale medesimo operatore economico, l'amministrazione aggiudicatrice ha risolto

** A cura di ENRICA ADOBATI.*

o denunciato un precedente contratto di aggiudicazione di un appalto pubblico con il suddetto operatore, o si è ritirata dal medesimo, qualora tale risoluzione, denuncia o ritiro del contratto siano avvenuti nei tre anni precedenti l'avvio della procedura in corso ed il valore dell'appalto pubblico precedente non realizzato ammonti ad almeno il 5% del suo valore globale¹.

I principi e le norme del diritto dell'UE in materia di appalti pubblici non giustificano che, per la tutela dell'interesse pubblico e dei legittimi interessi delle amministrazioni aggiudicatrici, nonché per il mantenimento di una concorrenza leale tra operatori economici, una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, imponga a un'amministrazione aggiudicatrice di escludere automaticamente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico un operatore economico in un'ipotesi come quella considerata dalla risposta alla prima questione pregiudiziale².

¹⁻² La questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 2004/18/Ce (in *Gu-Ue* n. L 134 del 2004, p. 114) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposte, da un lato, la Forposta SA, già Praxis sp. z o.o., e l'ABC Direct Contact sp. z o.o. e, dall'altro lato, la Poczta Polska SA – ente aggiudicatore – in merito alla decisione di quest'ultima di escludere le prime società dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per la distribuzione di pacchi postali, nazionali ed internazionali, pacchi postali *plus* etc. Il valore dell'appalto eccedeva la soglia oltre la quale dovevano trovare applicazione le norme del diritto comunitario in materia di appalti pubblici. L'ente aggiudicatore, dapprima, invitava le ricorrenti a concludere un contratto ritenendo le loro offerte più vantaggiose per determinati lotti dell'appalto e, in un secondo momento, annullava l'aggiudicazione ritenendo che i soggetti che avevano presentato le offerte selezionate dovevano per forza essere esclusi dalla procedura ai sensi della normativa polacca sul diritto degli appalti pubblici, vale a dire l'art. 24, par. 1, p. 1.a., secondo cui: «Dalla procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici sono esclusi: (...) 1.a) gli operatori economici, nei confronti dei quali l'amministrazione aggiudicatrice ha risolto o denunciato il contratto di aggiudicazione di un appalto pubblico o si è ritirata dal medesimo, per circostanze imputabili alla responsabilità dell'operatore, qualora la risoluzione, la denuncia del contratto o il ritiro dal medesimo siano avvenuti nei tre anni precedenti l'avvio della procedura ed il valore dell'appalto non realizzato ammonti ad almeno il 5% del suo valore globale (...)». Con riferimento alla citata norma la causa di esclusione veniva ricondotta ad un errore grave commesso nell'esercizio dell'attività professionale, una sorta di violazione dei principi di etica, dignità e coscienza professionale.

Il giudice del rinvio, dinanzi al quale le due società interessate si sono rivolte, ha sospeso il giudizio nazionale e si è rivolto alla Corte di giustizia.

La normativa polacca prevede che possa essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice. La Corte di giustizia ha precisato che per errore nell'esercizio dell'attività professionale deve intendersi qualsiasi comportamento scorretto che vada ad incidere sulla credibilità professionale dell'operatore.

L'operatore che non osservi i propri obblighi contrattuali è un operatore che commette un errore nell'esercizio della propria attività professionale. Nel caso di specie, la normativa polacca, sopra citata, prevede chiaramente che l'amministrazione aggiudicatrice sia tenuta ad escludere dalla gara un operatore economico che, in un precedente appalto, sia stato

escluso per circostanze a lui ascrivibili. In tal modo si supera quel margine di discrezionalità di cui godono gli Stati membri per l'individuazione delle condizioni di applicazione delle cause di esclusione di cui all'art. 45, par. 2, 2° comma, della direttiva n. 2004/18/Ce ai sensi del quale gli Stati membri definiscono, conformemente al proprio diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, i presupposti di applicazione delle cause di esclusione dalla partecipazione all'appalto.

Con la seconda questione pregiudiziale viene chiesto al giudice del rinvio se il diritto comunitario in materia di appalti pubblici possa giustificare la normativa polacca controversa.

A parere della Corte di giustizia, l'elenco di cui all'art. 45, par. 2, è tassativo, si fonda su elementi oggettivi basati sulle qualità professionali del soggetto e impedisce agli Stati membri di integrare siffatto elenco con altre cause di esclusione fondate su criteri meramente soggettivi (cfr. sentenze del 9 febbraio 2006 in causa n. C-226/04 e n. C-228/04, *La Cascina e a.*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 1347 e annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 78; del 16 dicembre 2008 in causa n. C-213/07, *Michaniki*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 9999 nonché del 15 luglio 2010 in causa n. C-74/09, *Bâtiments et Ponts Construction e WISAG Produktions-service*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 7271). Pertanto, un'eventuale causa di esclusione, basata su criteri meramente soggettivi come quelli di cui alla normativa polacca, potrebbe essere giustificata alla luce dei principi e delle norme del diritto dell'Unione sugli appalti pubblici. Tuttavia, nel caso di specie, una causa di esclusione relativa alla qualità professionale dell'operatore economico che esula dall'elenco tassativo della direttiva non può essere ammessa.

**UNA PRATICA COMMERCIALE DI LIQUIDAZIONE
DEI PRODOTTI NON AUTORIZZATA CHE NON RIENTRA
NELL'ALLEGATO I DELLA DIRETTIVA N. 2005/29/CE
NON PUÒ ESSERE OGGETTO DI UN PROVVEDIMENTO
DI INTERDIZIONE SENZA UNA PREVENTIVA VERIFICA
DEL SUO CARATTERE SLEALE**

Corte di giustizia

Sentenza del 17 gennaio 2013 in causa n. C-206/11

Georg Köck c. Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Tutela dei consumatori -
Direttiva n. 2005/29/Ce - Pratiche commerciali sleali delle imprese nei
confronti dei consumatori nel mercato interno - Normativa nazionale
- Previa autorizzazione amministrativa per l'annuncio delle vendite di
liquidazione - Provvedimento di cessazione da parte delle autorità giu-
diziarie.**

*La direttiva n. 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio
dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle im-
prese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la*

direttiva n. 84/450/Cee del Consiglio e le direttive n. 97/7/Ce, n. 98/27/Ce e n. 2002/65/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e il Regolamento (Ce) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»)), deve essere interpretata nel senso che essa osta a che un giudice nazionale ordini la cessazione di una pratica commerciale che non rientra nell'allegato I di tale direttiva, per il solo fatto che tale pratica non abbia costituito l'oggetto di una previa autorizzazione dell'amministrazione competente, senza tuttavia procedere a valutare esso stesso il carattere sleale della pratica di cui trattasi alla luce dei criteri individuati dagli artt. 5-9 di tale direttiva¹.

¹ Una vendita di liquidazione senza la prescritta autorizzazione amministrativa non costituisce una pratica commerciale sleale e non può, pertanto, essere vietata con un provvedimento giurisdizionale.

Questo è quanto ha statuito la Corte di giustizia nella sentenza sopra massimata. La questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 2005/29/Ce (in *Gu-Ue* n. L 149 del 2005, p. 22) è scaturita da una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il signor Köck, commerciante di Innsbruck e, dall'altro lato, l'Unione per la tutela contro gli atti di concorrenza sleale in merito all'annuncio, da parte del primo, di vendite di liquidazione legate alla svendita totale dei suoi prodotti, effettuato senza l'obbligatoria autorizzazione amministrativa.

L'art. 3, par. 1, della direttiva delimita l'ambito di applicazione della direttiva, oggetto di interpretazione, alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto, mentre all'art. 5 viene data una definizione di pratica commerciale sleale. La pratica commerciale sleale è vietata quando è contraria alle norme di diligenza professionale o è falsa o idonea a distorcere in misura rilevante la condotta economica sul prodotto in questione del consumatore medio o di un determinato gruppo di consumatori (l'allegato I della direttiva riporta l'elenco delle pratiche commerciali che sono considerate in ogni caso sleali).

Il giudice del rinvio, incaricato di risolvere la controversia, si è domandato se una normativa nazionale che considera illegittima una vendita in liquidazione praticata senza la prescritta autorizzazione dell'autorità amministrativa (legge austriaca contro la concorrenza sleale) e che, come tale deve essere vietata da un giudice nell'ambito di un procedimento giurisdizionale, contrasti con la direttiva n. 2005/29/Ce.

La Corte di giustizia, investita della questione, ha inteso, in primo luogo chiarire che la pratica commerciale di cui si discute costituisce una pratica commerciale ai sensi della direttiva. Essa, infatti, si inserisce nell'ambito di una strategia commerciale del venditore rivolgendosi direttamente alla clientela per la promozione e vendita dei prodotti oggetto dell'iniziativa.

In secondo luogo, la Corte di giustizia ha verificato se le disposizioni nazionali possano rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva. A parere della stessa, la disciplina di una vendita in liquidazione è finalizzata alla tutela dei consumatori: la direttiva, infatti, mira ad un livello elevato di tutela dei consumatori mediante l'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori. Inoltre, la normativa nazionale controversa, vietando una pratica commerciale che non è stata autorizzata, costituisce una misura avente come finalità quella di combattere le pratiche commerciali sleali nell'interesse dei consumatori.

Come sopra precisato, l'allegato I della direttiva riporta l'elenco delle pratiche commerciali che sono considerate in ogni caso sleali. Ciò significa che una pratica che non rientra in tale elenco non è sleale. Orbene, secondo la Corte di giustizia, una pratica come quella posta in essere dal ricorrente non può essere considerata vietata dal momento che non è contenuta

nell'elenco allegato alla direttiva (sentenze del 14 gennaio 2010 in causa n. C-304/08, *Plus Warenhandels-gesellschaft*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 217 nonché del 9 novembre 2010 in causa n. C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 10909).

Ne consegue, pertanto, che una vendita in liquidazione, senza la prescritta autorizzazione amministrativa – come quella messa in pratica dal signor Köck – non può essere considerata sleale.

LA CORTE SI PRONUNCIA ANCORA NELL'AMBITO DEL RISARCIMENTO DEL DANNO A FAVORE DI PASSEGGERI CON VOLI CANCELLATI O ARRIVATI A DESTINAZIONE CON NOTEVOLE RITARDO

I

Corte di giustizia

Sentenza del 31 gennaio 2013 in causa n. C-12/11

Denis McDonagh c. Ryanair Ltd

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporto aereo - Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Compensazione e assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo o ritardo prolungato - Elevato livello di protezione per i passeggeri - Definizione di «circostanze eccezionali» - Assistenza ai passeggeri in caso di cancellazione di un volo per «circostanze eccezionali» - Chiusura dello spazio aereo a causa dell'eruzione del vulcano islandese Eyjafjallajökull - Sussistenza dell'obbligo di prestare assistenza.

L'art. 5 del Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il Regolamento (Cee) n. 295/91, deve essere interpretato nel senso che circostanze come la chiusura di una parte dello spazio aereo europeo a seguito dell'eruzione del vulcano Eyjafjallajökull costituiscono «circostanze eccezionali» ai sensi di tale Regolamento, che non esimono i vettori aerei dal loro obbligo di prestare assistenza previsto dagli artt. 5, par. 1, lett. b., e 9 del Regolamento n. 261/2004¹.

Gli artt. 5, par. 1, lett. b., e 9 del Regolamento n. 261/2004 devono essere interpretati nel senso che, in caso di cancellazione di un volo per «circostanze eccezionali» di durata come quella di cui al procedimento principale, l'obbligo di prestare assistenza ai passeggeri previsto da tali disposizioni

*deve essere adempiuto e ciò non inficia la validità di tali disposizioni*².

*Tuttavia, un passeggero può ottenere, a titolo di compensazione pecuniaria per il mancato rispetto da parte del vettore aereo del suo obbligo di prestare assistenza di cui agli artt. 5, par. 1, lett. b., e 9 del Regolamento n. 261/2004, soltanto il rimborso delle somme che, alla luce delle circostanze di ciascun caso concreto, risultavano necessarie, appropriate e ragionevoli al fine di ovviare all'omissione del vettore aereo nel prestare assistenza al suddetto passeggero. Tale profilo deve essere valutato dal giudice nazionale*³.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 26 febbraio 2013 in causa n. C-11/11

Air France SA c. Heinz-Gerke Folkerts e Luz-Tereza Folkerts

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporto aereo - Regolamento (Ce) n. 261/2004 in materia di compensazione e assistenza ai passeggeri - Interpretazione degli artt. 6 e 7 del Regolamento - Ritardo e diritto a compensazione pecuniaria - Passeggeri di un volo con una o più coincidenze - Presenza di un ritardo all'arrivo alla destinazione finale - Ritardo di durata pari o superiore a tre ore - Diritto dei passeggeri alla compensazione pecuniaria.

*L'art. 7 del Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il Regolamento (Cee) n. 295/91 dev'essere interpretato nel senso che, in forza di detto articolo, il passeggero di un volo con una o più coincidenze che sia stato ritardato alla partenza per un lasso di tempo inferiore ai limiti stabiliti dall'art. 6 di detto Regolamento, ma che abbia raggiunto la sua destinazione finale con un ritardo di durata pari o superiore a tre ore rispetto all'orario di arrivo previsto, ha diritto a compensazione pecuniaria, dato che detta compensazione non è subordinata all'esistenza di un ritardo alla partenza e, di conseguenza, al rispetto dei presupposti stabiliti dall'art. 6*⁴.

¹⁻⁴ Nella causa *McDonagh* la Corte è stata chiamata a precisare la portata dell'obbligo di fornire assistenza ai passeggeri che incombe ai vettori aerei ai sensi degli artt. 5 e 9 del Regolamento (Ce) n. 261/2004 (in *Gu-Ue* n. L 46 del 2004, p. 14).

L'art. 5 del Regolamento (Ce) n. 261/2004 sulla cancellazione del volo precisa che in

caso di cancellazione del volo, ai passeggeri coinvolti è offerta l'assistenza e spetta una compensazione pecuniaria. Tale compensazione non è riconosciuta, per esempio, nell'ipotesi in cui i passeggeri siano stati informati della cancellazione del volo almeno due settimane prima dell'orario di partenza previsto (cfr. art. 5).

Inoltre, il vettore aereo è esonerato dal pagare una compensazione pecuniaria se è in grado di dimostrare che la cancellazione del volo è dovuta a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso (sul diritto alla compensazione pecuniaria cfr. sentenza del 13 ottobre 2011 in causa n. C-83/10, *Sousa Rodríguez e a.*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 9469 ss. e annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 720).

La questione pregiudiziale sull'interpretazione del Regolamento in questione è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la signora McDonagh e, dall'altro lato, la compagnia aerea Ryanair in merito al rifiuto, da parte di quest'ultima, di prestare alla prima l'assistenza prevista dal Regolamento (Ce) n. 261/2004 in seguito all'eruzione del vulcano islandese Eyjafjallajökull. A causa di tale eruzione, infatti, il volo della ricorrente è stato annullato ed è stata chiusa una parte dello spazio aereo europeo. La ricorrente, che è giunta alla propria destinazione finale una settimana dopo la data programmata, non ha ricevuto durante tale periodo l'assistenza prevista dall'art. 9 del Regolamento, ossia pasti, bevande, sistemazione alberghiera, etc.

Ha così citato in giudizio la Ryanair per ottenere il rimborso delle spese sopportate. Per contro, la Ryanair ha sostenuto che l'eruzione del vulcano costituisce una circostanza assolutamente eccezionale che la esime anche dall'obbligo di prestare l'assistenza ai passeggeri.

Il giudice irlandese del rinvio, la Dublin Metropolitan District Court, ha così deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia. La questione che si è posta nella sentenza, sopra massimata, è se circostanze come la chiusura di una parte dello spazio aereo europeo a seguito dell'eruzione del vulcano Eyjafjallajökull costituiscano «circostanze eccezionali» ai sensi della disposizione, sopra citata, che non esimono i vettori aerei dal loro obbligo di prestare assistenza.

La Corte di giustizia ha chiarito, innanzitutto, che il Regolamento (Ce) n. 261/2004 non opera nessuna distinzione tra circostanze eccezionali (cfr. art. 5, par. 3) ed eventi particolarmente eccezionali che esonerebbero il vettore aereo da tutta una serie di obblighi.

A parere della Corte di giustizia, il fatto di non far rientrare nella nozione di «circostanze eccezionali» l'eruzione del vulcano Eyjafjallajökull sarebbe contraria allo scopo del Regolamento che è quello di garantire un elevato livello di protezione per i passeggeri/consumatori in considerazione del fatto che la cancellazione del volo è causa di forti disagi per tali soggetti. Ne consegue che la chiusura dello spazio aereo a causa dell'eruzione del vulcano costituisce una circostanza eccezionale ai sensi del Regolamento.

In secondo luogo, la Corte di giustizia è stata chiamata a decidere se, in una situazione come quella venutasi a creare nel caso *de quo*, l'obbligo di prestare assistenza debba essere limitato sotto il profilo temporale e/o pecuniario.

La Corte di giustizia ha precisato che il vettore aereo è liberato soltanto dal suo obbligo di compensazione pecuniaria rimanendo a suo carico l'obbligo di prestare assistenza ai passeggeri. La Corte ha richiamato, infatti, il tenore letterale dell'art. 9 del Regolamento ai sensi del quale grava sul vettore l'obbligo di assistenza in caso di cancellazione di un volo e per tutto il periodo di attesa prima della partenza. Anche in questo caso, un'eventuale limitazione temporale e/o pecuniaria all'obbligo del vettore di prestare assistenza comprometterebbe il raggiungimento degli scopi prefissati dalla direttiva (cfr. sentenze del 12 maggio 2011 in causa n. C-294/10, *Eglitis e Ratnieks*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 3983; del 16 settembre 2010 in causa n. C-149/10, *Chatzi*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 8489; del 23 ottobre 2012 in cause riunite n. C-581/10 e n. C-629/10, *Nelson e a.*, inedita in *Raccolta*, annotata in questa *Rivista*, 2012, p. 711).

La Corte, dopo aver rilevato che le conseguenze economiche derivanti dall'obbligo di prestare assistenza non violano il principio di proporzionalità rispetto allo scopo primario di protezione dei passeggeri, ha precisato, in merito all'entità del rimborso, che un passeggero può ottenere, a titolo di compensazione pecuniaria per il mancato rispetto da parte del vettore aereo del suo obbligo di prestare assistenza, soltanto il rimborso di quelle somme che, nel caso concreto risultino eque, rimettendone la quantificazione al giudice nazionale.

In un'altra occasione la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sul diritto dei passeggeri ad una compensazione pecuniaria: nel caso *Air France SA* (in causa n. C-11/11). La controversia dalla quale è scaturita la questione pregiudiziale ha visto contrapposte, da un lato, la compagnia aerea Air France e, dall'altro lato, la signora Folkerts, in possesso di una prenotazione per un volo aereo da Brema (Germania) ad Asunción (Paraguay), via Parigi (Francia) e San Paolo (Brasile), in merito alla compensazione del danno subito a causa del ritardo nel raggiungimento della destinazione finale (circa undici ore rispetto all'orario originariamente previsto).

L'*Air France*, condannata in primo grado e in appello al risarcimento dei danni a favore della ricorrente, proponeva ricorso in cassazione dinanzi al Bundesgerichtshof il quale decideva di sospendere il giudizio per far chiarire dalla Corte di giustizia i criteri sottesi al diritto ad una compensazione pecuniaria.

In sostanza, alla Corte di giustizia è stato chiesto di spiegare se un passeggero, il cui ritardo del volo iniziale non abbia superato i limiti stabiliti dal Regolamento, ma che abbia successivamente accumulato ritardo raggiungendo così la destinazione finale con un ritardo superiore alle tre ore rispetto all'orario previsto, possa avere diritto ad una compensazione pecuniaria.

La Corte di giustizia ha sottolineato come il Regolamento (Ce) n. 261/2004 preveda a carico dei passeggeri una serie di diritti nel caso di negato imbarco, di cancellazione del volo e di ritardo del volo stesso. Il diritto è loro riconosciuto nel momento in cui subiscono una perdita di tempo irreversibile (cfr. sentenze del 19 novembre 2009 in cause riunite n. C-402/07 e n. C-432/07, *Sturgeon e a.*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 10923 e annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 785, nonché *Nelson*, *cit.*). E la valutazione di un ritardo deve essere effettuata, ai fini della determinazione della compensazione pecuniaria, rispetto all'orario di arrivo previsto alla destinazione finale (la destinazione indicata sulla carta di imbarco: art. 2, lett. h. del Regolamento).

Ne consegue che, come nel caso di specie, in presenza di un volo con più coincidenze, il risarcimento deve essere determinato in funzione del ritardo rispetto all'orario di arrivo previsto alla destinazione dell'ultimo volo sul quale il passeggero si è imbarcato.

Sulla proporzionalità tra le conseguenze finanziarie negative in capo ai vettori aerei e l'obiettivo di tutela dei passeggeri, la Corte ha rilevato che i vettori aerei possono essere esonerati dal versamento della compensazione pecuniaria nel caso in cui riescano a dimostrare che la cancellazione o il ritardo prolungato siano dovuti a circostanze eccezionali (cfr. sentenza del 22 dicembre 2008 in causa n. C-549/07, *Wallentin-Hermann*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 11061 e annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 791). Peraltro, i vettori aerei possono rivalersi su qualsiasi soggetto che abbia provocato il ritardo, compresi i terzi, ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (Ce) n. 261/2004. Infine, l'importo della compensazione pecuniaria può essere ridotto del 50% se il ritardo rimane inferiore alle quattro ore, per un volo superiore ai 3500 chilometri. Dalla giurisprudenza emerge che l'importanza dell'obiettivo della protezione dei consumatori, compresi i passeggeri del trasporto aereo, giustifica le conseguenze economiche negative – anche rilevanti – per taluni operatori economici.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA IN TEMA DI ACCERTAMENTO DELLE INFRAZIONI ALLE REGOLE DI CONCORRENZA

Corte di giustizia

Sentenza del 7 febbraio 2013 in causa n. C-68/12

Protimonopolný úrad Slovenskej republiky c. Slovenská sporiteľňa a.s.

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Nozione d'intesa - Art. 101, par. 1, TFUE - Legge slovacca sulla protezione della concorrenza - Accordo concluso tra più banche e diretto a restringere la concorrenza - Impresa concorrente che opera illegalmente sul mercato pertinente - Rilevanza - Insussistenza del contrasto.

L'art. 101 TFUE deve essere interpretato nel senso che il fatto che un'impresa lesa da un accordo tra imprese avente ad oggetto una restrizione del gioco della concorrenza operasse sul mercato pertinente in modo asseritamente illegale al momento della conclusione di tale accordo non incide sulla questione se detto accordo integri una violazione di tale disposizione¹.

L'art. 101, par. 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che per constatare l'esistenza di un accordo restrittivo della concorrenza non è necessario dimostrare il comportamento personale del rappresentante statutario di un'impresa oppure l'assenso specifico, in forma di mandato, di tale rappresentante al comportamento di un suo dipendente che abbia partecipato a una riunione anticoncorrenziale².

L'art. 101, par. 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che può essere applicato a un accordo vietato ai sensi dell'art. 101, par. 1, TFUE soltanto qualora l'impresa che invoca tale disposizione abbia dimostrato che le quattro condizioni cumulative in esso previste sono soddisfatte³.

¹⁻³ La questione pregiudiziale sull'interpretazione della normativa comunitaria sulla concorrenza è scaturita nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposte, da un lato, l'Autorità garante della concorrenza della Repubblica slovacca (di seguito denominata: l'Autorità Garante) e, dall'altro lato, un'importante banca slovacca, la Slovenská sporiteľňa a.s. in merito all'accordo posto in essere da tre banche slovacche (la stessa Slovenská sporiteľňa, la Československá obchodná banka a.s., e la Všeobecná úverová banka a.s.) volto a restringere la concorrenza.

Tali banche, infatti, secondo l'Autorità Garante, avrebbero violato l'art. 81 CE (art. 101 TFUE) nonché la normativa slovacca in materia di concorrenza in quanto avrebbero deciso di risolvere i contratti relativi ai conti correnti della Società Akcenta CZ a.s., società con sede in Praga, e di non stipulare nuovi contratti con tale società. La società Akcenta necessitava, per svolgere la propria attività, di trasferimento di divise da e verso l'estero (anche per i propri clienti residenti nella Repubblica Slovacca) e di conti correnti aperti in istituti bancari. L'Autorità, ritenendo che il comportamento di cui si discute integrasse un accordo diretto a restringere il gioco della concorrenza, irrogava così una serie di ammende alle tre banche. Una di queste, la Slovenská sporiteľňa a.s., la ricorrente della causa principale, impugnava la decisione con la quale le veniva inflitta l'ammenda sostenendo di non aver violato alcuna normativa in quanto la società Akcenta non poteva essere considerata una concorrente. Tale banca, infatti, operava nella Repubblica slovacca senza la necessaria autorizzazione della Banca nazionale slovacca e, quindi, operava in maniera illegale.

Il giudice del rinvio, investito della controversia, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire se rileva, ai sensi dell'art. 101, par. 1, TFUE il fatto che un concorrente – leso da un accordo di cartello tra altri concorrenti – operi illegalmente sul mercato di riferimento al momento della conclusione dell'accordo in questione.

La Corte di giustizia ha considerato che l'accordo concluso tra le tre banche mirava a restringere il gioco della concorrenza e nessuna di esse aveva contestato la legittimità del-

l'attività dell'Akcenta prima dell'introduzione della causa principale. Il fatto che l'Akcenta operasse in maniera illegittima sul mercato di riferimento costituisce, a parere della Corte di giustizia, un elemento del tutto irrilevante ai fini dell'accertamento dell'esistenza di un'infrazione concorrenziale ed è compito delle autorità nazionali garantire il rispetto della normativa (cfr. sentenze 13 luglio 1966 in causa n. 56/64 e 58/64, *Consten e Grundig c. Commissione*, in *Raccolta*, 1966, p. 457; 15 ottobre 2002 in causa n. C-238/99 P, n. C-244/99 P, n. C-245/99 P, n. C-247/99 P, da n. C-250/99 P a n. C-252/99 P e n. C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 8375; 8 dicembre 2011 in causa n. C-389/10 P, *KME Germany e a. c. Commissione*, inedita in *Raccolta*; sulla tutela della struttura del mercato, cfr. sentenza 6 ottobre 2009 in causa n. C-501/06 P, n. C-513/06 P, n. C-515/06 P e n. C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services e a. c. Commissione e a.*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 9291).

Infine, la Corte di giustizia ha precisato che l'applicazione dell'art. 101 TFUE non presuppone l'azione o la consapevolezza dei soci o dei dirigenti principali dell'impresa interessata, ma l'azione di una persona che sia autorizzata ad agire per conto dell'impresa stessa (cfr., al riguardo, sentenza del 7 giugno 1983 in cause riunite da n. 100/80 a n. 103/80, *Musique Diffusion française e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1983, p. 1825). Ne consegue che la banca Slovenská non può essere esonerata da responsabilità per il fatto che al dipendente che aveva partecipato alle riunioni non era stato conferito un mandato *ad hoc*. Secondo la Corte, la banca avrebbe dovuto prendere pubblicamente le distanze dall'iniziativa oppure avrebbe dovuto denunciare tale iniziativa alle autorità amministrative (cfr. sentenza del 3 maggio 2012 in causa n. C-290/11 P, *Comap c. Commissione*, inedita in *Raccolta*). Solamente in tal modo l'impresa sarebbe stata in grado di dimostrare che la partecipazione era priva di qualsiasi finalità anticoncorrenziale.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA NORMATIVA NAZIONALE RELATIVA AL SISTEMA DI FORMAZIONE OBBLIGATORIA DEGLI ESPERTI CONTABILI

Corte di giustizia

Sentenza del 28 febbraio 2013 in causa n. C-1/12

Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas c. Autoridade da Concorrência, con l'intervento di: Ministério Público

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Interpretazione degli artt. 56 TFUE, 101 TFUE, 102 TFUE e 106 TFUE - Ordine degli esperti contabili - Regolamentazione nazionale sul sistema di formazione obbligatoria degli esperti contabili - Associazione di imprese - Limitazione della concorrenza - Giustificazioni.

Un regolamento come il regolamento relativo al conseguimento di crediti formativi (Regulamento da Formação de Créditos), adottato da un ordine professionale quale l'Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (Ordine degli esperti contabili), deve essere considerato una decisione presa da un'associazione di imprese ai sensi dell'art. 101, par. 1, TFUE.

La circostanza che un ordine professionale, quale l'Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, sia tenuto per legge a porre in essere un sistema di formazione obbligatoria destinato ai suoi membri non è idonea a sottrarre all'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE le norme promulgate da tale ordine professionale, purché esse siano imputabili esclusivamente a quest'ultimo. La circostanza che tali norme non abbiano influenza diretta sull'attività economica dei membri di tale ordine professionale non incide sull'applicabilità dell'art. 101 TFUE, dal momento che la violazione censurata al medesimo ordine professionale concerne un mercato nel quale esso stesso esercita un'attività economica¹.

Un regolamento che pone in essere un sistema di formazione obbligatoria degli esperti contabili al fine di garantire la qualità dei servizi offerti da questi ultimi, come il regolamento relativo al conseguimento di crediti formativi, adottato da un ordine professionale quale l'Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, configura una restrizione della concorrenza vietata dall'art. 101 TFUE, quando elimina la concorrenza per una parte sostanziale del mercato rilevante, a vantaggio di tale ordine professionale, ed impone, per l'altra parte di tale mercato, condizioni discriminatorie a danno dei concorrenti di tale ordine professionale, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare².

¹⁻² Un ordine professionale, qualunque esso sia, non può imporre un sistema di formazione obbligatoria. La questione pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 56 TFUE, 101 TFUE, 102 TFUE e 106 TFUE è scaturita nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, l'Ordine portoghese degli esperti contabili, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (di seguito denominato: OTOC), di natura associativa, presso il quale gli esperti contabili devono essere obbligatoriamente iscritti e, dall'altro lato, l'Autorità garante della concorrenza (di seguito denominata: l'Autorità) sulla compatibilità con l'art. 101 TFUE del regolamento relativo al conseguimento di crediti formativi (Regulamento da Formação de Créditos, *Diário da República*, 2^a serie, n. 133, del 12 luglio 2007; in prosieguo: il «regolamento controverso») adottato dal Consiglio degli esperti contabili al quale è succeduto l'OTOC.

All'Autorità sono state presentate due denunce concernenti il sistema di formazione obbligatoria per gli esperti contabili posta in essere dall'OTOC. Quest'ultimo, infatti, nonostante le numerose richieste di iscrizione pervenute da diversi organismi di formazione concernenti la realizzazione di attività di formazione professionale rivolte agli esperti contabili per le quali chiedevano, altresì, l'omologazione, negava, per certi istituti l'omologazione ad attività formative e, in taluni casi, rispondeva in ritardo dalla data di presentazione della domanda. L'Autorità ha ritenuto tale comportamento contrario agli artt. 101 e 102 TFUE e ha inflitto così un'ammenda.

Il giudice del rinvio, il Tribunal da Relação de Lisboa, al quale l'OTOC si è rivolto chiedendo l'annullamento della decisione dell'Autorità, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia per chiarire se il regolamento controverso possa essere considerato una decisione di associazione di imprese ai sensi dell'art. 101, par. 1, TFUE. Per rispondere a tale questione la Corte di giustizia ha chiarito che nella nozione di impresa sono ricomprese le entità occupate in un'attività economica, a prescindere dal loro *status* legale e dalle modalità con cui sono finanziate (cfr., al riguardo, sentenza del 19 febbraio 2002 in causa n. C-309/99, *Wouters e a.*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1577 e annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 97). Costituisce attività economica qualsiasi attività consistente nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato.

A parere della Corte di giustizia, le professioni degli esperti contabili costituiscono imprese ai sensi dell'art. 101 TFUE (perché offrono, dietro corrispettivo, servizi contabili consistenti nella pianificazione, nell'organizzazione, nel coordinamento della contabilità degli enti, etc.). La Corte di giustizia ha sottolineato, altresì, che anche l'OTOC costituisce un'associazione di imprese ai sensi dell'art. 101 TFUE e il regolamento controverso ha un impatto diretto sugli scambi economici nel mercato della formazione obbligatoria degli esperti contabili e perciò è soggetto all'applicazione delle norme sulla concorrenza.

Il giudice del rinvio ha chiesto, altresì, alla Corte di precisare se un ordine professionale che impone ai suoi membri l'obbligo di seguire una formazione professionale erogata solamente da tale ordine contrasti con la normativa sulla concorrenza. Sul punto, la Corte di giustizia ha richiamato la propria costante giurisprudenza precisando che affinché una decisione possa pregiudicare il commercio fra Stati membri, è necessario che, in base ad un complesso di elementi oggettivi di diritto o di fatto, appaia sufficientemente probabile che gli atti posti in essere esercitino un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sugli scambi fra Stati membri, in modo tale da far temere che possano ostacolare la realizzazione di un mercato unico. Tale influenza non deve, inoltre, essere insignificante (cfr. sentenza del 23 novembre 2006 in causa n. C-238/05, *Asnef-Equifax e Administración del Estado*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11125).

Proprio perché si estende a tutto il territorio dello Stato membro interessato il regolamento nazionale, oggetto di interpretazione, può pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, ai sensi dell'art. 101, par. 1, TFUE (cfr., per analogia, sentenza del 5 dicembre 2006 in cause n. C-94/04 e n. C-202/04, *Cipolla e a.*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11421 e in questa *Rivista*, 2006, p. 693 con commento di P. QUATA, p. 701).

Affinché il giudice nazionale possa essere messo in grado di stabilire se il regolamento controverso abbia realmente comportato effetti distorsivi della concorrenza occorre prendere in considerazione la struttura del mercato della formazione obbligatoria degli esperti contabili. Tale regolamento prevede due tipi di formazione: una istituzionale (di durata massima di sedici ore) e una professionale (di una durata minima superiore a sedici ore). Esse si distinguono per l'oggetto, per gli organismi autorizzati ad erogarle e per la durata delle attività formative che possono essere realizzate. Dal regolamento risulta che la formazione istituzionale può essere erogata esclusivamente dall'OTOC (e non viene sottoposta a nessuna procedura di omologazione): i contabili, infatti, devono conseguire una media annuale di trentacinque crediti di formazione erogata o omologata dall'OTOC e dodici crediti devono essere conseguiti nell'ambito della formazione istituzionale. Tutti gli organismi di formazione devono essere iscritti all'OTOC e spetta alla direzione di quest'ultimo accettare o respingere una domanda di iscrizione entro il termine di tre mesi a partire dalla presentazione della domanda. La Corte di giustizia ha concluso affermando che il regolamento controverso non assicura la pari opportunità ai diversi operatori economici perché, da un lato, conferisce all'OTOC il potere di pronunciarsi in maniera unilaterale sulle domande di iscrizione o di omologazione presentate ai fini dell'organizzazione delle attività formative e, dall'altro lato, l'organizzazione della procedura di omologazione può limitare l'offerta di attività formative da parte di organismi diversi dall'OTOC. Infine, le restrizioni, sopra citate, (eliminazione della concorrenza su una parte di mercato e fissazione di condizioni discriminatorie sull'altra parte di mercato) riconducibili al regolamento nazionale, non mirano a garantire la qualità dei servizi offerti dagli esperti contabili.

IL DIVIETO DI VENDITE SOTTOCOSTO CONTENUTO NELLA LEGGE BELGA CONTRASTA CON IL DIRITTO COMUNITARIO

Corte di giustizia

Ordinanza del 7 marzo 2013 in causa n. C-343/12

Euronics Belgium CVBA c. Kamera Express BV, Kamera Express Belgium BVBA

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Art. 99 Regolamento di procedura della Corte di giustizia - Direttiva n. 2005/29/Ce – Disposizione nazionale che vieta di mettere in commercio o di vendere prodotti sottocosto - Tutela dei consumatori - Contrasto della normativa nazionale con la direttiva.

La direttiva n. 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva n. 84/450/Cee del Consiglio e le direttive n. 97/7/Ce, n. 98/27/Ce e n. 2002/65/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e il Regolamento (Ce) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), va interpretata nel senso che essa osta ad una disposizione nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che preveda un divieto generale di mettere in commercio o di vendere prodotti sottocosto, nei limiti in cui tale disposizione persegue finalità attinenti alla tutela dei consumatori¹.

¹ La direttiva n. 2005/29/Ce (in *Gu-Ue* n. L 149 del 2005, p. 22) definisce le pratiche commerciali sleali vietate nell'ambito dell'UE proteggendo gli interessi economici dei consumatori che concludono transazioni commerciali con i professionisti. Le pratiche commerciali sleali sono le pratiche che, da un lato, non rispettano i principi della diligenza professionale e, dall'altro lato, possono influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori.

L'allegato I della direttiva riporta l'elenco completo di tali pratiche. Si tratta delle uniche pratiche commerciali che si possono considerare sleali senza una valutazione caso per caso in deroga alle disposizioni degli articoli da 5 a 9. L'elenco può essere modificato solo mediante revisione della direttiva stessa. La direttiva prevede anche, all'art. 11, che gli Stati membri assicurino l'esistenza di mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali al fine di garantire l'osservanza delle disposizioni della direttiva n. 2005/29/Ce nell'interesse dei consumatori.

La normativa belga sulle pratiche del mercato e sulla tutela del consumatore contiene il divieto di mettere in commercio o di vendere beni sottocosto.

La questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 2005/29/Ce è sorta nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposte, da un lato, l'Euronics e, dall'altro lato, la Kamera Express BV (di seguito denominata: KE) e la Kamera Express Belgium BVBA (di seguito denominata: KEB) relativamente ai prezzi con cui queste ultime hanno messo in vendita diversi apparecchi fotografici.

L'Euronics, ritenendo che la KE e la KEB vendessero ad un prezzo inferiore a quello di acquisto (e quindi, sottocosto) alcuni apparecchi fotografici di marca PANASONIC e CANON, ha citato in giudizio le società dinanzi al Tribunale del commercio di Gand per far accertare la violazione della normativa nazionale e per far cessare immediatamente tale pratica sleale. Il giudice adito, ritenendo indispensabile chiarire se la normativa belga, che prevede un divieto generale di mettere in commercio o di vendere prodotti sottocosto, contrastasse con la direttiva n. 2005/29/Ce, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

La Corte, investita della questione, ha chiarito innanzitutto che, ai sensi dell'art. 99 del proprio Regolamento di procedura, qualora la soluzione di una questione sottoposta possa essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza, essa può – sentito l'Avvocato Generale –

statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata contenente il riferimento alla giurisprudenza di cui trattasi.

A parere della Corte, nel caso di specie, occorre richiamare le sentenze del 14 gennaio 2010 in causa n. C-304/08, *Plus Warenhandels-gesellschaft*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 217 e del 9 novembre 2010 in causa n. C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 10909 nonché le ordinanze del 30 giugno 2011 in causa n. C-288/10, *Wamo* in *Raccolta*, 2011, I, p. 5835 e del 15 dicembre 2011 in causa n. C-126/11, *INNO*, inedita in *Raccolta*. Per esempio, nell'ordinanza *Wamo*, la Corte di giustizia ha stabilito che la direttiva sulle pratiche commerciali sleali contrasta con la normativa belga che prevede un divieto generale di annunci di riduzione di prezzi e di annunci che si riferiscono a tale riduzione nel periodo precedente a quello delle vendite in saldo, nei limiti del rispetto delle finalità dirette alla tutela dei consumatori.

La Corte, nel chiarire se l'immissione in commercio e le vendite sottocosto di beni costituiscono pratiche commerciali sleali ai sensi della direttiva, ha sottolineato come tali comportamenti si collochino nel contesto di una strategia commerciale di un operatore e siano rivolte alla promozione e all'incremento delle vendite. Tuttavia, l'allegato I della direttiva, come sopra precisato, contiene un elenco tassativo delle pratiche che devono essere considerate in ogni caso sleali. Ne consegue che, non rientrando la pratica relativa alla vendita di beni sottocosto, nell'elenco tassativo di cui all'allegato I, tale pratica non può considerarsi *a priori* vietata, ma deve essere sottoposta ad un esame specifico che ne consenta di stabilire il carattere sleale.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SUL CARATTERE ABUSIVO DI UNA CLAUSOLA STANDARD CONTENUTA IN UN CONTRATTO DI MUTUO IMMOBILIARE E IN UN CONTRATTO DI FORNITURA DI GAS

I

Corte di giustizia

Sentenza del 14 marzo 2013 in causa n. C-415/11

Mohamed Aziz contro Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 93/13/Cee - Contratti stipulati con i consumatori - Contratto di mutuo con garanzia ipotecaria - Procedimento di esecuzione ipotecaria - Diritto di far valere il carattere abusivo di una clausola contrattuale che costituisce il fondamento del titolo esecutivo - Competenze del giudice nazionale di merito - Clausole abusive - Criteri di valutazione - Principio di effettività.

La direttiva n. 93/13/Cee del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere

interpretata nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale non prevede, nel contesto di un procedimento di esecuzione ipotecaria, motivi di opposizione tratti dal carattere abusivo di una clausola contrattuale che costituisce il fondamento del titolo esecutivo, e, al contempo, non consente al giudice del merito, competente a valutare il carattere abusivo di una clausola del genere, di emanare provvedimenti provvisori, tra cui, in particolare, la sospensione di detto procedimento esecutivo, allorché la concessione di tali provvedimenti risulti necessaria per garantire la piena efficacia della sua decisione finale¹.

L'art. 3, par. 1, della direttiva n. 93/13/Cee deve essere interpretato nel senso che:

– la nozione di «significativo squilibrio» a danno del consumatore deve essere valutata mediante un'analisi delle disposizioni nazionali applicabili in mancanza di un accordo tra le parti, onde appurare se, ed eventualmente in che misura, il contratto collochi il consumatore in una situazione giuridica meno favorevole rispetto a quella prevista dal vigente diritto nazionale. Inoltre, nella medesima prospettiva, a tale fine risulta pertinente procedere a vagliare la situazione giuridica in cui versa il citato consumatore alla luce dei mezzi che la disciplina nazionale mette a sua disposizione per far cessare il ricorso a clausole abusive;

– per accertare se lo squilibrio sia creato «malgrado il requisito della buona fede», occorre verificare se il professionista, qualora avesse trattato in modo leale ed equo con il consumatore, avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi che quest'ultimo aderisse alla clausola in oggetto in seguito a negoziato individuale².

L'art. 3, par. 3, della direttiva n. 93/13/Cee deve essere interpretato nel senso che l'allegato cui tale disposizione fa rinvio contiene solo un elenco indicativo e non esaustivo di clausole che possono essere dichiarate abusive³.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 21 marzo 2013 in causa n. C-92/11

RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 93/13/Cee - Clausole abusive - Contratti conclusi tra i professionisti e i consumatori - Direttiva n. 2003/55/Ce - Mercato interno del gas naturale –

Condizioni generali di contratto - Variazione unilaterale del prezzo del servizio da parte del professionista - Rinvio ad una normativa imperativa concepita per un'altra categoria di consumatori - Applicabilità della direttiva n. 93/13/Cee - Requisiti di buona fede, equilibrio e trasparenza.

L'art. 1, par. 2, della direttiva n. 93/13/Cee del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che tale direttiva si applica alle clausole delle condizioni generali inserite nei contratti, stipulati tra un professionista e un consumatore, che riproducono una norma del diritto nazionale applicabile ad un'altra categoria di contratti e che non sono soggetti alla normativa nazionale di cui trattasi⁴.

Gli artt. 3 e 5 della direttiva n. 93/13/Cee, in combinato disposto con l'art. 3, par. 3, della direttiva n. 2003/55/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva n. 98/30/Ce, devono essere interpretati nel senso che, al fine di valutare se una clausola contrattuale standardizzata, con cui un'impresa di approvvigionamento si riserva il diritto di modificare le spese della fornitura di gas, risponda o meno ai requisiti di buona fede, equilibrio e trasparenza posti da tali disposizioni, rilevanza essenziale rivestono, in particolare, i seguenti aspetti:

- se il contratto esponga in modo trasparente il motivo e le modalità di variazione di dette spese, di modo che il consumatore possa prevedere, in base a criteri chiari e comprensibili, le modifiche eventuali di tali spese. In linea di principio, l'assenza di informazioni a tale riguardo prima della conclusione del contratto non può essere compensata dalla mera circostanza che i consumatori, nel corso dell'esecuzione del contratto, saranno informati con un preavviso ragionevole della modifica delle spese e del loro diritto di recedere dal contratto qualora non desiderino accettare detta modifica, e

- se, nelle circostanze concrete, la facoltà di recesso conferita al consumatore possa essere realmente esercitata⁵.

Spetta al giudice del rinvio operare la suddetta valutazione, in funzione di tutte le circostanze peculiari del caso di specie, compreso l'insieme delle clausole contenute nelle condizioni generali dei contratti di consumo di cui fa parte la clausola controversa⁶.

III

Corte di giustizia**Sentenza del 30 maggio 2013 in causa n. C-397/11**

Erika Jörös c. Aegon Magyarország Hitel Zrt.

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 93/13/Cee - Clausole abusive contenute nei contratti stipulati con i consumatori - Esame d'ufficio, da parte del giudice nazionale, del carattere abusivo di una clausola contrattuale - Accertamento giudiziale del carattere abusivo della clausola - Conseguenze.

La direttiva n. 93/13/Cee del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dev'essere interpretata nel senso che, qualora un giudice nazionale, chiamato in sede di appello a pronunciarsi su una controversia vertente sulla validità di clausole incluse in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore sulla base di un formulario preventivamente redatto da tale professionista, abbia il potere, secondo le sue norme interne di procedura, di esaminare qualsiasi causa di nullità che risulti chiaramente dagli elementi presentati in primo grado e, eventualmente, di riqualificare, in funzione dei fatti dimostrati, il fondamento giuridico invocato per dichiarare l'invalidità di tali clausole, detto giudice deve valutare, d'ufficio o riqualificando il fondamento giuridico della domanda, il carattere abusivo di dette clausole rispetto ai criteri di tale direttiva⁷.

L'art. 6, par. 1, della direttiva n. 93/13/Cee deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale che constati il carattere abusivo di una clausola contrattuale deve, da un lato, senza attendere che il consumatore presenti una domanda a tal fine, trarre tutte le conseguenze che derivano, secondo il diritto nazionale, da tale constatazione affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da tale clausola e, dall'altro, valutare, in linea di principio sulla base di criteri oggettivi, se il contratto di cui trattasi possa essere mantenuto senza detta clausola⁸.

La direttiva n. 93/13/Cee deve essere interpretata nel senso che il giudice nazionale che abbia constatato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale deve applicare, per quanto possibile, le sue norme interne di procedura in modo da trarre tutte le conseguenze che, secondo il diritto nazionale, derivano dalla constatazione del carattere abusivo

*della clausola in parola affinché il consumatore non sia vincolato da quest'ultima*⁹.

¹⁻⁹ La direttiva n. 93/13/Cee sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (in *Guce* n. L 95 del 1993, p. 29) è stata interpretata dalla Corte di giustizia nell'ambito di una controversia tra il signor Aziz, cittadino marocchino che lavora in Spagna dal 1993, e una banca, la Catalunyaixa (Cassa di Risparmio), in merito alla validità di alcune clausole di un contratto di mutuo stipulato tra le parti.

Il ricorrente stipulava, infatti, nel 2007, un contratto di credito al consumo assistito da garanzia ipotecaria per il finanziamento dell'acquisto di un'abitazione individuale con la Cassa di Risparmio convenuta. A causa di difficoltà di pagamento del signor Aziz, la convenuta avviava l'esecuzione forzata sull'immobile nell'ambito di una procedura esecutiva prevista dal diritto spagnolo. L'esecuzione si concludeva con l'aggiudicazione della proprietà dell'immobile alla banca per il 50% del suo valore e con lo sfratto del ricorrente.

Il Tribunale commerciale n. 3 di Barcellona – adito dal signor Aziz – ha rilevato come sia molto difficoltoso garantire un'efficace tutela del consumatore nell'ambito del procedimento di esecuzione ipotecaria previsto dal diritto nazionale. Ciò perché al debitore, qualora il creditore dovesse scegliere il procedimento di esecuzione ipotecaria, è preclusa la possibilità di opporre la natura abusiva di una delle clausole di un contratto di mutuo, potendola eccepire unicamente in un separato procedimento di merito. E tale procedimento non incide in alcun modo sull'esecuzione, riconoscendo al consumatore meramente una tutela risarcitoria: il giudice nazionale investito del procedimento di merito (e verificata la contrarietà della clausola alle norme nazionali di ordine pubblico) non può, infatti, adottare provvedimenti provvisori che garantiscano la piena efficacia della sua decisione finale.

Il giudice del rinvio ha così sospeso il giudizio nazionale e si è rivolto alla Corte di giustizia ponendo la questione della compatibilità con la direttiva n. 93/13/Cee della normativa spagnola che non consente di eccepire la natura abusiva delle clausole contenute in un contratto di mutuo nell'ambito di un procedimento di esecuzione ipotecaria. Esso ha posto, inoltre, la questione della natura abusiva di singole clausole del contratto di mutuo.

La Corte di giustizia ha rilevato che, in mancanza di armonizzazione dei meccanismi nazionali di esecuzione forzata, sono competenti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri ad esaminare la legittimità delle clausole contrattuali in forza delle quali è stato rilasciato il titolo esecutivo, purché ciò avvenga nel rispetto del principio di equivalenza e di effettività (cfr., in tal senso, sentenze del 26 ottobre 2006 in causa n. C-168/05, *Mostaza Claro*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 10421, annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 761, e del 6 ottobre 2009 in causa n. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 9579).

La Corte di giustizia si è soffermata, in particolare, sul rispetto del principio di effettività sottolineando come nel sistema processuale spagnolo, quando il bene ipotecato viene assegnato ad un terzo, l'esecutato – che ha ottenuto la nullità del procedimento di esecuzione ipotecaria dinanzi al giudice del merito – non può fare alcunché.

A parere della Corte di giustizia, una normativa siffatta compromette l'effettività della tutela voluta dalla direttiva in quanto il meccanismo di tutela dei consumatori è limitato al risarcimento dei danni e non consente di evitare la perdita definitiva ed irreversibile dell'immobile. Solo consentendo al giudice nazionale di sospendere il procedimento esecutivo per garantire la piena efficacia della decisione finale, adottando provvedimenti provvisori di sospensione, verrebbe salvaguardata la finalità della direttiva oggetto di interpretazione.

Con la seconda questione pregiudiziale la Corte di giustizia ha valutato il carattere abusivo delle clausole contenute nel contratto di mutuo relative all'esigibilità anticipata nei contratti a lungo termine, alla fissazione degli interessi di mora nonché all'accordo di liquidazione.

Secondo la Corte di giustizia, per valutare se una clausola contrattuale determini un effettivo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti, occorre considerare le disposizioni applicabili nel diritto nazionale in mancanza di un accordo tra le parti in tal senso. Il giudice nazionale, nell'operare tale valutazione, deve verificare se il professionista, dopo avere trattato in maniera equa e leale con il consumatore, poteva ottenere l'adesione dello stesso alle clausole controverse nell'ambito di un negoziato individuale.

La Corte di giustizia è intervenuta ancora ad interpretare la direttiva n. 93/13/Cee anche nell'ambito dei contratti di credito (cfr. sentenza n. C-397/11, qui annotata) in una controversia che ha visto contrapposte, da un lato, la signora Jörös e, dall'altro lato, la Aegon Magyarországi Hitel Zrt (di seguito denominata: Aegon), un istituto di credito ungherese in merito ad un contratto di credito stipulato tra le parti. Il contratto stipulato dalla ricorrente prevedeva per il creditore la facoltà di modificare l'importo dei costi di gestione per l'esercizio successivo, il tasso di interesse o l'importo degli altri costi previsti in contratto, oltreché di introdurre nuove categorie di commissioni e spese. L'istituto di credito aveva, inoltre, la facoltà di addebitare al debitore eventuali costi sopravvenuti e non previsti al momento della stipulazione del contratto. Inoltre, non era previsto alcun diritto di recesso in caso di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali sottoscritte. La signora Jörös proponeva ricorso contro la Aegon dinanzi al Tribunale centrale circoscrizionale del centro di Pest invocando l'invalidità del contratto di credito, senza chiedere di dichiarare l'invalidità parziale del contratto a causa del carattere abusivo delle disposizioni, sopra citate. Il ricorso veniva respinto e il giudice di appello, dinanzi al quale la signora Jörös si è rivolta, ha sospeso il procedimento e ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi. In sostanza, la questione è se un giudice nazionale possa esaminare, in sede di appello, il carattere abusivo di alcune clausole contenute in un contratto laddove tale causa di invalidità non sia stata fatta valere in primo grado e tenuto conto che, secondo il diritto ungherese, non è possibile prendere in considerazione fatti nuovi o nuovi elementi di prova.

La Corte di giustizia ha precisato, innanzitutto, che il giudice nazionale, nel momento in cui dispone degli elementi di fatto e di diritto necessari, deve valutare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale (sulla finalità di ristabilire l'equilibrio tra le parti contrattuali, cfr. sentenze del 14 giugno 2012 in causa n. C-618/10, *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*, inedita in *Raccolta*, e del 21 febbraio 2013 in causa n. C-472/11, *Banif c. Csipai*, inedita in *Raccolta*).

Secondo la Corte, nel rispetto del principio di equivalenza e di effettività, il giudice nazionale che si pronuncia in sede di appello ha la facoltà o l'obbligo di valutare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale che rientra nell'ambito di applicazione della direttiva n. 93/13/Cee e che tende alla salvaguardia dei diritti che al consumatore discendono dalla direttiva stessa.

La Corte di giustizia, inoltre, è stata chiamata a decidere se il giudice nazionale, che ha accertato il carattere abusivo di una clausola contrattuale, possa d'ufficio dichiarare la nullità del contratto per motivo dell'abusività della clausola contrattuale qualora le parti non abbiano in primo grado presentato una domanda in tal senso. Al riguardo, la Corte di giustizia ha precisato che il giudice nazionale, al fine di assicurare la piena efficacia della tutela prevista dalla direttiva, dopo avere accertato il carattere abusivo di una clausola contrattuale può trarre tutte le conseguenze derivanti da tale accertamento. Il giudice nazionale, inoltre, dovrà valutare l'incidenza dell'accertamento del carattere abusivo della clausola nonché valutare se il contratto possa rimanere in vigore anche senza le clausole controverse. Infine, la Corte di giustizia ha chiarito se il giudice nazionale, dopo aver accertato il carattere abusivo di una clausola contrattuale, possa dichiarare l'annullamento del contratto nonostante che le azioni volte all'accertamento dell'invalidità delle clausole contrattuali rientrino nella competenza di un altro giudice. Il giudice nazionale deve applicare la normativa interna di procedura per garantire l'obiettivo di cui all'art. 6, par. 1, della direttiva ai sensi del quale «il contratto resta vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole» (cfr. sentenza del 15 marzo 2012 in causa n. C-453/10, *Pereničová e Pereničová*, inedita in *Raccolta*, annotata in questa *Rivista*, 2012, p. 82).

Con la sentenza pronunciata nella causa n. C-92/11, la Corte di giustizia è stata chiamata ad interpretare ancora la direttiva n. 93/13/Cee (e anche la direttiva n. 2003/55/Ce, in *Gu-Ue* n. L 176 del 2003, p. 57), ma questa volta nell'ambito di contratti di forniture di gas. La

Corte ha affermato che una clausola *standard* contenuta in tali contratti rimane soggetta al controllo del suo carattere abusivo, anche qualora si limiti a ricalcare una norma nazionale applicabile ad un'altra categoria di contratti. La domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la RWE Vertrieb AG (di seguito denominata: RWE), un'impresa tedesca di approvvigionamento di gas naturale e l'Associazione dei consumatori della Renania Settentrionale-Vestfalia per l'uso, da parte della RWE, nei propri contratti di clausole ritenute abusive.

La RWE concludeva, con i consumatori, contratti di fornitura di gas naturale i quali contenevano alcune clausole contrattuali *standard* (per la modifica dei prezzi del gas) che facevano riferimento alle disposizioni della normativa nazionale la quale consentiva ai fornitori di modificare unilateralmente i prezzi del gas senza indicarne il motivo. I clienti, tuttavia, dovevano essere informati ed erano liberi di recedere dal contratto.

La RWE ha aumentato per ben quattro volte il prezzo del gas nel giro di un biennio e i clienti non hanno avuto la possibilità di cambiare il fornitore. L'Associazione dei consumatori della Renania Settentrionale-Vestfalia ha preteso così il rimborso dei supplementi che questi ultimi hanno corrisposto in occasione dell'aumento di prezzo.

L'Oberlandesgericht – investito della controversia – ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia.

La questione era se la direttiva trovasse applicazione alle clausole delle condizioni generali inserite nei contratti di cui alla controversia principale che riproducono una norma di diritto nazionale applicabile ad un'altra categoria di contratti che non sono soggetti alla normativa nazionale di cui trattasi. La Corte ha subito chiarito che, ai sensi dell'art. 1, par. 2, della direttiva n. 93/13/Cee le clausole contrattuali che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative non sono soggette all'applicazione della stessa direttiva.

Secondo la Corte, escludere l'applicazione della direttiva n. 93/13/Cee alle clausole contrattuali per il solo fatto che esse ricalcano disposizioni legislative o regolamentari nazionali, che non sono applicabili al contratto concluso tra le parti, comprometterebbe tutto il regime di tutela dei consumatori che la direttiva vuole garantire. Un professionista potrebbe sottrarsi facilmente al controllo del carattere abusivo delle clausole che non siano state oggetto di negoziazione individuale con un consumatore, compilando le clausole dei suoi contratti nello stesso modo di quelle previste dalla normativa nazionale per talune categorie di contratti. Orbene, il complesso dei diritti e degli obblighi sorti in base al contratto così redatto non corrisponderebbe necessariamente all'equilibrio che il legislatore nazionale ha inteso stabilire per i contratti disciplinati dalla normativa da esso emanata in materia.

Con la seconda questione pregiudiziale, è stato chiesto alla Corte di giustizia se una clausola contrattuale standardizzata, possa essere considerata, ciò nonostante, sufficientemente chiara e comprensibile, qualora venga assicurato che il fornitore comunichi ogni aumento di prezzo ai suoi clienti entro un termine ragionevole e questi ultimi abbiano il diritto di sottoporre tale aumento di prezzo al controllo giurisdizionale ovvero possano esercitare il diritto di recesso.

A parere della Corte, una siffatta clausola standardizzata deve soddisfare i requisiti di buona fede, equilibrio e trasparenza. E tale valutazione spetta al giudice nazionale che dovrà applicare alcuni criteri che vengono sintetizzati dalla Corte.

Innanzitutto, il consumatore deve essere informato in maniera chiara e precisa sulle modifiche eventuali delle spese connesse al servizio da fornire; in secondo luogo, la facoltà di recesso riconosciuta al consumatore deve potersi esercitare concretamente. Se il consumatore non disponesse di una reale possibilità di cambiare il fornitore o lo stesso non venisse informato in modo adeguato e in tempo utile della modifica intervenuta, non sarebbero soddisfatti i principi di buona fede, equilibrio e trasparenza delle clausole standardizzate contenute in un contratto.

**CONTRASTA CON IL DIRITTO DELL'UNIONE UNA
NORMATIVA NAZIONALE CHE LIMITA GLI INTERESSI
RICONOSCIUTI PER LA RESTITUZIONE DI UNA TASSA
(SULL'INQUINAMENTO) RISCOSSA IN VIOLAZIONE DEL
DIRITTO COMUNITARIO**

Corte di giustizia

Sentenza del 18 aprile 2013 in causa n. C-565/11

Mariana Irimie c. Administrația Finanțelor Publice Sibiu, Administrația Fondului pentru Mediu

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Restituzione di tasse riscosse da uno Stato membro in violazione del diritto dell'Unione - Regime nazionale che limita gli interessi da versare da parte di detto Stato sulla tassa rimborsata - Interessi calcolati dal giorno successivo alla data della domanda di restituzione della tassa - Mancanza di conformità al diritto dell'Unione - Principio di effettività.

Il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che esso osta ad un regime nazionale, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, che limita gli interessi concessi in occasione della restituzione di una tassa riscossa in violazione del diritto dell'Unione a quelli decorrenti dal giorno successivo alla data della domanda di restituzione di detta tassa¹.

¹ La questione pregiudiziale, dalla quale è scaturita la sentenza sopra massimata, è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposte, da un lato, la signora Irimie e, dall'altro lato, l'Administrația Finanțelor Publice Sibiu (amministrazione delle finanze pubbliche di Sibiu) e l'Administrația Fondului pentru Mediu (amministrazione del fondo per l'ambiente), in merito alla richiesta di rimborso da parte della ricorrente di una tassa riscossa in violazione dell'art. 110 TFUE, nonché al pagamento degli interessi legali dalla data del pagamento della tassa fino alla data della sua effettiva restituzione.

La signora Irimie, in occasione dell'immatricolazione di un'autovettura proveniente da un altro Stato membro, ha dovuto pagare una tassa sull'inquinamento secondo quanto previsto dall'ordinamento giuridico rumeno. Successivamente, dinanzi al giudice nazionale, chiedeva la restituzione dell'importo versato, nonché il pagamento degli interessi legali. Al riguardo, il giudice del rinvio ha subito richiamato la pronuncia *Tatu* (cfr. sentenza del 7 aprile 2011, in causa n. C-402/09, *Ioan Tatu c. Statul român prin Ministerul Finanțelor și Economiei e altri*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 2711), concernente la tassa in questione. In tale sentenza la Corte ha statuito che una normativa nazionale che stabilisce una tassa sull'inquinamento gravante sugli autoveicoli in occasione della loro prima immatricolazione in uno Stato membro, qualora tale misura disincentivi l'immissione in circolazione, in tale Stato membro, di veicoli usati acquistati in altri Stati membri, senza però disincentivare l'acquisto di veicoli usati aventi la stessa vetustà e usura sul mercato nazionale contrasta con il diritto dell'Unione.

Con riferimento alla domanda relativa al pagamento degli interessi relativi all'importo della tassa sull'inquinamento calcolati a decorrere dalla data di versamento della stessa tassa, il giudice del rinvio si è domandato se la normativa nazionale controversa sia compatibile con il diritto dell'Unione e, in particolare, con i principi di equivalenza, effettività e proporzionalità, nonché con il diritto di proprietà, garantito dall'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in combinato disposto con l'art. 6 TUE.

La Corte di giustizia ha precisato che lo Stato membro è tenuto a rimborsare i tributi riscossi in violazione del diritto dell'Unione (cfr. sentenze del 6 settembre 2011 in causa n. C-398/09, *Lady & Kid e a.*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 7375 ss. nonché del 19 luglio 2012 in causa n. C-591/10, *Littlewoods Retail e a.*, inedita in *Raccolta*). Non solo, ma qualora lo Stato membro abbia indebitamente prelevato dei tributi è tenuto non solo a rimborsare il tributo stesso, ma a compensare il soggetto della perdita subita per l'indisponibilità del denaro (cfr., al riguardo, le seguenti sentenze: 8 marzo 2001 in causa n. C-397/98 e n. C-410/98, *Metallgesellschaft e a.*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1727; 12 dicembre 2006 in causa n. C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11753 e in questa *Rivista*, 2007, p. 695 con commento di A. COMPASSI, *L'evoluzione del diritto comunitario in tema di ripetizione di tributi indebitamente versati e domanda per il risarcimento del danno*, p. 701; *Littlewoods Retail e a.*, cit., nonché 27 settembre 2012 in cause riunite n. C-113/10, n. C-147/10 e n. C-234/10, *Zuckerfabrik Jülich e a.*, inedita in *Raccolta*).

Ne consegue, quindi, a parere della Corte che allo Stato incombe anche l'obbligo di restituire gli interessi sulle somme riscosse in violazione del diritto dell'Unione. E spetta a ciascuno Stato membro l'individuazione dei criteri in base ai quali gli interessi vadano corrisposti, nel rispetto del principio di equivalenza e di effettività.

Secondo la Corte di giustizia, affinché il principio di effettività venga rispettato, occorre evitare la limitazione degli interessi a quelli che decorrono dal giorno successivo alla data della domanda di restituzione, in quanto ciò priva di fatto il soggetto di un rimborso adeguato per il danno subito. Infatti, la perdita dovuta all'indebito incameramento della tassa da parte delle autorità nazionali si verifica proprio nel periodo intercorrente tra la data del pagamento indebito della tassa e la data di restituzione della tassa stessa.

SICUREZZA ALIMENTARE E INFORMAZIONE DEI CONSUMATORI: LIMITI POSTI ALLA DIVULGAZIONE DEI NOMI DELLE IMPRESE RESPONSABILI DELLE INFRAZIONI

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 aprile 2013 in causa n. C-636/11**

Karl Berger c. Freistaat Bayern

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 178/2002 - Principi e requisiti generali della legislazione alimentare - Autorità europea per la sicurezza alimentare - Procedure nel campo della sicurezza alimentare - Tutela dei consumatori - Informazione dei

** In argomento v. *infra*, p. 169 ss., la nota di ANTONIA CORINI.

cittadini - Dati identificativi su alimenti inadatti al consumo umano, ma non comportanti rischi per la salute.

L'art. 10 del Regolamento (Ce) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che consente di informare i cittadini riportando la denominazione dell'alimento e dell'impresa sotto la cui denominazione o ragione sociale l'alimento è stato prodotto o trasformato o immesso sul mercato, nel caso in cui l'alimento in questione, pur non essendo dannoso per la salute, sia inadatto al consumo umano.

L'art. 17, par. 2, 2° comma, del suddetto Regolamento deve essere interpretato nel senso che esso consente che, in circostanze come quelle della fattispecie oggetto del procedimento principale, le autorità nazionali divulgino ai cittadini informazioni di tal genere, nel rispetto delle condizioni stabilite all'art. 7 del Regolamento (Ce) n. 882/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativo ai controlli ufficiali intesi a verificare la conformità alla normativa in materia di mangimi e di alimenti e alle norme sulla salute e sul benessere degli animali.

LA PROTEZIONE DEI CONSUMATORI ED UN'INFORMAZIONE ADEGUATA DEVONO ESSERE ASSICURATE ANCHE NEL CASO DI IMMISSIONI AL CONSUMO DI ALIMENTI NON DANNOSI PER LA SALUTE MA INADATTI AL CONSUMO UMANO

Sommario: 1. *Quesito pregiudiziale* - 2. *Analisi del caso di specie* - 3. *Il procedimento pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia* - 4. *Conclusioni*.

1. Quesito pregiudiziale

Nella recente sentenza *Berger* dell'11 aprile 2013¹ la Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale da un giudice tedesco², ha avuto modo di interpretare il Regolamento (Ce) n. 178/2002, contenente la disciplina di base del settore alimentare e, in

¹ Sentenza della Corte di giustizia in causa n. C-636/11, *Karl Berger c. Freistaat Bayern*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Su tale sentenza v. i commenti di S. MASINI, *Alimenti a rischio e centralità del consumatore nella comunicazione*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2013, p. 309, e di V. RODRIGUES FUENTES, *The Berger case: Food Risk and Public Information. Professional Secrecy and Reputation*, in *European Food and Feed Law*, 2013, p. 199.

² Landgericht München.

particolare, il suo art. 10 secondo cui: «(...) nel caso in cui vi siano ragionevoli motivi per sospettare che un alimento o mangime possa comportare un rischio per la salute umana o animale, le autorità pubbliche adottano provvedimenti opportuni per informare i cittadini della natura del rischio per la salute (...)».

I punti di diritto esaminati in sentenza riguardano, da un lato, il diritto/dovere di informare i cittadini, al fine di «garantire un elevato livello di tutela della salute umana e degli interessi dei consumatori» (art. 1 del Regolamento (Ce) n. 178/2002) e, dall'altro lato, il diritto dell'impresa che ha prodotto, trasformato, immesso sul mercato l'alimento o il mangime, a veder tutelati il proprio nome e la propria immagine.

Il diritto tedesco prevede, sul punto, una norma specifica³ che fa in un qualche modo prevalere il diritto all'informazione dei cittadini (dando all'autorità competente la possibilità di comunicare vari elementi «identificativi» del prodotto stesso e dell'impresa sotto il cui nome o ragione sociale l'alimento o il mangime è stato prodotto o immesso sul mercato) rispetto al diritto dell'impresa alla tutela del proprio nome, tanto nel caso in cui il prodotto sia dannoso alla salute, quanto nel caso in cui lo stesso sia inadatto al consumo umano.

2. Analisi del caso di specie

I fatti alla base della causa, si riferiscono alla messa in commercio, da parte di una società tedesca (Berger Wild GmbH), di prodotti considerati «inadatti al consumo umano». Il Bayerisches Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (l'Ufficio del Land di Baviera competente per la salute e la sicurezza alimentare) per arrivare a questa conclusione ha effettuato apposite analisi chimiche su campioni di carne di selvaggina⁴ prelevati in seguito all'ispezione⁵ fatta negli stabilimenti dell'azienda stessa, le cui condizioni sanitarie erano state riscontrate come non adeguate.

La questione che si poneva, a seguito del risultato di tali analisi, era se e come i cittadini tedeschi dovessero essere informati del fatto che erano in commer-

³ Art. 40 LFGB, legge in materia di alimenti, generi di prima necessità e mangimi del 1° settembre 2005 (BGBl. 2005I, p. 2618), rettificato il 18 ottobre 2005 (BGBl. 2005I, p. 3007), nella versione in vigore dal 17 settembre 2005 al 24 aprile 2006 (in prosieguo: «LFGB»); «1. L'autorità competente può informare i cittadini riportando la denominazione dell'alimento o del mangime e dell'impresa di generi alimentari o mangimi con il cui nome o la cui ragione sociale l'alimento o il mangime è stato prodotto o trasformato o immesso sul mercato, nonché, qualora ciò sia più opportuno per sventare un rischio, riportando anche il nome del responsabile dell'immissione sul mercato, in forza dell'articolo 10 del Regolamento (Ce) n. 178/2002. Un'azione di informazione dei cittadini nelle modalità descritte alla frase precedente può essere intrapresa anche nel caso in cui: (...) 4. un alimento non nocivo alla salute ma inadatto al consumo umano, in particolare perché nauseante, sia o sia stato immesso sul mercato in quantità non irrilevante, o, per le sue caratteristiche, sia stato immesso sul mercato in quantità sì limitata, ma per un periodo di tempo piuttosto lungo».

⁴ La società Berger Wild GmbH opera nel settore della trasformazione e distribuzione di carne di selvaggina.

⁵ Ispezione effettuata in data 16 e 18 gennaio 2006 dall'Ufficio veterinario di Passau (Germania).

cio alimenti suscettibili di essere considerati «a rischio» sebbene non fosse stato effettivamente riscontrato un «pericolo» sulla base delle definizioni fornite dal Regolamento (Ce) n. 178/2002⁶.

Il Bayerisches Staatsministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz (Ministero della Salute, dell'Ambiente e della tutela dei Consumatori) aveva espresso l'intenzione d'informare la generalità dei cittadini sulla base dell'art. 40 della legge interna applicabile (LFGB), riportando tutte le informazioni indicate in tale articolo, lasciando comunque la possibilità alla società Berger di diffondere essa stessa la notizia in maniera efficace e tempestiva.

La società Berger riteneva, al contrario, che fosse sufficiente informare, attraverso una «comunicazione di allerta», solo i propri clienti in modo che potessero sostituire i prodotti comprati che, ad avviso della medesima società, potevano presentare solamente alterazioni «di tipo sensoriale».

In seguito, il Ministro competente per la tutela dei consumatori del Freistaat Bayern, ha annunciato, prendendo in considerazione quanto rilevato dalle analisi, il ritiro della totalità dei prodotti appartenenti alle partite di carne definite «inadatte al consumo umano».

L'azione di ritiro era stata, in seguito, estesa ad altri prodotti lavorati o fabbricati negli stabilimenti della società Berger che, attraverso altre analisi, erano stati considerati «inadatti al consumo umano».

Per comunicare tale informazione era stato utilizzato il «Sistema di allarme rapido»⁷ per gli alimenti ed i mangimi nell'Unione europea⁸.

3. Il procedimento pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia

La società Berger Wild GmbH, ritenendo di aver subito danni considerevoli a causa dei comunicati stampa delle autorità del Freistaat Bayern, ha esperito un'azione di risarcimento dei danni nei confronti di quest'ultimo. Uno degli elementi addotti dalla difesa verteva su un'interpretazione dell'art. 10 del Regolamento (Ce) n. 178/2002 in base al quale, per esperire la procedura di informazione, è necessaria la presenza di un rischio effettivo per la salute. Il giudice del rinvio, dunque, ha ritenuto necessario adire la Corte di giustizia chiedendo se l'art. 10 del Regolamento (Ce) n. 178/2002 «osti a una normativa nazionale»⁹ che consente di

⁶ «Rischio»: art. 3, punto 9, del Regolamento (Ce) n. 178/2002, in *Guce* n. L 31 del 1° febbraio 2002, p. 1 ss.: «"rischio" funzione della probabilità e della gravità di un effetto nocivo per la salute, conseguente alla presenza di un pericolo»; «Pericolo»: art. 3, punto 14, del Regolamento (Ce) n. 178/2002: «"pericolo" o "elemento di pericolo", agente biologico, chimico o fisico contenuto in un alimento o mangime, o condizione in cui un alimento o un mangime si trova, in grado di provocare un effetto nocivo sulla salute». Sul punto cfr. F. CAPELLI - V. SILANO - B. KLAUS, *Nuova disciplina europea per la sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 109 ss.

⁷ Regolamento (Ce) n. 178/2002, art. 50, *cit. supra*, nota 6.

⁸ Sul sistema di allarme rapido v. F. CAPELLI, *Il Regolamento (Ue) n. 16/2011 della Commissione europea sul Sistema di allarme rapido in materia di prodotti alimentari e di mangimi*, in *Alimenta*, 2011, p. 82 e in questa *Rivista*, 2012, p. 367.

⁹ Art. 40 LFGB, *cit. supra*, nota 3.

informare i cittadini riportando la denominazione dell'alimento nonché dell'impresa sotto la cui denominazione o ragione sociale l'alimento è stato prodotto o trasformato o immesso sul mercato, nel caso in cui l'alimento in questione, pur non essendo dannoso per la salute, sia tuttavia inadatto al consumo umano» (punto 28).

La Corte di giustizia nella sua sentenza rileva che il citato art. 10 non vieta di informare i cittadini anche nel caso in cui un alimento sia inadatto al consumo umano¹⁰.

Infatti: «l'articolo 10 di detto Regolamento, costituente l'oggetto delle questioni pregiudiziali, si limita ad imporre alle autorità pubbliche un obbligo di informazione dei cittadini nel caso in cui vi siano ragionevoli motivi per sospettare che un alimento o mangime possa comportare un rischio per la salute umana o animale» (punto 29). Di conseguenza, così continua la sentenza: «detta disposizione di per sé non vieta alle autorità pubbliche di informare i cittadini quando un alimento, pur non essendo dannoso per la salute, sia inadatto al consumo umano» (punto 30).

La Corte ritiene poi necessario, poiché in stretto collegamento con i quesiti posti dal giudice del rinvio, «procedere anche all'interpretazione dell'articolo 17, paragrafo 2, secondo comma, del regolamento n. 178/2002, anche se tale disposizione non è espressamente menzionata nelle questioni pregiudiziali che le sono state sottoposte» (punto 31).

A tale proposito: «A termini dell'articolo 17, paragrafo 2, secondo comma, del Regolamento n. 178/2002, applicabile dal 1° gennaio 2005 ai sensi del successivo articolo 65, secondo comma, gli Stati membri organizzano un sistema ufficiale di controllo e altre attività adatte alle circostanze, tra cui l'informazione dei cittadini in materia di sicurezza e di rischio degli alimenti» (punto 32).

Ricorrendosi alla nozione di cui all'art. 14, par. 2, di «alimento a rischio»¹¹ e sulla base di quanto specificato nell'art. 14, par. 5¹², la Corte considera che un alimento inadatto al consumo umano sarebbe da considerare a rischio quando non soddisfa i requisiti previsti per la sicurezza alimentare precisando che: «In effetti, un alimento, nella misura in cui non è accettabile per il consumo umano e risulta, pertanto, inadatto ad esso, non soddisfa i requisiti relativi alla sicurezza degli alimenti che risultano dall'articolo 14, paragrafo 5, del Regolamento n. 178/2002 e, in ogni caso, rappresenta una minaccia per gli interessi dei consumatori, la cui tutela è uno degli obiettivi perseguiti dalla legislazione alimentare, come specificato dall'articolo 5 del medesimo Regolamento» (punto 35).

¹⁰ Considerando che l'art. 10 fissa un obbligo d'informazione per i cittadini che si concretizza con i provvedimenti opportuni che le autorità adottano per informare i cittadini sulla natura del rischio per la salute.

¹¹ Art. 14, par. 2, Regolamento (Ce) n. 178/2002 (*cit. supra*, nota 6): «2. Gli alimenti sono considerati a rischio nei casi seguenti: a. se sono dannosi per la salute; b. se sono inadatti al consumo umano».

¹² Art. 14, par. 5, Regolamento (Ce) n. 178/2002 (*loc. cit.*): «Per determinare se un alimento sia inadatto al consumo umano, occorre prendere in considerazione se l'alimento sia inaccettabile per il consumo umano secondo l'uso previsto, in seguito a contaminazione dovuta a materiale estraneo o ad altri motivi, o in seguito a putrefazione, deterioramento o decomposizione».

Sulla base di tali considerazioni, la Corte arriva a concludere che: «quando taluni alimenti, pur non essendo dannosi per la salute, non rispondono alle suddette prescrizioni relative alla sicurezza degli alimenti in quanto sono inadatti al consumo umano, le autorità nazionali possono, ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 2, secondo comma, del Regolamento n. 178/2002, informarne i consumatori, nel rispetto delle condizioni stabilite all'articolo 7 del Regolamento n. 882/2004» (punto 36).

Infine la Corte riconosce che l'art. 10 non osta ad una normativa quale quella dell'art. 40 LFGT e che: «L'articolo 17, paragrafo 2, secondo comma, del suddetto Regolamento deve essere interpretato nel senso che esso consenta, in circostanze come quelle della fattispecie oggetto del procedimento principale, che le autorità nazionali divulgino ai cittadini informazioni di tal genere, nel rispetto delle condizioni di cui all'articolo 7 del Regolamento n. 882/2004» (punto 37).

4. Conclusioni

La sentenza della Corte di giustizia qui esaminata è di indubbio rilievo in quanto ritiene compatibili con la normativa europea le legislazioni nazionali che consentono la divulgazione di dati identificativi di un'impresa (i cui prodotti sono considerati «a rischio» poiché inadatti al consumo umano nonostante non sussista un pericolo effettivo per la salute) in considerazione del fatto che la protezione degli interessi dei consumatori è uno dei principi fondamentali del Regolamento sulla sicurezza alimentare.

Altre disposizioni, in verità, garantiscono la protezione degli interessi dei consumatori, come il principio di trasparenza di cui all'art. 9 del Regolamento (Ce) n. 178/2002 secondo cui «i cittadini sono consultati in maniera aperta e trasparente, direttamente o attraverso organi rappresentativi, nel corso dell'elaborazione, della valutazione e della revisione della legislazione alimentare, a meno che l'urgenza della questione non lo permetta».

Ugualmente, sempre nel rispetto del principio di trasparenza, l'art. 10, intitolato «informazione dei cittadini», precisa che l'informazione degli stessi debba essere svolta «identificando nel modo più esauriente l'alimento o mangime o il tipo di alimento o di mangime, il rischio che può comportare e le misure adottate o in procinto di essere adottate per prevenire, contenere o eliminare tale rischio».

Si comprende, dunque, in conclusione, quanto l'identificazione dell'alimento o mangime «a rischio» sia necessaria per poter informare correttamente i cittadini, proteggendone gli interessi e la salute.

Antonia Corini*

* Allieva del Collegio di Parma - DASE (Diploma Avanzato in Studi Europei), anno accademico 2012-2013

SINTESI

Nell'articolo si analizza la sentenza della Corte di giustizia sul caso *Berger* dell'11 aprile 2013 nel quale la Corte, adita con rinvio pregiudiziale da un giudice tedesco, ha interpretato il Regolamento (Ce) n.178/2002 e in particolare il suo art. 10 secondo cui «(...) nel caso in cui vi siano ragionevoli motivi per sospettare che un alimento o mangime possa comportare un rischio per la salute umana o animale, le autorità pubbliche adottano provvedimenti opportuni per informare i cittadini della natura del rischio per la salute (...)».

La questione sorta era se il Regolamento (Ce) n.178/2002 ostasse a normative come quella tedesca la quale prevedeva che un'informazione adeguata ai consumatori potesse essere garantita anche nel caso di immissioni al consumo di alimenti non dannosi per la salute, ma inadatti al consumo umano.

ABSTRACT

According to the Court of justice consumers must be protected and given adequate information also in the case of food which, while not being harmful to people's health, is unfit for human consumption.

This article provides an analysis of the judgment of the Court of justice in the Berger case of 11th April 2013 where a German judge referred to the Court a preliminary ruling concerning the interpretation of the Regulation (Ce) n. 178/2002, in particular its art. 10, which affirms that «(...) where there are reasonable grounds to suspect that a food or feed may present a risk for human or animal health, then, depending on the nature, seriousness and extent of that risk, public authorities shall take appropriate steps to inform the general public of the nature of the risk to health(...)».

The issue raised was whether Regulation (Ce) n. 178/2002 precluded laws like the German one, which established that adequate information must be given to consumers about food which is unfit for human consumption, although not harmful to people's health.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

**L'ETICHETTA CON LA QUALE VIENE COMMERCIALIZZATA
LA BEVANDA «FREEWAY GAZZOSA», CHE RIPORTA
CORRETTAMENTE L'ELENCO DEGLI INGREDIENTI,
NON PUÒ ESSERE CONSIDERATA INGANNEVOLE AI SENSI
DELLE NORMATIVE NAZIONALE E COMUNITARIA
APPLICABILI**

**Corte d'appello di Perugia
Sentenza del 7-27 marzo 2013 n. 113***

Lidl Italia s.r.l. e Kasch Rudiger c. Regione Umbria

**Atto di citazione in appello - Violazione dell'art. 2 dlgs n. 109/92 -
Impropria equiparazione dei termini «gazzosa» e «gassosa» - Etichet-
tatura dei prodotti alimentari - Espressione contestata: «Freeway
Gazzosa» - Presenza nella bevanda di due edulcoranti diversi dal sac-
carosio: aspartame e acesulfame K - Libera circolazione delle merci
nell'Unione europea - Art. 34 TFUE - Principio del mutuo riconosci-
mento - Adeguata protezione dei consumatori - Insussistenza della vi-
olazione contestata.**

*A parere della Corte, è soprattutto la correttezza sostanziale della eti-
chettatura, con l'indicazione completa di tutti gli ingredienti che esclude l'il-*

* In argomento v. *infra*, p. 178 ss., il commento di *ENRICA ADOBATI*.

lecito contestato, in analogia a quanto ritenuto dalla Corte di giustizia con riferimento ad una ipotesi in cui era stata sostenuta l'ingannevolezza della dicitura «naturalmente pura» per la presenza di un addensante, la pectina, regolarmente indicata tra gli ingredienti. Si può quindi al più dubitare della correttezza dell'utilizzazione della denominazione «gazzosa» (per quanto "attenuata" dalla dicitura «Freeway»), ciò che lascerebbe residuare spazi per l'applicabilità della sanzione relativa all'impropria denominazione di vendita (con la sanzione di cui al terzo comma dell'art. 18, non al primo), ma non ipotizzare il sicuro inganno nei confronti del consumatore, non solo posto perfettamente in grado di verificare la composizione degli ingredienti, ma già messo sull'avviso della non perfetta identità della bevanda alla ordinaria «gazzosa» dalla denominazione di fantasia utilizzata.

(Omissis) In diritto

1. Ritiene la Corte che debba considerarsi sicuramente fondato l'appello svolto dal signor Kasch Rudiger personalmente, identificato quale autore della violazione.

Vero è che «Nel sistema introdotto dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, fondato sulla natura personale della responsabilità, autore dell'illecito amministrativo può essere soltanto la persona fisica che ha commesso il fatto, e non anche un'entità astratta, come società o enti in genere, la cui responsabilità solidale per gli illeciti commessi dai loro legali rappresentanti o dipendenti è prevista esclusivamente in funzione di garanzia del pagamento della somma dovuta dall'autore della violazione, rispondendo anche alla finalità di sollecitare la vigilanza delle persone e degli enti chiamati a rispondere del fatto altrui. Il criterio di imputazione di tale responsabilità è chiaramente individuato dall'art. 6 della legge n. 689 cit., il quale, richiedendo che l'illecito sia stato commesso dalla persona fisica nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, stabilisce un criterio di collegamento che costituisce al tempo stesso il presupposto ed il limite della responsabilità dell'ente, nel senso che a tal fine si esige soltanto che la persona fisica si trovi con l'ente nel rapporto indicato, e non anche che essa abbia operato nell'interesse dell'ente».

Vero è peraltro che ciò non significa che sempre e comunque solo il legale rappresentante sia il soggetto responsabile: e ciò, sia perché anche nell'ambito degli illeciti amministrativi è utilizzabile l'istituto della delega, largamente utilizzata addirittura nel campo penale (e quindi, *a fortiori*, in quello dell'illecito amministrativo) per l'identificazione in concreto del soggetto tenuto ad assicurare il rispetto della normativa ritenuta violata; sia per la sicura predicabilità in capo ad un legale rappresentante di una società di notevoli dimensioni, articolata in molteplici punti di vendita diffusi sul territorio nazionale, della buona fede: il principio è stato affermato, proprio con riferimento alla persona fisica dell'odierno appellante, da Cass. n. 11481/2011, che ha chiarito come «Allorché una società

commerciale di notevoli dimensioni sia articolata in molteplici punti vendita, diffusi sul territorio, dell'illecito amministrativo consumato in uno di essi (nella specie, esposizione in vendita di alimenti privi dei prescritti dati identificativi) non può essere chiamato a rispondere il legale rappresentante della società, ma il responsabile preposto alla singola unità ove è stato commesso il fatto, il quale ne risponderà in solido con la società medesima, la responsabilità della quale rimarrà ferma anche nel caso in cui non sia stato possibile, in concreto individuare la persona fisica autrice materiale dell'illecito». E non è fuor d'opera sottolineare come la Suprema Corte, anche nell'ambito penalistico, precisi che in alcune ipotesi possa anche prescindere dalla presenza stessa di una delega scritta (allegata agli atti del procedimento di primo grado: doc. n. 7), specifica sul punto relativo «alla corretta informazione del consumatore (D. Lgs. 27 gennaio 1992 n. 109)», della quale solo in sede di appello si è contestata l'idoneità in ragione del difetto di prova del relativo deposito presso la Camera di commercio, in primo grado non oggetto di contestazione ad opera della parte ma rilievo d'ufficio del giudice.

2. Ritiene peraltro questa Corte che anche l'appello della società sia fondato, non ritenendosi integrati gli estremi oggettivi della violazione contestata.

Va precisato come tale soluzione si addivenga non già perché si ritiene impropria l'equiparazione del termine «gazzosa» a quello «gassosa» (essendo effettivamente i due termini utilizzati indifferentemente); o perché si ritiene legittimo l'utilizzo degli edulcoranti diversi dal saccarosio per la produzione della gazzosa (posto che chiaramente l'art. 6 DPR 719/58 limita la denominazione «gazzosa» alle sole bevande che contengano esclusivamente saccarosio; e che le successive modifiche, che hanno consentito l'utilizzo di additivi nelle bevande, hanno lasciato inalterata siffatta previsione); ma perché si reputa che l'indicazione della denominazione «Freeway gazzosa» non integri gli estremi della contestazione di cui all'art. 2 D. Lgs. 109/92, quanto, semmai, quella di cui all'art. 4 del medesimo decreto.

È incontroverso che nell'etichetta della bevanda *de qua* fossero indicati tutti gli ingredienti, compresi i due edulcoranti diversi dal saccarosio; è parimenti evidente come il termine «gazzosa» sia stato diremmo «attenuato» dalla dicitura «freeway», che rendeva maggiormente l'idea di una denominazione di fantasia, a suggerire una non perfetta equiparazione con la bevanda «originale».

A parere della Corte, è soprattutto la correttezza sostanziale della etichettatura, con l'indicazione completa di tutti gli ingredienti che esclude l'illecito contestato, in analogia a quanto ritenuto dalla Corte di giustizia con riferimento ad una ipotesi in cui era stata sostenuta l'ingannevolezza della dicitura «naturalmente pura» per la presenza di un addensante, la pectina, regolarmente indicata tra gli ingredienti (causa n. C-465/98 *Verein gegen Unwesen c. Darbo*, sentenza del 4 aprile 2000). Si può quindi al più dubitare della correttezza dell'utilizzazione della denominazione «gazzosa» (per quanto «attenuata» dalla dicitura «Freeway»), ciò che lascerebbe residuare spazi per l'applicabilità della sanzione relativa all'impropria denominazione di vendita (con la sanzione di cui al terzo comma dell'art. 18, non al primo), ma non ipotizzare il sicuro inganno nei confronti del consumatore, non solo posto perfettamente in grado di verificare la composizione degli ingredienti, ma già messo sul-

l'avviso della non perfetta identità della bevanda alla ordinaria «gazzosa» dalla denominazione di fantasia utilizzata.

Alla luce di siffatte considerazioni, l'appello appare pertanto da accogliere, risultando assorbiti i restanti motivi, che peraltro evidenziavano problematiche non irrilevanti, specie in tema di c.d. discriminazione alla rovescia a svantaggio dei produttori italiani per le limitazioni previste dalla normativa interna, a fronte di un mercato comune comunque legittimante la circolazione di beni a diversa composizione prodotti all'estero allorquando le differenze non siano tali da far ritenere i due prodotti del tutto diversi (come appunto nel caso di specie, essendo più che lecito ipotizzare l'esclusione della diversità totale di prodotti per la mera presenza di due edulcoranti, correttamente segnalati in etichetta, in aggiunta al saccarosio).

3. In accoglimento dell'appello, ed in riforma totale della sentenza impugnata, andrà pertanto disposto l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 9086 del 13 ottobre 2008.

(*Omissis*)

DENOMINAZIONI NAZIONALI REGOLATE DA NORME INTERNE DEGLI STATI MEMBRI E DISCIPLINA COMUNITARIA SULLA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI

La controversia dalla quale è scaturita la sentenza n. 113/2013 della Corte d'appello di Perugia, sopra riportata, ha visto contrapposte, da un lato, la Lidl Italia s.r.l. e, dall'altro lato, la Regione Umbria in una controversia sulla legittimità di un'ordinanza ingiunzione emessa dalla Regione Umbria contro Lidl Italia per la violazione dell'art. 2 del dlgs n. 109/92 (sull'etichettatura dei prodotti alimentari) per aver «*utilizzato nell'etichettatura di una bibita contenente edulcoranti diversi dal saccarosio il termine gassosa, riportato in caratteri molto più evidenti rispetto alla denominazione di vendita ed all'elenco degli ingredienti (...)*».

A parere degli agenti accertatori dell'infrazione, l'utilizzo del termine «gazzosa» o «gassosa» è previsto da una specifica disciplina normativa, vale a dire dal dpr n. 719 del 19 maggio 1958 (Regolamento per la disciplina igienica della produzione e del commercio delle acque gassate e del-

le bibite analcoliche gassate e non gassate confezionate in recipienti chiusi). L'art. 6 di tale decreto prevede che la denominazione «gassosa» sia riservata ad una bibita analcolica edulcorata con saccarosio. Nel caso di specie, invece, la bibita di cui si discute («*Freeway gazzosa*») è stata edulcorata anche con aspartame ed acesulfame K.

Lidl Italia ha sostenuto, da un lato, l'insussistenza della violazione contestata per l'impropria equiparazione del termine «gazzosa» a quello di «gassosa», termini considerati, in modo erroneo, sinonimi e, dall'altro, la mancanza di un'etichettatura ingannevole, considerato che l'etichetta riportava correttamente la presenza di due edulcoranti diversi dal saccarosio, l'aspartame e l'acesulfame K, peraltro riconosciuti come pienamente legittimi a livello europeo, sotto il profilo sanitario, in aggiunta allo stesso saccarosio.

La bevanda denominata «*Freeway Gazzosa*» – oggetto di accertamento da parte dell'Autorità di controllo – è prodotta per la casa madre tedesca di Lidl Italia, vale a dire per Lidl Stiftung, che la commercializza in quasi tutti i Paesi membri dell'Unione europea. In Italia la commercializzazione avviene per il tramite, appunto, di Lidl Italia srl.

Nel procedimento, Lidl ha sostenuto che la «gassosa», bibita analcolica edulcorata unicamente con saccarosio, e la «gazzosa» bibita analcolica edulcorata con saccarosio e con altri edulcoranti, sono prodotti della stessa natura e non presentano differenze tali da impedire la commercializzazione sul territorio italiano del prodotto denominato «gazzosa».

Come è noto, l'applicazione del principio del «mutuo riconoscimento», ricavato dalla sentenza *Cassis de Dijon*, impone che una merce legalmente fabbricata in un Paese membro dell'Unione possa circolare liberamente in tutta l'Unione europea.

Lidl ha, quindi, precisato che una bevanda, quale quella di cui si discute, prodotta per un operatore tedesco al fine della sua commercializzazione in tutti i Paesi europei, può liberamente circolare anche sul mercato italiano senza necessità di modificare l'etichetta (che peraltro riporta correttamente la presenza di tutti gli ingredienti del prodotto).

In sostanza, pertanto, il divieto opposto alla circolazione del prodotto fabbricato per un operatore tedesco, è in contrasto con l'art. 34 TFUE che garantisce la libera circolazione delle merci nell'Unione europea. Sono numerose le sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia che hanno dichiarato incompatibili con l'art. 34 TFUE, sulla libera circolazione delle merci, diverse norme interne che riservavano una denominazione di vendita ai soli prodotti «nazionali tradizionali» fabbricati sulla base di «ricette» previste dalle predette discipline interne.

In particolare, sono state giudicate incompatibili con il diritto europeo le misure italiane sulle denominazioni «aceto»¹, «pasta»² e «formaggio»³, quelle tedesche e greche sulla denominazione «birra»⁴, quelle tedesche sulla denominazione «salume»⁵, quelle francesi relative alla denominazione «Edam»⁶ nonché quelle olandesi sulla denominazione «ginepro» e «pane»⁷.

Secondo la tesi sostenuta in causa da Lidl Italia, se la Corte di giustizia ha dichiarato incompatibile con il diritto comunitario una disciplina interna (olandese) che riservava la denominazione «pane» ad un preparato che doveva avere una certa quantità di materia secca, come pure una norma nazionale (tedesca) che riservava la denominazione «salume» ad un prodotto che doveva avere un determinato rapporto tra acqua e sostanze organiche, non si riesce a comprendere come possa essere ritenuta compatibile con il diritto europeo una norma nazionale che riservi l'utilizzo della denominazione «gassosa» ad una bibita analcolica edulcorata con il solo saccarosio, ma non permetta l'utilizzo di una denominazione analoga per una bibita edulcorata sia con il saccarosio, sia con altri edulcoranti legittimamente ammessi.

Ne consegue che le bibite analcoliche gassate, prodotte nel rispetto della disciplina comunitaria, possono circolare liberamente su tutto il territorio europeo anche con denominazioni di fantasia, qual è appunto la denominazione «*Freeway Gazzosa*».

In secondo luogo, a giudizio di Lidl, il consumatore della bevanda «*Freeway Gazzosa*» non poteva essere indotto in errore essendo del tutto legittima l'etichetta apposta sulle bottiglie.

Tutti gli ingredienti della bibita analcolica risultavano infatti correttamente segnalati all'acquirente-consumatore, per cui lo stesso non poteva certo essere ingannato. La denominazione di fantasia utilizzata e l'elenco degli ingredienti della bibita analcolica permettono, in effetti, al consumatore di capire immediatamente qual è il prodotto che sta acquistando. Inoltre,

¹ Sentenze della Corte di giustizia 26 gennaio 1980 in causa n. 788/79, in *Raccolta*, 1980, p. 2071 e 9 dicembre 1981 in causa n. 193/80, in *Raccolta*, 1981, p. 3019.

² Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1988 in causa n. 405/85, in *Raccolta*, 1988, p. 4233.

³ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 ottobre 1990 in causa 196/89, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3647.

⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 12 marzo 1987 in causa n. 176/1984 e n. 178/1984, in *Raccolta*, 1987, p. 1227 e 1193.

⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 1990 in causa 269/89, in *Raccolta*, 1990, p. 4169.

⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 22 settembre 1988 in causa 286/86, in *Raccolta*, 1988, p. 4907.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 25 novembre 1985 in causa n. 182/84, in *Raccolta*, 1985, p. 3731 e sentenza del 19 febbraio 1981 in causa 130/80, in *Raccolta*, 1981, p. 527.

la presenza minima di due edulcoranti aggiunti al saccarosio, correttamente segnalata, non determina alcun mutamento sostanziale del prodotto.

La Corte di giustizia in una controversia concernente l'etichettatura dei prodotti alimentari ha chiarito il concetto di ingannevolezza di cui all'art. 2 della direttiva n. 2000/13/Ce del 20 marzo 2000, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari nonché la relativa pubblicità⁸, che è, tra l'altro, la fonte normativa della disciplina nazionale di cui al dlgs n. 109/92.

La Corte di giustizia ha statuito, infatti, nella sentenza *Darbo* che non si può ipotizzare l'induzione in errore del consumatore quando gli ingredienti sono correttamente segnalati al consumatore nell'etichetta⁹. La Corte ha, quindi, concluso, in tale causa, per la legittimità di un'indicazione, presente sull'etichetta di una confettura, potenzialmente ben più ingannevole di quella oggetto della controversia sulla «*Freeway Gazzosa*». Nella causa decisa con la sentenza *Darbo*, infatti, era stata contestata la legittimità dell'indicazione «*naturalmente pura*» apposta dal produttore sull'etichetta di una confezione di confettura di fragole. In etichetta la lista degli ingredienti riportava la presenza nel prodotto di un addensante, oltre che di altri ingredienti diversi dalle fragole (succo di limone, zucchero etc.).

Il giudice nazionale aveva chiesto alla Corte di giustizia se l'indicazione «*naturalmente pura*», contenuta nell'etichetta della confettura di fragole, potesse essere considerata (pur in presenza di un prodotto contenente sia uno specifico addensante – pectina –, sia residui di piombo, cadmio e pesticidi) conforme alle disposizioni contenute nell'art. 2, n. 1, lett. a. della direttiva comunitaria n. 79/112/Cee (che oggi corrisponde all'art. 2, n. 1, lett. a. della direttiva n. 2000/13/Ce).

La Corte di giustizia, nello statuire la conformità dell'etichetta rispetto all'art. 2, lett. a., della direttiva n. 79/122/Cee, aveva osservato che: «(...) i consumatori che decidono l'acquisto di un prodotto in base alla relativa composizione leggono prima l'elenco degli ingredienti obbligatoriamente menzionati (...) Ciò premesso, un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e accorto non può essere indotto in errore dall'indicazione naturalmente pura apposta sull'etichetta per il semplice fatto che il prodotto alimentare contiene l'addensante pectina la cui presenza è

⁸ In *Guce* n. L 109 del 6 maggio 2000, p. 29 ss., ora abrogata e sostituita dal Regolamento (Ue) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, in *Gu-Ue* n. L 304 del 22 novembre 2011, p. 18 ss.

⁹ Cfr., sul punto, sentenza della Corte di giustizia del 4 aprile 2000 in causa n. C-465/98, *Darbo AG*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2297 ss.

regolarmente menzionata nell'elenco degli ingredienti che lo compongono (...)).

Ritornando ora alla sentenza qui esaminata, riferita alla «*Freeway Gazzosa*», si può concludere che un'etichetta con la quale viene commercializzata la bevanda «*Freeway Gazzosa*» che riporta correttamente gli ingredienti presenti nel prodotto non può essere considerata ingannevole.

La Corte d'appello di Perugia, con la sentenza sopra riportata, ha ritenuto fondato l'appello di Lidl in quanto l'indicazione di fantasia «*Freeway Gazzosa*» non integra gli estremi della violazione di cui all'art. 2 del dlgo n. 109/92. A parere della Corte d'appello, anche se il termine «gazzosa» è stato affievolito dall'espressione «freeway» per rendere maggiormente l'idea di una denominazione di fantasia, la correttezza sostanziale dell'etichettatura, con l'indicazione completa di tutti gli ingredienti, ha escluso l'illecito contestato dall'Autorità di controllo.

Enrica Adobati*

SINTESI

Facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia, l'Autore ha dimostrato, in questo articolo, che il principio e le regole di diritto europeo sulla libera circolazione delle merci impediscono agli Stati membri di riservare, in via esclusiva, denominazioni specifiche a determinati prodotti agroalimentari unicamente sulla base della loro composizione o degli ingredienti utilizzati per produrli.

ABSTRACT

Referring to the jurisprudence of the Court of Justice the author has shown in this article that the principle and rules of European law on the free movement of goods prevent the Member States to reserve exclusively specific names to particular food products solely on the basis of their composition or on the ingredients used to produce them.

* Avvocato in Novara; cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

TUTELA DEI CREDITI COMMERCIALI NELL'UNIONE EUROPEA. REGOLE CERTE PER EVITARE I RITARDI DI PAGAMENTO E GARANTIRE ALLE IMPRESE I TEMPI DI RISCOSSIONE DEI CREDITI

Direttiva n. 2011/7/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (rifusione)*

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare l'art. 114,
vista la proposta della Commissione europea,
visto il parere del Comitato economico e sociale europeo¹,
deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria²,

(*Omissis*)

Articolo 1 - Oggetto e ambito d'applicazione

1. Lo scopo della presente direttiva è di lottare contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno, favorendo in tal modo la competitività delle imprese e in particolare delle PMI.

* In *Gu-Ue* n. L 48 del 23 febbraio 2011, p. 1 ss. In argomento v. *infra*, p. 189 ss., il commento di ALDO FRIGNANI.

¹ *Gu-Ue* n. C 255 del 22 settembre 2010, p. 42.

² Posizione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2010 (non ancora pubblicata nella *Gazzetta ufficiale*) e decisione del Consiglio del 24 gennaio 2011.

2. La presente direttiva si applica ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale.

3. Gli Stati membri possono escludere i debiti che formano oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, comprese le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito.

(Omissis)

Articolo 3 - Transazioni fra imprese

1. Gli Stati membri assicurano che nelle transazioni commerciali tra imprese il creditore abbia diritto agli interessi di mora senza che sia necessario un sollecito, qualora siano soddisfatte le seguenti condizioni:

- a. il creditore ha adempiuto agli obblighi contrattuali e di legge; e
- b. il creditore non ha ricevuto nei termini l'importo dovuto e il ritardo è imputabile al debitore.

2. Gli Stati membri assicurano che il tasso di riferimento applicabile:

- a. per il primo semestre dell'anno in questione sia quello in vigore il 1° gennaio di quell'anno;
- b. per il secondo semestre dell'anno in questione sia quello in vigore il 1° luglio di quell'anno.

3. Qualora siano soddisfatte le condizioni di cui al par. 1, gli Stati membri assicurano che:

- a. il creditore abbia diritto agli interessi di mora a decorrere dal giorno successivo alla data di scadenza o alla fine del periodo di pagamento stabiliti nel contratto;

- b. se la data di scadenza o il periodo di pagamento non sono stabiliti nel contratto, il creditore abbia diritto agli interessi di mora alla scadenza di uno dei termini seguenti:

- i. trenta giorni di calendario dal ricevimento da parte del debitore della fattura o di una richiesta equivalente di pagamento;

- ii. se non vi è certezza sulla data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento, trenta giorni di calendario dalla data di ricevimento delle merci o di prestazione dei servizi;

- iii. se la data in cui il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento è anteriore a quella del ricevimento delle merci o della prestazione dei servizi, trenta giorni di calendario dalla data di ricevimento delle merci o di prestazione dei servizi;

- iv. se la legge o il contratto prevedono una procedura di accettazione o di verifica diretta ad accertare la conformità delle merci o dei servizi al contratto e se il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento anteriormente o alla stessa data dell'accettazione o della verifica, trenta giorni di calendario da tale data.

4. Ove sia prevista una procedura di accettazione o di verifica diretta ad accertare la conformità delle merci o dei servizi al contratto, gli Stati membri

assicurano che la durata massima di tale procedura non superi trenta giorni di calendario dalla data di ricevimento delle merci o di prestazione dei servizi, se non diversamente concordato espressamente nel contratto e purché ciò non sia gravemente iniquo per il creditore ai sensi dell'art. 7.

5. Gli Stati membri assicurano che il periodo di pagamento stabilito nel contratto non superi sessanta giorni di calendario, se non diversamente concordato espressamente nel contratto e purché ciò non sia gravemente iniquo per il creditore ai sensi dell'art. 7.

Articolo 4 - Transazioni fra imprese e pubbliche amministrazioni

1. Gli Stati membri assicurano che, nelle transazioni commerciali in cui il debitore è la pubblica amministrazione, alla scadenza del periodo di cui al par. 3, 4 o 6 il creditore abbia diritto agli interessi legali di mora senza che sia necessario un sollecito, qualora siano soddisfatte le seguenti condizioni:

a. il creditore ha adempiuto agli obblighi contrattuali e di legge; e

b. il creditore non ha ricevuto nei termini l'importo dovuto e il ritardo è imputabile al debitore.

2. Gli Stati membri assicurano che il tasso di riferimento applicabile:

a. per il primo semestre dell'anno in questione sia quello in vigore il 1° gennaio di quell'anno;

b. per il secondo semestre dell'anno in questione sia quello in vigore il 1° luglio di quell'anno.

3. Gli Stati membri assicurano che nelle transazioni commerciali in cui il debitore è una pubblica amministrazione:

a. il periodo di pagamento non superi uno dei termini seguenti:

i. trenta giorni di calendario dal ricevimento da parte del debitore della fattura o di una richiesta equivalente di pagamento;

ii. se non vi è certezza sulla data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento, trenta giorni di calendario dalla data di ricevimento delle merci o di prestazione dei servizi;

iii. se la data in cui il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento è anteriore a quella del ricevimento delle merci o della prestazione dei servizi, trenta giorni di calendario dalla data di ricevimento delle merci o di prestazione dei servizi;

iv. se la legge o il contratto prevedono una procedura di accettazione o di verifica diretta ad accertare la conformità delle merci o dei servizi al contratto e se il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento anteriormente o alla stessa data dell'accettazione o della verifica, trenta giorni di calendario da quella data;

b. la data di ricevimento della fattura non sia soggetta a un accordo contrattuale tra debitore e creditore.

4. Gli Stati membri possono prorogare i termini di cui al par. 3, lett. a., fino ad un massimo di sessanta giorni di calendario per:

a. qualsiasi amministrazione pubblica che svolga attività economiche di

natura industriale o commerciale offrendo merci o servizi sul mercato e che sia soggetta, come impresa pubblica, ai requisiti di trasparenza di cui alla direttiva n. 2006/111/Ce della Commissione, del 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese³;

b. enti pubblici che forniscono assistenza sanitaria e che siano stati debitamente riconosciuti a tal fine.

Ove uno Stato membro decida di prorogare i termini a norma del presente paragrafo, trasmette alla Commissione una relazione su tale proroga entro il 16 marzo 2018.

Su tale base la Commissione presenta al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione che indica gli Stati membri che hanno prorogato i termini a norma del presente paragrafo e tiene conto dell'impatto sul funzionamento del mercato interno, in particolare sulle PMI. Alla relazione sono accluse eventuali proposte pertinenti.

5. Gli Stati membri assicurano che la durata massima della procedura di accettazione o di verifica di cui al par. 3, lett. a., punto iv., non superi trenta giorni di calendario dalla data di ricevimento delle merci o di prestazione dei servizi, se non diversamente concordato espressamente nel contratto e nella documentazione di gara e purché ciò non sia gravemente iniquo per il creditore ai sensi dell'art. 7.

6. Gli Stati membri assicurano che il periodo di pagamento stabilito nel contratto non superi il termine di cui al par. 3, se non diversamente concordato espressamente nel contratto e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche, e non superi comunque sessanta giorni di calendario.

(Omissis)

Articolo 6 - Risarcimento delle spese di recupero

1. Gli Stati membri assicurano che, ove gli interessi di mora diventino esigibili in transazioni commerciali in conformità dell'art. 3 o 4, il creditore abbia il diritto di ottenere dal debitore, come minimo, un importo forfettario di 40 EUR.

2. Gli Stati membri assicurano che l'importo forfettario di cui al par. 1 sia esigibile senza che sia necessario un sollecito e quale risarcimento dei costi di recupero sostenuti dal creditore.

3. Il creditore, oltre all'importo forfettario di cui al par. 1, ha il diritto di esigere dal debitore un risarcimento ragionevole per ogni costo di recupero che ecceda tale importo forfettario sostenuto a causa del ritardo di pagamento del debitore. Ciò potrebbe comprendere anche le spese che il creditore ha sostenuto per aver affidato un incarico a un avvocato o a una società di recupero crediti.

³ *Gu-Ue* n. L 318 del 17 novembre 2006, p. 17.

Articolo 7 - Clausole contrattuali e prassi inique

1. Gli Stati membri dispongono che una clausola contrattuale o una prassi relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso dell'interesse di mora o al risarcimento per i costi di recupero non possa essere fatta valere oppure dia diritto a un risarcimento del danno qualora risulti gravemente iniqua per il creditore.

Per determinare se una clausola contrattuale o una prassi sia gravemente iniqua per il creditore, ai sensi del primo comma, si tiene conto di tutte le circostanze del caso, tra cui:

a. qualsiasi grave scostamento dalla corretta prassi commerciale, in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza;

b. la natura del prodotto o del servizio; e

c. se il debitore abbia qualche motivo oggettivo per derogare al tasso d'interesse di mora legale, al periodo di pagamento di cui all'art. 3, par. 5, all'art. 4, par. 3, lett. *a.*, all'art. 4, par. 4, e all'art. 4, par. 6, o all'importo forfettario di cui all'art. 6, par. 1.

2. Ai fini del par. 1, una clausola contrattuale o una prassi che escluda l'applicazione di interessi di mora è considerata gravemente iniqua.

3. Ai fini del par. 1, si presume che una clausola contrattuale o una prassi che escluda il risarcimento per i costi di recupero di cui all'art. 6 sia gravemente iniqua.

4. Gli Stati membri assicurano che, nell'interesse dei creditori e dei concorrenti, esistano mezzi efficaci ed idonei per impedire il continuo ricorso a clausole contrattuali e prassi gravemente inique ai sensi del par. 1.

5. I mezzi di cui al par. 4 comprendono disposizioni che consentono che organizzazioni ufficialmente riconosciute per la rappresentanza delle imprese o titolari di un legittimo interesse a rappresentare le imprese agiscano a norma della legislazione nazionale applicabile dinanzi alle autorità giurisdizionali o agli organi amministrativi competenti qualora le clausole contrattuali o le prassi siano gravemente inique ai sensi del par. 1, in modo che possano ricorrere a mezzi appropriati ed efficaci per impedire il ricorso continuo a tali clausole.

(Omissis)

Articolo 10 - Procedure di recupero di crediti non contestati

1. Gli Stati membri assicurano che un titolo esecutivo possa essere ottenuto, anche mediante una procedura accelerata e indipendentemente dall'importo del debito, di norma entro novanta giorni di calendario dalla data in cui il creditore ha presentato un ricorso o ha proposto una domanda dinanzi all'autorità giurisdizionale o un'altra autorità competente, ove non siano contestati il debito o gli aspetti procedurali. Gli Stati membri assolvono detto obbligo conformemente alle rispettive disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali.

2. Le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali applicano le stesse condizioni a tutti i creditori stabiliti nell'Unione.

3. Per calcolare il periodo di cui al paragrafo 1 non si tiene conto di quanto segue:

a. i periodi necessari per le notificazioni;

b. qualsiasi ritardo imputabile al creditore, come i termini necessari per regolarizzare il ricorso o la domanda.

4. Il presente articolo fa salve le disposizioni del Regolamento (Ce) n. 1896/2006.

(Omissis)

Articolo 13 - Abrogazione

La direttiva n. 2000/35/Ce è abrogata con effetto dal 16 marzo 2013, fatti salvi gli obblighi degli Stati membri relativi ai termini di recepimento nel diritto interno e di applicazione. Essa continua tuttavia ad applicarsi ai contratti conclusi prima di tale data ai quali in virtù dell'art. 12, par. 4, non si applica la presente direttiva.

I riferimenti alla direttiva abrogata si intendono fatti alla presente direttiva e vanno letti secondo la tavola di concordanza figurante nell'allegato.

Articolo 14 - Entrata in vigore

La presente direttiva entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

Articolo 15 - Destinatari

Gli Stati membri sono destinatari della presente direttiva.

(Omissis)

LE NUOVE NORME SUI RITARDI NEI PAGAMENTI E SUI CREDITI DELLE IMPRESE VERSO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (dalla direttiva europea alla legge italiana)*

Sommario: 1. *Premessa sulla direttiva Ue del 16 febbraio 2011* - 2. *Veniamo alla direttiva* - 3. *Le novità* - 3.1 *Prima novità: crediti verso la P.A.* - 3.2 *Seconda novità: la mora* - 3.3 *Terza novità: libertà delle parti (limiti)* - 3.4 *Quarta novità: entità degli interessi moratori* - 3.5 *Quinta novità: prodotti alimentari* - 3.6 *Sesta novità: importo forfetario per risarcimento* - 3.7 *Settima novità: data di ricevimento fattura* - 3.8 *Ottava novità: semplificazione nella definizione di P.A.* - 3.9 *Ultima novità: il debitore e le procedure concorsuali* - 4. *Questioni aperte* - 4.1 *Gli appalti pubblici di opere* - 4.2 *La «prassi commerciale»* - 4.3 *Imputabilità al debitore* - 5. *Conclusione.*

1. Premessa sulla direttiva Ue del 16 febbraio 2011

Il 9 novembre 2012 veniva emanato il dlgs n. 192, che dava attuazione in Italia alla direttiva n. 2011/7/UE del 16 febbraio 2011 sulla «Lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali». Per quanto concerne le novità, il dlgs n. 192/2012 si applicherà ai contratti conclusi a decorrere dal 1° gennaio 2013.

Sono passati esattamente dieci anni dalla prima direttiva comunitaria in materia di ritardi di pagamenti¹ e purtroppo devo constatare che in Ita-

* Lo spunto per questo contributo è una relazione svolta al Convegno sullo stesso tema, tenuta all'Unione Industriale di Torino il 5 dicembre 2012. Pur conservandone lo stile colloquiale, vi è stata analizzata la giurisprudenza reperita, con l'aggiunta di alcune note di dottrina essenziali.

¹ Sulla quale in dottrina G. DE MARZO, *I ritardi dei pagamenti nei contratti tra imprese: L'attuazione della disciplina comunitaria*, in *Contratti*, 2002, p. 1158; A. FRIGNANI – O. CAGNASSO, *L'attuazione della direttiva in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Giur. piamon.*, 2002, p. 345 (una versione arricchita di note in *Contratti*, 2003, p. 308); R. CONTI, *Il D.lgs. 231/02 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 99; S. BASTIANON, *Direttive comunitarie e tutela del creditore in caso di ritardato pagamento nelle transazioni commerciali*.

lia, più che in altre nazioni, le cose non sono cambiate di molto. Ho fatto una ricerca, seppure affrettata, di giurisprudenza, e le cause repertorate superano di poco il centinaio; molte hanno a che fare con problemi formali, solo alcune riguardano interpretazioni sostanziali della direttiva (Ce) n. 35/2000.

Nel frattempo che cosa ha fatto l'Unione europea attorno a questo problema? L'Unione europea si è resa conto che è un problema avvertito in tutti i settori dell'economia, dal manifatturiero all'agricoltura, dai servizi al commercio ed ha preso le seguenti misure:

a. Ha emanato il Regolamento (Ce) n. 44/2001 che riguarda il riconoscimento e l'esecuzione in tutti i Paesi dell'Unione europea di sentenze pronunciate in un altro Paese. Si tratta di un provvedimento importantissimo sotto il profilo processuale, ma che ha un influsso solo indiretto sul nostro tema, riguardando solo la fase esecutiva di un provvedimento giudiziario che abbia accertato il credito e condannato il debitore a pagarlo.

b. Tre anni dopo ha approvato il Regolamento (Ce) n. 805/2004, che crea un «titolo esecutivo europeo per crediti non contestati». Quando ci sono crediti non contestati è possibile ottenere un titolo esecutivo che, emanato in un ordinamento qualsiasi dei 27, può essere eseguito in qualsiasi altro Stato membro. Questo è già un po' più vicino a noi. Nella direttiva del 2000 esisteva già l'art. 5 sulle «Procedure di recupero di crediti non contestati» che faceva obbligo agli Stati di emettere un titolo esecutivo entro 90 giorni dal ricorso, ma nel Regolamento (Ce) n. 805/2004 se ne semplifica l'efficacia in tutta l'Unione.

c. Il 12 dicembre 2006 viene approvato il Regolamento (Ce) n. 1896/2006 sul «procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento», che introduce una procedura uniforme ed armonizzata «per il recupero dei crediti pecuniari non contestati» e cioè un recupero «rapido ed efficace» degli stessi². Anche questo provvedimento è una misura indiretta contro i ritardi nei pagamenti.

d. Nel 2007 abbiamo il Regolamento (Ce) n. 861/2007 che istituisce un «procedimento europeo per controversie di modeste entità». Anche questo semplifica la fase procedurale, ma siamo sempre nell'ottica del litigio e non in quella sostanziale o dei comportamenti.

prime osservazioni a proposito del d.lgs. n. 231/2002, in Dir. Un. Eur., 2003, p. 395; E. RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Contratto e impr.*, 2003, p. 446; A. M. BENEDETTI (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, profili sostanziali e processuali*, Torino, Giappichelli, 2003.

² Per una recente applicazione v. Trib. Torino, decreto, 31 luglio 2012, *TCA International c. Magnesita Refractories*, in *Foro it.*, 2013, I, c. 370.

Fino ad ora ho parlato di regolamenti, ma ci sono poi le espressioni di desideri (*moral suasion*):

e. il 25 giugno 2008 l'Unione fa una comunicazione chiamata (forse un po' pomposamente, perché non è fonte legislativa) *Small Business Act*, che si propone la tutela delle piccole imprese. Questo "libro dei sogni" non è mai stato attuato con specifici regolamenti, però manifesta «le preoccupazioni dell'Unione» per la situazione economica delle piccole imprese: in un certo punto dice che «bisogna favorire la puntualità dei pagamenti» ed in un altro punto afferma «questo problema della puntualità dei pagamenti implica e tocca in particolare la responsabilità della P.A.». Lo dice in modo molto chiaro il documento comunitario.

f. Poi il 26 novembre 2008 abbiamo una comunicazione per la ripresa. L'Unione europea si era resa conto che stavamo già entrando in una grossa crisi e noi troviamo in questa comunicazione una indicazione delle misure da prendere per la ripresa economica (siamo nel novembre del 2008) ed uno dei punti proclama «i pagamenti bisogna che avvengano entro i 30 giorni».

g. Nel frattempo si registrano due interrogazioni parlamentari con risposta scritta dei membri italiani del Parlamento europeo alla Commissione aventi ad oggetto il problema dei ritardi nei pagamenti. C'è una cosa che mi ha sorpreso negativamente nella risposta. Il Commissario Verheugen dichiara che la Commissione sa bene che è un problema che riguarda in particolare l'Italia; mi sono sentito molto sconsolato.

2. Veniamo alla direttiva

Il 16 febbraio 2011 viene emanata la direttiva (Ue) n. 7/2011 che è una "consolidazione" della direttiva (Ce) n. 35/2000, di oltre dieci anni prima, allargandone il campo di applicazione³. Dunque è la stessa direttiva del 2000 a cui sono state aggiunte delle clausole per renderne l'applicazione più efficace di quella della prima direttiva, il cui decreto di attuazione n. 231/2002 non aveva (parliamo dell'Italia) cambiato molto il *modus operandi*.

Nella nuova direttiva il cuore del problema sono i crediti verso la P.A. In proposito al *considerando* n. 23 può leggersi: «Di regola le pubbliche amministrazioni godono di flussi di entrate più certi, prevedibili e continui rispetto alle imprese. Molte pubbliche amministrazioni possono inoltre ottenere finanziamenti a condizioni più interessanti rispetto alle imprese. Al-

³ Nella errata traduzione italiana essa viene qualificata come «rifusione».

lo stesso tempo, per raggiungere i loro obiettivi le pubbliche amministrazioni dipendono meno delle imprese dall'instaurazione di relazioni commerciali stabili. Lunghi periodi di pagamenti e ritardi di pagamento da parte delle pubbliche amministrazioni per merci e servizi determinano costi ingiustificati per le imprese». Di conseguenza «è opportuno introdurre norme specifiche» che prevedano, in particolare, pagamenti a trenta giorni, in ogni caso non superiori a sessanta giorni.

Il *considerando* n. 25 si occupa del ritardo nei pagamenti nei «servizi sanitari» che sono «particolarmente preoccupanti» e nei quali bisogna «conciliare le esigenze individuali con le disponibilità finanziarie». In questo contesto non si tratta delle P.A. quando si devono rifornire di matite o di carta per la scuola, ma quando chiedono le forniture che servono alle USL per guarire i malati. E allora dice, sempre per i servizi sanitari, che «si richiede una certa flessibilità nell'onorare i loro impegni», aggiungendo subito «A tal fine gli Stati Membri dovrebbero essere stati autorizzati, a determinate condizioni, a prorogare il periodo legale di pagamento fino ad un massimo di 60 giorni».

3. Le novità

Esaminiamo dunque le novità, che riassumerei così.

Come detto, il dlgs n. 192 del 9 novembre 2012 è entrato in vigore il 24 novembre 2012, ma le novità rispetto al decreto n. 231 del 2002 diventano obbligatorie solo per i contratti conclusi dopo il 1° gennaio 2013.

3.1 *Prima novità: crediti verso la P.A.*

La novità più importante (e quella che giustifica l'emanazione della seconda direttiva) concerne i crediti delle imprese verso la Pubblica Amministrazione che – soprattutto in alcuni Paesi membri, fra i quali l'Italia – ha pesantemente alterato l'equilibrio finanziario delle imprese. Contrariamente alla prima direttiva (Ce) n. 35/2000 che non la menzionava, la nuova direttiva sottopone quasi interamente la Pubblica Amministrazione quando è debitrice allo stesso regime previsto per le imprese private. Per questo aspetto il dlgs n. 192/2012 innova anch'esso il dlgs n. 231/2002 originario⁴.

⁴ Alla luce del quale non era sicurissima tale equiparazione: cfr. A. FRIGNANI – O. CAGNASSO, *L'attuazione della direttiva*, cit. *supra*, nota 1, p. 309.

3.2 *Seconda novità: la mora*

Il dovere di pagare o il diritto di ricevere gli interessi moratori opera «senza che sia necessaria la costituzione in mora»⁵; il pagamento degli interessi di mora è una conseguenza automatica della scadenza del termine per il pagamento⁶.

3.3 *Terza novità: libertà delle parti (limiti)*

Ai sensi dell'art. 4.3 le parti possono convenire un termine maggiore di trenta giorni, ma se è un credito nei confronti della P. A. si può convenire fino ad un massimo di sessanta, purché l'allungamento sia pattuito espressamente per iscritto e cioè la clausola deve essere fatta approvare per iscritto. Ma c'è un'altra condizione: si può andare fino ad un massimo di sessanta giorni se, tenendo conto delle circostanze del caso concreto, questo termine «non sia gravemente iniquo per il creditore».

3.4 *Quarta novità: entità degli interessi moratori*

C'è la maggiorazione di 8 punti percentuali (prima era 7 punti) superiori al tasso di riferimento, che è quello fissato dalla Banca Centrale Europea pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* ogni sei mesi. Quindi si prende il tasso di riferimento europeo, si aggiungono 8 punti e si arriva ai 9,5-10 punti percentuali⁷. In questo modo «è meno conveniente pagare in ritardo»⁸, anche se non credo che un punto in più abbia sufficiente forza deterrente.

3.5 *Quinta novità: prodotti alimentari*

È stato eliminato il riferimento ai prodotti alimentari, perché nella versione originale della direttiva si comprendeva anche il settore dei prodotti alimentari. I tempi di pagamento nelle transazioni commerciali della filiera alimentare ora sono regolati dall'art. 62 del d.l. n. 1 del 2012 («Cresci Italia») poi convertito dalla legge n. 27 del 24 marzo 2012 e hanno una disciplina particolare; questo perché *i.* se sono prodotti alimentari deteriorabili, pagamento a trenta giorni; *ii.* per tutti gli altri non deteriorabili paga-

⁵ Ciò che avveniva di solito per iscritto.

⁶ Ritengo la novità non di così grande interesse, in quanto anche prima si diceva «automaticamente»; siccome erano stati avanzati dubbi, ora il testo è più chiaro.

⁷ La differenza non è molto rilevante, tuttavia andava segnalata.

⁸ Per riprendere le parole di A. DI MAJO, *Meno conveniente pagare in ritardo*, in *Sole-24 Ore* del 24 dicembre 2012.

mento a sessanta giorni. In sostanza poi i termini di pagamento non si discostano da quelli che vigono negli altri settori dell'economia.

3.6 *Sesta novità: importo forfetario per risarcimento*

È stato introdotto un importo forfetario per risarcimento di quaranta euro (art. 6) riferibili alle «spese di recupero». La novità è che nella direttiva si menzionano anche le spese di avvocato perché talvolta l'imprenditore ha dei titoli e deve andare dall'avvocato. Nella prima direttiva non c'erano, ora sì! Il testo, nella modifica che risulta dal dlgs n. 192/2012, parla dei «costi sostenuti per il recupero» per poi specificare: euro quaranta a *forfait*, oltre il «maggior danno» che può comprendere i «costi di assistenza per il recupero». La direttiva è più chiara, infatti stabilisce che il creditore, oltre all'importo forfetario minimo di quaranta euro, «ha il diritto di esigere (...) un risarcimento *ragionevole* per ogni costo di recupero che ecceda tale importo (...) sostenuto a causa del ritardo. Ciò potrebbe comprendere anche le spese che il creditore ha sostenuto per aver affidato un incarico a un avvocato o a una società di recupero crediti». Dunque l'«assistenza» di cui parla la norma italiana comprende anche l'avvocato, purché la sua parcella sia «ragionevole».

3.7 *Settima novità: data di ricevimento fattura*

Trattandosi della Pubblica Amministrazione esisteva la pratica, imposta dalla stessa, di spostare in avanti la data della fattura, onde avere più giorni per il pagamento. La direttiva ora impone che «la data di ricevimento della fattura non sia soggetta a un accordo contrattuale tra debitore e creditore» (art. 4.3, lett. b.). Tale divieto non è stato recepito nel decreto legislativo italiano: vuol dire che la P.A. può ancora continuare in questa *malpractice*? La risposta è dubbia, perché la P.A. potrebbe sempre approfittare del comma 6 dell'art. 4 del dlgs n. 192/2012 a norma del quale «Quando è prevista una procedura diretta ad accertare la conformità della merce o dei servizi al contratto essa non può avere una durata superiore a trenta giorni dalla data di consegna della merce o della prestazione del servizio, *salvo che sia diversamente ed espressamente concordato dalle parti e previsto nella documentazione di gara e purché ciò non sia gravemente iniquo per il creditore*⁹ (...). L'accordo deve essere provato per i-

⁹ Il limite e la nozione erano già nella vecchia direttiva: cfr. A. PERRONE, *L'accordo gravemente iniquo nella nuova disciplina del ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, p. 65.

scritto»¹⁰ (corsivo aggiunto). Come si vede, alla P.A. viene lasciato molto spazio di manovra; se tuttavia il risultato fosse quello di giustificare la vecchia pratica, la norma italiana sarebbe in violazione della direttiva comunitaria¹¹.

3.8 Ottava novità: semplificazione nella definizione di P.A.

Il testo italiano del vecchio dlgs n. 231/2002 all'art. 2.1, lett. b., dava una definizione molto complicata di «pubblica amministrazione»; nel nuovo testo essa viene così definita: «le amministrazioni di cui all'art. 3.25 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e ogni altro soggetto, allorquando svolga attività per la quale è tenuto al rispetto della disciplina di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163». Ma poi all'art. 4.5, lett. a., si parla di «imprese pubbliche» tenute al rispetto dei requisiti di trasparenza di cui al dlgs n. 333 dell'11 novembre 2003¹² e alla lett. b. degli «enti pubblici che forniscono assistenza sanitaria e che siano stati debitamente riconosciuti a tale fine». La definizione che troviamo all'art. 3, comma 25, del Codice dei contratti pubblici è quella di «amministrazioni aggiudicatrici»¹³ e cioè «le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da tali soggetti».

3.9 Ultima novità: il debitore e le procedure concorsuali

La nuova direttiva dice che «Gli Stati membri possono escludere i debiti che formano oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, comprese le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito». Questa norma è nuova, dieci anni fa non c'era. La sua *ratio* è evidente: facilitare una delle forme nuove di salvare il salvabile nelle imprese in crisi.

¹⁰ In proposito si veda Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2005, n. 1638, *Az. Osped. Senese c. Pharmacia Italia SpA*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 893 (nota MEDICI), che afferma: «È illegittima, per contrarietà agli artt. 4 e 7 D.lgs. 231 del 2002, la clausola, inserita in una lettera d'invito a presentare la migliore offerta per la fornitura di prodotti medicinali, con cui un ente pubblico impone, a pena di esclusione, l'aumento dei termini per il pagamento sino a 90 giorni (rispetto ai 30 giorni fissati dal decreto), in quanto introduce un indebito vantaggio per l'Amministrazione predisponente».

¹¹ In realtà la norma comunitaria prevedeva la possibilità di andare oltre i trenta giorni, ma con riferimento a «contratti particolarmente complessi» (*considerando* n. 26), limitazione che nella normativa italiana è scomparsa.

¹² «Impresa pubblica», significa «ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina».

¹³ Nozione di derivazione comunitaria: vedi *considerando* n. 14 della direttiva.

La giurisprudenza italiana si era occupata diverse volte di questo problema alla luce dell'art. 4 del dlgo n. 231/2002 (testo originario). Secondo il Tribunale di Milano¹⁴: «Con riguardo alle procedure concorsuali, i crediti relativi alle transazioni commerciali (...) produrranno interessi fino alla dichiarazione di fallimento, ma non per il periodo successivo, stante la previsione secondo cui la disposizione non si applica "ai debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore"».

Ma in senso parzialmente diverso si è pronunciato il Tribunale di Pescara¹⁵, secondo il quale la disposizione dell'art. 1 del dlgo n. 231/2002 «deve essere intesa, per quanto riguarda il tasso di interesse applicabile, nel senso che l'esclusione riguarda gli interessi maturati fino alla dichiarazione di fallimento; il tasso non potrà, quindi, essere determinato ai sensi dell'art. 5 D.lgs. citato, a meno che gli interessi in questione non siano stati liquidati con provvedimento giudiziario passato in giudicato».

4. Questioni aperte

Fra le molte, mi sono segnato tre questioni aperte.

4.1 *Gli appalti pubblici di opere*

Gli appalti pubblici di opere ricadono o no nella nuova disciplina? Anche qui la risposta è dubbia. Abbiamo due criteri: quello soggettivo e quello oggettivo.

Se applichiamo il criterio soggettivo la *ratio* della direttiva ci induce ad attribuire alla nozione di P.A. il significato più ampio possibile. Nella norma italiana si incontrano – come visto – delle formulazioni diverse, invece di una nozione unica, perché una volta ci si riferisce alle «imprese aggiudicatrici» (cogliendo una nozione che troviamo nel Codice dei contratti pubblici), altra volta si parla di «imprese pubbliche» ai sensi della legge 11 novembre 2003 e cioè tutte le imprese nelle quali c'è una influenza dominante dei poteri pubblici per ragioni di proprietà (cioè quando l'ente pubblico ha la maggioranza delle azioni o dei diritti di voto) oppure in altro modo.

¹⁴ Sentenza n. 833 del 13 dicembre 2007, depositata il 21 gennaio 2008, del Tribunale di Milano (Pres. *Quatraro*, rel. *Nunnari*), in *ilcaso.it*, 2008. L'indirizzo era stato dato dalle istruzioni emanate dalla Sez. fallimentare dello stesso Tribunale.

¹⁵ Tribunale di Pescara, 23 gennaio 2009-10 febbraio 2009 (Pres. rel. *Filocamo*), in *ilcaso.it*, 2009.

Quanto al criterio oggettivo tutti i debiti della P.A. nei confronti delle imprese dovrebbero essere coperti dalla direttiva, ivi compresi quelli che derivano dalle opere. Infatti il *considerando* n. 11 della nuova direttiva dice: «La fornitura di merci e la prestazione di servizi dietro corrispettivo a cui si applica la presente direttiva dovrebbero anche includere la progettazione e la esecuzione di opere e di edifici pubblici nonché i lavori di ingegneria civile». La direttiva però nel definire le «transazioni commerciali» afferma che sono quelle «che comportano la fornitura di merci o la prestazione di servizi» (art. 2, n. 1), il che sembrerebbe escludere l'ipotesi quando la P.A. chiede la costruzione di asili o scuole o di una strada.

La legge italiana riprende la definizione comunitaria, basata su merci e servizi.

Qui c'è una domanda abbastanza sottile per il giurista: una definizione legislativa che usa l'espressione «consegna di merci o prestazioni di servizi» può essere allargata o completata da un *considerando* che dice che si dovrebbero includere anche le opere e gli edifici pubblici? I *considerando*, nel sistema di produzione legislativa comunitaria, servono ad aiutare ad interpretare il testo della legge, costituiscono la *ratio legis*. Lo scopo che si prefiggeva la nuova direttiva quale era? Era quello di indurre le P.A. a pagare i loro fornitori, come le imprese private. Se questo era lo scopo non si possono ritenere escluse le «opere» solo perché non vengono richiamate. A supporto di questa mia opinione può addursi che la stessa direttiva parla di «appalto» quando definisce la pubblica amministrazione (art. 2, n. 2) e si riferisce indirettamente agli «appalti» quando parla di «contratti particolarmente complessi» (*considerando* n. 26) per i quali occorre una procedura lunga di accettazione o verifica.

Ciò detto, però, la giurisprudenza italiana di questi ultimi dieci anni e comunque anteriore al dlgs n. 192/2012 è più formalista.

Il Tribunale di Asti¹⁶ dice «l'ambito di applicazione del d.lgs. 231 (versione vecchia) è limitato alle "transazioni commerciali" da intendersi ai sensi dell'art. 1 lett. a. del d.lgs. n. 231/2002 come "i contratti (...) che comportano in via esclusiva o prevalente la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo", da cui esulano i contratti di appalto di opere pubbliche, i quali, a differenza dei contratti di appalto pubblico di servizi o di appalto pubblico di forniture – a cui si applicano le disposizioni del D.lgs. 231/2002 – hanno ad oggetto la prestazione di un'opera». A parere del giudice «sussiste una disciplina normativa

¹⁶ Tribunale di Asti, sez. civ., ordinanza del 16 agosto 2011, causa n. 957/2010, *X c. Provincia di Asti*, in *ilcaso.it*, 2012.

completa del ritardo dei pagamenti nei contratti di appalto dei lavori pubblici» contenuta da ultimo nel dpr n. 207 del 5 ottobre 2010, per il quale non solo la data di partenza del termine di pagamento veniva fatta slittare in avanti per l'accertamento (certificato di pagamento), ma disponeva che non si potesse procedere ad esecuzione forzata prima che passassero centoventi giorni dalla notificazione del titolo esecutivo¹⁷.

4.2 La «prassi commerciale»

L'art. 7 della direttiva dispone che le clausole contrattuali o le prassi relative alla data o al periodo di pagamento, al tasso dell'interesse di mora o al risarcimento dei costi di recupero non possono essere fatte valere oppure danno diritto ad un risarcimento se sono «gravemente inique per il creditore» e che è tale «qualsiasi scostamento dalla corretta prassi commerciale, in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza» (art. 7.1, lett. a.).

La norma italiana ha perso l'aggettivo «corretta», limitandosi a dire «grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio della buona fede e correttezza» (art. 7.2 dlgs n. 192/2012). Ma se la prassi commerciale italiana è quella di pagare a centocinquanta giorni, se tutti fanno così, allora questo non è lo scostamento dalla prassi commerciale. La direttiva aveva un aggettivo piccolo piccolo «corretta prassi commerciale» e fa una bella differenza se la prassi commerciale è quella di non pagare, perché ci può essere una prassi commerciale «non corretta» e una prassi commerciale «corretta».

L'Unione aveva un'altra idea in testa e cioè una corretta prassi commerciale, ma che rispettasse la buona fede. Ad esempio, se le parti avevano sempre fatto così, senza lamentele da parte di nessuno, il debitore poteva in buona fede ritenere che al creditore bastasse il pagamento al sessantesimo giorno. Una prassi commerciale che sia generalizzata ma che non

¹⁷ Norma che era stata graziata dalla sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2008 in causa n. C-265/07, *Caffaro c. USL RM/C*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 7085 che (andando di contrario avviso alle conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak) aveva affermato per diritto: «La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 29 giugno 2000, 2000/35/CE, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, deve essere interpretata nel senso che non osta ad una disposizione nazionale come l'art. 14 decreto legge 31 dicembre 1996, n. 669, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 1997, n. 30, come modificata dall'art. 147 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, in forza della quale il creditore, munito di titolo esecutivo relativo ad un pagamento non contestato dovuto da una pubblica amministrazione a titolo di corrispettivo di una transazione commerciale, non può procedere ad esecuzione forzata nei confronti della suddetta amministrazione prima del decorrere del termine di 120 giorni dalla notificazione a tale amministrazione del suddetto titolo esecutivo».

sia corretta non serve a giustificare lo scostamento dai termini previsti, perché secondo me si va fuori della legge.

4.3 *Imputabilità al debitore*

Secondo l'art. 3 del dlgvo n. 192/2012 il debitore va esente da responsabilità se dimostra che «il ritardo nel pagamento (...) è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile». La domanda che si ci può fare è questa: la mancanza di fondi è una esimente dall'illecito del mancato rispetto dei termini di pagamento? La mia risposta è no, perché non è un «motivo oggettivo» secondo l'art. 7.1 lett. c. della direttiva. La mancanza di fondi non può essere la giustificazione del mancato rispetto dei termini di pagamento (anche se è da temere che la P.A. ragionerà in questi termini)¹⁸. Ma è più incerto quando la mancanza di fondi deriva dall'inadempimento del debitore (per esempio la P.A.).

5. Conclusione

È una conclusione di speranza. La mia fiducia si è un po' affievolita rispetto a quella che avevo espresso dieci anni fa. I risultati in dieci anni sono stati abbastanza modesti. E ciò è la prova che non basta una legge per cambiare una (cattiva) prassi molto radicata: il pericoloso divario che i giuristi anglosassoni avevano additato fra *law in the book* e *law in action*.

La grande novità della direttiva del 2011 e del relativo dlgvo n. 192/2012 riguarda i debiti della P.A.

Ma c'è una questione di stabilità di bilancio perché la P.A. non ha i fondi. Dal punto di vista intertemporale c'è un precedente assai conservativo del Tribunale di Roma, che vedeva come parte una AUSL, ove si afferma: «L'applicazione dell'art. 1284 (...) ai contratti conclusi anteriormente all'8 agosto 2002, non configura alcuna ultrattività di disposizioni contrastanti con lo jus superveniens (art. 5 D.lgs. n. 231/2002) nell'ambito di rapporti negoziali non ancora esauriti, bensì salvaguarda il diritto del debitore di conoscere preventivamente, al momento del sorgere del rapporto, i termini e le condizioni perché il ritardo nell'adempimento sia qua-

¹⁸ In senso conforme O. LANZARA, *Ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali. Profili comparatistici* (relazione al Convegno di diritto comparato di Catania, 28 maggio 2010), p. 8, in *Atti dal titolo Privato, pubblico, globale nelle prospettive del diritto comparato*.

lificabile come mora, cui consegue l'obbligo di pagamento degli interessi secondo i nuovi criteri»¹⁹.

Se applichiamo questa regola (conservativa, ma corretta) al nuovo decreto legislativo, che si applica solo alle transazioni commerciali stipulate dopo il 1° gennaio 2013, ne consegue che chi aveva un contratto stipulato prima non potrà beneficiare delle modifiche di questa direttiva, perché al 1° gennaio sono contratti in corso e quindi rapporti non ancora esauriti.

Concludo su stabilità e bilancio. Sono state fatte varie proposte finora dagli economisti ed esperti di finanza pubblica: la più equa sembra quella della compensazione con debiti delle imprese verso lo Stato o amministrazioni locali²⁰. Ci sono dei problemi facilmente immaginabili: infatti quanto le P.A. sono statali è un conto; quando le P.A. sono locali (Comuni, Province, Regioni, ecc.) le difficoltà aumentano. I vincoli di stabilità di bilancio, di fonte comunitaria, non lasciano molto spazio.

Altri hanno suggerito la cartolarizzazione dei crediti, che mi sembra di difficile realizzazione perché i crediti non sono omogenei²¹.

Altri infine la cessione dei crediti alle banche con la garanzia della Cassa Depositi e Prestiti.

Quanto siano percorribili queste strade non so, ma come finanziare la P.A. (soprattutto per l'enormità dei suoi debiti pregressi) affinché questa paghi i suoi debiti verso i fornitori ancora nessuno l'ha scoperto²².

Aldo Frignani**

SINTESI

Dieci anni dopo la prima direttiva contro i ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali, la situazione era tutt'altro che soddisfacente sicché la Commissione ha dovuto emanare una nuova direttiva n. 2011/7 il 16 febbraio 2011.

¹⁹ Sentenza del 15 marzo 2012, in *Plurisonline*, 2012.

²⁰ È la soluzione accolta in Spagna.

²¹ Mi sia consentito un rinvio a FRIGNANI, *La securitization come strumento di smobilizzo dei crediti di massa (profili di diritto comparato europeo)*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 294 ss.

²² Il presente contributo era già in bozze quando è stato emanato il decreto legge n. 35/2013 pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 82 dell'8 aprile 2013 (c.d. «decreto sblocca crediti») col quale si autorizzano gli enti locali a pagare una parte dei loro debiti. Salutato con moderata soddisfazione dal mondo delle imprese, esso è però irto di tanti adempimenti e richiede alla P.A. tanti di quegli atti esecutivi, da suscitare varie perplessità. Il decreto è stato convertito, con modificazioni, in legge n. 64 del 6 giugno 2013, in *Guri* n. 132 del 7 giugno 2013.

** Ordinario di Diritto Privato dell'Unione europea / Università degli Studi di Torino

Il contributo prende in esame tutte le novità della recente direttiva e il modo con il quale è stata introdotta nell'ordinamento italiano con il decreto n. 192 del 9 novembre 2012.

Lo studio si conclude con un esame delle questioni ancora aperte, in particolare quando debitore è la Pubblica Amministrazione e alla fine menziona il decreto n. 35/2013 dell'8 aprile 2013 che sblocca tali pagamenti, ma ponendo condizioni e limiti burocratici di vario tipo.

ABSTRACT

Ten years after the first EU directive on combating late payment in commercial transactions, the situation was not so satisfactory, thus the Commission was pushed to issue a new directive n. 2011/7 on February 16, 2011.

The article examines the novelties of the recent directive and how it has been implemented in Italy with the legislative decree n. 192 of November 9, 2012.

It concludes with a survey of the issues still open, in particular when the debtor is a public entity and finally mentions the Italian decree n. 35/2013 of April 8 which eases such payments, but upon considerable bureaucratic limitations.

**REGIMI DI QUALITÀ DEI PRODOTTI AGRICOLI ALIMENTARI
DESTINATI AL CONSUMO UMANO: CRITERI, CONDIZIONI
E PROCEDURE PER LA REGISTRAZIONE DELLE SPECIALITÀ
TRADIZIONALI GARANTITE (STG)**

**Regolamento (Ue) n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del
21 novembre 2012, sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari***

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare l'art.
43, par. 2, e l'art. 118, primo comma,
vista la proposta della Commissione europea,
previa trasmissione del progetto di atto legislativo ai parlamenti nazionali,
visto il parere del Comitato economico e sociale europeo¹,
visto il parere del Comitato delle regioni²,
deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria³,
considerando quanto segue:

(Omissis)

hanno adottato il presente Regolamento:

(Omissis)

Titolo III - Specialità Tradizionali Garantite

Articolo 17 - Obiettivo

È istituito un regime relativo alle specialità tradizionali garantite per
salvaguardare metodi di produzione e ricette tradizionali, aiutando i produttori di
prodotti tradizionali a commercializzare i propri prodotti e a comunicare ai

* In *Gu-Ue* n. L 343 del 14 dicembre 2012, p. 1 ss. In argomento v. *infra*, p. 207 ss., il
commento di *MATTEO GRAGNANI*.

¹ *Guce* n. C 218 del 23 luglio 2011, p. 114.

² *Guce* n. 192 dell'1 luglio 2011, p. 28.

³ Posizione del Parlamento europeo del 13 settembre 2012 (non ancora pubblicata nella
Gu-Ue) e decisione del Consiglio del 13 novembre 2012.

consumatori le proprietà che conferiscono alle loro ricette e ai loro prodotti tradizionali valore aggiunto.

Articolo 18 - Criteri

1. Un nome è ammesso a beneficiare della registrazione come specialità tradizionale garantita se designa uno specifico prodotto o alimento:

a. ottenuto con un metodo di produzione, trasformazione o una composizione che corrispondono a una pratica tradizionale per tale prodotto o alimento; o

b. ottenuto da materie prime o ingredienti utilizzati tradizionalmente.

2. Affinché un nome sia registrato come specialità tradizionale garantita, esso deve:

a. essere stato utilizzato tradizionalmente in riferimento al prodotto specifico; o

b. designare il carattere tradizionale o la specificità del prodotto.

3. Se nella procedura di opposizione ai sensi dell'art. 51 viene dimostrato che il nome è usato anche in un altro Stato membro o in un paese terzo, al fine di distinguere i prodotti comparabili o i prodotti che condividono un nome identico o analogo, la decisione di registrazione adottata conformemente all'art. 52, par. 3, può prevedere che il nome della specialità tradizionale garantita sia accompagnato dall'affermazione "fatto secondo la tradizione di" immediatamente seguito dal nome di un paese o di una sua regione.

4. Non può essere registrato un nome che faccia riferimento unicamente ad affermazioni di carattere generale, utilizzate per un insieme di prodotti, ovvero ad affermazioni previste da una particolare normativa dell'Unione.

5. Per garantire il corretto funzionamento del regime, alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati, conformemente all'art. 56, concernenti ulteriori aspetti sui criteri di ammissibilità stabiliti nel presente articolo.

Articolo 19 - Disciplinare

1. Una specialità tradizionale garantita deve rispettare un disciplinare che comprende:

a. il nome di cui è proposta la registrazione, nelle versioni linguistiche pertinenti;

b. la descrizione del prodotto, comprese le principali caratteristiche fisiche, chimiche, microbiologiche od organolettiche, a dimostrazione della specificità del prodotto;

c. la descrizione del metodo di produzione che i produttori devono rispettare, compresi se del caso la natura e le caratteristiche delle materie prime o degli ingredienti utilizzati e il metodo di elaborazione del prodotto; e

d. gli elementi fondamentali che attestano il carattere tradizionale del prodotto.

2. Al fine di garantire che il disciplinare contenga informazioni pertinenti e succinte, alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati, conforme-

mente all'art. 56, che stabiliscono le norme che limitano le informazioni contenute nel disciplinare di cui al par. 1 del presente articolo, qualora tale limitazione sia necessaria per evitare domande di registrazione eccessivamente voluminose.

La Commissione può adottare atti di esecuzione che stabiliscono le norme relative alla forma del disciplinare. Tali atti di esecuzione sono adottati secondo la procedura d'esame di cui all'art. 57, par. 2.

(Omissis)

Articolo 21 - Motivi di opposizione

1. Una dichiarazione di opposizione motivata a norma dell'art. 51, par. 2, è ricevibile solo se perviene alla Commissione prima della scadenza del termine stabilito e se:

- a. fornisce ragioni debitamente motivate a dimostrazione dell'incompatibilità tra la registrazione proposta e le disposizioni del presente Regolamento; o
- b. dimostra che il nome è utilizzato legittimamente, notoriamente e in modo economicamente significativo per prodotti agricoli o alimentari analoghi.

2. I criteri di cui al par. 1, lett. b., sono valutati con riferimento al territorio dell'Unione.

Articolo 22 - Registro delle specialità tradizionali garantite

1. La Commissione adotta atti di esecuzione senza applicare la procedura di cui all'art. 57, par. 2, che creano e tengono un registro, accessibile al pubblico e aggiornato, delle specialità tradizionali garantite riconosciute nell'ambito del presente regime.

2. La Commissione può adottare atti di esecuzione che stabiliscono le modalità relative alla forma e al contenuto del registro. Tali atti di esecuzione sono adottati secondo la procedura d'esame di cui all'art. 57, par. 2.

Articolo 23 - Nomi, simbolo e indicazione

1. Un nome registrato come specialità tradizionale garantita può essere utilizzato da qualsiasi operatore che commercializzi un prodotto conforme al relativo disciplinare.

2. È stabilito un simbolo dell'Unione inteso a dare pubblicità alle specialità tradizionali garantite.

3. Per i prodotti originari dell'Unione, commercializzati come specialità tradizionali garantite registrate a norma del presente Regolamento, il simbolo di cui al par. 2 figura nell'etichettatura, fatto salvo il par. 4. Inoltre, il nome del prodotto dovrebbe figurare nello stesso campo visivo. Può inoltre figurare nell'etichettatura l'indicazione di «specialità tradizionale garantita» o la corrispondente sigla «STG».

Il simbolo è facoltativo nell'etichettatura delle specialità tradizionali garantite prodotte fuori dal territorio dell'Unione.

4. Al fine di garantire che al consumatore siano comunicate informazioni adeguate, alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati, ai sensi dell'art. 56, che stabiliscano il simbolo dell'Unione.

La Commissione può adottare atti di esecuzione che definiscono le caratteristiche tecniche del simbolo dell'Unione e dell'indicazione nonché le norme relative al loro impiego sui prodotti che recano il nome di una specialità tradizionale garantita, anche in relazione alle versioni linguistiche appropriate da utilizzare. Tali atti di esecuzione sono adottati secondo la procedura d'esame di cui all'art. 57, par. 2.

(*Omissis*)

Articolo 26 - Procedura semplificata

1. Entro il 4 gennaio 2016, su richiesta di un gruppo, uno Stato membro può presentare alla Commissione i nomi delle specialità tradizionali garantite registrati conformemente all'art. 13, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 509/2006 e conformi al presente Regolamento.

Prima di presentare un nome, lo Stato membro avvia una procedura di opposizione ai sensi dell'art. 49, par. 3 e 4.

Se nel corso di tale procedura è dimostrato che il nome è usato anche in riferimento a prodotti comparabili o a prodotti che condividono un nome identico o analogo, il nome può essere integrato da un termine che ne identifica il carattere tradizionale o la specificità.

Un gruppo di un paese terzo può presentare tali nomi alla Commissione, direttamente oppure per il tramite delle autorità del paese terzo.

2. Entro due mesi dal ricevimento la Commissione pubblica nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* i nomi di cui al par. 1, unitamente al disciplinare relativo a ciascuno di essi.

3. Si applicano gli artt. 51 e 52.

4. Un [*rectius*: Una *n.d.r.*] volta conclusa la procedura di opposizione, la Commissione, se del caso, adegua le voci del registro di cui all'art. 22. I disciplinari corrispondenti sono equiparati ai disciplinari di cui all'art. 19.

(*Omissis*)

ALLEGATO I

Prodotti agricoli e alimentari di cui all'art. 2, par. 1⁴

⁴ Prodotti agricoli e alimentari di cui all'art. 2, par. 1 - I. Denominazioni di origine e indicazioni geografiche: birra; cioccolato e prodotti derivati; prodotti di panetteria, pasticceria, confetteria o biscotteria; bevande a base di estratti di piante; pasta alimentare; sale; gomme e resine naturali; pasta di mostarda; fieno; oli essenziali; sughero; cocciniglia; fiori e piante ornamentali; cotone; lana; vimini; lino stigliato; cuoio; pellame; piume. II. Specialità tradizionali garantite: piatti pronti; birra; cioccolato e prodotti derivati; prodotti di panetteria, pasticceria, confetteria o biscotteria; bevande a base di estratti di piante; pasta alimentare; sale.

LE SPECIALITÀ TRADIZIONALI GARANTITE (STG) SECONDO IL REGOLAMENTO (UE) N. 1151/2012*

Sommario: **I.** *Il regime delle «STG» precedente alla riforma (Regolamento (Ce) n. 509/2006) - 1. I concetti di «Specificità» e «Tradizionale» secondo il Regolamento (Ce) 509/2006 - 2. Il divieto di registrare prodotti la cui specificità risiedeva nell'origine geografica - 3. Il doppio livello di protezione previsto dal Regolamento (Ce) n. 509/2006 - 4. Il fallimento del Regolamento (Ce) n. 509/2006 - 5. Le ragioni dell'insuccesso del regime precedente - II.* *Le STG nel Regolamento (Ue) n. 1151/2012 - 1. Le finalità e il livello di protezione unico con riserva d'uso del nome registrato - 2. L'estensione del contenuto della protezione - 3. Le nuove definizioni di «Specificità» e del carattere «Tradizionale» - 4. Le STG e gli altri segni della proprietà intellettuale - III.* *Conclusioni.*

I. IL REGIME DELLE «STG» PRECEDENTE ALLA RIFORMA (REGOLAMENTO (CE) N. 509/2006)

1. I concetti di «Specificità» e «Tradizionale» secondo il Regolamento (Ce) 509/2006

In generale le «Specialità Tradizionali Garantite» sono denominazioni di prodotti agroalimentari, ottenuti con materie prime tradizionali o secondo metodi di produzione o composizione tradizionali. Per comprendere le STG è quindi essenziale far riferimento ai concetti di «Specificità» e all'aggettivo «Tradizionale».

Il regime preesistente alla riforma definiva la «Specificità» come «l'elemento o l'insieme di elementi che distinguono nettamente un prodotto agricolo o alimentare da altri prodotti o alimenti analoghi appartenenti alla stessa categoria» (art. 2.1a del Regolamento (Ce) n. 509/2006). Tali elementi potevano riferirsi tanto alle caratteristiche intrinseche del prodot-

* Relazione presentata al Convegno svoltosi a Milano il 10 giugno 2013 su: «*I regimi di qualità dei prodotti agroalimentari nell'Unione Europea dopo il Regolamento UE n. 1151/2012: luci ed ombre*»; vedila anche in *Alimenta*, 7-8/2013, p. 155 ss.

to (ad esempio quelle fisiche, chimiche od organolettiche) quanto al metodo o alle condizioni specifiche della produzione (art. 2.2 del Regolamento (Ce) n. 509/2006).

In secondo luogo, per qualificare un prodotto come «Tradizionale» il Regolamento (Ce) n. 509/2006 richiedeva un suo uso prolungato sul mercato comunitario, sufficiente ad attestare un passaggio generazionale e, come tale, individuato in un minimo di venticinque anni (art. 2.1b).

2. Il divieto di registrare prodotti la cui specificità risiedeva nell'origine geografica

La normativa preesistente non consentiva la registrazione di prodotti la cui specificità risiedeva nell'origine geografica (art. 4.1). Due erano gli effetti di questa norma: da un lato, essa separava il regime delle STG da quello delle DOP/IGP, definendo i rispettivi confini e prevenendo la registrazione di un prodotto agroalimentare sotto una pluralità di schemi di tutela¹. Dall'altro, e di conseguenza, questo divieto imponeva un requisito negativo (assenza di specificità dovuta all'origine geografica) piuttosto raro da riscontrare in prodotti agroalimentari tradizionali, proprio perché essi di norma sono intrinsecamente legati ad una tradizione e dunque radicati in un luogo di origine. Il divieto in questione rappresentava pertanto un primo elemento di contraddizione del precedente Regolamento.

3. Il doppio livello di protezione previsto dal Regolamento (Ce) n. 509/2006

Nella vigenza della previgente disciplina la protezione era articolata su un doppio livello (artt. 12, 13 e 17 del Regolamento n. 509/2006).

I. Il primo livello (art. 13.1 del Regolamento n. 509/2006) prevedeva la *registrazione senza riserva del nome*: il nome registrato come STG poteva continuare ad essere utilizzato liberamente e da chiunque anche per commercializzare prodotti non conformi al disciplinare registrato a livello comunitario, con l'unica differenza che i prodotti non conformi non potevano utilizzare accanto al nome l'indicazione «Specialità Tradizionale Garantita», l'abbreviazione «STG» ed il relativo logo comunitario. Per il resto il nome del prodotto, benché registrato come STG, restava a disposizione di chiunque.

¹ Cfr. A. TOSATO, *The Protection of Traditional Foods in the EU: Traditional Specialities Guaranteed*, in *European Law Journal*, Vol. 19, No. 4, July 2013, p. 555, spec. pp. 545-576.

In definitiva l'unico beneficio della registrazione senza riserva consisteva nella possibilità, per i produttori rispettosi del disciplinare, di identificare il proprio prodotto come «STG» anche attraverso il relativo logo comunitario, con il vantaggio di poter comunicare al mercato che il prodotto rispettava determinate tecniche di produzione (considerate) di tipo tradizionale.

Il primo livello di protezione non conferiva però un uso esclusivo del nome registrato, con la conseguenza che, anche dopo la registrazione della STG, era ancora possibile trovare sul mercato prodotti con lo stesso nome ma fabbricati diversamente con ciò generando un notevole rischio di confusione per il consumatore. Evidentemente la situazione non era migliore dal punto di vista dei produttori che faticavano a comprendere l'utilità di una differenziazione basata sulla sola dicitura «STG» o sul relativo logo comunitario.

II. Il secondo livello (art. 13.2 del Regolamento n. 509/2006) prevedeva la *registrazione con riserva d'uso del nome*. Una volta registrato con riserva, il nome non poteva più essere utilizzato per commercializzare prodotti non rispettosi del disciplinare registrato e ciò in assoluto, quindi neppure senza l'indicazione «Specialità Tradizionale Garantita», l'abbreviazione «STG» o il relativo simbolo comunitario. Pertanto l'uso del nome registrato con riserva restava limitato a beneficio dei soli prodotti conformi al disciplinare. Di conseguenza in questa seconda ipotesi non vi era, almeno in teoria, il rischio di trovare sul mercato prodotti con lo stesso nome ma fabbricati diversamente.

Sotto il precedente regime la protezione dei nomi registrati era più che altro diretta a sanzionare l'uso illecito della dicitura comunitaria «STG» con modalità tali da suggerire un riconoscimento comunitario del prodotto in realtà non conforme al disciplinare «tradizionale».

Oltre a ciò i prodotti registrati con riserva beneficiavano anche di una protezione del nome registrato contro ogni tipo di contraffazione. Il II livello di protezione era tuttavia difficile da ottenere dal momento che un'opposizione fondata su un precedente uso legittimo, notorio ed economicamente significativo del nome era sufficiente ad impedire la registrazione (art. 9.3 del Regolamento (Ce) n. 509/2006).

4. Il fallimento del Regolamento (Ce) n. 509/2006

Il regime appena descritto è stato un autentico insuccesso. Per averne un'idea è sufficiente uno sguardo ai numeri: il sistema delle STG dal 1992 ad oggi ha prodotto solo trentanove registrazioni in tutta l'Unione europea, a fronte di oltre millecento registrazioni di DOP e IGP nello stesso perio-

do². Delle trentanove STG registrate ventisei hanno scelto la modalità di registrazione senza riserva del nome, cioè senza riservarsi l'esclusività della denominazione. Al contrario sono solo tredici le STG registrate con riserva del nome.

Da questi numeri si capisce subito che pochi avevano interesse a registrare sotto lo schema delle STG perché i benefici erano pressoché nulli. Al riguardo è significativo il caso della «Mozzarella» registrata come «STG» nel 1998 ma commercializzata solo in tre casi con il relativo logo. Questo perché l'aggiunta del logo «STG» avrebbe dovuto significare che la mozzarella era stata prodotta in conformità alle ricette tradizionali, ma qualunque produttore, ovunque esso fosse stabilito, avrebbe potuto utilizzare il logo «STG» per la propria mozzarella se prodotta in conformità a tali tecniche. E, come se non bastasse, tale registrazione, essendo senza riserva, non impediva di continuare a utilizzare la denominazione «Mozzarella» per prodotti diversi da quelli individuati dal disciplinare protetto.

In effetti, la prassi ha dimostrato che lo schema delle «STG» ha portato beneficio solo nei rari casi in cui la sua utilizzazione ha permesso in concreto di distinguere un prodotto da altri simili, riservando ad una cerchia di produttori l'uso esclusivo di un nome da abbinare al logo «STG». Così nel noto caso del prosciutto spagnolo «Jamon Serrano» dove il nome «Serrano» ha assunto una funzione esclusiva per designare una Specialità Tradizionale Garantita, ma questo è avvenuto solo per una circostanza contingente, ovvero perché in lingua spagnola «Serrano» significa «di montagna» e in nessun altro Paese europeo il termine «Serrano» può essere utilizzato per designare un prodotto di montagna³.

5. Le ragioni dell'insuccesso del regime precedente

In primo luogo le definizioni di «specificità» e del carattere «tradizionale» contenute nel precedente Regolamento erano fumose e presentavano lacune nei criteri di determinazione, capaci di riflettersi negativamente sulla loro verificabilità pratica. Inoltre i tempi della procedura di registrazione erano mediamente piuttosto lunghi e i relativi costi eccessivi⁴, spe-

² Fonte DOOR <http://ec.europa.eu/agriculture/quality/door/list.html> (ultima visita: 8 giugno 2013).

³ Così F. CAPELLI, *Luci ed ombre del nuovo Regolamento UE 1151/2012 sulla qualità dei prodotti agro-alimentari*, p. 10 ss. - Relazione presentata al Convegno «Geographical Indications and Trademarks», Parma, 15-16 marzo 2013.

⁴ Per un'analisi del precedente Regolamento (Ce) n. 509/2006 si veda M. CIAN, *Le indicazioni di qualità dei cibi nella UE: il contenuto della tutela*, in B. UBERTAZZI - E. MUÑIZ ESPADA (a cura di), *Le indicazioni di qualità degli alimenti*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 191-

cie se in riferimento a produttori di dimensioni medio piccole, quali destinatari naturali del regime delle STG. Tuttavia l'aspetto più importante è che gli operatori e gli Stati membri non sono stati mai attratti dal tipo di protezione offerta dal Regolamento (Ce) n. 509/2006. I dubbi dei produttori riguardavano il fatto che, con la registrazione, il metodo di produzione veniva reso pubblico e ogni altro produttore che lo rispettasse in questo modo avrebbe potuto valersi del logo comunitario e della dicitura STG⁵. Dunque perché registrare? Perché rendere pubblica la propria ricetta e accessibili ai potenziali concorrenti i propri metodi di lavorazione e fabbricazione? Perché condividere il proprio *know-how*? Non conveniva, soprattutto perché in cambio essi avrebbero ottenuto una protezione debole ed un uso del segno non certo esclusivo. Questa con ogni probabilità è la risposta che ha giustificato l'indifferenza di molti produttori verso le STG.

In altre parole l'assenza di esclusività, quantomeno un'esclusività di tipo geografico sul modello delle DOP/IGP, quale corollario necessario di una protezione efficace sul mercato, scoraggiava i soggetti potenzialmente interessati.

Più in generale l'apertura del sistema a chiunque rispettasse il disciplinare protetto, a prescindere dalla zona geografica, appariva contraddittoria rispetto alla finalità di favorire le zone tradizionali di produzione; e ciò perché tale obiettivo era perseguito attraverso la creazione di un sistema di certificazione della specificità, riferito non tanto ai prodotti, quanto alle relative denominazioni di vendita. In sostanza venivano fissati degli *standard* minimi ai quali i produttori dovevano conformarsi per poter utilizzare la denominazione di vendita considerata tradizionale e specifica. Tuttavia si trattava pur sempre di *standard* replicabili ovunque e da chiunque, cosa che evidentemente sviliva l'aspetto tradizionale e specifico⁶. Al riguardo è stato correttamente osservato come il sistema delle STG fosse

201, spec. p. 194; L. COSTATO, *DOP, IGP e STG nei Regolamenti del 2006, adottati anche in relazione ai negoziati WTO*, in *Riv.dir. agr.*, 2006, pp. 351-359 e A. TOSATO, *The Protection of Traditional Foods in the EU*, cit. *supra*, nota 1, spec. p. 562.

⁵ Cfr. lo studio condotto dalla Commissione «*Impact Assessment on Traditional Specialities Guaranteed*», Bruxelles, 10 dicembre 2010 Sec(2010)1525 ed il *Report* della Commissione al Consiglio sul precedente Regolamento (Cee) n. 2082/92, Bruxelles, 19 luglio 1999, Com(1999)374 final.

⁶ Cfr. F. CAPELLI, *La tutela delle denominazioni dei prodotti alimentari di qualità*, in questa *Rivista*, 1998, p. 531 ss., spec. pp. 536-543; S. MASINI, *Sulla funzione delle specialità tradizionali garantite: una nomenclatura tra tradizione e delocalizzazione*, in *Dir. giur. agr., alim. e amb.*, 2006, p. 490.

in realtà costruito in modo tale da sminuire la tipicità e da favorire fenomeni di delocalizzazione e di standardizzazione della produzione⁷.

II. LE STG NEL REGOLAMENTO (UE) N. 1151/2012

1. Le finalità e il livello di protezione unico con riserva d'uso del nome registrato

Purtroppo molte delle considerazioni svolte in precedenza valgono in gran parte anche per il nuovo regime.

Da una lettura dei *considerando* emerge che l'obiettivo del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 è quello di «aiutare i produttori di prodotti tradizionali a comunicare ai consumatori le proprietà che conferiscono valore aggiunto ai loro prodotti». Viene poi riconosciuta la necessità di migliorare le disposizioni preesistenti «per ottenere un regime più comprensibile, efficace e interessante per i potenziali richiedenti» (*considerando* n. 34, Regolamento (Ue) n. 1151/2012). A tal fine il legislatore ha ritenuto sufficiente eliminare la registrazione senza riserva d'uso del nome. Viene quindi mantenuta la sola possibilità di registrare con riserva d'uso del nome senza che la relativa disciplina sia stata modificata. Valgono pertanto le considerazioni critiche appena svolte, in particolare per quanto riguarda l'assenza di esclusività e le conseguenze ad essa connesse in termini di rischi di delocalizzazione e standardizzazione della produzione.

2. L'estensione del contenuto della protezione

Il contenuto della protezione è stato comunque ampliato. Dal confronto del nuovo art. 24 con il precedente art. 17 risulta infatti che la tutela dei nomi registrati è stata estesa alle modalità imitative ed evocative dell'uso dei nomi, oltreché alle pratiche di induzione in inganno del consumatore (già previste dal Regolamento (Ce) n. 509/2006). Ciononostante la protezione delle STG è ancora molto debole, soprattutto se considerata alla luce della tutela prevista per DOP ed IGP.

⁷ Così G. E. SIRONI, *Conflitti tra marchi e indicazioni comunitarie di qualità (DOP, IGP, STG)*, in B. UBERTAZZI - E. MUÑIZ ESPADA (a cura di), *Le indicazioni di qualità degli alimenti*, cit. *supra*, nota 4, pp. 208-242, spec. p. 225.

3. Le nuove definizioni di «Specificità» e del carattere «Tradizionale»

La nuova definizione di «Specificità» ricalca quella precedente ma è più restrittiva perché si riferisce ora espressamente ai soli prodotti e non più anche ai nomi. Difatti non è più prevista la possibilità di registrare un nome che sia «*specifico in sé*». Si tratta di una novità certamente positiva considerata l'assenza di qualsiasi parametro utile a determinare il maggiore o minore grado di specificità di un nome. Peraltro, come nella normativa precedente, anche nel Regolamento (Ue) n. 1151/2012 mancano criteri normativi utili a stabilire se in concreto una caratteristica è capace o meno di distinguere nettamente un prodotto da un altro analogo.

Altra modifica di rilievo consiste nell'aumento da venticinque a trenta anni del tempo necessario a qualificare un prodotto come «Tradizionale». Dal *considerando* n. 36 del nuovo Regolamento si desume che l'aumento a trenta anni risponde all'esigenza di garantire che siano registrati solo prodotti «*davvero*» tradizionali. Si deve tuttavia notare che in tal modo diventa più oneroso per i potenziali candidati provare l'elemento tradizionale e ciò può tradursi in un'ulteriore minore attrattività di un regime già poco attraente di per sé⁸.

Ad ogni modo, anche con la nuova disciplina (art. 21) per poter accedere al regime di tutela delle STG è necessario che, in sede di opposizione, non sia dimostrato che il nome di cui si chiede la registrazione è già utilizzato *i.* legittimamente, *ii.* notoriamente ed in modo *iii.* economicamente significativo per prodotti analoghi. Si tratta di tre requisiti cumulativi che devono coesistere in riferimento al territorio dell'Unione. Analogamente al sistema precedente, tuttavia, anche il nuovo Regolamento non fornisce criteri utili a verificare in concreto la sussistenza dei predetti requisiti.

4. Le STG e gli altri segni della proprietà intellettuale

Infine uno degli aspetti più interessanti del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 riguarda i rapporti tra le STG e gli altri segni della proprietà intellettuale, in particolare le DOP ed IGP.

⁸ Se è vero che con tale novità il legislatore ha voluto limitare la registrazione sotto il nuovo schema delle STG ai prodotti «*davvero*» tradizionali, non si capisce come mai non si sia concentrato piuttosto sugli elementi imprescindibili per assicurare tale esigenza quali, ad esempio, il collegamento con un'area determinata.

Da un lato il nuovo Regolamento ribadisce la sostanziale subordinazione delle Specialità Tradizionali Garantite rispetto alle DOP/IGP oltreché agli altri segni distintivi, precisando che l'applicazione del regime delle STG «lascia impregiudicate le norme dell'Unione o degli Stati membri che disciplinano la proprietà intellettuale, in particolare quelle relative alle denominazioni di origine e indicazioni geografiche e ai marchi, e i diritti concessi in base a tali norme» (art. 43).

Ancora una volta, però, il legislatore comunitario perde l'occasione per chiarire se le STG costituiscono o meno «diritti preesistenti» sui quali poter fondare l'opposizione ad un marchio comunitario. Al riguardo l'attuale art. 7 del Regolamento (Ce) n. 207/2009 sul marchio comunitario menziona esclusivamente DOP e IGP tra i segni che sono esclusi dalla registrazione. Tuttavia, con la recente proposta di riforma del Regolamento in questione, la Commissione includerebbe nel nuovo art. 7 anche i marchi che contengono o consistono in STG tra i segni che non possono essere registrati⁹.

Dall'altro lato, curiosamente, il nuovo Regolamento non ripropone la norma del precedente regime (art. 4.1 seconda parte del Regolamento (Ce) n. 509/2006) che impediva la registrazione di un prodotto la cui specificità risiedesse nell'origine geografica.

Come chiarito in precedenza, tale norma produceva l'effetto di separare il regime delle STG da quello delle DOP/IGP, definendo i rispettivi confini e prevenendo la registrazione di un prodotto agroalimentare sotto una pluralità di schemi. Di conseguenza il campo di applicazione del Regolamento (Ce) n. 509/2006 veniva limitato a prodotti in qualche misura tradizionali ma comunque non riconducibili ai canoni «geografici» propri delle DOP/IGP. Al contrario oggi, senza questa regola, lo schema delle STG e quello delle DOP/IGP non sembrano più costruiti in modo tale da escludersi reciprocamente. Nel nuovo testo, infatti, niente impedisce la registrazione come STG di un prodotto che è specifico solo perché proviene da una determinata zona, creando in tal modo una potenziale sovrapposizione con DOP ed IGP¹⁰.

⁹ Cfr. il testo della Proposta recante modifica del Regolamento (Ce) n. 207/2009 del Consiglio sul marchio comunitario: Com(2013)161 final 2013/0088 (COD), reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0161:FIN:IT:PDF>.

¹⁰ A. TOSATO, *The Protection of Traditional Foods in the EU*, cit. *supra*, nota 1, p. 568.

III. CONCLUSIONI

Dalle considerazioni appena svolte emerge come, al di là di alcune migliorie tutto sommato poco rilevanti, il fulcro della disciplina delle STG sia rimasto lo stesso anche con il nuovo Regolamento (Ue) n. 1151/2012. La riforma non sembra aver risolto le contraddizioni proprie di questo schema, in particolare quelle relative agli obiettivi della stessa legislazione comunitaria che sembrano inconciliabili con la portata delle STG. È ad esempio difficile comprendere come le STG possano favorire lo sviluppo delle zone rurali soprattutto quelle svantaggiate (*considerando* n. 4) dato che il luogo di produzione è del tutto indifferente ai fini della registrazione come STG. Parimenti non si capisce come esse possano contribuire all'ottenimento di «una gamma diversificata di prodotti di qualità» (*considerando* n. 3) o favorire i produttori tradizionali, dato che esse si limitano a stabilire *standard* minimi, rispettati i quali ciascun produttore, ovunque esso si trovi, è autorizzato ad utilizzare la denominazione registrata così come il logo e la dicitura comunitaria, indipendentemente dal luogo di origine del prodotto. È quindi semmai probabile che ne traggano beneficio quei produttori che sono collocati ovunque il processo di replica del prodotto tradizionale risulti meno costoso, con un rilevante effetto in termini di delocalizzazione e standardizzazione della produzione¹¹. Inoltre i produttori non sono certo attratti dalla prospettiva di render pubblici e liberamente utilizzabili ricette e metodi di produzione, a cui si aggiunge il rischio di attrarre un numero indefinito di concorrenti.

Come è stato correttamente osservato, con le STG «il legislatore comunitario voleva stabilire una sorta di nomenclatura garantita, per prodotti bensì rispondenti ad una tradizione ma ad una tradizione che (pretendeva) "delocalizzata" ovvero liberamente utilizzabile anche da soggetti operanti in luoghi diversi da quelli in cui il prodotto era nato»¹².

A ben vedere, tuttavia, la chiave dell'insuccesso delle STG sta proprio nel fatto che tale schema prescinde dal legame tra prodotto e territorio, legame che fa sì che di norma i prodotti tradizionali siano tali proprio perché radicati in un'area geografica determinata.

È dunque davvero possibile prescindere dal luogo di origine nella definizione di un prodotto tradizionale? È possibile dissociare prodotto, ter-

¹¹ Cfr. *supra*, note 6 e 7. In tal senso si veda anche A. TOSATO, *The Protection of Traditional Foods in the EU*, cit. *supra*, nota 1, p. 573.

¹² Così C. GALLI, *Globalizzazione dell'economia e tutela delle denominazioni di origine in rapporto alla globalizzazione dei mercati*, in *Diritto Industriale*, 2004, Parte I, p. 71, spec. p. 60 ss.

ritorio e tradizione? È sostenibile un concetto giuridico di «prodotto tradizionale» autonomo dalla dimensione geografica?

Alla luce dei risultati fallimentari del regime delle STG sembra difficile, o comunque poco auspicabile, uno schema di tutela della qualità che qualifichi come tradizionale un prodotto che si pretende anonimo dal punto di vista dell'origine geografica.

È interessante notare che il parere del Comitato Economico e Sociale, reso nel corso del processo di riforma, già nel 2009 ha rilevato come i prodotti a marchio STG siano intrinsecamente legati al territorio e, al riguardo, sia dunque più appropriato parlare di «specialità tradizionali e locali» proprio perché tale terminologia meglio esprime la trasmissione (tradizione) di metodi produttivi basati su conoscenze e pratiche locali (carattere locale)¹³.

Pertanto molti dei prodotti registrati o potenzialmente registrabili come STG potrebbero in teoria rientrare nello schema delle IGP, possedendone già tutti i requisiti. Ciò perché si tratta di prodotti essenzialmente inseparabili dalla cultura locale che costituiscono un riflesso tipico della loro origine geografica.

Sembra pertanto naturale chiedersi se l'intenzione del legislatore fosse quella di creare un *tertium genus* di indicazioni geografiche, meno qualificate delle IGP e destinate a godere di una protezione più debole rispetto ad esse. In tal senso potrebbe forse essere interpretata la mancata conferma della norma che nel precedente Regolamento (Ce) n. 509/2006 impediva di registrare un prodotto la cui specificità consistesse nell'origine geografica.

Matteo Gragnani**

SINTESI

Il tema delle Specialità Tradizionali Garantite (STG) presenta un certo grado di complessità soprattutto perché non è facile descrivere la storia di un regime fallimentare, specie se considerato alla luce degli ottimi risultati ottenuti dal sistema storicamente coetaneo (1992) delle Denominazioni d'Origine e Indicazioni Geografiche Protette (DOP/IGP). La difficoltà è aumentata dal momento in cui le STG sono state riproposte, apparentemente senza modifiche decisive, per ben due

¹³ Parere del Comitato Economico e Sociale sulla Comunicazione della Commissione Com(2009)234 final, NAT/448 Agricultural Product Quality Policy, Bruxelles, 20 gennaio 2010, reperibile sul sito internet http://eescopinions.eesc.europa.eu/EESCopinionDocument.aspx?identifier=ces\nat\nat448\ces105-2010_ac.doc&language=EN.

** Avvocato in Milano

volte (Regolamento (Ce) n. 509/2006 e Regolamento (Ce) n. 1151/2012).

L'idea del presente intervento è quella di individuare i principali punti deboli di questa disciplina e di verificare se il nuovo Regolamento abbia posto rimedio ai difetti precedenti o se, ancora una volta, le STG siano destinate all'insuccesso. A tal fine è essenziale ripercorrere brevemente la precedente normativa cercando di capire perché gli operatori non sono mai stati attratti da questo schema. Di seguito, quindi, una breve analisi del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 limitata esclusivamente alle novità sostanziali per valutare se, e in che misura, queste siano sufficienti a sanare le precedenti lacune.

ABSTRACT

Traditional Specialties Guaranteed (TSG) show a certain degree of complexity, above all because it is not easy to describe the history of a disastrous regime, especially if it is considered in the light of excellent results obtained by parallel system (1992) of Protected Designations of Origin and Protected Geographical Indications (PDO/PGI). Difficulty has increased because TSG have been proposed twice again, apparently without decisive changes (Reg. No 509/2006 and Reg. No 1151/2012).

The idea of this presentation is to examine the main weak points of the TSG discipline and to verify whether the new Regulation has filled previous gaps or if, once more, TSG system is doomed to fail. To this end it is crucial to review previous legislation trying to understand why producers were never attracted by this scheme. Then, I will briefly analyze Regulation No 1151/2012 focusing exclusively on the substantial innovations to assess whether, and to what extent, these are sufficient to remedy the above mentioned deficiencies.

CONSIGLIO EUROPEO*

Conclusioni del Consiglio europeo, 7-8 febbraio 2013

I. Commercio

1. Il potenziamento della crescita sostenibile e dell'occupazione è una priorità fondamentale dell'UE. Gli scambi di beni e di servizi e gli investimenti possono apportare un contributo significativo al riguardo. Si stima che un'agenda commerciale ambiziosa possa condurre a medio termine a un incremento complessivo del 2% della crescita e alla creazione di 2 milioni di posti di lavoro. Per trarre il massimo vantaggio dal commercio, l'UE deve sviluppare un quadro politico interno appropriato al fine di sostenere la competitività, aprire gli scambi di servizi, potenziare la base industriale in Europa e rafforzare la posizione dell'Europa nelle catene del valore globali.

(Omissis)

5. Accordi plurilaterali e settoriali possono contribuire all'agenda dell'UE per la crescita. L'UE attende con interesse i prossimi negoziati sui servizi e il tempestivo completamento del riesame dell'accordo sulla tecnologia dell'informazione. Sono necessari ulteriori progressi verso la liberalizzazione degli scambi dei beni e servizi ambientali, in quanto contributo positivo verso un'economia efficiente sotto il profilo delle risorse, più verde e più competitiva.

6. Pur rimanendo impegnata a favore dell'ulteriore sviluppo del sistema commerciale multilaterale, nell'immediato l'UE intende concentrarsi sullo sviluppo delle proprie relazioni commerciali bilaterali, che possono e devono apportare un contributo positivo al sistema multilaterale. Fondandosi sulle norme OMC e accrescendo e accelerando la promozione dell'apertura, gli accordi bilaterali dell'UE contribuiranno ad aprire la strada ad ulteriori progressi a livello multilaterale.

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo è reperibile sul sito internet <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions.aspx?lang=it> (n.d.r.).

II. Relazioni esterne

Primavera araba

9. L'Europa ed i suoi partner del Mediterraneo meridionale condividono un vicinato comune e sono accomunati da interessi e preoccupazioni condivisi. L'UE è fortemente determinata ad impegnarsi in un partenariato reciprocamente vantaggioso, volti a realizzare uno spazio di prosperità condivisa, un'associazione politica più stretta e un'integrazione economica graduale e fondati sull'adesione ai valori universali, quali la democrazia, il rispetto dei diritti umani, lo stato di diritto e la parità di genere. La società civile ha un ruolo importante da svolgere nella transizione verso la democrazia. Lo sviluppo di questo partenariato dovrebbe essere realizzato ricorrendo ad un'ampia gamma di strumenti e richiede un impegno a lungo termini da entrambe le parti.

10. Nel corso degli ultimi due anni si sono verificati nella regione cambiamenti radicali, con importanti transizioni democratiche all'indomani della primavera araba. In vari paesi si sono tenute per la prima volta elezioni democratiche e si stanno ponendo progressivamente le fondamenta essenziali della democrazia. L'UE sostiene con forza tali processi ed incoraggia i governi, nonché le forze politiche e sociali dei paesi interessati, a proseguire gli sforzi volti a sviluppare democrazie stabili e solide al di là dei processi elettorali, che dovrebbero essere liberi ed equi, e ad elaborare processi inclusivi fondati sul dialogo.

11. Tale processo di transizione democratica richiederà del tempo e deve tener conto delle realtà politiche e sociali delle comunità locali interessate, ma deve fondarsi in modo chiaro sulla promozione e sulla protezione dei diritti umani, delle libertà fondamentali e dello stato di diritto. Molti paesi della regione si trovano nel contempo a far fronte a sfide socioeconomiche considerevoli, che occorre affrontare con urgenza sia per consentire alle loro economie di ripartire su basi solide, sia per contribuire al consolidamento della transizione democratica.

12. L'UE ha dato prova di un forte impegno a favore di questo nuovo partenariato, in uno spirito di cotitolarità, sin dall'inizio della primavera araba ed è decisa a rafforzare ulteriormente il proprio sostegno ai processi di transizione democratica ed economica nella regione, sulla base di un approccio differenziato, in base al quale i paesi che si stanno più adoperando a favore delle riforme democratiche ricevono più sostegno. (*Omissis*)

17. Il Consiglio europeo deplora la terribile situazione in Siria, il paese che continua a destare le maggiori preoccupazioni tra quelli le cui società si sono mobilitate durante la primavera araba. Chiede la cessazione immediata delle violenze ed esprime preoccupazione riguardo alle violazioni diffuse e sistematiche dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario, di cui il regime di Assad è il responsabile primario. Ribadisce il suo sostegno agli sforzi compiuti dal rappresentante speciale congiunto Brahimi per giungere ad una soluzione politica.

Esprime il proprio sostegno alle aspirazioni del popolo siriano e alla coalizione nazionale delle forze siriane della rivoluzione e dell'opposizione, quali le

gittimi rappresentanti del popolo siriano, e sottolinea la necessità di una transizione politica verso un futuro senza Assad ed il suo regime illegittimo. L'UE mobilerà le proprie risorse al fine di prestare piena assistenza al consolidamento della pace ed all'instaurazione della democrazia. Essa continuerà a fornire aiuti umanitari ed altro sostegno di natura civile al popolo siriano. In questo contesto e alla luce della situazione di emergenza umanitaria, il Consiglio europeo plaude ai significativi impegni assunti alla conferenza dei donatori tenutasi in Kuwait, incoraggia gli Stati membri e la Commissione ad aumentare ulteriormente i rispettivi contributi e invita tutte le parti del conflitto ad agevolare l'accesso umanitario. Il Consiglio europeo rammenta di aver affidato a dicembre al Consiglio l'incarico di lavorare su tutte le opzioni per sostenere ed aiutare l'opposizione e consentire un maggiore sostegno alla protezione della popolazione civile. In tal senso, rileva che il Consiglio valuterà e riesaminerà, ove necessario, nella sua prossima sessione il regime di sanzioni imposto nei confronti della Siria in previsione della scadenza di quest'ultimo fissata per marzo.

18. Mali (*Omissis*)

Conclusioni del Consiglio europeo, 14-15 marzo 2013

Negli ultimi anni abbiamo fatto molto per rispondere alle sfide pressanti poste dalla crisi del settore finanziario e del debito sovrano, con l'obiettivo di preparare la strada per il ritorno a una crescita sostenibile foriera di occupazione e di progredire verso una governance economica rafforzata sia a livello dell'UE sia a livello della zona euro. Molto è stato realizzato, nonostante alcune incertezze residue nei mercati finanziari. Tuttavia, la stagnazione dell'attività economica prevista per il 2013 e i livelli di disoccupazione inammissibilmente elevati mettono in rilievo quanto sia fondamentale accelerare gli sforzi a sostegno della crescita in via prioritaria, portando avanti nel contempo un risanamento di bilancio favorevole alla crescita. Il Consiglio europeo ha svolto un ampio dibattito sulla situazione economica e sociale e ha fissato gli orientamenti per la politica economica degli Stati membri e dell'Unione europea nel 2013. Occorre concentrare l'attenzione sull'attuazione delle decisioni adottate, in particolare per quanto riguarda il patto per la crescita e l'occupazione. È necessario attribuire una particolare priorità al sostegno dell'occupazione giovanile e alla promozione della crescita e della competitività. Il Consiglio europeo ritornerà in giugno sulla valutazione delle politiche in fase di definizione a livello nazionale per attuare queste priorità, nonché sull'attuazione del patto per la crescita e l'occupazione. Ha convenuto di discutere nei mesi a venire temi specifici con un alto potenziale in termini di generazione di crescita e occupazione. Ha altresì preso atto

dei lavori in corso sull'approfondimento dell'unione economica e monetaria (UEM) in vista della riunione di giugno.

I. Politica economica e sociale

Semestre europeo: promuovere competitività, crescita e occupazione, in particolare per i giovani

1. Come convenuto nel dicembre scorso, gli Stati membri e l'Unione europea stanno procedendo con azioni incisive per promuovere la competitività, la crescita e l'occupazione, secondo le priorità seguenti enunciate nell'analisi annuale della crescita:

- a. portare avanti un risanamento di bilancio differenziato e favorevole alla crescita,
- b. ripristinare la normale erogazione di prestiti all'economia,
- c. promuovere la crescita e la competitività,
- d. lottare contro la disoccupazione e le conseguenze sociali della crisi,
- e. modernizzare la pubblica amministrazione.

(Omissis)

9. Il Consiglio europeo pone oggi un accento particolare sui seguenti temi:

a. affrontare la disoccupazione è la sfida sociale più importante che ci troviamo davanti. Nell'attuale contesto è pertanto necessario trattare in via prioritaria e con particolare attenzione le politiche attive per l'occupazione, sociali e del mercato del lavoro, così come occorre attribuire una particolare priorità alla promozione dell'occupazione giovanile. I sistemi di istruzione e formazione devono funzionare meglio, assicurando ai giovani le competenze necessarie e un collegamento più efficace tra il mondo del lavoro e quello dell'istruzione. A seguito dell'accordo raggiunto nel Consiglio europeo di febbraio 2013 sull'iniziativa a favore dell'occupazione giovanile, la Commissione ha presentato, nell'ambito dei negoziati in corso sul regolamento relativo al fondo sociale europeo, proposte sugli aggiustamenti tecnici che consentiranno all'iniziativa di diventare pienamente operativa dal 1° gennaio 2014. Nel frattempo gli Stati membri possono avvalersi, attingendo a tutti i fondi strutturali pertinenti, dei finanziamenti disponibili nell'attuale periodo di programmazione per contribuire alla lotta contro la disoccupazione giovanile. A tale riguardo, il Consiglio europeo si compiace degli sforzi della Commissione per sviluppare ulteriormente la collaborazione con gli Stati membri in cui si riscontrano i livelli di disoccupazione giovanile più elevati. L'accordo raggiunto il 28 febbraio in sede di Consiglio sulla garanzia per i giovani contribuirà a garantire che tutti i giovani di età inferiore a 25 anni ricevano un'offerta di lavoro, proseguimento degli studi, apprendistato o tirocinio di buona qualità entro un periodo di quattro mesi dall'inizio della disoccupazione o dall'uscita dal sistema d'istruzione formale. Tale accordo dovrebbe essere attuato

rapidamente, anche grazie al sostegno dell'iniziativa a favore dell'occupazione giovanile. Più in generale, occorre altresì portare avanti i lavori nell'ambito del pacchetto occupazione, anche in ordine a un'occupazione femminile significativamente maggiore, alla riduzione della disoccupazione di lunga durata e alla piena partecipazione dei lavoratori anziani. È essenziale affrontare le conseguenze sociali della crisi e lottare contro la povertà e l'esclusione sociale.

b. Il mercato unico continua ad essere una forza trainante fondamentale per la crescita e l'occupazione. In questo contesto il Consiglio europeo invita gli Stati membri a tenere pienamente conto delle raccomandazioni contenute nella relazione della Commissione "Stato dell'integrazione del mercato unico" e si compiace dell'intenzione della Commissione stessa di integrare tale relazione nelle prossime analisi annuali della crescita. La conclusione rapida dei lavori su tutte le proposte dell'Atto per il mercato unico I è una priorità essenziale, segnatamente in ordine a fascicoli fondamentali quali: direttive contabili, qualifiche professionali, appalti pubblici, distacco dei lavoratori, identificazione/firma elettronica, con l'obiettivo di promuovere la competitività, approfondire il mercato unico e rimuovere ostacoli ingiustificati. La Commissione presenterà senza indugio le restanti proposte dell'Atto per il mercato unico II nella prospettiva di un rapido esame, cosicché possano essere adottate entro la scadenza dell'attuale legislatura. Urge inoltre migliorare l'attuazione di tutta la legislazione sul mercato unico, compresa la direttiva "Servizi", in particolare attraverso una rigorosa revisione tra pari e un'azione celere per eliminare ostacoli ingiustificati. Il Consiglio europeo continuerà a riesaminare periodicamente tutti questi aspetti.

c. Sono necessari ulteriori interventi per ridurre l'onere complessivo della regolamentazione a livello dell'UE e nazionale, tenendo sempre presente la necessità di tutelare adeguatamente consumatori e lavoratori dipendenti. Gli Stati membri e la Commissione dovrebbero portare avanti i lavori sulla regolamentazione intelligente alla luce delle recenti comunicazioni della Commissione stessa, ponendo in particolare l'accento sulle esigenze delle PMI. Gli Stati membri presteranno particolare attenzione a evitare oneri ulteriori nell'attuazione della legislazione dell'UE. Il Consiglio europeo accoglie con favore la recente relazione della Commissione concernente la regolamentazione più gravosa per le PMI e attende con interesse di ricevere le prime proposte concrete per dare attuazione ai risultati emersi entro giugno. (*Omissis*)

10. Il Consiglio europeo terrà nei prossimi mesi una serie di discussioni tematiche su aspetti settoriali e strutturali, essenziali per la crescita economica e la competitività europea. Queste discussioni confluiranno anche, il prossimo anno, in un dibattito sulla strategia Europa 2020 e sull'analisi dei progressi realizzati verso gli obiettivi principali della stessa. In vista di queste discussioni, chiede che i lavori preparatori siano condotti, prioritariamente, sulle questioni seguenti:

a. energia (maggio 2013): sono in corso i lavori sul completamento del mercato interno dell'energia e sulle interconnessioni con i mercati europei dell'energia. Nessuno Stato membro dell'UE dovrebbe rimanere isolato dalle reti europee di distribuzione del gas e dell'energia elettrica dopo il 2015. L'Europa necessita

di investimenti in moderne infrastrutture energetiche e occorre affrontare la sfida dei prezzi elevati dell'energia che ostacolano la competitività;

b. innovazione (ottobre 2013): il Consiglio europeo attende con interesse la presentazione, a cura della Commissione, della relazione sull'andamento dei lavori riguardo allo spazio europeo della ricerca nonché della sua comunicazione sullo stato dell'innovazione nell'Unione nel 2012, compreso l'indicatore unico dell'innovazione, in tempo per discuterne;

c. agenda digitale e altri servizi (ottobre 2013): il Consiglio europeo prende atto dell'intenzione della Commissione di riferire ben prima di ottobre sullo stato dell'arte e sugli ostacoli che ancora devono essere affrontati per assicurare il completamento del mercato unico digitale pienamente funzionante entro il 2015, nonché misure concrete intese a realizzare quanto prima il mercato unico nelle tecnologie dell'informazione e della comunicazione;

d. difesa (dicembre 2013): in questo contesto il Consiglio europeo vaglierà inoltre le modalità di sviluppo di una base industriale e tecnologica di difesa europea più integrata, innovativa e competitiva;

e. competitività e politica industriale (giugno 2013 e febbraio 2014): nel sottolineare quanto sia importante rendere l'Europa un luogo più competitivo per la produzione e gli investimenti, il Consiglio europeo attende con interesse il seguito delle recenti comunicazioni della Commissione sulla politica industriale e su settori industriali specifici, nonché la presentazione tempestiva di ulteriori contributi della Commissione a questa discussione: la relazione sulla competitività europea, la relazione sull'attuazione delle priorità in materia di politica industriale e le conclusioni del riesame del mercato unico dei prodotti industriali.

Approfondire l'UEM

11. Il Consiglio europeo ha preso atto dei lavori in corso sui quattro ambiti individuati nelle sue conclusioni del dicembre 2012 sull'approfondimento dell'UEM. Qualsiasi nuova misura verso il rafforzamento della *governance* economica dovrà essere accompagnata da ulteriori misure verso un livello più elevato di legittimità e responsabilità.

12. Sono urgentemente necessari progressi verso un quadro finanziario maggiormente integrato per ripristinare la normale erogazione di prestiti, migliorare la competitività e contribuire a introdurre i necessari aggiustamenti economici. Oltre ai progressi compiuti riguardo alle nuove norme relative ai requisiti patrimoniali delle banche, è necessario risolvere rapidamente i rimanenti problemi tecnici ancora in sospeso affinché un accordo finale possa essere raggiunto entro la fine del mese. Concludere nel corso delle prossime settimane il processo legislativo relativo al meccanismo di vigilanza unico è un compito prioritario.

(*Omissis*)

Conclusioni del Consiglio europeo, 22 maggio 2013

Nell'attuale contesto economico dobbiamo mobilitare tutte le nostre politiche a sostegno della competitività, dell'occupazione e della crescita.

A tale riguardo è fondamentale per le nostre economie un approvvigionamento energetico a prezzi accessibili e sostenibile. Per questo il Consiglio europeo ha convenuto in data odierna una serie di orientamenti in quattro settori che, nell'insieme, dovrebbero consentire all'UE di favorire la sua competitività e rispondere alla sfida dei prezzi e costi elevati: l'urgente completamento di un mercato interno dell'energia pienamente funzionante e interconnesso, l'agevolazione dei necessari investimenti nel settore energetico, la diversificazione degli approvvigionamenti dell'Europa e una maggiore efficienza energetica.

La frode fiscale e l'evasione fiscale limitano la capacità dei paesi di conseguire un gettito e di attuare le loro politiche economiche. In un periodo di rigidi vincoli di bilancio, la lotta alla frode fiscale e all'evasione fiscale va oltre il problema dell'equità fiscale - essa diventa un elemento essenziale per l'accettabilità sociale e politica del risanamento dei conti pubblici. Il Consiglio europeo ha convenuto di accelerare i lavori in materia di lotta alla frode fiscale e all'evasione fiscale nonché alla pianificazione fiscale aggressiva. Sarà in particolare data priorità ai lavori sulla promozione, a tutti i livelli, dello scambio automatico di informazioni e sull'ampliamento della sua portata.

I. Energia

1. La politica energetica dell'UE deve garantire la sicurezza dell'approvvigionamento per le famiglie e le imprese a prezzi e costi accessibili e competitivi, in modo sicuro e sostenibile. Ciò è particolarmente importante per la competitività dell'Europa alla luce del crescente fabbisogno energetico delle principali economie e degli elevati prezzi e costi dell'energia. Gli orientamenti fissati dal Consiglio europeo del febbraio 2011 restano validi e la loro attuazione deve proseguire, ma è necessario un ulteriore impegno come indicato di seguito.

2. Riaffermando gli obiettivi di completamento del mercato interno dell'energia entro il di sviluppo delle interconnessioni in modo da porre fine all'isolamento di Stati membri dalle reti europee di distribuzione del gas e dell'energia elettrica entro il 2015, il Consiglio europeo ha invitato ad attribuire una particolare priorità:

a. all'attuazione efficace e coerente del terzo "pacchetto energia" nonché all'accelerazione dell'adozione e applicazione dei rimanenti codici di rete; gli Stati membri che non hanno ancora ultimato il recepimento sono invitati a farlo d'urgenza;

b. all'applicazione di tutte le altre normative correlate, quali la direttiva sulla promozione delle energie rinnovabili e il regolamento sulla sicurezza dell'approvvigionamento di gas;

c. a un'azione più decisa sul fronte della domanda nonché allo sviluppo delle

tecnologie correlate, inclusa l'elaborazione di piani nazionali per la diffusione rapida delle reti e dei contatori intelligenti in linea con la normativa in vigore;

d. al potenziamento del ruolo e dei diritti dei consumatori, anche per quanto riguarda il cambio di fornitore, una migliore gestione del consumo di energia e i sistemi di generazione propria di energia; al riguardo, il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di proteggere i consumatori vulnerabili;

e. alla presentazione da parte della Commissione di orientamenti sui meccanismi di regolazione della capacità e sul problema dei flussi di energia non programmati.

3. La Commissione ha intenzione di riferire sui progressi nell'attuazione del mercato interno dell'energia all'inizio del 2014. Gli Stati membri procederanno allo scambio periodico di informazioni sulle più importanti decisioni nazionali in materia di energia aventi un possibile impatto su altri Stati membri, nel pieno rispetto delle scelte di mix energetico compiute a livello nazionale.

(Omissis)

II. Fiscalità

10. È importante adottare provvedimenti efficaci per combattere l'evasione fiscale e la frode fiscale, soprattutto nell'attuale contesto di risanamento dei conti pubblici, allo scopo di tutelare i redditi e assicurare la fiducia del pubblico nell'equità e nell'efficacia dei regimi fiscali. In tale settore sono necessari maggiori sforzi che mettano insieme misure a livello nazionale, europeo e mondiale, nel pieno rispetto delle competenze degli Stati membri e dei trattati. *(Omissis)*

Conclusioni del Consiglio europeo, 27-28 giugno 2013

In un contesto di deboli prospettive economiche nel breve periodo, in parecchi Stati membri la disoccupazione giovanile ha raggiunto livelli senza precedenti con costi umani e sociali pesanti. È pertanto necessario agire con urgenza.

Oggi il Consiglio europeo ha convenuto un approccio globale alla lotta contro la disoccupazione giovanile muovendo dalle misure concrete seguenti: accelerare l'iniziativa a favore dell'occupazione giovanile e anticiparne il finanziamento nella fase iniziale; accelerare l'attuazione della Garanzia per i giovani; potenziare la mobilità dei giovani e il coinvolgimento delle parti sociali. Il Consiglio europeo ha altresì discusso delle modalità per favorire gli investimenti e migliorare l'accesso al credito. Ha chiesto che si mobilitino le risorse europee, comprese quelle della BEI, e ha varato un nuovo piano per gli investimenti a sostegno delle PMI e a favore del finanziamento dell'economia.

La stabilità finanziaria sta migliorando, ma l'UE e gli Stati membri devono prendere ulteriori provvedimenti per riportare decisamente l'Europa sul cammino della crescita sostenibile e dell'occupazione. Finanze pubbliche sane e politiche a sostegno della crescita sostenibile e dell'occupazione si rafforzano a vicenda. Nel contempo sono necessarie, a tutti i livelli, iniziative più incisive per portare avanti le riforme strutturali e favorire la competitività e l'occupazione. In questo contesto il Consiglio europeo ha approvato le raccomandazioni specifiche per paese volte a fornire orientamenti per le politiche e i bilanci degli Stati membri, concludendo in tal modo il semestre europeo 2013.

Il Consiglio europeo ha inoltre valutato i progressi verso l'unione bancaria, cruciale per la stabilità finanziaria e il buon funzionamento dell'UEM. Ha infine delineato le prossime tappe per il rafforzamento dell'architettura dell'UEM e ha esortato a proseguire i lavori su tutti questi aspetti in vista del Consiglio europeo di dicembre.

Il Consiglio europeo ha accolto calorosamente la Croazia tra i membri dell'Unione europea dal 1° luglio 2013. Si è altresì congratulato con la Lettonia per aver soddisfatto i criteri di convergenza del trattato, il che le permetterà di adottare l'euro il 1° gennaio 2014.

Il Consiglio europeo ha approvato le conclusioni e le raccomandazioni del Consiglio sull'allargamento e il processo di stabilizzazione e di associazione.

I. Occupazione giovanile

1. La lotta alla disoccupazione giovanile è un obiettivo specifico e immediato, considerato il numero inaccettabilmente alto di giovani europei disoccupati. Occorre mobilitare tutti gli sforzi per l'obiettivo condiviso di far sì che i giovani disoccupati e al di fuori di ogni ciclo di istruzione e formazione intraprendano un nuovo lavoro o un ciclo di istruzione o formazione entro un periodo di quattro mesi come stabilito nella raccomandazione del Consiglio sulla "Garanzia per i giovani". Muovendo dalla comunicazione della Commissione sull'occupazione giovanile, si impone un'azione determinata e immediata a livello sia nazionale che dell'UE.

2. L'UE mobiliterà tutti gli strumenti disponibili a sostegno dell'occupazione giovanile. Il Consiglio europeo conviene un approccio globale fondato sulle misure concrete seguenti:

a. nell'attuazione dei fondi strutturali l'accento sarà posto in particolare sull'occupazione giovanile, anche riprogrammando fondi non spesi ove opportuno. La Commissione e gli Stati membri sfrutteranno tutte le possibilità offerte dal Fondo sociale europeo (FSE), che rappresenta uno degli strumenti finanziari principali a tal fine a livello dell'UE, anche sostenendo la creazione di nuovi posti di lavoro per i giovani lavoratori. Ove opportuno gli Stati membri miglioreranno la propria capacità amministrativa avvalendosi di un'assistenza tecnica rafforzata da parte della Commissione e facendo affidamento sulle migliori pratiche;

b. si effettueranno tutti i preparativi necessari affinché l'iniziativa a favore dell'occupazione giovanile sia pienamente operativa entro gennaio 2014, in modo

da consentire i primi pagamenti ai beneficiari nelle regioni dell'UE con tassi di disoccupazione giovanile superiori al 25%¹. Affinché l'iniziativa possa svolgere appieno il suo ruolo i 6 miliardi di EUR a questa assegnati dovrebbero essere erogati nei primi due anni del prossimo quadro finanziario pluriennale². Inoltre i margini di disponibilità entro i massimali del QFP per gli anni 2014-2017 saranno usati per costituire un "margine globale per gli impegni" al fine di finanziare, in particolare, misure di lotta contro la disoccupazione giovanile. Gli Stati membri beneficiari dell'iniziativa a favore dell'occupazione giovanile dovrebbero adottare un piano che affronti la disoccupazione giovanile, anche attraverso l'attuazione della "Garanzia per i giovani" entro la fine dell'anno. Gli altri Stati membri sono incoraggiati ad adottare piani analoghi nel 2014. Nel 2016 la Commissione riferirà sull'attuazione della "Garanzia per i giovani" e sul funzionamento dell'iniziativa a favore dell'occupazione giovanile;

c. la BEI contribuirà a lottare contro la disoccupazione giovanile attraverso la sua iniziativa centrata sui posti di lavoro per i giovani e il suo programma a favore degli investimenti nelle competenze, che dovrebbero essere attuati senza indugio;

d. si compiranno nuovi sforzi per promuovere la mobilità dei giovani in cerca di lavoro, anche rafforzando il programma "Il tuo primo posto di lavoro EURES". Gli Stati membri sono incoraggiati a utilizzare parte dei contributi FSE per sostenere i programmi di mobilità transfrontaliera. Il programma "Erasmus +", che favorisce altresì la formazione professionale transfrontaliera, dovrà essere pienamente operativo da gennaio 2014. L'accordo tra il Parlamento europeo e il Consiglio sul riconoscimento delle qualifiche professionali è accolto con particolare favore. Dovrebbero essere esaminate con rapidità le proposte della Commissione tese alla creazione di una rete di servizi pubblici dell'occupazione. Sono necessari maggiori sforzi, soprattutto in ordine alla proposta sul mantenimento dei diritti a pensione complementare, che dovrà essere adottata nel corso dell'attuale legislatura;

e. si promuoveranno apprendistati di alta qualità e apprendimento basato sul lavoro grazie, segnatamente, all'Alleanza europea per l'apprendistato che sarà varata in luglio. Il quadro di qualità per i tirocini dovrebbe essere messo in atto all'inizio del 2014;

f. occorre che le parti sociali siano pienamente e attivamente coinvolte in questi sforzi. Il Consiglio europeo accoglie con favore il "Quadro di azioni sull'occupazione giovanile", approvato dalle parti sociali l'11 giugno 2013.

(Omissis)

¹ Considerato che in Slovenia la disoccupazione giovanile è aumentata di oltre il 30% nel 2012, anche la regione della Slovenia orientale, dove tale fenomeno nel 2012 ha superato il 20%, trarrà beneficio dall'iniziativa a favore dell'occupazione giovanile.

² Ciò sarà fatto senza incidere negativamente sugli obiettivi fissati dal Consiglio europeo nel maggio 2013 in materia di politica energetica.

II. Crescita, competitività e occupazione

Semestre europeo

4. Sulla scorta di uno scambio di opinioni approfondito il Consiglio europeo ha concluso il semestre europeo 2013 approvando in linea generale le raccomandazioni specifiche per paese. Spetta ora agli Stati membri recepire queste raccomandazioni nelle loro prossime decisioni in materia di bilancio, riforme strutturali, politiche del lavoro e politiche sociali, promuovendo al contempo la piena titolarità nazionale e preservando il dialogo sociale. Il Consiglio e la Commissione ne seguiranno con attenzione l'attuazione. Il Consiglio discuterà e valuterà periodicamente la situazione economica europea.

(Omissis)

Un nuovo piano per gli investimenti per l'Europa

6. Nella congiuntura economica attuale è essenziale ripristinare la normale erogazione dei prestiti all'economia e agevolare il finanziamento degli investimenti. Considerata l'importanza delle PMI per l'economia, soprattutto in ordine alla creazione di posti di lavoro, sarà prioritario sostenere il finanziamento delle medesime. L'intervento è particolarmente importante nei paesi con un'alta disoccupazione giovanile e in cui sono necessari nuovi investimenti per promuovere crescita e occupazione. È altresì importante promuovere l'imprenditorialità e il lavoro autonomo. Il Consiglio europeo ha pertanto convenuto di varare un nuovo piano per gli investimenti.

(Omissis)

Attuare il patto per la crescita e l'occupazione

9. Un anno fa il Consiglio europeo ha approvato il patto per la crescita e l'occupazione, un pacchetto di misure a effetto rapido a favore della crescita, sostenuto da un finanziamento di 120 miliardi di EUR. Si sono realizzati buoni progressi nell'attuazione di queste misure, alcune delle quali stanno già dando frutti, ma sono necessari ulteriori sforzi. Le istituzioni dell'UE e gli Stati membri dovrebbero adoperarsi il più possibile per assicurare che tutti gli elementi contenuti nel patto siano rapidamente attuati, come affermato nelle precedenti conclusioni del Consiglio europeo, in particolare in ordine a mercato unico, innovazione, agenda digitale, servizi, energia e fiscalità. Il Consiglio europeo attende con interesse una relazione di avanzamento aggiornata sul patto nel dicembre del 2013, basata su un riesame periodico da parte del Consiglio.

III. Completamento dell'unione economica e monetaria

12. Dalla presentazione, nel dicembre scorso, della relazione "Verso un'autentica Unione economica e monetaria" sono proseguiti i lavori sui quattro

elementi costitutivi per rafforzare l'architettura dell'UEM. Nuove misure concrete verso il rafforzamento della *governance* economica dovranno essere accompagnate da ulteriori misure verso il consolidamento della legittimità e responsabilità democratiche al livello in cui sono prese e attuate le decisioni. Il processo si baserà sul quadro istituzionale dell'UE, rispettando pienamente l'integrità del mercato unico, pur assicurando condizioni di parità tra gli Stati membri dell'UE, anche attraverso un giusto equilibrio tra Stati membri di origine e Stati membri ospitanti. Sarà aperto e trasparente nei confronti degli Stati membri che non usano la moneta unica.

13. Nel breve periodo la priorità cruciale è il completamento dell'unione bancaria in linea con le conclusioni del Consiglio europeo di dicembre 2012 e marzo 2013. Si tratta di un punto essenziale per assicurare la stabilità finanziaria, ridurre la frammentazione finanziaria e ripristinare la normale erogazione di prestiti all'economia. (*Omissis*)

ALLEGATO

Documenti approvati dal Consiglio europeo

- Relazione del Consiglio del 25 giugno 2013 sulle raccomandazioni specifiche per paese del 2013
- Conclusioni adottate dal Consiglio il 25 giugno 2013 sull'allargamento
- Conclusioni adottate dal Consiglio il 28 maggio 2013 sulla relazione annuale sugli aiuti pubblici allo sviluppo dell'UE
- Conclusioni adottate dal Consiglio il 25 giugno 2013 su "Un'agenda globale post 2015"
- Piano d'azione per l'attuazione della strategia marittima per la regione dell'Oceano Atlantico approvato dal Consiglio il 25 giugno 2013.

DOCUMENTAZIONE

A GARANZIA DEI VIAGGIATORI E PER UNA MAGGIORE QUALITÀ DEI SERVIZI, LA COMMISSIONE FORNISCE UNA SINTESI CHIARA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEI PASSEGGERI E DEI PRINCIPI APPLICABILI A TUTTE LE MODALITÀ DI TRASPORTO NELL'UE

Una visione europea per i passeggeri: Comunicazione sui diritti dei passeggeri in tutti i modi di trasporto*

I. Introduzione

Dieci anni fa, nel Libro bianco del 2001¹, la Commissione ha fissato l'obiettivo di introdurre misure di protezione dei passeggeri in tutti i modi di trasporto. Oggi questo obiettivo è stato conseguito: con l'adozione dei diritti dei passeggeri nel trasporto effettuato con autobus, nel 2011, l'Unione europea dispone ormai di un insieme integrato e completo di diritti fondamentali dei passeggeri in tutti i modi di trasporto (aereo, ferroviario, per via navigabile e con autobus)². Le regole sui diritti

* Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 19 dicembre 2011, Com(2011)898 def. Il testo integrale della Comunicazione è reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm> (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 239 ss., il commento di SALVATORE D'ACUNTO.

¹ Com(2001)370.

² Regolamenti dell'Unione in materia di diritti dei passeggeri:

Trasporto aereo

Regolamento (Ce) n. 261/2004, *Gu-Ue* n. L 46 del 17 febbraio 2004, «*regolamento aereo*»

Regolamento (Ce) n. 1107/2006, *Gu-Ue* n. L 204 del 26 luglio 2006

Regolamento (Ce) n. 1008/2008, *Gu-Ue* n. L 293 del 31 ottobre 2008

Regolamento (Ce) n. 889/2002, *Gu-Ue* n. L 140 del 30 maggio 2002

Trasporto ferroviario

Regolamento (Ce) n. 1371/2007, *Gu-Ue* n. L 315 del 3 dicembre 2007, «*regolamento ferroviario*»

- *Trasporto per via navigabile*

Regolamento (Ce) n. 1177/2010, *Gu-Ue* n. L 334 del 17 dicembre 2010 (si applica dal 18 dicembre 2012), «*regolamento vie navigabili*»

dei passeggeri nell'UE garantiscono un livello minimo di tutela dei cittadini e in tal modo facilitano la mobilità e l'integrazione sociale, contribuendo a istituire condizioni eque per gli operatori di trasporto appartenenti allo stesso modo di trasporto o a modi diversi.

Nonostante i buoni risultati finora ottenuti, alcune questioni fondamentali rimangono aperte. Il complesso dei diritti esistenti non è ancora attuato completamente o correttamente. I passeggeri non sono consapevoli dei propri diritti o sono dissuasi dal farli valere per via dei costi e delle complicazioni esistenti. Le autorità nazionali continuano ad applicare la normativa in modi diversi, confondendo i passeggeri e i vettori e falsando il libero mercato. Nel suo Libro bianco del 2011 sui trasporti³ la Commissione – mantenendo gli utenti e la loro mobilità al centro della politica dei trasporti – ha perciò insistito sulla necessità di rafforzare l'applicazione delle regole attuali, migliorandole ove necessario. Tale comunicazione rappresenta un primo passo per il consolidamento di quanto fatto finora. Parallelamente, la Commissione sta varando una consultazione pubblica sulla possibile revisione del Regolamento sui diritti dei passeggeri del trasporto aereo.

Il Libro bianco sostiene la promozione di un'espansione competitiva e sostenibile del trasporto collettivo dei passeggeri sulla base dell'ottimizzazione dell'intermodalità e dell'integrazione del mercato. In tale contesto dinamico, la liberalizzazione deve essere accompagnata dalla qualità del servizio. I passeggeri hanno il diritto di aspettarsi un servizio di trasporto che garantisca la non discriminazione, l'assistenza in caso di interruzione del viaggio, la trasparenza delle condizioni di viaggio, un trattamento dignitoso e il pieno rispetto dei termini del contratto di trasporto.

Per incoraggiare un numero significativo di cittadini a passare dal trasporto privato a quello collettivo e a scegliere un viaggio intermodale come alternativa [*rectius*: alternativa *n.d.r.*] agevole e affidabile, occorre una normativa unionale dei diritti dei passeggeri che garantisca condizioni uniformi di accesso per i passeggeri e un livello minimo di qualità del servizio. I passeggeri devono poter ritenere che il loro viaggio non sarà un avvenimento incerto o stressante.

La presente comunicazione, basata su anni di esperienza di applicazione della normativa e sulle interpretazioni date dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, mira:

- ad aiutare i vettori ad applicare la normativa dell'Unione in modo più coerente ed efficace;
- ad aiutare le autorità nazionali a garantire la protezione dei passeggeri in modo armonizzato in tutti i modi di trasporto;

Regolamento (Ce) n. 392/2009, *Gu-Ue* n. L 131 del 28 maggio 2008

Trasporto effettuato con autobus

Regolamento (Ce) n. 181/2011, *Gu-Ue* n. L 55 del 28 febbraio 2011, p. 1 (si applica dall'1 marzo 2013), «*regolamento autobus*».

³ Com(2011)144.

- a fornire ai passeggeri una migliore comprensione di quelle che possono (e non possono) essere le loro attese legittime di un servizio minimo di qualità mentre sono in viaggio.

A tal fine, si fornisce una sintesi chiara dei diritti e dei principi che si applicano a tutti i modi di trasporto. Si individuano inoltre alcune aree in cui è possibile giungere ad un'ulteriore convergenza della normativa attuale e colmare le lacune legislative, per preparare il cammino all'applicazione coerente delle norme indipendentemente da future valutazioni e interpretazioni dei Regolamenti sui diritti dei passeggeri, in particolare quelli del trasporto per vie navigabili e con autobus, non ancora entrati in vigore.

Altri diritti dei passeggeri derivano dalla Carta dei diritti fondamentali, dalle norme dell'Unione a tutela dei consumatori, dalla direttiva 90/314/Cee sui viaggi "tutto compreso", dalle disposizioni delle normative nazionali sui contratti e/o dalle convenzioni internazionali recepite nel diritto dell'Unione.

La presente comunicazione si inserisce nell'azione della Commissione volta a rimuovere gli ostacoli che impediscono ai cittadini l'esercizio effettivo dei loro diritti sanciti dalla normativa unionale, avviata dalla relazione 2010 sulla cittadinanza dell'Unione⁴. Si tratta anche di una delle misure previste nelle comunicazioni sull'Atto per il mercato unico⁵.

II. Riesame della legislazione unionale sui diritti dei passeggeri

I Regolamenti aereo e ferroviario sono già in vigore. I Regolamenti sui trasporti per vie navigabili e con autobus si applicheranno rispettivamente da dicembre 2012 e da marzo 2013 e il loro funzionamento effettivo sarà valutato successivamente. Per garantire un trattamento equo e rispettoso dei passeggeri, il legislatore si è fissato due obiettivi. Il primo consiste nell'introduzione di un insieme comune di diritti dei passeggeri garantiti dalla legge per i quattro modi di trasporto. Il secondo obiettivo mira a consentire le distinzioni necessarie in funzione delle caratteristiche specifiche di ciascun modo e dei relativi mercati, per quanto riguarda le imprese (dimensioni aziendali, introiti o numero e frequenza delle linee operate) e i passeggeri (lunghezza, prezzo e condizioni del viaggio), onde garantire la proporzionalità.

I diritti dei passeggeri si basano su tre elementi fondamentali: la non discriminazione; l'accuratezza, la tempestività e l'accessibilità delle informazioni; l'immediatezza e la proporzionalità dell'assistenza. I seguenti dieci diritti derivati da tali principi rappresentano il nocciolo dei diritti dei passeggeri nell'UE.

1. Diritto a non essere discriminati nell'accesso al trasporto
2. Diritto a mobilità, accessibilità e assistenza senza costi aggiuntivi per i passeggeri con disabilità e a mobilità ridotta

⁴ Com(2010)603.

⁵ Com(2010)608 e Com(2011)206.

3. Diritto all'informazione prima dell'acquisto e nelle varie fasi del viaggio, in particolare in caso di perturbazione
4. Diritto a rinunciare al viaggio (rimborso integrale del prezzo del biglietto) qualora il viaggio non sia effettuato come previsto
5. Diritto all'esecuzione del contratto di trasporto in caso di perturbazioni (riprotezione e cambio di prenotazione)
6. Diritto all'assistenza in caso di forti ritardi alla partenza o in punti di coincidenza
7. Diritto al risarcimento in determinate circostanze
8. Diritto alla responsabilità del vettore per i passeggeri e il loro bagaglio
9. Diritto a un sistema rapido e accessibile di trattamento dei reclami
10. Diritto alla piena ed efficace applicazione della normativa dell'Unione

Tali diritti sono illustrati in appresso e riassunti in un elenco allegato di diritti dei passeggeri, quale primo passo dell'evoluzione della politica dell'Unione europea in materia di trasporto passeggeri da un approccio prettamente modale a una visione più intermodale.

(Omissis)

III. Altre iniziative per facilitare i viaggi senza intoppi dentro e fuori dell'Ue: intermodalità, piani di continuità della mobilità e dimensione internazionale

L'intermodalità incrementa l'efficacia della protezione dei passeggeri facilitando la riprotezione o fornendo informazioni utili sui collegamenti intermodali disponibili a brevissima scadenza, in particolare (ma non solo) in caso di gravi perturbazioni dei trasporti. La riprotezione intermodale contribuisce anche a ridurre i disagi per i passeggeri e i costi per gli operatori del settore, riducendo il lasso di tempo in cui occorre prestare assistenza ai passeggeri. L'emissione di «biglietti globali» (cioè un unico contratto di trasporto per diverse tratte entro uno stesso modo) e di biglietti integrati (che istituiscono un contratto di trasporto per una sequenza di viaggio intermodale) agevolano i viaggi e migliorano la tutela dei diritti dei passeggeri.

Con il progressivo avvento del trasporto multimodale, ad esempio attraverso l'integrazione dei contratti di trasporto, occorrerà adeguare il quadro normativo dei diritti dei passeggeri per affrontare la questione delle perturbazioni nei punti di coincidenza di un viaggio intermodale. La direttiva STI²⁰ comprende lo sviluppo di specifiche vincolanti per la fornitura di servizi di informazione per i viaggi multimodali in tutta l'Unione europea. Il Regolamento ferroviario obbliga le imprese ferroviarie e i venditori di biglietti ad adeguare i loro sistemi informatici di informazione e prenotazione dei viaggi conformemente a una serie di norme co-

²⁰ Direttiva n. 2010/40/Ue, *Gu-Ue* n. L 207 del 6 agosto 2010, p. 1.

muni adottate nel 2011²¹ («applicazioni telematiche per i passeggeri») per consentire la fornitura a livello di tutta l'UE di informazioni di viaggio attendibili e di servizi di biglietteria. Tali norme prevederanno interfacce per l'inclusione di altri modi.

La crisi della nuvola di ceneri vulcaniche e le relative perturbazioni di ordine meteorologico avvenute nel 2010, che hanno interessato gli aerei, i treni e il trasporto su gomma, hanno sottolineato l'esigenza di una maggiore flessibilità nei sistemi europei di trasporto e di soluzioni intermodali più efficaci per preservare la mobilità dei passeggeri e delle aziende, attraverso una maggior preparazione e un miglior coordinamento e cooperazione fra tutti i soggetti interessati.

Anche le autorità dei più grandi mercati del trasporto aereo [Stati Uniti, Canada] si adoperano per migliorare costantemente la tutela dei diritti dei passeggeri. Altri paesi europei e nordafricani applicheranno i Regolamenti unionali nell'ambito di accordi bilaterali o multilaterali di aviazione conclusi con l'UE. Tuttavia, attualmente l'Unione europea è l'unica parte del mondo in cui esistono *standard* minimi validi per tutti i modi di trasporto, che avvantaggiano tutti i passeggeri in Europa, compresi i cittadini di altri paesi che usufruiscono di servizi di trasporto coperti dai Regolamenti unionali.

Per migliorare la tutela dei passeggeri fuori dei confini dell'Unione, questioni relative ai diritti dei passeggeri saranno affrontate nell'ambito di accordi bilaterali e internazionali per tutti i modi di trasporto, come preconizzato nel Libro bianco.

IV. Conclusioni

I medesimi principi e diritti essenziali sono stati introdotti in tutti i modi di trasporto per rendere i viaggi nell'UE un'esperienza più agevole e gradevole, aumentando la qualità dei servizi, la tutela dei viaggiatori e l'attrattiva del settore dei trasporti europeo.

Tali diritti dei passeggeri rimarranno parte integrante della visione europea della politica dei trasporti, indipendentemente dalle variazioni e dall'evoluzione delle condizioni e modalità di applicazione.

Oggi l'obiettivo principale è quello di rendere tali norme facilmente comprensibili e di consolidarne l'applicazione e l'osservanza in tutti i modi di trasporto, per garantire un approccio di convergenza in questo settore. La Commissione continuerà a lavorare su questioni regolamentari e non, per incrementare l'effettiva tutela dei passeggeri e garantire l'applicazione della normativa unionale in modo proporzionale ed efficace.

In primo luogo, in coordinamento con il riesame in corso della direttiva sui viaggi "tutto compreso" (90/314/Cee), la Commissione analizzerà nel 2012 l'opportunità di proporre l'aggiornamento del primo Regolamento sui diritti dei pas-

²¹ Regolamento (Ce) [*rectius*: Ue n.d.r.] n. 454/2011, *Gu-Ue* n. L 123 del 12 maggio 2011, p. 11.

seggeri: il Regolamento (Ce) n. 261/2004 sull'aviazione. Unitamente alla presente comunicazione, la Commissione vara una consultazione pubblica su una serie di questioni connessi a tale riesame.

In secondo luogo, la Commissione collaborerà con gli ONA per concordare orientamenti per l'applicazione della normativa unionale, indipendentemente da eventuali future interpretazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea: dapprima ai fini dell'applicazione efficiente del Regolamento per i passeggeri con disabilità e a mobilità ridotta nel settore aereo, in particolare in vista delle Olimpiadi e Paralimpiadi del 2012; e successivamente per i passeggeri del trasporto ferroviario (2013), per vie navigabili (2014) e in autobus (2015).

Nel contempo, la Commissione rafforzerà l'azione di applicazione mediante il potenziamento della collaborazione con gli ONA e uno scambio più sistematico di buone pratiche, informazioni e statistiche con gli ONA e le parti interessate. La Commissione esaminerà altresì, insieme con paesi terzi, come estendere l'applicazione dei principi unionali di tutela dei passeggeri ai viaggi fuori dell'Unione.

A più breve termine, è necessario che i passeggeri conoscano e capiscano i loro diritti. Essi devono confidare nell'applicazione di tali diritti e nell'effettivo intervento delle autorità a tutela dei passeggeri ove necessario. L'elenco allegato riassume i principali diritti dei passeggeri nell'Unione europea, fornendone un quadro sinottico.

ALLEGATO

Principali diritti dei passeggeri nell'Unione europea²²

Diritto a non essere discriminati nell'accesso al trasporto

Tutti i passeggeri hanno pari accesso al trasporto e sono tutelati, in particolare, contro le discriminazioni sulla base di nazionalità, residenza o disabilità.

Diritto a mobilità, accessibilità e assistenza senza costi aggiuntivi per i passeggeri con disabilità e a mobilità ridotta

I passeggeri a mobilità ridotta hanno il diritto di ricevere assistenza senza costi aggiuntivi durante viaggi in tutti i modi di trasporto, affinché godano delle medesime possibilità di viaggio accessibili agli altri cittadini.

Diritto all'informazione prima dell'acquisto e nelle varie fasi del viaggio, in particolare in caso di perturbazione

I passeggeri hanno il diritto di ricevere informazioni corrette sul prezzo del biglietto, sui loro diritti e sulle circostanze attinenti al loro viaggio in modo tempestivo e opportuno prima del viaggio, durante il viaggio e dopo il viaggio in caso di perturbazioni.

²² Il presente documento ha scopo esclusivamente illustrativo. Non è giuridicamente vincolante.

Diritto di rinunciare al viaggio (rimborso) in caso di perturbazione

In caso di forti ritardi, soppressione o negato imbarco, i passeggeri hanno il diritto al rimborso integrale del prezzo del biglietto.

Diritto all'esecuzione del contratto di trasporto in caso di perturbazioni (riprotezione o cambio di prenotazione)

In caso di forti ritardi, soppressione o negato imbarco, i passeggeri hanno il diritto di ricevere un servizio alternativo di trasporto, quanto prima, oppure di effettuare un cambio di prenotazione secondo la loro convenienza. Il vettore ha l'obbligo di offrire una scelta immediatamente al verificarsi della perturbazione, in modo chiaro e univoco.

Diritto all'assistenza in caso di forti ritardi alla partenza o in punti di coincidenza

I passeggeri rimasti bloccati hanno il diritto di ricevere immediatamente un livello minimo di assistenza, sul posto presso terminali/stazioni e/o a bordo mentre aspettano l'inizio o la continuazione del viaggio in ritardo o la riprotezione.

Diritto a una compensazione

A determinate condizioni in caso di forte ritardo o soppressione e in tutti i casi di negato imbarco nel trasporto aereo, i passeggeri hanno diritto a una compensazione finanziaria standardizzata per il disagio sopportato. Tale compensazione varia in ciascun modo a seconda del tempo perso a causa della perturbazione, della distanza da percorrere e/o del prezzo del biglietto.

Diritto alla responsabilità del vettore per i passeggeri e il loro bagaglio

A norma delle convenzioni internazionali e della normativa unionale, i vettori sono responsabili per i passeggeri e il loro bagaglio. In caso di morte, lesione e problemi con i bagagli e in alcuni casi di ritardo, i passeggeri possono avere diritto a una compensazione da determinare a seconda dei danni sopportati. Tale compensazione può essere soggetta a limiti di legge.

Diritto a un sistema rapido e accessibile di trattamento dei reclami

I passeggeri insoddisfatti hanno diritto di inoltrare un reclamo presso il vettore. In caso di non risposta entro un determinato limite di tempo o di insoddisfazione per la risposta ricevuta, i passeggeri hanno il diritto di inoltrare un reclamo presso il competente organismo nazionale responsabile dell'applicazione, che deve trattarlo entro un tempo ragionevole. Esistono procedimenti extragiudiziali e giudiziali previsti dalla normativa unionale e nazionale (p. es. sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e procedimenti giudiziali per le controversie di modesta entità istituiti a livello nazionale o europeo).

Diritto alla piena ed efficace applicazione dei diritti dei passeggeri nell'Ue

I passeggeri hanno il diritto di confidare nella corretta applicazione da parte dei vettori e nell'efficace controllo di osservanza delle norme unionali da parte degli organismi nazionali responsabili dell'applicazione.

UNIONE EUROPEA E DIRITTI DEI PASSEGGERI: BILANCIO E PROSPETTIVE*

PARTE PRIMA

Sommario: **A.** Introduzione - **B.** La Carta europea dei dieci diritti dei passeggeri - **1.** Diritto alla non-discriminazione nell'accesso ai trasporti – **1.1** Discriminazione a causa della nazionalità – **1.2.** Rifiuto d'imbarco – **1.3.** Discriminazione a causa di un handicap o di mobilità ridotta - **2.** Diritto alla mobilità: accessibilità e assistenza senza spese supplementari per i passeggeri portatori di handicap e per i passeggeri con mobilità ridotta (PMR) - **3.** Diritto all'informazione prima e durante le varie tappe del viaggio, specialmente in caso di interruzione di quest'ultimo - **3.1** Informazioni generali sui diritti dei passeggeri e sulle norme di qualità e le prestazioni dei trasportatori - **3.2** Informazione trasparente ed accessibile su tutti gli aspetti pertinenti del contratto di trasporto, prima dell'acquisto del biglietto - **3.3** Informazioni nel corso del viaggio e in caso d'interruzione - **4.** Diritto di rinuncia al viaggio (rimborso) in caso di interruzione - **5.** Diritto all'esecuzione del contratto di trasporto («riprotezione» o riprenotazione) in caso di interruzione - **6.** Diritto all'assistenza in caso di forte ritardo alla partenza o ai punti di corrispondenza - **7.** Diritto all'indennizzo in determinate condizioni - **8.** Responsabilità del trasportatore nei confronti dei passeggeri e dei loro bagagli - **9.** Diritto ad un sistema rapido ed efficace di trattamento dei reclami - **10.** Diritto alla piena applicazione e all'effettiva attuazione dei diritti dei passeggeri nell'Unione europea.

* Versione riveduta ed aggiornata dall'A. dell'articolo pubblicato in francese nella *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2012, p. 31 ss. con il titolo «*Union européenne et droit des passagers: bilan et perspectives*». L'A. (capo dell'Unità «Diritti dei Passeggeri» presso la DG Mobilità e Trasporti della Commissione europea dal 2009 al 2011) desidera ringraziare sentitamente *Flor Diaz Pulido*, autentico riferimento in materia, e *Noura Rouissi* per le loro idee e il loro aiuto. Le opinioni espresse impegnano esclusivamente l'A.

La redazione informa i lettori che la Parte Seconda del contributo sarà pubblicata nel n. 3/2013 di questa *Rivista*.

A. Introduzione

L'Unione europea è una comunità di diritto, fondata su norme ispirate sia da obiettivi economici che da valori umani e sociali.

Per la sua missione di miglioramento del benessere individuale e dell'interesse comune dei cittadini, e per la sua sostanziale vocazione ad integrare i popoli facilitando la libera circolazione delle persone e dei servizi e quindi degli spostamenti – sia transfrontalieri che interni –, la politica europea dei trasporti mira non solo all'aumento delle attività degli operatori ma anche, in parallelo e pariteticamente, alla definizione e all'applicazione di un insieme coerente di diritti dei viaggiatori.

Ciò si iscrive in un doppio obiettivo: da un lato, assicurare *comfort* ed aiuto ai passeggeri in stato di bisogno dovuto a problemi di tipo collettivo (lungo ritardo o annullamento di un servizio di trasporto) o individuale (rifiuto d'imbarco); dall'altro lato, salvaguardare la qualità minimale e l'immagine dei trasporti in Europa e in particolare di quelli effettuati da vettori europei, in modo da creare un ambiente propizio ad una concorrenza leale e priva di distorsioni (*level playing field*).

La politica dei diritti dei passeggeri nel diritto comunitario e dell'Unione europea, nel suo insieme, se non si considerano i puntuali atti legislativi rappresentati dai Regolamenti (Cee) n. 295/91¹ o (Ce) n. 2027/97², ha praticamente festeggiato nel 2011 il suo primo decennio. L'atto di nascita di questa politica risale al Libro Bianco del 2001, uno degli obiettivi del quale era di introdurre misure di protezione dei passeggeri in tutte le modalità di trasporto, oltre il settore aereo³.

¹ Regolamento (Cee) n. 295/91 del Consiglio, del 4 febbraio 1991, che stabilisce norme comuni relative ad un sistema di indennizzo per rifiuto d'imbarco nei trasporti aerei regolari, in *Guce* n. L 36 dell'8 febbraio 1991, p. 5. Esso contemplava soltanto i casi di rifiuto d'imbarco individuale di passeggeri su voli regolari *sovra-prenotati*.

² Regolamento (Ce) n. 2027/97 del Consiglio, del 9 ottobre 1997, relativo alla responsabilità dei trasportatori aerei per quanto concerne il trasporto aereo dei passeggeri ed i loro bagagli, in *Guce* n. L 285 del 17 ottobre 1997, p. 1. Esso si limitava a recepire in diritto comunitario la Convenzione internazionale di Varsavia del 1929, in seguito modificata e, in talune parti, sostituita dalla Convenzione di Montreal del 1999.

³ Com(2001)370 def. del 12 settembre 2001: «(...) Con l'adozione della carta dei diritti del passeggero aereo, la Commissione ha instaurato un precedente che potrà essere seguito anche per gli altri modi di trasporto. *Tali diritti, che vanno dall'informazione, alla compensazione in caso di negato imbarco dovuto a overbooking, agli indennizzi in caso di incidente, potrebbero essere estesi anche ad altri modi.* Come avvenuto con la carta del passeggero nel settore aereo, la legislazione comunitaria deve fornire il quadro di riferimento per aiutare quanti utilizzano il sistema di trasporto a conoscere e far valere i propri diritti» (p. 18). «*In un secondo tempo le misure comunitarie di protezione dei passeggeri dovranno essere estese, per quanto possibile, anche agli altri modi di trasporto, in particolare alle ferrovie e alla navigazione marittima e ai servizi di trasporto urbano.* Occorre avviare, per tutti i modi di trasporto, nuove azioni specifiche in materia di diritti degli utenti per informare

L'impulso finale è stato dato nel dicembre 2009 con la presentazione delle due proposte di Regolamenti sui passeggeri su nave e autobus/pullman, ad opera del vice-Presidente della Commissione in carica per i Trasporti, Antonio Tajani, e dalla loro adozione da parte del legislatore, rispettivamente nel 2010 e nel 2011. Possiamo oggi affermare senza esitazione che tale «*Agenda europea dei passeggeri*» è stata realizzata e l'obiettivo raggiunto: dal 2011, l'Unione europea è la prima regione integrata al mondo nella quale i diritti sono per legge riconosciuti ai passeggeri in tutti i mezzi di trasporto, cioè in aereo, in treno, in nave e in autobus o pullman⁴. È un tema che interessa parecchie centinaia di milioni di passeggeri ogni anno⁵.

Tutti gli strumenti giuridici utilizzati in materia sono regolamenti, il che già di per sé indica una chiara scelta politica, posto che le relative disposizioni si applicano direttamente negli ordinamenti giuridici nazionali, conferiscono diritti e obblighi individuali ai soggetti (destinatari e fornitori di servizi) e sono di immediata applicazione senza necessità di recepimento nazionale.

Nel dicembre 2011, la Commissione europea ha adottato una Comunicazione che stila un primo bilancio generale del nuovo quadro normativo⁶.

Si tratta di uno stato dell'arte che segna pure una svolta rispetto al passato: in effetti, per la prima volta, la Commissione segnala, tramite tale Comunicazione, la sua intenzione di passare da un approccio *monomodale*, nel quale ogni testo normativo a favore del viaggiatore è concepito e

i passeggeri dei propri diritti e permettere loro di farli valere, indipendentemente dal modo di trasporto utilizzato» (p. 91). Corsivi aggiunti.

⁴ Di seguito una ricapitolazione dei Regolamenti dell'Unione europea sui diritti dei passeggeri:

- *trasporto aereo*: n. 261/2004, in *Gu-Ue* n. L 46 del 17 febbraio 2004, p. 1; n. 1107/2006, in *Gu-Ue* n. L 204 del 26 luglio 2006, p. 1; n. 1008/2008, in *Gu-Ue* n. L 293 del 31 ottobre 2008, p. 3; n. 889/2002, in *Guce* n. L 140 del 30 maggio 2002, p. 2;

- *trasporto ferroviario*: n. 1371/2007, in *Gu-Ue* n. L 315 del 3 dicembre 2007, p. 14;

- *trasporto per via d'acqua*: n. 1177/2010, in *Gu-Ue* n. L 334 del 17 dicembre 2010, p. 1 (applicabile a partire dal 18 dicembre 2012); n. 392/2009, in *Gu-Ue* n. L 131 del 28 maggio 2008, p. 24;

- *trasporto stradale* (per autobus e pullman): n. 181/2011, in *Gu-Ue* n. L 55 del 28 febbraio 2011, p. 1 (applicabile a partire dal 1° marzo 2013).

⁵ Secondo una stima globale, nell'Unione europea ogni anno ci sono: circa 800 milioni di passeggeri in aereo (v. Com(2011)823 def. del 1° dicembre 2011), o, secondo un'altra stima, 500 miliardi passeggeri-km; 200 milioni (40 miliardi passeggeri-km) via nave; 400 miliardi passeggeri-km in treno (senza tram né metropolitana); 500 miliardi passeggeri-km in autobus/pullman (dati Eurostat pubblicati nel 2011 e relativi al 2009, secondo il calcolo passeggeri-km).

⁶ Com(2011)898 def. del 19 dicembre 2011, *Una visione europea per i passeggeri: Comunicazione sui diritti dei passeggeri in tutti i modi di trasporto*.

Cfr., al riguardo, la relazione dell'on. Bach approvata in Commissione Trasporti e Turismo del Parlamento europeo, il 18 settembre 2012.

adottato tenendo conto essenzialmente delle caratteristiche proprie al mezzo interessato, ad una visione *multimodale*, nella quale l'interpretazione, l'applicazione e la valutazione con possibile revisione di ciascun Regolamento settoriale dovranno per il futuro tenere conto del sistema globale dei diritti dei passeggeri.

Allo scopo proprio di segnare tale cambio di approccio, la Commissione fornisce una presentazione d'insieme e sintetica dei tratti comuni e delle maggiori differenze sul piano giuridico fra le regole specifiche di ciascun mezzo di trasporto.

Il fatto stesso di raggruppare tali diritti risponde a diverse finalità.

In primo luogo, la Commissione persegue un obiettivo di sensibilizzazione di tutte le parti interessate ai temi legati ai diritti dei passeggeri, che suscitano sempre una grande attenzione da parte dei *media* e del pubblico in generale⁷. Il crescente sviluppo dei servizi di trasporto e, in particolare, degli spostamenti collettivi, deve, infatti, accompagnarsi ad una conoscenza e ad un utilizzo concreto più sistematici dei diritti dei passeggeri.

In tale ottica, la Commissione propone un riassunto analitico e critico di tali diritti in un decalogo che è allegato alla Comunicazione.

Si tratta dei seguenti diritti:

1. Diritto alla non-discriminazione,
2. Diritto alla mobilità per i passeggeri portatori di *handicap* e i passeggeri con mobilità ridotta (PMR),
3. Diritto all'informazione,
4. Diritto al rimborso,
5. Diritto alla «riprotezione»,
6. Diritto all'assistenza,
7. Diritto all'indennizzo,
8. Diritto a essere tutelato da un regime di responsabilità del trasportatore,
9. Diritto a un sistema rapido e accessibile di trattamento dei reclami,
10. Diritto alla piena applicazione e all'effettiva attuazione del diritto dell'Unione europea.

Questo decalogo, allegato alla Comunicazione, senza essere un testo giuridicamente vincolante, risponde tuttavia alla necessità di facilitare un

⁷ Una chiara prova è stata fornita dalla consultazione su alcune questioni relative ai diritti dei passeggeri aerei lanciata dalla Commissione nel dicembre 2009: sono pervenute non meno di 370 risposte (da parte di imprese, organizzazioni commerciali, autorità nazionali, associazioni di passeggeri o consumatori o privati). Una consultazione più recente, lanciata il 21 dicembre 2011, lo stesso giorno della Comunicazione generale sui diritti dei passeggeri, ha anch'essa suscitato più di 400 risposte.

miglior apprendimento da parte dei viaggiatori delle loro prerogative di base. Tale codificazione dei diritti, che costituisce un'anteprima nella storia dei trasporti nell'Unione europea, si pone, in effetti, al centro delle preoccupazioni basilari del viaggiatore: quella di non essere abbandonato al proprio destino in caso di problemi, soprattutto se si trova lontano da casa.

In secondo luogo, questa Comunicazione permette di condurre un'analisi comparativa delle regole specifiche a ciascuna modalità di trasporto. Se è vero che sussistono differenze quanto all'esatto contenuto di ogni diritto, è interessante constatare che, in definitiva, tali divergenze non sono fondamentali e devono essere relativizzate: da un lato, poiché la stessa tipologia di diritti è applicabile in tutti i mezzi di trasporto (i dieci diritti enunciati); dall'altro lato, perché – anche laddove esistano delle differenze all'apparenza molto marcate – esse non vanno isolate e esaminate singolarmente, una ad una, ma devono essere oggetto di una valutazione globale. In tale contesto, se le norme pro-passeggeri a carico di un operatore di una specifica modalità di trasporto sono più onerose in una determinata situazione, si rivelano più flessibili in altre circostanze; il tutto in un quadro d'insieme che, in fin dei conti, è più equilibrato di quanto vogliano far credere coloro che, per difendere i trasportatori di un settore, puntano il dito su un diritto o su un aspetto particolare di un diritto, senza guardare a tutte le altre norme. Ad esempio: se è vero che le norme sui passeggeri aerei non prevedono limiti di tempo o di denaro agli obblighi di assistenza ai passeggeri in difficoltà, al contrario dei settori stradale e marittimo (che effettivamente devono fornire un alloggio ai passeggeri in difficoltà, rispettivamente fino a un massimo di due e tre notti), queste due ultime categorie di vettori sono sottoposte a norme più vincolanti in materia di durata del ritardo che fa scattare l'obbligo di assistere, reinstradare o rimborsare i passeggeri. Così, in materia di trasporto per vie d'acqua o stradale, basta un ritardo di (appena ...) 90 minuti invece dei 120, 180 o addirittura 240 minuti richiesti nel settore aereo per far scattare l'obbligo di fornire assistenza. Parimenti, nei suddetti due mezzi si richiedono solo 90 minuti di ritardo – invece delle 5 ore di ritardo come nel trasporto aereo – per innescare l'obbligo di rimborso. Infine, contrariamente a tutti gli altri mezzi, in caso di ritardo di un volo non vi è alcun obbligo di reinstradamento. In sostanza, in un'ottica d'analisi più globale, le differenze spesso lamentate si attenuano e si rivelano in fin dei conti piuttosto contenute. Ciò, peraltro, indipendentemente dalle ragioni oggettive che possono giustificare tali differenze fra i mezzi di comunicazione (v. *infra*, par. B.6).

In terzo luogo, la Commissione individua una serie di problemi comuni a tutti i settori: una mancanza d'interpretazione uniforme di alcuni con-

cetti di base, come quello relativo alla «riprotezione» o alle «circostanze straordinarie», per citarne solo due, o, ancora, gravi insufficienze per quanto riguarda il trattamento dei reclami e il controllo dell'adeguata applicazione delle norme (*enforcement*).

Infine, dopo aver elencato una serie di azioni per il prossimo futuro e oltre ancora, sia in materia di revisione (ad esempio delle norme aeree) che d'interpretazione tramite linee direttrici, la Commissione lancia un chiaro messaggio sulle proprie intenzioni per il futuro: i diritti dei passeggeri – che costituiscono parte integrante del patrimonio giuridico dei cittadini nell'Unione europea⁸ – potranno certamente essere meglio precisati, definiti e adattati in avvenire, ma sono in ogni caso destinati a mantenere la loro essenza e ad essere mantenuti nel cuore della futura politica dei trasporti in Europa, come uno dei pilastri e dei connotati essenziali ed irreversibili.

Il seguito del presente articolo mira, innanzitutto, a riassumere e commentare gli elementi fondamentali di ciascuno dei dieci diritti evocati nella Comunicazione, che, tutti insieme, costituiscono ciò che possiamo sin d'ora definire come una «*Carta europea*» del passeggero in Europa, e, nella seconda parte, a prefigurare alcune idee per future riflessioni ed azioni in questo ambito.

B. La Carta europea dei dieci diritti dei passeggeri

1. Diritto alla non-discriminazione nell'accesso ai trasporti

Di fatto, i diritti dei passeggeri alla non-discriminazione nei trasporti non ha un'unica accezione ma si articola attorno a tre forme distinte e complementari di protezione contro: 1.1 le discriminazioni a causa della nazionalità; 2.2 il rifiuto d'imbarco; 1.3 la discriminazione per ragioni di *handicap* (permanente o temporaneo).

1.1 Discriminazione a causa della nazionalità

Il principio di non-discriminazione dei passeggeri sulla base della loro nazionalità o del loro luogo di residenza, da parte degli operatori (traspor-

⁸ Per questa ragione, i diritti dei passeggeri sono citati nella «*Relazione 2010 sulla cittadinanza dell'Unione - Eliminare gli ostacoli all'esercizio dei diritti dei cittadini dell'Unione*», Com(2010)603 def., del 27 ottobre 2010, nella Comunicazione «*L'Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia - "Insieme per una nuova crescita"*», (Com(2011)206 def., del 13 aprile 2011, o ancora nel documento «*The Single Market through the lens of the people: A snapshot of citizens' and businesses' 20 main concerns*». V. parimenti il discorso del Presidente Barroso «*European renewal - State of the Union Address 2011*» del 28 agosto 2011, p. 9: «We will not tolerate a rolling back of our citizens' rights».

tatori, agenzie di viaggio, ecc.), è sancito in maniera netta nel Regolamento aereo (Ce) n. 1008/2008 e, in modo più generale, nella legislazione europea relativa ai diritti dei passeggeri nei trasporti navali e in quelli per autobus e pullman. Il Regolamento ferroviario, al contrario, non lo prevede: questo mezzo si avvale solo dell'art. 18 TFUE che, in generale, vieta «ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità».

Nell'interpretare questo principio fondamentale, la Corte ha sempre sostenuto che «(...) il principio di parità di trattamento (...), vieta non soltanto le discriminazioni palesi basate sulla cittadinanza; ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, produca, in pratica, lo stesso risultato. Ciò avviene, in particolare, nel caso di una misura che preveda una distinzione basata sul criterio della residenza, in quanto quest'ultimo rischia di operare principalmente a danno dei cittadini di altri Stati membri, considerato che il più delle volte i non residenti sono cittadini di altri Stati membri (...)»⁹.

L'art. 23, par. 2, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008 che stabilisce norme comuni per l'utilizzo dei servizi aerei nell'Unione europea, prevede che le tariffe disponibili al pubblico per i trasporti aerei in partenza dall'Unione europea siano accordate senza alcuna discriminazione fondata sulla nazionalità o sul luogo di residenza del passeggero. Questa disposizione ha posto fine alla pratica secondo cui un viaggiatore non poteva aver accesso ai biglietti di una compagnia aerea in alcuni Stati membri o veniva sottoposto a condizioni commerciali (essenzialmente di prezzo) differenti in funzione del Paese di residenza o del luogo di connessione ad internet. Parimenti, questa stessa disposizione vieta qualsiasi differenziazione di trattamento (da parte delle compagnie) fondata sul luogo di stabilimento dell'agenzia di viaggio, che dovrebbe quindi aver accesso alle stesse tariffe, indipendentemente dalla propria ubicazione geografica. Questo articolo è incontestabilmente divenuto uno degli elementi giuridici essenziali delle pratiche di vendita *on line* delle compagnie aeree e agenzie di viaggio sul mercato europeo¹⁰.

I viaggiatori di autobus e pullman e quelli su nave dispongono di una protezione simile grazie ai due Regolamenti relativi a questi due settori, vale a dire il Regolamento (Ue) n. 1171/2010 e il Regolamento (Ue) n.

⁹ V. per tutti, sentenza del 16 gennaio 2003 in causa n. C-388/01, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, (condizioni di accesso ai musei), punti 13 e 14, in *Raccolta*, 2003, I, p. 721 e in questa *Rivista*, 2003, p. 535 con commento di S. D'ACUNTO, *Sentenza "musei italiani": un freno comunitario alle preferenze locali*, p. 539 ss.

¹⁰ Per un'analisi approfondita dell'art. 23 del Regolamento, G. R. FRIEDMANN, *Price Transparency Requirements of the EC Air Services Regulation 2008*, in *Air & Space Law*, XXXVI(1), 2011, pp. 71-77.

181/2011, i quali, rispettivamente, al loro art. 4, par. 2, dispongono che «le condizioni contrattuali e le tariffe applicate dai trasportatori o dai venditori di biglietti sono proposte al pubblico senza discriminazione diretta o indiretta fondata sulla nazionalità del cliente finale, né sul luogo di stabilimento del trasportatore o del venditore di biglietto all'interno dell'Unione».

Per quanto concerne questi due mezzi di trasporto, occorre valutare se non sussiste, oltre ad un divieto di discriminazione diretta, fondata sulla nazionalità o sul Paese di residenza, anche un divieto di discriminazione indiretta, basata sulla residenza locale, cioè in una parte del territorio nazionale (regione, provincia, comune, isola, ecc.), e a quali condizioni.

Riteniamo che la Corte non giunga ad un giudizio automatico di inammissibilità per quanto riguarda tali discriminazioni indirette. Allo stesso tempo, essa si è già espressa con severità contro le disparità di trattamento a livello locale, che, ad esempio, tendono a favorire i residenti di una città o località¹¹.

Se è vero che tale decisione non riguardava il settore dei trasporti, resta il fatto che:

a. la Corte ha indicato, soprattutto in una delle sue sentenze recenti, che, malgrado l'art. 58 TFUE escluda l'applicazione delle norme del Trattato – artt. 56 ss. TFUE – sulla libera circolazione dei servizi ai trasporti, il principio fondamentale di non-discriminazione si applica parimenti e compiutamente a tale settore¹²;

¹¹ Nella sentenza del 16 gennaio 2003 in causa n. C-388/01, *cit. supra*, nota 9, sulle condizioni di accesso ai musei (punto 14), la Corte ha censurato proprio una tariffa preferenziale accordata ai residenti, affermando che «A tale riguardo è irrilevante che la misura controversa riguardi, eventualmente, tanto i cittadini italiani residenti nelle altre parti del territorio nazionale quanto i cittadini degli altri Stati membri. Perché una misura possa essere qualificata come discriminatoria non è necessario che abbia l'effetto di favorire tutti i cittadini nazionali o di discriminare soltanto i cittadini degli altri Stati membri esclusi i cittadini nazionali».

¹² Tale concetto è stato affermato dalla Corte di giustizia, una volta per tutte, con chiarezza e precisione, nella sentenza del 25 gennaio 2011 in causa C-382/08 (organizzazione di voli commerciali in pallone aerostatico), in *Raccolta*, 2011 I, p. 139 ss. Infatti, la Corte precisa che, se è vero che «a norma dell'art. 80, n. 2, CE [articolo 100.2 TFUE], i trasporti marittimi ed aerei sfuggono – fintantoché il legislatore comunitario non abbia deciso diversamente – all'applicazione delle norme del titolo V della parte terza del Trattato [articoli 58.1 e 56 TFUE], relative alla politica comune dei trasporti, essi restano nondimeno assoggettati, al pari delle altre modalità di trasporto, alle norme generali del Trattato» (punto 21). Ne consegue che, se anche un'attività di trasporto come quella dell'organizzazione di voli commerciali in pallone non rientra in uno strumento di diritto secondario (poiché il Regolamento (Cee) n. 2407/92 lo esclude dal proprio campo di applicazione), ciò tuttavia non implica che un tale mezzo di trasporto sfugga totalmente alle norme del Trattato (punto 28). In particolare, questo tipo di trasporto rientra nell'art. 12 CE [art. 18 TFUE] «il quale sancisce il principio generale del divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità» (punto 30).

Quanto all'analisi di merito, questa stessa sentenza precisa che «il criterio distintivo fondato sulla residenza, (...) conduce di fatto al medesimo risultato di una discriminazione

b. ne discende che, affinché una discriminazione indiretta fondata su una condizione di residenza locale sia ammissibile, deve rispondere in tutto ai criteri di necessità e proporzionalità.

Spesso – ma non sempre¹³ – tariffe più vantaggiose vengono offerte a residenti *in loco*, combinando il criterio di residenza locale con altri criteri a carattere sociale (ad esempio, essere una persona anziana, un pensionato, uno studente, un portatore di *handicap*, ecc.) per facilitare l'uso dei trasporti pubblici da parte di una determinata fascia della popolazione.

Supponendo che il *test* di necessità sia superato, rimane, poi, il *test* di proporzionalità, il quale implica che deve essere dimostrata non solo la portata della disparità di trattamento (talvolta considerevole in termini di percentuale di prezzo), ma anche che il provvedimento non possa essere sostituito da criteri alternativi non fondati sulla residenza e meno vincolanti: ad esempio, agevolazioni per abbonamenti o biglietti per viaggi multipli. Un simile *test* appare ben più severo. È, infatti, difficile minimizzare l'impatto particolarmente negativo che le tariffe che privilegiano i residenti possono avere sui turisti o su altri viaggiatori non-residenti, o, ancora, per i residenti temporanei che hanno ad esempio una residenza secondaria (malgrado siano peraltro, in altre situazioni, assimilati ai residenti, venendo ad esempio assoggettati a imposte locali). Tenendo conto che questo genere di tariffe differenziate in funzione della residenza locale è piuttosto diffuso in Europa, la questione della compatibilità di tale tipo di misure con il Trattato e i Regolamenti sembra esigere un approccio generale che dovrà in ogni modo tener conto, secondo una giurisprudenza costante, della posizione *a priori* sfavorevole e critica della Corte di giustizia, a meno che non si dimostri, sulla base di un'analisi circostanziata, che le misure in questione sono proporzionate.

1.2 Rifiuto d'imbarco

La seconda forma di discriminazione vietata dalle norme sui diritti dei passeggeri nell'Unione europea è quella che sfocia in un rifiuto d'imbarco.

Al contrario dei casi di annullamento o ritardo nel trasporto, che riguardano collettivamente tutti i passeggeri di un servizio indipendente-

fondato sulla nazionalità, dato che esso rischia di operare principalmente a danno dei cittadini di altri Stati membri, nella misura in cui i soggetti non residenti hanno il più delle volte la nazionalità di un altro Stato» (punto 34) e che una «siffatta disparità di trattamento può essere giustificata solo qualora sia fondata su considerazioni obiettive, indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate e proporzionate allo scopo legittimamente perseguito dall'ordinamento nazionale» (punto 35).

¹³ V., per tutte, l'interrogazione scritta n. 9349/2011 del Parlamento europeo, del 18 ottobre 2011, reperibile sul sito internet <http://www.europarl.europa.eu>.

mente dalla loro situazione particolare, il rifiuto d'imbarco è una situazione che colpisce uno o più passeggeri individualmente e che li differenzia dagli altri passeggeri, al contrario, ammessi ad utilizzare il servizio di trasporto. Sebbene sprovvista di connotazione nazionale, sociale o di altra natura generale, trattasi tuttavia di una forma di disparità di trattamento estremamente sgradevole sul piano personale. Questo aspetto ha spinto il legislatore a decidere di regolamentare il problema nel settore in cui tale pratica è più frequentemente utilizzata per ragioni commerciali: il trasporto aereo. A tale proposito, la Commissione ha confermato, con la Comunicazione dell'aprile 2011 sui diritti dei passeggeri aerei¹⁴, che la categoria del rifiuto d'imbarco è più ampia di quella della semplice sovra-prenotazione, riscontrando il pieno avallo interpretativo della Corte di giustizia¹⁵. Si citeranno, a titolo illustrativo, tre fattispecie nelle quali un rifiuto d'imbarco previsto dal Regolamento non è la conseguenza di una sovra-prenotazione:

- il cambio di aeromobile che effettua il trasporto – per ragioni tecniche o commerciali –, con meno posti a bordo; ciò può condurre a lasciare in aeroporto alcuni viaggiatori senza che vi sia stata quindi vendita eccessiva di biglietti rispetto ai posti inizialmente disponibili;
- la decisione commerciale, al momento dell'imbarco di un volo, di dare priorità ai passeggeri in transito provenienti da un lungo volo ritardato, che ha provocato la perdita di una coincidenza anteriore, e ciò a detrimento di alcuni passeggeri, lasciati di conseguenza in aeroporto;
- da ultimo, errori nell'accettazione della validità dei documenti di viaggio, alla base del rifiuto d'imbarco di un passeggero che, in realtà, ha i documenti in ordine.

La protezione giuridica contro il rifiuto d'imbarco è, in qualche modo, prevista in egual misura nel trasporto in autobus o pullman, anche se in tale settore questa pratica è assai meno frequente. Inoltre, è sufficiente che il trasportatore offra ai passeggeri interessati dal rifiuto la scelta fra il rimborso e il reinstradamento (c.d. «riprotezione»), per essere esentato da ogni obbligo di indennizzo finanziario.

¹⁴ Comunicazione Com(2011)174 def., dell'11 aprile 2011.

¹⁵ La Corte, in effetti, ha pienamente sposato tale interpretazione della Commissione nella sentenza del 4 ottobre 2012 in causa n. C-22/11, *Finnair*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, dopo che nello stesso senso si era espresso pure l'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni del 20 aprile 2012. Inoltre, nella sentenza del 4 ottobre 2012 in causa n. C-321/11, *Germán Rodríguez Cachafeiro e María de los Reyes Martínez-Reboredo Varela-Villamor c. Iberia, Líneas Aéreas de España SA*, la Corte ha statuito in maniera inequivoca che la nozione di rifiuto di imbarco (con relativo diritto di indennizzo pecuniario) include la situazione nella quale una compagnia ha venduto dei posti ritenendo – a torto – che dei passeggeri di un volo precedente non sarebbero arrivati a tempo per il loro volo in corrispondenza. V. Parte Seconda, nota 61.

Quanto al trasporto per via d'acqua e ferrovia, il rifiuto d'imbarco non è previsto poiché tali situazioni sono più rare, se non pressoché inesistenti. Tuttavia, nulla impedisce al passeggero di chiedere un risarcimento per danni in caso di ritardo all'arrivo o per altri pregiudizi sulla base del diritto nazionale o internazionale pertinente.

1.3 Discriminazione a causa di un handicap o di mobilità ridotta

La terza forma di discriminazione vietata dalle norme dell'Unione europea, a tutela dei passeggeri, deriva dal principio dell'eguaglianza di trattamento delle persone portatrici di *handicap* o a mobilità ridotta, c.d. «passeggeri a mobilità ridotta» (PMR)¹⁶. Si tratta di una definizione simile nei quattro mezzi di trasporto, secondo la quale per «persona con disabilità» o «persona a mobilità ridotta» si intende «qualsiasi persona la cui mobilità sia ridotta, nell'uso del trasporto, a causa di qualsiasi disabilità fisica (sensoriale o locomotoria, permanente o temporanea), disabilità o *handicap* mentale, o per qualsiasi altra causa di disabilità, o per ragioni di età, e la cui condizione richieda un'attenzione adeguata e un adattamento del servizio fornito a tutti i passeggeri per rispondere alle esigenze specifiche di detta persona»¹⁷.

Questa definizione pone tali categorie di passeggeri al riparo da qualsiasi discriminazione in ogni fase, prima e durante il viaggio: al momento della prenotazione del posto, dell'acquisto del biglietto, dell'imbarco, del trattamento a bordo di un veicolo e, per finire, dello sbarco all'arrivo.

Le normative ammettono deroghe, ma solo se in conformità con i principi di necessità e di proporzionalità.

In virtù del primo, possono essere ammesse eccezioni se sono dettate da ragioni di sicurezza o dalle caratteristiche fisiche del mezzo di trasporto (la dimensione dell'aeromobile o delle sue porte, la concezione della nave pas-

¹⁶ Per un'analisi in proposito, N. E. LUONGO, *Persons with Disabilities and Their Right to Fly*, in *Air & Space Law*, XXXIV(3), 2009, pp. 149-176 e lo studio comparato, A. KONERT - H. EPHRAIMSON, *Passengers with Reduced Mobility in the EU, Canada and the USA*, in *Air & Space Law*, XXXIII(3), 2008, pp. 233-243.

¹⁷ Anche se questa definizione di PMR, introdotta dal Regolamento n. 1107/2006, *cit. supra*, nota 4, può apparire a prima vista più ampia di quella di *disability* secondo la legge americana, in realtà le due nozioni sono molto simili e contemplano tutte le persone la cui mobilità è ridotta per qualsivoglia causa. Sono anche ricomprese non solo le persone con incapacità, ma anche gli anziani, gli ammalati (con esclusione di quelli che non possono viaggiare per ragioni di sanità pubblica, di sicurezza o legate alla conformazione particolare del mezzo di trasporto) e le persone la cui mobilità è momentaneamente ridotta (ad esempio, qualcuno che abbia appena subito un'operazione agli occhi e deve viaggiare bendato; un passeggero con una gamba rotta; un viaggiatore che si affatichi fortemente a causa di alcuni trattamenti contro il tumore; ecc.).

seggeri o del veicolo stradale) o dell'infrastruttura portuale o della fermata/stazione d'autobus. Non sono, al contrario, ammesse le deroghe dettate da motivi di *comfort* o legati alla politica commerciale del trasportatore¹⁸.

A causa del secondo principio, anche se un rifiuto d'imbarco può essere giustificato, si deve, comunque, ricorrere a soluzioni alternative meno restrittive di quella del diniego d'imbarco e che consistono, per esempio, in tutti i mezzi, nell'imporre al PMR di viaggiare accompagnato.

Di più, in tali casi, il trasporto dell'accompagnatore deve avvenire gratuitamente nel trasporto per via d'acqua e stradale; mentre per il trasporto ferroviario è obbligatorio per la società ferroviaria di predisporre specifiche norme di accesso per i PMR, norme cioè alle quali può essere subordinato l'accesso dei passeggeri. Tuttavia, il Regolamento ferroviario afferma che un vettore non può obbligare sistematicamente un viaggiatore ad essere assistito da un accompagnatore per poter essere accettato a bordo.

Altra regola comune a tutti i settori del trasporto: in caso di rifiuto (di prenotazione, di vendita o di imbarco), il trasportatore deve compiere tutti gli sforzi ragionevoli per proporre al PMR un'alternativa di viaggio.

Infine, sempre in tutti i mezzi di trasporto, ogni volta che venga esercitata tale deroga (cioè il rifiuto d'imbarco), il passeggero può richiedere una spiegazione per iscritto, che gli dovrà essere fornita entro i sette giorni successivi.

2. *Diritto alla mobilità: accessibilità e assistenza senza spese supplementari per i passeggeri portatori di handicap e per i passeggeri a mobilità ridotta (PMR)*

Nell'Unione europea, che conta circa 80 milioni di persone portatrici di *handicap* permanente o temporaneo (praticamente, un europeo su sei), il legislatore ha voluto completare il principio generale di non-discriminazione delle persone portatrici di *handicap* con una serie di misure volte ad

¹⁸ Sia nella legislazione europea che in quella americana, vale la presunzione della necessità di assistenza del richiedente: le compagnie incaricate dell'applicazione possono comunicare con i passeggeri interessati onde conoscere la portata esatta dei loro bisogni di assistenza, ma il rifiuto di assistenza deve essere limitato al massimo. Secondo le due normative, le eccezioni devono essere interpretate in modo molto restrittivo. La normativa americana ricopre anche apparenti zone grigie, come alcune situazioni riguardanti le persone obese o l'adulto che viaggia da solo con più bambini in tenera età. È certo che negli Stati Uniti, essendo, in generale, l'accessibilità alle infrastrutture di trasporto più agevole di quella europea, alcune categorie di passeggeri che devono, invece, richiedere l'assistenza in Europa possono rivelarsi autonome. Ciò detto, su entrambe le sponde dell'Atlantico, qualsiasi passeggero che necessiti obiettivamente di assistenza al momento del viaggio è protetto dalla legge.

assicurare che l'accesso al trasporto e lo stesso viaggio non siano solo un diritto teorico ma anche effettivo.

In altre parole, il divieto di discriminazione negativa di questi passeggeri trova il proprio complemento e realizzazione in una discriminazione egualmente positiva, stabilendo in particolare, il loro diritto ad un'assistenza dedicata e gratuita. Ciò implica che la specifica assistenza necessaria all'imbarco a bordo di un mezzo di trasporto, allo sbarco, al trasporto di materiale medico e dell'attrezzatura di mobilità o del bagaglio, non possa essere oggetto di ulteriori spese, onde non penalizzare questa categoria di viaggiatori che devono far fronte a particolari necessità personali.

Tale principio di gratuità dell'assistenza è previsto in tutti i mezzi di trasporto.

Se la portata e le condizioni di fornitura di tale assistenza possono variare in funzione del mezzo di trasporto, alcuni principi di base restano comuni a tutti i settori: in particolare, i sistemi di informazione e prenotazione devono esistere in forma accessibile e il personale in contatto con i PMR deve disporre di un'adeguata formazione professionale.

Un settore in cui resta molto da fare è quello della fissazione di norme tecniche di accesso comune relative ai veicoli e alle infrastrutture, per quanto la tendenza costante generale sia verso il loro progressivo adattamento. È utile, ad esempio, segnalare il fatto che esistono già delle norme tecniche di interoperabilità ed accesso relative alle persone con mobilità ridotta nel sistema convenzionale ferroviario trans-europeo e nella grande velocità¹⁹: il fatto di rendere interoperabili tra loro i treni, le stazioni e le necessarie infrastrutture dovrebbe consentire di offrire ai PMR un livello simile di accesso attraverso tutta la rete trans-europea di trasporto. Non-dimeno, resta ancora da determinare il termine preciso e la strategia più a lungo termine.

Nel trasporto stradale, la direttiva n. 2001/85/Ce²⁰ contiene particolari disposizioni applicabili ai veicoli destinati al trasporto di passeggeri con autobus o pullman. Per quanto riguarda il trasporto marittimo, la direttiva n. 2003/24/Ce²¹ sulle regole e norme di sicurezza per le navi passeggeri

¹⁹ Tramite la «specificata tecnica di interoperabilità relativa a persone con mobilità ridotta» (PMR TSI), decisione della Commissione n. 2008/164/Ce del 21 dicembre 2007, in *Gu-Ue* n. L 64 del 7 marzo 2008, p. 72 ss., applicabile in tutti gli Stati membri dal 1° luglio 2008.

²⁰ Direttiva n. 2001/85/Ce del 20 novembre 2001 riguardante particolari disposizioni applicabili ai veicoli destinati al trasporto di passeggeri e che comportino, oltre al sedile del guidatore, oltre otto posti a sedere e che modifica le direttive n. 70/156/Cee e n. 97/27/Ce, in *Guce* n. L 42 del 13 febbraio 2002, p. 1.

²¹ Direttiva n. 2003/24 del 14 aprile 2003, che modifica la direttiva n. 98/18/Ce del Consiglio che stabilisce le regole e norme di sicurezza per le navi passeggeri, in *Gu-Ue* n. L 123 del 17 maggio 2003, p. 18.

contiene delle prescrizioni di sicurezza per le persone a ridotta mobilità a bordo delle navi. È, quindi, in particolare nel trasporto aereo che questo tipo di norme tecniche dovrebbe essere sviluppato in modo più marcato.

L'Unione europea dovrebbe poter approfittare degli investimenti in infrastrutture per i trasporti nel quadro della rete transeuropea di trasporto (TEN-T) e della nuova strategia «*Connecting Europe*»²² per riavvicinare il livello di accessibilità dei nostri trasporti a quello del modello americano. Ciò diminuirebbe certamente il numero dei cittadini che devono richiedere assistenza secondo la normativa relativa ai PMR, riducendo in tal modo i costi per l'industria e favorendo così l'integrazione di una gran parte della popolazione europea.

3. *Diritto all'informazione prima e durante tutte le varie tappe del viaggio, specialmente in caso d'interruzione di quest'ultimo*

Il terzo diritto fondamentale illustrato dalla Comunicazione è il diritto all'informazione. Il suo titolo sembra lasciar presagire una prerogativa automatica del viaggiatore, quasi tautologica.

In realtà, il concetto di informazione ha, da un lato, una connotazione molto ampia e forme di articolazione assai differenziate e, dall'altro, necessita di un significativo rafforzamento per il futuro.

In via preliminare, occorre distinguere, da una parte, ciò che costituisce l'informazione generale a disposizione di tutti i passeggeri per quanto attiene ai loro diritti e doveri, come pure l'informazione concernente le norme di qualità e le prestazioni dei trasportatori (v. *infra*, par. 3.1), o, ancora, ciò che riguarda le relazioni contrattuali con i trasportatori (v. *infra*, par. 3.2); dall'altra, le più specifiche informazioni che un utilizzatore particolare riceve (*rectius*: dovrebbe ricevere) allorquando si verifica un problema prima o durante il suo viaggio (v. *infra*, par. 3.3).

3.1 *Informazioni generali sui diritti dei passeggeri e sulle norme di qualità e le prestazioni dei trasportatori*

Sul piano più generale dell'informazione al pubblico, è utile ricordare che le varie normative europee impongono agli operatori l'obbligo di fornire ai passeggeri una chiara ed esauriente indicazione circa i diritti di questi ultimi. Ciò detto, la pratica dimostra che gli operatori di solito si

²² Comunicato stampa della Commissione, *Meccanismo per collegare l'Europa: la Commissione adotta un piano di 50 miliardi di euro per rilanciare le reti europee*, IP/11/1200 del 19 ottobre 2011.

limitano a rinviare al testo delle normative vigenti nelle condizioni contrattuali o sui loro siti internet. Avendo constatato (ad esempio, secondo i sondaggi "eurobarometri" o da studi indipendenti) l'insufficienza dell'informazione fornita dagli operatori agli utenti, la Commissione ha avviato una serie di iniziative di respiro europeo non solo in materia di diritti aerei ma, progressivamente, su tutti i mezzi di trasporto per aumentare la sensibilizzazione dei passeggeri²³.

Una delle aspirazioni dei consumatori è quella di poter disporre di dati pubblici relativi alle prestazioni degli operatori e di indicatori del livello di soddisfazione degli utenti: simili indicazioni presenterebbero il doppio vantaggio di poter meglio confrontare le prestazioni, onde effettuare scelte meglio informate e più mirate, e di incoraggiare la concorrenza fra operatori per una migliore offerta della qualità dei servizi in base a *standard* confrontabili. Inoltre, un tale metodo favorirebbe controlli e un'applicazione più uniformi della normativa europea da parte delle autorità competenti.

La normativa sui passeggeri ferroviari traccia il cammino in tal senso, prevedendo l'obbligo per gli operatori di fornire un rapporto periodico sull'applicazione degli *standard* minimi di qualità. Per quanto riguarda la regolamentazione sui passeggeri in nave, essa impone ai trasportatori di definire norme di qualità per l'assistenza ai PMR. Negli altri mezzi di trasporto, ogni informazione è, per ora, affidata alla buona volontà unilaterale di ciascun operatore²⁴.

3.2 Informazione trasparente e accessibile su tutti gli aspetti pertinenti del contratto di trasporto prima dell'acquisto del biglietto

Tutte le normative sui passeggeri, al di là delle loro differenze, prevedono l'emissione di un biglietto di trasporto. Indipendentemente dal for-

²³ Possiamo citare le campagne di informazione su vasta scala lanciate dalla Commissione nel 2005, nel 2010 e nel 2011 (<http://ec.europa.eu/transport/passenger-rights/it/index.html>), alle quali occorre aggiungere altre azioni più puntuali condotte dall'Europe Direct Contact Center o dalla rete dei Centri Europei dei Consumatori (ECC-net) o tramite il portale «La tua Europa» (http://europa.eu/youreurope/citizens/travel/passenger-rights/index_it.htm).

Da ultimo, si può aggiungere la nuova applicazione *smartphone*, disponibile nelle 22 lingue della UE a partire dall'estate 2012, per fornire tutte le informazioni opportune e i consigli pratici ai viaggiatori nel trasporto aereo, ferroviario e, prossimamente, anche marittimo e stradale (IP/12/738 del 4 luglio 2012).

²⁴ Negli Stati Uniti, i maggiori vettori aerei nazionali sono soggetti ad un sistema uniforme di rendicontazione che mira ad informare i passeggeri sulla qualità dei servizi di trasporto aereo delle varie compagnie. Esso è diviso in 6 sezioni: dati statistici sui ritardi dei voli; problemi sui bagagli; sovra-prenotazioni; reclami dei consumatori; rapporti trasmessi dal servizio clienti della compagnia; numero di perdita, ferimento o decesso di animali durante il trasporto. Questi rapporti («*Air Travel Consumer Reports*») sono resi pubblici dall'US Department of Transportation (<http://airconsumer.ost.dot.gov/reports/index.htm>).

mato (ivi compreso quello elettronico), un biglietto può essere considerato come il titolo che autorizza una persona ad usufruire di un mezzo di trasporto. Ne discende che dovrebbe garantire ad ogni passeggero non soltanto *stricto sensu* il trasporto ma, più globalmente, un insieme di servizi di base: il prezzo, i luoghi di partenza ed arrivo e almeno un estratto delle clausole e condizioni contrattuali, in particolare di quelle che consentono un cambio unilaterale della relazione commerciale con il passeggero (ad esempio le clausole di *no show* – assenza del passeggero che ha acquistato il biglietto – o i casi di riprogrammazione di un volo da parte del trasportatore²⁵), i limiti (il peso massimo) di trasporto dei bagagli o ancora le condizioni relative al trasporto dei PMR.

È indispensabile un'informazione trasparente per quanto riguarda il prezzo e il contenuto essenziale del trasporto, onde permettere al passeggero di effettuare la propria scelta con piena cognizione di causa al momento della prenotazione e dell'acquisto, garantendo al contempo ai trasportatori la libertà di fissare le tariffe.

Se, nei mercati aperti, è accettabile che una parte dei servizi accessori legati al servizio di trasporto passeggeri (quali la fornitura di pasti o il trasporto di bagagli voluminosi o multipli) non sia coperta dalle tariffe di base, attualmente i passeggeri non dispongono della certezza necessaria in merito alle prestazioni ed ai costi inclusi nelle tariffe minime, o sugli elementi che sono ricompresi nel servizio di trasporto di base. Ciò è vero nonostante le norme vigenti in materia di trasparenza dei prezzi, previste dal Regolamento (Ce) n. 1008/2008²⁶, uno dei cui obiettivi primari è proprio quello di informare con chiarezza e precisione il passeggero circa il prezzo finale del suo viaggio. Ogni mancanza di sicurezza in materia crea nei passeggeri confusione e diffidenza verso i prestatori dei servizi di trasporto e provoca distorsioni di concorrenza nel caso in cui i vari legislatori e giudici nazionali nei ventotto Stati membri adottino punti di vista diversi circa il carattere abusivo o meno di tale o tal altra nuova pratica. Una visione intermodale armonizzata del contenuto del servizio di trasporto passeggeri e degli elementi del prezzo che devono figurare nella tariffa di base per tutti i mezzi di trasporto si dimostra, perciò, tanto auspicabile quanto indispensabile.

Sebbene possa risultare necessario indicare i prezzi secondo modalità distinte nei vari settori dei mezzi di trasporto, ciò non esclude l'opportunità di stabilire uno zoccolo duro di elementi imprescindibili che compongano il servizio di trasporto passeggeri, da includere sistematicamente nel-

²⁵ V. Parte Seconda, par. C.4.

²⁶ Regolamento n. 1008/2008, *cit. supra*, nota 4.

le tariffe di base, per tutti i mezzi di trasporto. Ad esempio, tale zoccolo duro dovrebbe comprendere: tutti i costi operativi indispensabili al trasporto dei passeggeri (compreso quelli legati agli obblighi giuridici del vettore quali la sicurezza e i diritti dei passeggeri) e tutti gli aspetti essenziali al viaggio dal punto di vista del passeggero (come la fornitura di biglietti e di carte d'imbarco o l'accettazione di un bagaglio minimo e di alcuni effetti personali).

Un netto contributo in materia di informazione trasparente e corretta come pure di equa fissazione del prezzo nei confronti dei passeggeri, in particolare al momento dell'acquisto del biglietto *online*, deriva anche dalla direttiva n. 2011/83/UE relativa ai diritti dei consumatori²⁷. In particolare, essa vieta in modo esplicito l'utilizzo di caselle pre-compilate *online*, i costi dissimulati su internet e tutte le imposte supplementari di cui il passeggero non sia stato debitamente informato o per le quali non abbia espresso previamente il proprio consenso (art. 22). Essa, inoltre, vieta ai professionisti di fatturare, per l'utilizzo dei metodi di pagamento (quali le carte di credito), spese superiori ai costi effettivamente sostenuti per l'utilizzo di tali mezzi (art. 19).

3.3 Informazioni nel corso del viaggio e in caso di interruzione

Al contrario, sul piano più specifico delle informazioni in situazioni specifiche, il quadro è più frammentato a seconda delle varie normative settoriali. Nei fatti, al di là dell'informazione di tipo generale, gli aggiornamenti forniti al passeggero rivestono un'importanza ancora maggiore in caso di inconveniente prima o durante il viaggio. Basti pensare ad una situazione di notevole ritardo, oltretutto con le ripercussioni relative al transito. Un'informazione rapida e tempestiva consente di attenuare gli inconvenienti per il viaggiatore, consentendogli di prendere le necessarie disposizioni. Nel contempo, una reazione e una soluzione quanto più immediate da parte del trasportatore permettono a quest'ultimo di limitare le onerose conseguenze in termini di assistenza (pasto e, se necessario, alloggio) e di «riprotezione».

In effetti, la decisione di rinunciare al viaggio e di optare quindi per il rimborso del biglietto pagato o per il reinstradamento ad una data successiva a scelta del passeggero permette di porre un termine all'obbligo di assistenza nei confronti del passeggero. L'efficace gestione di una crisi consente,

²⁷ Direttiva n. 2011/83/UE del 25 ottobre 2011 relativa ai diritti dei consumatori, in *Gu-UE* n. L 304 del 22 novembre 2011, p. 64. V. Parte Seconda, nota 66.

sopra ogni cosa, di migliorare il servizio al cliente e l'immagine dell'operatore.

È chiaro che l'informazione nei riguardi del viaggiatore vittima di un disagio non deve limitarsi alle circostanze (e all'origine) del problema come pure alla sua durata stimata, ma deve anche riguardare i mezzi di assistenza disponibili, le alternative possibili, come pure la possibilità di contattare agevolmente le autorità di controllo in caso di disaccordo con l'operatore circa la soluzione offerta.

Orbene, la necessità di un aggiornamento in tempo reale e tramite i mezzi di comunicazione più avanzati tecnologicamente è in realtà contemplata solo nelle più recenti normative europee sui passeggeri: quelle relative ai trasporti via nave e per autobus o pullman. Esse prevedono, infatti, che l'informazione da fornirsi ai passeggeri interessati, in caso di annullamento o partenza ritardata, abbia luogo «quanto prima e comunque non oltre trenta minuti dopo l'orario di partenza previsto, della situazione, dell'orario di partenza e dell'orario di arrivo previsti non appena tale informazione è disponibile»²⁸. Inoltre, la normativa sui passeggeri di autobus o pullman prevede in modo specifico che «ove possibile», tali informazioni siano comunicate all'insieme dei passeggeri «per via elettronica», ivi compresi gli *sms*²⁹. Nella realtà, l'utilizzo di *e-mail* e di *sms* è divenuto pratica corrente presso alcune compagnie aeree, e l'esperienza acquisita nel 2010 al momento della chiusura di gran parte dello spazio aereo europeo a seguito dell'eruzione di un vulcano islandese ha peraltro messo in evidenza l'efficacia dei nuovi mezzi di comunicazione per poter contattare e tener informati in modo rapido centinaia di passeggeri alla volta. Si tratta, tuttavia, di pratiche meramente spontanee e volontarie poiché, allo stadio attuale, il Regolamento aereo n. 261/2004, come peraltro il Regolamento ferroviario n. 1371/2007, non impongono al trasportatore di informare i passeggeri sui motivi che hanno causato un annullamento o un ritardo prolungato, né del ritardo prevedibile³⁰.

Logicamente, la Comunicazione della Commissione del dicembre 2011 fissa dunque l'obiettivo, per tutti i mezzi di trasporto, di ricorrere si-

²⁸ Art. 16.1 del Regolamento (Ue) n. 1177/2010 e art. 20.4 del Regolamento (Ue) n. 181/2011, entrambi *cit. supra*, nota 4. Da notare che l'obbligo di informare i passeggeri entro 30 minuti esiste anche nella legge americana, ivi compreso il settore aereo.

²⁹ Art. 20.4 del Regolamento (Ue) n. 181/2011, *loc. cit.*

³⁰ Per un'analisi del Regolamento (Ce) n. 1371/2007, *cit. supra*, nota 4, cfr. C. PAULIN, *Règlement relatif aux droits et obligations des voyageurs ferroviaires*, in *Revue droit transport*, 2008, p. 25; S. CALME - Ph. DELEBECQUE, *Le règlement (CE) n° 1371/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires*, in *Revue droit transport*, 2009, étude n. 4.

stematicamente alla trasmissione di informazioni ai viaggiatori nella maniera più individuale e rapida possibile, utilizzando le tecnologie di punta disponibili: non solo gli *sms* e le *e-mail*, ma anche gli *smartphone* e i *social network*. Essa insiste sulla necessità del tutto essenziale di un coordinamento più efficace fra trasportatore direttamente interessato e altri operatori nella catena di mobilità (quali i gestori di aeroporti, i *terminal* portuali o di stazioni ferroviarie o stradali, come pure le agenzie di viaggio e i *tour-operator*). Ciò eviterebbe ad esempio situazioni (verificatesi) nelle quali lo stesso volo viene annunciato come annullato sul sito di una compagnia aerea, mentre è dato semplicemente come ritardato in aeroporto o sul suo sito internet.

Naturalmente, tutti gli attuali Regolamenti insistono già sulla necessità di fare in modo che siffatta informazione venga fornita in formati accessibili per rispondere ai bisogni specifici dei vari gruppi di PMR.

4. *Diritto di rinuncia al viaggio (rimborso) in caso di interruzione*

Una delle prerogative fondamentali (di natura contrattuale prima che regolamentare) del passeggero è il diritto al rimborso in caso di annullamento del viaggio o di ritardo prolungato (ivi compreso il caso di rifiuto d'imbarco nei settori aereo e stradale).

In realtà il legislatore ha scelto di non definire la nozione di «ritardo prolungato» ma di stabilire degli specifici ritardi, per ciascun mezzo di trasporto, a partire dai quali scatta il diritto al rimborso: 60 minuti per i treni; 90 minuti per le navi; 120 minuti per gli autobus/pullman; 300 minuti per gli aerei³¹.

³¹ Interessanti statistiche sul caso di ritardi di voli in Europa vengono fornite dal documento di lavoro dei servizi della Commissione dell'11 aprile 2011 (Sec(2011)428 def.), che ha corredato la Comunicazione, adottata lo stesso giorno, relativa al Regolamento n. 261/2004 (Com(2011)174 def., *cit. supra*, nota 14). Tale documento, fondato sui dati elaborati da Eurocontrol e che utilizzano una base relativa a 18 milioni di voli durante il periodo 2006-2009 (circa il 60% dei voli totali), copre le categorie di volo così ripartite: circa 80% dei voli è composto da voli di meno di 1500 km, circa il 16% di voli fra i 1500 e i 3500 km e circa il 4% di voli oltre i 3500 km (il che corrisponde alle tre categorie utilizzate dal Regolamento (Ce) n. 261/2004, *cit. supra*, nota 4). Secondo queste statistiche, la proporzione dei voli per i quali il Regolamento impone un obbligo di rimborso (per un ritardo, quindi, di almeno cinque ore) ammonta solo allo 0,15% del totale: rispettivamente lo 0,1%, 0,35% e 0,5% per le tre categorie di voli sopra citate.

Poiché la nozione di ritardo non è stata espressamente definita dal legislatore, ciò implica, alla luce della giurisprudenza costante della Corte in materia, che tale nozione debba includere anche casi di ritardi in qualche modo "atipici" poiché meno frequenti (lo sono meno in Europa che negli Stati Uniti), come ad esempio il ritardo sulla pista che costituisce indubbiamente un ritardo alla partenza (cioè prima del decollo).

Sebbene questo riveli differenze anche significative fra i vari mezzi (nell'ordine del 500% fra i settori ferroviario e aereo), un elemento costante previsto da tutti i Regolamenti in materia consiste nel fatto che il rimborso non dovrebbe mai essere *imposto* al passeggero. In altri termini, il rimborso deve aver luogo solo se è stato scelto dal passeggero, considerato che il legislatore gli conferisce sempre il diritto di scegliere tra il rimborso ed il reinstradamento (in funzione dei trasporti alternativi disponibili, che possono togliere ogni effetto utile allo spostamento, ad esempio quando sono troppo tardivi).

Inoltre, questo diritto al rimborso è incondizionato: esiste in tutti i casi, anche nell'ipotesi di circostanze straordinarie (forza maggiore).

Per quanto riguarda il limite di tempo per il versamento del rimborso, esso è, in alcuni casi, di sette giorni (viaggi in aereo e in nave) e, in altri, di un mese (treno e autobus/pullman). In tutti i casi il rimborso deve coprire la totalità del prezzo pagato dal viaggiatore, senza possibilità di dedurre spese (amministrative o d'altro tipo), tasse o altre voci.

Infine, la scelta del rimborso non annulla l'obbligo per l'operatore di riportare il viaggiatore, che si trovi in un luogo intermedio, al punto di partenza iniziale (ad esempio in caso di incidente che si verifichi durante una seconda tratta di un viaggio).

5. *Diritto all'esecuzione del contratto di trasporto («riprotezione» o riprenotazione) in caso di interruzione*

Come alternativa alla domanda di rimborso in caso di determinati problemi nel servizio di trasporto, il passeggero interessato può scegliere l'opzione di essere reinstradato verso la destinazione finale (mantenendo così il contratto di trasporto)³², alle seguenti tre condizioni:

- «non appena possibile»,
- «in condizioni di trasporto comparabili» e
- conservando il diritto di essere assistito sino al termine del viaggio.

Quest'ultimo aspetto mira a creare un chiaro incentivo per il trasportatore ad accelerare il più possibile la «riprotezione», e a ridurre così al minimo il disagio per i passeggeri interessati ed i relativi costi.

Una questione che merita di essere approfondita è quella relativa all'interpretazione dell'espressione «in condizioni di trasporto comparabili». Pur trattandosi, indubbiamente, di un dispositivo legislativo piuttosto laconico, occorre considerare che l'obiettivo di un contratto è assicurare

³² Per un'analisi approfondita nel diritto aereo, M. BECH SERRAT, *Re-routing under the Air Passenger's Rights Regulation*, in *Air & Space Law*, XXXVI(6), 2011, pp. 441-451.

l'arrivo del passeggero alla destinazione finale il più rapidamente possibile e che lo scopo delle normative sui diritti dei passeggeri è quello di proteggere la parte debole di questo contratto. Ne consegue che l'interpretazione da dare deve essere la seguente: affinché la «riprotezione» sia effettuata nel minor tempo possibile, il reinstradamento deve avvenire o tramite un altro vettore dello stesso settore di trasporto (*partner* commerciale o anche un concorrente diretto del vettore contrattuale) oppure tramite un mezzo di trasporto alternativo. In effetti, la giurisprudenza costante della Corte fornisce un'interpretazione estensiva di questi Regolamenti, tenendo conto non soltanto del loro enunciato ma parimenti del loro contesto, degli obiettivi e dei motivi³³.

In termini di proporzionalità ciò non potrebbe certamente giustificare il fatto di imporre al trasportatore qualsiasi tipo di alternativa, ad esempio una classe di biglietto nettamente superiore o tramite un mezzo di trasporto individuale allorché esiste un mezzo collettivo.

Come la Commissione ha chiarito, nell'aprile 2011, nella Comunicazione sui passeggeri aerei «il diritto di scegliere di essere riprotetti "in condizioni di trasporto comparabili" [può essere garantito] con un altro modo di trasporto o con un altro vettore che serve la stessa rotta o una molto simile, nella stessa classe o in una analoga. I vettori hanno l'obbligo di offrire tale possibilità di scelta ai loro passeggeri». Nel caso si tratti di un trasporto con lo stesso mezzo, né la classe né il biglietto dovrebbero essere identici, poiché ciò svuoterebbe di significato tale idea di reinstrada-

³³ Punto 17 della sentenza del 22 dicembre 2008 in causa n. C-549/07, *Wallentin-Hermann c. Alitalia*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 11061, e punto 45 della sentenza del 19 novembre 2009 in cause riunite n. C-402/07 e n. C-432/07, *Sturgeon e Böck*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 10923 ss. (v. *infra*, nota 52).

Il ricorso all'intermodalità per facilitare la riprotezione e, al contempo, l'efficace tutela dei passeggeri appare prezioso soprattutto (ma non esclusivamente) in caso di scombussolamento rilevante dei trasporti.

Una prima esperienza in questo senso, sebbene piuttosto limitata, è stata maturata in occasione dei vari problemi nel 2010: la crisi della nube di ceneri vulcaniche e i disordini legati alle pessime condizioni meteorologiche subiti dal traffico aereo, ferroviario e stradale. Queste crisi ravvicinate e consecutive hanno messo in evidenza la necessità di rendere più agevoli i sistemi di trasporto in Europa e di stabilire soluzioni intermodali più efficaci, migliorando lo stato di approntamento, il coordinamento e la collaborazione fra tutti i settori interessati.

Al di là dei gravi disagi sofferti da tutte le parti, queste esperienze hanno quantomeno presentato il vantaggio di consolidare la presa di coscienza sul campo del fatto che il reinstradamento intermodale, contribuendo *in primis* a ridurre i disagi per i passeggeri, permette anche di limitare i costi per le imprese, riducendo la durata dell'assistenza richiesta dai passeggeri.

In quest'ottica, la lettera unificata della Communauté européenne du Rail (CER) e del Conseil international des Aéroports (ACI Europe) in data 31 gennaio 2012 merita di essere segnalata. Essa elenca le modalità di una maggiore collaborazione tra le stazioni e gli aeroporti in caso di grande crisi improvvisa dei trasporti (di nuovo, il vulcano islandese Eyjafjallajökull *docet*): scambio rispettivo di persone per il contatto, informazione più rapida possibile sui problemi e sui passeggeri coinvolti, indicazione ai passeggeri delle possibili alternative; il tutto approntato anche tramite simulazioni di crisi a livello locale.

mento da parte di un altro operatore. Se come parametro utile si può ammettere il ricorso ad una classe analoga (senza che peraltro essa sia identica), al contrario il riferimento al prezzo non parrebbe pertinente, tenuto conto del fatto che i prezzi di un biglietto possono continuamente evolvere e che nella medesima classe o in classi analoghe di biglietti si possono ritrovare passeggeri che hanno spuntato prezzi sensibilmente diversi per posti praticamente identici.

Va anche aggiunto che, nel caso del trasporto aereo e ferroviario, il passeggero non dispone solo della scelta fra il rimborso e il reinstradamento nel più breve tempo possibile, ma anche di una terza opzione: quella del reinstradamento verso la destinazione finale, sempre a pari condizioni di trasporto, ma in una data successiva, a sua scelta, con riserva evidentemente della disponibilità di posti. In tal caso il passeggero può quindi portare a completamento il proprio viaggio, in accordo con il trasportatore stesso, in funzione delle disponibilità esistenti. Tale completamento, come pure il rimborso, pone un termine all'obbligo per il trasportatore di fornire un'assistenza al passeggero.

Il fatto che tale opzione sussista solo per i passeggeri aerei e ferroviari evidentemente non impedisce agli operatori del settore marittimo e stradale di offrire volontariamente lo stesso tipo di scelta ai propri passeggeri, la qual cosa potrebbe essere un vantaggio in periodi di traffico intenso, in particolare per limitare i costi di assistenza.

Al di là di questa differenza, è chiaro che in caso di annullamento (o eventualmente di lungo ritardo o di rifiuto d'imbarco), un trasportatore non può limitarsi a proporre il rimborso (per rapido e immediato che sia) al passeggero, senza che quest'ultimo non possa esprimere la sua preferenza per il mantenimento della prestazione in data ulteriore, la più ravvicinata possibile.

Allo stesso tempo, a motivo delle notevoli conseguenze sia per l'uno che per l'altro, l'offerta dell'operatore e la scelta del passeggero devono essere fatte: *a.* in termini chiari e precisi; *b.* in modo rapido ed efficace (disponendo *in loco* di personale sufficiente e competente, preferibilmente tramite un avanzato supporto tecnologico e informatico); *c.* se possibile prima della partenza dal domicilio (onde evitare spostamenti inutili, prolungati e ingombranti al *terminal* di partenza).

In tal senso, la Comunicazione della Commissione del dicembre 2011 denuncia situazioni ancora troppo frequenti nelle quali passeggeri vittime di inconvenienti sono abbandonati a sé stessi, senza informazione né assistenza, o sono supportati da personale che, malgrado la buona volontà, non è autorizzato a prendere decisioni a nome del trasportatore. Per questo

motivo, essa evoca l'idea di prevedere che sia sempre presente un interlocutore della compagnia di trasporto, o, nel caso che la compagnia sia rappresentata *in loco* da altro soggetto, da un agente locale, da un agente di assistenza allo scalo o da qualsiasi altra persona che abbia la capacità giuridica e finanziaria di prendere decisioni operative in nome dell'operatore onde assicurare il pieno rispetto delle norme europee a favore dei passeggeri (v. Parte Seconda, par. C.4)³⁴.

Cionondimeno, la presenza o la rappresentanza di una compagnia non è sufficiente se non è completata da un'adeguata preparazione del personale responsabile per il rapido approntamento di sistemi di trasporto alternativi. È, infatti, inimmaginabile, anche per un operatore con la miglior volontà e disponibilità, di far fronte in modo rapido ed efficace ai bisogni di reinstradamento di decine, anche centinaia, se non migliaia di passeggeri che si trovino contemporaneamente in difficoltà, senza un piano di trasporto alternativo preparato con largo anticipo.

6. *Diritto al supporto in caso di forte ritardo alla partenza o ai punti di corrispondenza*

Il diritto all'assistenza di cui beneficia un passeggero vittima di un rifiuto d'imbarco, di un annullamento o di un lungo ritardo, non deve essere visto come un diritto autonomo ma piuttosto come un rimedio complementare nell'ambito della relazione contrattuale fra le parti e come una forma di attenuazione del suo disagio, in attesa che il trasporto previsto inizialmente possa effettuarsi e completarsi. D'altronde è per tale motivo che il Regolamento sui passeggeri aerei esclude esplicitamente tale diritto se l'offerta di assistenza dovesse essere d'intralcio alla fornitura del servizio di trasporto, ad esempio ritardandolo ulteriormente, alla luce delle circostanze³⁵.

L'assistenza, in forme diversificate e appropriate, deve essere fornita dal vettore immediatamente e automaticamente (senza cioè che venga neanche richiesta dal passeggero) nel momento in cui scatti il limite di un lungo ritardo o in cui venga presa la decisione del rifiuto d'imbarco o di annullamento.

Ancora una volta, i limiti di questo «lungo ritardo» cambiano a seconda del mezzo di trasporto: 60 minuti per i passeggeri in treno; 90 minuti

³⁴ È un'idea difesa apertamente anche dal Comitato economico e sociale, nel rapporto Bataller del 27 ottobre 2011, relativo ai «*Droits acquis des passagers aériens*» (CESE 1609/2011).

³⁵ Considerando n. 18 del Regolamento (Ce) n. 261/2004, *cit. supra*, nota 4: «L'assistenza ai passeggeri in attesa di una soluzione alternativa o di un volo ritardato dovrebbe essere limitata o rifiutata se la prestazione dell'assistenza causa un ulteriore ritardo».

per quelli su nave e autobus/pullman; da 120 a 480 minuti per quelli in aereo (in funzione della lunghezza del volo)³⁶.

Le modalità di assistenza sono molteplici: rinfreschi, pasti/*snack*, alloggio in albergo (in caso di una o più notti di attesa), trasporto da/verso il *terminal* di partenza e l'albergo, come pure (in caso di trasporto aereo) due comunicazioni/*e-mail* gratuiti.

È importante sottolineare che le forme che l'assistenza può rivestire devono essere proporzionali, ragionevoli e adattate alle circostanze del problema, in funzione della situazione del passeggero. Ad esempio, il passeggero che riscontra un ritardo al proprio domicilio e colui che invece è in difficoltà al momento del ritorno verso il luogo di origine sono in due situazioni differenti di disagio e il secondo necessita assai più di supporto pratico e logistico. Tali modalità di supporto non costituiscono un modo di fornire un vantaggio al viaggiatore ma solo di attenuare l'inconveniente subito. Una chiara illustrazione di come adattare le modalità di assistenza alle circostanze individuali, rispondendo alla loro ragion d'essere, è fornita dalle linee direttrici contenute nel documento tecnico preparato dai servizi della Commissione (DG Mobilità e Trasporti) in occasione della crisi vulcanica islandese dell'aprile 2010, che ha provocato l'annullamento di circa centomila voli e coinvolto dieci milioni di passeggeri³⁷.

Peraltro, l'assistenza può essere fornita al passeggero anche a bordo di un mezzo di trasporto (compreso l'alloggio su treno e nave, se sono disponibili delle cabine). La Comunicazione del dicembre 2011 precisa che il fatto di prendersi cura dei passeggeri vittime di un ritardo, in particolare di coloro che sono bloccati a bordo (ad esempio di un aereo in pista o di una nave in alto mare), deve tener conto delle particolari necessità dei viaggiatori più vulnerabili (quali i PMR, le famiglie con bambini, gli anziani), e dovrebbe in ogni caso prevedere l'accesso ai servizi igienici e il mantenimento di condizioni di climatizzazione confortevoli.

Allo stesso modo, se i Regolamenti impongono il rispetto di un minimo *standard* di assistenza, nulla impedisce ad una compagnia di trasporto di offrire a tutti i propri passeggeri o a certe categorie, secondo precise scelte di politica commerciale, forme speciali di attenzione e un trattamento a livello più elevato (ad esempio l'alloggio in una camera d'albergo di livello superiore e non di base).

³⁶ Secondo il documento di lavoro dei servizi della Commissione dell'11 aprile 2011, *cit. supra*, nota 31, il tasso annuale di voli interessati dall'obbligo di presa in carico dei passeggeri da parte di una compagnia aerea ammonta a meno dell'1%.

³⁷ http://ec.europa.eu/transport/passengers/air/doc/2011_ash-cloud-crisis-guidelines-for-interpretation.pdf.

In tutti i mezzi di trasporto, non si può confinare al solo punto di partenza la presa in carico del passeggero vittima di un lungo ritardo o di un annullamento, ma occorre parimenti considerare anche il punto di transito. In altri termini, le forme adeguate di assistenza devono essere fornite al passeggero che subisce un ritardo sia nel luogo di inizio del viaggio che al luogo di coincidenza intermedio, qualora l'utente disponga di una relazione contrattuale unica per il trasporto sino alla propria destinazione finale, secondo peraltro il criterio adottato dal legislatore nel Regolamento (Ce) n. 261/2004³⁸. Non vi sarebbe alcuna ragione di distinguere fra un passeggero che segua un tragitto diretto rispetto a colui che faccia uno o più scali utilizzando corrispondenze, in linea col principio di non-discriminazione.

Due importanti questioni debbono essere richiamate per comprendere le differenze al riguardo nei quattro mezzi di trasporto.

La prima è quella del carattere incondizionato del diritto all'assistenza per i passeggeri vittime di lunghi ritardi e di annullamenti: tale incondizionalità, però, sussiste solo in tutti i settori in relazione all'offerta di rinfreschi e di pasti. L'alloggio, in effetti, deve essere fornito non da tutti i vettori ma solo da quelli aerei in qualsiasi circostanza, anche in caso di circostanze straordinarie e quindi di assenza di colpa da parte del trasportatore. Non è così, invece, per i trasporti via nave e via autobus/pullman: per la prima categoria, l'alloggio è escluso «se il vettore prova che la cancellazione o il ritardo è provocato da condizioni meteorologiche che mettono a rischio il funzionamento sicuro della nave»; per la seconda, l'operatore è esentato «se il vettore prova che la cancellazione o il ritardo sono dovuti a condizioni meteorologiche avverse o gravi catastrofi naturali che mettono a rischio il funzionamento sicuro dei servizi a mezzo autobus»³⁹.

La seconda questione da sottolinearsi è quella dei costi legati al finanziamento dell'alloggio per i passeggeri in difficoltà. Gli operatori del settore della navigazione in nave e del trasporto via autobus/pullman beneficiano, in effetti, di un secondo vantaggio rispetto agli operatori aerei e ferroviari: quello della limitazione a rispettivamente tre e due notti di alloggio, come pure del tetto di ottanta euro a notte per il rimborso.

Questa distinzione di regime (per l'aereo e il ferroviario, da un lato, e per il trasporto tramite via d'acqua o stradale, dall'altro) deriva da una precisa scelta del legislatore, il quale, al momento dell'adozione dei due

³⁸ Art. 7, par. 1, secondo capoverso (relativo al diritto di risarcimento): «Nel determinare la distanza si utilizza come base di calcolo l'ultima destinazione per la quale il passeggero subisce un ritardo all'arrivo rispetto all'orario previsto a causa del negato imbarco o della cancellazione del volo».

³⁹ Rispettivamente art. 20, par. 3, del Regolamento (Ue) n. 1177/2010 e art. 23, par. 2 del Regolamento (Ue) n. 181/2011, *cit. supra*, nota 4.

ultimi Regolamenti, è stato sicuramente influenzato dall'emozione suscitata dalle conseguenze sui trasporti della crisi vulcanica, ma trova ugualmente la sua ragion d'essere nelle specificità di ogni settore. In particolare, se il panorama economico delle compagnie di navigazione aerea e ferroviaria è caratterizzato da società di grandi dimensioni, le società di autobus sono, al contrario, composte essenzialmente da PMI, di dimensioni quindi contenute e spesso dai mezzi molto limitati⁴⁰. Allo stesso modo, le condizioni meteorologiche possono avere un impatto relativo molto più grave, frequente ed oneroso per la navigazione marittima, al punto da paralizzarla totalmente, senza soluzioni alternative per il reinstradamento, contrariamente agli altri mezzi di trasporto.

Ferma restando la possibilità di apportare in qualsiasi momento modifiche al regime aereo, tramite una revisione del Regolamento (Ce) n. 261/2004, è anche vero che, date le differenze fra i vari mezzi, non verrà mai stabilito un regime unico ed uniforme poiché non risulterebbe né proporzionato né auspicabile.

Infine, la Corte di giustizia è già intervenuta in questo dibattito per sottolineare esplicitamente le specifiche necessità del trasporto aereo: «occorre anzitutto osservare che, alla luce, in particolare, delle loro modalità di funzionamento, delle condizioni della loro accessibilità e della ripartizione delle loro reti, le diverse modalità di trasporto non sono, quanto alle loro condizioni di utilizzazione, intercambiabili. (...) La situazione delle imprese intervenienti nel settore di attività di ciascuna di tali modalità di trasporto non è paragonabile». Inoltre, «in materia di trasporto aereo, i passeggeri vittime di una cancellazione o di un ritardo prolungato di un volo si trovano in una situazione obiettivamente diversa da quella che sperimentano i passeggeri di altri mezzi di trasporto in caso di incidenti della stessa natura. Infatti, a causa, in particolare, della localizzazione degli aeroporti generalmente al di fuori dei centri urbani e delle modalità specifiche di registrazione e di recupero dei bagagli, i disagi subiti dagli interessati in caso di tali incidenti non sono comparabili»⁴¹.

Ad ogni modo, un elemento comune a tutti i sistemi di trasporto, quali che siano le diverse conseguenze legate alla presenza di circostanze straordinarie, è che l'onere della prova incombe sempre sul vettore.

⁴⁰ Lo studio di impatto che accompagna la proposta di Regolamento sui diritti dei passeggeri di autobus e pullman, presentata il 4 dicembre 2008 (Sec(2008)2953), indicava che nel 2005 solo il 2% delle imprese dei 15 Stati membri (di allora) dell'Unione europea disponevano di più di 50 veicoli, mentre il 22% aveva da 11 a 50 autobus/pullman, il 50% da 2 a 10 e il 26% un solo veicolo.

⁴¹ Sentenza del 10 gennaio 2006 in causa C-344/04, *IATA e ELFAA*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 403, rispettivamente punti 96-97.

Come già indicato a proposito della «riprotezione», onde evitare che il diritto all'assistenza non resti lettera morta, è essenziale che il passeggero possa, nel momento della necessità, disporre di un interlocutore che, a nome del trasportatore, gli fornisca *in loco*, immediatamente, le indicazioni e gli strumenti necessari affinché l'assistenza gli sia fornita senza attese e in tutte le forme appropriate e pertinenti. In caso contrario, il fatto di rendere impossibile, complicato o, in ogni caso, indebitamente tardivo il servizio di assistenza configura una violazione della lettera e dello spirito delle normative europee vigenti⁴².

7. *Diritto all'indennizzo in determinate condizioni*

Il diritto al risarcimento per il passeggero vittima di ritardo (prolungato) o di annullamento è acquisito in tutti i mezzi di trasporto, pur comportando varie distinzioni.

Il ritardo minimo scatta molto rapidamente nel settore ferroviario: già dopo un'ora. Il trasporto in nave, invece, presuppone un ritardo minimo variabile: dopo una, due, tre o quattro ore di ritardo all'arrivo in funzione della durata totale prevista del viaggio, rispettivamente fino a quattro, otto, ventiquattro ore o più. Nel trasporto aereo, la soglia è di tre ore in virtù della sentenza della Corte che ha interpretato estensivamente il dispositivo letterale del Regolamento (Ce) n. 261/2004, imponendo alla compagnia aerea l'obbligo d'indennizzo non solo in caso di annullamento ma anche di ritardo⁴³. Infine, nel trasporto stradale la compensazione pecuniaria è dovuta al passeggero solo quando, a fronte di un tragitto annullato, egli non riceva dal trasportatore l'offerta di scegliere fra il rimborso e la «riprotezione»: in tal modo, l'importo pecuniario riveste piuttosto il carattere di sanzione per il comportamento non collaborativo e passivo dell'operatore, che di conse-

⁴² Cfr. le conclusioni presentate il 22 marzo 2012 dall'Avvocato Generale nella causa n. C-12/11 (in particolare i punti 44 e 45), in totale armonia con le osservazioni presentate dalla Commissione: «Ritengo, quindi, che l'assistenza ai passeggeri aerei sia a maggior ragione importante e fondamentale quando questi ultimi si vedono cancellare il volo a causa dell'eruzione di un vulcano che ha provocato la chiusura dello spazio aereo di diversi Stati membri, per parecchi giorni, costringendo così alcuni di loro a restare in aeroporto, spesso lontani dalle proprie case, in attesa della riapertura dello spazio aereo. Se si dovesse ammettere che, in tali circostanze, il vettore aereo non è tenuto ad assistere i passeggeri, questo avrebbe come conseguenza di mettere a repentaglio l'effetto utile dell'art. 5, par. 1, lett. b., e dell'art. 9 del Regolamento n. 261/2004 nonché del sistema nel quale essi si inseriscono, che mira, lo ricordo, a garantire un elevato livello di protezione ai passeggeri aerei». L'Avvocato Generale, come la Commissione, esclude anche ogni limitazione quantitativa (in termini di importo finanziario o di durata) all'obbligo di assistenza verso il passeggero da parte del trasportatore aereo.

⁴³ Sentenza in cause riunite n. C-402/07 e n. C-432/07, *Sturgeon e Böck*, cit. *supra*, nota 33.

guenza derivante da un ritardo. Peraltro, nell'impostazione già contenuta nella proposta iniziale della Commissione, la scelta del legislatore è stata quella di non creare, neanche indirettamente, alcuna forma di incentivo ad aumentare, mediante penalità finanziarie, la velocità del trasporto via autobus/pullman, in ossequio ad un imperativo assoluto di sicurezza stradale.

L'indennizzo nei quattro mezzi di trasporto cambia ugualmente in funzione del criterio di calcolo: se è quantificata in modo relativo, come percentuale in rapporto al prezzo del biglietto, nel caso del trasporto in treno, nave e autobus/pullman, riveste invece la forma di una somma forfetaria per l'aereo (quantunque legata alla distanza del volo: duecentocinquanta, quattrocento o seicento euro per tratte rispettivamente di 1500, 3500 o, se extra-UE, di oltre 3500 km).

Il fatto che, nel trasporto in treno e in nave, l'indennizzo sia espresso in percentuale del biglietto e che esista una soglia minima di esclusione di tale esborso, rispettivamente di quattro e sei euro, significa, in pratica, che i biglietti di valore inferiore a sedici euro nei collegamenti marittimo-fluviali e di ventiquattro euro in quelli ferroviari non danno diritto ad alcun indennizzo possibile.

Indipendentemente da tutte queste distinzioni, che possono essere importanti in termini di importi da versare ai viaggiatori, l'essenza di tale diritto all'indennizzo pecuniario risiede nella natura di misura compensatoria standardizzata e obiettiva del disagio subito dal viaggiatore. Ciò al fine di garantirgli un livello minimo di qualità dei servizi, fornendogli in particolare una forma di sollievo per gli inconvenienti sopportati a causa del ritardo alla destinazione finale (contrariamente all'assistenza che risponde piuttosto all'idea di una soluzione appropriata prima e/o durante il tragitto).

Se, in termini generali, il trasportatore deve versare una compensazione finanziaria al passeggero in caso di lungo ritardo o annullamento, si rendono tuttavia necessarie alcune precisazioni.

Innanzitutto, come per i costi legati all'assistenza, non è solo sul trasportatore effettivo che tale onere ricade. Se la logica nelle relazioni B2C (*business to consumer*, operatore-cliente) è quella di favorire il passeggero, permettendogli l'accesso ad un unico interlocutore che non può sottrarsi all'obbligo di prendersi cura in ogni caso del proprio cliente, invece nei rapporti B2B (*business to business*, fra operatori), il trasportatore può rivalersi nei confronti di altri operatori che intervengano nella catena economica e che possano essere ritenuti responsabili di una disfunzione e quindi, *in fine*, del ritardo o dell'annullamento. Può trattarsi del gestore di infrastrutture o di un *terminal*, dell'agenzia di viaggi o del *tour operator*, dei controllori del traffico, e di altri intermediari quali gli operatori d'assisten-

za allo scalo negli aeroporti, ecc. Sfortunatamente, questo principio della ripartizione degli oneri tra operatori, che pure è chiaramente previsto dal Regolamento aereo (Ce) n. 261/2004, ha trovato un'applicazione assai limitata, addirittura nulla, cosa che in qualche modo non facilita l'eventuale ricerca futura di miglioramenti di tale norma sulla ripartizione dell'onere finanziario tra attori economici⁴⁴.

In secondo luogo, se si prende in considerazione il settore aereo, si constata che le situazioni che potrebbero generare un diritto alla compensazione finanziaria per i passeggeri (teoricamente, di tutti i passeggeri legittimati, e cioè che viaggiano a bordo di un mezzo di trasporto, e non solo dei passeggeri *che reclamano*) nella vita reale sono assai limitati.

Secondo le statistiche disponibili, la media dei voli annullati ammonta a 0,5%, così come quelli che riscontrano ritardo di almeno tre ore⁴⁵. È utile sottrarre da questa cifra i casi di circostanze straordinarie, che escludono l'indennizzo, come pure quelle in cui i passeggeri, pur avendone diritto, non rivendicano la somma che sarebbe loro dovuta: secondo un Eurobarometro del 2009, meno del 7% dei passeggeri coinvolti in un incidente sporge reclamo, il che porta ad un risultato teorico assai marginale in termini di rivendicazioni effettive. In totale, si potrebbe ritenere che, nei fatti, le compagnie aeree dovrebbero pagare un indennizzo allo 0,0035% dei loro passeggeri⁴⁶.

In terzo luogo, l'idea dell'indennizzo finanziario a carico degli operatori deve essere completata dal contrappeso delle eccezioni che nella pratica lo escludono o limitano fortemente.

⁴⁴ Il Comitato economico e sociale, nel suo rapporto Hernández Bataller del 27 ottobre 2011 (punto 3.2.3), lo ha confermato in termini molto chiari: «Il legislatore, cosciente delle caratteristiche specifiche del settore, ha previsto il diritto alla riparazione per il vettore aereo quando il danno causato è dovuto a un terzo e il vettore, in quanto responsabile della prestazione del servizio, ha dovuto far fronte ai danni causati al passeggero. Quest'azione non è stata sinora intentata dalle compagnie aeree nei casi in cui i terzi sono identificabili, ossia – tra gli altri – autorità aeroportuali, responsabili della navigazione aerea, prestatori di servizi di assistenza a terra, agenzie di viaggi od operatori turistici», in *Gu-Ue* n. C 24 del 28 gennaio 2012, p. 125 ss.

⁴⁵ V. documento di lavoro dei servizi della Commissione dell'11 aprile 2011, *cit. supra*, nota 31. In effetti, il tasso annuale delle cancellazioni, in genere, non supera lo 0,5%, salvo evidentemente nel 2010, ove si è innalzato a oltre il 2% a motivo non solo dell'eccezionale crisi vulcanica islandese ma anche per i gravi e numerosi inconvenienti legati alle condizioni meteorologiche proibitive verificatesi nel corso di quello stesso anno.

⁴⁶ Rapido calcolo approssimativo: $(0,5\% \text{ annullamenti} + 0,5\% \text{ ritardi} > 3 \text{ ore}) \times 7\% \text{ (reclamanti)} / 2$ (se si presume che la metà delle situazioni derivino da circostanze straordinarie, anche se nei fatti queste ultime sono assai più numerose) = 0,0035% di voli che danno diritto a un indennizzo finanziario. Si tratta in realtà di una stima approssimata per eccesso, che include anche gli effetti della sentenza *Sturgeon e Böck*, *cit. supra*, nota 33, che, in effetti, si riferisce a casi di ritardi all'arrivo mentre le statistiche disponibili puntano su un ritardo alla partenza, che è talora recuperabile durante il tragitto, con la conseguenza che il ritardo finale (contrariamente a quello della partenza) si rivela inferiore a tre ore.

A titolo di esempio, la compensazione non è dovuta dal trasportatore:

- qualora l'interruzione o il lungo ritardo siano dovuti a circostanze straordinarie che non avrebbero potuto essere evitate, anche se fossero state adottate tutte le misure ragionevoli (aereo e nave),

- in caso di circostanze esterne al settore ferroviario o di un comportamento di un terzo che il trasportatore, nonostante ogni diligenza richiesta, non abbia potuto evitare e alle cui conseguenze non abbia potuto ovviare (treno)⁴⁷,

- allorquando il trasportatore ha effettivamente offerto al passeggero la scelta fra il rimborso e la «riprotezione» (autobus/pullman),

- in caso di colpa del viaggiatore (in tutti i mezzi di trasporto).

Inoltre, le compagnie aeree dispongono di una doppia possibilità: o evitare un simile indennizzo se informano il passeggero due settimane prima dell'annullamento del volo; oppure ridurlo del 50% se riescono a contenere i cambi di orario di partenza e di arrivo del passeggero entro determinati limiti (al massimo due ore prima della partenza prevista e quattro ore più tardi dell'arrivo programmato, se informano il passeggero da una a due settimane prima del momento del volo; o massimo un'ora prima e due ore dopo se glielo segnalano meno di una settimana prima).

Ad ogni modo, l'onere della prova delle condizioni derogatorie incombe sul trasportatore: tanto l'esistenza effettiva delle circostanze che giustifichino l'esenzione, quanto il fatto di aver realmente fornito tale informazione al passeggero.

In pratica, può talvolta mostrarsi problematico determinare con precisione se si è in presenza di una circostanza straordinaria o meno. Tuttavia, il vero problema non è tanto costituito dai problemi di interpretazione ma piuttosto dalle numerose difficoltà e rarità di applicazione di tale diritto. Esso è rivendicato in un esiguo numero di casi, il che significa che anche se un viaggiatore ne avesse diritto non vi ricorre o perché non ne è a conoscenza, oppure perché ritiene troppo complicato compiere i passi necessari.

Lungi dall'essere spontaneamente offerto dai trasportatori, il diritto all'indennizzo finanziario resta dunque più un oggetto di (vivace) discussione che una realtà concreta, salvo i (rari) casi in cui un tribunale non obblighi una compagnia a pagarlo al viaggiatore che vi abbia diritto.

Sul piano interpretativo e del dibattito dottrinale, la nozione di circostanza straordinaria riveste, in certo qual modo, una portata smisurata in rapporto alla sua reale dimensione. Anche supponendo che una compagnia

⁴⁷ Si sottolinea che non è considerata come terzo un'altra impresa che utilizzi la stessa infrastruttura ferroviaria.

abbia l'onere di fornire, in modo circostanziato e non generico (altrimenti il diritto risulterebbe, di fatto, privato della propria sostanza), la relativa prova sia al passeggero che all'autorità competente in ciascuna fattispecie, non si può ignorare che sia il legislatore che la giurisprudenza della Corte forniscono abbondanti elementi di chiarificazione generale.

Infatti, esempi illustrativi figurano nel dispositivo e/o nei *considerando* di praticamente tutti i Regolamenti sui diritti dei passeggeri per i vari mezzi di trasporto⁴⁸. Senza voler essere esaustivi, tali esempi consentono in molteplici casi di ragionare per analogia per gli altri mezzi di trasporto in situazioni simili o assimilabili.

La Corte, dal canto suo, ha parimenti fornito indicazioni di particolare rilievo: certamente onerose e non gradite allo stesso modo dalle varie parti interessate, ma di una chiarezza difficilmente contestabile. Così, nella sentenza *Wallentin-Hermann*, la Corte ha precisato che l'elenco delle tipologie delle circostanze straordinarie contemplate al *considerando* 14 del Regolamento (Ce) n. 261/2004 è solo indicativo e che tale nozione, in quanto eccezione al principio dell'indennizzo, deve essere interpretata restrittivamente. Ancora, essa ha indicato che non è sufficiente che una circostanza si riferisca a una tipologia indicata dal Regolamento (quale un proble-

⁴⁸ Regolamento aereo (Ce) n. 261/2004, *cit. supra*, nota 4: casi di «instabilità politica, condizioni meteorologiche incompatibili con l'effettuazione del volo in questione, rischi per la sicurezza, improvvise carenze del volo sotto il profilo della sicurezza e scioperi che si ripercuotono sull'attività di un vettore aereo operativo» (*considerando* n. 14) o «una decisione di gestione del traffico aereo in relazione ad un particolare aeromobile in un particolare giorno [che] provochi un lungo ritardo, un ritardo che comporti un pernottamento o la cancellazione di uno o più voli per detto aeromobile, anche se tutte le ragionevoli misure sono state adottate dal vettore aereo interessato per evitare ritardi o cancellazioni» (*considerando* n. 15).

Regolamento ferroviario (Ce) n. 1371/2007, *cit. supra*, nota 4: il trasportatore è liberato da questa responsabilità: *a.* se l'incidente è stato causato da «circostanze estranee all'esercizio ferroviario»; *b.* in caso di «colpa del viaggiatore»; *c.* per «comportamento di un terzo», posto che non può considerarsi terzo «un'altra impresa che utilizzi la stessa infrastruttura ferroviaria» (Allegato I, art. 26, par. 2).

Regolamento marittimo (Ue) n. 1177/2010, *cit. supra*, nota 4: «condizioni meteorologiche che mettono a rischio il funzionamento sicuro della nave o a circostanze eccezionali che non avrebbero potuto essere evitate neppure prendendo tutte le misure ragionevoli» (*considerando* n. 14); le «condizioni meteorologiche che mettono a rischio il funzionamento sicuro della nave dovrebbero comprendere, in via non esclusiva, forti venti, mare agitato, forti correnti, presenza pericolosa di ghiaccio e livelli dell'acqua estremamente alti o bassi, uragani, tornado e inondazioni» (*considerando* n. 16); le «circostanze eccezionali dovrebbero comprendere, in via non esclusiva, le calamità naturali come incendi e terremoti, gli attentati terroristici, le guerre e i conflitti armati militari o civili, le insurrezioni, la confisca militare o illegale, i conflitti tra le parti sociali, lo sbarco di persone ammalate, ferite o decedute, le operazioni di ricerca e salvataggio in mare o nelle acque interne, le misure necessarie a tutela dell'ambiente, le decisioni prese dagli organi di gestione del traffico o dalle autorità portuali o le decisioni adottate dalle autorità competenti in materia di ordine pubblico e sicurezza, nonché per rispondere a esigenze di trasporto urgenti» (*considerando* n. 17).

Regolamento autobus e pullman (Ue) n. 181/2011, *cit. supra*, nota 4: «condizioni meteorologiche avverse o gravi catastrofi naturali che mettono a rischio il funzionamento sicuro dei servizi a mezzo autobus» (art. 23, par. 2).

ma tecnico) perché venga automaticamente considerata straordinaria, in particolare se il problema è «inerent(e) al normale esercizio dell'attività del vettore aereo». Questa interpretazione può apparire oltremodo onerosa per le compagnie aeree, ma possiamo immaginare che, *mutatis mutandis*, tali criteri si applicano egualmente agli operatori degli altri mezzi di trasporto. Inoltre, se la sentenza *Wallentin-Hermann* ha precisato che un incidente tecnico non è suscettibile di costituire una circostanza straordinaria, di modo che non possa escludere *ipso facto* un diritto del passeggero all'indennizzo in caso di annullamento, questo non implica, a nostro avviso, che necessariamente e automaticamente, un incidente tecnico non possa mai giustificare un ritardo di oltre tre ore e quindi non possa in alcun caso costituire un legittimo motivo di esclusione di tale diritto per il passeggero. Al contrario: un problema ad un motore o a un aereo mobile potrebbe giustificare un ritardo per riparazioni (le quali obiettivamente possono richiedere oltre tre ore) senza peraltro provocare un annullamento *in toto* del volo. Ciò implicherebbe che in alcuni casi, un incidente tecnico può legittimamente escludere un indennizzo finanziario per un volo con un lungo ritardo ma non per un volo annullato. D'altronde, la Corte ha fornito ulteriori indicazioni nella causa *Eglitis*, che, a parere di chi scrive, apporta proprio elementi di flessibilità e proporzionalità. In particolare, secondo tale sentenza, le misure imputabili a un trasportatore devono rispondere «in particolare, a condizioni tecnicamente ed economicamente sopportabili per il vettore aereo in questione» (punto 25); sussiste per quest'ultimo una giustificazione quando, «anche avvalendosi di tutti i mezzi di cui disponeva, in termini di personale, di materiale e di risorse finanziarie, egli non avrebbe palesemente potuto evitare – se non a pena di acconsentire a sacrifici insopportabili per le capacità della sua impresa nel momento preso in considerazione – che le circostanze eccezionali cui doveva far fronte comportino la cancellazione del volo» (punto 25). «La Corte ha pertanto ratificato un concetto di misure del caso, da precisarsi di volta in volta e flessibile», in funzione delle circostanze specifiche ad ogni situazione e a ciascun operatore (punto 30)⁴⁹.

⁴⁹ Sentenza del 12 maggio 2011 in causa n. C-294/10, *Eglitis*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 3983. Una conseguenza pratica che la Corte individua in questo approccio proporzionale è che «l'art. 5, n. 3, del Regolamento n. 261/2004 non può essere interpretato come atto ad imporre, quali misure del caso, che si pianifichi, in modo generale e indifferenziato, un margine di tempo minimo applicabile indistintamente a tutti i vettori aerei in tutte le situazioni in cui si verifichino circostanze eccezionali» (punto 31). Per un'analisi al riguardo, L. GRARD, *Indemnisation des passagers aériens en cas d'annulation d'un vol: un problème technique n'a rien d'extraordinaire*, in *Revue droit transport*, 2009, p. 29; N. CHAPIER-GRANIER - C. VERDURE, *Arrêt Wallentin-Hermann: l'annulation d'un vol par un transporteur aérien pour cause de 'circonstance extraordinaire'*, *J.D.E.*, 2009/2, p. 46.

Ad ogni buon conto, a prescindere da questioni interpretative, è importante, a livello procedurale, che gli organismi nazionali competenti per l'applicazione delle normative sui diritti dei passeggeri si accertino che l'indennizzo sia effettivamente corrisposto al passeggero, senza rinvii o dilazioni, ogni qual volta non sia del tutto dimostrato che esiste una giustificazione (cioè una circostanza qualificabile straordinaria).

Un'ultima osservazione: esiste parimenti la possibilità, secondo i Regolamenti dei passeggeri su aerei o su navi, di pagare la compensazione finanziaria sotto forma di buoni e/o di altri servizi, per un importo uguale alla tariffa di acquisto e sempre con l'accordo del passeggero. Questa possibilità offre una soluzione molto flessibile, facile e rapida, sia per il passeggero che per il trasportatore⁵⁰.

8. *Responsabilità del trasportatore nei confronti dei passeggeri e dei loro bagagli*

In generale, il regime di responsabilità vigente nell'Unione europea riflette e completa la normativa preesistente a livello internazionale. In effetti, in tutti i mezzi di trasporto, eccetto in quello su strada, la responsabilità del prestatore in caso di morte o ferimento del passeggero come pure di problemi relativi ai bagagli è regolata da Convenzioni internazionali che sono state recepite nel diritto europeo⁵¹.

Una notevole differenziazione esiste tra i vari regimi, riconducibile proprio alle specificità di ogni settore.

Ma, al di là delle varianti, occorre sottolineare un tratto comune: tutte queste Convenzioni internazionali prevedono un diritto individuale al risarcimento del danno subito dal passeggero. Tale risarcimento, ovviamente, non è automatico, ma la sua esistenza e la sua portata devono essere valutate e determinate caso per caso davanti ad una giurisdizione

⁵⁰ Art. 7, par. 3, del Regolamento (Ce) n. 261/2004 e art. 18, par. 3, del Regolamento (Ue) n. 1177/2010, *cit. supra*, nota 4, che, inoltre, precisa che ciò è possibile «purché le condizioni siano flessibili, segnatamente per quanto riguarda il periodo di validità e la destinazione».

⁵¹ Trasporto aereo: Convenzione di Montreal e Regolamento (Ce) n. 889/2002, in *Guce* n. L 140 del 30 maggio 2002, p. 2 ss. Trasporto marittimo: Convenzione di Atene e Regolamento (Ce) n. 392/2009, in *Gu-Ue* n. L 131 del 28 maggio 2009, p. 24 ss. Trasporto ferroviario: Convenzione internazionale per il trasporto viaggiatori (CIV), norme uniformi di convenzione relative ai trasporti internazionali ferroviari (COTIF), e Regolamento (Ce) n. 1371/2007, in *Gu-Ue* n. L 315 del 3 dicembre 2007, p. 14 ss. Per quanto riguarda il trasporto stradale, richiamato nel Regolamento (Ue) n. 181/2011, *cit. supra*, nota 4, bisogna citare la Convenzione relativa al contratto di trasporto stradale internazionale dei viaggiatori e dei bagagli (Convenzione CVR del 1973), ratificata solo dalla Repubblica Ceca, dalla Slovacchia, dalla Lettonia e dalla Croazia, fra i 28 Stati dell'Unione europea.

nazionale, alla luce delle circostanze proprie a ciascuna fattispecie qualora non vi sia accordo fra il passeggero (o l'avente diritto) e il trasportatore.

È necessaria una precisazione per capire la relazione fra i regimi previsti dalle disposizioni dei Regolamenti dell'Unione europea per quanto concerne, da un lato, il risarcimento finanziario e la copertura di eventuali spese affrontate dai passeggeri vittime di annullamento o di ritardo prolungato (spese relative ai pasti o all'alloggio durante l'attesa, agli spostamenti verso/da il luogo di partenza e l'albergo) e, dall'altro lato, gli strumenti di diritto internazionale che coprono i danni subiti da ogni singolo viaggiatore in funzione della propria situazione individuale.

Infatti, come precisato dalla Corte di giustizia in materia di trasporto aereo, la Convenzione di Montreal ed il Regolamento (Ce) n. 261/2004 «si situano in contesti differenti»: «detta convenzione [disciplina] le condizioni in cui, in caso di ritardo di un volo, i passeggeri interessati possono esperire le azioni dirette ad ottenere il risarcimento dei danni su base individuale» mentre il «regolamento n. 261/2004 prevede misure di risarcimento uniformi e immediate»⁵². «Tali misure, indipendenti da quelle per cui la convenzione di Montreal fissa le condizioni di esercizio, si collocano così a monte di questa». In altre parole, i due strumenti (l'uno di diritto internazionale e l'altro di diritto dell'Unione europea), sebbene siano chiaramente collegati e complementari fra loro, contengono norme di natura diversa che intervengono in momenti separati e che rispondono a finalità e criteri di calcolo distinti. L'indennizzo finanziario previsto dal Regolamento (Ce) n. 261/2004 riveste, infatti, un carattere forfettario e automatico, in modo da permettere (in linea di principio) una soluzione rapida e immediatamente quantificata del problema. Invece, la determinazione del danno prevista dalla Convenzione di Montreal necessita di un'analisi dettagliata e personalizzata, caso per caso, che solo un giudice può effettuare sulla base delle circostanze specifiche ad ogni situazione. Per quanto riguarda la relazione fra questi due tipi di ricorso offerti ai passeggeri, si può sottolineare che le condizioni legate alla responsabilità di un trasportatore secondo i termini, le condizioni e le limitazioni di una Convenzione internazionale non ostano a che si stabiliscano altre norme di protezione minima e di ordine pubblico, che consentano ad un passeggero d'intraprendere un'azione intesa a far valere i propri diritti su una base giuridica

⁵² V. in tal senso le sentenze nelle cause n. C-344/04, *IATA*, cit. *supra*, nota 41; n. C-549/07, *Wallentin-Hermann* (punto 32), cit. *supra*, nota 33; n. C-402/07 e n. C-432/07, *Sturgeon e Böck*, cit. *supra*, nota 33. Le conclusioni presentate il 15 maggio 2012 dall'Avvocato Generale nelle cause n. C-581/10 e n. C-629/10 confermano tale linea interpretativa (v. Parte Seconda, nota 63).

differente, fondata sul diritto europeo o nazionale: da qui l'idea della complementarità dei due strumenti giuridici⁵³. A tale riguardo, la giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea nel settore aereo lascia presagire che potrebbe avere una posizione simile per quanto riguarda gli altri mezzi di trasporto.

I Regolamenti adottati dall'Unione europea fissano un livello di protezione minima in termini di risarcimento finanziario in caso di morte o ferimento, che varia in funzione di ciascun mezzo di trasporto, sia sul piano qualitativo (a seconda della tipologia giuridica di responsabilità) che quantitativo (importo variabile del risarcimento). Qui di seguito una sintesi comparata.

- *Trasporto aereo*. Qualora le condizioni previste dalla Convenzione di Montreal per attivare la responsabilità della compagnia siano soddisfatte (in particolare se un incidente si è prodotto fra il processo di imbarco e lo sbarco e ha prodotto il decesso o il ferimento)⁵⁴, esiste una responsabilità oggettiva del trasportatore fino ad un valore di 113.100 Droits de Tirage Spéciaux (DTS - Diritti Speciali di Prelievo, pari a circa 133.000 €); oltre i 113.100 DTS, la responsabilità si intende presunta e tale presunzione può essere ribaltata se il vettore prova l'assenza di negligenza o di un atto o omissione pregiudizievole da parte sua, o che il danno derivi da una negligenza o da un atto o omissione pregiudizievole da parte del passeggero o di un terzo;

⁵³ La complementarità fra due strumenti giuridici (l'uno di diritto dell'Unione europea e l'altro di diritto internazionale) è in particolare garantita dall'art. 12, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 261/2004, *cit. supra*, nota 4, sul risarcimento complementare, il quale dispone: «Il presente regolamento lascia impregiudicati i diritti del passeggero ad un risarcimento supplementare. Il risarcimento concesso ai sensi del presente regolamento può essere detratto da detto risarcimento».

Cionondimeno, la posizione della Corte è oggetto di virulente discussioni dottrinali. Per la critica della posizione della Corte, v. K. ARNOLD & P. MENDES DE LEON, *Regulation 261/04 in the Light of the Recent Decisions of the European Court of Justice – Time for a Change? !*, in *Air & Space Law*, XXXV(2), 2010, pp. 91-112; J. BALFOUR, *Airline Liability for Delays: The European Court Re-writes EC Regulation 261/2004*, in *Air & Space Law*, XXXIV(1), 2010, pp. 71-73; P. S. DEMPSEY - S. O. JOHANSSON, *Montreal v. Brussels: The Conflict of Laws on the Issue of Delay in International Air Carriage*, in *Air & Space Law*, XXXV(3), 2010, p. 219; P. FREEMAN - A. LOSY, *Regulation (EC) 261/2004: developments in light of the Surgeon ruling and the Eyjafjallajökull volcanic ash cloud*, in *Travel Law Quarterly*, 2010, pp. 143-145; S. BARHAN, *Volcanic ash – an assessment of EC Regulation 261/2004 as the dust settles*, in *Travel Law Quarterly*, 2010, pp. 146-150. Per una posizione meno critica, v. C. VAN DAM, *Air Passenger Rights after Sturgeon*, in *Air & Space Law*, XXXVI(4/5), 2011, pp. 259-274. V. anche il *forum online*: <http://www.flightmole.com>.

⁵⁴ Vi è un'importante giurisprudenza sulla nozione di «incidente» che può sancire la responsabilità del trasportatore aereo in base al regime internazionale. Per una profonda analisi di tale importante nozione, G. TOMPKINS, *Article 17 and the Warsaw Convention – When is an 'accident' not an Article 17 compensable 'accident'?*, in *Air & Space Law*, XXXII(3), 2007, pp. 228-229.

- *Trasporto ferroviario*. Non vi sono limitazioni pecuniarie al risarcimento danni, salvo che il diritto nazionale non fissi un massimale che, in ogni caso, non deve essere inferiore a 175.000 DTS (circa 205.000 €), con un regime di responsabilità oggettiva che comprende tre eccezioni: il caso di forza maggiore (cioè circostanze esterne alla gestione ferroviaria che il trasportatore, malgrado tutta la diligenza richiesta, non ha potuto evitare o alle conseguenze delle quali non poteva ovviare), un incidente occorso per colpa del viaggiatore e un incidente per colpa di un terzo, diverso da un gestore di infrastrutture o da un soggetto che svolge altre attività ferroviarie;

- *Trasporto per via d'acqua*. Come per il trasporto aereo si tratta di un regime a vari livelli: fino a 250.000 DTS (circa 290.000 €), la responsabilità è oggettiva a meno che il trasportatore provi l'esistenza di un caso di forza maggiore o la colpa del passeggero o di terzi; da 250.000 DTS a 400.000 DTS (circa 470.000 €), sussiste la responsabilità per il trasportatore a meno che non provi che l'evento generatore del pregiudizio sia avvenuto senza colpa o grave negligenza da parte sua; oltre i 400.000 DTS, la responsabilità è esclusa, salvo colpa grave o intenzionale;

- *Trasporto stradale*: non esiste limitazione finanziaria della responsabilità, a meno che uno Stato membro fissi un tetto massimo che, in ogni caso, non deve essere inferiore a 220.000 € a passeggero. La tipologia della responsabilità dipende da ciascuna normativa nazionale. In caso di decesso, le norme dell'Unione europea stabiliscono un regime di pagamento anticipato, che ammonta ad un valore minimo di 21.000 € per passeggero di treno e nave, e di 16.000 DTS (circa 18.000 €) per i passeggeri aerei. Tale istituto del pagamento anticipato non si applica, invece, ai passeggeri di autobus/pullman, per i quali è comunque previsto che l'operatore fornisca un'assistenza immediata al passeggero vittima di un incidente: ciò include l'alloggio (con un limite di due notti a 80 € per notte), i pasti, i vestiti, il trasporto e naturalmente i primi soccorsi.

In tutti i mezzi di trasporto i trasportatori sono soggetti a forme di responsabilità in caso di perdita, danno o ritardo nella consegna di un bagaglio in base a determinate condizioni legate alle circostanze dell'incidente e agli sforzi impiegati per limitare i danni. I limiti di questi importi massimi variano come segue: 1.113 DTS (circa 1.300 €) nel trasporto aereo, 1.400 DTS (1.600 €) nel trasporto ferroviario, 1.200 € nel trasporto stradale, 2.250 DTS (2.600 €) per il bagaglio a mano e 3.375 DTS (3.900 €) per gli altri bagagli nel trasporto marittimo.

Esistono delle specifiche norme di protezione per i PMR in caso di perdita, danno o ritardo nel trasporto della loro attrezzatura di mobilità. La regola è quella dell'esclusione di ogni limitazione all'importo del risarcimen-

to, tenuto conto che tali attrezzature, essenziali per il *comfort* e talvolta per la vita stessa del passeggero portatore di *handicap*, in certi casi possono avere un costo notevole, talora molto più alto dell'importo massimo previsto per i bagagli ordinari. Tuttavia, questo indennizzo illimitato per l'attrezzatura di mobilità del PMR, che copre sia l'ipotesi di riparazione che quella di sostituzione dell'apparecchio, non vale in materia di trasporto aereo: per questo mezzo di trasporto, l'importo di 1.300 € relativo ai bagagli normali è applicabile a tutte le attrezzature di mobilità e può così dimostrarsi largamente insufficiente per coprire apparecchi molto cari e sofisticati.

Nella sua Comunicazione sui diritti dei passeggeri di dicembre 2011, la Commissione ha perciò insistito sulla necessità di colmare questa grave lacuna in materia di responsabilità nel trasporto aereo⁵⁵. Il fatto di prevedere una responsabilità illimitata per i danni causati ad attrezzature di mobilità, fondamentali per ogni vittima, dovrebbe peraltro avere un impatto molto limitato per le compagnie aeree, dato il carattere estremamente raro di questo tipo di incidente.

Un'altra anomalia che riguarda il trasporto aereo, come pure il trasporto marittimo, è quella dell'assenza di organismi nazionali competenti per assicurare il rispetto delle norme in materia di responsabilità del trasportatore. L'origine di questa assenza risiede nel fatto che sia per il trasporto aereo che per quello marittimo, le disposizioni in materia di responsabilità sono previste in una Convenzione internazionale che non è stata recepita nel diritto dell'Unione europea da una specifica normativa sul diritto dei passeggeri, ma da uno strumento giuridico indipendente *ad hoc*: il Regolamento (Ce) n. 889/2002 (che ha recepito la Convenzione di Montreal) e il Regolamento (Ce) n. 392/2009 (che ha recepito la Convenzione di Atene). Questo implica che, contrariamente al trasporto ferroviario e stradale, non vi è un'autorità atta a ricevere e analizzare i reclami (assai numerosi) dei passeggeri in caso di distruzione, danno o perdita dei loro bagagli⁵⁶, malgrado la presenza ed il ruolo di tali organismi su altri pro-

⁵⁵ Com(2005)46 def., del 16 febbraio 2005, cfr. Parte Seconda, nota 64. V. anche in tal senso la Comunicazione relativa alla *portata della responsabilità dei trasportatori aerei degli aeroporti in caso di distruzione, degrado o perdita di apparecchi di mobilità appartenenti a passeggeri con mobilità ridotta quando effettuano viaggi aerei* (Com(2008)510 def., del 7 agosto 2008).

⁵⁶ Secondo le statistiche annuali fornite dalla SITA (Società Internazionale di Telecomunicazioni Aeronautiche), nel 2008, 2009, 2010 e 2011 il numero dei bagagli aerei che, nel mondo, sono stati distrutti, danneggiati o smarriti (temporaneamente o definitivamente) è ammontato rispettivamente a 32,8, 25, 29,4 e 25,8 milioni, il che corrisponde a un'incidenza relativa dello 0,14%, 0,11%, 0,12% e 0,09% (la tendenza positiva alla decrescita è stata logicamente interrotta nel 2010, a causa dei numerosi problemi incontrati dal settore aereo). Si osserva che nel 2007 l'incidenza era di quasi lo 0,19% (fonte: <http://www.sita.aero/knowledge-innovation/industry-surveys-reports/baggage-report-2011>). Occorre peraltro considerare che, in Eu-

blemi legati ai passeggeri. Ciò costituisce un'altra lacuna in materia di trasporto aereo e navale in termini di sicurezza e affidabilità del sistema che necessiterà in futuro di una soluzione.

9. *Diritto ad un sistema rapido ed efficace di trattamento dei reclami*

In tutti i mezzi di trasporto, quando un passeggero non è soddisfatto del trattamento riservatogli e del modo in cui i propri diritti sono stati applicati dal trasportatore, il primo rimedio di cui dispone è quello di rivolgersi allo stesso operatore e di sporgere reclamo.

Se l'insoddisfazione persiste dopo la risposta del vettore o stante il silenzio prolungato di quest'ultimo, egli ha la possibilità di rivolgersi a uno degli organismi nazionali competenti (*National Enforcement Bodies*, di seguito: NEB) che ogni Stato membro deve designare per far rispettare le norme in materia.

Siamo così di fronte ad un sistema di trattamento dei reclami inoltrati dal passeggero che, senza esserlo *de jure* (poiché i Regolamenti UE non lo prevedono), è *de facto* a due livelli: innanzitutto, il reclamo deve essere presentato all'operatore e, in seguito, se il problema persiste, esso va depositato all'organismo *ad hoc* che riveste una specie di ruolo di istanza di appello.

In un simile meccanismo, è essenziale che siano fissati termini precisi e ragionevoli onde offrire sufficiente sicurezza giuridica alle parti e soprattutto al reclamante. Attualmente, si tratta piuttosto di un obiettivo da raggiungere che di una realtà effettiva, a giudicare dalla lunghezza delle procedure di reclamo sia per gli operatori che per i NEB.

Eppure i Regolamenti UE fissano dei limiti nel trattamento dei reclami ricevuti da trasportatori ferroviari, di autobus/pullman e nave: per i primi due mezzi di trasporto occorrono tre mesi per la presentazione del reclamo da parte del passeggero a partire dalla data prevista o effettiva del trasporto, ai quali si aggiungono tre mesi per la risposta. Per quanto riguarda il trasporto via nave, il termine è di due mesi più altri due mesi.

Nessun limite di tempo è invece fissato per il trattamento dei reclami da parte delle compagnie aeree.

Questa anomalia del settore aereo rispetto agli altri mezzi di trasporto è stata all'origine di accordi volontari fra NEB, promossi dalla Commis-

ropa, queste cifre e queste percentuali fornite dalla SITA, su base mondiale, sono nettamente inferiori e che, in media, l'85% dei bagagli che hanno incontrato un problema è stato ritrovato e restituito al proprietario entro 48 ore, v. *AEA Consumer Report*, giugno 2009, reperibile sul sito internet <http://files.aea.be/News/PR/Pr09-016.pdf>.

sione, nel tentativo appunto di correggerla⁵⁷, ma il risultato, occorre riconoscerlo, è stato alquanto modesto, considerato lo scarso rispetto dei termini fissati in tali accordi⁵⁸.

Ancora più incerta è la situazione per quanto riguarda la trattazione dei reclami dei passeggeri da parte dei NEB, che non sono assoggettati ad alcun vincolo temporale dai Regolamenti europei; solo il Regolamento ferroviario impone ai NEB di fornire una risposta al reclamante in un *termine ragionevole*, senza altre precisazioni.

A titolo meramente indicativo, si può quantificare in circa 50.000 il numero dei reclami, provenienti da passeggeri aerei, ricevuti ogni anno dalla rete di autorità nazionali competenti, considerando che l'80% di questo numero è gestito dagli organismi nazionali competenti e il rimanente 20% dalla Commissione con l'aiuto dell'EDCC (Europe Direct Contact Center).

La questione della fissazione di termini precisi rappresenta, senza alcun dubbio, un elemento sul quale il quadro giuridico europeo dovrebbe apportare ulteriori precisazioni e parametri comuni, onde evitare disparità di trattamento, altamente pregiudizievoli, in quanto tali, ad un quadro normativo comune ed ad un'attuazione armoniosa, coerente ed equa.

Al di là di questo aspetto precipuo riguardante le procedure, è importante che le informazioni fornite dagli operatori siano sempre corrette e fedeli all'effettivo contenuto della normativa UE. Ciò deve avvenire sotto la stretta sorveglianza degli organismi nazionali competenti, pena lo svuotamento di sostanza dei legittimi interessi dei viaggiatori che assai spesso non sono degli specialisti in materia, e che altrimenti potrebbero essere dissuasi a far valere i propri diritti in mancanza di orientamenti completi e corretti.

Un altro aspetto che deve assolutamente essere migliorato in futuro verte sulla possibilità concreta per il viaggiatore di accedere facilmente al trasportatore in caso di problema (v. Parte Seconda, par. C.2).

Al contempo, una più agevole e trasparente informazione sulle prestazioni di ogni trasportatore è pure un elemento che dovrebbe essere migliorato e rafforzato in una prospettiva futura (v. Parte Seconda, par. C.3).

⁵⁷ Si possono consultare sul web (<http://apr.europa.eu>) due *Memorandum of Understanding*, uno tra NEB e NEB e l'altro fra NEB e compagnie aeree.

⁵⁸ V. la Comunicazione Com(2011)174 def., *cit. supra*, nota 14; v. anche, Parte Seconda, par. C.2.

10. *Diritto alla piena applicazione e all'effettiva attuazione dei diritti dei passeggeri nell'Unione europea*

Un'efficace e forte cooperazione fra i NEB (gli organismi nazionali competenti per l'applicazione dei Regolamenti sui diritti dei passeggeri) è condizione pregiudiziale affinché queste norme non restino sulla carta, ma diventino parte integrante e credibile della vita di tutti i giorni.

Per addivenire a questo risultato, ogni Stato membro deve individuare ed eliminare ogni ostacolo nelle disposizioni e nelle procedure nazionali suscettibili di ostacolare la corretta ed effettiva messa in opera del diritto europeo in materia. Ad esempio, andrebbe scovato e rimosso con determinazione da parte di tutti gli organismi competenti qualunque ostacolo giuridico o pratico all'applicazione delle regole europee anche agli operatori non-nazionali, o qualsiasi resistenza dei vettori a conformarsi alle sentenze della Corte, che, sebbene siano poco o per nulla apprezzate da alcune parti (come le sentenze *Wallentin-Hermann* o *Sturgeon*), dettano legge per tutti.

Ne va della fiducia dei passeggeri, della sicurezza giuridica e dell'applicazione uniforme ed equa delle norme esistenti fra tutti gli operatori e, infine, della credibilità e della sostenibilità del sistema nel suo insieme. Le due Comunicazioni della Commissione dell'aprile 2011 hanno, non a caso, definito alcuni campi d'azione onde permettere in futuro di creare ulteriore sinergia fra le autorità nazionali, cominciando dai diritti dei passeggeri aerei, nella prospettiva di trasporti, poi, anche agli altri mezzi di trasporto⁵⁹.

Quali che siano le misure impiegate in futuro, si può fin d'ora individuare la necessità di un'azione preventiva e repressiva delle autorità nazionali che sia ambiziosa e «proattiva», e non solo reattiva in base ai reclami ricevuti. Ciò passa attraverso iniziative dissuasive e sufficientemente determinate, quali il controllo delle pratiche e procedure dei trasportatori, l'organizzazione di ispezioni *in loco*, lo svolgimento di indagini, la tenuta di regolari contatti con gli operatori, ecc.

Tutti i Regolamenti sui diritti dei passeggeri impongono agli Stati membri l'obbligo di prevedere, nei propri ordinamenti giuridici nazionali, sanzioni rispondenti a tre criteri: devono essere efficaci, dissuasive e proporzionate. Ebbene, l'esperienza accumulata in materia di trasporto aereo a partire dal 2005, data di entrata in vigore del Regolamento (Ce) n. 261/2004, ha visto svilupparsi sanzioni nazionali estremamente diversificate in termini di tipologia giuridica (sanzioni penali, civili o amministra-

⁵⁹ Com(2011)166 def., dell'11 aprile 2011 e Com(2011)174 def., *cit. supra*, nota 14.

tive) e di gravità (misure di detenzione personale o pecuniarie, con importi molto variabili, partendo da qualche centinaia sino a centinaia di migliaia di euro)⁶⁰. Emerge in modo inoppugnabile l'esigenza di una ben maggiore uniformità sia dei regimi di sanzioni contemplati dai Regolamenti europei sia della loro applicazione a livello nazionale, nell'ottica di una più marcata armonizzazione (v. Parte Seconda, par. C.4).

Salvatore D'Acunto**

SINTESI

Con l'entrata in vigore, lo scorso marzo, del Regolamento 181/2011 sui diritti dei passeggeri in autobus e pullman, l'Unione europea è diventata la prima regione integrata al mondo ad offrire una tutela normativa organica ai viaggiatori in tutti i mezzi di trasporto: su aerei, treni, navi e autobus/pullman.

Nel dicembre 2011, la Commissione europea ha adottato una comunicazione che configura un'autentica "Carta UE dei passeggeri", in quanto stila il decalogo dei diritti di cui gode il viaggiatore (non solo europeo) in Europa: 1. diritto alla non-discriminazione, 2. alla mobilità, 3. all'informazione, 4. al rimborso, 5. alla "riprotezione", 6. all'assistenza, 7. all'indennizzo, 8. ad un regime di responsabilità del vettore, 9. al reclamo, 10. a meccanismi di tutela di tali diritti. Da allora, dopo questo primo atto dell'UE di sintesi intermodale in materia, una ricca giurisprudenza della Corte e una nuova proposta di revisione del Regolamento 261/2004 sui passeggeri aerei sono venute ad arricchire ulteriormente lo scenario.

Il presente articolo è diviso in due parti: la prima (in questo numero della *Rivista*) contiene una descrizione commentata del contenuto di tale comunicazione e dei suddetti diritti; la seconda (nel prossimo numero) delinea alcune piste di riflessione per un rafforzamento ed una migliore attuazione di questi stessi diritti in futuro.

Presidio di civiltà giuridica a tutela degli utenti, i diritti dei passeggeri sono già entrati nel loro secondo decennio di vita in diritto europeo e sono destinati a consolidarsi sempre più come elemento imprescindibile e qualificante della politica dei trasporti UE e, più in generale, dell'Europa dei cittadini.

⁶⁰ V. a questo proposito il documento di lavoro dei servizi della Commissione (parte 4.2.), *cit. supra*, nota 31.

** Capo Unità presso la DG Imprese e Industria / Commissione europea

ABSTRACT

With the entry into force, in March, of the EU Regulation 181/2011 on passenger rights on bus and coach, the European Union has become the first integrated region in the world to offer a wide regulatory protection to travellers in all modes of transport: on planes, trains, ships and buses/coaches.

In December 2011, the European Commission adopted a communication which represents an authentic "EU Passenger Charter". It draws up the Decalogue of the rights of (all) travellers in Europe: 1. the right to non-discrimination, 2. mobility, 3. information, 4. refunding, 5. "re-routing", 6. assistance, 7. financial compensation, 8. liability of the carrier, 9. complaint, 10. mechanisms for enforcing these rights. Since then, after this first EU intermodal act in the area, a rich case-law of the Court of Justice and a new proposal for the revision of Regulation 261/2004 on air passenger rights have intervened, thus further enriching the scenario.

This article is divided into two parts: the first (published in the present issue) provides an annotated description of the content of this communication and of passenger rights; the second (to be published in the next issue) outlines some ideas to strengthen and better implement these rights in the future.

The passenger rights, a legal "acquis" for users, have already entered their second decade of life in European law and will be reinvigorated more and more as a quintessential element of the EU transport policy and, more generally, of the "Europe of citizens".

*(Continua: la PARTE SECONDA
sarà pubblicata sul n. 3/2013 di questa Rivista)*

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

RILANCIO DELL'ATTIVITÀ ECONOMICA IN ITALIA ATTRAVERSO LA VALORIZZAZIONE DEI BENI CULTURALI

(Considerazioni dopo la lettura del libro «Arte e Finanza»
del Prof. E. F. M. Emanuele, Presidente di «Fondazione Roma»*)

Il 21 ottobre 1944, in un'Italia materialmente distrutta dalle bombe e moralmente annientata da cinque anni di guerra, un giovanissimo studioso, che in seguito diventerà un famoso critico e storico dell'arte, *Giuliano Briganti*, pubblicava un articolo intitolato «*Sorgerà arte dalle rovine*»¹, su un settimanale appena nato, «*Cosmopolita*»², nel quale esortava gli italiani a dedicarsi alla ricostruzione, al restauro e alla salvaguardia del nostro patrimonio artistico e culturale.

Secondo Briganti: «*i monumenti distrutti, gli affreschi rovinati, i dipinti polverizzati e la fisionomia sfigurata delle nostre città sono ferite che non si rimarginano e non l'Italia sola li ha perduti ma la civiltà intera e per sempre (...)*», «*e nella civiltà sta l'arte non come addendo trascurabile, ma come fattore supremo, perché tutto quanto c'è di più nobile nell'uomo, tutto quanto c'è di più intimo e segreto collabora nell'arte. La storia si trasforma in altra storia, ma l'arte resta, testimonianza inappellabile. L'arte resta. L'arte deve restare. E questo compito per gli italiani non deve essere postposto, rinviato a tempi migliori*».

* E. F. M. EMANUELE, *Arte e finanza*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

¹ L'articolo è stato riprodotto nell'inserto culturale de *Il Sole 24 Ore* di domenica 5 maggio 2013, p. 37.

² Al settimanale *Cosmopolita*, che ha avuto vita breve (dal giugno 1944 al marzo 1946), hanno collaborato illustri scrittori e studiosi. *Giuliano Briganti* ne è stato il «redattore responsabile».

L'immane disastro al quale stava assistendo, in un periodo di crisi devastante in cui l'Italia era ridotta un campo di rovine, tra cui i resti di moltissime opere d'arte, ha portato *Giuliano Briganti* ad avere una reazione di sfida che sta alla base della sua esortazione: «*Abbiamo solo il nostro amore, la nostra angoscia, il nostro anelito a salvare quanto si può da questa rovina, la più grande, per l'arte, dopo il crollo dell'Impero Romano*».

L'esortazione accorata di *Briganti* agli italiani mirava quindi ad assicurare la ricostruzione, il restauro e la conservazione del nostro patrimonio artistico e culturale, colpito da una catastrofe senza precedenti.

È un'esortazione che pure oggi deve essere però tenuta ben presente e in permanenza vivificata, anche se la crisi attuale non è neppure lontanamente paragonabile a quella vissuta dagli italiani alla fine del secondo conflitto mondiale.

L'esortazione deve essere tenuta viva anche oggi, in primo luogo, perché il pericolo che i beni culturali vadano persi, trafugati, distrutti o danneggiati è sempre presente e non potrà mai essere del tutto eliminato³; in secondo luogo, perché dedicare attenzione e grande cura al restauro e alla conservazione dei beni culturali, oltre a costituire il modo più appropriato per salvaguardare l'inestimabile patrimonio artistico italiano, può diventare il modo più intelligente per valorizzarlo, trasformandolo in uno strumento efficace di rilancio dell'attività economica. Senza contare il ruolo straordinario che il nostro patrimonio artistico, come in passato, sarà in grado di svolgere in futuro per lo sviluppo del «turismo culturale»⁴.

Come valorizzare i beni culturali, per conseguire tali obiettivi, è un problema che deve essere affrontato e risolto con mezzi innovativi, coinvolgendo enti e soggetti privati in grado di operare in sinergia con le strutture pubbliche.

³ Per quanto riguarda i furti e i trafugamenti di opere d'arte in Italia, cfr. F. ISMAN, *I predatori dell'arte perduta*, Milano, Skira, 2009 nonché S. NESPOR, *Arte rubata: considerazioni sul recupero delle opere d'arte trafugate durante la seconda guerra mondiale*, in S. MATTEINI CHIARI e altri (a cura di), *Il testo unico in materia di beni culturali e ambientali*, Rimini, Maggioli Editore, 2001, p. 191.

⁴ Com'è noto, tra le maggiori attrattive che l'Italia possiede e può offrire, dobbiamo annoverare le città d'arte e il patrimonio artistico diffuso su tutto il territorio italiano. Con l'espressione «turismo culturale» si fa riferimento ai flussi di turisti sempre crescenti che visitano un paese per ammirarne le bellezze artistiche. Molti *tour operator* internazionali si sono specializzati nel turismo culturale. Sul turismo culturale cfr. OSSERVATORIO NAZIONALE DEL TURISMO (a cura di), *Panoramica sul turismo culturale*, reperibile sul sito internet www.ontit.it (19 febbraio 2013). Cfr. anche Comunicazione della Commissione europea su «*L'Europa, prima destinazione turistica mondiale. Un nuovo quadro politico per il turismo europeo*», Doc. Com(2010)352 def. del 30 giugno 2010.

Abbiamo già avuto modo, in altra sede⁵, di far riferimento a strumenti innovativi di questo tipo, in grado di agevolare il conseguimento degli obiettivi appena indicati.

In particolare, si è fatto riferimento alla costituzione di ONLUS⁶ su base regionale le quali, non avendo scopi di lucro, potrebbero diventare organizzazioni affidabili anche per le strutture pubbliche.

Si è pure sostenuto che le ONLUS, incaricate di occuparsi della protezione dei beni culturali, potrebbero avere, come capifila, proprio alcune delle associazioni e fondazioni italiane più rappresentative operanti in tale settore, come il FAI (Fondo Ambientale Italiano), Italia nostra e il Touring Club⁷.

Di queste ONLUS, intese come imprese sociali⁸, dovrebbero ugualmente far parte altre fondazioni ed associazioni unitamente ad esperti e a studiosi che conoscano le problematiche del settore.

Ma anche le imprese potrebbero farne parte, purché rigorosamente selezionate per evitare ogni possibile conflitto di interesse.

Le imprese, come in alcuni casi si è già verificato, possono anche mettere a disposizione propri *manager* con qualificate competenze⁹.

Per la verità, anche molti *manager*, imprenditori, professionisti e dirigenti di enti pubblici e privati, che hanno terminato la loro vita attiva e si trovano a riposo, potrebbero avere interesse a rendersi utili alla collettività.

⁵ Cfr. F. CAPELLI, *Valutazioni critiche e riflessioni propositive sulla relazione del Prof. E. F. M. EMANUELE dedicata al progetto "Big Society" (o Terzo Pilastro)*, in questa Rivista, 2011, p. 593 ss.

⁶ ONLUS, come è noto, è l'acronimo di *Organizzazione Non Lucrativa di Utilità Sociale*, disciplinata dal dlgs n. 460 del 4 dicembre 1997. Si tratta quindi di creare organismi completamente diversi da quelli che lo Stato ha cercato di istituire, con esiti del tutto fallimentari, come la ARCUS spa, una società per azioni, controllata dall'Amministrazione statale, che non è riuscita ad attrarre risorse a favore della cultura, v. C. BARBATI, *La spending review e l'organizzazione del settore culturale*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto* on line, 2013, n. 3.

⁷ Cfr. F. CAPELLI, *Valutazioni critiche*, loc. cit., pp. 606-607.

⁸ Sulle imprese sociali nell'Unione Europea cfr. il rapporto di sintesi della Commissione europea, a cura di R. SPEAR, *L'économie sociale - Préparer le terrain pour des réponses innovantes face aux défis actuels*, Lussemburgo, Ufficio delle Pubblicazioni dell'Unione europea, 2013. Con riferimento alle imprese sociali in Italia, cfr. la l. n. 381 dell'8 novembre 1991 sulla «Disciplina delle cooperative sociali»; su alcuni aspetti di tale legge cfr. F. CASALIN - A. FAGGIANO - S. NECCI, *Le imprese sociali*, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Non profit come economia civile*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 93.

⁹ È in effetti possibile far ricorso a professionalità specifiche con il sostegno di associazioni come l'Agenzia per il Terzo Settore, presieduta dal Prof. Stefano Zamagni autore di numerose pubblicazioni, tra le quali, *L'economia del bene comune*, Roma, Città Nuova, 2007; *Economia Civile*, (co-autore L. BRUNI), Bologna, Il Mulino, 2004; *Il non profit italiano al bivio*, Milano, Egea, 2002; *Economia, democrazia, istituzioni in una società in trasformazione*, Bologna, Il Mulino, 1997. È anche possibile far ricorso a particolari organizzazioni come la *Fondazione Sodalitas* che recluta *manager* in pensione da impiegare come consulenti per migliorare l'efficienza delle organizzazioni non profit.

tà, mettendo a disposizione delle ONLUS le loro conoscenze e la loro professionalità¹⁰.

Si è anche avuto modo di ricordare che tali ONLUS devono poter funzionare senza essere sottoposte a pesanti vincoli burocratici, in quanto i loro obiettivi sono tutti encomiabili: *a.* garantire la serietà e il valore dei progetti da sottoporre a verifica, *b.* valutare la validità dei progetti di restauro prescelti e *c.* individuare i finanziamenti necessari per l'eventuale sponsorizzazione.

Le ONLUS dovrebbero ovviamente poter ricercare ogni forma di sostegno necessario per il conseguimento degli obiettivi perseguiti, come il reperimento di manodopera in grado di fornire prestazioni utili a condizioni favorevoli. Ad esempio, il FAI, per il recupero della celebre "*Cittadella*" di Alessandria, fatta costruire da Vittorio Amedeo II di Savoia tra il 1726 e il 1728, ed ora in stato di abbandono, ha potuto acquisire anche la disponibilità di 800 detenuti del carcere di Alessandria, che si sono volontariamente offerti per ripulire l'intera area¹¹.

Dovrà invece essere assolutamente vietato destinare fondi e disponibilità finanziarie, che abbiano attinenza con i progetti da realizzare, direttamente alle ONLUS, per evitare conflitti di interesse ed anche rischi di malversazione.

Tali fondi e finanziamenti, dovranno invece rimanere nella disponibilità degli *sponsor*, i quali provvederanno ad erogarli ai soggetti legittimati a riceverli. Ovviamente, alle ONLUS potranno, di contro, essere erogati tutti i finanziamenti necessari al loro funzionamento, per i quali sono previste le agevolazioni fiscali accordate dalla legge¹².

Come si debba procedere alla realizzazione, in concreto, del restauro e dell'attività di conservazione, è chiaramente un problema che dovrà essere risolto, di volta in volta, di comune accordo con le autorità competenti¹³. È

¹⁰ Cfr. sul punto M. VITALE, *Longevità*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 2011, p. 270 ss. A tale proposito occorre segnalare che anche l'Unione europea si è occupata di questo problema adottando la decisione n. 940/2011/Ue del 14 settembre 2011, in *Gu-Ue* n. L 246 del 23 settembre 2011, p. 5 ss., concernente l'Anno europeo dell'invecchiamento attivo e della solidarietà tra le generazioni. L'obiettivo della decisione è «agevolare la creazione di una cultura dell'invecchiamento attivo in Europa, basata su una società per tutte le età», incoraggiando, tra l'altro, la creazione di migliori opportunità affinché sia incentivato «il volontariato e la partecipazione attiva alla vita familiare e sociale».

¹¹ Cfr. il quotidiano *La Repubblica*, 15 febbraio 2013, p. 40.

¹² Per quanto riguarda le agevolazioni fiscali accordate dalla legge italiana e dalle leggi degli altri Paesi europei ed extraeuropei, in caso di finanziamenti alla cultura, cfr. E. F. M. EMANUELE, *Arte e Finanza*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, pp. 230-234. Cfr. anche L. STAROLA, *La sponsorizzazione dei beni culturali: opportunità fiscali*, *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2010, n. 1.

¹³ Cfr. sul punto, A. ROCCELLA, *Conservazione e restauro nella disciplina italiana dei beni culturali*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2011, n. 3. A questo proposito appare opportuno segnalare un rapporto, curato dal Centro ASK Bocconi e dall'Ufficio Studi di

ovvio che ogni attività finalizzata al restauro di beni culturali dovrà essere svolta nel rispetto delle disposizioni e delle regole tecnico-amministrative applicabili.

Tra le disposizioni applicabili, oltre a quelle specifiche in materia di restauro e di tutela dei beni culturali, rientrano anche quelle che disciplinano espressamente le sponsorizzazioni¹⁴.

Ciò che preme porre in evidenza, in questa sede, è il ruolo da riservare alle ONLUS nell'ambito dell'attività di valorizzazione dei beni culturali.

Tali ONLUS, nelle loro ramificazioni regionali, dovrebbero, a nostro avviso, dare attuazione concreta al disposto (formalmente ancora inattuato) contenuto nell'art. 118, ultimo comma, della nostra Costituzione¹⁵.

Come si è già avuto modo di segnalare, occorre insistere sulla richiesta di dare formale attuazione all'art. 118 della Costituzione, tramite un provvedimento legislativo specifico. Ma nonostante tale richiesta sia stata rinnovata in diverse sedi, ad essa non è stato dato alcun seguito¹⁶.

In ogni caso, le ONLUS dedicate alla valorizzazione dei beni culturali dovrebbero essere autorizzate, sulla base di normative adeguate, a svolgere concretamente le «attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà» di cui parla l'art. 118 della Costituzione.

L'ultimo comma dell'art. 118 della Costituzione stabilisce, infatti, che: «Stato, Regioni, Province, Città Metropolitane e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio della sussidiarietà».

La norma costituzionale, appena riportata, avrebbe potuto aprire la

Intesa San Paolo, presentato il 18 ottobre 2011 al Convegno organizzato a Roma «Beni culturali, identità e crescita», che mette ben in evidenza i problemi riguardanti il patrimonio architettonico e archeologico italiano. In tale Convegno è stata anche presentata una proposta per valorizzare e rendere remunerativi per lo Stato i beni culturali italiani, che varrebbe la pena studiare con attenzione, come consiglia *Il Sole 24Ore* in un articolo a firma di *Isabella Bufacchi*, apparso il 19 ottobre 2011 sullo stesso giornale.

¹⁴ Tra queste, prima dell'entrata in vigore del d.l. 9 febbraio 2012 n. 5 convertito dalla l. n. 35 del 4 aprile 2012, rientrano l'art. 120 del dlgs n. 42 del 22 gennaio 2004 (*Codice dei beni culturali*) nonché l'art. 26 e l'art. 27 del dlgs n. 163 del 12 aprile 2006 (*Codice degli Appalti pubblici*), questi ultimi relativi ai contratti di sponsorizzazione e ai contratti a questi assimilabili riguardanti il restauro e la manutenzione dei beni sottoposti a tutela. Sulla sponsorizzazione di beni culturali v. F. DI MAURO, *Norme tecniche e linee guida in materia di sponsorizzazioni dei beni culturali: i tratti essenziali*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2012, n. 3; v. anche G. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, *ivi*, nn. 1-2 nonché R. CHIEPPA, *Erogazioni liberali e sponsorizzazioni: quali modalità di intervento delle Fondazioni nel Settore pubblico*, *ivi*, 2010, n. 1; M. CAMMELLI, *Le sponsorizzazioni tra evidenza pubblica ed erogazione*, *ivi*.

¹⁵ L'importanza dell'art. 118, ultimo comma, della Costituzione è stata da tempo rilevata da E. F. M. EMANUELE, *Il Terzo Pilastro. Il non-profit, motore del nuovo welfare*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 475.

¹⁶ Cfr. E. F. M. EMANUELE, *Progetto di "Big Society": una grande opportunità per la società civile*, in questa *Rivista*, 2011, p. 590.

strada ad iniziative ricche di proposte innovative, ma purtroppo, come già ricordato, è rimasta lettera morta.

È quindi venuto il momento di richiamarla in vita.

La norma dell'art. 118, ultimo comma, della nostra Costituzione dovrebbe essere attuata, a nostro avviso, mediante un atto legislativo che renda possibile la costituzione, in forma agevolata, di ONLUS in grado di operare, come imprese sociali, ma al di fuori della legge 8 novembre n. 381 del 1991 sopra citata (cfr. nota 8) in tutti i settori nei quali sia possibile un rilancio dell'attività economica, grazie al coinvolgimento dei cittadini «*singoli e associati*», così come la norma recita.

Si tratta, in particolare, dei settori che interessano la generalità dei cittadini, come quelli della tutela dei beni culturali, della protezione dell'ambiente, dell'aiuto alle persone bisognose, dell'assistenza sanitaria, nei quali gli interventi e le prestazioni delle strutture pubbliche risultano carenti o addirittura assenti¹⁷.

In un periodo di grave crisi come l'attuale, in cui tutti parlano della necessità di far crescere l'economia, ma ancora si sta cercando di capire come farla crescere, sarebbe veramente ingiustificabile la rinuncia ad avvalersi degli strumenti che la norma costituzionale predetta è in grado di offrire. Tanto più che è proprio nei periodi di crisi, come quello nel quale stiamo vivendo, che può affiorare l'interesse delle persone per i bisogni della collettività e per il bene comune, perché favorito dal diffondersi di un disagio anche esistenziale, che il benessere e l'assuefazione al superfluo hanno finora contribuito a sopire e ad occultare¹⁸.

Nei settori appena ricordati sono già attive associazioni ed organizzazioni che hanno dimostrato efficienza in passato e continuano, attualmente, a dare prova di capacità, intelligenza e lungimiranza¹⁹.

¹⁷ Si tratta, in altre parole, di rivitalizzare la partecipazione dei cittadini ad attività di interesse generale o specifico nel modo che aveva favorevolmente impressionato A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Milano, BUR, Saggi, 1998, p. 523: «*gli americani si associano per (...) fondare seminari, per costruire alberghi, fabbricare chiese, diffondere libri, inviare missionari agli antipodi, fondare ospedali, prigioni, scuole. Ovunque, alla testa delle iniziative nuove, allo stesso modo che in Francia troverete il Governo e in Inghilterra qualche grande signore, in America troverete un'Associazione*».

¹⁸ Occorre anche considerare gli effetti benefici sui giovani dal punto di vista psicologico. Il coinvolgimento di tanti giovani in iniziative come quelle descritte nel testo, potrebbe invero risvegliare in loro l'interesse a realizzare obiettivi che considerano validi e il desiderio di rendersi utili alla società, rinunciando così a sprecare il proprio tempo rimanendo inoperosi. Inoltre molti giovani provvisti di adeguate qualifiche potrebbero essere coinvolti nelle attività di catalogazione dei beni culturali, che è un'attività di grande importanza come mette in evidenza M. CAMMELLI, *Nuova legislatura e patrimonio culturale: il tempo è scaduto*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto* on line, 2012, n. 3.

¹⁹ Nel settore della tutela dei beni culturali, come già ricordato, possiamo citare il FAI - Fondo Ambiente Italiano, il cui obiettivo è tutelare e valorizzare il patrimonio artistico e naturale italiano, educare e sensibilizzare la collettività, vigilare e intervenire sul territorio,

Orbene, nel provvedere alla costituzione delle ONLUS sopra ricordate, occorrerebbe, a nostro parere, disciplinarne l'attività e le funzioni in modo che le stesse non solo possano realizzare gli obiettivi perseguiti nei settori di loro interesse, ma siano anche in grado di interagire e cooperare con le istituzioni e le autorità pubbliche locali, regionali e centrali nella programmazione delle iniziative rientranti nelle competenze di queste ultime.

In altri termini, le ONLUS formate dai cittadini e dalle Associazioni alle quali essi appartengono, dovrebbero, da un lato, operare direttamente per il conseguimento degli obiettivi ad esse assegnati nonché, dall'altro lato, esercitare una funzione di stimolo e di sprone per far sì che le strutture pubbliche svolgano in modo adeguato i propri compiti²⁰.

Sono in verità a tutti note le penose condizioni in cui operano le istituzioni pubbliche italiane, con alcune lodevoli eccezioni, aggravate, per di più, dall'invadenza di una classe politica (locale, regionale e centrale) ampiamente inadeguata.

Le ONLUS, come vengono in questa sede concepite, potrebbero determinare una "*rivoluzione civile*" procedente dal basso, vale a dire dai cittadini, che permetta di individuare i problemi veri, vale a dire quelli di effettivo interesse per la collettività, per i quali essi dimostrino volontà e capacità di impegnarsi²¹.

Le ONLUS potrebbero anche occuparsi indirettamente di problemi riguardanti altri settori, diversi da quelli sopra elencati, che risultano parimenti di grande rilevanza economica per la collettività.

nonché il *Touring Club Italiano*, una associazione autonoma che opera socialmente e culturalmente, anche grazie a soci e volontari, nell'interesse del Paese, ed è impegnata per una concezione del turismo inteso come incontro, viaggio consapevole e rispettoso, rivolto alla relazione con la realtà e la comunità locale visitata. Dobbiamo anche ricordare *Italia Nostra*, associazione per la salvaguardia e la conservazione dell'ambiente e del territorio in Italia. Le organizzazioni predette e le altre che operano nel settore dei beni culturali si avvalgono del prezioso apporto di volontari, i quali contribuiscono a tenere aperti siti e luoghi d'arte che altrimenti rimarrebbero chiusi, svolgendo anche la funzione di custodi, la cui mancanza, come sappiamo, crea così gravi problemi in Italia. Cfr. M. CARCIONE, *ONG internazionali e volontariato. Sussidiarietà e partecipazione per la salvaguardia e la sicurezza del patrimonio culturale*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto* on line, 2012 nn. 1-2.

²⁰ A questo proposito è interessante l'esame della Legge Regionale della Liguria n. 42 del 6 dicembre 2012, che disciplina proprio il Terzo settore e riguarda i rapporti tra le autorità pubbliche e le associazioni *non-profit* con particolare riferimento ai servizi sociali.

²¹ V. *supra*, nota 17. Per rendersi conto del valore delle iniziative provenienti "dal basso" cfr. C. BORGOMEIO, *L'equivoco del Sud (Sviluppo economico e coesione sociale)*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 127 ss. nonché A. LOFFREDO, *Noi del rione sanità*, Segrate, Mondadori, 2013, *passim*. Sarebbe possibile sostenere che questa "*rivoluzione civile*" potrebbe rappresentare una sorta di «*federalismo sociale*» in grado di preparare i cittadini italiani a cooperare tra loro, in attesa dell'istituzione di quel «*federalismo politico amministrativo*» che il sistema dei partiti politici non ha consentito di realizzare, cfr. F. CAPELLI, *Governo dei tecnici e sistema costituzionale in Europa e in Italia*, in questa *Rivista*, 2012, p. 662 ss. Sul «federalismo» con riferimento ai beni culturali, cfr. V. M. SESSA, *Il federalismo demaniale e i suoi effetti sul patrimonio culturale*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto* on line, 2011, n. 1.

Per affrontare e risolvere i problemi attinenti tali settori, occorre però avviare interventi più complessi in grado di contribuire al rilancio dell'attività economica con strumenti più articolati. Per quanto riguarda i settori i cui problemi richiedono i predetti interventi, si può far riferimento alle tesi di *Luciano Gallino*, espresse in un articolo apparso su *La Repubblica* del 10 maggio 2013, che così precisa:

«Ci sono gli acquedotti che dalla sorgente al rubinetto perdono metà dell'acqua che convogliano (...). Ci sono milioni di abitazioni ancora costruite in modo da consumare energia in misura cinque o dieci volte superiore a quella necessaria per assicurare lo stesso livello di comfort; le scuole da mettere a norma per evitare che caschino in testa agli studenti. Ci sono migliaia di chilometri di torrenti e fiumi e decine di migliaia di chilometri quadrati di boschi e terreni da sistemare²² (...). C'è la metà almeno di ospedali da sistemare perché oggi terapie e degenze richiedono spazi organizzati in modo diverso rispetto a quando furono costruiti, mezzo secolo fa; e, forse, la metà degli edifici esistenti in mezza Italia dovrebbero venire protetti dal rischio sismico con le tecniche oggi disponibili. Tutto ciò significa milioni di posti ad alta intensità di lavoro, e qualifiche professionali che vanno dal manovale al perito, all'ingegnere, che aspettano di venire creati a vantaggio dell'intero paese.

Ci si potrebbero impegnare migliaia di piccole imprese, di cooperative, di artigiani, in parte forse coordinate da imprese pubbliche o private più grandi (...). È [quindi] necessario un piano».

Il piano suggerito da *Luciano Gallino*, che soltanto attraverso un provvedimento legislativo potrebbe essere attuato, dovrebbe rendere possibile lo spostamento, in modo regolato, dei lavoratori verso settori produttivi diversi da quelli tradizionali.

Si tratta certamente di un piano la cui realizzazione richiederà importanti investimenti con denaro pubblico, consistenti incentivi e forti sgravi fiscali per stimolare gli investimenti privati.

In concomitanza con l'avvio di un piano del genere, e proprio per agevolare la messa in cantiere e la sua successiva realizzazione, potrebbero acquisire rilevanza le ONLUS sopra ricordate che sarebbero in grado di svolgere, ad un tempo, nei confronti delle strutture pubbliche, le funzioni di organismi di collaborazione sinergica, di pungoli incisivi e di controllori efficienti.

Nel quadro delle iniziative suggerite da *Gallino*, il collegamento e la cooperazione tra le strutture pubbliche e le ONLUS, sopra richiamate, po-

²² E all'elenco di *L. GALLINO* si potrebbero aggiungere: strade e piazze dissestate, fognature inefficienti, edifici pubblici e privati da riparare e molto altro ancora.

trebbero essere di indubbia utilità, con l'effetto di ridurre gli sprechi e di migliorare le prestazioni.

Tornando ora al tema del presente articolo, dedicato al rilancio dell'attività economica in Italia attraverso la valorizzazione del nostro patrimonio artistico e riprendendo le considerazioni in precedenza svolte sulle misure da adottare nonché sulle modalità da seguire per realizzare, tramite le ONLUS (intese come imprese sociali), gli obiettivi sopra indicati, dobbiamo renderci conto che il successo, nella realizzazione effettiva di tali obiettivi, dipende in gran parte dai meccanismi finanziari ai quali potranno far ricorso i soggetti e gli organismi interessati.

Occorre quindi studiare strumenti e meccanismi finanziari adeguati, che possano agevolare l'avvio di iniziative in grado di rendere possibile il conseguimento degli obiettivi in precedenza descritti.

In particolare, occorrerà individuare le forme agevolative più idonee a stimolare le imprese e i cittadini ad effettuare investimenti nei beni culturali.

A questo proposito, preziose indicazioni ed istruzioni si possono desumere dall'interessante volume, recentemente pubblicato, di *E. F. M. Emanuele*, dal titolo «*Arte e Finanza*»²³, ricco di suggerimenti, di consigli e di esempi, che ha fornito lo spunto per la redazione del presente articolo.

Il *Prof. Emanuele* che, come Presidente di *Fondazione Roma*, ha diretta conoscenza del settore dei beni culturali e, come docente di scienza delle finanze, conosce a fondo il funzionamento dei meccanismi finanziari, analizza, tra l'altro, nel suo libro, gli strumenti ai quali occorrerebbe far ricorso per valorizzare il patrimonio artistico italiano e i risultati che si possono conseguire grazie a tale valorizzazione.

Diverse iniziative di valorizzazione dei beni culturali, descritte nel libro, vengono fatte risalire all'azione dei cittadini operanti nelle Associazioni «*non-profit*» che costituiscono il «*Terzo pilastro*», così definito da *E. F. M. Emanuele* perché si affianca agli altri due, rappresentati dallo Stato e dal mercato²⁴.

Così come viene definita da *E. F. M. Emanuele*, l'espressione «*Terzo pilastro*» ha lo stesso significato di «*Big Society*», più recentemente coniata in Gran Bretagna dal Premier *David Cameron*.

Nel libro «*Arte e Finanza*» vengono riaffermati, per quanto riguarda il settore dei beni culturali, i convincimenti che l'Autore ha da tempo espresso in diversi suoi scritti, con riferimento ad altri settori, come quello sociale e quello dell'assistenza sanitaria.

²³ Cfr. E. F. M. EMANUELE, *Arte e Finanza*, cit. supra, nota 12.

²⁴ Cfr. E. F. M. EMANUELE, *Il Terzo pilastro*, cit. supra, nota 15 (Prefazione al libro); tale settore è anche definito «Terzo settore».

Che si chiami «Terzo Pilastro» oppure «Big Society», per E. F. M. Emanuele²⁵ «è questo un progetto che stimola la comunità ad essere protagonista della modernizzazione, libera l'iniziativa, promuove la solidarietà e sposta il baricentro del potere dallo Stato alla società che diviene un luogo in cui i cittadini vivono, partecipano e si associano. La «Big Society» significa, in primis, servizi pubblici efficienti. Per renderli tali, è necessario ripristinare la fiducia nella società, che oggi appare frantumata e priva di slancio, lasciando spazio all'attività di volontariato e consentendo al cittadino di intervenire attivamente laddove il pubblico non riesce a svolgere correttamente il suo ruolo (...). Si tratta, da un lato, di ridurre gli sprechi, e dall'altro, di incanalare gli investimenti a favore dei cittadini, del volontariato e delle comunità locali attraverso, ad esempio, la costituzione di un fondo pubblico che stimoli iniziative di carattere sociale»²⁶.

In effetti, secondo E. F. M. Emanuele, il ricorso al progetto «Terzo Pilastro» o «Big Society» appare ancor più necessario oggi a causa della crisi che stiamo attraversando²⁷: «La crisi attuale, del resto, mostra anche quanto il paese abbia bisogno di politica, di istituzioni, di regole per essere civile. L'attuale classe dirigente non è adeguata al ruolo che deve svolgere e sembra, piuttosto, costituita da quelle persone maggiormente interessate ai vantaggi e ai privilegi e poco al bene comune»²⁸. C'è bisogno di una vera rinascita etica ed ideale e perché questo avvenga è necessario rivolgersi a quella parte più viva e idealista della società civile: associazioni, movimenti e volontariato. (...) Insomma si tratta, da un

²⁵ Cfr. E. F. M. EMANUELE, *Arte e Finanza*, cit. supra, nota 12, pp. 32-33.

²⁶ Un fondo del genere potrebbe essere alimentato anche con finanziamenti in parte messi a disposizione dalla legge n. 222 del 20 maggio 1985 (erogazioni a favore delle confessioni religiose e dello Stato provenienti dall'imposta del reddito delle persone fisiche nella misura dell'otto per mille). E anche importante verificare le tecniche di finanziamento seguite in altri Paesi, cfr. S. PELLIZZARI, *Il ruolo dei privati e la tutela del patrimonio culturale nell'ordinamento giuridico inglese: un modello esportabile?* in *Aedon, Rivista di arti e diritto* on line, 2010, n. 1.

²⁷ Cfr. E. F. M. EMANUELE, *Arte e Finanza*, loc. cit., p. 34.

²⁸ In gran parte ciò dipende dal sistema di gestione del potere da parte dei partiti politici italiani. Per averne conferma, basta leggere la "confessione" di Enrico Berlinguer, Segretario generale del PCI, ripresa nella famosa intervista accordata a Eugenio Scalfari, pubblicata sul quotidiano «La Repubblica» del 28 luglio 1981: «I partiti hanno occupato lo Stato e tutte le sue istituzioni, a partire dal governo. Hanno occupato gli enti locali, gli enti di previdenza, le banche, le aziende pubbliche, gli istituti culturali, gli ospedali, le università, la Rai TV, alcuni grandi giornali. (...) Insomma, tutto è già lottizzato e spartito o si vorrebbe lottizzare e spartire. E il risultato è drammatico. Tutte le "operazioni" che le diverse istituzioni e i loro attuali dirigenti sono chiamati a compiere vengono viste prevalentemente in funzione dell'interesse del partito o della corrente o del clan cui si deve la carica. Un credito bancario viene concesso se è utile a questo fine, se procura vantaggi e rapporti di clientela; un'autorizzazione amministrativa viene data, un appalto viene aggiudicato, una cattedra viene assegnata, un'attrezzatura di laboratorio viene finanziata, se i beneficiari fanno atto di fedeltà al partito che procura quei vantaggi, anche quando si tratta soltanto di riconoscimenti dovuti».

lato, per la politica di fare un passo indietro e, dall'altro, di far spazio non soltanto alla logica dei mercati ma anche alle organizzazioni che hanno come priorità la massimizzazione del bene comune. (...) Riassumendo, la mia ipotesi di soluzione alla crisi del Paese si basa sulla realizzazione di quattro punti: ridurre la spesa pubblica, privatizzare quella parte del patrimonio statale che non rende, ridurre l'aliquota delle imposte e adottare un approccio di cooperazione tra pubblico e privato sulla base dell'esempio della big society in un'ottica di cessione delle attività ai privati, meglio se operanti nel settore del non profit».

Le tesi sostenute da E.F.M. Emanuele, riprese nel suo libro, sono tutte largamente condivisibili.

Passando ad aspetti più specifici del settore artistico e dei beni culturali, il libro di E.F.M. Emanuele fornisce interessanti informazioni sul numero delle persone occupate in Italia nelle imprese culturali (pp. 128-129), come pure utili indicazioni sulle detrazioni fiscali che le leggi dei vari Paesi accordano in caso di finanziamenti alla cultura da parte di imprese e di privati cittadini (pp. 130-134).

Ugualmente si rinvencono nel libro dati interessanti per quanto riguarda i sistemi di raccolta dei fondi (*Fundraising*) che vengono praticati nel mondo da importanti Enti artistici e da Musei (pp. 178-181)²⁹.

Per finire, conviene accennare ad un innovativo progetto di contratto di assicurazione nel settore di attività dei musei, descritto e commentato nel libro, chiamato «*Arts&Events Development Project*», che è volto a tutelare gli incassi dei musei in caso di limitato afflusso di visitatori (pp. 248-254).

Le ultime osservazioni svolte contribuiscono a far ritenere che il libro di E. F. M. Emanuele possa anche essere considerato un valido "manuale" per operatori del settore, particolarmente utile, come si legge in quarta di copertina, a chi «*deve confrontarsi con temi quali la gestione di un'impre-*

²⁹ Per raccogliere i fondi da utilizzare per la tutela dei beni culturali viene anche utilizzato il sistema dei prestiti di beni culturali che consentono, ad un tempo, di far conoscere un'opera d'arte in Paesi diversi e di procurare entrate allo Stato, cfr. L. CASINI, *Valorizzazione del patrimonio culturale pubblico: il prestito e l'esportazione di beni culturali*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto* on line, 2012, nn. 1-2; viene anche fatto ricorso alle concessioni in uso, cfr. A. FANTIN, *La concessione in uso di beni culturali nel Codice dei beni culturali*, *ivi*, 2010, n. 2, nonché S. BAIA CURIONI - L. FORTI, *Note sull'esperienza delle concessioni per la gestione del patrimonio culturale in Italia*, *ivi*, 2009, n. 3. Ovviamente la fonte più diretta è costituita da erogazioni liberali di Enti ed organismi, cfr. A. SAU, *Le erogazioni liberali delle fondazioni bancarie: definizioni, tipologia e regime giuridico*, *ivi*, 2011, n. 3. Sul problema della valorizzazione del patrimonio culturale v. A. L. TARASCO, *La redditività del patrimonio culturale. Promozione culturale e efficienza aziendale*, Torino, Giappichelli, 2006. Oltre ai sistemi di raccolta fondi che sono stati indicati, possono essere utilizzati sistemi di «*crowdfunding*» che l'Unione europea sta cercando di disciplinare normativamente, nonché sistemi di raccolta tramite l'emissione di particolari «*bond*» (*social bond*): cfr. l'articolo di P. PANZA, sul *Corriere della Sera* di giovedì 11 luglio 2013, pp. 38-39.

sa culturale, in particolare per quel che riguarda gli aspetti di natura finanziaria».

Pur riconoscendo al libro anche questa sua specifica funzione, preferiamo rivolgere il nostro apprezzamento soprattutto alle idee in esso nuovamente riprese, che *E. F. M. Emanuele* non si stanca di diffondere in favore del coinvolgimento della società civile nel rilancio dell'economia in tutti i settori nei quali tale coinvolgimento sia possibile, come in quello dei beni culturali preso in considerazione nel presente articolo.

Fausto Capelli

SINTESI

In questo articolo l'Autore, dopo aver accennato alla straordinaria ricchezza del patrimonio artistico italiano e al suo inestimabile valore, presenta la proposta di rilanciare l'attività economica in Italia attraverso la valorizzazione dei beni culturali.

La valorizzazione dei beni culturali dovrebbe avvenire grazie al coinvolgimento dei cittadini i quali, opportunamente organizzati in associazioni private indipendenti dalle strutture gestite dai partiti politici, potrebbero fornire un prezioso sostegno all'attività degli organi pubblici che operano nel settore della tutela del patrimonio artistico e culturale.

Per agevolare la costituzione di tali associazioni su tutto il territorio nazionale, l'Autore suggerisce di dare attuazione in tempi rapidi all'art. 118, ultimo comma, della Costituzione italiana, che prevede, in particolare, la costituzione di associazioni private legittimate allo svolgimento di «attività di interesse generale».

Ovviamente, tali nuove associazioni dovrebbero avere come capifila le Associazioni e le Fondazioni attualmente esistenti in Italia, come ad esempio il FAI e il Touring Club italiano, nonché altri organismi che hanno finora dato prova di operare con successo a tutela del patrimonio artistico e culturale italiano.

ABSTRACT

In this article the Author, after referring to the extraordinary wealth of Italian artistic heritage and its inestimable value, presents the proposal to boost economic activity in Italy through the promotion of cultural heritage.

The promotion of cultural heritage should be done by the involvement of citizens which, properly organized private associations independent of the structures managed by the political parties, could provide a valuable support for the activities of public bodies working in the field of the protection of artistic and cultural heritage.

To facilitate the establishment of such associations across the country, the

Author suggests to implement quickly art. 118, last paragraph, of the Italian Constitution, which provides, inter alia, the establishment of private associations empowered to conduct "activities of general interest".

Obviously, these new associations should have as ringleaders Associations and Foundations that currently exist in Italy, such as the FAI and the Italian Touring Club, as well as other bodies that have so far proved to be successful for the protection of artistic and cultural Italian heritage.

IMITAZIONE E CONTRAFFAZIONE DI DENOMINAZIONI TIPICHE E TRADIZIONALI: LA POSIZIONE RECENTE DI OPERATORI E ASSOCIAZIONI INTERNAZIONALI*

Sommario: *Premessa - 1. Differenza fra normativa europea e normativa internazionale nel campo delle denominazioni dei prodotti legati al territorio - 2. Dibattito globale sulla tutela dei nomi geografici - 3. Posizione recente di operatori e associazioni internazionali.*

Premessa

Articolerò la mia relazione in tre parti:

1. Nella prima parte introdurrò la «*Differenza fra normativa europea e normativa internazionale nel campo delle denominazioni dei prodotti legati al territorio*». In particolare, mi soffermerò sulla definizione di IG per poi passare a spiegare le ragioni per le quali l'attuale quadro normativo a livello internazionale si presenta complesso e a volte contraddittorio.

2. Successivamente introdurrò il «*Dibattito globale sulla tutela dei nomi geografici*» spiegando il perché in Europa i prodotti alimentari recanti nomi geografici hanno una protezione più intensa rispetto ad altri Paesi.

3. In tale contesto, produrrò alcuni esempi della «*Posizione recente di operatori e associazioni internazionali*» sulla questione della genericità dei nomi, ed in particolare le posizioni che sono emerse al Convegno WIPO sulle IG tenutosi a Bangkok nel marzo scorso.

* Relazione presentata al Convegno svoltosi a Milano il 10 giugno 2013 su: «*I regimi di qualità dei prodotti agroalimentari nell'Unione Europea dopo il Regolamento UE n. 1151/2012: luci ed ombre*», vedila anche in *Alimenta* 6/2013, p. 123 ss.

1. Differenza fra normativa europea e normativa internazionale nel campo delle denominazioni dei prodotti legati al territorio

Bournemouth è una bella città inglese in riva al mare, nella Contea del Dorset, sulla Manica. Un bel posto, una affermata università, mi ci trovo bene fin da quando vi sbarcai sei anni fa. Non sono mancate tuttavia le occasioni di irritazione come quando, andando a fare la spesa al supermercato sotto casa, mi trovai di fronte questo prodotto: «Parmesan Dorset». Ne ho portato con me un pezzo: questo è un prodotto contraffatto, in quanto viola la normativa europea ottimamente illustrata dai relatori che mi hanno preceduto. Una piccola azienda inglese produce un formaggio e decide di chiamarlo «Parmesan». Così facendo viola le leggi dell'organizzazione sovranazionale cui il proprio Paese prende parte, e cioè l'Unione europea. Da un punto di vista normativo, dunque, la situazione in questo caso è chiara.

Nell'Unione europea, grazie all'introduzione del Regolamenti su DOP e IGP fin dal 1992 i produttori (in questo caso il Consorzio Parmigiano Reggiano) hanno la possibilità di tutelarsi verso questo tipo di indebite appropriazioni, che sono palesemente illegali in quanto esplicitamente considerate tali dalla normativa europea. Siamo in presenza di un prodotto contraffatto.

Ma cosa avviene fuori dai confini europei? Non è infatti possibile applicare la legge europea al di fuori dell'Unione. Tuttavia vi sono degli *standard* minimi fissati a livello internazionale. Quale tutela ricevono i produttori nei casi di imitazione? E quando essi possono essere definiti contraffazione – e dunque punibili – e quando no? Per tornare all'esempio, cosa avverrebbe se questo Parmesan fosse prodotto e commercializzato, diciamo ad esempio negli Stati Uniti, nel Wisconsin?

È chiaro che in questo caso occorre riferirsi alla normativa internazionale. Essa, come subito vedremo, differisce da quella europea, rendendo questa materia estremamente complicata, e le possibilità di tutela effettiva alquanto difficili nella pratica.

Le norme internazionali possono essere contenute sia in accordi o convenzioni multilaterali (che sono sottoscritte cioè da più Paesi) che in accordi bilaterali.

Questi ultimi, per le ragioni che vedremo, sono sempre più ricercati dalla Commissione europea.

Occorre premettere che le modalità di protezione delle denominazioni dei prodotti agroalimentari variano nei diversi sistemi giuridici. Ciò in ragione del fatto che l'approccio nei confronti del cibo varia sostanzialmente nei vari Paesi a seconda delle diverse culture e tradizioni.

Si va da una tutela assai intensa che consiste nell'attribuire l'uso esclusivo dei nomi dei prodotti che hanno un legame col territorio alle as-

sociazioni dei produttori (ed è appunto il caso dell'Unione europea con i marchi DOP e IGP), ad una tutela fondamentalmente basata sui *trade-mark*, come accade negli Stati Uniti, quindi con una enfasi sulla tutela dei consumatori piuttosto che sul *terroir*, ossia al legame col territorio.

Le norme internazionali servono appunto per trovare soluzioni condivise a questi differenti approcci.

Il quadro normativo internazionale attualmente vigente che regola la materia di cui ci occupiamo (e cioè le Indicazioni Geografiche) è molto complesso. Numerose sono le convenzioni in materia, ma limiterò l'analisi alle norme contenute nel TRIPs (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights), che è l'Accordo multilaterale più importante in quanto sottoscritto dal maggior numero di Paesi, Stati Uniti inclusi. Esso fu concluso nel 1994 e contiene norme relative a molti tipi di proprietà intellettuale (inclusi il diritto d'autore, i brevetti, i marchi).

L'aspetto che a noi interessa sono le Indicazioni Geografiche, la cui definizione è contenuta nell'art. 22.1 5) dell'Accordo TRIPs, secondo cui una *indicazione geografica* è: «*un nome geografico che identifica un bene come avente origine in un territorio di un Paese membro, o di una regione o località all'interno di quel territorio, e laddove una determinata qualità, reputazione o altra caratteristica del bene è essenzialmente attribuibile alla sua origine geografica*» (corsivo aggiunto).

L'indicazione geografica (IG) è dunque espressione del legame esistente fra un prodotto tipico ed un nome geografico; legame che può essere dovuto a caratteristiche intrinseche (una data qualità) o anche estrinseche (una reputazione).

Nel TRIPs si è dunque deciso di adottare l'approccio europeo, ossia quello che riconosce la legittimità di una forma speciale di proprietà intellettuale (le IG), e dunque in parte sottratta alla disciplina ordinaria in tema di concorrenza.

Tuttavia, come fra poco vedremo, il livello di tutela non è lo stesso di quello che c'è in Europa tramite DOP e IGP.

Esempi di prodotti agroalimentari e di bevande protette nei rispettivi Paesi come IG includono la bevanda messicana Tequila, l'Aceto Balsamico di Modena, il Parmigiano Reggiano, lo Champagne, la Grande Pesca della città cinese di Piggù, il Caffè di Colombia e molti altri.

È inoltre interessante notare come le IG, in base alla definizione data dall'Accordo TRIPs, possono essere riferite, al pari dei *trademark*, ad ogni tipologia di prodotto¹, e non solo ai prodotti agroalimentari che sono oggetto specifico del nostro incontro odierno.

¹ Si veda F. ALBISINNI, *L'origine dei prodotti agro-alimentari e la qualità territoriale*, in *Riv. dir. agr.*, 2000, 1, p. 23 ss.

Questo è un altro motivo dell'importanza del Accordo TRIPs, ossia la inclusione nel concetto di IG anche di prodotti artigianali (si pensi al tessuto Kashmire o agli orologi Geneve).

Bisogna ora passare ad esaminare il livello di protezione riconosciuto alle IG a livello internazionale. Come illustrato dai relatori che mi hanno preceduto, in Europa i marchi DOP e IGP assicurano una forma di tutela molto intensa per quanto attiene ai prodotti agroalimentari. In particolare, viene proibito l'uso ingannevole che si ha imitando le denominazioni di origine, persino laddove la vera origine del prodotto sia indicata o laddove il nome del prodotto sia accompagnato dai termini «tipo» «imitazione» «simile» «del genere» ed altri. «Parmesan made in Dorset» è vietato, perché il Regno Unito fa parte (almeno per ora!) della UE.

A livello internazionale (dovremmo dire purtroppo, essendo italiani) la situazione è assai diversa. Il TRIPs, pur riconoscendo, come visto, l'importanza del legame prodotto-territorio, prevede questo tipo di tutela assai intensa solo in relazione ai vini ed alle bevande alcoliche (art. 23), ma non la riconosce per gli altri prodotti, inclusi i prodotti agro-alimentari (art. 22.2).

Infatti, l'art. 23, rubricato «Protezione aggiuntiva delle indicazioni geografiche per i vini e gli alcolici » recita: «Ciascun Membro prevede i mezzi legali atti a consentire alle parti interessate di impedire l'uso di un'indicazione geografica che identifichi dei vini per *vini* non originari del luogo indicato dall'indicazione geografica in questione, o di un'indicazione geografica che identifichi degli alcolici per alcolici non originari del luogo indicato dall'indicazione geografica in questione, *anche se la vera origine dei prodotti è indicata o se l'indicazione geografica è tradotta o è accompagnata da espressioni quali «genere», «tipo», «stile», «imitazione» o simili*» (corsivo aggiunto).

Come si vede, un livello di tutela assai stringente, pari a quello previsto nell'Unione europea, ma definito «aggiuntivo» in quanto l'art. 22.2 dello stesso Accordo TRIPs, *Protezione delle indicazioni geografiche*, non assicura lo stesso livello di protezione per gli altri prodotti (inclusi quelli agroalimentari): «2. In relazione alle indicazioni geografiche, i Membri prevedono i mezzi legali atti a consentire alle parti interessate di impedire: *a.* l'uso nella designazione o presentazione di un prodotto di ogni elemento che indichi o suggerisca che il prodotto in questione è originario di un'area geografica diversa dal vero luogo d'origine in modo tale da ingannare il pubblico sull'origine geografica del prodotto; *b.* qualsiasi uso che costituisca un atto di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 10-bis della Convenzione di Parigi (1967)».

E qui siamo arrivati al punto cruciale: in base all'Accordo TRIPs, si considererebbe sicuramente contraffatto un vino denominato «Champagne

California» ma non sempre un «Parmesan Wisconsin». Bisognerebbe infatti stabilire se si è avuto o meno un «uso ingannevole», ma ciò risulta in pratica assai difficile. Tale difficoltà si riscontra soprattutto quando la questione si intreccia con quella della genericità, ossia al caso in cui il nome abbia assunto un significato comune.

2. Dibattito globale sulla tutela dei nomi geografici

Quando il nome sia diventato «generico», esso non può più essere oggetto di protezione, in quanto è venuto meno il legame col territorio. Nell'esempio classico, il termine «colonia» denota ora un certo tipo di acqua profumata, indipendentemente dal fatto che esso sia o meno prodotto nella regione di Colonia.

Ma chi decide se un nome è generico oppure no? L'Accordo TRIPs affida la questione agli Stati firmatari, ma non fissa dei criteri precisi cui appoggiarsi per affermare o escludere il carattere generico. Ciò al contrario di quanto accade nella normativa europea, in cui deve essere fra l'altro preso in considerazione un eventuale riconoscimento della protezione da parte dello Stato in cui il bene viene prodotto. L'Accordo TRIPs (art. 24) si limita a considerare la genericità come una delle eccezioni rispetto a quanto abbiamo visto fino ad ora, ossia impedisce la protezione dei nomi.

Alcuni Paesi (ed associazioni, come vedremo) tentano allora di limitare l'applicazione dell'Accordo TRIPs sostenendo che alcuni nomi sono diventati generici. Si tratta in particolare di tutti quei Paesi in cui vi è stata una forte migrazione dall'Europa: USA, Argentina, Australia.

Alcuni emigranti-imprenditori hanno persino registrato tali nomi come *trademark*, e questo complica ulteriormente la situazione e le possibilità di una tutela efficace. Vi sono dunque ragioni storiche e culturali per le quali sussiste questo grande dibattito.

E naturalmente tutto ciò si ripercuote sulla eseguibilità delle norme stesse nei singoli Paesi. Ecco perché i produttori agroalimentari europei, per tutelarsi da usi non autorizzati del nome, preferiscono altre vie rispetto a quella giudiziale, ed in particolare la registrazione del proprio *trademark* negli USA o, laddove non sia possibile in quanto registrato da altri soggetti in precedenza, la conclusione di transazioni con i soggetti interessati o di accordi con la grande distribuzione.

A livello accademico la questione della genericità si dibatte da molti anni. In termini teorici la controversia sul valore da attribuire alle IG si ricollega alla loro giustificazione in chiave economica e filosofica, quindi

su un piano precedente a quello normativo. Si dibatte se sia cioè giusto o meno considerare le IG una forma speciale di proprietà intellettuale, e dunque sottratte alla disciplina ordinaria in tema di concorrenza. Che è poi il fulcro del dibattito su tutta la materia della PI in genere: diritti esclusivi, in termini economici significa fondamentalmente monopolistici.

Tale dibattito è quanto mai aperto e precede addirittura l'analisi stessa delle norme, che non sono altro che il prodotto di tale dibattito. Ma «per fortuna» oggi c'è un produttore di formaggi americano che ci viene ad insegnare la nostra materia, promettendo di dare la «soluzione corretta al problema della genericità», con argomentazioni talmente arbitrarie che nemmeno qualche Autore americano che la pensa come lui potrebbe apprezzare. È arrivato il momento di introdurre una associazione di recente costituzione CCFN, «Consortium for Common Food Names», e di paragonarne le posizioni rispetto ad una importante Associazione Europea.

3. Posizione recente di operatori e associazioni internazionali

La costituzione del CCFN è stata riportata in Italia dai giornali specializzati² dando particolare enfasi sulla contrapposizione fra la posizione del «Consortio», e quella di altri organismi che portano invece avanti le istanze dei produttori che "credono" nelle Indicazioni Geografiche, fra cui la OriGIn (Organization for an International Geographical Indications Network)³, con sede a Ginevra.

Essa riunisce buona parte dei produttori europei e mondiali i cui prodotti si fregiano di una Indicazione Geografica, fra cui l'italiana AIGCA. OriGIn organizza, fra le altre iniziative, il Forum Europeo della Qualità con cadenza biennale, e con la collaborazione dell'associazione italiana Qualivita. Le posizioni di OriGIn sono molto chiare, e rispecchiano in pieno quella assunta dalla Commissione europea: un forte accento sul legame prodotto-territorio, e (direi) una tolleranza zero verso un uso non autorizzato dei nomi. La *mission* è quella di estendere tale tipo di approccio al resto del mondo, Stati Uniti inclusi, tramite la diffusione fra operatori e consumatori della importanza delle IG.

Come si vede dal sito, OriGIn ci tiene ad evidenziare come le IG comincino ad esser viste con favore anche in USA. Il discorso inaugurale della conferenza del decennale di OriGIn tenutasi a Bordeaux, Francia,

² Si veda in particolare l'articolo di V. BOZZETTI, CCFN: "Parmesan" è generico?, in *Il Latte*, luglio 2012.

³ <http://www.origin-gi.com/>.

due settimane fa è stato fatto da Dacian Ciolos, Commissario UE all'agricoltura, a sottolineare l'identità di vedute fra Commissione UE e OriGIn. In particolare, sulla questione della genericità, c'è addirittura il tentativo di "rimpatriare" dei nomi che sono diventati, o che si pretende siano diventati, generici. Ed ecco il progetto di mappare le IG a livello globale in vista dell'EXPO 2015, progetto che OriGIn conduce di concerto con Qualivita.

Dall'altra parte dell'Atlantico troviamo, come detto, il CCFN, «Consortium for Common Food Names». Il sito ufficiale del CCFN⁴ è stato lanciato nel marzo 2012 con lo scopo dichiarato di fornire la «corretta soluzione» al problema lungamente dibattuto della genericità delle denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari.

Vediamola dunque questa «corretta soluzione», ma prima ancora vediamo chi è che ci viene ad illuminare.

Il promotore del CCFN è questo signore sorridente che appare sulla homepage. Si tratta di Enrico Auricchio, imprenditore statunitense di origini italiane cui il direttore Neri aveva già dedicato attenzione nell'editoriale del maggio 2009 intitolato «Italian sounding o agropirateria?»⁵. Qui basta ricordare che egli è titolare della Belgioioso Cheese, azienda del Wisconsin salita alle cronache europee nel 2011 nel corso della fiera ANUGA di Colonia per aver subito il sequestro di alcuni prodotti in quanto contraffatti. Il signor Auricchio, che deve sicuramente la sua fortuna alle origini italiane producendo formaggi "in stile", torna ora alla carica promettendo di battersi per «il diritto all'uso dei nomi generici» al quale ogni produttore di beni alimentari "dovrebbe" avere accesso. Prima di andare avanti, però, vorrei chiarire che non darò una risposta al fatto se essa sia o meno la soluzione corretta dal punto di vista giuridico: come visto non c'è accordo sul punto a livello internazionale, e le norme del TRIPs non aiutano a chiarire gli aspetti giuridici della vicenda.

In questa sede quello che mi preme fare è una disamina critica delle posizioni del CCFN relativamente alle argomentazioni usate, in modo da:

1. valutare se la soluzione proposta dal CCFN è effettivamente in linea con quella europea circa la protezione dei prodotti agroalimentari di qualità, come afferma di voler essere;
2. allo stesso tempo, evidenziare se la posizione del CCFN sia o meno normativamente fissata nel TRIPs, di cui gli USA sono firmatari⁶.

⁴ <http://www.commonfoodnames.com/>.

⁵ A. NERI, *Italian sounding o agropirateria?*, in *Alimenta*, 5/2009, pp. 97-99.

⁶ Tale esame, si badi, verrà condotto non con riferimento alla legislazione europea, notoriamente più restrittiva sul punto (cosa che come detto ha portato al sequestro di merci

Tornando al sito, sulla *homepage* compare, oltre al volto sorridente del Signor Auricchio, addirittura una lista esemplificativa, in stile *semaforo* rosso e verde, dei prodotti che, a detta del CCFN, «ha senso» o «non ha senso» chiamare in un certo modo. Non sorprende che, sotto il "semaforo rosso", si affermi che «non ha senso che il parmesan venga prodotto solo a Parma» (parmesan volutamente con la lettera minuscola per sottolinearne il presunto carattere generico). Con lo stesso arbitrario criterio, si afferma invece che «ha senso» che il Camembert De Normandie venga prodotto solo in Normandia, senza peraltro preoccuparsi di spiegare che questa differenziazione non è prevista (ed è anzi contrastata) dall'Unione europea, dalla quale proprio quei prodotti provengono. La Corte di giustizia dell'Unione Europea non avalla di certo questa differenziazione aprioristica.

A completare la *homepage* del sito, un *display* di bandiere di tutte le nazioni, a significare il preteso carattere globale della iniziativa, fra cui in primo piano quella della Spagna, Paese che (per cultura, tradizioni culinarie e numero di prodotti DOP e IGP) di sicuro non può essere annoverato nel "fronte" del Signor Auricchio. Egli del resto utilizza in modo alquanto disinvolto le bandiere, fra cui quella tricolore italiana, per commercializzare i propri prodotti.

L'iniziativa viene spalleggiata da potenti organizzazioni dell'alimentare statunitense fra le quali l'USDEC, che opera nel settore lattiero-caseario. Va inoltre rilevato che al CCFN prendono anche parte associazioni perlopiù private di produttori caseari di Paesi quali Argentina e Costa Rica, che non a caso appoggiano l'approccio statunitense in seno alla Organizzazione Mondiale del Commercio, per le ragioni che ho enunciato in precedenza (Paesi a forte immigrazione dall'Europa, *trademark* registrati con nomi di IG).

In conclusione, si può affermare che:

1. Sebbene l'intento dichiarato del CCFN sia quello di contribuire al dibattito scientifico sulle IG, magari anche in senso critico, il reale obiettivo è quello di demolire il sistema stesso. Sebbene a parole, infatti, i promotori si dicano favorevoli al sistema delle GIs, nella sostanza esso viene svuotato di contenuto tramite un mancato riconoscimento dei diritti di proprietà intellettuale che vi sono connessi, e tramite l'adozione di un

commercializzate dal Signor Auricchio da parte delle autorità europee proprio nel corso di una fiera internazionale dell'agricoltura in Germania), ma esaminando le norme minime di protezione sulle quali c'è un ampio consenso internazionale, norme cioè che gli stessi Stati Uniti si sono formalmente impegnati a far rispettare. Tali prescrizioni (che come si vedrà sono contenute in alcuni articoli dell'Accordo TRIPS) demarcano la linea divisoria fra comportamenti considerati leciti ed illeciti, fra uso ed abuso dei nomi, indipendentemente dalla parte del mondo in cui essi vengono posti in essere.

concetto arbitrario di genericità che annulla ogni possibilità di tutela. Guarda caso (e qui il sospetto viene) sono considerati generici proprio quei nomi tipo asiago, parmesan, che il Signor Auricchio usa per commercializzare i propri prodotti.

2. Quanto alla questione della genericità, la interpretazione data dal CCFN non è assolutamente in linea, come si vuol far credere, con l'orientamento europeo emergente sul punto; la Corte europea di giustizia interpreta infatti la questione in relazione al complessivo sistema europeo di tutela dei prodotti agroalimentari di qualità, e quindi in maniera restrittiva.

Infine, sebbene non vi sia chiarezza a livello internazionale circa la questione della genericità, sussiste tuttavia nel TRIPs un livello di tutela "minimo" contro gli usi ingannevoli delle IG. E quale uso più ingannevole ci può essere, che commercializzare un Parmesan prodotto in Wisconsin con la bandiera italiana bene visibile in etichetta, o col riferimento a presunte "fattorie olandesi"?

Il mio giudizio è che il "torto" principale del CCFN non è quello di presentare un punto di vista differente da quello europeo, ma di autocertificare le proprie posizioni come scientificamente corrette, in linea con quelle europee ed avallate da dati giuridici vigenti.

Diverso, e più onesto, sarebbe dichiarare in modo leale la propria opposizione al sistema di norme che attualmente regolano la materia sul piano internazionale, senza assumere una posizione solo in apparenza conciliante, come da ultimo accaduto a marzo 2013 a Bangkok nel corso del *Simposio Internazionale WIPO sulle IG*. In quella sede, CCFN ha sostenuto la complementarità delle proprie posizioni con quelle europee; mentre dall'altro lato, la Commissione europea ha ribadito la inconciliabilità delle posizioni CCFN con quelle europee.

Nuova ricerca in questo ambito appare dunque necessaria per tentare di risolvere il muro contro muro attuale: ciò risulta quanto mai urgente, soprattutto in vista delle negoziazioni in atto sulla creazione di *un'area di libero scambio USA-UE* annunciate da Obama e dalla Commissione UE. Per questo incontri come quello di oggi, cui ho avuto il piacere di partecipare, dovrebbero essere sempre più frequenti e sempre più estesi al pubblico, proprio in vista dell'*Expo 2015* che avrà come tema centrale l'alimentazione.

Nicola Coppola**

** Centre for Intellectual Property Policy and Management, Bournemouth University (UK)

SINTESI

La legislazione in materia di Indicazioni Geografiche si presenta molto complessa, in quanto si articola su più livelli. Le norme internazionali non sono sempre dettagliate e si prestano spesso a interpretazioni divergenti.

Gli interessi in gioco sono forti, così come appassionato (e talvolta ideologico) è il dibattito che si sviluppa attorno al grado di tutela da attribuire alle denominazioni dei prodotti.

La presente relazione esamina i punti controversi della normativa attualmente vigente. Essa analizza inoltre in modo critico la posizione di alcune associazioni di produttori volte ad affermare o respingere la legittimità della tutela dei nomi per alcuni prodotti agroalimentari.

ABSTRACT

Due to its multi-level structure, the legislation regarding Geographical Indications is very complex. International legal provisions are not always detailed and are often subject to diverging interpretations.

Relevant economic interests are involved, and the debate revolving around the level of protection to be granted to the names of the products is heated, and sometimes ideologically motivated.

This presentation investigates the controversial points of the legislation currently in force. It also critiques the position of some associations of producers aimed at affirming or repealing the legitimacy of the protection for some names of food products.

FORME DI COOPERAZIONE E SINERGIE SPECIFICHE NELLA PROMOZIONE DEI PRODOTTI AGROALIMENTARI ITALIANI SUI MERCATI INTERNAZIONALI*

Sommario: *Premessa* - **1.** *Tipologie di attività promozionali* - **2.** *Progetto «Cantine d'autore»* - **3.** *Progetto «SalumiAmo»* - **4.** *Progetto «Barrique - La terza vita del legno»* - **5.** *Conclusioni.*

Premessa

L'ICE-Agenzia è stata istituita con l. n. 214 del 22 dicembre 2011 con l'obiettivo di sviluppare l'internazionalizzazione delle imprese italiane, la commercializzazione dei beni e servizi italiani nei mercati internazionali, e di promuovere l'immagine del *Made in Italy* nel mondo.

1. Tipologie di attività promozionali

Nell'ambito dell'attività promozionale dei prodotti agroalimentari italiani all'estero vengono realizzate diverse iniziative che possono essere sommariamente ricondotte alle seguenti tipologie:

- partecipazioni fieristiche
- campagne di comunicazione
- iniziative in collaborazione con le strutture distributive
- attività di formazione rivolte ad operatori e/o forze vendita
- azioni diverse rivolte al *trade* e al consumo.

* Relazione presentata al Convegno svoltosi a Milano il 10 giugno 2013 su: «*I regimi di qualità dei prodotti agroalimentari nell'Unione Europea dopo il Regolamento UE n. 1151/2012: luci ed ombre*», vedila anche in *Alimenta*, 6/2013, p. 127 ss.

Sempre più spesso queste diverse tipologie di attività promozionali vengono integrate a formare iniziative a carattere complesso che puntano, attraverso strumenti diversi di carattere informativo e formativo, a conseguire l'obiettivo finale di carattere commerciale. Considerate inoltre le sinergie operative che si possono conseguire, sono inoltre sempre più frequenti le interazioni fra strutture pubbliche e private e fra aziende e/o soggetti associativi finalizzate a conseguire dall'azione congiunta un effetto amplificato. Di seguito si forniscono sintetiche esemplificazioni in merito alle singole tipologie per presentare poi più in dettaglio alcune iniziative specifiche a carattere integrato.

Per quanto riguarda le *partecipazioni fieristiche* emerge sempre più l'esigenza che non siano semplicemente un momento espositivo e di *business* per le aziende espositrici ma che si caratterizzino anche per la funzione di formazione ed informazione agli operatori specializzati; questa funzione emerge con maggior forza nei mercati di nuovo approccio e/o con tradizioni alimentari molto diverse dalle nostre, o per prodotti come il vino e l'olio di oliva italiani che per la varietà e la complessità della loro classificazione esigono una costante azione formativa verso gli stessi operatori commerciali del settore. Per tali ragioni nell'ambito di grandi fiere internazionali vengono organizzate vere e proprie *master-class* di cucina rivolte agli operatori specializzati per istruirli all'uso corretto degli ingredienti italiani e alla preparazione dei piatti italiani guidati da *chef* e nutrizionisti esperti di cucina italiana. Allo stesso modo per il vino e l'olio di oliva vengono organizzate delle degustazioni guidate da *sommelier* o *capi-panel* per illustrare sia le caratteristiche organolettiche sia i territori di provenienza. Si tratta di attività che oltre agli aspetti culinari puntano ad informare anche sulle caratteristiche funzionali e salutistiche che i prodotti italiani svolgono nel quadro di una dieta equilibrata.

Il settore alimentare è stato negli ultimi decenni uno fra i più coinvolti dallo sviluppo delle strutture distributive verso il modello della Grande Distribuzione Organizzata (GDO) che utilizza ampiamente lo strumento delle promozioni per incrementare la consapevolezza dei consumatori e di conseguenza le proprie vendite.

Particolarmente nei mercati ove il prodotto italiano è meno presente, la semplice degustazione non basta e vengono implementate quindi *attività di collaborazione con la GDO* più articolate che comprendono vere e proprie lezioni di cucina italiana rivolte ai consumatori, degustazioni guidate di prodotti intese ad informare i consumatori sulle virtù alimentari dei prodotti italiani, attività di formazione delle forze vendita perché siano in grado di consigliare la clientela verso il miglior utilizzo dei prodotti italiani.

Nell'ambito delle *campagne di comunicazione* vi è un'ampia gamma di possibilità di sinergie che va dalla collaborazione fra organismi di promozione collettiva (ad esempio: Consorzio del Parmigiano Reggiano e Consorzio del Franciacorta negli USA), al richiamo della tradizione produttiva italiana di eccellenza anche in altri settori universalmente riconosciuti come componenti del Made in Italy (campagna ispirata ai prodotti di *design*, pelletteria, abbigliamento e gioielleria), alla funzione informativa e di sensibilizzazione in merito al rischio di incappare in prodotti non autenticamente italiani (*advertising* di contrasto al fenomeno dell'*italian sounding* in Stati Uniti e Canada). In tutte queste iniziative di interazione fra diversi soggetti imprenditoriali o settori produttivi, è da rilevare la condivisione tra soggetti privati e istituzioni pubbliche per quanto riguarda il finanziamento. Per tutte le attività il settore agroalimentare può inoltre far leva sull'elemento dell'origine per far diventare il prodotto *testimonial* di un territorio che ingloba in sé tradizione, storia, cultura, paesaggio e tutti gli elementi immateriali che costituiscono il motore del fenomeno turistico.

2. Progetto «Cantine d'autore»

Iniziativa realizzata in Giappone nel 2009 e costituita da una mostra fotografica dedicata a cantine realizzate da noti architetti italiani (Piano, Fuksas, Botta, etc.) e giapponesi (Hikanu Mori), esposta presso il Tokyo design Center.

La mostra era rivolta ad un segmento di consumo evoluto, non più tradizionale e lineare, ma interprete di una molteplicità di ruoli che si esprimono in pluralità di interessi. Si esprime quindi in forma di *marketing* personalizzato, rivolto più alla persona che al consumatore esaltando il bello (l'architettura), il buono (il vino) e il viaggio (turismo enogastronomico), offrendo come denominatore quello che molti giapponesi cercano nel prodotto italiano: suggestioni ed emozioni.

Le imprese vinicole diventano così i nuovi mecenati che se nel Rinascimento facevano costruire palazzi e chiese dagli artisti più famosi del tempo coniugando bellezza ed efficienza, incaricano oggi gli architetti più rinomati per progettare cantine che non siano solo luogo di produzione di ottimi vini ma anche edifici in grado di stupire il consumatore e il curioso.

Oltre alla mostra era allestita un'area degustazione ove i visitatori potevano degustare i vini prodotti dalle cantine ritratte nella mostra; le stesse aziende hanno avuto anche la possibilità di tenere seminari di presentazione dei propri vini ad una selezionata platea di importatori ed operatori economici locali con positivi riscontri sotto il profilo commerciale e della comunicazione.

Progetto «SalumiAmo»

Particolare rilievo riveste la collaborazione avviata nel 2008 e tuttora in atto tra ICE Agenzia e IVSI (Istituto di Valorizzazione dei Salumi Italiani), come braccio operativo dell'Associazione di categoria degli industriali del settore carne (Assica), finalizzata alla realizzazione di attività promozionali congiunte e co-finanziate dei salumi tipici italiani attraverso un programma denominato «*SalumiAmo*».

Si tratta di azioni di comunicazione oltre che degustazioni "aperitivo" in locali di tendenza, per avvicinare i *media* e il pubblico *target* (persone affluenti, di età tra i 25 e i 50 anni, curiosi, viaggiatori e influenti, frequentatori abituali di locali *trendy* e di punti vendita (supermercati o dettaglio) con *corner delicatessen* di alto livello).

Il progetto si è svolto in Francia, Germania, Regno Unito e Belgio – ove sono state organizzate degustazioni anche presso la Commissione e il Parlamento UE – e complessivamente ha registrato i seguenti numeri nei quattro mercati:

- 16 giornate di lancio, conferenza stampa o istituzionali (ad esempio: ambasciata Italia a Berlino);
- 70 locali coinvolti (ristoranti e distribuzione);
- 365 giornate di promozione nei locali (ristoranti, distribuzione, istituzioni UE);
- 685 giornalisti coinvolti;
- 44.500 consumatori registrati che hanno degustato i salumi italiani;
- 10 diverse tipologie di prodotto (dai prosciutti alle pancette) degustate con abbinamenti di vini e altri piatti della cucina italiana nelle giornate istituzionali e di lancio.

SalumiAmo sarà inoltre ad Hong Kong nel novembre 2013 e svilupperà:

- azioni di promozione-degustazione in locali internazionali, con formula *happy hour*
- azione di promozione nei punti vendita e nella GDO
- azioni "educational" nelle scuole di cucina di Hong Kong e Macao
- azioni di comunicazione ed evento di lancio rivolto a personalità istituzionali e giornalisti.

Una successiva fase prevede dal 2014 l'estensione del Progetto agli Stati Uniti, dove si adatterà la formula già sperimentata negli altri mercati alle esigenze e alle caratteristiche dei consumatori americani.

3. Progetto «Barrique - La terza vita del legno»

ICE Agenzia è *main sponsor* di una iniziativa promossa dalla Comunità di San Patrignano che coniuga diversi settori produttivi e diverse atti-

vità promozionali; tramite un accordo che ha coinvolto Federvini, FederlegnoArredo e Cosmit e con il contributo creativo di trenta grandi architetti e *designer* è stato realizzato un ampio campionario di componenti di arredo utilizzando il legno di *barrique* non più utilizzate.

Le opere realizzate sono già state oggetto di esposizione durante il Salone del Mobile 2012 a Milano e sono attualmente impegnate in un *tour* di mostre che, partito lo scorso 7 maggio da Boston, si concluderà il prossimo 18 luglio ad Atlanta toccando altre sei metropoli della *East Coast* americana.

All'esposizione delle opere di arredo sarà abbinata in ogni tappa una degustazione di vini di venti cantine italiane (una per ogni regione) e di prodotti alimentari cui faranno seguito degli incontri BtoB tra i rappresentanti delle aziende italiane e gli operatori americani del settore.

Il Progetto è stato inserito dal Ministero per gli Affari Esteri nel programma ufficiale dell'Anno della Cultura Italiana in USA che prevede, nel corso del 2013, un calendario di oltre cento iniziative ed eventi promozionali nelle principali città americane con l'intento di promuovere le poliedriche manifestazioni della cultura e dell'economia italiane.

4. Conclusioni

L'evoluzione delle strategie commerciali, la crescente consapevolezza delle interazioni sinergiche possibili anche fra comparti produttivi diversi, la possibilità di utilizzo a fini promozionali di tutto ciò che a livello internazionale è percepito come «Made in Italy», la necessità di razionalizzazione di utilizzo delle decrescenti risorse disponibili hanno indotto negli ultimi anni allo sviluppo di iniziative promozionali a vari livelli che hanno utilizzato modalità integrate fra diversi settori produttivi e soggetti promotori:

- Cooperazione come forma sinergica di promozione commerciale, utilizzata tipicamente in campagne promozionali condivise fra aziende singole o in forma associata, che può vedere un contributo anche da parte pubblica;
- Cooperazione come forma di integrazione di risorse private ed istituzionali, che può spaziare dalla tradizionale partecipazione fieristica, alla mostra d'immagine, alla campagna di comunicazione a soggetto generico di settore;
- Cooperazione ai fini della valorizzazione economica e territoriale, e i prodotti alimentari vi si prestano molto bene non esistendo una vera cucina italiana ma piuttosto una serie di cucine regionali; si aggiunga a ciò la

competenza concorrente assunta dalle Regioni in materia di promozione economica e territoriale e si comprenderà il ruolo che le istituzioni territoriali possono giocare;

- Cooperazione finalizzata ad utilizzare il *brand* «Made in Italy» per una promozione che coinvolge gli aspetti economici, turistici, territoriali, storici e culturali dell'*Italian way of life* essendo il settore agroalimentare quello che forse più di ogni altro esprime la sintesi dei diversi elementi e che può attribuire a qualsiasi ambito il carattere distintivo e caratterizzante dell'italianità.

Non esiste ovviamente una netta distinzione fra le diverse modalità, né l'elenco può dirsi esaustivo, ma anzi in continua evoluzione, a testimonianza del fermento creativo che caratterizza il mondo dell'alimentare italiano.

Roberto Lovato**

SINTESI

Accanto alle tradizionali attività di carattere promozionale per il settore agroalimentare, che spaziano dalle partecipazioni fieristiche alle campagne pubblicitarie, dalle promozioni presso la distribuzione alle degustazioni guidate di vini e piatti tipici, si vanno affermando modalità promozionali innovative che puntano ad una comunicazione integrata con altri settori merceologici e ad attrarre nuove fasce di consumatori.

Vengono in particolare esaminati tre casi nei quali i vini italiani sono accostati all'architettura delle cantine e ai territori di produzione, i salumi italiani vengono proposti in momenti e modalità di consumo particolarmente graditi alle giovani generazioni ed infine le produzioni enogastronomiche italiane vengono accostate ad elementi di arredo ricavati dal riutilizzo di strumenti di uso quotidiano in enologia (*barrique*).

Si tratta di nuove proposte di attività promozionale che intendono a presentare il prodotto come elemento di una multiforme cultura dell'eccellenza come paradigma.

ABSTRACT

In addition to traditional promotional activities for the food sector, ranging from trade fair participation to advertising campaigns, from in-store promotions

** Dirigente Ufficio Agroalimentari e Vini dell'ICE (Agenzia per la promozione all'estero e l'internazionalizzazione delle imprese italiane); Responsabile dell'attività promozionale del settore

to traditional wine and food tasting, innovative promotional methods are being established, which aim to integrate communication with other sectors and attract new consumers.

Three particular methods are being tested, in which, Italian wines are matched to their cellar's architecture and to their production territory, Italian charcuterie are offered at times and in ways that are particularly appealing to the younger generation and lastly Italian food and wine products are unified by elements of furniture obtained from the use of everyday oenology tools (barrels).

The aim of the new promotional activity proposals, are to present the products as part of a manifold paradigm of cultural excellence.

RECENSIONI

Bruno Barel - Stefano Armellini, *Manuale breve. Diritto internazionale privato*. Con la prefazione di Stefania Bariatti, Milano, Giuffrè, 2012, pp. VII-XVI, p. 3-414, € 26,00

Va segnalata al lettore di questa *Rivista* la settima edizione della fortunata opera qui recensita, bene ispirata alla tradizione accademica "patavina" dei commentari e manuali brevi, intesi a fornire una rappresentazione allo stesso tempo concisa ed esaustiva di singoli settori dell'ordinamento. Trattasi di un'opera frutto di collaborazione fra due Autori rappresentativi dell'ambiente universitario e forense, anche qui secondo un'antica tradizione di forte impegno di studi compiutosi, sia in occasione della comparsa del primo codice civile dell'Italia unita e poi dei successivi codici, civile e di procedura civile del 1942 contenenti distinte disposizioni di diritto internazionale privato e processuale. A seguito dell'avvenuta riunificazione di tali *volet* storici della disciplina dei conflitti di leggi sostanziali e processuali, avvenuta come è noto grazie alla legge 31 maggio 1995 n. 218, nel primo ventennio successivo si era ovviamente già accumulata una importante produzione letteraria, sia documentale che dottrina di carattere saggistico e monografico. Nel settore più propriamente didattico si è registrata la usuale filiera accademica di opere variamente denominate, appunti, lezioni, commentari, corsi, fino al recente manuale appositamente finalizzato ad offrire una presentazione completa ed omnicomprensiva degli aspetti sia interni che comunitari ed europei, di recente impatto incrociato e fortemente finalizzato a segnalare il carattere "aperto" sul piano euro-internazionale del pertinente nostro sistema legislativo. Una rilevante

attenzione è ovviamente dedicata alla prassi giurisprudenziale, in forte *compact* con quello dottrinale, allo scopo di colmare gli ovvi *deficit* della casistica forense in un più vasto contesto teorico, sia generale (Cap. I pp. 3-30; Cap. II p. 3-74) che particolare (Cap. III pp. 79-99; Cap. IV 105-134) fin sulle soglie dell'ultimo capitolo appositamente dedicato al diritto processuale civile euro-internazionale (pp. 278-328). L'appendice finale è composta da un *set* di ben trentasette domande e risposte commentate ai fini della preparazione all'esame di abilitazione professionale all'esercizio dell'avvocatura.

Lo studioso della disciplina sa bene come tutte le nozioni generali presuppongono un'ampia conoscenza teorica ben sintetizzata nella parte generale a cominciare dalla nota distinzione *ivi* utilizzata fra regole di conflitto e «norme di rinvio» al diritto applicabile. Gli AA., infatti, si dichiarano ben consapevoli del loro riferimento culturale alle origini scientifiche dell'epoca della c.d. scuola statutaria, allorché comparve la nota terminologia dei conflitti di leggi a cominciare dalla nota opera di Ulrich Huber, comparsa per la prima volta nell'anno stesso della pace di Westfalia (1648), come capitolo autonomo di un corso introduttivo allo studio del diritto civile (p. 29). Trattasi ovviamente di una nozione conflittualistica *lato sensu*, comprensiva di settori ordinamentali non esclusivamente civilistici, comunque rimasta ampiamente ispiratrice dell'ampio comparto di *common law* dagli AA. ricondotto alla tradizione anglo-americana (*ivi* p. 30 ss.). Collocatisi in tale ampio sfondo storico dottrinale i coautori restano ovviamente legati alla nozione delle norme di diritto internazionale privato come norme di rinvio o di richiamo della legge estera applicabile a fattispecie contenenti elementi di estraneità rispetto al diritto del foro (Cap. III, p. 79 ss.). Il pregio primario di tale opera manualistica resta ovviamente legato alla felicissima esposizione degli istituti regolati, all'interno di uno schema sempre raffinato tra i vari aspetti interconnessi della disciplina, sotto il profilo civilistico-commercialistico ed insieme processuale-civilistico. Resta, come ovvio, da valutare positivamente anche l'incidenza prodotta e producibile negli ambienti accademico-forensi, innanzitutto delle Università e dei Tribunali territoriali del Nord-Est, dei quali deve in questa sede rammentarsi l'importante contributo fornito nel decennio di preparazione 1985-1995, allorché la vigente legge n. 218 si collaudò con un doppio viatico del Convegno nazionale forense di Riva del Garda - Trento - Rovereto (settembre 1990) ed il successivo approdo parlamentare coincidente con la relazione del Senatore altoatesino Riz in sede di II Commissione permanente giustizia (Atti Camera dei Deputati n. 1286-A, 1994), anche sulla scia della Legge della Repubblica federale tedesca sul diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987.

Da quanto finora detto emerge con chiarezza la valutazione estremamente positiva concernente l'opera in oggetto esplicativa dell'ampio successo editoriale rapidamente raggiunto e confermato. Ad avviso di chi scrive trattasi di un "manuale breve" solo in ragione della meritoria prudenza terminologica mostrata dagli AA. Qualsivoglia manuale non può non aprire il vaso di Pandora delle questioni teoriche e pratiche da esso affrontate. Niente e più della tradizione accademico forense "patavina" poteva essere considerato come centro ideale per la trasmissione di un patrimonio di valori culturali, *ivi* consolidati da oltre due secoli. Merito non ultimo degli AA. qui segnalati è proprio quello di avere fatto intravedere sullo sfondo l'importanza di tali tradizioni. E se è vero che la legge n. 218 del 1995, trovandosi ancora in fase di doveroso collaudo giurisprudenziale è fuor di dubbio che la relativa prassi non può essere considerata da sola come una vera e propria "bocca della verità", posta com'è alla confluenza di tanti sopravvenuti impatti ordinamentali, rivolti a favorire la circolazione internazionale delle persone come delle imprese e delle relative opzioni giuridiche da esse compiute.

Massimo Panebianco*

Silvia Bolognini, *La disciplina della comunicazione business to consumer nel mercato agroalimentare europeo*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 266, € 32,00

Il volume affronta il tema della comunicazione al consumatore di prodotti agro-alimentari, come disciplinata nel diritto dell'Unione europea. Si tratta dei Regolamenti del 2010 (marchio europeo di qualità ecologica) e del 2011 (informazioni sugli alimenti ai consumatori) e del complesso di misure adottate dalla Commissione, denominato «pacchetto qualità», che mira a stabilire una politica di qualità dei prodotti legata all'informazione dei consumatori.

Preoccupazione dell'A. è mettere in evidenza il collegamento, e la necessaria coerenza (imposta, a maggior ragione, dal Trattato di Lisbona) fra le diverse politiche dell'Unione, dovendo essere tutelati beni e interessi diversi: consumatori, ambiente, concorrenza, salute pubblica nel contesto del mercato interno, più specificatamente in quello dei prodotti agro-alimentari. Si tratta di prodotti che, di per sé, non "comunicano" ovvero non

* Ordinario di Diritto Internazionale Pubblico / Università degli Studi di Salerno

"informano" il consumatore che pur ne ha bisogno, da questi dipendendo la propria sopravvivenza.

Il volume è di sicuro interesse è attualità. Esso approfondisce le norme di diritto UE applicabili nella materia, stabilendo utili collegamenti con materie diverse, ma connesse: il mercato, l'industria e la politica industriale.

Una chiave di lettura potrebbe essere quella della centralità del consumatore-motore del mercato e dell'economia, cui dovrebbe corrispondere una adeguata azione (e preoccupazione) da parte dell'Unione e degli Stati membri, in adeguamento anche ai diritti fondamentali tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Non v'è dubbio che gli obiettivi posti siano di difficile realizzazione, poiché molti sono gli interessi in gioco: l'analisi che l'A. compie circa il Regolamento (Ue) n. 1169/2011, in materia di fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, faticosamente approvato, è la dimostrazione di un compromesso fra le esigenze del mercato e quelle del singolo.

Critica stringente (ed utile), quella svolta, con riferimento ad un esempio paradigmatico di un risultato che lascia non poche perplessità, confermata da altro tema posto in esame: il rapporto fra comunicazione *business to consumer* e sviluppo sostenibile.

Il tema conduce a riflessioni sulla qualità della vita, sulle relazioni della UE con altri Paesi e aree regionali del mondo, sull'impiego efficiente delle risorse naturali e di quelle energetiche. Non solo in Europa, ovviamente.

L'estensione ai prodotti agro-alimentari della disciplina *Ecolabel* UE (di cui al Regolamento (Ce) n. 66/2010) potrebbe essere utile, in tale contesto, a determinare criteri di valutazione uniformi eco-compatibili della produzione alimentare, così sottoposta a una sorta di valutazione di impatto ambientale.

Altro tema, oggetto di esame, è quello dei segni distintivi geografici e tradizionali e, in generale, del *food quality*.

L'A. si interroga, giustamente, sulla definizione di qualità, su come essa è intesa dalla Commissione europea e come, invece, è, o può essere, intesa dai consumatori. Se la definizione è, o può essere, diversa, sembra chiara la necessità di un maggior impegno delle associazioni dei produttori e delle organizzazioni interprofessionali che dovrebbero non solo promuovere le indicazioni geografiche e delle specialità tradizionali, ma curare la comunicazione, appunto, con maggiore impegno.

Un elemento positivo, che dovrebbe essere preso in considerazione perché la qualità sia meglio garantita è rappresentato dal c.d. «marchio biologico», che ha riscosso consenso nei consumatori, anche se il prodotto così contraddistinto ha un costo maggiore.

Il volume si conclude con un richiamo al legislatore europeo. Un auspicio, precisamente, affinché la comunicazione *business to consumer* assuma «un'impronta più soggettivistica», esprimendo al «meglio tutte le potenzialità di cui risulta in possesso». È una conclusione coerente con l'analisi critica svolta, ricca di spunti di riflessione, meritevole di essere seguita nei suoi svolgimenti futuri. E il volume rappresenta, in tale prospettiva, una guida indispensabile.

Bruno Nascimbene**

Francesco Buonomenna, *Servizi pubblici internazionali ed europei. Regimi regolatori*, Università degli Studi di Salerno, Dipartimento di diritto pubblico generale e teoria delle istituzioni, Sezione di Diritto Internazionale, Comunitario e Comparato, Quaderni, n. 3, 2010, pp. XI-251

Lo studio è articolato in due parti, la prima sul regime giuridico generale e la seconda sui regimi giuridici normativi particolari. Precede le due parti un'articolata introduzione, nella quale si è particolarmente apprezzata l'analisi che l'A. fa dei «non-State actors», nuova denominazione che, nell'opera in esame, riguarda soprattutto le ONG fornitrici di servizi, mentre in diritto internazionale umanitario i «non-State actors» occupano un posto di rilievo per la difficoltà di decidere se coinvolgerli o meno nell'osservanza di almeno alcune regole umanitarie basilari.

Nella prima parte l'A. mette in luce la capacità espansiva della funzione pubblica statale nei vari livelli ordinamentali, e passa in rassegna i vari tipi di servizi pubblici, che vanno gestiti secondo buona amministrazione e «good governance» (ormai siamo costretti a questa espressione entrata in uso, dimenticando il titolo di una delle migliori raccolte di *Luigi Einaudi*, «*Il buongoverno*»). Suscita qualche perplessità l'assimilazione, tra i servizi pubblici, anche di quello diplomatico. Ed invero, non ci sembra che il servizio diplomatico possa essere messo sullo stesso piano di servizi come quelli relativi all'acqua, ai trasporti, alle comunicazioni, all'energia, od altro. Attraverso gli uffici dell'amministrazione centrale degli Affari esteri nonché mediante la rete delle ambasciate, lo Stato svolge in prima persona l'essenziale funzione delle sue relazioni col resto del mondo, e ciò non nell'interesse di questa o quella categoria (come avviene per i servizi settoriali), ma di tutta la collettività che nello Stato si identifica.

** Ordinario di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Milano

Nella parte seconda il saggio, mostrando la sua attualità e consapevolezza degli sviluppi più recenti, contiene un utile capitolo (il V) sulla tipologia dei servizi pubblici mediante Agenzie e Autorità di settore, le ben note «authorities» che possono avere rilevanza anche internazionale (nei manuali viene spesso citata la «Tennessee Valley Authority»). È un mondo nuovo, dal quale, come osserva l'A., «è scaturito un sistema co-amministrativo tra Unione europea e Stati membri delle funzioni pubbliche di recente complessità, frutto non di un disegno istituzionale organico, ma di una serie di aggiustamenti progressivi» (p. 161).

La conclusione dello studio è sofferta, dovendo muovere da una prassi variegata, segmentata e frammentata. Lo sforzo dell'A. è stato, quello fra le diverse e possibili prospettive di indagine, di tentare un inquadramento in stretta aderenza ai dati normativi, ricondotti ad uno schema logico interpretativo unitario. Il tentativo ci sembra riuscito, e servirà di base all'A. per tornare ad approfondire la complessa materia.

Giorgio Bosco***

Daniele Gallo, *I servizi di interesse economico generale – Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 857, € 85,00

L'imponente volume di *Daniele Gallo* dedicato ai servizi di interesse economico generale (SIEG) nell'Unione europea nasce da una tesi di dottorato svolta nell'ambito del dottorato in Diritto internazionale e dell'Unione europea presso gli Atenei de La Sapienza e LUISS - Guido Carli di Roma, parallelamente a periodi di ricerca quali *Jean Monnet Fellow*, *DAAD Fellow* e *European Union Fulbright Schuman Scholar* presso l'Istituto Universitario Europeo di Fiesole, il *Max Planck Institut* di Heidelberg e la *Fordham Law School* di New York.

Il tema scelto è tra i più complessi e affascinanti nel diritto dell'Unione europea. I SIEG, infatti, costituiscono oggetto di sempre maggior dibattito a partire dalla loro stessa definizione, richiedono una costante rivisitazione e un costante bilanciamento tra il mercato e la concorrenza da un lato, e le garanzie sociali cui si dà risposta con l'erogazione dei servizi essenziali dall'altro, nonché riguardo la ripartizione di competenze su tale tema tra Unione europea e Stati membri.

*** Ministro Plenipotenziario

La centralità dei SIEG per la definizione del mercato interno e dei tratti distintivi della politica sociale e di solidarietà, dunque di valori centrali, dell'Unione europea è dimostrata dal significativo numero di disposizioni di diritto primario ad essi dedicate dai vari Trattati e dalla stessa Carta dei diritti fondamentali. A partire dall'art. 106, par. 2, TFUE, in base al quale «[l]e imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (...) sono sottoposte alle norme dei Trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata» evitando che «[l]o sviluppo degli scambi (...) [sia] compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione» i SIEG hanno frequentemente impegnato i negoziatori delle Conferenze intergovernative per la revisione dei Trattati. Da ultimo, con il Trattato di Lisbona, sono, così, stati fortemente sottolineati, «l'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché [il] loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale» ed è stato riservato al Parlamento europeo ed al Consiglio, sempre nel rispetto delle competenze degli Stati membri, il compito di fissare il quadro normativo dei principi e delle condizioni per il funzionamento dei SIEG (art. 14 TFUE). La Carta dei diritti fondamentali, poi, proprio «[a]l fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione», stabilisce che il sistema europeo riconosca e rispetti «l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati» (art. 36).

Pur avendo introdotto l'ulteriore nozione di «servizi di interesse generale» nel nuovo Protocollo n. 26 intitolato proprio a questi ultimi – ove si puntualizza che «i valori dell'Unione» con riguardo ai SIEG includono «il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti; la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse; un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente» (art. 1 del Protocollo), precisando che «[l]e disposizioni dei Trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico» (art. 2 del Protocollo) – il Trattato di Lisbona continua a non prevedere una definizione di diritto primario di che cosa debba intendersi per SIEG, ed altrettanto fa, peraltro, con la nuova nozione di servizi di interesse generale. Né il diritto primario

dell'Unione si spinge a fornire ulteriori indicazioni, rispetto a quelle appena esposte, sull'equilibrio da fissare tra SIEG, mercato, e concorrenza europei; mentre insoddisfacente risulta l'attuale elaborazione del diritto secondario della UE in merito alle questioni qui richiamate.

La monografia di *Daniele Gallo* affronta, con sapienza ed energia, la meticolosa opera di ricostruzione della nozione di SIEG, dell'interazione dei servizi di interesse economico generale con le regole dell'Unione per il mercato e la concorrenza, delle competenze europee e degli Stati membri nella disciplina e nella gestione di tale sensibile settore pubblico/economico nonché dell'accesso ai SIEG quale diritto fondamentale. Il lavoro di ricerca che l'A. mette a disposizione della Comunità scientifica è una pregevolissima analisi che si caratterizza per la completezza delle fonti esaminate (tutta la giurisprudenza comunitaria, affiancata dagli atti secondari dell'Unione e dai documenti politici prodotti da Commissione e Parlamento europei, e costantemente accompagnata dall'esame della dottrina intervenuta), per la chiarezza espositiva, come pure per l'originalità delle conclusioni.

Riguardo il concetto di SIEG, l'A. sottolinea che il diritto dell'Unione ha operato una sintesi tra la concezione di servizio del modello classico francese «quale insieme di attività indispensabili alla vita collettiva, indirizzate allo sviluppo e alla realizzazione della solidarietà sociale» (p. 236) e quella del modello liberale anglosassone della *public utility regulation*, che contempla «l'assoggettamento [dei servizi], salvo eccezioni, alle regole della concorrenza e del mercato» nonché «la preferenza accordata (...) ad una concezione di Stato regolatore piuttosto che gestore ed operatore diretto nei settori di interesse economico generale» (p. 237). Se dai SIEG vanno sicuramente escluse le attività erogate dalle pubbliche autorità nell'esercizio di pubblico potere per perseguire obiettivi strategici nazionali – come la giustizia e l'ordine pubblico – la delicatezza, la dinamicità e la diversità che caratterizzano il tessuto politico, sociale ed economico europeo hanno ben presto indotto le istituzioni dell'Unione ed evitare una elencazione puntuale delle attività da considerarsi «SIEG». Di conseguenza, la giurisprudenza della Corte di giustizia assume un ruolo centrale per orientare l'operatore giuridico e l'amministratore pubblico nell'individuare l'appropriato regime da riservare ad attività di servizio indispensabili per una collettività organizzata che siano diverse dalla diretta emanazione del potere di imperio – che, ovviamente, non potrà essere soggetto a principi *antitrust* e di libera circolazione. Sottolineato l'approccio *case by case* dei giudici di Lussemburgo, l'opera rimarca l'importanza data dalla Corte alla possibilità di qualificare l'attività di erogazione del servizio come «economica» per poter concludere di essere in presenza di un SIEG. Un'attivi-

tà può, pertanto, essere considerata come «economica» laddove si riscontri un'offerta di beni e servizi remunerati unitamente ad un mercato nel quale siano suscettibili di operare imprese concorrenti. Non ricadono, pertanto, nella nozione di SIEG, ma rappresentano espressione di funzioni autoritative, la sicurezza ed il controllo della navigazione aerea (*Eurocontrol*, causa n. C-364/92), il controllo su numero e distribuzione di tabaccherie sul territorio di uno Stato membro (*Banchero*, causa n. C-387/93), il presidio e la sorveglianza antinquinamento in un porto petrolifero (*Calì*, causa n. C-343/95), l'assegnazione di frequenze per telecomunicazioni (*Hutchison*, n. causa C-369/04); invece, i giudici di Lussemburgo hanno considerato come attività economiche l'attività di collocamento (*Höfner*, causa n. C-41/90), la gestione di infrastrutture aeroportuali (*Aeroporti di Parigi*, causa n. C-82/01), l'organizzazione di operazioni di carico e scarico in un porto (*Merci convenzionali Porto di Genova*, causa n. C-179/90).

Al termine dell'accurata disamina del *case-law* dell'Unione, l'A. muove quindi un appunto alla terminologia impiegata nei Trattati e negli atti europei, ove si continua a qualificare come «economico» l'interesse, anziché, come risultante dalla giurisprudenza costante, l'attività: «ciò che distingue i servizi pubblici economici dai servizi (puramente) sociali e dalle altre attività riconducibili all'esercizio autoritativo di pubbliche funzioni consiste nel loro esercizio secondo i criteri di carattere economico[; pertanto], la stessa locuzione di servizio di interesse economico generale impiegata dal legislatore europeo, mai modificata durante le diverse conferenze di revisione dei Trattati, ed ampiamente accolta negli atti di diritto derivato (...) solleva forti dubbi e perplessità. Con ciò si intende sottolineare che l'interesse, di per sé, non è economico, a prescindere che si tratti di servizi quali l'erogazione di gas, elettricità, acqua, di servizi quali la fornitura di prestazioni sanitarie o previdenziali, di attività svolte nel quadro di politiche culturali, di assistenza a lungo termine, di sostegno alla disoccupazione ovvero di compiti di carattere autoritativo, tra cui, in particolare, l'amministrazione della giustizia e della sicurezza. (...) [I]n quest'ottica, ben avrebbe fatto il legislatore ad introdurre, nel Trattato di Lisbona, la locuzione di *servizio economico* di interesse generale, piuttosto che riproporre l'ambiguo concetto di servizio di *interesse economico generale*» (p. 363, corsivo aggiunto).

Si affrontano, quindi, le eccezioni al funzionamento del mercato interno previste dal TFUE agli artt. 36, 52, 62 e 65 nonché quelle possibili grazie alla definizione delle esigenze imperative (protezione dei consumatori, coerenza del sistema fiscale, mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, tutela dell'ambiente, politica culturale, trasporti

marittimi concernenti le isole ecc.) nella giurisprudenza della Corte di giustizia, come pure le deroghe all'applicabilità del diritto *antitrust* previste dall'art. 106, par. 2, TFUE. Con grande precisione vengono illustrate le dinamiche sottese alle varie sentenze, il funzionamento del principio di proporzionalità, la discrezionalità sempre riservata alle autorità nazionali nell'applicare alle circostanze concrete gli affinamenti interpretativi del diritto dell'Unione raggiunti dai giudici di Lussemburgo. Nulla viene trascurato, dedicando ampio spazio alle problematiche in materia di SIEG legate ai sistemi assicurativi, previdenziali e socio-sanitari, senza tralasciare *a. i* temi degli affidamenti diretti di servizi e concessioni, eliminando l'indizione di gare d'appalto in caso di società *in house* e SIEG né *b. la* questione, centrale, della compatibilità dei meccanismi della *golden share* rispetto alle privatizzazioni di servizi come i trasporti, le telecomunicazioni, l'energia elettrica.

In particolare, soffermandosi sulla ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri a proposito dei SIEG, viene evidenziata la notevole influenza che il sistema dell'Unione esercita nella gestione dei servizi di interesse economico generale da parte degli Stati membri. A fronte della qualificazione di una attività come SIEG, oppure come «servizio universale» – che implica il diritto di tutti gli utenti ad accedere ad un tale servizio «essenziale» e di conseguenza l'obbligo, per gli erogatori del servizio in questione, di offrire un accesso minimo a prezzi ragionevoli –, la discrezionalità lasciata alle autorità nazionali relativamente agli obblighi di liberalizzazione imposti dalle politiche europee è, comunque, notevolmente vincolata ai principi espressi dallo stesso diritto europeo riguardo le caratteristiche che devono possedere i servizi pubblici nazionali per poter derogare alle regole dell'Unione.

Passando, infine, alla possibilità di ricostruire un diritto all'accesso ai SIEG, da parte dei singoli, azionabile in giudizio dinanzi ai giudici nazionali come alle istanze giurisdizionali dell'Unione europea, l'A. mette in evidenza soprattutto l'ampia discrezionalità lasciata alle autorità degli Stati membri e alle istituzioni europee dall'art. 14 TFUE nell'implementare la politica relativa ai SIEG, per concludere che è impossibile avvalersi unicamente di tale disposizione di diritto primario in assenza di ulteriori, adeguati, interventi di diritto secondario: «[c]ome noto, quanto maggiore è la discrezionalità degli Stati in merito all'adempimento degli obblighi contemplati dal Trattato, tanto più difficile è ritenere che la norma che contiene tali obblighi sia direttamente efficace» (p. 808). A fronte di ciò, anche sulla base di una raffinata e convincente analisi sull'impossibilità di configurare un diritto al risarcimento del danno eventualmente subito dall'utente laddove l'unica base giuridica sia l'art. 14 TFUE già richiamato, l'A. affer-

ma che «l'accesso ai servizi di interesse economico generale, pur presentando importanti caratteristiche proprie dei principi generali e pur operando quale parametro di legittimità per istituzioni europee ed autorità nazionali, allo stato attuale, sul piano della tutela giurisdizionale dei singoli, in mancanza di una pronuncia specifica [della Corte di giustizia] sulla portata giuridica dell'art. 14 TFUE e dell'art. 36 della Carta dei diritti, non è suscettibile di conferire situazioni giuridiche soggettive in capo agli utenti, né sotto il profilo dell'efficacia diretta né sotto il profilo del risarcimento danni» (p. 827). Quindi, l'A. conclude rimarcando la necessità e l'opportunità di dar seguito quanto prima al dovere, posto in capo al Parlamento europeo e al Consiglio dei ministri dall'art. 14 TFUE, di deliberare «principi e condizioni» per i SIEG, privilegiando lo strumento del regolamento proprio per dare corpo all'azionabilità dei diritti degli utenti dinanzi agli organi giurisdizionali.

Indubbiamente, l'opera qui presentata, per la completezza e la ricchezza con la quale analizza il tema dei SIEG, alla luce di giurisprudenza, prassi e dottrina intervenute, rappresenta un imprescindibile strumento di apprendimento ed un indispensabile parametro di riferimento per affrontare, con adeguata competenza, la questione dei servizi pubblici nel contesto europeo, interpretando correttamente il diritto dell'Unione e la sua giurisprudenza, anche al fine di operare adeguate soluzioni sul piano nazionale.

Elisa Baroncini****

Domingo Muriel, *Fasti novi orbis et ordinationum apostolicarum ad Indias pertinentium breviarium, cum adnotationibus*, New York, Nabu Press International - North American Books Universities, ISBN 9781173831660, 2012, p. 1-644, Euro 29,06, *reprint* dall'originale latino Ciriaco Morelli, Venezia, 1776, *apud* A. Zatta editore

Occorre segnalare con simpatia il *reprint* 2012 della classica opera compilativa di Domingo Muriel, italianizzato Ciriaco Morelli, già professore nell'Università di Cordoba del Tucuman. L'A. è noto al pubblico italiano in ragione di una sua opera successiva di più ampia portata, pubblicata ancora a Venezia nel 1791, oggetto di varie traduzioni in lingua spagnola e recante come titolo *Rudimenta juris naturae et gentium*, Venezia, 1791, *apud* Josephum Rosa. Risulta che il *reprint* statunitense del 2012 è riprodotto da una copia esistente presso la Public Library of New York, ove fu acquisito nell'anno dell'istituzione della prima Organizzazione

**** Professore aggregato di Diritto internazionale / Università degli Studi di Bologna

"pan-americana", Washington, 1899 (cat. N. 125133). L'opera ricomprende, pertanto, un importante campo d'indagine di storia del diritto e dell'organizzazione internazionale, finora rimasto abbastanza inesplorato nella dottrina statunitense per la nota suddivisione dello spazio giuridico continentale fra Sud-America di tradizione ispano-portoghese e il Nord-America statunitense di prevalente tradizione *common law*. Ma anche nel nostro Paese quest'opera era rimasta sostanzialmente oggetto d'indagine solo da parte degli studiosi di diritto internazionale ecclesiastico con riferimento al periodo di oltre tre secoli relativo alla fondazione dell'*ordo juris* statale ecclesiastico riferito «*ad Indias*».

Il recente interesse delle università nord-americane al tema trova presumibilmente la sua specifica radice nella parte prima dell'opera in oggetto. Essa costituisce il vero e proprio *Fasti novi orbis breviarium* (pp. 1-54), riferito ad un dizionario mondiale storico geografico delle località oggetto delle "scoperte" progressive compiute e rese note da esploratori europei ed oggetto di insediamenti statuali ecclesiali nelle varie parti del continente americano ed oltre. Viceversa la maggior parte dell'opera risulta composta da una collezione di testi positivi, ovvero di un elenco in ordine logico-cronologico per un complesso di 605 testi normativi. Le ragioni di tale opera vengono spiegate in un lucido ed esemplare Prologo antecedente (pp. V-VIII) riferito all'utilità di possedere una raccolta di diritto positivo, suscettibile di uso nel "*foro regio*" come nel foro ecclesiastico, secondo fonti di non dubbia autenticità e soprattutto idonee a fornire un completo aggiornamento delle novità più recenti dando notizia delle modifiche, integrazioni ed eventuali abrogazioni intercorse (pp. 1-644). La lettura di un'opera così complessa risulta ovviamente facilitata dall'elenco complessivo delle *Ordinationes*, appositamente intitolate dallo stesso A. (pp. 47-54), nonché da un apposito *index* finale di carattere sia geografico che analitico per materia o gruppi di materie (pp. 634-642). Il primo fornisce una vera e propria sistematica logico-giuridica di tutti i problemi emersi ed affrontati nel corso del tempo, tra loro concatenati dalla originaria esplorazione *ab occidente ad orientem* fino alla matura definizione di una carta geo-politica dell'intero continente americano ed oltre di fine Settecento.

L'opera appare di utile consultazione anche per il lettore europeo nell'epoca della c.d. «globalizzazione», essendo definiti i confini logico-temporali del *Novi orbis* al di là del puro e semplice spazio giuridico euro-americano. In vero quello americano era stato oggetto di una conquista sempre discussa nei suoi criteri di legittimazione, *ex ante* da parte del potere regio-pontificio ed *ex post* ad opera del *consensus* consuetudinario delle istituzioni politiche e delle popolazioni cristiane interessate fino all'epoca dell'indipendenza proclamata da più Stati nazionali sul modello

del sistema della comunità già esistente in Europa. Contrapposto a quello americano era invece il concetto del *novi orbis* esteso ai territori dell'Oceano Pacifico e dell'Oceano Indiano, la gran parte dei quali aveva conservato la sovrana indipendenza degli enti statali originali (India - Cina - Giappone) cosicché il regime delle penetrazioni e degli insediamenti ecclesiastici di provenienza europea avveniva nel ben diverso regime delle "missioni" dalla sede romana pontificia e con il consenso degli Enti territoriali preposti. Cosicché in conclusione l'*ordo juris* ricostruito con riferimento allo statuto «*ad Indias*», andava confrontato e rapidamente superato allo scopo di transitare dal regime antico-coloniale a quello degli Stati indipendenti degli altri continenti.

Con riferimento alle fonti normative citate, riprodotte e sempre commentate sono utili le *adnotationes* correlate a ciascuna di esse. L'A. infatti dichiara fin dal prologo essere la sua un'opera di compilazione, ma ispirata ad una triplice esistenza di diritto «positivo», «naturale» e «divino». Ovviamente tra le fonti di diritto positivo primario restano i riferimenti allo *jus belli ac pacis* dei secoli Quattrocento-Settecento, e quindi ai «*pacta Regnorum*» ed alle consuetudini dei popoli. Ma altrettanto utili sono i riferimenti alle fonti positive del c.d diritto indiano di formazione ispano-portoghese relativo agli statuti delle «*libertas*» e della «*libertas administrationis*» vigente come diritto municipale nell'era della colonia. Altrettanto utile è il puntuale richiamo alle fonti di diritto internazionale ecclesiastico di origine pontificia (Bolle, Brevi, Lettere apostoliche, Decreti) nonché delle chiese dell'amministrazione centrale, continentale e nazionale (Concili, Messicani e Limani) nonché delle ordinanze provenienti dalle congregazioni ecclesiastiche romane e dalle autorità episcopali e provinciali, dai cui archivi erano ricavati i testi ritenuti applicabili. Complessivamente valutata quest'opera appare di transizione dalla dottrina scolastica giuridica ispano-portoghese (citata nel Prologo) e quella euro-americana di fine Settecento, preparatoria dei processi d'indipendenza nazionale nel Nord come nel Sud-America. Tant'è che il *reprint* veneziano di Ciriaco Morelli, in veste 2012, certamente merita di avere una dovuta attenzione da parte degli studiosi interessati alle più generali tematiche dei grandi spazi giuridici ed insieme della nascita e dell'evoluzione degli Stati nazionali nell'epoca della transizione dall'età pre-moderna a quella moderna e contemporanea. Ovviamente l'opera richiama anche al dovere di una globalizzazione meno opportunistica ed attualizzata, e di una modernità più comprensibile, perché meglio fondata.

Massimo Panebianco

Gabriele Pepe, *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Roma, Eurilink, 2012 pp. 412, € 30,00

Il volume *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa* esamina i riflessi del diritto e dei principi dell'Unione europea sui sistemi giuridici degli Stati membri.

L'opera, in particolare, mira ad analizzare, con metodo rigoroso e tecnica di ricerca approfondita, l'influenza esercitata da taluni principi sovranazionali su una vasta gamma di istituti dell'ordinamento amministrativo italiano.

L'A., attraverso un percorso storico ed interdisciplinare, traccia l'evoluzione dell'ordinamento comunitario lungo la direttrice dell'integrazione con i sistemi giuridici degli Stati membri, mettendone in particolare risalto le cause storiche ed i fattori politici ed economici.

Pepe evidenzia, soprattutto, il lento ma inesorabile processo di metamorfosi dei tradizionali assetti ordinamentali nazionali che ha condotto al superamento di alcuni "miti" della tradizione giuspositivistica, considerati eterni ed immutabili (sovranità statale, ruolo della legge, gerarchia delle fonti).

In un simile scenario, l'A. rimarca con brillantezza la rinnovata centralità assunta dai principi dell'ordinamento comunitario collocabili oggi al centro di un sistema delle fonti sempre più integrato e multilivello. Tali principi godono della peculiarità di essere costruiti e precisati in sede pretoria dalla Corte di giustizia che, nella veste di "formante" del sistema europeo, contribuisce alla formazione di regole ed istituti dei diritti nazionali attraverso l'efficacia *erga omnes* delle proprie decisioni.

Pepe sottolinea, in particolare, come tali principi, pur avendo origine negli ordinamenti statuali – trattandosi nella maggior parte dei casi di principi comuni alle tradizioni dei Paesi membri – vengano scomposti e ricostruiti dal giudice europeo per ridiscendere con nuovi caratteri nei sistemi giuridici nazionali. In tal modo essi assumono il ruolo di parametri della legittimità stessa dell'azione dei pubblici poteri domestici, tanto legislativi quanto amministrativi, ridefinendo altresì i rapporti tra pubblico potere e destinatari dell'azione amministrativa.

Attraverso l'esame della progressiva valorizzazione delle situazioni soggettive individuali, il volume mostra, da un lato, l'impatto di alcuni principi dell'ordinamento europeo (certezza del diritto, legittimo affidamento, giusto procedimento, proporzionalità, effettività della tutela) sull'esercizio dell'azione amministrativa italiana, e, dall'altro, pone in evidenza come l'azione di tali principi abbia contribuito ad ampliare in modo

significativo gli spazi di libertà e la partecipazione del cittadino nelle relazioni con il pubblico potere. Come acutamente osservato dall'A. si assiste, conseguentemente, allo spostamento del «baricentro dell'azione amministrativa dall'autorità alla libertà, dall'unilateralità alla consensualità, dalla gerarchia alla paritarietà».

In tale contesto è il procedimento a divenire luogo privilegiato del dialogo tra pubblica autorità e soggetti amministrati ed ancora è lo stesso interesse legittimo, tradizionalmente considerato situazione occasionalmente protetta, ad essere equiparato al diritto soggettivo quanto a pienezza della tutela.

Di particolare pregio risulta, infine, l'approfondimento circa le ricadute nell'ordinamento italiano del principio di effettività della tutela giurisdizionale, come interpretato dalla giurisprudenza europea, con particolare riguardo, da un lato, all'estensione delle azioni esperibili, e, dall'altro, alla trasformazione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto intersoggettivo controverso.

Francesco Tesaurò*****

Giulio Peroni, *La crisi dell'euro: limiti e rimedi dell'unione economica e monetaria*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 210, € 22,00

La grave crisi finanziaria, scoppiata nel 2007, che ha colpito il mondo intero, ha creato, come sappiamo, notevoli difficoltà tanto ai Paesi membri dell'Unione europea (specie ad alcuni di quelli che hanno adottato l'euro) quanto alle Istituzioni dell'Unione medesima.

Nel libro qui recensito, l'A., dopo aver descritto, nei primi due capitoli, le fasi iniziali che hanno portato all'introduzione dell'euro, ha posto in evidenza, nel terzo capitolo, gli strumenti messi a disposizione dalla normativa europea per gestire la moneta unica, segnalandone le carenze soprattutto nella parte che descrive le cause della crisi greca e il suo impatto sull'eurozona. Il quarto ed ultimo capitolo è invece dedicato ai provvedimenti adottati per introdurre gli strumenti giuridici necessari per «salvare l'euro». I provvedimenti che hanno introdotto tali strumenti vengono analizzati in dettaglio e commentati con chiarezza.

In particolare è stata sottolineata la rilevanza di tali provvedimenti sotto il profilo politico, dato che la loro adozione, come si sa, è stata tutt'altro che agevole.

Infatti, non essendo stato possibile far ricorso ai meccanismi istituzionali previsti dai Trattati europei, vista l'opposizione soprattutto della Gran Bretagna, è stato necessario adottare accordi intergovernativi tra gli Stati membri che intendevano aderirvi.

Ancora una volta si sono quindi rivelate esatte le due celebri previsioni di *Jean Monnet*, il geniale ideatore dell'Europa comunitaria, secondo cui «*i governi agiscono soltanto in stato di necessità e colgono la necessità soltanto nei momenti di crisi*» nonché «*la Comunità europea, nata da una situazione di crisi, si svilupperà grazie alle crisi e assumerà la forma imposta dall'ultima crisi che avrà superato*».

A ben vedere, la stessa storia dell'Europa è una storia di crisi. Ma, prima della creazione delle Comunità europee, le crisi venivano affrontate e risolte con le guerre.

Grazie all'istituzione delle Comunità europee e, in seguito, dell'Unione europea, le crisi vengono ora affrontate ricorrendo ai meccanismi previsti dai Trattati europei oppure da accordi intergovernativi.

Gli strumenti introdotti per risolvere l'ultima grave crisi finanziaria (che non è stata creata dall'Unione europea e dall'euro, ricordiamocelo!) riusciranno gradatamente ad eliminare, con ogni probabilità, i problemi più insidiosi.

Inoltre quest'ultima crisi, data la sua gravità, potrà forse spingere gli Stati membri e le Istituzioni europee a porre in essere sistemi di collaborazione e di controllo molto efficaci, in grado di prevenire il ripetersi delle traumatiche vicende che abbiamo vissuto, aiutando l'Unione europea a trovare una forma di integrazione che consenta agli Stati membri di sviluppare le proprie economie in modo efficiente ed adeguato nell'interesse delle generalità dei cittadini.

Fausto Capelli

Victor Uckmar - Giuseppe Corasaniti - Paolo De' Capitani di Vimerate - Caterina Corrado Oliva, *Diritto tributario internazionale - Manuale*, II edizione, Cedam, 2012, pp. XXXII-487, € 32,00

Il successo ottenuto con la prima edizione del Manuale di *Diritto Tributario internazionale* (2009) ha indotto gli Autori a pubblicare una seconda edizione (2012) che viene qui brevemente recensita.

Come precisa *Victor Uckmar*, nella presentazione, non solo è stato mantenuto il felice impianto della prima edizione, ma nella seconda si è

ritenuto di «sviluppare gli aspetti comunitari, con particolare riguardo ai dazi doganali ed all'imposta sul valore aggiunto».

In effetti, sia la disciplina doganale sia quella dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) sono, come è noto, di origine comunitaria e la loro interpretazione come pure la loro applicazione dipendono, in ultima istanza, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Dopo aver inserito, nel capitolo I della prima parte del Manuale, dedicata alle «*Fonti*», un'apposita Sezione (sezione II) riservata alla «*Disciplina dell'Unione europea in materia fiscale*», gli AA. dedicano l'intero capitolo III, della prima parte, all'analisi dettagliata delle disposizioni fiscali di origine comunitaria, suddividendolo in tre Sezioni che portano i seguenti titoli: «*I dazi doganali*» (sezione I), «*L'IVA*» (sezione II) e «*Le direttive dell'Unione europea in materia fiscale*» (sezione III).

In ognuna delle Sezioni appena indicate, le problematiche sono affrontate ed approfondite con chiarezza e in modo completo.

Ovviamente, come in precedenza accennato, il Manuale tratta in modo esaustivo tutti i temi classici del diritto tributario internazionale, tra i quali quello della doppia imposizione.

La seconda parte del Manuale, infine, è dedicata alle disposizioni italiane relative a fattispecie attinenti al diritto internazionale e a quello dell'Unione europea.

L'opera, che contiene anche una rassegna dei provvedimenti essenziali, è di indubbia utilità per gli specialisti e per i professionisti che devono affrontare le complesse problematiche di diritto tributario internazionale.

Fausto Capelli

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*

ELISA BARONCINI, *Professore aggregato di Diritto internazionale / Università degli Studi di Bologna*

GIORGIO BOSCO, *Ministro Plenipotenziario*

CHIARA CAMUSSI, *Dottoranda in Diritto pubblico comparato e Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Udine*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

NICOLA COPPOLA, *Centre for Intellectual Property Policy and Management, Bournemouth University (UK)*

ANTONIA CORINI, *Allieva del Collegio di Parma - DASE (Diploma Avanzato in Studi Europei), anno accademico 2012-2013*

SALVATORE D'ACUNTO, *Capo Unità presso la DG Imprese e Industria / Commissione europea*

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

ALDO FRIGNANI, *Ordinario di Diritto Privato dell'Unione europea / Università degli Studi di Torino*

MATTEO GRAGNANI, *Avvocato in Milano*

ROBERTO LOVATO, *Dirigente Ufficio Agroalimentari e Vini dell'ICE (Agenzia per la promozione all'estero e l'internazionalizzazione delle imprese italiane); Responsabile dell'attività promozionale del settore*

BRUNO NASCIMBENE, *Ordinario di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Milano*

MASSIMO PANEBIANCO, *Ordinario di Diritto Internazionale Pubblico / Università degli Studi di Salerno*

FRANCESCO TESAURO, *Ordinario di Diritto Tributario / Università degli Studi di Milano - Bicocca*

ANDREA USAI, *Dottorando in Diritto dell'Unione europea / Università di Bologna e Université de Strasbourg; LLM in Competition Law / King's College London*

ANNA LISA VERDECCHIA, *Professore a contratto in Dottrina dello Stato e Giustizia Costituzionale / Università degli Studi di Salerno*

Codice etico delle pubblicazioni

«*Diritto comunitario e degli scambi internazionali*» è una rivista scientifica che segue un codice etico delle pubblicazioni conformemente a quanto di seguito indicato, applicabile sia agli autori sia ai redattori.

Responsabilità dei redattori

Riservatezza

I redattori e gli altri componenti dello staff si impegnano a non rivelare informazioni sugli articoli proposti ad altre persone oltre all'autore e all'editore.

Correttezza

I redattori valutano gli articoli proposti per la pubblicazione in base al loro contenuto senza discriminazioni di razza, genere, orientamento sessuale, religione, origine etnica, cittadinanza, orientamento politico degli autori.

Decisioni sulla pubblicazione

I redattori della rivista «*Diritto comunitario e degli scambi internazionali*» sono responsabili della decisione di pubblicare o meno gli articoli proposti.

Conflitto di interessi e divulgazione

I redattori si impegnano a non usare in proprie ricerche i contenuti di un articolo proposto per la pubblicazione senza il consenso scritto dell'autore.

Responsabilità degli autori

Tutela dei dati

Se i redattori lo ritenessero opportuno, gli autori degli articoli dovrebbero rendere disponibili anche le fonti o i dati su cui si basa la ricerca, affinché possano essere conservati per un ragionevole periodo di tempo dopo la pubblicazione ed essere eventualmente resi accessibili.

Tutela delle fonti

Gli autori sono tenuti a dichiarare di avere composto un lavoro originale in ogni sua parte e di avere citato tutti i testi utilizzati. L'autore deve sempre fornire la corretta indicazione delle fonti e dei contributi menzionati nell'articolo.

Pubblicazioni multiple, ripetitive e/o concorrenti

L'autore non dovrebbe pubblicare articoli che descrivono la stessa ricerca in più di una rivista. Proporre contemporaneamente lo stesso testo a più di una rivista costituisce un comportamento eticamente non corretto e inaccettabile.

Tutela degli autori

Va correttamente attribuita la paternità dell'opera e vanno indicati come coautori tutti coloro che abbiano dato un contributo significativo all'ideazione, all'organizzazione, alla realizzazione e alla rielaborazione della ricerca che è alla base dell'articolo. Se altre persone hanno partecipato in modo significativo ad alcune fasi della ricerca il loro contributo deve essere esplicitamente riconosciuto. Nel caso di contributi scritti a più mani, l'autore che invia il testo alla rivista è tenuto a dichiarare di avere correttamente indicato i nomi di tutti gli altri coautori, di avere ottenuto la loro approvazione della versione finale dell'articolo e il loro consenso alla pubblicazione nella rivista «*Diritto comunitario e degli scambi internazionali*».

Conflitto di interessi e divulgazione

Tutti gli autori sono tenuti a dichiarare esplicitamente che non sussistono conflitti di interessi che potrebbero aver condizionato i risultati conseguiti o le interpretazioni proposte. Gli autori devono inoltre indicare gli eventuali enti finanziatori della ricerca e/o del progetto dal quale scaturisce l'articolo.

Errori negli articoli pubblicati

Quando un autore individua in un suo articolo un errore o un'inesattezza rilevante, è tenuto a informare tempestivamente i redattori della rivista e a fornire loro tutte le informazioni necessarie per segnalare in calce all'articolo le doverose correzioni.
