



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA
IN
DIRITTO EUROPEO SU BASE STORICO-COMPARATISTICA
XXX CICLO

Tesi di Dottorato
In
Diritto dell'Unione europea

LE PRATICHE DI *GEO-BLOCKING* DI CONTENUTI AUDIOVISIVI DIGITALI
NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Relatore
Chiar.ma Prof.ssa Claudia Morviducci

Candidato
Luca Villani

Anno Accademico 2016/2017

*A mamma e papà,
come sempre, per sempre*

INDICE

INTRODUZIONE	p. I
CAPITOLO I	
IL <i>GEO-BLOCKING</i> DI CONTENUTI AUDIOVISIVI DIGITALI	
1. Introduzione	p. 1
2. Il <i>geo-blocking</i> di contenuti digitali. Cenni generali	p. 2
3. Il contesto economico. Il mercato dei contenuti digitali audiovisivi	p.6
4. Il contesto giuridico. La Strategia per il Mercato Unico Digitale	p.12
4.1.Segue. In particolare, le pratiche di <i>geo-blocking</i> nel quadro della Strategia	p.15
4.2.Segue. In particolare, l'indagine conoscitiva nel settore dell' <i>e-commerce</i>	p.19
4.3.Segue. In particolare, il Regolamento sul <i>geo-blocking</i> e le altre forme di discriminazione basate sulla cittadinanza	p.27
5. Cenni sulla disciplina europea di diritto d'autore nell'ambito della Strategia per il Mercato Unico Digitale	p.34
6. Conclusioni	p.46
CAPITOLO II	
IL <i>GEO-BLOCKING</i> DI CONTENUTI AUDIOVISIVI NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA DELL'UNIONE	
1. Introduzione	p.47
2. La disciplina della concorrenza nell'Unione europea	p.49
2.1. Le intese restrittive della concorrenza. Le intese verticali	p.50
2.2.Segue. La restrittività per oggetto o per effetto	p.55
3. Le intese restrittive della concorrenza aventi per oggetto o per effetto la ripartizione del mercato unico	p.59
4. Il caso <i>Murphy</i>	p.71
5. Il caso <i>Pay-TV</i>	p.74

CAPITOLO III	
<i>GEO-BLOCKING</i> DI CONTENUTI AUDIOVISIVI E LIBERA CIRCOLAZIONE DEI SERVIZI	p.83
1. Introduzione	p.83
2. La c.d. direttiva servizi	p.86
3. Il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità nel diritto dell'Unione europea. Cenni generali	p.90
4. L'articolo 18 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea e le pratiche di <i>geo-blocking</i>	p.96
4.1. Del concetto di nazionalità	p.96
4.2. Della natura residuale dell'articolo 18 TFUE	p.100
5. Il mercato interno dell'Unione europea. Alcuni concetti generali	p.105
5.1. La libera circolazione dei servizi nel mercato interno	p.112
6. L'efficacia orizzontale diretta delle disposizioni di rango primario dell'Unione. Cenni generali	p.119
6.1. L'efficacia orizzontale diretta delle disposizioni in materia di libera circolazione	p.125
6.2. Segue. Un approccio alternativo	p.143
CONCLUSIONI	p.149
BIBLIOGRAFIA FONDAMENTALE	p. 155

INTRODUZIONE

L'innovazione tecnologica digitale, risorsa fondamentale della globalizzazione, traccia i nuovi confini della competitività, sostituendo alle vecchie frontiere geografiche quelle simboliche, imputabili alla mancata disponibilità della rete, di competenze o di applicazioni digitali.

È quella che, con espressione abusata in vari ambiti del diritto, è stata definita la *disruptive innovation di internet*.

L'Unione europea ha mostrato, forse con un po' di ritardo, di prendere atto del cambiamento in essere; il segno tangibile di questa nuova tendenza è rappresentato dalla Strategia per il Mercato Unico Digitale, avviata nel maggio 2015. Scopo ultimo di questa scelta politica è quello di affiancare al mercato interno, ancora in divenire e storico obiettivo di integrazione europea, uno spazio senza frontiere *on-line* entro il quale sia garantita la libera circolazione dei fattori produttivi, nell'ambito di un mercato sempre più digitale.

Come è agevole immaginare, non è possibile perseguire questo obiettivo applicando acriticamente al mondo di *internet* le categorie ed i principi tradizionali, che sono stati pensati per altre ipotesi applicative e concepiti entro schemi diversi, tangibili. Ne deriva il non facile compito di decidere se (e, se sì, entro quali limiti) sia necessario intervenire tramite disposizioni di diritto positivo *ad-hoc* o se, invece, in alcuni casi non sia preferibile estendere analogicamente la portata dei principi tradizionali all'universo digitale.

In questo contesto, il presente contributo si propone l'obiettivo di fornire una prima analisi dei profili di rilevanza ai sensi del diritto dell'Unione europea delle cc.dd. pratiche di *geo-blocking* o, con terminologia italiana, di blocco geografico (o geoblocco).

Trattasi, in estrema sintesi e con qualche licenza d'imprecisione, di condotte tramite le quali venga impedito o reso maggiormente difficoltoso ad un utente *on-line* l'accesso ad un determinato bene o servizio per il sol fatto che quell'utente sia localizzato in uno Stato membro piuttosto che in un altro. Trattasi, dunque, di misure discriminatorie in

ragione di criteri geografici, che anche a primo acchito appaiono potenzialmente contrarie all'idea di integrazione dei mercati nazionali che sottende il mercato unico.

Ancor più in dettaglio, il presente contributo si propone di esaminare le sole pratiche di *geo-blocking* che insistono su contenuti digitali audiovisivi, in quanto si ritiene presentino peculiarità tali da renderle rappresentative dell'intero fenomeno.

Invero, esse si pongono nel punto di intersezione tra tecnicismi digitali, diritto istituzionale dell'Unione europea, diritto della proprietà intellettuale, diritto della concorrenza e, in ultima analisi, diritto civile. La molteplicità di fonti legislative dell'Unione tese a disciplinare la materia del diritto d'autore contribuisce, in modo particolare, a disegnare una cornice giuridica straordinaria per complessità, con cui l'interprete è chiamato a rapportarsi.

Del resto, che la politica audiovisiva dell'Unione rappresenti terreno fertile per riflessioni di una certa complessità non è certo una novità ed i validi contributi della dottrina, italiana e straniera, sul punto ne sono la testimonianza concreta.

In concreto, i blocchi geografici di questa tipologia di contenuti conseguono principalmente ad espresse previsioni contenute in accordi di licenza tra i titolari del diritto d'autore sul contenuto (produttori) ed i soggetti che lo divulgano al pubblico (*broadcasters*). In forza di tali pattuizioni contrattuali, questi ultimi si obbligano ad impedire l'accesso ad un determinato contenuto a soggetti che si trovino in Stati membri diversi da quello coperto da licenza.

Nella prospettiva dei produttori, ciò consente di massimizzare gli introiti derivanti dallo sfruttamento di tali contenuti, potendo contare su *revenues* provenienti da tanti accordi di licenza quanti sono gli Stati membri dell'Unione. Ad avviso di questi operatori, peraltro, un simile *modus operandi* non altera in modo significativo le dinamiche commerciali del mercato di riferimento, asseritamente caratterizzato da una certa rigidità che limita la domanda di contenuti audiovisivi transfrontalieri.

Nella prospettiva dei *broadcasters*, invece, questo regime consente di tarare con precisione i contenuti sulla base delle caratteristiche della domanda, soddisfacendone le preferenze con maggiore efficienza.

In una prospettiva d'insieme, poi, le esigenze di questi *players* necessitano di essere temperate con quelle degli utenti finali e con le cautele ad essi riservate dal diritto dell'Unione.

Ma quali sono questi diritti? A quali disposizioni del diritto dell'Unione occorre guardare per rinvenire la disciplina di tali fattispecie? Esiste una disciplina *ad-hoc*?

A queste ed altre domande si propone sommessamente di fornire una risposta il presente contributo.

In questa sede introduttiva, sia sufficiente anticipare che una disciplina *ad-hoc*, almeno con riferimento ai blocchi su contenuti audiovisivi, non esiste. Peraltro, sulla base delle informazioni attualmente a disposizione degli interpreti, non è neppure lecito prevedere che tale disciplina verrà ad esistenza in un prossimo futuro. Ciò è dovuto, da un lato, alla complessità della materia e, dall'altro, alla (efficace) azione di *lobby* fin qui condotta dagli operatori del settore, che come appena accennato traggono beneficio dal mantenimento dello *status quo*.

Come per tutti i fenomeni della realtà naturalistica, sarebbe senz'altro preferibile che il legislatore dell'Unione andasse oltre gli interessi particolari dei soggetti coinvolti e si prendesse carico della questione, predisponendo una disciplina che delimiti *ex ante* le condotte contrarie ai valori espressi dall'ordinamento giuridico di riferimento. Cionondimeno, come chiarito, non è questo il caso del *geo-blocking*. Il che, francamente, costituisce anche uno degli aspetti più affascinanti della questione, poiché chiama l'interprete al non facile compito di dipanare la matassa sulla base dello stato attuale del diritto positivo dell'Unione.

Il presente contributo nasce proprio dall'esigenza di prendere pragmaticamente atto di questo vuoto normativo, analizzando gli strumenti che il diritto dell'Unione mette a disposizione dell'interprete al fine di valutare la liceità delle pratiche di blocco geografico.

Da questo punto di vista, l'assenza di una disciplina *ad-hoc* implica che le pratiche di cui trattasi possano venire in rilievo almeno sotto due profili: da un lato, occorrerà valutarle ai sensi delle disposizioni a tutela della concorrenza nel mercato interno (articoli 101 e 102 TFUE); dall'altro, non se ne potrà tacere la rilevanza ai sensi delle previsioni in materia di libera circolazione dei servizi (articoli 56 ss. TFUE).

A ben vedere, nessuno dei due *set* è del tutto *self-standing*. Infatti, come verrà chiarito *infra*:

- a. le disposizioni in materia di concorrenza scontano ineliminabili limiti applicativi. Da un lato, l'articolo 102 TFUE risulta applicabile alle sole

imprese in posizione dominante, lasciando dunque impregiudicate le condotte unilaterali di imprese dotate di minore potere di mercato. Dall'altro, l'articolo 101 TFUE si applica ai soli accordi tra imprese aventi un significativo impatto sulla concorrenza nel mercato interno. A ciò si aggiunge come in tanto le pratiche di blocco geografico potranno ritenersi contrarie all'articolo 101 TFUE in quanto l'autorità antitrust procedente riesca a dimostrare almeno un *effetto* restrittivo della concorrenza, il che – ma si rimanda di nuovo al seguito del presente elaborato – è tutt'altro che scontato, nel caso di specie. Peraltro, non è possibile tacere come le disposizioni di cui trattasi troverebbero comunque applicazione ai soli rapporti tra imprese, lasciando priva di tutela diretta la posizione dei potenziali utenti che dovessero ritenersi lesi (fatta salva la rilevanza della fattispecie ai fini del *private enforcement* del diritto antitrust, le cui lungaggini ed aporie applicative ne rendono comunque incerto l'esito);

- b. i vuoti di tutela lasciati dagli articoli 101 e 102 TFUE potrebbero essere in parte colmati dalle disposizioni dei Trattati in materia di libera circolazione dei servizi. Cionondimeno, esse scontano un percorso applicativo assai tortuoso (dovendo passare per il riconoscimento di efficacia orizzontale diretta), nonché un minore ventaglio di garanzie rispetto a quelle proprie di un procedimento istruttorio per intesa.

Entrambi i *set* di previsioni potrebbero, dunque, trovare applicazione a seconda del caso di specie. Entrambi i *set* di previsioni saranno, dunque, oggetto di analisi nelle pagine che seguono. Sotto questo profilo, è appena il caso di precisare come saranno invece esclusi dall'analisi di cui al presente contributo i profili connessi alla tutela del consumatore: la peculiarità delle logiche che sottendono la materia ne impedisce una trattazione sufficientemente esaustiva nello spazio qui concesso.

Ad ogni modo, coerentemente al percorso logico-argomentativo appena dettagliato, il presente contributo si apre con un capitolo introduttivo che fornisce una descrizione dello *status quo ante*. Esso contiene uno spaccato di tipo tecnico sulle modalità di attuazione delle pratiche di *geo-blocking*, nonché una descrizione economica della filiera dei contenuti audiovisivi digitali. Tali pratiche verranno poi calate entro il contesto giuridico di riferimento, rappresentato dalle iniziative intraprese a livello

centralizzato nell'ambito della Strategia Digitale Europea, nonché dal diritto positivo dell'Unione in materia di *copyright*.

Nel secondo capitolo del presente elaborato si tenterà di fornire una valutazione circa la legittimità delle pratiche di *geo-blocking* alla luce del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Sotto questo profilo, l'analisi verrà condotta sulla base del diritto positivo, della prassi decisionale e degli orientamenti giurisprudenziali in materia di intese restrittive della concorrenza. Risulta dunque esclusa dal presente contributo una valutazione delle pratiche in commento ai sensi della disciplina in materia di abuso di posizione dominante: come avvertito in precedenza, infatti, allo stato del dibattito in materia il *geo-blocking* di contenuti audiovisivi ha assunto rilevanza in quanto promanante da condotte concertate da due o più operatori del mercato, posti a livelli diversi della filiera distributiva di riferimento. L'analisi verrà dunque condotta alla luce delle elaborazioni delle istituzioni europee e della migliore dottrina in materia di intese verticali, restrittive della concorrenza se aventi per oggetto o per effetto la compartimentazione del mercato interno. La casistica della Corte di Giustizia in merito a tali accordi è tutt'altro che univoca ed è difficilmente riconducibile ad un quadro d'insieme solido. Si cercherà di farlo tramite il riferimento alle elaborazioni della migliore dottrina sul punto.

A prescindere dagli esiti della valutazione in punto di diritto della concorrenza, si tenterà poi di effettuare un *assessment* circa la legittimità di tali pratiche alla luce delle disposizioni in materia di libera circolazione dei servizi.

A questo riguardo, occorrerà fare riferimento a due ipotesi applicative: la c.d. direttiva servizi, che dovrebbe trovare applicazione prioritaria in ragione dell'operatività del principio di specialità, ma anche le disposizioni dei Trattati fondamentali di cui agli artt. 56 TFUE ss. Anticipando parzialmente le conclusioni, valga in questa sede rilevare come il ristretto ambito applicativo della direttiva consenta di escluderne l'applicabilità al caso di specie; conseguentemente, in tanto le pratiche di blocco geografico assumeranno rilievo nell'ambito della libera circolazione dei servizi, in quanto sia possibile valutarle alla luce degli artt. 56 TFUE ss.

Ciò vuol dire, come è noto alla luce delle nozioni istituzionali del diritto dell'Unione, interrogarsi circa la possibilità di riconoscere efficacia c.d. orizzontale diretta a tali disposizioni, *i.e.* circa la possibilità che soggetti privati possano vantare sulla base di tali disposizioni diritti soggettivi azionabili in giudizio. Al fine di fornire una risposta a tale

interrogativo, occorrerà esaminare con attenzione le pronunce della Corte di Giustizia sul punto: a fronte di un quadro, ancora una volta, non pienamente intelligibile e chiaro, occorrerà rifarsi all'opera di sistematizzazione della migliore dottrina al fine di trovare il *fil rouge* che lega le pronunce del giudice dell'Unione.

Tanto premesso, in conclusione di questo primo approccio al problema, valga rilevare quanto segue.

A prescindere dai pur indubbi profili di interesse connessi ad un argomento tanto specifico, l'ottica con la quale si tenterà di approcciare le pratiche di *geo-blocking* è quella di ritenerle un caso di studio.

Esse rappresentano il punto di intersezione tra concetti e discipline assai diversi tra loro. Inoltre, l'assenza di una specifica disciplina di diritto positivo pone l'interprete davanti all'affascinante prospettiva di dover trovare una soluzione a problemi nuovi in principi già consolidati, certamente pensati per far fronte ad esigenze diverse, ma comunque aventi piena validità anche allo stato attuale del diritto. Sotto questo profilo, il presente contributo rappresenta l'occasione per riflettere sulla tenuta di temi istituzionali classici, quali la portata delle disposizioni in materia di concorrenza, con particolare riguardo alle differenze tra concorrenza e regolazione, i confini tra disposizioni a tutela della concorrenza e disposizioni a presidio della libera circolazione dei fattori produttivi, ma anche l'efficacia diretta ed il grado di pervasività che al diritto dell'Unione deve essere riconosciuto negli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

Di tutte queste tematiche si tenterà sommestamente di rendere conto nelle pagine che seguono.

CAPITOLO I

IL *GEO-BLOCKING* DI CONTENUTI AUDIOVISIVI DIGITALI

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il *geo-blocking* di contenuti digitali. Cenni generali – 3. Il contesto economico. Il mercato dei contenuti digitali audiovisivi – 4. Il contesto giuridico. La Strategia per il Mercato Unico Digitale – 4.1. Segue. In particolare, le pratiche di *geo-blocking* nel quadro della Strategia – 4.2. Segue. In particolare, l'indagine conoscitiva nel settore dell'*e-commerce* – 4.3. Segue. In particolare, la Proposta di Regolamento sul *geo-blocking* e le altre forme di discriminazione basate sulla cittadinanza – 5. Cenni sulla disciplina europea del diritto d'autore nell'ambito della Strategia per il Mercato Unico Digitale – 6. Conclusioni

1. Introduzione

Il dibattito relativo alla legittimità delle pratiche di *geo-blocking*¹ alla luce del diritto dell'Unione europea è, come accennato in sede introduttiva, relativamente recente. La questione ha infatti assunto particolare rilevanza a seguito dell'avvio della Strategia per il Mercato Unico Digitale (su cui cfr. più diffusamente *infra*), che ha identificato in queste pratiche un possibile ostacolo alla libera circolazione *on-line* di materiali protetti da diritto d'autore.

L'attuazione da parte degli operatori dei mercati digitali di tali pratiche ha però avuto inizio in un momento precedente, il che implica la necessità di calare le considerazioni giuridiche sul punto entro un quadro fattuale già piuttosto delineato, che merita di essere affrontato in via preliminare.

Il presente capitolo è pertanto strutturato come segue: in un primo momento si tenterà di fornire le coordinate di massima per comprendere in cosa consistano e come vengano concretamente attuate le pratiche di *geo-blocking* (cfr. paragrafo 2); ciò posto, si tenterà di calare le considerazioni di ordine generale così formulate entro il contesto economico e giuridico alla luce del quale esse debbono essere interpretate. Conseguentemente, verrà fornita una breve descrizione del funzionamento del mercato dei contenuti digitali audiovisivi (cfr. paragrafo 3) e della cornice giuridica entro la quale le istituzioni dell'Unione stanno attuando la Strategia per il Mercato Unico Digitale (cfr. paragrafo 4); infine, saranno effettuati alcuni accenni con riferimento alla disciplina applicabile al

¹ Ai fini del presente contributo, il termine anglosassone *geo-blocking* e le sue traduzioni italiane "geoblocco" e "blocco geografico" saranno utilizzate promiscuamente.

diritto d'autore, di modo da comprendere le sfide ad essa lanciate dalla creazione di un mercato digitale unico.

Scopo dei paragrafi che seguono è dunque quello di fornire un sostrato, fattuale e giuridico, che possa fungere da base per le considerazioni che verranno svolte nei Capitoli II e III.

Sotto questo profilo, occorre ribadire che sebbene, come sarà più chiaro subito *infra*, le pratiche di *geo-blocking* possano assumere forme diverse ed insistere indifferentemente su prodotti materiali o contenuti immateriali, il presente contributo avrà ad oggetto esclusivamente le pratiche relative a contenuti audiovisivi digitali, che dunque saranno approfondite in modo particolare nei paragrafi che seguono.

Tale ipotesi applicativa presenta infatti elementi di particolare interesse, che ne giustificano un approfondimento specifico.

2. Il *geo-blocking* di contenuti digitali. Cenni generali

A titolo di primo tentativo definitorio, è possibile riferirsi alle parole di chi² ha descritto il *geo-blocking* come “*a technical activity based on the use of geo-location means*”.

Tale sintetica proposizione consente di cogliere il primo tratto distintivo della fattispecie oggetto di studio, consistente nella stretta interrelazione con la c.d. geo-localizzazione. Quest'ultima, a prescindere dalle modalità tecniche con cui viene attuata in concreto (su cui cfr. subito appresso), è un'attività finalizzata a tracciare la posizione dell'utente che accede al *web*, riconducendolo ad un determinato territorio.

L'utilizzo di tecniche di geo-localizzazione è piuttosto frequente nel mondo digitale e serve a vari scopi:

- i.* consente di garantire il rispetto delle normative locali, esigenza particolarmente sentita quando, ad esempio, sia vietata la vendita di determinati beni ovvero il compimento di determinate attività (ad esempio il gioco d'azzardo);

² Cfr. G.CAMPUS, *Legal implications of geo-blocking measures and the EU Draft Regulation on portability*, in M.FRANZOSI, O.POLLICINO, G.CAMPUS (a cura di), *The Digital Single Market Copyright*, Aracne Editore, 2016, p.74.

- ii. può consentire, a fini di massimizzazione del profitto, di differenziare il prezzo di vendita di un determinato bene o servizio a seconda dello Stato nel quale è localizzato il cliente (c.d. *price-discrimination*);³
- iii. può assolvere a funzioni di *benchmarking*, consentendo per l'effetto di calibrare la quantità offerta di beni o servizi in considerazione della domanda espressa in un determinato territorio.

In una prima fase, l'attività di geo-localizzazione veniva effettuata con il contributo dell'utente, chiedendogli di auto-identificarsi come sito in un dato territorio. Lo sviluppo di tecnologie sempre più sofisticate ha consentito di superare questo primo modello applicativo, sino ad arrivare allo scenario attuale, nel quale l'attività di geo-localizzazione viene effettuata attraverso vari mezzi:

- a. utilizzo delle informazioni fornite dall'utente in sede di pagamento per l'acquisto di un determinato bene o servizio. In questa circostanza, lo strumento tipicamente utilizzato è la richiesta di un indirizzo di fatturazione, che consenta di ricondurre le attività principali di un soggetto ad un determinato territorio;
- b. utilizzo delle informazioni fornite al fine di recapitare un bene appena acquistato (indirizzo di spedizione);
- c. utilizzo delle informazioni personali dell'utente, e.g. luogo di residenza dichiarato;
- d. identificazione dell'indirizzo IP dell'utente.⁴

Ad ogni modo, ai fini di un'analisi di tipo giuridico quale quella in oggetto, ciò che preme sottolineare non è tanto la tecnologia tramite la quale viene geo-localizzato un

³ Sotto questo profilo, è appena il caso di osservare che la discriminazione di prezzo in quanto tale non costituisce una condotta necessariamente illecita, rispondendo alle legittime valutazioni imprenditoriali di un operatore del mercato.

Resta inteso che le discriminazioni di prezzo potrebbero porre problemi di legittimità soprattutto nell'ambito di sistemi normativi particolarmente sensibili alle esigenze di uniformità tra mercati, quale quello dell'Unione.

⁴ L'indirizzo IP (*internet protocol*) è un codice alfanumerico che identifica univocamente un dispositivo collegato ad una rete informatica che utilizza l'*internet protocol* come protocollo di rete.

Dilungarsi sulle modalità tramite le quali è possibile tracciare un indirizzo IP esula dalle finalità del presente elaborato, anche perché presuppone una significativa quantità di nozioni tecniche. Ai fini che maggiormente interessano in questa sede, sia sufficiente sottolineare come i sistemi per effettuare questa operazione sono sempre più sofisticati e precisi, basandosi finanche sul tempo di risposta di un dato dispositivo ad una richiesta inoltrata da un altro dispositivo.

utente, quanto il fatto che tale condotta, in linea di principio, è sostanzialmente neutra.⁵ La geo-localizzazione che prelude al geoblocco è dunque una mera attività tecnica, che consente di ricondurre un dato utente (per il tramite del dispositivo che utilizza) ad un dato territorio.⁶

Alla geo-localizzazione possono talora accompagnarsi pratiche di *geo-blocking*: in estrema sintesi, l'utente viene prima ricondotto ad un determinato territorio (geo-localizzazione) e conseguentemente, sulla base degli esiti di tale prima attività, gli viene impedito (o reso maggiormente difficoltoso) l'accesso ad un dato bene o servizio.

In tale secondo passaggio consiste il *geo-blocking*.⁷

Nella misura in cui essa comporta un blocco/impedimento all'accesso ad un bene/servizio, tale pratica potrebbe a primo acchito apparire dotata di una valenza necessariamente negativa, dannosa per l'utente finale. In realtà, al *geo-blocking* in senso stretto debbono essere estese le medesime caratteristiche di neutralità proprie dell'attività di geo-localizzazione che lo precede. In altri termini, la coloritura lecita o illecita dei blocchi geografici dipenderà dalla cornice giuridica entro la quale essa avviene e dalle peculiarità del caso concreto, non da una qualità intrinseca degli stessi.

Ed in effetti, come ricordato da una parte dei commentatori, il *geo-blocking* in quanto tale è un semplice meccanismo di gestione del traffico *on-line*.⁸ Esso è utilizzato dalla maggior parte delle piattaforme *on-line* che distribuiscono contenuti video per personalizzare l'offerta sulla base di ragioni, tra l'altro, territoriali e linguistiche; inoltre, il geoblocco costituisce un efficace – anche perché relativamente a basso costo – strumento per garantire il rispetto delle previsioni di accordi di licenza, nell'ipotesi in cui essi contengano clausole di esclusiva territoriale.

⁵ Ed anzi, come anticipato *supra*, l'utilizzo di tecniche di geo-localizzazione potrebbe finanche assumere una importante funzione di garanzia, nella misura in cui consenta il rispetto di normative locali *ad hoc*.

⁶ Naturalmente, l'evoluzione delle tecnologie ha condotto ad un progressivo affinamento non solo delle tecniche di geo-localizzazione, ma anche di quelle per eluderla. Ne deriva che uno dei temi giuridici di maggiore interesse nel dibattito contemporaneo è quello delle conseguenze in punto di diritto dell'elusione delle tecniche di geo-localizzazione. Per quanto tale tematica sia prossima a quella oggetto del presente contributo, essa esula dalle relative finalità. Sia dunque consentito un mero rinvio a M.FRANZOSI, O.POLLICINO, G.CAMPUS (a cura di), *The Digital Single Market Copyright*, Aracne Editore, 2016 per una esaustiva trattazione della problematica.

⁷ La Commissione europea ha mostrato di voler attribuire rilievo alla differenza tra pratiche di *geo-blocking* e pratiche di *geo-filtering*. Sul punto, cfr. più diffusamente *infra*, paragrafo 4.

⁸ Cfr. R.LOBATO, *Introduction: the new video geography*, in R.LOBATO, J.MEESE (a cura di), *Geoblocking and global video culture*, reperibile *online* all'indirizzo <http://networkcultures.org/wp-content/uploads/2016/01/TOD18-Geoblocking-Final1.pdf>, p.10.

A conferma di ciò, a parere di chi scrive, è interessante il punto di vista di chi ha sostenuto che il mercato dei contenuti video *on-line* sia “*characterised by blockage rather than flow*”.⁹ Ed in effetti, in alcune ipotesi sono gli operatori del mercato ad operare al fine di impedire l’accesso a contenuti *on-line*, quale che sia la ragione; in altre ipotesi, soprattutto in realtà caratterizzate da regimi di censura o da modelli economici dirigistici, è finanche l’apparato statale che potrebbe avere interesse ad evitare l’accesso a determinati contenuti. Come osservato da alcuni, ne deriva che “*the fact remains that where you access the internet says a lot about what kind of internet you experience*”.¹⁰

Volendo calare tali considerazioni in un contesto maggiormente concreto, si consideri quanto segue:

- la piattaforma video YouTube è disponibile in circa 70 versioni diverse a seconda del Paese dal quale l’utente effettui l’accesso, ma è accessibile ad intermittenza in Thailandia, Turchia, Bangladesh e Marocco, mentre è del tutto inaccessibile (è “geobloccato”, se si preferisce) in Cina, Iran, Pakistan e Siria;
- la piattaforma di contenuti digitali a pagamento Netflix è del tutto inaccessibile in Cina ed anche ove la piattaforma in senso lato risulta accessibile, esso offre un catalogo di prodotti accessibili differenziato da Paese a Paese;
- alcuni famosi siti *internet* che offrono servizi di *streaming* di contenuti digitali, tra cui BBC iPlayer e Hulu sono accessibili esclusivamente nel Paese di origine (Regno Unito e Stati Uniti, rispettivamente) e sono “geobloccati” in tutto il resto del mondo;
- similmente a quanto ricordato con riferimento a Netflix, alcune celeberrime piattaforme che offrono contenuti *on-line* come Google Play, Amazon e iTunes offrono un portafoglio di soluzioni assai differenziato in termini di tipologia e prezzo a seconda del Paese di riferimento.

Questi come altri esempi hanno portato alcuni commentatori a sostenere che la storia di *internet* dagli anni Novanta ad oggi sia quella di un processo di progressiva

⁹ Cfr. R.LOBATO, *cit.*, p.12.

¹⁰ Cfr. I.WAGMAN, P.URQUHART, *This content is not available in your region: geoblocking culture in Canada*, in D.WERSHIE, R.COOMBE, M.ZELLINGER (a cura di), *Dynamic Fair Dealing: Creating Canadian Culture Online*, University of Toronto Press, 2014, p.126.

limitazione,¹¹ che ha generato uno strumento modellato dai contenuti degli accordi di licenza e dalle scelte politiche ed ideologiche dei singoli Stati.

Naturalmente, il presente elaborato si concentra solo su alcune delle forme di geoblocco di cui sopra. Più in dettaglio, non saranno oggetto di riflessione le pratiche conseguenti a regimi di censura o similari, che come è agevole immaginare pongono problematiche assai diverse da quelle che hanno luogo nell'ambito di realtà di mercato concorrenziali. La dialettica adottata in questa sede non sarà, in altri termini, quella sociale o ideologica connessi a gestioni dirigistiche del mercato, bensì quelli dell'accesso al mercato ed a determinate tipologie di servizi che è tipica di forme di mercato di tipo concorrenziale.

In ogni caso, ciò che preme sottolineare in questa sede di primissima introduzione è la natura meramente tecnica dell'attività di blocco geografico in senso stretto, la cui legittimità dipende dal contesto alla luce del quale se ne compie una valutazione.

È proprio questa la logica che informa la struttura del presente capitolo e dei paragrafi che seguono: muovendo dall'assunto per cui al fine di apprezzare la legittimità delle pratiche in commento sia necessario calarle nel contesto valutativo di riferimento, i paragrafi immediatamente successivi sono dedicati all'esame del contesto economico e giuridico all'interno del qual si collocano tali pratiche.

Più in dettaglio, il paragrafo 3 è dedicato ad una, sia pur sintetica, disamina del funzionamento e delle dinamiche economiche del mercato dei contenuti audiovisivi digitali; per converso, i paragrafi 4 e successivi sono dedicati ad una descrizione dei tratti principali della cornice giuridica di riferimento, nei termini della Strategia per la creazione di un Mercato Unico Digitale europeo e della enunciazione dei principi-cardine che disciplinano il diritto d'autore nell'ambito del mercato interno.

3. Il contesto economico. Il mercato dei contenuti digitali audiovisivi

Come avvertito dalla migliore dottrina, la politica audiovisiva dell'Unione europea si è realizzata "e continua a realizzarsi in un contesto tecnologico in costante mutamento". Ciò è dovuto, come pure è stato opportunamente sottolineato, non solo all'accresciuto numero di contenuti disponibili, ma anche e soprattutto alla possibilità di fruirne su

¹¹ Cfr. J.GOLDSMITH, T.WU, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford University press, 2006, p.viii.

varie piattaforme, maggiormente interconnesse e dunque in grado di stimolare una competizione genuinamente internazionale e transfrontaliera.¹²

Il mercato dei contenuti televisivi e cinematografici in Europa ha subito cambiamenti significativi negli ultimi anni, sotto la spinta di fenomeni quali la progressiva digitalizzazione dei contenuti e lo sviluppo di aggregatori di contenuti *on-line*. L'intero settore cresce e si sviluppa sulla base della programmata alternanza di "finestre" di rilascio cadenzate durante il corso della vita del singolo prodotto.¹³

Le fonti di finanziamento di questo genere di attività sono molteplici e comprendono sia capitali privati, che capitali pubblici. Con specifico riferimento al mercato europeo (sia televisivo che cinematografico), i finanziamenti pubblici giocano in alcune circostanze un ruolo fondamentale, che si esplica attraverso la concessione di sussidi e forme di agevolazione fiscale, che incoraggiano più o meno direttamente l'investimento in tale tipologia di contenuti.¹⁴

Quanto agli operatori che si basano prevalentemente su capitali privati, invece, essi giocano prevalentemente su variabili quali le tariffe di iscrizione al servizio e gli introiti pubblicitari; con riferimento ai soli contenuti cinematografici (*i.e.* con l'esclusione dei contenuti televisivi), un'altra significativa parte dei ricavi è poi connessa al costo che il consumatore sopporta per fruire istantaneamente del prodotto (il costo del biglietto del cinema, ad esempio).

A queste fonti di ricavo occorre poi aggiungere quelle derivanti dalla vendita dei diritti su tali contenuti ai canali che si occupano del relativo *broadcasting*, a livello nazionale ed internazionale. Sia nell'industria cinematografica che in quella televisiva, dunque, vi è l'azione di soggetti distributori che acquistano dal produttore del contenuto il diritto di sfruttare quel contenuto, che viene poi trasmesso in determinati territori nel corso di determinate finestre temporali di rilascio.

¹² Cfr. R.MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*, Giappichelli Editore, 2011, p.1.

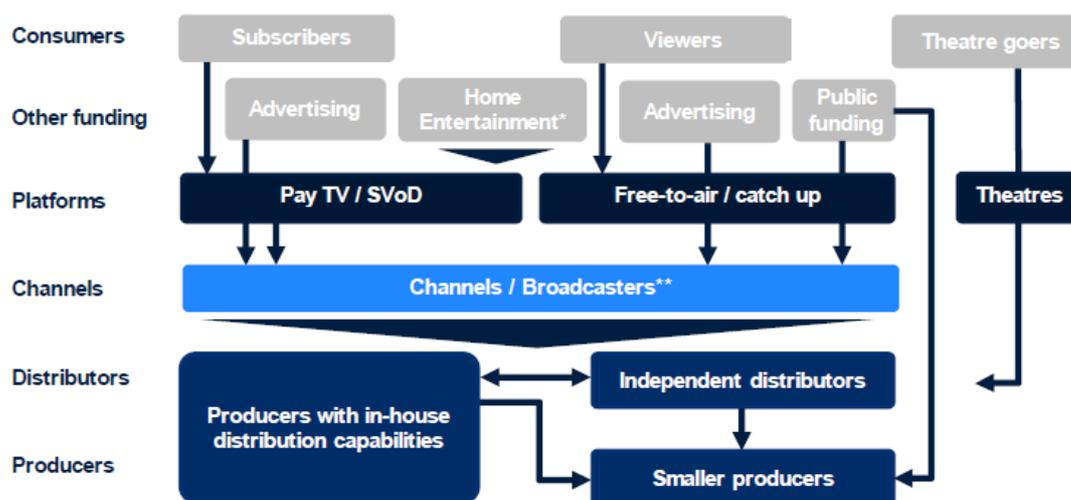
¹³ Le nozioni che seguono sono tratte, in parte, dal lavoro di P.KAMINA, *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, 2016, vera pietra miliare del settore ed in parte dalla documentazione connessa al procedimento *Pay-TV* attualmente pendente dinanzi alla Commissione europea, per la quale sia concesso tributare anche in questa sede un ringraziamento al Prof.Appella.

¹⁴ Tali modalità di finanziamento, peraltro, pongono numerose problematiche accessorie.

Con specifico riferimento al mercato italiano, ad esempio, R.MASTROIANNI, A.ARENA, *Media Law in Italy*, Kluwer, 2014, p.66, rilevano come "*doubts have been expressed in academic circles as to the effectiveness of the current [...] funding system to fully ensure the independence of the PSM operator from political and governmental influence*".

In ultima analisi, poi, il *driver* definitivo per l'iniezione di danaro nel sistema è costituito dal numero di visualizzazioni di un dato contenuto, che sono legate in un rapporto di stretta proporzionalità diretta all'ammontare delle risorse disponibili da investire in questo genere di contenuti.

Lo schema riportato di seguito può essere di ausilio al fine di una migliore comprensione della filiera di settore.



È evidente come la filiera oggetto di interesse sia piuttosto complessa, sia sotto il profilo soggettivo, che sotto quello sostanziale. Nelle poche righe dedicate alla relativa descrizione si è naturalmente operata una super-semplificazione del relativo funzionamento, che opera sulla base di un preciso studio del rapporto tra finanziamenti e ricavi attesi.

C'è però un fattore che non può essere apprezzato nel dettaglio in anticipo, rimanendo imponderabile e costituendo per l'effetto la principale variabile commerciale: il *rischio*. L'attività di produzione di un contenuto cinematografico o televisivo, infatti, reca seco grandi rischi commerciali: se è vero che, come si è detto, il *driver* principale è costituito dal numero di visualizzazioni del contenuto, allora tale valore non può essere previsto a momento della ricerca da parte del produttore del contenuto delle relative fonti di finanziamento e dunque questi è tenuto a sopportare un significativo rischio d'impresa.

Sotto questo profilo valga segnalare come, statisticamente, solo quattro film su dieci riescano a coprire i costi di investimento e solo uno su dieci riesca ad eccederli in

maniera significativa.¹⁵ Similmente, nel settore televisivo, si stima ad esempio che solo il 31% delle serie TV trasmesse per la prima volta nel Regno Unito tra il 2006 ed il 2010 siano state rinnovate al fine di produrne una seconda stagione.¹⁶

Queste considerazioni relative al rischio d'impresa impongono di porsi una domanda, che poi è il vero motivo per il quale si è ritenuto opportuno dedicare un intero paragrafo introduttivo allo studio economico del settore: come reagiscono al rischio i produttori di contenuti audiovisivi?

La risposta è: diversificando tale rischio. E come è possibile diversificare il rischio in questo settore? Le variabili fondamentali su cui agire sono tre:

- a. rilascio dei contenuti entro precise finestre temporali;
- b. *bundling* dei contenuti; e soprattutto, quanto ai nostri fini
- c. previsione di regimi di esclusività territoriale.¹⁷

Quanto allo strumento *sub a.*, sia sufficiente rimarcare come esso consenta di applicare prezzi diversi ai consumatori sulla base della loro attitudine a visualizzare un determinato contenuto con un certo intervallo di ritardo rispetto alla sua disponibilità in massa. Così, con riferimento ai contenuti cinematografici, ai ricavi ottenuti dalla distribuzione di un contenuto al cinema seguono quelli che derivano dalla sua distribuzione tramite *pay-TV*, cui a loro volta seguono i proventi che derivano dalla vendita in chiaro per gli anni successivi.

Il *bundling* di contenuti pone problemi giuridici e tecnici non del tutto rilevanti ai fini del presente contributo; sia pertanto consentito lasciare da parte questa problematica.

Ciò che invece è di assoluto interesse ai nostri fini è lo strumento *sub c.*, che consente al produttore del contenuto di massimizzare i proventi che derivano dal relativo sfruttamento. Sotto questo profilo, è appena il caso di aprire una breve parentesi definitoria, al fine di chiarire l'esigenza di tenere distinto il concetto di licenza – l'unico

¹⁵ Dati tratti da L.KUNG, *Strategy Management in the Media*, Sage publications, 2008, p.69.

¹⁶ C.A.WEISS, *cit.*, p. 891 sostiene che “*audiovisual works are unique relative to other copyrightable works, in part due to their expensive production costs and multitude of right holders, which may include the screenwriter, film director, composer of the soundtrack, and others. Due to high production costs, films are risky investments, often taking several years to develop and produce. In order to obtain the necessary financing to produce their films, many filmmaker rely on territorial sale of exclusive distribution rights*”.

¹⁷ L'esigenza di concedere i contenuti in licenza sulla base di esclusive territoriali è una delle giustificazioni tipicamente addotte dai produttori di contenuti al fine di sostenere la liceità delle pratiche di blocco geografico.

rilevante ai fini del presente contributo – da quello di assegnazione del diritto di proprietà intellettuale.¹⁸ Più in dettaglio, se quest'ultima espressione indica il trasferimento del diritto di proprietà intellettuale in modo definitivo ed esclusivo, la concessione in licenza comporta la cessione del diritto di utilizzare il bene o servizio coperto da privativa sulla base di termini e condizioni stabiliti nell'accordo di licenza. Tale accordo potrà essere di natura esclusiva o non esclusiva e, più in generale, variare significativamente anche quanto ai contenuti. Infatti, la licenza potrà coprire il diritto di riproduzione del contenuto o quello di comunicazione al pubblico, espressione con la quale convenzionalmente si ritiene di comprendere tutte le forme di sfruttamento immateriale del bene o servizio coperto da privativa.

Assegnare un contenuto in licenza esclusiva, nella prospettiva dei produttori dei contenuti, consente inoltre di assecondare le tendenze culturali del mercato. Le preferenze culturali e le differenze linguistiche giocano infatti un ruolo cruciale nella filiera in esame, soprattutto con riferimento ai Paesi europei di dimensioni più modeste. È infatti abbastanza evidente che la maggior parte dei contenuti europei sia richiesta prevalentemente in aree geografiche accumulate da ragioni culturali e linguistiche, ad esempio nell'ambito dei Paesi di lingua germanica (Germania ed Austria, ma anche parte della Svizzera). L'unica eccezione di un certo rilievo è costituita dai contenuti in lingua inglese, che per ovvie ragioni hanno una certa appetibilità *cross-border* a prescindere dal ceppo linguistico dell'utente.¹⁹

Nella prospettiva dei produttori dei contenuti audiovisivi digitali, dunque, concedere in licenza territoriale esclusiva i propri prodotti consente di assecondare le tendenze del mercato senza arrecare nocimento agli utenti, nel senso che, ad esempio, è inverosimile che vi sia domanda di un contenuto in lingua lettone da parte di un cittadino italiano; al contempo, il produttore ottiene il risultato di massimizzare gli introiti, in ragione della possibilità di concedere in licenza separatamente in ciascuno Stato tali contenuti e dunque rientrando, auspicabilmente, dei costi sopportati in fase di produzione.

¹⁸ Sul punto, cfr. *inter alia* A.STROWEL, B.VANBRABANT, *Copyright licensing: a European view*, in J. DE WERRA (a cura di), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edgar publishing, 2013, p. 29 ss.

¹⁹ Occorre poi menzionare le considerazioni contenute nel Report curato da Plum, *The economic potential of cross-border pay-to-view and listen audiovisual media services*, disponibile *on-line* all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/media/docs/elecpay/plum_tns_final_en.pdf, ove si legge che “*there are several types of population group that may be interested in cross-border audiovisual media services, including migrant population, people with proficiency in or learning non-national languages and people travelling within the EU*”.

A ciò va poi aggiunta la voce dei piccoli produttori a vocazione locale, che tendono a ricercare e soddisfare una domanda prevalentemente locale, in considerazione dei costi e del tipo di contenuti che verrebbero richiesti per gestire procedure di licenza pan-europee.

In questo contesto, dunque, l’inserimento nell’ambito dei contratti di licenza di contenuti audiovisivi di clausole che obblighino al *geo-blocking* assolve la funzione di garantire ulteriormente l’operatività del regime di esclusiva territoriale che tiene in piedi l’intero sistema.

Naturalmente, a prescindere dalla prospettiva parziale dei soggetti che operano a monte della filiera (*i.e.* i produttori del contenuto, titolari del diritto d’autore sullo stesso), vi sono innumerevoli altre istanze da tenere in considerazione nell’apprezzamento del fenomeno.

In primo luogo, soccorrono le parole di chi²⁰ ha ricordato che *“in a 2011 study, the European Commission found that a company that seeks to obtain and maintain copyright licenses for twenty-seven Member States over the course of twenty years would have to pay an estimated 200,00 euros. The prohibitively expensive cost puts E.U. businesses at a competitive disadvantage against many of their competitors outside the European Union, which are only subject to copyright regulation at the federal level. In comparison, obtaining a copyright license for only thirteen Member States may cost up to ten times more than a U.S. license”*.

In secondo luogo, non è possibile sottacere neanche in questa fase di valutazione preliminare una certa, ontologica contrarietà di pratiche di soggetti private tese a frammentare il mercato interno discriminando tra consumatori con la logica che ispira il percorso di integrazione del mercato unico.

Si inizia dunque a comprendere che un giudizio circa la legittimità di tali pratiche dipende dal contesto giuridico entro il quale esse vengono valutate, alla cui descrizione sono dedicati i paragrafi successivi.

²⁰ Cfr. J.HOFFMANN, *cit.*, p.150.

4. Il contesto giuridico. La Strategia per il Mercato Unico Digitale

In data 15 luglio 2014, l'allora candidato alla presidenza della Commissione europea Jean-Claude Juncker illustrava al Parlamento europeo la propria proposta di *Orientamenti politici per la Commissione europea*.²¹

Il contributo di Juncker muoveva dalla considerazione per cui fosse compito della istituenda Commissione “ricostruire dei ponti nell’Europa post-crisi”, al fine di “riguadagnare la fiducia dei cittadini europei [,] incentrare le nostre politiche sulle sfide fondamentali delle nostre economie e delle nostre società [e] rafforzare la legittimità democratica facendo leva sul metodo comunitario”.

A tal fine, venivano identificati dieci settori strategici di intervento,²² tra cui la creazione di un “mercato unico del digitale connesso”. Invero, ricordava Juncker, “[...] l’Europa si trova spesso a non essere pronta ad affrontare le sfide globali future sul piano dell’era digitale [e] della concorrenza serrata nel settore dell’innovazione [...]”.

Obiettivo ultimo della Commissione è quello di attuare il potenziale inespresso dell’economia digitale europea per aumentare crescita ed occupazione, sfruttandone l’attitudine ad espandere i mercati ed a consentire la promozione di servizi migliori a prezzi migliori, offrendo in ultima analisi una maggiore scelta ai consumatori.

Al fine di tramutare in proposte concrete questa strategia politica, nel maggio del 2015 la Commissione europea ha ufficialmente varato la c.d. *Strategia per il Mercato Unico Digitale in Europa*, che nel momento in cui si scrive continua ad arricchirsi di nuovi elementi e a rideterminare le proprie priorità.

La Strategia per la creazione del MUD tratteggiata da Juncker nei propri Orientamenti ha trovato una prima attuazione concreta tramite la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al*

²¹ Cfr. J.C.JUNCKER, *Un nuovo inizio per l’Europa. Il mio programma per l’occupazione, la crescita, l’equità e il cambiamento democratico*, 15 luglio 2014, reperibile online su https://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/pg_it.pdf.

²² Gli altri settori di intervento riguardano il rilancio dell’occupazione, della crescita e degli investimenti; la creazione di una Unione dell’energia; il raggiungimento dell’obiettivo di un mercato interno più profondo e più equo con una base industriale più solida; una Unione economica e monetaria più profonda e più equa; un accordo realistico ed equilibrato di libero scambio con gli Stati Uniti; uno spazio di giustizia e di diritti fondamentali basato sulla reciproca fiducia; una nuova politica della migrazione ed il perseguimento di un ruolo più incisivo a livello mondiale.

Comitato delle Regioni,²³ emessa in data 6 maggio 2015 ed accompagnata da un corposo *Staff working document*.²⁴

In termini generali, la Strategia “ha dimensione pluriennale e verte su una serie di azioni chiave interdipendenti”.²⁵ Ne deriva che l'Unione porrà in essere un insieme misure alquanto stratificato che interesserà numerosi settori di intervento, dalla politica della concorrenza, ai profili fiscali, passando per la protezione dei dati personali, per il diritto della proprietà intellettuale e per l'ICT.

La sezione introduttiva della Comunicazione presenta un certo valore sistematico, che si ritiene di non poter trascurare. Sul punto, si segnalano i seguenti tre punti di interesse:

- a. in primo luogo, la Commissione reiteratamente (e forse con enfasi persino eccessiva) sottolinea come la logica che sottende il MUD sia pienamente compatibile con il principio di sussidiarietà.

In questa direzione militano considerazioni come “tutti gli Stati membri affrontano problemi analoghi, ma sul piano nazionale, quindi in una dimensione troppo ristretta per cogliere tutte le opportunità e affrontare tutte le sfide che implica questa evoluzione trasformativa. Su molte questioni il quadro giusto è il livello europeo [...] La strategia ha dimensione pluriennale e verte su una serie di azioni chiave interdipendenti attuabili soltanto a livello di UE [...]”;

- b. in secondo luogo, la Comunicazione – con espressione che riporta alla mente la lettera dell'articolo 26, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione europea²⁶ – fornisce la definizione di MUD, poi ripresa senza variazioni da tutti i successivi atti adottati in attuazione della strategia. Ebbene, per MUD deve intendersi “un mercato in cui è garantita la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali e in cui, quale che sia la loro cittadinanza o nazionalità o il luogo di residenza, persone e imprese non incontrano ostacoli all'accesso e

²³ Cfr. SWD(2015) 100 final, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*.

²⁴ Cfr. COM(2015) 192 final, *A Digital Single Market Strategy for Europe - Analysis and Evidence*.

Sebbene lo *staff working document* sia formalmente identificato come documento di mero accompagnamento alla ben più sintetica comunicazione di cui alla nota precedente, a ben vedere è qui che è contenuto il vero cuore dell'analisi della Commissione. Non è un caso, del resto, che nella primissima pagina del documento sia possibile leggere che esso fornisce “*the background and the evidence base which underpins the DSM Strategy*”.

²⁵ Così p. 3 della Comunicazione.

²⁶ Da questo punto di vista, L.TOBIAS, *What you need to know about the digital single market*, in *ManagingIP.com*, gennaio 2016, p.35, ha osservato come il mercato unico digitale si ponga come “estensione naturale” del mercato interno “fisico”.

all'esercizio delle attività on-line in condizioni di concorrenza leale e potendo contare su un livello elevato di protezione dei consumatori e dei dati personali". Per usare l'espressione di una parte dei commentatori,²⁷ "assumono specifico valore i nuovi diritti del cittadino digitale: l'accesso ad *internet* [...], l'inclusione, la privacy, la reputazione digitale, il costo o la gratuità dei contenuti digitali nella *sharing economy*, fra esigenze di valorizzazione e di diffusione";

c. in terzo ed ultimo luogo, la Commissione – utilizzando una terminologia cara al fenomeno di integrazione europea – evocativamente precisa che la Strategia per il MUD "poggerà su tre pilastri". Più in dettaglio, nelle intenzioni della Commissione, essa si baserà su:

- i. migliorare l'accesso *on-line* ai beni e servizi in tutta Europa, per i consumatori e le imprese. A tal fine, sarà necessario che l'Unione intervenga per eliminare le divergenze sussistenti tra gli Stati membri nel settore del diritto dei contratti e nella disciplina del diritto d'autore, nonché per alleviare l'onere IVA su tali operazioni. Sarà inoltre necessario incrementare il livello di fiducia dei consumatori nelle vendite transfrontaliere *on-line* tramite la fissazione di un quadro disciplinare adeguato;
- ii. creare un contesto favorevole affinché le reti e i servizi digitali possano svilupparsi, anche tramite la predisposizione di "condizioni regolamentari propizie all'innovazione, agli investimenti, alla concorrenza leale e alla parità di condizioni";
- iii. massimizzare il potenziale di crescita dell'economica digitale europea, con investimenti nelle infrastrutture e tecnologie delle ITC (come le nuvole informatiche, cc.dd. *cloud computing* ed i *big data*) e più in generale nella ricerca ed innovazione.

Ciascuno dei pilastri è, poi, analiticamente descritto nelle successive sezioni della Comunicazione.

Sul punto, se il secondo ed il terzo pilastro non producono immediate conseguenze ai fini che qui maggiormente interessano, ben più rilevante è il primo, la cui realizzazione

²⁷ Cfr. F.DE LONGIS, *L'agenda digitale europea. Mercato, tecnologia e regolamentazione*, Guerin Next, 2016, p.7.

dovrebbe condurre all'eliminazione delle differenze fondamentali che separano il mondo *on-line* dal mondo *off-line*.²⁸ Ciò comporta l'abbattimento delle barriere che bloccano l'attività *on-line* transfrontaliera e, per l'effetto, le discriminazioni tra cittadini europei che esse generano.

Coerentemente con questo approccio, i paragrafi che seguono sono dedicati ad un'analisi degli aspetti della Strategia che più interessano ai fini del presente elaborato: le azioni intraprese per disciplinare le forme di blocco geografico, nonché alcune delle proposte per modernizzare la disciplina europea del diritto d'autore.

4.1.Segue. In particolare, le pratiche di *geo-blocking* nel quadro della Strategia

L'interesse dimostrato dalle istituzioni europee nei confronti della lotta alle pratiche di ingiustificato geoblocco si spiega dunque con la necessità di raggiungere l'obiettivo di migliorare l'accesso *on-line* ai beni e servizi in tutta Europa, per i consumatori e le imprese (il c.d. primo pilastro descritto in precedenza).

Sulla base di quanto riporta la Comunicazione relativa al MUD, in tanto la Strategia può avere successo in quanto venga impedito che i consumatori e le imprese “subiscano ingiustamente discriminazioni quando tentano di accedere a contenuti o di acquistare beni e servizi *on-line* all'interno dell'UE”. Tali discriminazioni possono concretamente assumere le forme di restrizioni sulla base della cittadinanza/nazionalità ovvero della residenza/ubicazione geografica.

A questo fine, la Comunicazione inserisce tra le priorità di intervento della Commissione “impedire i geoblocchi ingiustificati”, definiti quali “[...] pratiche attuate da venditori *on-line* per motivi commerciali, che impediscono al consumatore di accedere a siti web basati in altri Stati membri ovvero che, sebbene il consumatore

²⁸ Da questo punto di vista, si ritiene esemplificativo quanto sottolineato dalla Commissione nello *Staff Working Document* di accompagnamento alla Proposta di Regolamento in materia di *geo-blocking* (su cui diffusamente *infra*), del quale si riporta un significativo stralcio: "*when travelling abroad, customers would be surprised if they walked into a shop only to find that the trader refuses to sell to them or only at a different price because they are foreigners. However, in the online world, a trader refusing to sell to foreigners or only doing so at a different price is relatively common*".

possa accedere al sito, gli impediscono di compiere acquisti di prodotti o servizi [...]”.²⁹

La definizione delle pratiche di geoblocco contenuta nella Comunicazione è piuttosto generica e per alcuni versi imprecisa,³⁰ necessitando dunque di essere completata alla luce delle indicazioni fornite nello *Staff Working Document* di accompagnamento. Ciononostante, anche nello sforzo definitorio parziale della Comunicazione si colgono i tratti caratterizzanti dell’istituto oggetto di studio, così come tratteggiati *supra*: trattasi di pratiche commerciali che, a prescindere dalle concrete modalità di attuazione, producono l’effetto di segmentare i mercati *on-line* lungo i confini dei singoli Stati membri.

Volendo calare tali considerazioni teoriche nel contesto concreto del mercato unico, potrebbe rendersi opportuno un esempio: si dia il caso di un cittadino tedesco che intenda acquistare un capo d’alta moda tramite un negozio *on-line* italiano. Si dia altresì il caso che tale negozio *on-line* richieda come condizione necessaria al fine di perfezionare la transazione che l’acquirente si registri al sito, fornendo alcune delle proprie generalità (*e.g.* data e luogo di nascita, residenza, dati dello strumento di pagamento preferito). Qualora tale negozio *on-line* dovesse impedire di completare l’acquisto in ragione della residenza/ubicazione geografica dell’utente – desunta per il tramite di tecnologie di geo-localizzazione ovvero delle informazioni desumibili dai dati anagrafici forniti a fini di registrazione – tale pratica rientrerebbe a pieno titolo tra quelle di geoblocco.

Volendo concretizzare ancor di più l’ipotesi di studio e spostando il *focus* dall’acquisto *on-line* di beni a quello di servizi, ciò non è diverso da quanto accaduto fino a pochi mesi addietro in relazione al celebre servizio di *streaming on demand* Netflix (su cui cfr. anche *supra*, paragrafo 2), divenuto accessibile ad utenti italiani solo nell’ottobre 2015, dopo essere stato fruibile per anni in Regno Unito ed Irlanda. Ancora, ciò è quanto accade nell’ambito dell’altrettanto celebre *on-line store* di Apple, iTunes, che a

²⁹ La definizione fornita dalla Commissione conferma, dunque, la necessità accennata *supra* di delimitare l’ambito della presente analisi alle sole forme di geoblocco attuate in realtà di mercato di tipo concorrenziale.

³⁰ Rispetto a quanto verrà rilevato *infra*, ad esempio, la definizione manca di un riferimento alla differenza tra *geo-blocking* e *geo-filtering*, nonché dell’enunciazione delle condotte-tipo di geoblocco.

tutt'oggi consente l'acquisto di contenuti *on-line* dal solo iTunes *store* della nazionalità di appartenenza dell'utente.³¹

Sulla liceità di tali pratiche si tornerà diffusamente *infra*: per il momento, sia sufficiente chiarire come ciò che suscita l'interesse del diritto dell'Unione è l'idoneità delle pratiche di blocco geografico a produrre effetti di compartimentazione del mercato interno lungo i confini dei singoli Stati membri.

Sul punto, non sembra superfluo rilevare che la volontà politica di impedire i geoblocchi ingiustificati discende direttamente dall'idea stessa di MUD, che come visto presuppone la fruizione di determinati diritti a prescindere dalla “[...] cittadinanza o nazionalità o [...] luogo di residenza”.

Dopo aver fornito tali elementi preliminari, la Commissione opportunamente precisa che “[...] la pratica del geoblocco può scaturire da una decisione unilaterale degli operatori del mercato, da accordi tra concorrenti per spartirsi il mercato o da accordi verticali (sui diritti di distribuzione in un dato territorio). Queste limitazioni dell'offerta e la conseguente differenziazione del prezzo possono essere in alcuni casi giustificate, ad esempio da obblighi giuridici specifici che il venditore è venuto a rispettare. In molti altri casi, il geoblocco *on-line* non ha invece giustificazioni: si tratta di una pratica immotivata da vietare espressamente [...]”.

Da questo passaggio è possibile trarre tre indicazioni importanti.

In primo luogo, le ragioni di politica legislativa europea che spingono al contrasto a tali pratiche sono assai chiare: al fine di realizzare l'obiettivo di assicurare il buon funzionamento del mercato interno anche *on-line*, non può essere sufficiente abbattere le sole barriere al commercio transfrontaliero erette dal diritto nazionale dei singoli Stati

³¹ Esempi tratti dall'utile contributo di G.MAZZIOTTI, *Is geo-blocking a real cause for concern in Europe?*, in *European Intellectual Property Review*, 2016.

J.HOFFMAN, *Crossing borders in the Digital Market: a proposal to end copyright territoriality and geo-blocking in the European Union*, in *The George Washington International Law Review*, vol.49, 2017, p. 143 ss., apre il proprio contributo proprio con la questione iTunes, sottolineando che “*On September 27, 2011, more than seven years after the iTunes Music Store was first made available to select European consumers, Apple launched iTunes in all remaining countries within the European Union. Expecting that they would have full access to the world's most popular online music store, consumers and artists initially rejoiced. They soon learned, however, that this European expansion came with certain caveats and, indeed, as not truly European at all. Each country had its own version of iTunes, accessible only within that country's borders and with content localized to that country. For example, an album available in Spain might not be available for purchase in Germany. Additionally, an iTunes account created on one country's version of iTunes was not accessible or transferable to another E.U. country*”.

membri. Tale azione si rivelerebbe, infatti, insufficiente qualora fosse consentito ai privati erigere altre barriere, di effetto analogo a quelle di matrice statale, tali da frammentare il mercato interno lungo i confini degli Stati membri. Allo stesso modo di una legge nazionale, infatti, la decisione unilaterale o pluri-laterale degli operatori del mercato di attuare la pratica di geoblocco priva il consumatore della possibilità di disporre di una maggiore scelta e di migliori condizioni di fruizione del mercato interno.

Tale considerazione assumerà grande rilievo nell'ambito dell'analisi condotta nel Capitolo III del presente contributo, atteso che la lotta alle barriere alla circolazione intracomunitaria di fattori produttivi erette da soggetti privati è uno dei pilastri concettuali sulla base dei quali la Corte di Giustizia ha ritenuto di conferire efficacia orizzontale diretta alle disposizioni in materia di libera circolazione.

In secondo luogo, il geoblocco può derivare da condotte assai diversificate. Ai fini della presente analisi, ciò assume rilievo nella misura in cui complica la decisione circa gli strumenti più adatti per affrontare efficacemente il fenomeno. E infatti, ad esempio, le disposizioni relative alla politica della concorrenza dell'Unione europea (*i.e.* gli articoli 101 e 102 del TFUE, pure già attuati per contrastare il fenomeno, cfr. Capitolo II) possono soccorrere fino ad un certo punto, nella misura in cui esse consentono di sottoporre a scrutinio delle istituzioni europee (*i*) le condotte unilaterali poste in essere da imprese in posizione dominante e (*ii*) le condotte plurilaterali che costituiscono una intesa, ma lasciano impregiudicate tutte quelle fattispecie – non per questo meno lesive degli interessi e dei principi euro-unitari – che non rientrano nell'ambito applicativo di tali disposizioni.³²

Si faccia il caso, ad esempio, delle condotte di geoblocco frutto di decisioni unilaterali di una impresa non in posizione dominante, ovvero delle condotte plurilaterali, orizzontali o verticali, che per qualunque motivo (*e.g.* esenzione dall'applicazione delle regole di concorrenza, mancato superamento della soglia *de minimis* di rilevanza) non possano essere valutate alla luce della disciplina in materia di intese. In altri termini, anche a prescindere da discussioni relative alla stessa opportunità – di cui pure si discuterà *infra* – di valutare tali fattispecie alla luce della disciplina sulla concorrenza, quest'ultima comunque non può costituire l'unico strumento per affrontare efficacemente il fenomeno.

³² Sul punto, cfr. più diffusamente l'introduzione al Capitolo III.

La terza indicazione importante che sembra possibile trarre da questo stralcio della comunicazione è che la Commissione non si propone l'obiettivo di contrastare i fenomeni di geoblocco *tout court*, bensì solo quelli "ingiustificati". Ne deriva la considerazione – particolarmente importante ad esempio nell'applicazione delle regole di concorrenza – per cui si ammette la possibilità, a determinate condizioni (su cui la Comunicazione glissa), di *giustificare* pratiche di *geo-blocking*.

La sezione dedicata ai geoblocchi si chiude con una indicazione delle misure attuative della Strategia in programma per disciplinare la problematica. Più in dettaglio, è possibile leggere che la Commissione "[...] presenterà proposte legislative per porre termine alla pratica del geoblocco ingiustificato [...] avvia altresì un'indagine settoriale sulla concorrenza, incentrata sull'applicazione del diritto della concorrenza nel comparto del commercio elettronico".

A riprova dell'intima connessione sussistente tra lotta al *geo-blocking* ingiustificato e MUD e della priorità che la prima ha assunto nel calendario della Commissione, nel momento in cui si scrive entrambe le linee di azione di cui sopra hanno già trovato – almeno parziale – attuazione, nei termini della conclusione della citata indagine conoscitiva e dell'approvazione di una proposta di Regolamento che contiene una (parziale, ancora una volta) disciplina dei geoblocchi. Se ne discute nei paragrafi successivi.

4.2.Segue. In particolare, l'indagine conoscitiva nel settore dell'e-commerce

Al fine di comprendere appieno il contesto normativo entro il quale la Commissione sta conducendo la propria indagine conoscitiva, si ritiene necessaria una breve premessa avente ad oggetto la disciplina applicabile a tale istituto. Come noto, infatti, la Commissione europea ha competenza a condurre indagini generali per rilevare restrizioni della concorrenza nel mercato comune, che vanno sotto il nome di indagini di settore (o *sector inquiries*). La relativa disciplina è contenuta nell'art. 17 del Regolamento (CE) n. 1/2003,³³ nonché nell'ampio novero di disposizioni cui l'art. 17 compie espresso rinvio.

³³ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*.

Sul punto, vale in primo luogo rilevare che, ai sensi dell'art. 17, in tanto è possibile avviare un'indagine in un settore specifico dell'economia o nell'ambito di un tipo particolare di accordi in quanto si possa presumere, in ragione della "evoluzione degli scambi fra Stati membri, [della] rigidità dei prezzi o [di] altre circostanze", che la concorrenza possa essere "ristretta o falsata nell'ambito del mercato comune".

In altri termini, come rilevato da parte dei commentatori,³⁴ l'esercizio di tali poteri d'indagine da parte della Commissione presuppone la presenza di condizioni di mercato che lascino *presumere* una distorsione della concorrenza nel mercato interno, anche solo potenziale.³⁵ Risulta dunque evidente come i vincoli posti in capo alla Commissione siano piuttosto labili, essendo sufficiente una mera "presunzione" e non l'evidenza di una effettiva violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza dell'Unione europea.³⁶

Scopo delle indagini di settore è consentire alla Commissione di meglio comprendere modalità di funzionamento, meccanismi e dinamiche di un settore economico nel quale vi sia la menzionata presunzione di problematiche concorrenziali, al fine di valutare la necessità di predisporre rimedi strutturali (ad esempio, proponendo emendamenti alla normativa vigente o avviando il processo di emanazione di nuovi atti) o comportamentali (ad esempio, avviando procedimenti istruttori per verificare la violazione degli artt. 101 e 102 TFUE).³⁷

³⁴ Cfr. L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2012.

³⁵ L'istituto dell'indagine di settore, sia pure sotto la diversa denominazione di "indagine conoscitiva di carattere generale", è stato inserito anche nell'ordinamento giuridico italiano, muovendo proprio dal disposto dell'articolo 17 del regolamento (CE) n.1/2003. Più in dettaglio, ai sensi dell'art. 12, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n.287, l'Autorità Garante della Concorrenza del mercato può, "su richiesta del Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato o del Ministro delle partecipazioni statali" o d'ufficio, procedere ad indagini conoscitive di natura generale in settori economici che appaiano caratterizzati da una situazione di alterazione della concorrenza. Anche nell'omologo istituto italiano, come sottolineato da P.FATTORI, M.TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, p.354, "lo scopo del potere, anche se certamente strumentale al miglior esercizio delle competenze dell'Autorità, è esclusivamente conoscitivo, non essendo funzionalmente e strutturalmente collegato ad altri procedimenti da un nesso di obbligatorietà, ma solo in via eventuale" o, nelle parole di, p. 2921, "funzionale alla ricognizione e alla acquisizione in forma non coercitiva di informazioni, dati e notizie". Rilevano gli stessi AA, inoltre, che "nella pratica, l'indagine conoscitiva ha assunto un ruolo di notevole rilievo tra gli strumenti a disposizione dell'Autorità, ben più di quanto non sia accaduto in sede comunitaria, dove il relativo potere non è stato molto utilizzato".

³⁶ Pongono l'accento su tale aspetto anche T. MC IVER, A. POMANA, A.M. HEEMSOOTH, *European Competition Commissioner announces proposed sector inquiry into cross-border e-commerce*, in *European Competition Law Review*, (9), 2015, p. 367.

³⁷ Ne deriva che, per *ratio* e finalità, le indagini di settore non sono assimilabili ai procedimenti di accertamento e sanzione di violazioni *antitrust* (che, come visto, possono al più trovare la propria origine

Allo stato, lo strumento in commento è stato utilizzato in riferimento ad un numero relativamente limitato di settori economici.³⁸ L'indagine nel settore dell'*e-commerce*³⁹ è la prima dal 2008, quando la Commissione si era dedicata all'esame del settore farmaceutico.

Ad ogni modo, a prescindere dal settore economico sul quale insiste la singola indagine, il procedimento che viene seguito dalla Commissione è tendenzialmente sempre il medesimo.

Più in dettaglio, la prima fase di un'indagine di settore è tipicamente finalizzata alla raccolta di informazioni, nella maggioranza dei casi tramite l'invio agli operatori del mercato ed ai soggetti interessati di richieste di informazioni aventi la forma di questionari, più o meno stratificati.⁴⁰

In ragione del rinvio operato, *mutatis mutandis*, dall'articolo 17 del regolamento (CE) 1/2003 all'articolo 18 del medesimo regolamento, l'invio di richieste di informazioni alle imprese potrebbe assumere, da un punto di vista giuridico, due forme alternative: la Commissione potrebbe infatti emettere una formale decisione, con la quale ordinare al destinatario di produrre una serie di dati oppure, come più spesso accade, optare per ciò che il regolamento – con formulazione non particolarmente rigorosa – definisce una “semplice domanda”. Da un punto di vista generale, tale previsione è stata concepita allo scopo di dotare la Commissione di un certo margine di flessibilità al fine di valutare

nelle informazioni reperite dalla Commissione tramite le indagini di settore), posto che “*it does not investigate particular companies or cases. It is not based on specific evidence of wrongdoing*”, come precisato da nell'ambito dell'indagine nel settore farmaceutico.

³⁸ Nello specifico, lo strumento della *sector inquiry* è stato utilizzato solo tre volte, prima del commercio *online*, consentendo alla Commissione di acquisire maggiori informazioni circa il funzionamento dei settori dei servizi energetici, finanziari e farmaceutici.

³⁹ Su cui Cfr. *infra*.

⁴⁰ Tale circostanza non è priva di eccezioni: la recente indagine di settore nel mercato dei farmaci, per la prima e (sino ad ora) unica volta, è infatti iniziata con un'ispezione a sorpresa da parte dei funzionari della Commissione presso le sedi di alcune delle imprese interessate e solo in un secondo momento è proseguita con il consueto invio di questionari.

Trattasi comunque di una eventualità assolutamente eccezionale, attesa – al contrario di un formale procedimento *antitrust* per possibili violazioni degli articoli 101 o 102 TFUE – la natura aperta e partecipativa dell'istituto.

Rileva l'eccezionalità di tale *modus operandi*, adottato per la prima volta proprio in occasione della *sector inquiry* in parola, anche M.SIRAGUSA, *The EU Pharmaceutical Sector Inquiry. New Forms of Abuse and Article 102 TFEU*, in G.CAGGIANO, G.MUSCOLO, M.TAVASSI (a cura di), *Competition Law and Intellectual Property. A European Perspective*, Kluwer, 2012, p.177. La stessa legittimità delle operazioni poste in essere è stata revocata in dubbio da una parte dei commentatori. Sul punto, Cfr. *ex multis* H:ANDERSSON, E.LEGNERFALT, *Dawn Raids in Sector Inquiries - Fishing Expeditions in Disguise?*, in *European Competition Law Review* (8), 2008.

lo strumento di volta in volta più appropriato. Come intuibile, la differenza consiste in primo luogo in ciò, che le richieste informali sono sottratte all'obbligatorietà nei confronti dei destinatari di cui il diritto dell'Unione europea dota le decisioni. Inoltre, come chiarito *infra*, il regime sanzionatorio diversificato per informazioni false o scorrette di cui ai successivi articoli 23 e 24 del regolamento contribuisce a rendere maggiormente vincolante e pervasivo lo strumento della decisione.

Quale che sia lo strumento concretamente adottato dalla Commissione, ai sensi dell'art. 18 del regolamento la domanda o la decisione debbono contenere (i) le indicazioni relative alla base giuridica ed all'obiettivo della richiesta, nonché specificare (ii) quali informazioni sono richieste, (iii) il termine entro il quale produrle e (iv) le ammende previste per le ipotesi di dichiarazioni false o scorrette. Nel caso in cui la Commissione decidesse di avvalersi dello strumento della decisione formale, a mente del comma terzo del medesimo articolo, il testo della decisione deve altresì contenere menzione del diritto di ricorso avverso tale atto dinanzi alla Corte di Giustizia.⁴¹

Vale peraltro rilevare che, come accennato poc'anzi, qualora nel corso delle indagini dovessero emergere potenziali violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione europea, la Commissione ben potrebbe utilizzare le informazioni ricevute al fine di avviare formali procedure di accertamento nei confronti delle imprese asseritamente

⁴¹ Nella prassi, è comunque raccomandabile per l'impresa destinataria di una richiesta di informazioni adottare un contegno collaborativo nei confronti della Commissione e dunque, quand'anche essa dovesse essere destinataria di una semplice domanda, è preferibile fornire le informazioni richieste in modo completo e veritiero. Infatti, in caso di rifiuto di fornire le informazioni richieste, nulla vieterebbe alla Commissione di emettere comunque, in una seconda fase, una decisione formale e vincolante ed ottenere quanto richiesto.

In secondo luogo, un particolare "incentivo" per le imprese a fornire informazioni complete e veritiere deriva dal rinvio operato, *mutatis mutandis*, dall'articolo 17 del regolamento alle disposizioni di cui agli articoli 23 e 24 del medesimo regolamento. In forza di tale rinvio, la Commissione può, mediante decisione, irrogare ammende il cui importo può giungere fino all'1% del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente quando esse, intenzionalmente o per negligenza: (i) forniscano informazioni inesatte o fuorvianti in risposta ad una domanda rivolta a norma dell'articolo 17 oppure (ii) forniscano informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti, oppure non forniscano le informazioni entro il termine stabilito, laddove tali informazioni siano richieste mediante decisione adottata ai sensi dell'articolo 17 (cfr. articolo 23). Inoltre, la Commissione potrà, mediante decisione, irrogare alle imprese penalità di mora il cui importo potrà giungere fino al 5% del fatturato medio giornaliero realizzato durante l'esercizio sociale precedente per ogni giorno di ritardo a decorrere dalla data fissata nella decisione, al fine di costringerle a fornire in maniera completa ed esatta un'informazione richiesta mediante decisione adottata ai sensi dell'articolo 17.

Si rileva come la previsione di un regime sanzionatorio che assista i poteri d'indagine della Commissione sia una delle principali differenze tra il sistema delle indagini di settore nell'Unione europea e quello italiano. Infatti, il potere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana incontra il limite dell'inapplicabilità delle sanzioni previste dall'articolo 14, comma 5, della legge n. 287/1990 per il caso di richieste di informazioni inoltrate nelle more di procedimenti istruttori.

responsabili di condotte anticoncorrenziali. Tale potere incontra comunque il limite, sancito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, dei procedimenti già in corso, nell'ambito dei quali non potranno essere spese le informazioni in tal modo ottenute.⁴²

Infine, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, del regolamento ove lo ritenga opportuno, la Commissione può pubblicare una relazione sui risultati della propria indagine. Nella prassi, la Commissione è solita rendere pubblica una prima relazione nelle more dell'indagine, per poi pervenire al *report* finale mediamente dopo circa 18 mesi dall'avvio della procedura.⁴³

Poste tali premesse di ordine generale, sembra possibile pervenire ad una più dettagliata descrizione dell'indagine conoscitiva nel settore del commercio *on-line*.

L'indagine in commento è stata avviata dalla Commissione europea con decisione del 6 maggio 2015,⁴⁴ il cui testo, come del resto era avvenuto nelle precedenti occasioni, è particolarmente sintetico, essendo composto da un solo articolo ed un limitato numero di premesse. L'indagine è poi stata conclusa in data 10 maggio 2017, con la pubblicazione di un *Report* sintetico di descrizione degli esiti,⁴⁵ accompagnato da un ben più corposo *Staff Working Document*.⁴⁶

Sotto il profilo concettuale, la Commissione si è focalizzata su tre aree:

- i. accordi contrattuali. La Commissione si è soffermata sulle barriere alle vendite transfrontaliere *on-line* di beni e contenuti digitali, con particolare riguardo ai contratti di distribuzione di tali beni o servizi. Sul punto, la Commissione ha

⁴² Cfr. in particolare la pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 28 ottobre 1987, causa C-85/87, *Dow Chemical Nederland BV contro Commissione delle Comunità europee*.

⁴³ Il ruolo fondamentale delle indagini di settore nel perseguire un migliore funzionamento del mercato è stato a più riprese sottolineato anche dai vertici della Commissione. A titolo esemplificativo, valga sottolineare le parole di J.ALMUNIA, *Competition v. Regulation: where do the roles of sector specific and competition regulators begin and end?*, ma soprattutto di N.KROES, *Five years of sector and antitrust inquiries*, la quale sottolinea come “no, you can't measure all of the benefits. Yes, these inquiries do take time and money. But how is that different from other investments? Sector inquiries need to be viewed as long-term investments [...] we are already counting the results in terms of completed cases and applied learning”.

⁴⁴ La decisione è disponibile esclusivamente in lingua inglese, francese e tedesca.

Link al testo della decisione sono reperibili su http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries_e_commerce.html.

⁴⁵ Cfr. *Report from the Commission to the Council and the European Parliament. Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, SWD(2017) 154 final.

⁴⁶ Cfr. *Commission Staff Working Document accompanying the Report*, COM(2017) 229 final.

focalizzato la propria attenzione sia sulle restrizioni più evidenti e comuni (e.g. quelle previste e disciplinate negli orientamenti sulle restrizioni verticali), sia su quelle indirette e nascoste, e.g. pratiche tramite le quali il consumatore venga scoraggiato dall'acquistare beni *on-line*, come costi di spedizione eccessivi o non adeguatamente descritti;

- ii. pratiche tecniche, come il *geo-blocking*;
- iii. leggi e regolamenti nazionali. La Commissione valuterà altresì leggi e regolamenti di singoli Stati membri, relativi a modalità di pagamento, *copyright*, IVA, ecc. che potrebbero rendere impossibili o eccessivamente difficoltosi gli scambi transfrontalieri *on-line*.

In concreto, l'indagine è stata avviata tramite l'invio di questionari informativi (le "semplici domande" del regolamento 1/2003), così sancendo un'apprezzabile inversione di tendenza rispetto all'invasivo avvio della precedente indagine di settore.⁴⁷ Sotto un profilo operativo, la Commissione ha inviato un primo gruppo di questionari nel giugno 2015 ed un secondo gruppo alla fine del medesimo anno.

Il *Report* finale è suddiviso in due macro-sezioni, dedicate rispettivamente ai beni materiali ed ai contenuti digitali. Come già chiarito, il presente contributo ha ad oggetto esclusivamente le pratiche di *geo-blocking* che insistono nel settore dei contenuti audiovisivi digitali, cui verranno quindi dedicati in via esclusiva i passaggi che seguono.⁴⁸

Il paragrafo 805 del *Report* definitivo riporta quanto segue: "*in order to limit the online transmission of digital content to certain Member States and to implement (exclusive) territorial licensing agreements, digital content providers have recourse to geo-blocking measures*".

Al fine di comprendere se ed in che misura gli operatori europei dei mercati digitali di contenuti audiovisivi compiano ricorso a pratiche di blocco geografico, la Commissione

⁴⁷ Su cui cfr. paragrafi precedenti.

⁴⁸ Con specifico riferimento alle pratiche di *geo-blocking*, nelle more della conduzione dell'indagine, la Commissione europea ha pubblicato due *report* preliminari, rispettivamente in data 18 marzo e 15 settembre 2016, Cfr. SWD(2016) 70 final, *Commission Staff Working Document – Geo-blocking practices in e-commerce. Issues paper presenting initial findings of the e-commerce sector inquiry conducted by the Directorate-General for Competition* e SWD(2016) 312 final, *Commission Staff Working Document – Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry*.

I risultati delle analisi preliminari sono confluiti senza sostanziali variazioni nel *Report* definitivo del maggio 2017.

ha chiesto agli operatori del settore di specificare se avessero implementato misure tecniche al fine di monitorare la localizzazione dell'utente per impedirgli l'accesso ai servizi *on-line*.

I dati, così come raccolti ed elaborati dalla Commissione, sono particolarmente significativi: ben il 70% degli operatori europei ha dichiarato di porre in essere almeno una pratica riconducibile all'alveo del *geo-blocking*. Rispetto a quanto accennato in sede introduttiva con riferimento alle misure tecniche di implementazione, occorre peraltro sottolineare come la maggior parte degli operatori (60% circa) faccia ricorso a tecniche di geo-localizzazione tramite indirizzo IP dell'utente.

Addentrarsi appieno nelle elaborazioni statistiche della Commissione richiederebbe verosimilmente un lavoro interamente dedicato. Ad esempio, è curioso notare che l'incidenza delle pratiche di geoblocco di contenuti digitali sia diversa da Stato membro a Stato membro; cionondimeno, rispetto a quanto di immediato interesse in questa sede, occorre portare l'attenzione esclusivamente sulle categorizzazioni giuridiche compiute in sede di *Report* finale.

Sotto questo profilo, la Commissione ha espressamente chiesto agli operatori attivi nei mercati *on-line* di contenuti audiovisivi se l'esperimento di tali pratiche conseguisse ad apposite pattuizioni contrattuali contenute negli accordi di licenza dei contenuti audiovisivi. A questo riguardo, una assoluta maggioranza di operatori (pari a circa l'83%) ha dichiarato che l'implementazione di tali pratiche consegue ad obblighi assunti in sede contrattuale.

Inoltre, in senso sostanzialmente confermativo rispetto a quanto sottolineato *supra* in sede di descrizione delle dinamiche di mercato, la Commissione avrebbe rilevato quanto segue: “[...] Both right holders and digital content providers may have incentives to contract with each other on an exclusive basis. Since users will tend to attach greater value to a provider that is in a unique position to offer a specific product, exclusivity is used by digital content providers as a means to differentiate their offerings from that of their competitors in order to compete for a wider audience. This is all the more true when the product in question is in high demand. Right holders conversely may have an interest to license their rights on an exclusive basis to extract higher revenues for their content [...]”⁴⁹

⁴⁹ Cfr. paragrafi 876 ss. del *Report*.

Ne deriva come, ad avviso della Commissione, dai dati emerge che i *driver* principali di tale mercato sono (i) la presenza di accordi di licenza di contenuti e (ii) il fatto che tali accordi contengano sovente previsioni di esclusiva, al fine di massimizzare il valore di un determinato contenuto.⁵⁰

Tanto premesso, le principali preoccupazioni che la Commissione esprime con riferimento a questo scenario sono costituite dal fatto che esso potrebbe rendere eccessivamente difficoltosa l'acquisizione di tali contenuti per gli operatori desiderosi di entrare nel mercato in questione.

Tale visione preliminare ha ricevuto la conferma di alcuni operatori, i quali hanno identificato nella metodologia di sfruttamento dei diritti sui contenuti un potenziale svantaggio competitivo rispetto ai *players* già operanti sul mercato.

Cionondimeno, l'apprezzamento di questo scenario da parte della Commissione si risolve in una conclusione di tipo interlocutorio, del seguente tenore: “[...] *The Commission considers that the use of exclusivity is not problematic in and of itself. Exclusive licensing practices must be assessed taking into account the characteristics of the content industry, the legal and economic context of the licensing practices and/or the characteristics of the relevant product and geographic markets [...]*”.⁵¹

A meri fini di completezza informativa, si osserva come uno degli obiettivi dell'indagine conoscitiva fosse quello di valutare l'idoneità della disciplina in materia di intese verticali attualmente vigente, con particolare riguardo al Regolamento 330/2010 (su cui cfr. Capitolo II), a far fronte alle sfide del digitale. A questo riguardo, la Commissione ha ritenuto che le risultanze dell'indagine non richiedano un cambiamento di approccio rispetto a quanto contenuto nel regolamento.

⁵⁰ A conferma di ciò, si noti l'interessante differenza lessicale per cui la Commissione sottolinea che le pratiche di *geo-blocking* sono *frequentemente* presenti nell'ambito della commercializzazione di beni materiali, ma *tipicamente* presenti nella distribuzione di contenuti digitali.

⁵¹ Cfr. paragrafi 1029 ss. del *Report* finale.

4.3.Segue. In particolare, il Regolamento sul *geo-blocking* e le altre forme di discriminazione basate sulla cittadinanza

Come avvertito, tra le azioni già poste in essere dalla Commissione nell'ambito della Strategia per il MUD che rilevano ai fini del presente elaborato vi è anche l'approvazione di un Regolamento *recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n.2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE*.⁵² Il regolamento è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 2 marzo 2018; conseguentemente, coerentemente alle disposizioni generali in materia, esso è entrato in vigore 20 giorni dopo tale data, il 22 marzo 2018. Ai sensi dell'articolo 11 del regolamento, poi, il regolamento "si applica" a decorrere dal 3 dicembre 2018.⁵³

Conformemente alla prassi della Commissione, il testo del Regolamento – che in sé è piuttosto scarno, componendosi di soli 11 articoli incluse le disposizioni finali – è stato accompagnato da un *memorandum* esplicativo e dal solito *Staff Working Document*, che si ritiene forniscano indicazioni utili, meritevoli di menzione.

In primo luogo, il sol fatto che la Commissione abbia inteso procedere tramite l'adozione di un regolamento e non di un atto meno invasivo rappresenta una circostanza meritevole di riflessione. Tra le possibilità offerte dei Trattati, il Regolamento è stato considerato preferibile in quanto direttamente applicabile, in quanto consente di determinare il medesimo livello di obblighi per i soggetti privati ed in quanto maggiormente idoneo a determinare l'applicazione uniforme di disposizioni in materia di non discriminazione fondata su cittadinanza/luogo di residenza/luogo di stabilimento. Si osserva inoltre che lo stesso *memorandum* si premura di sottolineare che, in caso di incompatibilità tra le previsioni del Regolamento e l'articolo 20 della Direttiva Servizi (su cui cfr. Capitolo III), sarebbe il primo a prevalere.

⁵² Cfr. Regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 febbraio 2018.

⁵³ Il differimento dell'applicazione del Regolamento ad un momento successivo rispetto alla relativa entrata in vigore è uno strumento utilizzato piuttosto di frequente dalle istituzioni con riferimento agli atti adottati nell'ambito della Strategia per il MUD. Nello stesso senso, ad esempio, il legislatore dell'Unione ha operato anche con riferimento al c.d. GDPR, Regolamento 2016/679, la cui applicazione è stata differita di ben due anni rispetto alla relativa entrata in vigore.

Con tutta evidenza, l'espedito è finalizzato a consentire agli operatori del mercato di adeguare la propria condotta alle significative innovazioni arrecate dalle fonti in commento.

A prescindere dalle motivazioni piuttosto formalistiche enunciate dal *memorandum*, ciò che sembra possibile scorgere dietro la decisione di avvalersi dello strumento piuttosto invasivo del regolamento è una scelta di campo, simbolica, a favore di uno strumento che consenta di conferire, senza l'intermediazione degli Stati membri, un certo novero di diritti ai cittadini europei.

Sotto questo profilo, è peraltro rilevante il fatto che il regolamento si inserisca in uno spazio dove l'emanazione della direttiva servizi ha fallito. Il *memorandum* prende infatti espressamente posizione sul tema dell'esistenza di una disposizione – l'articolo 20 (2) della Direttiva Servizi – che prevede che “gli Stati membri provvedono affinché le condizioni generali di accesso a un servizio che il prestatore mette a disposizione del grande pubblico non contengano condizioni discriminatorie basate sulla nazionalità o sul luogo di residenza del destinatario”.

L'apparente duplicazione normativa si spiega con ciò, che lo stesso articolo 20 contiene in sé il germe del suo scarso successo, nella misura in cui esso concede la possibilità di prevedere condizioni d'accesso differenti allorché queste sono direttamente giustificate da criteri oggettivi. Cosa costituisca un “criterio oggettivo”, per stessa ammissione della Commissione, allo stato ancora non è chiaro. Ne deriva una eccessiva incertezza del quadro normativo, che necessita di essere completato alla luce di criteri che consentano agli operatori del mercato di definire almeno un nucleo duro di *safe harbours*, *i.e.* di zone franche entro le quali muoversi senza timore di violare il diritto dell'Unione. Tali considerazioni sono completate dal considerando 3 del Regolamento, che opportunamente aggiunge ai limiti della previsione della Direttiva Servizi che essa non si estende alle condotte – che invece sono espressamente coperte dal regolamento – poste in essere da operatori aventi la nazionalità/residenza di uno Stato membro, ma stabiliti in uno Stato terzo.

Quanto al *memorandum* di accompagnamento, si ritiene solo di segnalare ancora come esso espressamente escluda dall'ambito di applicazione del Regolamento le tematiche connesse alla determinazione dei prezzi da parte degli operatori del mercato *on-line*. Gli operatori rimangono liberi di determinare il prezzo di vendita dei propri beni o servizi *on-line*, anche adottando innovative strategie di c.d. *dynamic pricing*.⁵⁴

⁵⁴ Con tale espressione si intende la tendenza, nell'era dei *big data*, a determinare il prezzo di vendita di un determinato bene o servizio *on-line* in un ammontare differente a seconda delle specifiche caratteristiche dell'utente, così come determinate sulla base di informazioni sostanzialmente desunte dalla

Infine, sotto un profilo squisitamente giuridico, si rilevano (i) la comprensibile scelta di identificare la base giuridica del Regolamento nell'articolo 114TFUE, che come noto attribuisce all'Unione la competenza ad emanare disposizioni che consentano l'abbattimento di barriere alla libera circolazione di beni e servizi e (ii) la giustificazione del Regolamento in punto di rispetto del principio di sussidiarietà utilizzando l'argomentazione per cui “*access to goods and services on a non-discriminatory basis within the internal market is in essence a cross-border issue*”, così mostrando un approccio pragmatico, assai preferibile rispetto alla ridondante operazione compiuta con riferimento al MUD (su cui cfr. *supra*).

Sul punto, valga reiterare quanto già osservato con riferimento alla natura di bene pubblico europeo del MUD, che effettivamente è “*in essence*” un obiettivo dell'Unione europea, che sarebbe – prima ancora di inefficiente – illogico perseguire tramite il diritto nazionale dei singoli Stati membri.

Passando ad un esame del Regolamento in senso stretto, si ritiene innanzitutto opportuno precisare in via generale che il relativo ambito di applicazione si estende alle sole forme di discriminazione, dirette o indirette, poste in essere da parte di operatori del mercato nei confronti dei consumatori finali o comunque di altri operatori del mercato che commercializzeranno quel bene o servizio al consumatore finale, *i.e.* con esclusione dei rapporti – cc.dd. B2B – tra operatori del mercato a soli fini di rivendita. Tale esclusione si basa sulla considerazione per cui intrudersi nelle relazioni B2B implicherebbe intersecare indebitamente l'ambito di applicazione del Regolamento con quello delle previsioni del TFUE (con particolare riferimento all'articolo 101 TFUE) dedicate alla politica della concorrenza, che – come noto – con riferimento alle intese verticali consentono a determinate condizioni ai produttori di selezionare sulla base di criteri non discriminatori i propri rivenditori nell'ambito, ad esempio, di sistemi di distribuzione selettiva.

Ad ogni modo, al fine di evitare che gli operatori del mercato possano eludere i divieti di cui al Regolamento tramite la conclusione di accordi verticali *ad-hoc*, quest'ultimo si

sua cronologia di navigazione. Tale strategia di prezzo è esclusa dall'ambito di applicazione del regolamento, atteso che, ancorché anche in tale ipotesi si possa a rigore parlare di discriminazione di prezzo, essa non discende dalla nazionalità/cittadinanza/luogo di stabilimento degli utenti, che è l'unica rilevante ai fini del Regolamento.

applica in ogni caso a quegli accordi che impediscano agli operatori del mercato di soddisfare gli ordini non sollecitati di singoli clienti (cc.dd. vendite passive).⁵⁵

Altra previsione di grande rilevanza ai nostri fini è costituita dal considerando numero 6, che si ritiene di riportare integralmente.

Considerando che alcuni ostacoli normativi e amministrativi per gli operatori sono stati eliminati in tutta l'Unione in alcuni settori dei servizi a seguito dell'attuazione della direttiva 2006/123/CE, per quanto riguarda l'ambito di applicazione materiale, occorre garantire la coerenza tra il presente regolamento e la direttiva 2006/123/CE. Di conseguenza, le disposizioni del presente regolamento si applicano, inter alia, anche ai servizi non audiovisivi forniti mediante mezzi elettronici, la cui principale caratteristica consiste nel fornire accesso e permettere l'uso di opere tutelate dal diritto d'autore o di altri materiali protetti, fatta salva tuttavia l'esclusione specifica prevista all'articolo 4 [su cui cfr. infra] e la successiva valutazione di tale esclusione, di cui all'articolo 9.

I servizi audiovisivi, compresi quelli la cui principale funzione consista nel fornire accesso alla trasmissione di eventi sportivi e che sono forniti sulla base di licenze territoriali esclusive, sono pertanto esclusi dall'ambito di applicazione del presente regolamento.

Si tornerà tra brevissimo sulla importanza dell'esclusione ivi tratteggiata.

Con specifico riferimento all'articolato del Regolamento, se ne è già rilevata la limitata lunghezza. In sostanza, infatti, il vero portato dello stesso è contenuto in cinque disposizioni, segnatamente riconducibili agli articoli 1 (oggetto ed ambito di applicazione), 3 (accesso ad interfaccia *on-line*), 4 (accesso a beni e servizi), 5 (non discriminazione per ragioni legate alle modalità di pagamento) e 6 (restrizioni alle vendite passive).

Più in dettaglio, si osserva quanto segue:

- i. l'articolo 1 specifica che le previsioni del Regolamento si applicano alle situazioni in cui l'operatore del mercato venda beni, fornisca servizi o tenti di farlo (*a*) in uno Stato membro diverso da quello in cui il consumatore risiede o è stabilito, ovvero (*b*) nel medesimo Stato membro α in cui il consumatore risiede o è stabilito, ma il consumatore ha la cittadinanza di un altro Stato membro β ,

⁵⁵Per mero scrupolo informativo, si ricorda infatti a noi stessi che, ai sensi del diritto della concorrenza dell'Unione europea, le restrizioni alle vendite passive si qualificano come restrizioni gravi della concorrenza, cc.dd. *hardcore restrictions*, con conseguente tendenziale inapplicabilità dell'esenzione di cui all'articolo 101, par.3, TFUE.

ovvero infine (c) in uno Stato membro in cui il consumatore si trovi a titolo temporaneo, senza risiedervi o esservi stabilito;⁵⁶

- ii. gli articoli 3 e 5 – insieme all'articolo 4, su cui subito sotto – costituiscono il vero portato sostanziale del regolamento, nella misura in cui vietano agli operatori *on-line* talune condotte di geoblocco. Così, è in primo luogo fatto divieto di impedire *tout court* ai consumatori l'accesso alla pagina *web* del proprio sito *internet* per ragioni connesse alla loro nazionalità, residenza o luogo di stabilimento. Parimenti vietato ai sensi dell'articolo 3 è il re-indirizzamento dei consumatori ad altre pagine *web*⁵⁷ rispetto a quella originariamente selezionata predisposte appositamente per utenti diversi sulla base della nazionalità, luogo di residenza o di stabilimento senza previo consenso da parte del consumatore stesso.⁵⁸ Una importante eccezione è contenuta nel paragrafo 3 dell'articolo 3, che esclude dall'ambito di applicazione del regolamento le pratiche di geoblocco che si rendano necessarie al fine di conformarsi a disposizioni di legge del diritto dell'Unione europea o del diritto dei singoli Stati membri (ove compatibili con il diritto dell'Unione europea).⁵⁹ Parallelamente, l'articolo 5 riguarda pratiche discriminatorie sulla base degli oramai noti criteri della nazionalità, residenza o luogo di stabilimento concernenti i mezzi di pagamento;⁶⁰

⁵⁶ Per amor di completezza, si osserva che la medesima disposizione sancisce l'esclusione dall'area di applicabilità del Regolamento delle attività di cui all'articolo 2, paragrafo 2, della direttiva servizi, e.g. i servizi non economici di interesse generale, i servizi finanziari quali attività bancaria, credito, assicurazione e riassicurazione, ecc., i servizi nel settore dei trasporti, oppure i servizi audiovisivi, ivi compresi i servizi cinematografici, a prescindere dal modo di produzione, distribuzione e trasmissione, nonché i servizi radiofonici.

⁵⁷ Differenti per *layout*, lingua o altre caratteristiche.

⁵⁸ Peraltro, quand'anche il re-indirizzamento dovesse essere effettuato previo consenso dell'utente, le condotte dell'operatore del mercato dovrebbero comunque ritenersi illecite qualora la pagina originaria non rimanesse facilmente accessibile per il consumatore.

⁵⁹ Lo studio effettuato dal Parlamento europeo *Combating Consumer Discrimination in the Digital Single Market: Preventing Geo-Blocking and Other Forms of Geo-Discrimination*, 2016, p. 25, però, tenendo a mente le esclusioni dall'ambito di applicazione del Regolamento di cui subito sotto nel testo ricorda come l'articolo 3 del Regolamento “*is the equivalent to saying that customers will now be able to consider all offers available within the territory of the EU, even if they are not entitled to benefit from such offers as the relevant goods and services are not covered by the non-discrimination provisions under Article 4 of the proposed Regulation. The provision under article 3 entails two main side effects: it generates hassle costs [...]; it increases customers' frustration as they will feel excluded from the internal market [...]*”.

⁶⁰ Sul punto, si osserva che ai sensi del diritto dell'Unione europea gli operatori del mercato sono naturalmente liberi, in linea di principio, di scegliere quale metodologia di pagamento accettare per completare le proprie transazioni. Ciò che viene ritenuto illecito dal Regolamento sono le ipotesi in cui la scelta non si fondi che su ragioni discriminatorie sulla base della cittadinanza, della residenza o del luogo di stabilimento del consumatore.

- iii. l'articolo 4 completa il quadro delle condotte proibite specificando che è fatto divieto agli operatori del mercato applicare condizioni differenziate sulla base dei noti criteri per l'accesso a beni e servizi in talune situazioni specificamente individuate. Esse consistono (a) nella vendita, da parte dell'operatore del mercato, di beni che non siano materialmente spediti dallo Stato membro del venditore a quello dell'acquirente; (b) nella fornitura di servizi tramite modalità esclusivamente digitale (il riferimento è ad esempio a servizi di *website hosting*, *cloud*, ecc.) e (c) nella situazione in cui l'operatore del mercato fornisce servizi e tali servizi siano fruiti dal consumatore presso locali scelti dal fornitore, in uno Stato membro diverso da quello di cui il consumatore ha la cittadinanza o in cui risiede o è stabilito. In tale ultima ipotesi, alla luce del combinato disposto del considerando 20 e dell'articolo 4, si desume come il riferimento del Regolamento sia a taluni servizi come prenotazioni alberghiere, eventi sportivi o noleggio auto;⁶¹
- iv. infine, per le ragioni meglio dettagliate *infra*, è opportuno fare menzione della clausola di revisione di cui all'articolo 9, paragrafo uno, ai sensi del quale due anni dopo l'entrata in vigore del regolamento e successivamente ogni cinque anni la Commissione riferisce sulla valutazione dello stesso regolamento al Parlamento europeo, al Consiglio ed al Comitato economico e sociale europeo. Tale relazione, ove necessario, è accompagnata da una proposta di modifica del regolamento, alla luce degli sviluppi giuridici, tecnici ed economici. Significativamente, il paragrafo secondo di tale disposizione si preoccupa di

⁶¹ Con riferimento a tutti questi servizi (ma con particolare riferimento al noleggio auto) la ragione dell'espressa previsione di cui all'articolo 4 risiede direttamente negli esiti dell'indagine conoscitiva nel settore del commercio *on-line*, laddove questo genere di servizi è stato spesso associato a pratiche di geoblocco.

Lo studio effettuato dal Parlamento europeo *Combating Consumer Discrimination in the Digital Single Market: Preventing Geo-Blocking and Other Forms of Geo-Discrimination*, 2016, p.25 si mostra critico anche nei confronti di questa previsione, il cui ambito applicativo è ritenuto eccessivamente limitato. Invero, si legge nello studio, “*as regards electronically supplied services, as a consequence of the combined effect of articles 3 and 4, traders are obliged to sell cross-border applying the same terms and conditions, irrespective of a customer’s location, but the application of this provision is postponed to July 2018 to allow traders to prepare for the changes. However, since the devil is in the detail, a share of traders who will in principle be covered by this obligation may find the right way to circumvent it. From a technical standpoint, the electronically supplied services listed in recital 19 of the Geo-blocking Proposal [...] are generally provided in the form of software, especially to consumers who are seeking friendly-user solutions. According to the EU copyright framework, software is copyrighted content and can be licensed on a territorial basis; hence, it is not covered by the provision under Article 4 of the proposed Regulation. In conclusion, Article 4 will ost likely not apply to any of the electronically supplied services listed above*”.

esplicitare che la prima valutazione di cui al paragrafo uno venga effettuata, in particolare, allo scopo di stabilire se il divieto di discriminazione di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera b) vada applicato anche ai servizi prestati tramite mezzi elettronici, la cui principale caratteristica consiste nel fornire accesso e permettere l'uso di opere tutelate dal diritto d'autore o di altri materiali protetti, a condizione che il commerciante abbia i necessari diritti per i territori interessati.

In sintesi, volendo fornire un primo commento al Regolamento, sembra possibile rifarsi all'espressione contenuta in uno degli studi prodromici alla sua entrata in vigore,⁶² nel quale si legge che *“the scope of the proposed Regulation is modest. Whether this is a wise legislative choice can be debated. In support of this legislative choice is the argument that the proposed legislation is a first step, upon which further amendments can be added incrementally. At this stage it may well be that this is the most that EU Law can be expected to deliver: on the basis of an awareness that the Services Directive has not succeeded in removing geo-blocking in the sectors to which the Directive applies, this proposal addresses those failures and not others. A second argument in favour of the modesty of the proposal is that in other sensitive fields (e.g. where copyright is involved) the legal strategy adopted is different and so it would be inappropriate to try to legislate in this field: as we have shown, there are instances where the application of competition law by the Commission is part of a wider strategy to open legislative space”*.

Il principale *gap* rispetto ad una soluzione ottimale, per quanto di interesse in questa sede, è certamente costituito dalla espressa esclusione – tanto controversa da essere mitigata, come visto, dalla clausola di revisione espressa di cui al paragrafo 2 dell'articolo 9 – dei servizi prestati tramite mezzi elettronici.⁶³

⁶² Cfr. *The Geo-Blocking Proposal: Internal Market, Competition Law and Regulatory Aspects*, studio condotto dal Parlamento europeo, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department A. Economic and scientific policy, 2017.

⁶³ Sotto questo profilo, occorre rimarcare come lo sviluppo di un diritto d'autore compiutamente europeo incontra anche l'ostacolo dell'azione di *lobby* espletata da parte dei produttori di contenuti audiovisivi. Sul punto è piuttosto interessante l'articolo *Copyright fight club*, pubblicato su *Politico.eu*, nel quale si legge tra l'altro che *“yet the push from the Commission soon encountered stiff resistance from companies and interest groups that had a lot to lose. Unwittingly or not, Brussels was reviving an age-old debate that has raged since the early days of the web and has only grown in scale. On the one side are proponents of a free, open Internet who argue that copyright laws are out of date with modern consumer habits; on the other, media companies that are desperately trying to keep their business models intact”*.

In linea di principio, è agevole essere in disaccordo con il rifiuto da parte della Commissione di avventurarsi in questo terreno.⁶⁴

Sotto questo profilo, lo studio in commento contiene una espressione che rappresenta un felice compendio di tutte le considerazioni svolte in questo capitolo: “*the real problem when it comes to copyright protected goods is well-known: the territorial basis of copyright. This means that a copyright owner is free to license a work separately in say, France and Italy, and this makes exports from France into Italy impossible because the Italian copyright holder will be able to enforce the rights it holds against parallel imports. Matters differ when one is exporting copyrighted goods (e.g. a CD sold in France and re-sold in Germany). Here the intellectual property right is exhausted*”.

Ma di questo si è già discusso *supra*.

Al fine di mitigare le difficoltà applicative che pone questo scenario, la migliore soluzione auspicabile sembrerebbe, banalmente, la creazione di un diritto d'autore genuinamente europeo, che consentisse lo sfruttamento dei contenuti coperti da privativa senza ostacoli all'interno del mercato unico.

A fronte di ciò, è naturalmente possibile ipotizzare un'ampia gamma di *second best*.

Come sottolineato nello studio citato, uno di essi è innanzitutto costituito dall'applicazione delle vigenti disposizioni in materia di concorrenza, la cui applicabilità ad alcune delle fattispecie oggetto di menzione è attualmente al vaglio della Commissione europea.

Alternativamente, si potrebbe valutare l'impatto sui settori esclusi dall'ambito applicativo della Proposta di Regolamento delle disposizioni in materia di libera circolazione, dei servizi, siano esse quelle della c.d. direttiva servizi ovvero quelle dei Trattati fondamentali.

I capitoli II e III sono dedicati proprio all'analisi di queste soluzioni alternative. Ciononostante, al fine di comprenderne appieno le implicazioni, si ritiene necessario compiere un'ultima premessa, fornendo alcune nozioni relative alla disciplina del diritto d'autore nell'Unione europea.

⁶⁴ Lo studio effettuato dal Parlamento europeo *Combating Consumer Discrimination in the Digital Single Market: Preventing Geo-Blocking and Other Forms of Geo-Discrimination*, 2016, p.24, arriva finanche a ritenere che “*after promising to boost cross-border e-commerce and raising the expectations of EU consumers, the proverbial mountain gave birth to a mouse*”.

5. Cenni sulla disciplina europea del diritto d'autore nell'ambito della Strategia per il Mercato Unico Digitale

Sulla base delle considerazioni effettuate *supra*, sarà apparso evidente come le pratiche di blocco geografico siano finalizzate, in ultima analisi, a proteggere l'esclusiva territoriale nell'ambito della licenza di contenuti protetti da *copyright* tra produttori a *broadcasters*.

Nelle parole di una parte dei commentatori,⁶⁵ *“distributing territorially-copyrighted content on the Internet requires creating borders where typically none exist. These borders are made possible through geo-blocking”*.

Al fine di comprendere tale dinamica e di apprezzarne le conseguenze in punto di applicazione di alcune disposizioni del diritto dell'Unione, si ritiene dunque necessario operare alcune riflessioni di ordine generale.

Nelle parole di una parte dei commentatori, l'espressione diritto d'autore “designa le tecniche di appropriazione delle forme espressive generate dalla creatività umana”.⁶⁶ Nei diversi tempi e luoghi, prosegue la dottrina in commento, queste tecniche sono state variamente modulate, al fine di contemperare una pluralità di interessi almeno parzialmente contrastanti.

Sotto questo profilo, il diritto d'autore si pone nel punto di intersezione tra interessi riconducibili a vari soggetti: all'autore, che ha interesse a diffondere i frutti del proprio lavoro intellettuale ed a godere in esclusiva gli esiti del loro sfruttamento economico;⁶⁷ agli intermediari nella circolazione delle opere, che hanno interesse a fruire dei risultati dei loro investimenti; alla collettività, cui interessa conoscere ed usare gli esiti della creatività umana a fini di godimento intellettuale, di crescita culturale, di ricerca scientifica, di critica e libera manifestazione del pensiero.

Evidentemente, uno scenario tanto complesso non può che sollevare problematiche giuridiche altrettanto complesse e stratificate. Dilungarsi su tutti gli aspetti problematici connessi alla tematica del diritto d'autore è un'operazione che esula dalle finalità del presente elaborato, che più modestamente mira a prendere in esame le ricadute delle

⁶⁵ Cfr. J. HOFFMANN, *cit.*, p.145.

⁶⁶ Cfr. M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli Editore, 2011, p.1.

⁶⁷ La circostanza per cui l'autore abbia diritto ad ottenere un'adeguata remunerazione per i propri sforzi creativi assume particolare rilievo anche nelle sentenze rese dalla Corte di Giustizia in materia di intersezione tra diritto d'autore e disposizioni a tutela della concorrenza, su cui cfr. Capitolo II.

pratiche di *geo-blocking* nel diritto dell'Unione europea. Conseguentemente, nei passaggi che seguono verranno affrontati solo alcuni aspetti connessi alla disciplina del *copyright*, selezionati se ed in quanto essi siano strumentali alla risoluzione delle questioni che qui maggiormente interessano.

In questa ottica occorre prendere in esame alcune delle sfide poste al diritto d'autore dalla globalizzazione crescente dei fenomeni culturali, economici e sociali, che come è stato osservato,⁶⁸ sono per forza di cose destinate ad essere studiate ed affrontate dal legislatore dell'Unione, mentre a quelli nazionali residua il compito di coordinare le nuove regole con il tessuto dell'ordinamento autoctono e con la relativa tradizione giuridico-culturale.

Gli sforzi di armonizzazione della disciplina del diritto d'autore compiuti sino ad ora e quelli che verranno compiuti in futuro fronteggiano però numerosi ostacoli, tra cui quello costituito dal c.d. principio di territorialità del diritto d'autore.

Esso è stato definito⁶⁹ il principio di base per la protezione del *copyright* a livello internazionale e comporta che il diritto d'autore ed i diritti ad esso connessi siano conferiti ed attuati a livello nazionale, sulla base del diritto del luogo nel quale la protezione è rivendicata (*lex loci protectionis*). Ciò vuol dire che il diritto d'autore è garantito dalle leggi nazionali ed è limitato geograficamente al territorio dello Stato che lo garantisce.⁷⁰ Ne deriva che qualsiasi aspetto del diritto d'autore che non sia armonizzato a livello europeo rimane regolato dal diritto domestico. A conferma del ruolo centrale che il rispetto di tale principio riveste nel panorama dell'integrazione internazionale, è possibile menzionare quanto ritenuto dal Parlamento europeo, che in una recente risoluzione ha rimarcato che “*the existence of copyright and related rights inherently implies territoriality*”.⁷¹

⁶⁸ Cfr. M.BERTANI, *cit.*, p.49.

⁶⁹ Cfr. G.MAZZIOTTI, *Is geo-blocking a real cause for concern in Europe?*, disponibile anche *on-line* all'indirizzo http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/38084/LAW_2015_43.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁷⁰ C.A.WEISS, *Available to all, produced by few: the economic and cultural impact of Europe's Digital Single Market Strategy within the audiovisual industry*, in *Columbia Business Law Review*, 2016, p.877 ss., descrive tale principio sottolineando come “*each country may promulgate its own copyright rules within the broader framework of relevant international and EU laws*”.

⁷¹ Cfr. risoluzione del Parlamento europeo del 9 luglio 2015 *on the implementation of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, disponibile *on-line* all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2015-0273&language=EN>.

Il risultato dello scenario appena descritto è che i soggetti titolari del diritto d'autore detengono e sono autorizzati ad utilizzare e far valere 28 differenti fasci di diritti separatamente. Ciò comporta che tali diritti ben potrebbero essere utilizzati al fine di impedire le importazioni parallele dei lavori protetti da privativa e dunque impedire o rendere maggiormente difficoltosa la circolazione a livello europeo di beni o servizi protetti da diritto d'autore, con conseguente *vulnus* alle disposizioni dei Trattati in materia di libera circolazione (su cui cfr. Capitolo III).⁷²

Detto altrimenti, l'Unione europea non conosce, né progetta in tempo breve un diritto d'autore unificato, prodotto in modo unitario (al pari, per intendersi, del diritto europeo dei marchi, dei modelli e disegni o delle varietà vegetali) da una fonte unica. È stato invece sperimentato ed attuato un diritto d'autore meramente armonizzato a mezzo di una serie di direttive puntuali, che impegnano i legislatori nazionali a ravvicinare su temi specifici i loro sistemi particolari, applicati poi nell'ambito della loro rispettiva giurisdizione dai giudici dei Paesi membri, con l'intervento della Corte di Giustizia a soli fini pregiudiziali con riferimento alle norme contenute nelle direttive di armonizzazione.

Una delle misure correttive attraverso le quali, nell'era pre-digitale, l'Unione ha risolto (o almeno mitigato) il conflitto tra la dimensione nazionale della protezione della proprietà intellettuale ed il principio della libera circolazione dei beni nel mercato (allora) comune è il c.d. principio dell'esaurimento del diritto d'autore.⁷³

L'idea del venir meno del potere di controllare la circolazione di esemplari protetti da privativa intellettuale successiva al primo atto di loro immissione in commercio, sia pure spesso non codificata, è ammessa pacificamente all'interno delle tradizioni di diritto continentale ed anglosassone. Essa, come rilevato,⁷⁴ riflette l'esigenza di contemperare l'interesse del titolare della privativa intellettuale con i diritti di proprietà sugli esemplari che incorporano l'opera protetta, nonché con la libertà di iniziativa

⁷² C.A.WEISS, *cit.*, p.885 sottolinea come “*critics of the principle of territoriality within EU copyright law point to several legal consequences. First, variation in complex national copyright regimes among states makes compliance more difficult, creating legal uncertainty and additional legal costs. Second, for those wanting to offer a copyrighted work in multiple territories, obtaining multiple licenses raises transaction costs, which are borne by both license acquirers and their consumers. Last, authors, publishers, broadcasters, and other right-holders must bear increased monitoring and enforcement costs to ensure others do not violate their respective rights*”.

⁷³ Espressione di G.MAZZIOTTI, *cit.*

⁷⁴ Cfr. M.BERTANI, *cit.*, p.238.

economica privata di coloro che abbiano lecitamente ottenuto la disponibilità di questi esemplari per servirsene nell'esercizio di un'attività di intermediazione commerciale; ma, più in generale, riflette l'esigenza di assicurare la certezza dei traffici commerciali, altrimenti pregiudicabile dall'esistenza di un potere di imporre restrizioni efficaci *erga omnes* alle modalità di circolazione commerciale degli esemplari marginali dell'opera.

Tale principio fu definito ed implementato per la prima volta nella pronuncia *Deutsche Grammophon*,⁷⁵ nella quale, come efficacemente sintetizzato da una parte dei commentatori, “*the ECJ pointed out that, if a copyright-holder exercised his or her exclusive right of distribution by putting a copyright work on the market for the first time, his or her right should have been exhausted, in a way that the right-holder could no longer use his or her intellectual property right to block parallel imports and restrict EU-wide trade*”.⁷⁶

In seguito la Corte si sarebbe attenuta senza eccezioni a questo principio, che sarebbe stato progressivamente affinato anche grazie all'opera di sistematizzazione e concettualizzazione della dottrina. Così, ad esempio, secondo l'interpretazione migliore si ritiene che l'esaurimento interno del diritto di distribuzione si produca a seguito dei soli atti definitivamente traslativi della proprietà del supporto tangibile che contiene l'opera; poiché riflette il potere del titolare della privativa di determinare il numero di esemplari dell'opera in circolazione, questo principio non trova invece applicazione agli atti di distribuzione che, non generando questo effetto traslativo, si limitano ad incrementare il numero degli utilizzatori degli esemplari già in circolazione.⁷⁷ Di talché, si è ritenuto non si ricadesse nell'ambito applicativo di tale principio nel caso di

⁷⁵ Cfr. sentenza resa dalla Corte di Giustizia in data 8 giugno 1971, causa C-78/70, caso *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH contro Metro-SB-Grossmarkte GmbH & Co. KG*. Per una dettagliata descrizione della sentenza della Corte, cfr. Capitolo III del presente elaborato.

⁷⁶ Cfr. G.MAZZIOTTI, *cit.*, p.4.

J.D.C.TURNER, *Intellectual Property and EU Competition Law*, Oxford University Press, 2010, p.61 rileva che “*once a product has been lawfully placed on the market in the EEA by or with the consent of the proprietor of an intellectual property right or by a person economically linked with the proprietor, the exclusive right of sale is considered under EU law to be exhausted; and the use of this right to exercise further control over, or to obtain additional remuneration for, the subsequent marketing in the EEA is not normally justified*”.

⁷⁷ In questo senso cfr. D. SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, 1996, che procedendo da una prospettiva sistematica più ampia attribuisce al principio dell'esaurimento il compito di tipizzare il contenuto di un potere esclusivo (di destinare i beni incorporanti la risorsa protetta alla prima circolazione mercantile, ovvero) di determinare la misura della disponibilità dei beni protetti sul mercato; e dunque ne collega l'operatività al compimento dei soli atti mirati a destinare definitivamente al mercato gli esemplari originali dell'opera.

stipulazione di contratti di noleggio o prestito, vendita con patto di riscatto o con riserva di godimento. Per la medesima ragione, l'esaurimento della privativa a seguito del compimento del primo atto traslativo dell'esemplare originale comporta la perdita del potere di controllare i successivi atti traslativi, ma non gli altri atti di distribuzione che, non generando questi effetti, provochino unicamente un incremento del numero degli utenti.

In ogni caso, osservato attraverso la lente del percorso di integrazione europea, l'operare di questo principio permette di impedire che l'esistenza di più sistemi nazionali di protezione delle opere dell'ingegno (ognuno dei quali attribuisce un diritto esclusivo di sfruttamento) abbia l'effetto di generare restrizioni al commercio all'interno del mercato unico.

Detto con termini assai felici rispetto alle finalità del presente elaborato, ciò impedisce al principio di territorialità di "compartimentare il territorio dell'Unione europea in tante aree separate, tra le quali la circolazione degli esemplari delle opere protette successiva alla prima messa in commercio richieda sempre il consenso del titolare dei diritti nazionali d'autore".⁷⁸

Non sarà sfuggito il fatto che, per ragioni banalmente legate allo stato della tecnologia all'epoca della sua concezione, il principio dell'esaurimento nasce e si sviluppa con riferimento a beni tangibili, che incorporano una privativa intellettuale. Sennonché, il contesto oggetto del presente studio non è quello dei beni materiali, bensì quello digitale. Nelle parole di una parte della dottrina,⁷⁹ occorre dunque valutare se ed in che misura sia possibile estendere l'applicazione della dottrina dell'esaurimento "*from the realm of physical goods to that of intangible goods*". A ben vedere, se tale interpretazione analogica fosse possibile, le misure di *geo-blocking* potrebbero essere agevolmente considerate illegittime *prima facie*, in quanto equivalenti a restrizioni illegittime alle importazioni parallele nella circolazione di beni materiali.

In realtà, tale assimilazione non sembra praticabile.

Ciò è dovuto anzitutto a ragioni di buonsenso: il principio dell'esaurimento, come visto, è stato recepito dalla Corte di Giustizia negli anni Settanta, *i.e.* in un periodo nel quale i

⁷⁸ Cfr. M.BERTANI, *cit.*, p.240.

⁷⁹ Cfr. G.MAZZIOTTI, *cit.*, p.4.

giudici dell'Unione non potevano ragionevolmente avere in mente l'infinita congerie di problematiche applicative connesse alla *disruptive innovation* portata da *internet*.

In secondo luogo, la stessa Corte di Giustizia ha sancito come il principio dell'esaurimento si debba ritenere applicabile solo alla disseminazione fisica di beni incorporanti *copyright*,⁸⁰ senza estendersi alle forme intangibili di sfruttamento commerciale. A titolo esemplificativo, la Corte menzionava espressamente il *broadcasting* attraverso il canale televisivo, ma l'interprete contemporaneo può ragionevolmente ritenervi incluse anche le trasmissioni via *internet*. In quel caso, la Corte aveva infatti rigettato l'idea che l'operatività delle disposizioni relative alla libera prestazione dei servizi comportasse che il cessionario di diritti di proiezione al cinema di un film in uno Stato membro potesse invocare il suo diritto per vietare al convenuto la rappresentazione di detto film nello stesso Stato mediante teledistribuzione.

Tale principio è stato assorbito in maniera tanto penetrante dalle istituzioni europee da ricevere consacrazione a livello di diritto positivo nella direttiva c.d. *information society*, che appartiene al *corpus* di direttive di armonizzazione in materia di diritto d'autore cui si faceva accenno *supra* (da ora innanzi, conformemente ad una prassi piuttosto diffusa nella letteratura specialistica, "Direttiva InfoSoc").⁸¹ E infatti, l'articolo 4 della Direttiva Infosoc sancisce che:

Gli stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi forma di distribuzione al pubblico dell'originale delle loro opere o di loro copie, attraverso la vendita o in altri modo.

Il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'originale non si esaurisce nella Comunità, tranne nel caso in cui la prima vendita o il primo altro trasferimento di proprietà nella Comunità di detto oggetto sia effettuata dal titolare del diritto o con il suo consenso.

La dottrina più attenta ha altresì notato come alcune più recenti sentenze della Corte di Giustizia abbiano sollevato dubbi circa l'estensibilità di tale principio alla distribuzione

⁸⁰ Tra l'altro nella sentenza resa in data 18 marzo 1980, causa C-62/79, caso *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, ed altri contro Ciné Vog Films ed altri*, su cui cfr. più diffusamente il Capitolo II.

⁸¹ Cfr. direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 *sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nelle società dell'informazione*.

Per un utile contributo sul tema, cfr. M.HART, *The Copyright in the Information Society Directive: an overview*, in *European Intellectual Property Review*, 2002, (24), p.58 ss.

on-line di software per computer,⁸² ma addentrarsi all'interno di questa ulteriore problematica rischierebbe di portare la presente analisi fuori fuoco.

Ciò che interessa rendere chiaro a questo punto è che esiste, nel diritto dell'Unione europea, un temperamento al principio di territorialità; tale temperamento va sotto il nome di principio dell'esaurimento; ciononostante, esso non può trovare applicazione alle pratiche di *geo-blocking*, in quanto la relativa sfera di efficacia deve ritenersi pacificamente limitata al *realm* dei beni fisici.

Per completare il quadro delle direttive europee di armonizzazione del diritto d'autore che assumono rilevanza ai fini del presente elaborato, occorre spendere alcune considerazioni relative alle direttive *per il coordinamento di alcune norme in materia di d'autore e servizi connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite ed alla ritrasmissione via cavo* (c.d. Direttiva SatCab),⁸³ nonché *sui servizi di media audiovisivi* (c.d. direttiva AVMSD).⁸⁴

Con specifico riferimento alla direttiva SatCab, essa si segnala per aver introdotto il principio del c.d. "Stato di origine" nell'ordinamento dell'Unione, al fine di facilitare la trasmissione transfrontaliera di contenuti audiovisivi tramite il canale satellitare.

Come rilevato da una parte della dottrina,⁸⁵ al momento dell'adozione della direttiva era già chiaro al legislatore dell'Unione che la trasmissione di contenuti via satellite avesse il potenziale di raggiungere utenti localizzati in numerosi Stati membri. Conseguentemente, era necessario compiere una delicata scelta di campo al fine di regolamentare il fenomeno; in altri termini, era necessario armonizzare la legislazione dei vari Stati membri al fine di determinare quale diritto nazionale si dovesse applicare ad atti di comunicazione al pubblico di contenuti audiovisivi via satellite.

Sotto questo profilo, la prima opzione praticabile era quelle di considerare che l'atto di comunicazione del contenuto al pubblico avvenisse in ciascuno degli Stati membri raggiunti dal segnale satellitare. La seconda opzione era quella di ritenere che la

⁸² Cfr. G.MAZZIOTTI, *cit.*, p.15.

⁸³ Cfr. Direttiva 93/83/CEE del Consiglio, del 27 settembre 1993.

⁸⁴ Cfr. direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, *relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi*.

⁸⁵ Cfr. P.IBANEZ COLOMO, *Copyright Licensing and the EU Digital Single Market Strategy*, LSE Working Papers, 19/2015.

trasmissione occorresse solo nello Stato membro di origine del segnale, il cui diritto particolare si sarebbe applicato alla forma di comunicazione. Il legislatore dell'Unione, per il tramite della direttiva SatCab, avrebbe optato per la seconda opzione.

Si legge infatti nell'articolo 1, comma 2, lettera b della direttiva quanto segue.

La comunicazione al pubblico via satellite si configura unicamente nello Stato membro in cui, sotto il controllo e la responsabilità dell'organismo di radiodiffusione, i segnali portatori di programmi sono inseriti in una sequenza ininterrotta di comunicazione diretta al satellite e poi a terra.

Chiaramente, l'auspicio sotteso a tale scelta era che l'adozione del principio dello Stato di origine consentisse agli operatori attivi nel settore televisivo di offrire contenuti protetti da privativa intellettuale ad utenti basati in altri Stati membri. In realtà, ciò non sarebbe avvenuto, atteso che lo sviluppo di tecnologie che consentono di criptare il segnale satellitare avrebbe piuttosto condotto alla proliferazione di fenomeni di licenza di contenuti audiovisivi in ciascuno Stato membro, producendo una accentuazione della frammentazione del mercato interno lungo i confini degli Stati membri. Tale scenario sarà maggiormente chiaro nel Capitolo II, atteso che esso risiede alla base dei fatti della nota pronuncia resa della Corte di Giustizia nel caso *Murphy*.

In questa sede introduttiva, al fine di completare il quadro delle direttive dell'Unione rilevanti ai nostri fini, basti spendere alcune considerazioni con riferimento alla direttiva sui servizi di media audiovisivi, che ulteriormente esteso anche a questo genere di servizi (come di seguito definiti) l'applicazione del principio dello Stato d'origine.

In realtà, tale scelta affonda le proprie radici nell'ambito di un pregresso filone giurisprudenziale della Corte di Giustizia, che aveva mostrato di tendere in questa direzione già numerosi anni prima dell'adozione della direttiva sui servizi di media. Sotto questo profilo, si segnala per la sua rilevanza la pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Bond*. In quella ipotesi, la Corte sarebbe stata chiamata a valutare la compatibilità con le disposizioni in materia di libera circolazione dei servizi di alcune disposizioni di diritto olandese che proibivano determinate forme di pubblicità. Ebbene, in quel caso la Corte avrebbe ritenuto tale previsione legislativa contraria al disposto dell'attuale art. 56 TFUE, sulla base dell'assunto per cui essa era sproporzionata rispetto all'obiettivo da perseguire, cioè proibire la pubblicità di determinati prodotti o in determinati giorni dell'anno, limitando durata e frequenza delle iniziative promozionali.

L'orientamento giurisprudenziale inaugurato con *Bond* (e proseguito con pronunce dal tenore sostanzialmente analogo vertenti su materie assai simili, come *Gouda*) sarebbe stato progressivamente affinato, ma il principio di base sarebbe rimasto lo stesso. Facendo applicazione del razionale sotteso alla pronuncia *Sager*, la Corte avrebbe ritenuto che lo Stato di provenienza del segnale è quello che deve ritenersi competente a regolare le attività del *broadcaster* che trasmette dal proprio territorio. Per converso, lo Stato che riceve il segnale può imporre controlli sul *broadcaster* attivo da un altro Stato, ma tali controlli debbono ritenersi secondari e comunque meramente supplementari.

Tale approccio sarebbe stato definitivamente positivizzato nell'ambito di quella che attualmente è la direttiva 2010/13/UE, sui *servizi di media audiovisivi*. Tale percorso di recepimento nel diritto positivo dell'Unione era infatti iniziato anni prima, con l'emanazione della direttiva 89/552, poi modificata a più riprese. Originariamente, lo scopo della direttiva era garantire la libera circolazione dei servizi televisivi entro il mercato interno; in seguito alle modifiche operate nel 2007, sarebbe poi stata introdotta la distinzione tra servizi lineari e non-lineari. Allo stato, il diritto positivo in materia si compone di un *set* di previsioni comuni a tutte le tipologie di servizi ed un *set* di previsioni maggiormente dettagliato relative ai servizi non lineari.⁸⁶

Sotto questo profilo, assume rilievo anzitutto la definizione di servizi lineari e non lineari contenuta nella direttiva,⁸⁷ ai sensi della quale occorre distinguere:

[...] “*radiodiffusione televisiva*” o “*trasmissione televisiva*” (vale a dire un servizio di media audiovisivo lineare), un servizio di media audiovisivo fornito da un fornitore di servizi di media per la visione simultanea di programmi sulla base di un palinsesto di programmi [...] “*servizio di media audiovisivo a richiesta*” (vale a dire un servizio di media audiovisivo non lineare), un servizio di media audiovisivo fornito da un fornitore di servizi di media per la visione di programmi al momento scelto dall'utente e su sua richiesta, sulla base di un catalogo di programmi selezionati dal fornitore di servizi di media [...]

⁸⁶ R.MASTROIANNI, A.ARENA, *cit.*, p.67, ricordano come “*television broadcasting (or linear AVMS) is characterized by the simultaneous viewing of programmes on the basis of a programme schedule whose contents are predetermined by the media service provider. Television broadcasting includes digital and analogue television as well as live streaming, web casting and near video on demand*”.

⁸⁷ R.MASTROIANNI, *cit.*, p. 7 opportunamente sottolinea come “secondo la distinzione tradizionale, [i servizi lineari] o *point to multi-point* vengono effettuati da un singolo punto di trasmissione a molteplici punti di ricezione e sono ricevuti nel momento deciso dall'emittente; i secondi, non lineari o *point to-point*, si realizzano generalmente da un singolo punto di trasmissione ad un singolo punto di ricezione e quest'ultima avviene nel momento scelto dal destinatario, a seguito di sua richiesta individuale”.

Con riferimento ai servizi di media audiovisivi lineari, la direttiva si basa sul principio dello Stato di trasmissione, di cui all'articolo 2 della medesima, che prescrive che ciascuno Stato membro provvede affinché tutti i servizi di media audiovisivi trasmessi da fornitori di servizi di media soggetti alla sua giurisdizione rispettino le norme dell'ordinamento giuridico applicabili ai servizi di media audiovisivi destinati al pubblico nello Stato membro in questione. Ciò vuol dire, nell'accezione che a tale principio è stata conferita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che lo Stato di trasmissione ha la responsabilità primaria di garantire che i "fornitori di servizi di media" (*i.e.* i *broadcasters*)⁸⁸ stabiliti in quello Stato si conformino con le disposizioni di diritto nazionale, che a loro volte debbono conformarsi ai principi fissati nella direttiva.

Il corollario del principio dello Stato di trasmissione è che lo Stato ricevente deve consentire ai programmi ricevuti dallo Stato di trasmissione di essere mostrati nel proprio territorio senza restrizioni.

In altri termini, la direttiva è imbevuta del principio del mutuo riconoscimento: un programma televisivo legittimamente trasmesso (legittimamente "fornito", nel gergo del mercato interno) nell'ambito di un determinato Stato membro deve poter essere parimenti trasmesso entro il territorio di un altro Stato membro senza restrizioni. Anche se lo Stato membro ricevente ritiene che lo Stato membro trasmittente non stia esercitando una forma di controllo sufficiente, il primo non può adottare misure correttive o protezionistiche, potendo al più avviare una procedura di infrazione o richiedere alla Commissione di farlo.

La direttiva contiene altresì un elenco delle deroghe che gli Stati membri possono, a titolo provvisorio, implementare rispetto al principio della libertà di ricezione. Calarsi ulteriormente entro tale aspetto di dettaglio della direttiva non si ritiene però necessario ai fini del presente elaborato.

Si è accennato come, tra le azioni in programma nell'ambito della Strategia per il MUD, figurino anche possibili misure volte a modernizzare la disciplina europea in materia di diritto d'autore.

⁸⁸ R.MASTROIANNI, A.ARENA, *cit.*, p. 68 ricordano che "*broadcasters are defined as providers of linear AVMS that do not fall in the category of analogue television broadcasters or of radio broadcasters. The category of broadcasters includes that of broadcasters having a community character, that is broadcasters having editorial responsibility for programme schedules intended for local audiences who undertake to show original self-produced broadcasts for at least half of their daily airtime between 7 and 9 pm and to broadcast no more than 5% of advertising for each hour of transmission*".

Tra di esse figura innanzitutto una proposta di modifica della direttiva AVMSD, datata 25 maggio 2016. Come rilevato dal Parlamento europeo,⁸⁹ “*the overarching goal of the proposal is to bring about a balance between competitiveness and consumer protection. It therefore aims to introduce future-proof and more flexible rules when restrictions only applicable to TV are no longer justified, promote European films, protect minors and tackle hate speech more efficiently. The scope of the directive is also extended to include online platforms for the first time*”. In questo scenario, il Parlamento riconosce che lo stato di armonizzazione raggiunto a seguito dell’emanazione della direttiva è ancora parziale, soprattutto quanto alla protezione dei minori che fruiscono di contenuti *on-line* ed alla disciplina delle comunicazioni commerciali.

Per quanto di più immediato interesse ai nostri fini, vale rilevare come l’elemento chiave della direttiva, il c.d. principio dello Stato d’origine, non verrebbe intaccato in alcun modo dall’entrata in vigore della direttiva. L’unica differenza consisterebbe nella disciplina della ritrasmissione, che potrebbe essere derogata da tutti gli AVMS invece che solo con riferimento al *broadcasting* come nello scenario attuale.

Inoltre scrive la Commissione ha annunciato, *inter alia*, che verranno presentate proposte legislative per assicurare la portabilità dei contenuti attraverso i confini degli Stati membri, e similmente, l’accessibilità di servizi forniti da operatori stabiliti in altri Stati membri. Nell’agosto 2015, la Commissione ha altresì avviato una consultazione pubblica al fine di predisporre la possibile revisione della direttiva SatCab; sotto questo profilo, allo studio della Commissione sembrerebbe esservi la possibilità di estendere al mondo *on-line* il principio dello Stato d’origine che si applica alle trasmissioni via satellite.

Inoltre, nel dicembre 2015 la Commissione ha altresì presentato una proposta di Regolamento al fine di assicurare la portabilità transfrontaliera di contenuti digitali nell’ambito del mercato unico, poi entrata in vigore nel luglio 2017.

Tale atto trova applicazione agli utenti temporaneamente localizzati in uno Stato membro diverso da quello nel quale essi abbiano la residenza. Conseguentemente, rispetto alla logica tratteggiata sino ad ora, ciò produce una parziale espansione del principio dello Stato di origine, poiché la fornitura di servizi protetti da diritto d’autore

⁸⁹ Cfr. il comunicato stampa reperibile sul sito *web* http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/583859/EPRS_BRI%282016%29583859_EN.pdf.

si intende avvenuta esclusivamente nello Stato membro ove l'utente è residente in via permanente.⁹⁰

6. Conclusioni

Come avvertito in sede introduttiva, una delle ragioni che rendono particolarmente complesso lo studio dei blocchi geografici di contenuti audiovisivi digitali è la loro natura trasversale, composta di problematiche tanto economiche, quanto giuridiche.

Inoltre, anche solo limitando l'analisi alle questioni giuridiche, esse involgono profili di diritto dell'Unione, diritto della proprietà intellettuale, diritto della concorrenza e, in ultima analisi, diritto civile. Conseguentemente, i paragrafi che precedono sono fisiologicamente densi di contenuti eterogenei.

A conclusione dell'*excursus* effettuato potrebbe dunque essere utile ricapitolare le considerazioni di maggior rilievo ai fini del prosieguo della presente analisi.

Innanzitutto, le pratiche di blocco geografico non possono essere ritenute aprioristicamente illegittime: la formulazione di un giudizio di valore delle stesse è legata a doppio filo al quadro giuridico entro il quale essa viene effettuata.

In secondo luogo, esse si pongono sul delicato confine che separa interessi antagonisti, ma egualmente meritevoli di tutela: da un lato, quelli dei produttori di contenuti a rientrare dei costi sostenuti e, in ultima analisi, massimizzare i ricavi derivanti dalla propria attività; dall'altro, quelli dell'Unione all'abbattimento delle barriere di matrice privatistica tra gli Stati membri. Conseguentemente, il giudizio circa l'ammissibilità delle pratiche di *geo-blocking* necessita di essere condotto prestando adeguata attenzione a tutti gli interessi in gioco.

In terzo luogo, la cornice regolamentare entro la quale tale valutazione deve essere condotta è straordinariamente complessa. Volendo trarre un bilancio, è possibile ritenere come, al netto delle aporie di alcune delle fonti legislative più risalenti (e.g. la direttiva servizi) e delle esclusioni *ratione materiae* di altre (e.g. la proposta di regolamento sul *geo-blocking*), la realtà è che le pratiche di blocco geografico di

⁹⁰ Si legge nel comunicato di accompagnamento alla Proposta che il regolamento “*intends to ensure that copyright licensing and market fragmentation allowed by the current EU copyright framework are no longer barriers to cross-border portability of digital creative content in the EU. The portability proposal applied to online content services providing access to music, games, films, sporting events, e-books, radio and TV programmes*”.

contenuti audiovisivi digitali non sono, allo stato, disciplinate espressamente da alcuna fonte di diritto dell'Unione. Inoltre, la massa informe di precedenti giurisprudenziali e fonti di diritto positivo che potrebbero guidare l'interprete nella ricostruzione del fenomeno necessita di essere a sua volta adeguatamente ponderata alla luce del quadro regolatorio applicabile: così, ad esempio, in alcune ipotesi la Corte ha agito sulla base delle previsioni della direttiva SatCab e di questo occorrerà tenere conto.

Ma di questo si discorrerà più diffusamente nei capitoli che seguono.

CAPITOLO II

IL *GEO-BLOCKING* DI CONTENUTI AUDIOVISIVI NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA DELL'UNIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La disciplina della concorrenza nell'Unione europea – 2.1. Le intese restrittive della concorrenza. Le intese verticali – 2.2. Segue. La restrittività per oggetto o per effetto – 3. Le intese restrittive della concorrenza aventi per oggetto o per effetto la ripartizione del mercato unico. – 4. Il caso *Pay-TV* – 5. Conclusioni

1. Introduzione

Il Capitolo I ha svolto, in primo luogo, la funzione di illustrare le nozioni prodromiche a valutare, ai sensi del diritto dell'Unione europea, la legittimità delle pratiche di *geo-blocking* di contenuti audiovisivi *on-line*. In secondo luogo, esso ha costituito l'occasione per chiarire che uno degli aspetti di maggiore problematicità connessi a tale operazione consiste nell'assenza di una disciplina *ad hoc*, che sulla base delle informazioni attualmente a disposizione degli interpreti non è neppure lecito attendersi venga emanata.

Come avvertito in sede introduttiva, il presente contributo nasce proprio dall'esigenza di prendere pragmaticamente atto di questa situazione, superando la sterile invocazione di una legislazione apposita e tentando di verificare se l'ordinamento giuridico dell'Unione già contenga previsioni alla luce delle quali sia possibile effettuare un *assessment* circa la compatibilità delle pratiche di *geo-blocking* con le disposizioni ed i principi che regolano il mercato unico.

A questo fine, come pure è stato detto, a seconda delle ipotesi concrete lo sguardo dell'interprete potrebbe volgersi a due, diversi *set* di disposizioni: quelle in materia di concorrenza, con particolare riguardo all'articolo 101 TFUE ovvero quelle in materia di libera circolazione di servizi, di cui agli articoli 56 ss. TFUE.

Sotto questo profilo, l'unico dato empirico attualmente a disposizione dei commentatori consiste in ciò, che la Commissione europea sta scrutinando le fattispecie in commento ai sensi dell'articolo 101 TFUE, così come declinato dalla prassi decisionale e dalla giurisprudenza europea. Lo scopo del presente capitolo è proprio rendere conto

dell'attività che la Commissione europea sta ponendo in essere in questo senso, nonché del sostrato giuridico (diritto positivo e prassi decisionale/giurisprudenza europea pregresse) che ne costituisce il fondamento.

A questo fine, a meri fini di chiarezza espositiva, anzitutto si riepilogheranno sinteticamente i tratti caratterizzanti della disciplina delle intese restrittive della concorrenza (cfr. paragrafo 2), con particolare riguardo alla differenza tra intese cc.dd. orizzontali ed intese cc.dd. verticali, nonché alla nozione di intesa restrittiva per oggetto e per effetto; in secondo luogo, verrà effettuata una ricognizione delle principali pronunce della Corte di Giustizia in materia di intese aventi per oggetto o per effetto la ripartizione del mercato unico (cfr. paragrafo 3); in terzo luogo, si fornirà una *overview* del procedimento istruttorio *Pay-TV*, che rappresenta la reificazione dell'attività di *enforcement* che la Commissione sta svolgendo nel settore che ci occupa (cfr. paragrafo 4); infine, si tenterà di fornire un bilancio circa la coerenza con i principi descritti *sub* paragrafo 3 con l'attività condotta dalla Commissione ed illustrata *sub* paragrafo 4 (cfr. paragrafo 5).

Anticipando parzialmente le conclusioni cui si perverrà all'esito di tale analisi, è possibile rilevare che l'approccio attualmente perseguito dalla Commissione presenta senz'altro numerosi punti di forza.

Le disposizioni in materia di concorrenza, in quanto ontologicamente destinate a disciplinare l'agire degli individui ed in quanto sorrette da idonee garanzie procedurali, certamente risultano funzionali ed efficienti al fine di prendere posizione circa la compatibilità delle pratiche di *geo-blocking* con l'ordinamento giuridico dell'Unione. Cionondimeno, il caso di specie presenta peculiarità tali da non poter considerare pienamente soddisfacente il cammino della Commissione in questo senso, che ha anzi mostrato alcune contraddizioni forse insanabili (cfr. paragrafo 5).

Sono proprio le aporie mostrate dall'applicazione alle pratiche oggetto del presente studio delle disposizioni in materia di concorrenza a suggerire l'esigenza di guardare altrove per rinvenire un percorso argomentativo alternativo, che consenta di affrontare le problematiche che esse presentano. A questo scopo potrebbero servire, ad esempio, le disposizioni ed i principi in materia di libera circolazione dei servizi. Ma a questo argomento è dedicato il Capitolo III del presente elaborato.

2. La disciplina della concorrenza nell'Unione europea

Come ben sottolineato da una parte dei commentatori, a livello europeo la disciplina in materia di concorrenza “diversamente da quanto si è registrato nell’ordinamento nordamericano, nasce come strumento che assolve, insieme alle quattro libertà fondamentali ed alla disciplina sugli aiuti di Stato, alla funzione di rendere possibile l’integrazione dei mercati nazionali e, per tale via, la creazione di un mercato unico”.⁹¹

Nelle parole di una parte della dottrina anglosassone, “*EU competition law has two basic and complementary aims: the promotion of a competitive market economy and the prevention of barriers to the integration of the single market*”.⁹²

Ciò, perseguendo il modello archetipico della concorrenza perfetta, in cui un numero tanto elevato di imprese da comporre un’offerta atomizzata vende ad un ampio numero di consumatori perfettamente informati, così che nessun attore economico sia, da solo, capace di influenzare l’equilibrio di mercato in termini di prezzi e di quantità da scambiare. Il risultato principale di questo modello è la dimostrazione che mercati perfettamente concorrenziali sono ottimali per il benessere dei consumatori e per il più ampio benessere sociale o, usando il gergo economico, realizzano una condizione di efficienza allocativa.

È proprio al fine di raggiungere tale obiettivo che i Trattati fondamentali disciplinano la concorrenza tra imprese, materia cui, come noto, sono principalmente dedicati gli articoli 101 e 102 TFUE. È altresì noto che, mentre l’articolo 102 TFUE si applica al comportamento di una o più imprese che sfruttino abusivamente una posizione dominante, l’articolo 101 TFUE riguarda il comportamento concertato di almeno due

⁹¹ Cfr. A.FRIGNANI, S.BARIATTI (a cura di), *La disciplina della concorrenza nella UE*, CEDAM, 2012, p.XLI. Gli AA. *ivi* aggiungono che “negli Stati Uniti le norme dello *Sherman Act* tendono, invece, fondamentalmente ad un obiettivo di democrazia economica, avendo per lo più una funzione antimonopolistica e di contenimento del potere di grandi potentati economici, storicamente legati tra loro da cartelli di lunghissima durata e di notevoli dimensioni”. Questo spiegherebbe, peraltro, perché mentre nel diritto della concorrenza dell’Unione un ruolo centrale è riservato al criterio del pregiudizio al commercio tra gli Stati membri, nel diritto *antitrust* statunitense tale parametro non è quasi mai verificato dai giudici della Corte Suprema e raramente assume il ruolo di criterio guida per l’applicazione delle disposizioni a tutela del corretto funzionamento del mercato.

⁹² C.BELLAMY, C.CHILD, *European Community Law of Competition*, Oxford University Press, 2016, p.40.

imprese, quando esso abbia per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza.⁹³

Diffondersi sulla disciplina di cui all'articolo 102 TFUE è un'operazione che esula dalle finalità del presente elaborato, atteso che – come accennato a più riprese – all'attenzione delle istituzioni dell'Unione vi sono attualmente *clausole contrattuali* incluse in accordi di licenza tra titolari di contenuti audiovisivi *on-line* e *on-line broadcasters*. In altri termini, la Commissione è al momento intenta ad esaminare le ricadute dell'applicazione al *geo-blocking* della disciplina in materia di intese, sulla base di una ipotesi accusatoria rappresentata dall'esistenza di una intesa verticale tra produttori e distributori di contenuti audiovisivi *online*.⁹⁴

Nei paragrafi che seguono saranno dunque fornite alcune coordinate di massima della disciplina in materia di intese restrittive della concorrenza di cui all'articolo 101 TFUE, con particolare riguardo ai concetti di intesa verticale e di intesa restrittiva della concorrenza “per oggetto”, perché particolarmente rilevanti ai fini dell'ipotesi di studio che qui interessa.⁹⁵

2.1. Le intese restrittive della concorrenza. Le intese verticali

Tutti gli ordinamenti in cui è presente una disciplina *antitrust* prevedono, tra le proprie regole fondanti, il divieto per le imprese di porre in essere intese restrittive della

⁹³ Tanto l'articolo 101, quanto l'articolo 102 TFUE si applicano unicamente nella misura in cui i comportamenti considerati siano suscettibili di pregiudicare il commercio fra Stati membri.

⁹⁴ Naturalmente, come ricordato nel capitolo precedente, ciò non vuol dire che le pratiche di *geo-blocking* non possano assumere rilievo ai sensi dell'articolo 102 TFUE quando esse siano poste in essere da soggetti che detengano una posizione dominante sul mercato. Ciononostante, sia nell'ambito dell'indagine conoscitiva, sia nell'ambito del procedimento istruttorio *Pay-TV* attualmente pendente, la Commissione parrebbe aver ritenuto prioritarie le fattispecie di intesa, cui è dunque dedicato il presente contributo.

⁹⁵ La mole di contributi sul punto, naturalmente, è assai significativa.

In un tentativo di circoscrivere il perimetro delle fonti tradizionalmente ritenute più autorevoli sul punto, sia consentito menzionare, con riferimento alla letteratura in lingua italiana, A.FRIGNANI, S.BARIATTI, *cit.*; P.FATTORI, M.TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, 2007; F.GHEZZI, G.OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Giappichelli editore, 2013; M.LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffrè, 2014; L.F.PACE, *Dizionario sistematico del diritto della Concorrenza*, Ibs, 2014; ma anche L.C.UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, 2017. Con riferimento alla letteratura internazionale, è impossibile non citare almeno J.FAULL, A.NIKPAY, *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, 2016; R.WHISH, D.BAILEY, *Competition Law*, Oxford University Press, 2015; A.JONES, B.SUFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2012; F.WIJCKMANS, F.TUYTSCHAEVER, A.VANDERELST, *Vertical Agreements in EC Competition Law*, Oxford University Press, 2006; C.BELLAMY, C.CHILD, *European Community Law of Competition*, Oxford University Press, 2016.

concorrenza. Infatti, gli accordi tra imprese, pur costituendo uno strumento fondamentale di funzionamento dei mercati, ben possono costituire un mezzo per ridurre l'autonomia tra imprese, con la conseguenza di aumentare artificialmente i prezzi o ridurre le quantità, così pregiudicando il corretto funzionamento del mercato.

A ciò non fa eccezione l'ordinamento dell'Unione, che dedica alla problematica l'articolo 101 TFUE, che dichiara "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".

Dalla lettera di tale disposizione si evince anzitutto che essa vieta il comportamento anticoncorrenziale soltanto quando costituisca il risultato di un concorso di volontà tra due o più imprese. Un'azione unilaterale, anche se suscettibile di produrre effetti anticoncorrenziali, non è dunque presa in considerazione dalla disposizione in esame (essa potrà assumere rilevanza ai sensi dell'articolo 102 TFUE se ed in quanto posta in essere da una impresa in posizione dominante sul mercato).⁹⁶

In secondo luogo, è noto che l'articolo 101 TFUE attribuisce rilevanza a tre tipologie di condotta, *i.e.* gli accordi, le pratiche concordate e le decisioni di associazioni di imprese. A questo riguardo, occorre anzitutto sottolineare che, come ribadito senza eccezioni dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia dell'Unione, al fine di ascrivere una condotta illecita ad una impresa non occorre qualificare rigorosamente la fattispecie attraverso il richiamo all'una o all'altra forma di cooperazione illecita, essendo sufficiente ricondurla all'alveo applicativo dell'articolo 101 TFUE *lato sensu*.⁹⁷

Cionondimeno, la categorizzazione di cui alla disposizione in esame continua a possedere una propria valenza, anche in considerazione delle ricadute in punto di onere probatorio in capo all'autorità di concorrenza. Sotto questo profilo, la nozione

⁹⁶ Sotto questo profilo, è opportuno menzionare quanto sottolineato dalla Commissione nell'ambito della decisione resa nel caso *Polipropilene*, 86/398/CEE del 23 aprile 1986, in cui l'elemento comune alle tre figure di intesa è stato identificato nella collusione tra due o più imprese.

⁹⁷ Sotto questo profilo, in accordo con la migliore dottrina, occorre compiere una precisazione di tipo terminologico. L'articolo 101 TFUE utilizza le nozioni di "accordo tra imprese", "decisioni di associazioni di imprese" e "pratiche concordate" per indicare tre modi in cui può estrinsecarsi l'elemento di collusione o coordinamento necessario alla sua applicabilità. Conformemente ad una prassi diffusa, però, la dottrina maggioritaria – cui non farà eccezione il presente contributo – utilizza il termine "intesa" come inglobante tutte e tre le categorie di cui sopra.

storicamente più controversa è quella di pratica concordata, in quanto essa comporta un significativo arretramento della soglia di punibilità di una determinata condotta, che assume rilievo anche qualora di arresti ad uno stadio (considerevolmente) precedente rispetto ad un vero e proprio accordo. Ciò ha dato origine ad una stratificata prassi decisionale della Commissione e ad altrettanto complesse pronunce della Corte. Diffondersi sul concetto di pratica concordata⁹⁸ e sulle relative implicazioni è operazione che esula dalle finalità del presente elaborato, atteso che le condotte di *geo-blocking*, come già chiarito, conseguono a vere e proprie pattuizioni tra operatori del mercato e risultano consacrate in clausole contrattuali: conseguentemente, esse debbono essere ricondotte alla nozione di “accordo” e non di pratica concordata. I passaggi che seguono sono dunque dedicati a circoscrivere meglio cosa debba intendersi per “accordo” ai sensi dell’articolo 101 TFUE.⁹⁹

Ebbene, sia la Commissione che la Corte hanno mostrato di fare applicazione estensiva di tale nozione, dilatandola in modo da inglobare una vasta gamma di fattispecie.¹⁰⁰ Da questo punto di vista, ad esempio, non occorre necessariamente che un accordo dia

⁹⁸ Per mera completezza informativa, si ricorda che nel caso *Materie coloranti* la Corte di Giustizia ha statuito che “il fatto che l’articolo 101 distingue la nozione di pratica concordata da quella di accordi tra imprese e di decisioni di associazioni di imprese è dovuto all’intenzione di comprendere tra i comportamenti vietati da questo articolo una forma di coordinamento dell’attività delle imprese che, senza essere stata spinta fino all’attuazione di un vero e proprio accordo, costituisce in pratica una consapevole collaborazione fra le imprese stesse, a danno della concorrenza. Per natura, la pratica concordata non presenta tutte le caratteristiche di un accordo; la sua esistenza si può desumere dal coordinamento che si concreta nella condotta dei partecipanti”.

Detto altrimenti, la ragione che risiede a monte del divieto va ricercata nella salvaguardia del principio della determinazione autonoma, in base al quale ogni imprenditore deve decidere la propria condotta sul mercato in modo autonomo, senza prima coordinarsi con i concorrenti. Il che non significa che egli non possa tenere conto del comportamento dei concorrenti o di quelli che essi presumibilmente faranno (c.d. adattamento intelligente), ma semplicemente che la nozione gioca un ruolo di clausola residuale generale, che serve a ricomprendere sotto l’articolo 101 TFUE ogni altra forma di collusione che non rientri nelle categorie dell’accordo o della decisione di associazione di imprese. Allorché il parallelismo del comportamento di più imprese non può spiegarsi altrimenti che con l’esistenza di un accordo, esso potrà essere colpito in quanto pratica concordata. Trattasi, dunque, dell’operatività di una presunzione semplice.

⁹⁹ J.FAULL, A.NIKPAY, *cit.*, p.225 condivisibilmente osservano che “*it can be difficult to identify exactly where an agreement ends and a concerted practice starts. The concepts are fluid and may overlap. An infringement may begin in one form and, as it evolves over time, progressively assume some or all the characteristics of another*”.

Con specifico riguardo alla dottrina italiana, un contributo particolarmente utile è quello di F.GHEZZI, M.MAGGIOLINO, *Le pratiche concordate nel diritto antitrust europeo, ossia: quando giochi a carte, tienile coperte*, in *Rivista delle società*, 2013, n.6, p.1238.

¹⁰⁰ J.FAULL, A.NIKPAY, *cit.*, p.204, ricordano che “*the term agreement is defined widely for the purposes of article 101(1). For an agreement to exist it is sufficient if the undertakings in question should have expressed their joint intention to conduct themselves on the market in a specific way. The concept centres around the existence of a concurrence of wills between at least two parties the form in which it is manifested being unimportant so long as it constitutes the faithful expression of the parties’ intention*”

luogo ad obbligazioni giuridiche in senso stretto né, tantomeno, che esso venga consacrato in forma scritta. È dunque sufficiente ad integrare il divieto di cui all'art. 101 TFUE il fatto che l'accordo limiti la libertà d'azione di una o più parti, di modo che queste ultime non siano più interamente libere di prendere decisioni in maniera autonoma. In altri termini, ad essere rilevante è la presenza di una costrizione o legame economico o morale, indipendentemente da un preciso obbligo giuridico in tal senso. Così, rientra nella nozione in commento anche un mero *gentlemen's agreement*, purché "costituisca la fedele espressione della comune volontà dei membri dell'intesa".¹⁰¹

È proprio la nozione particolarmente ampia di accordo accolta in sede di applicazione delle disposizioni in materia di concorrenza ad aver consentito di ritenere che anche le intese cc.dd. verticali. Invero, la nozione di intesa restrittiva della concorrenza si è sviluppata soprattutto nel contesto di accordi orizzontali; cionondimeno, essa è sempre stata interpretata nella giurisprudenza e nella prassi decisionale dell'Unione europea (e nazionale) in senso funzionale all'effettività del divieto,¹⁰² con la conseguenza che vi sono state fatte rientrare un novero molto ampio di fattispecie, in modo ad ricomprendere qualsiasi forma di concertazione tra imprese idonea a restringere la concorrenza. Tale approccio di matrice prevalentemente sostanzialistica è quello che ha consentito agli accordi verticali di assumere rilievo nell'ambito del diritto della concorrenza dell'Unione, sebbene essi non ricevano espressa copertura di diritto positivo dall'art. 101 TFUE.

Le intese verticali sono così identificate in quanto intervenienti tra operatori appartenenti a livelli diversi del processo produttivo. Per tale ragione, esse godono di un trattamento generalmente più favorevole rispetto alle intese orizzontali, in quanto, differentemente da queste ultime, non coinvolgono imprese dirette concorrenti e possono determinare guadagni di efficienza in ragione delle sinergie e delle complementarità delle imprese partecipanti all'intesa, generando di conseguenza effetti procompetitivi.

¹⁰¹ Nelle parole di J.FAULL, A.NIKPAY, *cit.*, p.204, "*the concept is wide enough to catch arrangements such as gentlemen's agreements, simple understandings, the constitution of a trade association, or non-binding marketing guidelines*"

¹⁰² In questi termini si esprimono V.AURICCHIO, M.PADELLARO, P.TOMASSI, *Gli accordi di distribuzione commerciale nel diritto della concorrenza*, CEDAM, 2013, vera pietra miliare nel panorama della dottrina italiana sulle intese verticali.

In talune circostanze, tuttavia, anche questa tipologia di intese può produrre effetti restrittivi della concorrenza di due tipi: (i) effetti di restrizione c.d. *interbrand*, cioè tra produttori di marche diverse; (ii) effetti anticompetitivi c.d. *intra-brand*, ossia limitazioni di concorrenza tra distributori di uno stesso produttore.

Ne deriva che la materia degli accordi verticali nel diritto della concorrenza dell'Unione è piuttosto controverso.

A conferma di ciò, da un lato esso sembra aver destato poco interesse nell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. E in effetti, nella storia ormai più che ventennale dell'Autorità sono pochi i procedimenti istruttori dedicati a questa specifica problematica. Peraltro, soprattutto i più recenti di essi sembrano rispondere più a ragioni di generalprevenzione che non a reali esigenze di *enforcement*. Il *trend* della Commissione europea è stato, almeno fino a tempi recenti, sostanzialmente simile ed ha subito una parziale inversione di tendenza solo con la rinnovata attenzione della Commissione in particolare e dell'Unione in generale per le pratiche anticoncorrenziali che insistono sui mercati *online*. A conferma di ciò, prima dei più recenti sviluppi sul punto, l'ultimo procedimento per intesa verticale avviato dalla Commissione risale al 2005.

D'altro canto, il tema ha grande rilevanza per le imprese, da almeno due punti di vista. Per le imprese che operino in diversi mercati nazionali, perché eventuali previsioni che tendano a segmentare il mercato dell'Unione e creare ostacoli, da lato della distribuzione, alla libera circolazione dei beni e dei servizi, rischiano di incorrere in sanzioni ingenti. D'altro canto, perché le previsioni relative agli accordi di distribuzione hanno rilievo nei rapporti bilaterali tra le imprese a monte e a valle; di talché, in presenza di clausole restrittive, è sempre presente il rischio di una richiesta di dichiarazione di nullità dell'accordo e/o di risarcimento del danno da parte di chi ritiene che i suoi interessi ne siano lesi. Non è del resto un caso che i principi fondamentali che governano il tema siano stati disegnati da sentenze della Corte di Giustizia proprio in relazione a rinvii pregiudiziali derivanti da contrasti tra le parti di un accordo.

Collegando tali considerazioni alla tematica oggetto di studio, è evidente come in tanto le pratiche di *geo-blocking* potranno assumere rilievo ai fini del diritto della concorrenza dell'Unione in quanto si consideri la disciplina delle intese cc.dd. verticali. Le pratiche di blocco geografico, infatti, sono conseguenza dell'inserimento nell'ambito di accordi di licenza di clausole che impongano di impedire l'accesso a determinati

contenuti; gli accordi di licenza che inglobano tali clausole vanno senz'altro inseriti tra gli accordi verticali, in quanto intercorrenti tra soggetti che non sono in rapporto di concorrenza diretta (o almeno non lo sono nell'ambito di questa specifica relazione), cioè il titolare di un contenuto ed il *broadcaster* che lo vuole trasmettere.

Un problema connesso, ma diverso è quello relativo alla natura accessoria di tali clausole rispetto al tessuto negoziale dell'accordo principale. Ma su questo profilo si tornerà più diffusamente *infra*.

2.2. Segue. La restrittività per oggetto o per effetto

Come accennato *supra*, l'articolo 101 TFUE vieta le sole intese che abbiano “per oggetto o per effetto” di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza.

Tali requisiti, secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza europea, sono da intendersi come alternativi e non cumulativi. Ciò vuol dire, in altri termini, che una volta che sia stata provata la natura anticoncorrenziale dell'oggetto dell'accordo – o della pratica concordata o della decisione di associazione di imprese – non sarà necessario procedere ad un'analisi degli effetti.

Con il termine “oggetto” non si vuole fare riferimento all'intenzione delle parti, la quale rileva non tanto nel momento della valutazione della restrittività dell'intesa, quanto in quello dell'irrogazione dell'eventuale sanzione, bensì, in coerenza ad un approccio di tipo funzionale, all'oggettivo scopo e significato che l'intesa assume nel proprio contesto economico di riferimento.

In altri termini, le restrizioni della concorrenza per oggetto sono “quelle che per loro stessa natura possono restringere la concorrenza. Si tratta di restrizioni che, alla luce degli obiettivi delle regole di concorrenza comunitarie, hanno una potenzialità talmente alta di produrre effetti negativi sulla concorrenza che è inutile, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, dimostrare l'esistenza di effetti specifici sul mercato”.¹⁰³

Nella categoria così definita vengono generalmente collocate le intese orizzontali volte alla fissazione dei prezzi, alla limitazione della produzione o alla ripartizione dei

¹⁰³ Cfr. Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato*, 2004/C101/08, par.20.

mercati e della clientela, ovvero le restrizioni verticali rappresentate dall'imposizione di prezzi minimi o prezzi fissi di rivendita, dagli impedimenti alle vendite passive o, per quanto di maggiore interesse in questa sede, dalla protezione territoriale assoluta.¹⁰⁴

La valutazione della restrittività dell'oggetto si fonda anzitutto sul contenuto dell'intesa e sugli scopi da essa perseguiti. In linea di massima, qualora risulti che le imprese abbiano convenuto di comportarsi allo scopo di restringere la concorrenza in maniera rilevante, non occorre neppure accertare in quale misura tali comportamenti siano stati effettivamente posti in essere. D'altra parte, come la stessa Commissione ha inteso sottolineare, "può essere richiesta una valutazione dei fatti alla base dell'accordo e delle circostanze specifiche nelle quali esso funziona prima di poter concludere che una determinata restrizione costituisce una restrizione della concorrenza per oggetto. Le modalità di attuazione di un accordo possono rivelare una restrizione per oggetto, anche se l'accordo formale non contiene alcuna clausola espressa in tal senso".

Anche in relazione a fattispecie ritenute restrittive in virtù del loro oggetto, inoltre, sarà necessaria una certa valutazione dell'impatto economico dell'intesa sul livello di concorrenza, se non altro in termini di apprezzamento della posizione delle parti sul mercato di riferimento, atteso che quest'ultima rileva anche ai fini dell'accertamento dell'ulteriore requisito della consistenza della restrizione. Ciò sebbene, nella prassi, l'analisi di mercato nelle fattispecie di intese caratterizzate da un oggetto palesemente restrittivo tende ad essere relativamente sommaria.

Nelle parole di una parte dei commentatori,¹⁰⁵ *"no agreement is automatically restrictive by object: pursuant to established case law, agreements must be assessed in light of their content, their objectives, their legal and economic context, and the way they are actually implemented"*.

Questa stessa parte della dottrina propone, nell'ambito della valutazione della restrittività per oggetto di un determinato accordo, di tenere a mente una tripartizione di massima:

¹⁰⁴ J.FAULL, A.NIKPAY, *cit.*, p. 235, ricordano come *"restrictions by object are those that by their very nature have the potential to restrict competition within the meaning of Article 101(1). The Court of Justice has state clearly on several occasions that, once an anti-competitive object has been shown, there is no need to take account of the concrete effect of an agreement. Thus, if the object of an agreement is to fix prices it will not be necessary to show that actual prices were in fact affected"*.

¹⁰⁵ J.FAULL, A.NIKPAY, *cit.*, p. 236.

1. restrizioni *manifeste* della concorrenza (“*obvious restrictions*”), che hanno un potenziale restrittivo talmente elevato da rendere superfluo ai fini dell’applicazione dell’articolo 101 dimostrare qualsiasi effetto concreto sul mercato. In queste ipotesi, la presunzione di illiceità è basata sulla natura particolarmente significativa della restrizione e sul dato di esperienza che mostra che le restrizioni della concorrenza per oggetto verosimilmente producono effetti negativi sul mercato e mettono a rischio gli obiettivi perseguiti dalle disposizioni dell’Unione in materia di concorrenza;
2. condotte *ragionevolmente* restrittive della concorrenza (“*ostensibly obvious restrictions*”), che, a seguito di un maggior grado di approfondimento, rilevano che esse non perseguono alcun oggetto anticompetitivo;
3. condotte *non manifestamente* restrittive della concorrenza (“*not-so-obvious restrictions*”), le quali, all’esito di una analisi approfondita, rilevano un oggetto anticompetitivo.

In questo schema, le restrizioni *sub* 1 costituiscono accordi che tradizionalmente sono restrittivi della concorrenza e con riferimento ai quali non è richiesto alcun esame di dettaglio al fine di concludere che essi posseggano un oggetto anticompetitivo. Con specifico riferimento agli accordi verticali, quelli finalizzati ad impedire il commercio parallelo all’interno dell’Unione o le cc.dd. clausole RPM saranno verosimilmente considerati restrittivi per oggetto.

La categoria *sub* 2, invece, comprende quegli accordi che *prima facie* sembrerebbero restrittivi della concorrenza per oggetto, ma che, eccezionalmente ed all’esito di una maggiore analisi, si rilevano non avere un oggetto anticompetitivo. Un esempio di tali accordi è rinvenibile nella pronuncia resa dalla Corte nel caso *Nungesser*, su cui cfr. *infra*.

Cionondimeno, come nota questa dottrina, “*these cases are not authority for the proposition that an extensive analysis of actual or potential effects of an agreement is necessary for it to be restrictive by object. In fact, in the vast majority of cases, [these types of agreements] will be easily found to fall within Article 101(1) – cases like Erauw Jacquery are distinguishable on their facts*”.¹⁰⁶

¹⁰⁶ J.FAULL, A.NIKPAY, *cit.*, p. 236.

In ogni caso, la valutazione degli effetti dell'accordo diviene imprescindibile qualora la natura anticoncorrenziale dell'oggetto non sia evidente: in molti casi, infatti, un accordo per certi versi restrittivo della concorrenza, potrebbe essere volto anche a conseguire risultati procompetitivi, come l'entrata su un dato mercato.

Conseguentemente, in tali ipotesi, l'onere probatorio a carico dell'autorità di concorrenza diventa senza dubbio più elevato e l'analisi economica dell'intesa decisiva. In particolare, l'effetto anticoncorrenziale deve essere determinato sulla base di una valutazione dell'impatto concreto dell'intesa sulla concorrenza, avuto riguardo alle caratteristiche del mercato in cui questa si iscrive.

Gli effetti che devono essere tenuti in considerazione sono sia quelli attuali che quelli potenziali. Perché un'intesa sia considerata restrittiva in virtù dei suoi effetti, occorre dunque che la stessa sia suscettibile di incidere negativamente sui prezzi, la produzione, l'innovazione, la varietà o la qualità dei beni e servizi offerti sul mercato rilevante, pur non essendo necessario accertare il concreto verificarsi dell'effetto lesivo.

Gli effetti anticoncorrenziali devono inoltre essere consistenti e non trascurabili: ciò dipende in primo luogo dalla posizione di mercato delle parti; tuttavia, il solo dato della quota di mercato detenuta dalle parti non determina automaticamente la consistenza degli effetti, essendo necessario procedere ad una valutazione individuale degli effetti che può produrre l'intesa.

In definitiva, anche nella valutazione degli effetti delle intese occorrerà dunque seguire un approccio rigorosamente economico, fondato, fra l'altro, sull'apprezzamento del potere di mercato detenuto da una o più parti dell'intesa e sull'analisi dell'idoneità di quest'ultima a creare, detenere o rafforzare tale potere, ovvero a consentirne lo sfruttamento a danno di concorrenti attuali o potenziali e/o degli utilizzatori.

Poste tali coordinate generali in materia di intese, occorre introdurre un ulteriore elemento di complessità al fine di ricostruire l'interezza del quadro entro il quale si inserisce l'attività di *enforcement* della Commissione in materia di *geo-blocking*. Si ritiene infatti opportuno formulare alcune considerazioni di ordine generale con riferimento a quelle intese restrittive della concorrenza aventi per oggetto o per effetto la ripartizione dei mercati geografici, con particolare riguardo alle ipotesi in cui la ripartizione geografica insista nell'ambito del territorio dell'Unione.

A ben vedere, infatti, le clausole di *geo-blocking* potrebbero rappresentare una intesa verticale restrittiva della concorrenza se ed in quanto venisse loro riconosciuto il potere di ripartire il mercato interno lungo i confini degli Stati membri che lo compongono. Sotto questo profilo, una valutazione della loro natura restrittiva – e, in caso affermativo, la qualificazione di tale restrittività come per oggetto o per effetto – non può che avvenire all’esito di una valutazione degli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali sul punto.

A questo è dedicato il paragrafo che segue.

3. Le intese restrittive della concorrenza aventi per oggetto o per effetto la ripartizione del mercato unico

Le intese restrittive della concorrenza aventi per oggetto/effetto la ripartizione del mercato unico presentano numerosi profili di complessità, che discendono in massima parte dalla loro strettissima correlazione con le disposizioni a tutela delle libertà di circolazione entro il mercato unico.

Tale prossimità, sia concettuale che fattuale, deriva dal fatto che il diritto della concorrenza dell’Unione, contrariamente ai sistemi giuridici di diritto antitrust di altre realtà nel mondo, considera l’integrazione dei mercati dei singoli Stati membri un valore in se stessa. In altri termini, l’integrazione dei mercati nazionali costituisce, nel diritto dell’Unione, oggetto di protezione autonoma e non meramente una delle possibili esternalità positive connesse all’applicazione delle disposizioni dei Trattati in materia di concorrenza.

Come correttamente è stato osservato, “*EU competition law and the internal market often go hand in hand*”.¹⁰⁷ Invero:

- a. da un lato, vi sono fattispecie anticoncorrenziali di confine.

Si considerino, ad esempio, i cartelli di spartizione geografica del mercato o gli accordi tra operatori di un dato mercato nazionale finalizzati ad escludere operatori di altri Stati membri dall’accesso a quel mercato. Tali condotte evidentemente costituiscono ostacoli eretti da soggetti privati ad un libero dispiegarsi degli scambi commerciali tra

¹⁰⁷ Cfr. P.IBANEZ COLOMO, *Article 101 TFEU and Market Integration*, in *LSE Legal Studies Working Paper No. 07/2016*.

Stati membri, con conseguente pregiudizio alla libera circolazione dei fattori produttivi;

- b. d'altro canto, vi sono casi in cui sono le disposizioni in materia di mercato interno ad approssimarsi significativamente a quelle in materia di concorrenza, nella misura in cui rimuovere ostacoli alla libera circolazione di beni o servizi facilita la concorrenza tra imprese.¹⁰⁸

Come è stato osservato, infatti, “*free trade is a sort of antimonopoly program in itself*”.

La particolare attenzione tributata dal diritto della concorrenza dell'Unione agli obiettivi di integrazione dei mercati nazionali degli Stati membri consente di comprendere il motivo per il quale, nella prassi decisionale e nella giurisprudenza europee, gli accordi illeciti finalizzati a restringere il libero commercio tra gli Stati membri siano considerati, in linea di principio, restrittivi della concorrenza “per oggetto”. Tale considerazione si applica non solo agli accordi orizzontali, ma anche a quelli verticali, con particolare riguardo alle intese idonee a restringere la concorrenza *interbrand*.

Il vero *punctum dolens* risiede proprio nell'espressione “in linea di principio”, nel senso che la Corte di Giustizia dell'Unione ha mostrato di ritenere che tale proibizione non possa essere ritenuta assoluta, ma vada temperata alla luce delle circostanze del caso concreto, che il giudice dell'Unione ha identificato con il contesto economico e giuridico entro il quale si colloca l'accordo di volta in volta controverso.

Ad ogni modo, quanto alle finalità del presente elaborato, sia sufficiente sottolineare come gli accordi di ripartizione del mercato interno, pur essendo *prima facie* restrittivi della concorrenza, ben potrebbero essere considerati legittimi alla luce di una valutazione del contesto entro il quale si collocano.

Alla luce degli orientamenti giurisprudenziali della Corte di cui subito sotto, gli accordi aventi lo scopo di ripartire il mercato interno sono da ritenere proibiti *prima facie* anche quando il bene oggetto del contratto incorpori un diritto di proprietà intellettuale. Ad

¹⁰⁸ J.D.C.TURNER, *Intellectual Property and EU Competition Law*, Oxford University Press, 2010, p.38, opportunamente rileva come allo scenario di cui sopra vadano aggiunte le considerazioni relative all'operatività delle leggi in materia di proprietà intellettuale. Sotto questo profilo, “*the scope of protection of intellectual property rights which can be justified under EU law must take into account the fundamental principle of the establishment of a single internal market over the territory of the EU and the EEA. The protection afforded by intellectual property rights must not be allowed to legitimize the insulation of the national markets of the member states and to lead to an artificial partitioning of the single market which the Treaty of Rome was intended to create*”.

esempio, in linea di principio, il fatto che l'accordo abbia ad oggetto la distribuzione di un farmaco protetto da brevetto ovvero di un contenuto musicale protetto da diritto d'autore non ne inficia la qualificazione giuridica ai sensi dell'articolo 101 TFUE.¹⁰⁹

Tale linea interpretativa è stata inaugurata con la pronuncia resa dalla Corte nel caso *Consten Grundig*, nel quale l'assegnazione di un marchio registrato era stato uno dei mezzi attraverso per conferire protezione territoriale ad un distributore.¹¹⁰

Più in dettaglio, la questione aveva ad oggetto un accordo di distribuzione esclusiva sottoscritto da Consten e Grundig, ai sensi del quale la prima acquisiva il diritto esclusivo di vendere prodotti a marchio Grundig in Francia in cambio dell'impegno a non operare con marchi concorrenti entro il territorio francese. Ai sensi delle previsioni di tale accordo, Grundig aveva acconsentito ad imporre restrizioni ai propri distributori in altri Stati membri al fine di impedire le importazioni parallele entro il territorio di

¹⁰⁹ I rapporti tra diritto della concorrenza dell'Unione e diritto della proprietà intellettuale sono stati, com'è noto, oggetto di innumerevoli contributi, tra i quali merita segnalare S.ANDERMAN, H.SCHMIDT, *EU Competition Law and Intellectual Property Rights*, Oxford University Press, 2011; J.D.C.TURNER, *Intellectual Property and EU Competition Law*, Oxford University Press, 2010; K.COATES, *Competition Law and Regulation of Technology Markets*, Oxford University Press, 2011; G.CAGGIANO, G.MUSCOLO, M.TAVASSI (a cura di), *Competition Law and Intellectual Property. A European Perspective*, Kluwer, 2012.

G.CAGGIANO, *Competition and Regulation of Intellectual Property Rights for the Achievement and Functioning of the Internal Market*, in G.CAGGIANO, G.MUSCOLO, M.TAVASSI (a cura di), *cit.*, p.4, brillantemente si riferisce ad un "convergent role" tra le due discipline; sulla stessa lunghezza d'onda G.GHIDINI, *On the Intersection between Intellectual Property and Antitrust Law*, in G.CAGGIANO, G.MUSCOLO, M.TAVASSI (a cura di), *cit.*, p. 30, il quale opportunamente cita l'espressione di Mario Monti, il quale aveva definito diritto antitrust e proprietà intellettuale "bride and groom".

S.ANDERMAN, H.SCHMIDT, *cit.*, sottolineano come il diritto della concorrenza abbia creato "an external legal system of regulation that applies to anti-competitive conduct not prevented by the internal system of regulation offered by IP legislation [...] the case law suggests that when certain forms of exercise of IPRs are characterized as anti-competitive or restrictive of competition, they can be unlawful even if they are perfectly lawful under the IP laws [...] there is a natural overlap in the aims of the two fields of law. The exclusive rights created by IP can laws provide an incentive to inventors to create substitute products within markets and new products which establish new markets. Similarly, IP licensing is a vehicle to enlarge exploitation of protected technologies and thereby create a wider diffusion of the new technology which either creates new markets or brings substitutes to existing markets".

J.D.C.TURNER, *cit.*, p. 3 sottolinea come i diritti di proprietà intellettuale "are essential to enable undistorted competition in factors such as innovation and quality, since in the absence of such protection an undertaking could appropriate the benefit of a rival's efforts instead of striving to better them".

¹¹⁰ Cfr. sentenza resa dalla Corte di Giustizia in data 13 luglio 1966, cause riunite C-56/64 e C-58/64, caso *Etabissements Consten S.à.R.L. e Grundig-Verkaufs-GmbH contro Commissione della C.E.E.*

S.ANDERMAN, H.SCHMIDT, *cit.*, p. 237 condivisibilmente pongono l'accento sul fatto che "if one were to read Article 101 (1) literally, it would appear to be confined to the type of anti-competitive agreements specified [...] fixing prices, limiting production, limiting markets, price discrimination, etc. In *Grundig*, however, the CJEU widened the scope of the prohibition in Article 101 (1) by defining it to apply to market partitioning agreements [...] an agreement between producer and distributor which might tend to restore the national divisions in trade between Member States might be such as to frustrate the most fundamental object of the Union".

esclusiva di Consten. La Commissione aveva ritenuto che tale accordo fosse illegittimo ai sensi dell'articolo 101 TFUE; le società impugnavano la decisione della Commissione dinanzi alla Corte di Giustizia.

In tale ipotesi, la Corte avrebbe ritenuto l'accordo controverso in grado di provocare l'isolamento del mercato francese, consentendo di praticare ai paciscenti prezzi sottratti ad un efficace meccanismo concorrenziale. Conseguentemente, l'accordo sarebbe stato idoneo a "mantenere artificialmente, per i prodotti di una marca molto diffusa, dei mercati nazionali distinti" nell'ambito dell'allora Comunità, risultando dunque atto a falsare la concorrenza nel mercato interno.

La Corte avrebbe dunque concluso che "giustamente [...] la decisione impugnata dichiara che l'accordo costituisce n'infrazione dell'articolo 85, paragrafo 1; qualsiasi altra considerazione relativa, vuoi agli aspetti economici [...] vuoi all'esattezza dei criteri adottati dalla Commissione nel confrontare la situazione del mercato francese con quella del mercato tedesco o ai possibili effetti favorevoli dell'accordo sotto altri aspetti, non avrebbe comunque potuto portare, di fronte alle restrizioni sopra menzionate, ad una soluzione diversa [...]".¹¹¹

Naturalmente, la posizione espressa dalla Corte sarebbe stata oggetto di progressivi affinamenti negli anni successivi.

Sotto questo profilo è particolarmente emblematica la pronuncia resa dalla Corte nel caso *Nungesser*.¹¹² Più in dettaglio, il giudice dell'Unione si era pronunciato a seguito dell'impugnazione della decisione¹¹³ con la quale la Commissione aveva ritenuto che un accordo di produzione e vendita relativo ad alcune varietà di sementi di granoturco fosse contrario all'articolo 101 TFUE.

L'accordo in questione era stato sottoscritto dall'Istituto Nazionale di Ricerca Agronomica (INRA), un ente francese di diritto pubblico la cui missione è quella di svolgere ricerche al fine di sviluppare e migliorare la produzione vegetale e dal signor Kurt Eisele. Ai sensi delle previsioni di tale accordo, il signor Eisele e la società Nungesser KG acquisiva il diritto esclusivo di vendere in Germania le varietà di

¹¹¹ Cfr. p.521 della sentenza.

¹¹² Cfr. sentenza resa dalla Corte in data 8 giugno 1982, causa C-258/78, caso *L.C. Nungesser KG e Kurt Eisele contro Commissione delle Comunità europee*.

¹¹³ Decisione della Commissione IV/28.824 – *Sementi di granoturco*

granoturco sviluppate dall'INRA. L'accordo prevedeva altresì un obbligo per il signor Eisele di importare dalla Francia come minimo i due terzi delle sementi necessarie al fabbisogno del mercato tedesco, obbligatoriamente tramite l'organizzazione francese SSBM, incaricata di procedere all'accentramento ed al coordinamento di queste operazioni; egli era invece autorizzato a far produrre sotto la propria responsabilità la parte restante, cioè al massimo un terzo di questo fabbisogno, verso pagamento di un canone.

Il ragionamento della Corte nel caso di specie è alquanto peculiare e si ritiene dunque di riportarne integralmente il *wording*.

Nella motivazione della decisione si richiamano due serie di circostanze per giustificare l'applicazione dell'articolo 85, n.1, alla licenza esclusiva di cui trattasi. [...] La prima serie di circostanze viene descritta come segue: "concedendo ad una sola impresa lo sfruttamento dei suoi diritti di costituzione di nuove varietà vegetali in un determinato territorio, il licenziante si priva per tutta la durata del contratto della facoltà di concedere una licenza ad altre imprese nello stesso territorio; impegnandosi a non produrre e a non vendere egli stessi nel territorio concesso, il licenziante elimina pure se stesso ed elimina anche la SSBM ed i suoi membri in quanto offerenti in tale territorio [...] la seconda serie di circostanze richiamate nella decisione viene descritta nella maniera seguente: "l'impossibilità per i terzi, senza l'autorizzazione dell'INRA o del sig. Eisele, di importare in Germania o di esportare da tale paese le stesse sementi", cioè quelle che costituiscono oggetto della licenza, provenienti o destinate ad altri paesi del mercato comune, contribuisce ad una ripartizione degli sbocchi e priva gli agricoltori-utilizzatori tedeschi di qualsiasi possibilità di discussione reale, in quanto tali sementi sono loro proposte attraverso il canale obbligatorio di un offerente unico in partenza [...] si deve osservare che queste due serie di considerazioni riguardano due situazioni giuridiche che non si identificano necessariamente. Nel primo caso, trattasi di una cosiddetta licenza o concessione esclusiva aperta, in cui l'esclusività della licenza riguarda solo il rapporto contrattuale fra il titolare del diritto ed il licenziatario, nel senso che il titolare s'impegna soltanto a non concedere altre licenze per la stessa zona e a non fare egli stesso concorrenza al licenziatario nell'ambito di tale zona. Nel secondo caso, viceversa, trattasi di una licenza o concessione esclusiva con protezione territoriale assoluta, con cui le parti contraenti si propongono di eliminare, per i prodotti e per la zona in questione, qualsiasi concorrenza da parte di terzi, come gli importatori paralleli o i licenziatari per altre zone [...]"

La Corte avrebbe dunque introdotto la distinzione tra licenza territoriale "aperta" e "chiusa".

Tale distinzione le avrebbe consentito di ritenere che, nel caso di specie, la concessione di una licenza esclusiva aperta, cioè di una licenza che non contenesse imposizioni nei confronti di terzi come gli importatori paralleli ed i licenziatari per altre zone, fosse

compatibile con le disposizioni in materia di intese restrittive della concorrenza; per converso, la licenza “chiusa”, consistente in una vera e propria protezione territoriale assoluta, sarebbe stata considerata manifestamente esorbitante rispetto a quanto indispensabile per il miglioramento della produzione o della distribuzione o della promozione del progresso tecnico. Conseguentemente, la protezione territoriale assoluta accordata al licenziatario, così come accertata nella decisione impugnata, costituiva un elemento di contrarietà rispetto alla disciplina di cui all’attuale articolo 101 TFUE.¹¹⁴

Per quanto di interesse in questa sede, dunque, la Corte ha mostrato di ritenere che il titolare di un diritto di proprietà intellettuale ha diritto di concederlo in licenza esclusiva al fine di produrre e distribuire piante e varietà vegetali. Cionondimeno, se le condizioni della licenza sono tali da influenzare o rendere comunque difficoltoso il commercio parallelo, l’accordo dovrebbe essere considerato restrittivo per oggetto.

Quanto sopra deve ritenersi un dato oramai acquisito.

Del pari, però, da un’analisi degli orientamenti giurisprudenziali della Corte si può desumere che la proibizione di accordi finalizzati alla ripartizione del mercato interno non è assoluta; se considerato alla luce del contesto economico e giuridico entro il quale esso si colloca, un accordo di licenza portatore di esclusiva territoriale, anche se comportante protezione territoriale assoluta o impedimento delle esportazioni, potrebbe essere ritenuto legittimo ai sensi dell’articolo 101 TFEUE.

I casi *Coditel II* ed *Erauw Jacquery* sono due chiari esempi in questo senso.

Dilungarsi su entrambi sarebbe esorbitante rispetto alle finalità del presente elaborato; per chiarezza della pronuncia e attinenza con il caso oggetto del presente studio, sia consentito soffermarsi sulla pronuncia resa dalla Corte nel caso *Coditel II*.

Più in dettaglio, il giudice dell’Unione era stato adito in via pregiudiziale dalla Corte di Cassazione belga con riferimento alla compatibilità di un accordo di assegnazione in licenza di un film con l’articolo 101 TFUE. La Corte belga chiedeva se il fatto che l’accordo di licenza fosse limitato al territorio di uno Stato membro e che una serie di

¹¹⁴ S.ANDERMAN, H.SCHMIDT, *cit.*, p. 243, opportunamente precisano che “[the Court] did not hold that all open licenses were cleared. Instead, it held that the exception was to be limited to cases where the technology was (1) new o the licensee’s market, (2) where the technology had been developed after years of research and experimentation; (3) where, without the exclusivity, the licensee might not have been willing to take on the risks of developing and marketing that new product; and (4) where the exclusive protection offered in the agreement applied only to manufacturing and selling the products produced by that manufacture in the territory”.

accordi di assegnazione analoghi potessero portare ad una frammentazione del mercato unico potesse ritenersi compatibile con il divieto di intese restrittive della concorrenza.

Per quanto di interesse in questa sede, la Corte avrebbe sottolineato come i problemi che la tutela del diritto del produttore di una pellicola cinematografica implica in relazione alle esigenze del Trattato non sono gli stessi di quelli riguardanti il diritto d'autore di opere letterarie ed artistiche, la cui messa a disposizione del pubblico si confonde con la circolazione del supporto materiale dell'opera, come nel caso del libro o del disco. Per converso, la pellicola appartiene alla categoria delle opere letterarie ed artistiche messe a disposizione del pubblico per mezzo di rappresentazioni che possono ripetersi all'infinito e la cui distribuzione fa parte della circolazione dei servizi, indipendentemente dal mezzo di diffusione pubblica, cinema oppure televisione. Inoltre, la Corte avrebbe rilevato come la distinzione tra l'esistenza di un diritto riconosciuto dalla legislazione di uno Stato membro in fatto di tutela della proprietà artistica ed intellettuale, che le disposizioni del Trattato non possono intaccare, ed il suo esercizio, che può costituire una restrizione dissimulata nel commercio fra gli Stati membri, vale del pari qualora tale diritto venga esercitato nella sfera di circolazione dei servizi. Il solo fatto che il titolare del diritto d'autore di un film abbia concesso ad un unico licenziatario il diritto esclusivo di rappresentarlo nel territorio di uno Stato membro, e quindi di vietarne la diffusione da parte di altri, per un periodo determinato, non è tuttavia sufficiente per affermare che tale contratto si deve considerare come l'oggetto, il mezzo o la conseguenza di un'intesa vietata dal Trattato.

In altri termini, in questa pronuncia come nel già citato caso *Erauw-Jacquery*, la Corte avrebbe ritenuto che la proibizione discendente dal Trattato di accordi finalizzati a ripartire il mercato interno non ha carattere di assolutezza.

Alla luce delle caratteristiche del contesto economico e giuridico, in altri termini, un accordo di licenza che fornisca esclusiva territoriale ad un dato soggetto ben potrebbe essere ritenuto al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 101 TFUE.

Coditel II fornisce un chiaro esempio in questo senso, nella misura in cui esso verteva su un accordo in forza del quale il distributore del contenuto audiovisivo aveva diritto ad impedire ai licenziatari basati in altri Stati membri di distribuire il lavoro coperto da privativa entro il suo territorio di esclusiva.

Se la Corte di Giustizia avesse esaminato i fatti del caso *Coditel II* (così come quelli del caso *Erauw*) alla luce dei criteri fissati in *Consten-Grundig*, verosimilmente l'accordo sarebbe stato ritenuto illegittimo in quanto restrittivo per oggetto. Lo scopo proprio dell'accordo di licenza esclusiva di *Coditel II* era eliminare qualsiasi forma di concorrenza *intra-brand*.

La funzione essenziale del diritto di comunicazione al pubblico controversa in *Coditel II* è di autorizzare il proprio titolare a richiedere remunerazione per *qualunque* rappresentazione del lavoro coperto. Il diritto, in altri termini, non copre meramente la prima rappresentazione del film, sia essa al cinema o in televisione o al teatro. L'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, al contrario, è richiesta per ogni singola rappresentazione al pubblico del lavoro; è questa la conseguenza della non applicazione del principio dello Stato d'origine, su cui cfr. il primo capitolo.

La Corte avrebbe ritenuto, a fronte di tale scenario, che un accordo che conferisca al licenziatario il diritto esclusivo di offrire il film in Belgio per un determinato periodo (e dunque di impedire ad altri di farlo) non è contrario di per se stesso all'articolo 101 TFUE. Tale accordo consente semplicemente al diritto di comunicazione al pubblico di ricoprire la propria funzione essenziale. Sotto questo profilo, peraltro *Coditel II* sarebbe stata confermata nella pronuncia *Murphy*, su cui ci si soffermerà più in dettaglio nel paragrafo successivo.¹¹⁵

Per quanto di immediato interesse in questa fase, però, occorre prima interrogarsi su un'altra questione preliminare: perché gli accordi finalizzati a ripartire il mercato interno non sono sempre considerati restrittivi per oggetto?

Detto altrimenti: perché la Corte ha concluso in *Nungesser* che un accordo recante protezione territoriale assoluta a beneficio di un distributore fosse restrittivo per oggetto e poi, solo quattro mesi dopo, in *Coditel II* essa ha ritenuto che un accordo di licenza

¹¹⁵ Cfr. Pronuncia resa dalla Corte di Giustizia in data 4 ottobre 2011, cause riunite C-403/08 e C-429/08.

La pronuncia in commento è stata oggetto di numerosi, validi contributi, tra i quali merita segnalare almeno E.BONADIO, "Communication to the public" in *FAPL v QC Leisure and Murphy v Media Protection Services (C-403/08 and C-429/08)*, in *European Intellectual Property Review*, 2012, p. 1; B.BATCHELOR, T.JENKINS, *FA Premier League: the broader implications for copyright licensing*, in *European Competition Law Review*, 2012, p.343; A.HEATH-SAUNDERS, *An end to the country by country selling of TV rights within the European Union?*, in *International Sports Law Review*, p.43; E.SZYSZCZAK, *Karen Murphy: Decoding Licenses and Territorial Exclusivity*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2012 (3), p.169ss.; C.WARD, D.AMOR, *Significant Change to the European Media Rights Landscape?*, in *Computer and Telecommunications Review*, 2012, p.86 ss.; M.CASTELLANETA, *Lo Stato non può vietare l'uso dei decoder esteri per trasmettere via satellite gli incontri di calcio*, in *Guida al diritto*, 2011 (42), p.48 ss.

avente il medesimo effetto sul mercato interno non fosse di per sé contrario all'articolo 101 TFUE?

Rispondere a tale interrogativo assume rilievo ai fini della presente analisi, nella misura in cui consente di formulare qualche speculazione circa una possibile valutazione delle clausole che recano *geo-blocking* alla luce del diritto della concorrenza dell'Unione. Sotto questo profilo, si ritiene in questa sede di aderire *in toto* alle considerazioni espresse da una parte della dottrina,¹¹⁶ la quale in estrema sintesi ha ritenuto che il modo per ricondurre ad unità le pronunce di cui sopra sia fare riferimento al nucleo essenziale delle facoltà conferite da un diritto di proprietà intellettuale (diritto d'autore, nel nostro caso).

Non appena un accordo tra privati esorbita il nucleo essenziale (la *specific subject matter* di quel diritto, nel gergo utilizzato dalla Corte di Giustizia) dei benefici che un diritto di proprietà intellettuale è finalizzato a conferire, esso è restrittivo della concorrenza. Tali considerazioni sono sviluppate nel dettaglio di seguito.¹¹⁷

Ciascun diritto di proprietà intellettuale definisce la gamma di atti che il titolare del diritto stesso può autorizzare o proibire. Sotto questo profilo, la dottrina in commento suggerisce di ipotizzare che l'ambito applicativo di ciascuna proprietà abbia una dimensione sostanziale ed una geografica. Per quanto concerne la dimensione sostanziale, occorre ulteriormente differenziare tra quei diritti che sono soggetti al principio di esaurimento (su cui cfr. il primo capitolo) e quelli che, per converso, non lo sono.

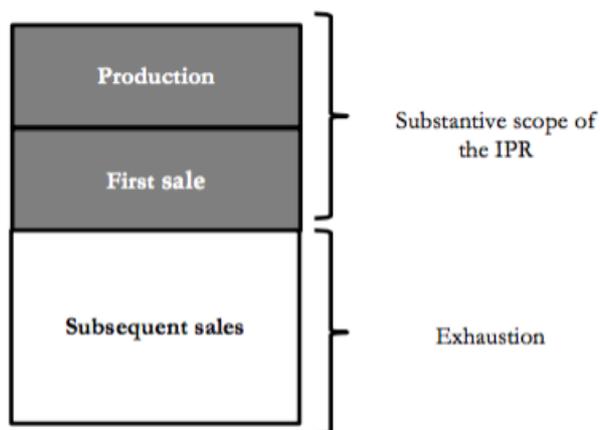
Quando un diritto è incorporato in un bene tangibile, come un DVD, il titolare del diritto è nella posizione di autorizzare o proibire (i) la riproduzione del contenuto e (ii) la prima vendita di tale contenuto. La dottrina dell'esaurimento si applicherebbe a tutte le vendite successive, che ricadrebbero al di fuori dello scopo sostanziale del diritto di proprietà intellettuale. Nell'ambito del *copyright*, si è visto non a caso nel Capitolo I che la Direttiva InfoSoc prevede un diritto di distribuzione che si ritiene esaurito all'atto

¹¹⁶ Cfr. P.IBANEZ COLOMO, *Article 101 TFEU and Market Integration*, in *LSE Legal Studies Working Paper No. 07/2016*.

¹¹⁷ S.ANDERMAN, H.SCHMIDT, *cit.*, p. 235 si pongono sostanzialmente sulla stessa lunghezza d'onda, ritenendo che “*the Commission was prepared to draw a distinction between provisions in the licensing agreement which flowed from the inherent subject matter of the licensed right and formed part of the right itself and which should be compatible with Article 101(1) and those clauses which were an attempt to extend the economic power of the licensor beyond its inherent scope. The first category formed a notable exception to the Commission’s freedom of action concept of restriction on competition*”.

della prima vendita o di ogni trasferimento successivo da parte del titolare del diritto o con il suo consenso.

La figura che segue è tratta dal contributo oggetto di menzione ed aiuta ad una migliore comprensione della questione: l'oggetto sostanziale del diritto di proprietà intellettuale garantisce copertura nelle more della produzione ed all'atto della prima vendita (messa in commercio) del bene che incorpora il diritto di privativa intellettuale; tutte le vendite successive alla prima, in ragione dell'operatività del principio di esaurimento, debbono ritenersi al di fuori dell'ambito applicativo del diritto.



I diritti di privativa intellettuale pertengono inoltre ad un determinato territorio. Il diritto a riprodurre un determinato contenuto e ad immetterlo in commercio, infatti, esiste in considerazione dell'operatività di un ordinamento giuridico locale che contiene regole che riconoscono questo meccanismo. Questa è l'essenza del c.d. principio di territorialità (su cui cfr. il primo capitolo).

Per quanto di interesse in questa sede, *i.e.* per quanto concerne il principio di esaurimento, l'operatività del principio di territorialità implica che il fatto che un dato diritto si sia esaurito entro un dato territorio non implica che esso sia esaurito anche in un altro. Ciò dipende dall'estensione geografica della dottrina dell'esaurimento, *i.e.* dal Paese nel quale deve avvenire la prima vendita del prodotto al fine di applicare tale dottrina. Con specifico riferimento al diritto dell'Unione, è stato stabilito che il principio dell'esaurimento trovi applicazione a livello dell'Unione. Ciò implica che una volta che un prodotto sia immesso sul mercato dal titolare del diritto d'autore o con il suo consenso nell'ambito dell'Unione, esso può circolare liberamente all'interno del mercato unico. Il titolare del contenuto avrà dunque titolo ad autorizzare o proibire la vendita di contenuti che siano stati immessi in commercio da lui o con il suo consenso.

Controllare le importazioni di prodotti concepiti per essere venduti in un dato luogo rientra nel novero dei diritti che il titolare del diritto ha titolo ad autorizzare o proibire. Ad esempio, l'articolo 4, paragrafo 2 della Direttiva InfoSoc limita lo scopo territoriale del principio di esaurimento alla prima vendita del bene nell'ambito dell'Unione.

Il vero nodo gordiano connesso alla materia che ci occupa in questa sede è costituito dal fatto che altri diritti non sono soggetti ad esaurimento. È questo il caso, ad esempio, del diritto di comunicazione al pubblico. Il titolare del diritto ha titolo ad autorizzare o proibire qualunque comunicazione al pubblico del diritto protetto da *copyright*. Conseguentemente, anche se un film è in fase di *broadcasting* con il suo consenso, l'autore conserva comunque il diritto a controllare la circolazione transfrontaliera di quel contenuto all'interno dell'Unione. Una impresa che avesse ricevuto titolo a distribuire un lavoro al pubblico all'interno di uno Stato membro non avrebbe diritto a distribuirlo all'interno di altri Stati membri che non siano coperti dalla licenza.

L'esercizio del diritto di comunicazione al pubblico entro tale contesto non è contrario al dettato dell'articolo 56 TFUE, anche se esso impedisce la diffusione transfrontaliera del servizio, come attualmente sancito dall'articolo 3, paragrafo 3 della Direttiva InfoSoc, che recepisce in termini di diritto positivo la pronuncia *Coditel I*.

La logica che sottende l'applicazione della dottrina dell'esaurimento è piuttosto chiara. Quando un diritto di proprietà intellettuale è incorporato in un bene fisico, il titolare del diritto si trova già nella posizione di ricevere appropriata remunerazione per il proprio operato attraverso il controllo della produzione e della immissione in commercio di ciascun oggetto che incorpori il diritto di proprietà intellettuale. Se, però, il diritto è sfruttato in una maniera intangibile, non c'è equivalente per l'immissione in commercio. Il fatto che un determinato film venga mostrato in TV non può essere trattato allo stesso modo della vendita di un DVD.

Si pensi ad un accordo di licenza che abbia ad oggetto il diritto di comunicazione al pubblico di un lavoro nel Regno Unito. Se un accordo autorizzi il licenziatario ad autorizzare o proibire ogni forma di comunicazione al pubblico che avvenga nel Regno Unito, esso rimane entro l'ambito applicativo sostanziale e geografico del diritto. Come conseguenza, esso non è restrittivo per oggetto. Se il titolare del diritto può invocare il diritto di comunicazione al pubblico al fine di controllare la fornitura transfrontaliera di servizi, un accordo che dia al licenziatario il medesimo diritto non restringe concorrenza che sarebbe invece esistita in sua assenza.

Per converso, l'accordo sarebbe restrittivo della concorrenza se il licenziatario fosse dotato del diritto di controllare ogni forma di comunicazione al pubblico al di fuori del Regno Unito. In tal caso, ci sarebbe un *mismatch* tra il diritto e l'accordo. Il diritto coprirebbe ogni forma di comunicazione al pubblico nel Regno Unito, ma l'accordo autorizzerebbe il licenziatario a controllare atti che avvengano in altri Stati membri. Il licenziatario ricadrebbe dunque al di fuori dello scopo di applicazione geografica del diritto e dunque restringerebbe una concorrenza che ci sarebbe stata in sua assenza.

Tale impostazione consente di restituire senso agli orientamenti giurisprudenziali di cui sopra. Con specifico riferimento al caso *Nungesser*, ad esempio, è stato sottolineato come la Corte abbia distinto tra licenze territoriali "aperte" e "chiuse". Le prime non sarebbero restrittive per oggetto, mentre le seconde sarebbero proibite *prima facie*. Una licenza esclusiva "aperta", infatti, per le sue caratteristiche rimane entro l'ambito applicativo del diritto del titolare della privativa intellettuale, che comprende il diritto a controllare la commercializzazione dei semi dopo la relativa messa in commercio. Una licenza "chiusa", d'altra parte, è quella che, sulla base della posizione della Corte, deve ritenersi restrittiva della concorrenza in linea di principio ed è improbabile soddisfi le condizioni di cui all'articolo 101 (3) TFUE.

Poste tali coordinate di massima relative all'approccio della Corte e della dottrina agli accordi restrittivi della concorrenza perché ripartitori del mercato interno, è possibile affrontare con maggiore consapevolezza due casi concreti di importanza cruciale ai fini della presente analisi.

Il primo è il famosissimo caso *Murphy*, che costituisce senz'altro il precedente maggiormente in termini quando si tratta di valutare la compatibilità con il diritto dell'Unione di pratiche che comportino discriminazioni geografiche nel settore dei contenuti audiovisivi, sia pure in quel caso essi avessero natura sportiva. L'importanza di fare riferimento a questo caso sarà più chiara *infra*; in questa fase di prima introduzione, sia sufficiente rilevare che il caso *Pay-TV* avviato dalla Commissione rappresenti l'estrema propaggine del caso *Murphy* sotto il profilo concettuale.

Quanto al caso *Pay-TV*, come accennato ripetutamente, esso costituisce il primo tentativo di *enforcement* della Commissione nel settore che ci interessa.

4. Il caso *Murphy*

La questione riguardava lo sfruttamento dei diritti sulla trasmissione in diretta degli incontri del campionato di calcio inglese.

Più in dettaglio, la Corte era stata adita in via pregiudiziale con riferimento alla compatibilità con il diritto dell'Unione di alcune previsioni contenute negli accordi di licenza esclusiva dei diritti di *broadcasting* degli incontri del campionato di calcio inglese. La previsione di un regime di esclusiva territoriale era dovuto alla necessità di ottimizzare lo sfruttamento dei diritti sulla trasmissione in diretta degli incontri del campionato di calcio.

In estrema sintesi, la questione aveva dunque ad oggetto la prestazione transfrontaliera di servizi di radiodiffusione.

Nel periodo controverso, ogni incontro della Premier League veniva ripreso dalla BBC o da Sky. Le immagini selezionate ed i rumori di sottofondo delle partite venivano completati con i loghi, le sequenze video ed i grafici sullo schermo, nonché la musica ed il commento in inglese. Questo pacchetto completo di contenuti veniva conseguentemente compresso e codificato e quindi trasmesso via satellite alle emittenti televisive estere titolari di licenza. L'emittente decodificava e decomprimeva il segnale, aggiungeva il proprio logo ed i commenti, comprimeva e codificava nuovamente il segnale e lo trasmetteva via satellite agli abbonati nel territorio alla medesima assegnato. Gli abbonati possono decodificare e decomprimere tali contenuti tramite un'antenna parabolica ed un decodificatore che necessitava di una scheda di decodificazione.

Ai sensi del contratto di licenza, i *broadcaster* avevano acconsentito a non esportare le schede di decodificazione del segnale al di fuori del territorio coperto dall'accordo di licenza.

Senonché, alcune imprese avevano iniziato ad importare nel Regno Unito schede di decodificazione dall'estero, nel caso di specie dalla Grecia, al fine di offrire presso i locali pubblici britannici la trasmissione degli incontri di calcio a prezzi più competitivi di quelli dell'emittente televisiva operante in tale Stato. Tra di esse, la signora Murphy, proprietaria di un pub nel Regno Unito, era stata coinvolta in un procedimento penale per aver mostrato nel proprio locale partite della Premier League usando una scheda di decodificazione greca.

La Corte avrebbe statuito che, . per poter valutare l'oggetto eventualmente anticoncorrenziale di un accordo, occorre far riferimento, segnatamente, al tenore delle sue disposizioni, agli obiettivi dallo stesso perseguiti, nonché al contesto economico e giuridico in cui esso si colloca. Quanto ai contratti di licenza di diritti di proprietà intellettuale, dalla giurisprudenza della Corte emerge che la sola circostanza che il titolare dei diritti abbia concesso ad un unico licenziatario il diritto esclusivo di radiodiffusione di un oggetto protetto a partire da uno Stato membro e, quindi, di vietarne la diffusione da parte di altri, per un periodo determinato, non è tuttavia sufficiente per affermare che tale accordo presenti un oggetto anticoncorrenziale. Tanto premesso, per quanto attiene alle restrizioni territoriali dell'esercizio di tale diritto, la Corte avrebbe ricordato che, secondo i propri precedenti orientamenti giurisprudenziali, , un accordo volto a ristabilire la compartimentazione dei mercati nazionali può essere tale da impedire il perseguimento dell'obiettivo diretto a realizzare l'integrazione dei mercati nazionali tramite la creazione di un mercato unico. In tal senso, contratti diretti a compartimentare i mercati nazionali secondo le frontiere nazionali ovvero rendendo più ardua l'integrazione dei mercati nazionali devono essere considerati, in linea di principio, quali accordi aventi ad oggetto la restrizione della concorrenza ai sensi dell'art. 101, n.1 TFUE.

La Corte avrebbe dunque abbracciato le conclusioni dell'AG Kokott, la quale aveva ritenuto che un accordo del tipo di quello dedotto nella controversia in questione doveva ritenersi assimilabile ad una proibizione assoluta delle esportazioni parallele, con conseguente limitazione della concorrenza tra *broadcasters*.

La pronuncia del giudice dell'Unione merita alcune riflessioni.

In primo luogo, la Corte chiarisce oltre ogni dubbio come non fosse in questione la compatibilità con l'articolo 101 TFUE dell'accordo di licenza *lato sensu*; solo le "obbligazioni accessorie" costituite dalla restrizione alla circolazione delle schede di decodificazione è stata presa in considerazione e solo questa obbligazione è stata ritenuta restrittiva per oggetto. La Corte avrebbe dunque ritenuto che le parti non avessero addotto argomenti sufficientemente persuasivi a sostegno del fatto che il contesto economico e giuridico entro il quale si inserivano tali pattuizioni accessorie fosse tale da giustificare la legittimità.

Rispetto alle finalità del presente elaborato ed all'analisi che si sta conducendo, assume particolare rilievo il fatto che la Corte, nelle more della pronuncia in commento,

espressamente richiami la precedente sentenza resa nel caso *Coditel II*. Ciò vuol dire che, nell'impalcatura concettuale predisposta dal giudice dell'Unione, le due pronunce sono assimilabili o comunque non reciprocamente escludenti sotto il profilo della *ratio* che le sottende. Sennonché, applicando alle obbligazioni accessorie di *Murphy* il rationale di *Coditel II* si sarebbe dovuto più logicamente concludere che esse fossero legittime, in quanto poste al di fuori dell'ambito applicativo dell'articolo 101 TFUE.

La dottrina in commento spiega tale apparente contraddizione riflettendo sulle differenze tra i due casi. Al fine di comprendere tali argomentazioni, soccorre un rinvio al primo capitolo ed ai concetti ivi contenuti.

Ad ogni modo:

- a. le obbligazioni accessorie di *Murphy* ricadono al di fuori dell'ambito applicativo del diritto di comunicazione al pubblico via satellite. Infatti, a ben vedere, il diritto di comunicazione al pubblico comprende quello di autorizzare o proibire qualsiasi comunicazione al pubblico, ma non il diritto di autorizzare o proibire l'importazione di schede di decodificazione. È proprio per questo che tali clausole sono "accessorie" rispetto all'obbligazione principale ed è proprio per questo che la Corte le ritiene illegittime;
- b. tali pattuizioni fuoriescono altresì dall'ambito geografico del diritto di comunicazione al pubblico. Tale considerazione deriva dal regime *sui generis* cui sono sottoposte le comunicazioni al pubblico via satellite. Ai sensi delle previsioni della direttiva SatCab (su cui cfr. il primo capitolo), infatti, si ritiene che una comunicazione al pubblico via satellite abbia luogo esclusivamente nello Stato membro dal quale origina il segnale.¹¹⁸ Il fatto che la trasmissione di contenuti via satellite possa raggiungere altri territori rispetto a quelli per i quali l'operatore possiede la licenza, in linea di principio, è dunque irrilevante nell'ambito applicativo della direttiva. In questo senso, la direttiva consente ai *broadcasters* via satellite di competere tra loro; di conseguenza, ai sensi della direttiva, un *broadcaster* via satellite ben potrebbe raggiungere gli

¹¹⁸ Utilizzando l'espressione della direttiva, la comunicazione al pubblico via satellite si configura "unicamente nello Stato membro in cui, sotto il controllo e la responsabilità dell'organismo di radiodiffusione, i segnali portatori di programmi sono inseriti in una sequenza ininterrotta di comunicazione diretta al satellite e poi a terra".

utenti del segnale nel Regno Unito anche se il titolare del contenuto lo ha autorizzato a trasmettere solo in Grecia.

Riconducendo tali considerazioni alla teoria generale di cui sopra deriva che, ad avviso della Corte, le pattuizioni accessorie contenute nei contratti di licenza avevano l'effetto di impedire un confronto concorrenziale, quello tra i *broadcasters* dei vari Stati membri, che avrebbe avuto luogo in assenza delle stesse clausole.

5. Il caso *Pay-TV*

In questo scenario, come accennato in sede introduttiva, si inserisce poi il procedimento istruttorio *Pay-TV*, recentemente avviato dalla Commissione europea.

Più in dettaglio, nel gennaio 2014 la Commissione europea ha annunciato l'avvio di un procedimento nei confronti di sei delle c.d. *Hollywood major*, nonché di Sky UK, uno dei maggiori *providers* di servizi di *pay-TV* europei.

La preoccupazione concorrenziale principale espressa dalla Commissione al momento dell'avvio del procedimento era che gli accordi di licenza tra gli *studios* ed i *broadcasters* potessero restringere la possibilità per questi ultimi di offrire i propri servizi audiovisivi entro Stati membri diversi da quello coperto dalla licenza esclusiva.

Sin da un primo accenno alla questione, risulta dunque chiaro il parallelismo tra la vicenda in commento e quella oggetto del caso *Murphy*, su cui subito sopra. Non è un caso che in dottrina vi è chi abbia commentato l'avvio del procedimento *Pay-TV* ritenendo che esso sia finalizzato ad esplorare i confini della pronuncia *Murphy*, nel senso di valutarne una eventuale estensibilità oltre il perimetro delle comunicazioni al pubblico via satellite. Detto altrimenti, scopo del caso *Pay-TV* sarebbe quello di comprendere se e fino a che limite il principio di diritto enucleato in *Murphy* possa ritenersi applicabile analogicamente a tutte le forme di *broadcasting*. Risulta del pari evidente sin da questi sintetici accenni come, a prescindere dalle questioni legate al diritto della concorrenza, il caso contiene malcelate tracce di *policy* più generale, in forza della quale la Commissione, nell'ambito della Strategia per la creazione del Mercato Unico Digitale, vuole assicurarsi che gli utenti dei servizi di *Pay-TV* possano accedere a contenuti protetti da *copyright* da Stato membro a Stato membro.

Nel momento in cui si scrive, il procedimento è ancora pendente; in data 26 luglio 2016, la Commissione ha accettato gli impegni proposti da Paramount. Sulla base delle

preoccupazioni concorrenziali espresse in sede di avvio e delle considerazioni svolte dalla Commissione nella decisione con la quale ha accettato gli impegni di Paramount, sembra però già possibile trarre un bilancio provvisorio relativo agli obiettivi che la Commissione si è posta, nonché tentare qualche previsione circa gli esiti del procedimento.

Entrando nel dettaglio della questione controversa, essa ha ad oggetto accordi di licenza pendenti tra Sky UK e gli *studios*, con particolare riferimento alle previsioni di questi accordi che:

- a. impediscono/limitano la possibilità per Sky UK di fornire i propri servizi di *pay-tv* in risposta a richieste non sollecitate di consumatori localizzati in un altro Stato membro (cc.dd. vendite passive). Sotto questo profilo, come è stato osservato, la Commissione “*transposes the divide between active and passive selling that is found in the Guidelines on vertical restraints and in the Guidelines on technology transfer agreements*”;
- b. impongono agli *studios* di proibire/limitare la possibilità dei *broadcasters* di fornire i propri servizi di *pay-TV* in risposta a richieste non sollecitate di consumatori nell’ambito dei territori oggetto di licenza esclusiva.

In data 23 luglio 2015, la Commissione avrebbe destinato alle parti la propria comunicazione degli addebiti, sulla base della quale si ritiene che tali previsioni siano contrarie alla disposizione dell’articolo 101 TFUE.

Più in dettaglio, la Commissione ritiene che:

1. le previsioni di cui sopra siano restrittive della concorrenza per oggetto, nel significato di cui all’articolo 101 TFUE;
2. non ci siano circostanze desumibili dal contesto economico e giuridico entro il quale si colloca l’accordo che porterebbero a ritenere giustificata la restrizione concorrenziale;
3. le clausole controverse non soddisfino le condizioni di cui all’articolo 101 (3) TFUE.

Come accennato, nel luglio 2016, la Commissione avrebbe dunque accettato gli impegni proposti da Paramount. Nell’ambito della decisione di accettazione degli impegni, per

quanto di interesse in questa sede, la Commissione avrebbe anzitutto ricordato che, al fine di considerare una data condotta restrittiva della concorrenza per oggetto, occorre avere riguardo a (i) i contenuti dell'accordo, (ii) gli obiettivi che esso mira ad ottenere e (iii) il contesto economico e giuridico del quale esso forma parte.

In secondo luogo, essa avrebbe effettuato un *excursus* dei precedenti orientamenti giurisprudenziali della Corte sul punto. Non sorprendentemente, la Commissione ha richiamato:

1. *Consten-Grundig*, al fine di ricordare la distinzione tra esistenza ed esercizio del diritto di proprietà intellettuale; sotto questo profilo, ricorda la Commissione, i diritti derivanti dalla privativa intellettuale non possono spingersi sino a frustrare gli interessi perseguiti dal diritto della concorrenza dell'Unione;
2. *Coditel II*, al fine di ricordare che l'esercizio dei diritti conseguenti specificamente dalla privativa intellettuale su un film non vengono in rilievo ai sensi del diritto della concorrenza in quanto tali, ma solo in presenza di determinate condizioni. Più in dettaglio, il sol fatto che il titolare di un diritto abbia garantito ad un licenziatario esclusivo il diritto di riprodurre un film entro il territorio di un determinato Stato membro ovvero di trasmettere materiale protetto da privativa intellettuale da uno Stato membro e conseguentemente proibirne la trasmissione da parte di terzi in un determinato periodo non è sufficiente a giustificare la considerazione per cui tale accordo sia restrittivo della concorrenza per oggetto;
3. *Murphy*, al fine di ribadire che un accordo che tenda a compartimentare il mercato interno è suscettibile di violare le disposizioni dei Trattati finalizzate a garantire l'integrazione dei mercati degli Stati membri. Conseguentemente, quando un accordo sia disegnato nel senso di proibire o limitare la previsione transfrontaliera di servizi di *broadcasting*, si ritiene che esso abbia ad oggetto la restrizione della concorrenza, a meno che altre circostanze risultanti dal contesto economico e giuridico entro il quale si inserisce l'accordo non portino a ritenere altrimenti. Sotto questo profilo, la Commissione si sofferma significativamente a lungo sul concetto di obbligazioni accessorie enucleato in *Murphy*, al fine di sottolineare che esse costituiscono altrettante previsioni esorbitanti rispetto all'ambito applicativo

del diritto di proprietà intellettuale (la famosa *specific subject matter*). Sotto questo profilo, la Commissione effettua una considerazione assai interessante, che restituisce senso all'enfasi posta nel primo capitolo sulla descrizione delle dinamiche del mercato della trasmissione di contenuti audiovisivi. Più in dettaglio, dopo aver ribadito l'oramai consueto principio secondo il quale il nucleo fondamentale della privativa intellettuale consiste nel diritto di sfruttamento dell'opera al fine di trarne profitto, la Commissione ricorda come tale nucleo non arrivi sino a garantire al titolare del diritto la possibilità di ottenere la *massima* remunerazione possibile. Sotto questo profilo, è evidente come tale considerazione assuma grande rilevanza nel mercato in questione, atteso che, come accennato nel capitolo I, licenziare un contenuto in ciascuno Stato membro risponde ad esigenze di massimizzazione del profitto da parte del produttore del contenuto, che altrimenti – nella visione espressa da tale parte del procedimento – rischierebbe l'uscita dal mercato, in quanto non riuscirebbe a far fronte all'elevato rischio di impresa intrinsecamente connesso all'attività di produzione cinematografica. Del resto, anche l'art. 10 della direttiva in materia di diritto d'autore precisa che la remunerazione del titolare deve essere "appropriata". Applicare tale principio al *broadcasting* di contenuti audiovisivi implica che tale remunerazione debba essere ragionevole in relazione ai parametri del singolo contenuto, come la sua *audience* effettiva e potenziale.

Premesse tali considerazioni, la Commissione esaminato il contenuto degli impegni proposti da Paramount e li rende vincolanti.¹¹⁹ Sotto questo profilo, Paramount si è

¹¹⁹ Il contributo contenuto in <https://chillingcompetition.com/2016/04/22/breaking-news-pay-tv-investigation-paramount-offers-commitments/> analizza in maniera piuttosto interessante le ricadute sulle parti del procedimento della decisione di accettazione degli impegni. Tralasciando la posizione di Paramount, che avrà evidentemente ritenuto di proporre impegni in considerazione di legittime ed autonome valutazioni di *business*, gli autori ritengono che la portata della decisione sia significativa esclusivamente per gli interpreti, nella misura in cui apre una finestra sul segreto istruttorio e consente dunque di afferrare alcuni aspetti del ragionamento della Commissione. Sotto questo profilo, infatti, è notorio che una decisione di accettazione di impegni da parte di uno dei soggetti coinvolti in un procedimento istruttorio plurisoggettivo non comporti una declaratoria di illegittimità delle condotte delle altre parti. Del pari, per la Commissione l'accettazione degli impegni rappresenta certamente un risultato degno di pubblicità, nella misura in cui ha ottenuto la modifica del tessuto negoziale degli accordi di uno dei principali operatori internazionali. Cionondimeno, il procedimento è ancora aperto e continua ad impiegare un certo quantitativo di risorse istruttorie; da questo punto di vista, dunque, esso non può essere considerato risolutivo.

impegnata ad escludere dai propri accordi le clausole accessorie identificate in apertura e a non tentare di aggirare in alcun modo tale impegno.

Alla luce delle considerazioni sovraesposte, è possibile trarre delle conclusioni di massima.

In primo luogo, vi è una rilevante differenza tra i casi *Murphy* e *Pay-TV*, che concerne il regime regolatorio che sottende i fatti di causa. Nel primo, infatti, la Corte era stata chiamata a pronunciarsi nell'ambito di una controversia influenzata – come accennato *supra* – dall'operatività della *lex specialis* rappresentata dalla direttiva SatCab, nell'ambito della quale trovava applicazione il principio dello Stato di origine del segnale.

Nel caso *Pay-TV*, la Commissione prende in esame anche le trasmissioni di contenuti *on-line*, cui tale principio non si applica. Per converso, a quest'ultima fattispecie deve ritenersi applicabile il principio opposto dello Stato di destinazione, per cui l'atto di comunicazione al pubblico si ritiene compiuto nello Stato di destinazione del segnale. In questo senso, la Commissione sembra concludere che *Murphy* superi *Coditel II*: nella decisione Paramount, infatti, essa ritiene che gli accordi di licenza controversi siano restrittivi della concorrenza per oggetto.

Qualora la Commissione dovesse perseverare nella propria visione preliminare e considerare le clausole controverse restrittive per oggetto, ciò produrrebbe numerose conseguenze di rilievo. Innanzitutto, a prescindere dal fatto che la Commissione abbia espressamente precisato che il procedimento non sarà esteso soggettivamente, una eventuale conferma di questa visione preliminare produrrebbe significative conseguenze sulle dinamiche dell'intero mercato.

Sotto questo profilo, il fatto che le previsioni di blocco geografico dedotte nel procedimento siano mere previsioni accessorie a più ampi accordi tra alcuni operatori non consente di ritenere che gli effetti di questa pronuncia si limiteranno solo al caso di specie. Si pensi a quanto accaduto con riferimento al famoso caso delle clausole di fissazione del prezzo RPM. Esse sono tradizionalmente considerate restrittive per oggetto dalla Commissione e dalle autorità nazionali, che ciclicamente attuano attività di *enforcement* al fine di ribadire la contrarietà ai principi del diritto della concorrenza. La conseguenza nella prassi è che, generalmente, gli accordi tra produttore e distributore tendono ad evitare l'inclusione di simili previsioni.

A prescindere da questo, come sottolineato da una parte dei commentatori,¹²⁰ sarà poi necessario ricondurre queste considerazioni della Commissione tese a limitare la portata della decisione con le istanze dei piccoli produttori audiovisivi, a carattere prevalentemente locale.

Ne deriva come, sulla base degli elementi attualmente a disposizione degli interpreti, sembrano ipotizzabili tre scenari:

1. la Commissione potrebbe chiudere il procedimento con una decisione di non applicabilità ai sensi dell'articolo 10 del Regolamento 1/2003, ritenendo che la pratica ricada al di fuori degli articoli 101 e 102 TFUE.

Per quanto astrattamente percorribile, tale soluzione sembra più che altro un'ipotesi di scuola, posto che da un lato, sulla base di quanto risulta, la Commissione non ha mai adottato una decisione di questo genere dopo aver avviato un procedimento istruttorio e, dall'altro, sembra difficile che con l'enfasi che il diritto della concorrenza dell'Unione tradizionalmente conferisce agli obiettivi di integrazione del mercato e con la Strategia per il Mercato Unico Digitale attualmente pendente la Commissione si prenda carico della responsabilità di statuire tramite una decisione formale che un accordo che garantisce protezione territoriale esclusiva potrebbe, sia pure a determinate condizioni, essere ritenuto legittimo;

2. in secondo luogo, sembra possibile ipotizzare una decisione dal contenuto ampio, che finisca col contenere una sorta di *set* di Linee Guida che consentano agli operatori del mercato di stabilire se ed a quali condizioni le pratiche di *geo-blocking* possano ritenersi compatibili col disposto dell'articolo 101 (3) TFUE.

Anche questa alternativa non sembra percorribile, nella misura in cui nella decisione *Paramount* la Commissione ha già preso posizione circa il fatto che, a suo avviso, le pattuizioni controverse siano restrittive della concorrenza per oggetto e dunque per definizione incompatibili con l'articolo 101(3) TFUE;

¹²⁰ Cfr. P. IBANEZ COLOMO, *The Commission Investigation into Pay TV Services: Open Questions*, in *Journal of European Competition Law&Practice*, 2014 (5), p.531 ss., nonché, più recentemente dallo stesso autore, *Copyright reform against the background of Pay TV and Murphy: a legal analysis*, reperibile *on-line* all'indirizzo <https://antitrustlair.files.wordpress.com/2017/06/ibanez-colomo-copyright-reform-against-the-background-of-pay-tv-and-murphy.pdf>.

3. in terzo luogo, la Commissione potrebbe ritenere tali accordi restrittivi per oggetto, ma limitare attentamente la portata della decisione in modo da affermare che tale proibizione vada considerata limitata ai soli accordi oggetto del procedimento.

Ad avviso della dottrina in commento, questa sembrerebbe essere la soluzione più probabile, atteso che consentirebbe alla Commissione di lanciare un segnale forte agli operatori del mercato attraverso una declaratoria di illegittimità per oggetto delle clausole controverse, ma contemporaneamente comporterebbe un apprezzabile margine di flessibilità in quanto limitata al solo caso oggetto di scrutinio.

In ogni caso, a prescindere dalle speculazioni circa i possibili esiti del procedimento, sembra sommessamente possibile aderire alle perplessità espresse da una parte dei commentatori¹²¹ con riferimento all'efficacia dell'azione di *enforcement* della Commissione ai sensi delle disposizioni in materia di diritto della concorrenza dell'Unione, nonché agli obiettivi che la sottendono.

Si consideri quanto segue.

Il contesto regolamentare entro il quale si collocano la sentenza *Murphy* ed il procedimento in commento è assai diverso. La trasmissione di contenuti via *internet*, come già chiarito nel capitolo I, non è soggetta alla *lex specialis* della direttiva SatCab. Un atto di comunicazione al pubblico via *internet*, per converso, è soggetto all'articolo 3 della direttiva InfoSoc. Ne deriva che un atto di comunicazione al pubblico *on-line* si ritiene avvenuto in ciascuno Stato membro che lo abbia ricevuto e non solo nello Stato membro che lo ha originato. In altri termini, si potrebbe dire che alle comunicazioni *on-line* si applica il principio dello "stato di recepimento".

Premesso questo e premesso quanto detto in precedenza con riferimento agli orientamenti giurisprudenziali della Corte in materia di intese di ripartizione del mercato interno, sembra sinceramente difficile ritenere che le clausole di *geo-blocking* possano ritenersi contrarie all'articolo 101 TFUE. Invero, allo stesso modo di quanto visto in *Coditel II*, ciò che impedisce a Sky UK di offrire i propri contenuti *on-line* al di fuori del Regno Unito e dell'Irlanda è il contesto regolatorio, non gli accordi di licenza che in esso si iscrivono. A ben vedere, anche in assenza delle pattuizioni di geoblocco,

¹²¹ Cfr. <https://chillingcompetition.com/2015/07/24/copyright-reform-through-competition-law-the-commissions-statement-of-objections-in-the-pay-tv-investigation/>.

Sky UK non potrebbe comunque offrire i propri contenuti ad utenti localizzati in altri territori senza l'autorizzazione del titolare di quei contenuti. Conseguentemente, l'accordo non restringe alcuna dinamica competitiva che si sarebbe invece sprigionata in sua assenza.

Ciò che la Commissione sembra ritenere è che, in assenza della clausola, Sky UK sarebbe libera di decidere sulla base di ragioni commerciali se offrire i propri servizi in altri Stati membri. Sembrerebbe che la Commissione ritenga che una limitazione alla libertà di iniziativa economica di Sky UK meramente teorica sia comunque sufficiente a ritenere violato l'art. 101 TFUE.

Applicando a tale scenario il ragionamento indicato *supra*, le clausole controverse dovrebbero ritenersi pienamente legittime. E infatti, esse non sembrano esorbitare l'ambito sostanziale e geografico del diritto d'autore cui accedono. Sembra infatti difficile negare che un accordo di licenza che impedisca ad un *broadcaster* di trasmettere materiale protetto da diritto d'autore al di fuori del territorio coperto dalla licenza resti entro l'ambito sostanziale di applicazione del diritto d'autore. Inoltre, poiché alle comunicazioni *on-line* si applica il principio dello Stato di recepimento, tale restrizione è anche conforme all'ambito di applicazione geografica del diritto d'autore, che comunque richiede il consenso del titolare del contenuto per la trasmissione dello stesso in altri Stati membri.

Bisognerà dunque attendere per comprendere se la Commissione seguirà effettivamente questa linea argomentativa.

Ma non è tutto.

Ed infatti, dallo svolgimento del procedimento fino a questo momento sembra desumersi che, negli auspici della Commissione, Sky UK dovrebbe essere autorizzato a fornire i propri servizi di *pay-TV* al di fuori del Regno Unito. Il fatto che Sky UK sia titolare di una licenza per la trasmissione di quel contenuto solo nel Regno Unito non sembra avere particolare rilevanza, in questa ottica. Ebbene, ragionare in questo modo vuol dire approssimarsi pericolosamente ad estendere, in via di applicazione di disposizioni di diritto della concorrenza, il principio dell'esaurimento anche al *broadcasting on-line*. In altri termini, apparentemente, ciò cui la Commissione sta tendendo è assimilare la trasmissione di contenuti *on-line* alla commercializzazione di DVD, *i.e.* di beni tangibili che incorporano il diritto di proprietà intellettuale.

Senonché, come già rilevato più volte, il principio di esaurimento trova applicazione esclusivamente con riferimento ai beni materiali, come stabilito in maniera assai chiara dall'articolo 3 della direttiva InfoSoc (che, come visto nel capitolo I, recepisce orientamenti giurisprudenziali pregressi e ben radicati).

Se tutto quanto sopra è vero, allora ciò pone il procedimento istruttorio in questione su un piano inclinato che porta alla regolazione del mercato tramite lo strumento del diritto della concorrenza, che invece dovrebbe avere funzione prevalentemente esecutiva. Questa confusione tra regolazione, nel senso di una riforma del regime del diritto d'autore e attuazione delle previsioni in materia di concorrenza può essere condivisa o meno, sulla base della sensibilità dell'interprete. Di certo c'è che, per quanto concerne i profili giuridici connessi a tale procedimento, la Commissione sta spingendo assai oltre l'attuazione delle disposizioni in materia di concorrenza, attribuendo loro una funzione che non è loro interamente propria.

Nell'espressione della dottrina in commento, sembra proprio che il diritto della concorrenza stia costituendo la leva per riformare il diritto d'autore.

A fronte delle considerazioni di cui sopra, l'applicazione delle regole di concorrenza sta dunque mostrando più di qualche aporia.

Innanzitutto, come visto, l'approccio perseguito dalla Commissione sembra difficilmente conciliabile con i precedenti della Corte di Giustizia in materia di accordi di distribuzione esclusiva, ai sensi dei quali le clausole di *geo-blocking* sembrerebbero poter essere ricondotte all'alveo dei diritti che sono nella disponibilità del titolare del *copyright*. In secondo luogo, l'agire della Commissione sembra verosimilmente dettato dalla volontà di piegare il diritto positivo vigente alle logiche del MUD, esorbitando l'ambito applicativo delle disposizioni in materia di concorrenza ed i poteri meramente esecutivi all'uopo attribuiti alla Commissione.

A fronte di tali incongruenze, sembra legittimo domandarsi se un percorso più lineare per formulare un giudizio di legittimità circa le clausole di *geo-blocking* non possa passare per l'applicazione delle disposizioni in materia di libera circolazione dei servizi.

A questo è dedicato il prossimo capitolo.

CAPITOLO III

***GEO-BLOCKING* DI CONTENUTI AUDIOVISIVI E**

LIBERA CIRCOLAZIONE DEI SERVIZI

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La c.d. direttiva servizi – 3. Il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità nel diritto dell'Unione europea. Cenni generali – 4. L'articolo 18 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea e le pratiche di *geo-blocking* – 4.1. Del concetto di nazionalità – 4.2. Della natura residuale dell'articolo 18 TFUE – 5. Il mercato interno dell'Unione europea. Alcuni concetti generali – 5.1. La libera circolazione dei servizi nel mercato interno – 6. L'efficacia orizzontale diretta delle disposizioni di rango primario dell'Unione. Cenni generali – 6.1. L'efficacia orizzontale diretta delle disposizioni in materia di libera circolazione – 6.2. Segue. Un approccio alternativo

1. Introduzione

La ricognizione svolta nei capitoli precedenti ha consentito di approdare ad almeno quattro conclusioni di un certo rilievo ai fini dell'economia generale del presente elaborato:

- i. occorre tenere distinte le pratiche di *geo-blocking* di contenuti audiovisivi digitali da quelle aventi ad oggetto beni di consumo. Infatti, sebbene entrambe siano fattispecie discriminatorie fondate su criteri geografici, esse pongono problematiche giuridiche ben diverse;¹²²
- ii. le assolute specificità che caratterizzano i contenuti audiovisivi digitali renderebbero senz'altro auspicabile un intervento *ad hoc* da parte del legislatore dell'Unione, che disciplini in fenomeno in maniera compiuta ed armonica;
- iii. sulla base degli sviluppi occorsi sino a questo momento, non sembra però possibile attendersi che il *geo-blocking* di contenuti audiovisivi digitali riceva la copertura normativa auspicata. Ciò è peraltro indirettamente confermato dal Considerando n.6 della proposta di Regolamento

¹²² Come ricordato nel primo capitolo, ciò è dovuto a numerosi fattori. Ciononostante, il principale di essi è certamente costituito dall'operatività del principio di territorialità del diritto d'autore e delle direttive europee in materia di *copyright*.

2016/0152,¹²³ che come accennato esclude espressamente i contenuti audiovisivi digitali dall'ambito applicativo del Regolamento;

- iv. l'applicazione alle fattispecie oggetto di studio dell'articolo 101 TFUE, che costituisce la strada al momento battuta dalla Commissione europea, si è rivelata non del tutto soddisfacente ed ha suscitato numerose (e sinceramente condivisibili) critiche da parte della dottrina.

Le riflessioni contenute nel presente capitolo nascono proprio dall'esigenza di prendere atto della situazione di cui sopra, tentando di superare, da un lato, la mera invocazione di una apposita regolazione del fenomeno – che non è lecito attendersi in tempi brevi – e, dall'altro, le aporie generate dall'applicazione delle disposizioni in materia di concorrenza.¹²⁴

Sotto questo profilo, l'unica alternativa attualmente praticabile per colmare il vuoto di tutela esistente sembra essere costituita dalle disposizioni in materia di libera circolazione dei servizi. Come accennato in precedenza, lo scenario del quale si ipotizza la sussistenza è quello del consumatore o della parte del rapporto negoziale che include la clausola di blocco geografico, che intenda farne valere l'illegittimità dinanzi ad un giudice nazionale ai sensi delle disposizioni che si esamineranno in questo capitolo. Alternativamente, le disposizioni oggetto del presente capitolo potrebbero trovare applicazione nelle ipotesi di fisiologica esclusione di quelle in materia di concorrenza,

¹²³ Già citato Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *recante misure volte a impedire i blocchi geografici e altre forme di discriminazione dei clienti basate sulla nazionalità, il luogo di residenza o il luogo di stabilimento nell'ambito del mercato interno e che modifica il regolamento (CE) n.2006/2004 e la direttiva 2009/227/CE.*

¹²⁴ È noto che, nell'ambito della c.d. Agenda Digitale Europea (su cui cfr. il primo capitolo), le istituzioni dell'Unione hanno condotto numerosi studi al fine di isolare le aree di potenziale intervento. Tra di essi, per quanto di interesse in questa sede, assume particolare rilievo il contributo del Parlamento europeo, *Directorate General for Internal Policies – Policies Department A: Economic and Scientific Policy*, dal titolo *Discrimination of Consumers in the Digital Single Market*, datato novembre 2013. Lo studio in questione, dopo aver rilevato l'esistenza di discriminazioni sulla base della residenza o della nazionalità nell'ambito del Mercato Unico Digitale, ne valuta la legittimità con il diritto dell'Unione ai sensi delle previsioni in materia di libera circolazione dei servizi, diritto internazionale privato dell'Unione, diritto della concorrenza e diritto della proprietà intellettuale.

Il contributo in questione giunge a conclusioni simili solo in parte a quelle del presente elaborato, in considerazione della differente prospettiva di analisi, nonché degli sviluppi normativi intercorsi dalla sua redazione. In ogni caso, laddove pertinenti, riferimenti a tale studio sono contenuti nei paragrafi che seguono.

i.e. le condotte unilaterali di imprese non in posizione dominante ovvero le intese *de minimis*.¹²⁵

A questo riguardo, in applicazione del principio di specialità, l'interprete dovrebbe interrogarsi circa l'applicazione al caso di specie dell'articolo 20, paragrafo 2 della c.d. direttiva servizi,¹²⁶ che vieta le discriminazioni dei consumatori sulla base della residenza (cfr. paragrafo 2 del presente capitolo). Qualora tale alternativa non dovesse risultare praticabile, occorrerebbe poi risalire al rango delle fonti primarie dell'ordinamento dell'Unione.

Tra di esse, assumerebbe rilievo anzitutto il divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità sancito dall'articolo 18 TFUE. È infatti di palmare evidenza che, a prescindere dai tecnicismi e dalle peculiarità del commercio *on-line*, le pratiche di *geoblocking* in ultima analisi costituiscono nient'altro che discriminazioni sulla base di criteri geografici, che insistono sull'istituendo Mercato Unico Digitale. Ad una breve panoramica sui divieti di discriminazione sulla base della nazionalità ed alla possibile applicabilità dell'articolo 18 TFUE alle pratiche di *geoblocking* sono dedicati i paragrafi 3 e 4 del presente capitolo.

Nell'ipotesi in cui sia l'articolo 18 TFUE che gli articoli 56 ss. TFUE dovessero risultare astrattamente applicabili al caso di specie, occorrerà poi determinare se l'uno prevalga sugli altri ovvero se sia possibile ipotizzare un'applicazione in combinato disposto di tali articoli. Anticipando parzialmente le considerazioni svolte *infra*, quest'ultima soluzione sembra preferibile, anche perché non esclusa né dalla lettera

¹²⁵ Ciò, al netto delle ipotesi applicative individuate in via teorica dalla dottrina. Sotto questo profilo, ad esempio, P.VERBRUGGEN, *cit.*, p.216 sostiene che “*only in so far as private, collective regulatory activities are not caught by Article 101 and 102 TFEU, but nonetheless have a negative effect on the intra-Union trade in goods and services, they should be considered under the provisions on free movement law. In that sense, free movement law operates as a safety net for private activities that fall outside the scope of the competition law regime but restrict intra-Union trade*”.

Concorda con l'analisi proposta nel testo A.HARTKAMP, *cit.*, p. 539.

Nelle ipotesi, pure ipotizzabili, di ambiti di sovrapposizione tra i due *set* normativi occorre intendersi. In linea di principio, un operatore del mercato o un consumatore riterrebbe verosimilmente preferibile ricorrere all'applicazione delle disposizioni in materia di libera circolazione, in quanto slegate da molti dei vincoli procedurali e dalle garanzie che assistono l'applicazione delle disposizioni in materia di concorrenza. Inoltre, la procedura avrebbe carattere meno “inquisitorio” e l'onere probatorio sarebbe senz'altro più lieve. Ciononostante, a prevalere in questi casi sarebbero verosimilmente le disposizioni in materia di concorrenza, sia per il dato empirico per il quale – laddove applicabili – le istituzioni dell'Unione hanno mostrato di preferirle (cfr. il caso *Pay-TV* di cui al precedente capitolo), sia per l'operatività del principio di specialità.

¹²⁶ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 *relativa ai servizi nel mercato interno*, GU L 376/36.

dell'articolo 18 TFUE, né tantomeno dai precedenti orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'Unione.¹²⁷

Risolte tali questioni, occorrerà tentare di sciogliere il vero nodo gordiano della presente ipotesi di studio, relativo al profilo soggettivo di tali disposizioni. È infatti ormai chiaro che le pratiche di *geo-blocking* riguardino rapporti tra privati (titolare del diritto d'autore su un contenuto audiovisivo, *broadcaster* e, in una certa prospettiva, consumatore). Conseguentemente, in tanto tali pratiche potranno rientrare entro l'ambito applicativo del combinato disposto degli articoli 18 TFUE e 56 ss. TFUE in quanto si possa loro riconoscere c.d. efficacia diretta orizzontale.

Riconoscere tale possibilità implica ipotizzare uno scenario in cui, è bene chiarirlo sin da ora, al diritto dell'Unione viene riconosciuta una significativa capacità di intrudersi nella possibilità per gli individui, cittadini europei, di regolamentare autonomamente i propri interessi, determinando in piena libertà il contenuto dei rapporti negoziali che li legano.

A questa tematica, che costituisce il cuore del presente capitolo, sono dedicati i paragrafi 5 e successivi, finalizzati a ricostruire lo *status quo ante* in materia di efficacia orizzontale delle disposizioni relative alla libera circolazione ed a tentare sommessamente di fornire una risposta ad alcuni degli interrogativi che essa solleva.

2. La c.d. direttiva servizi

Come accennato in sede introduttiva, in considerazione dell'applicazione del principio di specialità, la prima fonte del diritto dell'Unione che potrebbe venire in rilievo nell'ambito di rapporti tra privati è costituita dalla c.d. direttiva servizi.¹²⁸

¹²⁷ Di diverso avviso è il già citato studio del Parlamento europeo *Discrimination of Consumers in the Digital Single Market*, che mostra di ritenere che le pratiche discriminatorie poste in essere nell'ambito del Mercato Unico Digitale possano ricadere *alternativamente* nell'ambito applicativo delle disposizioni in materia di discriminazione per motivi di nazionalità ovvero in quello delle disposizioni in materia di libertà fondamentali.

A sommo avviso di chi scrive, tale conclusione, oltre a non tenere in considerazione gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia di cui più diffusamente *infra*, non è del tutto rispettosa del valore aggiunto che l'art. 18 TFUE è in grado di esplicitare rispetto alla vocazione originariamente mercantile delle disposizioni in materia di mercato unico, nel caso di specie in materia di libera circolazione dei servizi.

¹²⁸ Cfr. Direttiva 2006/123/UE del 12 dicembre 2006 *relativa ai servizi nel mercato interno*.

La ragione della necessità dell'adozione della direttiva servizi è stata ben espressa da quella parte dei commentatori che ha rilevato che “*until very recently, entrepreneurs wishing to set up a small business in Greece had to secure over 40 authorizations and other formalities issued by a variety of national, regional and local bodies [...] the services directive 2006/123 is intended to change all of this. In essence, it required Member States to screen their legislation to check whether all of this paperwork is necessary and, if not, remove it, or at least reduce it*”.¹²⁹

La direttiva si caratterizza per la struttura particolarmente complessa, ben rappresentata dalla significativa lunghezza del preambolo (composto da ben 118 considerando), che come è stato osservato¹³⁰ ha verosimilmente rappresentato per dar voce alle perplessità manifestate da alcuni Stati membri in sede di adozione del testo che non erano confluite nell'articolato. Ciò comporta peraltro la presenza di contraddizioni tra il testo del preambolo e quello della direttiva,¹³¹ così come tra il testo del preambolo e alcuni orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia.¹³²

Questa ed altre ragioni hanno condotto una parte della dottrina ad esprimersi assai duramente nei confronti del risultato ultimo raggiunto dalle istituzioni,¹³³ rilevando provocatoriamente come “*directives drafted by tired politicians in the middle of the night rarely stand up to the harsh light of the day*”,¹³⁴ sottolineando come sarà compito della Corte di Giustizia tentare di ricomporre ad unità le molteplici aporie e deficienze del testo definitivo. A tal fine sono certamente utili alcuni contributi ancillari predisposti

¹²⁹ Cfr. C.BARNARD, *cit.*, p.323.

¹³⁰ Cfr. C.BARNARD, *cit.*, p.324.

¹³¹ A titolo esemplificativo, si noti che mentre l'articolo 2, paragrafo 2, lettera f esclude i soli servizi sanitari dall'ambito applicativo della direttiva, il considerando 22 aggiunge che “l'esclusione dei servizi sanitari dall'ambito della presente direttiva dovrebbe comprendere i servizi sanitari e farmaceutici”.

¹³² Cfr. a titolo esemplificativo il considerando 41, che si riferisce al concetto di ordine pubblico “come interpretato dalla Corte di Giustizia”, sottolineando che esso comprenda la protezione “contro una minaccia effettiva e sufficientemente grave per uno degli interessi fondamentali della collettività”, riconducendovi in particolare questioni legate “alla dignità umana, alla tutela dei minori e degli adulti vulnerabili ed al benessere degli animali”, sebbene la Corte di Giustizia non abbia mai ritenuto parte del concetto di ordine pubblico le questioni legate al benessere degli animali.

¹³³ Oltre a C.BARNARD, *cit.*, si rimanda al contributo di M.CHANG, *The Services Directive: Trojan Horse or White Knight?*, in *Journal of European Integration*, (32), 2010, p.97ss.

¹³⁴ Cfr. C.BARNARD, *Unravelling the Service Directive*, in *Common Market Law Review*, 2008, p.323 ss.

dalla Commissione, tra cui *Handbook on implementation of the services directive*¹³⁵ e lo *Staff Working Document*¹³⁶ pubblicato contestualmente al testo definitivo della direttiva.

Ad ogni modo, uno dei profili che ha destato maggiori perplessità in seno alla dottrina è rappresentato dalla complessità del sistema che deriva dall'applicazione della direttiva.

Invero, allo stato attuale del diritto applicabile, delle due l'una:

- una disposizione di diritto nazionale rientra nell'ambito applicativo della direttiva, al netto dei settori esclusi e della non piena intelligibilità del testo. In questa ipotesi, la direttiva troverà applicazione;
- una disposizione di diritto nazionale non rientra nell'ambito applicativo della direttiva. In tale ipotesi, si applicheranno le disposizioni di rango primario dei Trattati e gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia sul punto (su cui cfr. *infra*, nel presente capitolo).

Tanto premesso, come pressoché unanimemente riconosciuto da chi si è posto il problema, l'unica disposizione della direttiva che potrebbe trovare applicazione nell'ipotesi di pratiche di *geo-blocking* è rappresentata dall'articolo 20, paragrafo 2 della direttiva, del quale si riporta di seguito il testo per chiarezza espositiva.

[...] 2. Gli Stati membri provvedono affinché le condizioni generali di accesso a un servizio che il prestatore mette a disposizione del grande pubblico non contengano condizioni discriminatorie basate sulla nazionalità o sul luogo di residenza del destinatario, ferma restando la possibilità di prevedere condizioni d'accesso differenti allorché queste sono direttamente giustificate da criteri oggettivi.

Tale previsione potrebbe a primo acchito sembrare espressione della vasta gamma di atti legislativi che l'Unione ha emanato a generali fini anti-discriminatori (su cui cfr. *infra*, par. 3ss.). Ciononostante, a ben vedere, essa ha più che altro natura strumentale all'obiettivo del raggiungimento di un mercato unico, che passa attraverso l'eguaglianza di trattamento dei cittadini europei che in tale ambito operano. A conferma di ciò, ad esempio, milita il fatto che l'articolo 18 TFUE – su cui cfr. subito appresso – non figura tra le basi giuridiche che sottendono l'adozione della direttiva servizi.

¹³⁵ Reperibile *on-line* all'indirizzo http://www.fve.org/veterinary/pdf/profession/handbook_services_directive_en.pdf.

¹³⁶ *Commission Staff Working Document with a view to establishing guidance on the application of article 20(2) of directive 2006/123/EC on services in the internal market*, SWD(2012)146 final, reperibile *on-line* all'indirizzo <http://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjSyNPQzNTWAhVM7hoKHUvgAxkQFgggtMAE&url=http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2FdocsRoom%2Fdocuments%2F15044%2Fattachments%2F1%2Ftranslations%2Fen%2Frenditions%2Fnative&usg=AOvVaw18neEC7yEACVAewEEoauQ6>.

Ad ogni modo, nelle parole di una parte dei commentatori, “*this is a far-reaching provision which shows how the regulation of the provision of services can penetrate deep into the private sphere*”. Per questo ed altri motivi, la previsione in commento ha suscitato notevole interesse (ed altrettante critiche) da parte della dottrina.¹³⁷ In particolare, è particolarmente interessante la previsione contenuta nella stessa disposizione relativa alle possibili giustificazioni opponibili a comportamenti altrimenti discriminatori.¹³⁸ Al fine di ritenerla applicabile al caso oggetto di studio, risulterebbe peraltro necessario attribuire un significato al sintagma “condizioni generali di accesso ad un servizio”.

Il comma due dell’articolo 20 era stato salutato con particolare favore da chi vi aveva scorto un vero e proprio cambiamento di prospettiva nell’ambito del diritto del mercato interno, atteso che esso poteva rappresentare il centro della protezione dei consumatori dalle discriminazioni sulla base della nazionalità o della residenza nell’ambito del mercato interno. Cionondimeno, a numerosi anni dalla sua introduzione, tale previsione non sembra aver prodotto alcun effetto degno di nota nell’ambito dello sviluppo del percorso di integrazione europea.

In linea generale, tale disposizione si applica:

- ai servizi, così come definiti all’articolo 4 della direttiva;
- nei confronti di qualsiasi fornitore di servizi, come definiti nello stesso articolo 4, comma 2;
- nei confronti di qualsiasi utente, nel senso di cui all’articolo 4, comma 3, che nel caso di tale previsione rappresenta anche il soggetto che riceve protezione.

A ben vedere, prima ancora che addentrarsi nei profili soggettivi connessi all’applicazione della direttiva, l’applicabilità alle pratiche di *geo-blocking* della disposizione in commento sembrerebbe essere preclusa dall’ostacolo primigenio costituito dal ristretto significato attribuito dalla direttiva al termine “servizio”.

¹³⁷ È stata ad esempio rilevata la natura ibrida di tale disposizione: sebbene, in linea di principio, come noto le direttive siano indirizzate agli Stati membri

¹³⁸ Sotto questo profilo, C.BARNARD, *cit.*, p.373, sottolinea come “*it is not clear whether the caveat in article 20(2) means that all discrimination, direct or indirect, can potentially be objectively justified, contrary to well established case law, or whether it means that in order to establish discrimination, the two situations have to be comparable and if there are objective differences between the situation of the service recipient and the migrant then no prim facie case of discrimination can be established*”.

Ai nostri fini, assumono particolare rilievo il considerando 24 e l'articolo 2 della direttiva. Se ne riporta di seguito il testo.

24. Occorre altresì escludere dal campo di applicazione della presente direttiva i servizi audiovisivi, a prescindere dal modo di trasmissione, anche all'interno dei cinema. Inoltre, la presente direttiva non dovrebbe applicarsi agli aiuti erogati dagli Stati membri nel settore audiovisivo oggetto delle norme comunitarie sulla concorrenza.

Articolo 2

La presente direttiva non si applica alle attività seguenti: [...] i servizi audiovisivi, ivi compresi i servizi cinematografici, a prescindere dal modo di produzione, distribuzione e trasmissione [...]

La direttiva, dunque, espressamente esclude i servizi audiovisivi dal proprio ambito applicativo, peraltro “a prescindere dal modo di trasmissione”.

L'esclusione di questa categoria di servizi dall'ambito applicativo della direttiva sembra precludere in radice l'applicazione della disposizione di cui all'articolo 20 alla questione che ci occupa, imponendo di risalire alle disposizioni di rango primario dell'Unione.

3. Il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità nel diritto dell'Unione europea. Cenni generali

Al fine di meglio comprendere le problematiche sottese all'applicabilità dell'articolo 18 TFUE alle pratiche di *geo-blocking*, si ritiene opportuno premettere alcune considerazioni generali relative al principio di non discriminazione sulla base della nazionalità nel diritto dell'Unione.

Più in dettaglio, è noto che il divieto di discriminazioni sulla base della nazionalità permea l'intero ordinamento giuridico dell'Unione europea, del quale costituisce uno dei pilastri concettuali.¹³⁹

A ben vedere, il diritto dell'Unione presuppone e postula divieti di discriminazione fondati su motivi di vario genere,¹⁴⁰ e.g. sesso ed orientamento sessuale,¹⁴¹ disabilità,¹⁴²

¹³⁹ Per una panoramica generale sui divieti di discriminazione si rinvia all'utile contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, reperibile online all'indirizzo ra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-fra-case-law-handbook_it.pdf.

In ottica ricostruttiva dell'istituto, peraltro, merita citare quanto la Corte di Giustizia riteneva già nell'ambito della sentenza resa in data 19 ottobre 1977, cause riunite C-117/76 e C-16/77, *Albert Ruckdeschel&Co. E Hansa-Lagerhaus Stroh&Co. Contro Hauptzollamt Hamburg-St. Annen e Diamalt AG contro Hauptzollamt Itzehoe*, paragrafo 7, laddove si legge che “[l’attuale articolo 18 TFUE] è solo l’espressione specifica del principio generale di uguaglianza che fa parte dei principi fondamentali del diritto comunitario”.

età, razza, origine tecnica, colore,¹⁴³ appartenenza ad una minoranza nazionale, religione o convinzione personale,¹⁴⁴ lingua¹⁴⁵ ed origine sociale.¹⁴⁶

In tale contesto, però, un esame del diritto vigente e degli orientamenti giurisprudenziali espressi dalla Corte di Giustizia rivela una malcelata gerarchia tra i divieti di discriminazione, nell'ambito della quale primeggia l'esigenza di tutela dei cittadini europei da differenze di trattamento fondate sulla nazionalità.¹⁴⁷

Non è certamente un caso che la lettera dell'attuale articolo 18 TFUE, comma primo, che positivizza il generale divieto di discriminazione sulla base della nazionalità, sia rimasta sostanzialmente inalterata sin dalla sua introduzione,¹⁴⁸ avvenuta con i Trattati di Roma. Ciò, a voler tacere del fatto che esso già trovava cittadinanza nel Trattato istitutivo della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio.¹⁴⁹

¹⁴⁰ In linea generale, la disposizione di rango primario che assurge a norma di riferimento è costituita dall'articolo 19 TFUE, che istituisce una procedura legislativa speciale per consentire di "prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale".

¹⁴¹ Cfr. *inter alia* la sentenza resa dalla Corte di Giustizia in data 8 aprile 1976, causa C-43/75, *Defrenne c. Sabena*, nell'ambito della quale, come noto, la ricorrente lamentava di percepire una retribuzione inferiore a quella dei suoi colleghi di sesso maschile, nonostante svolgessero mansioni lavorative identiche.

¹⁴² Cfr. *inter alia* la sentenza resa dalla Corte di Giustizia in data 11 luglio 2006, causa C-13/05, caso *Chacòn Navas c. Eurest Colectividades SA*.

¹⁴³ Cfr. *inter alia* direttiva 2000/43/CE sull'uguaglianza razziale.

¹⁴⁴ Ciò sebbene, come indicato nel *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, p.119, "il diritto dell'Unione [preveda] una protezione più limitata contro la discriminazione fondata sulla religione o la convinzione personale rispetto alla CEDU, in cui la norma dell'articolo 9 tutela un diritto autonomo alla libertà di coscienza, di religione e credo".

¹⁴⁵ L'importanza tributata dall'intero ordinamento giuridico dell'Unione al valore del multilinguismo è nota e direttamente connessa al divieto di discriminazione sulla base della nazionalità, nonché all'esigenza di rendere le istituzioni europee ed il relativo operato più accessibile e più trasparente per tutti i cittadini dell'Unione, con conseguente tutela dei valori democratici su cui quest'ultima si fonda. Da questo punto di vista, non è un caso che tale valore sia riflesso in numerose disposizioni di rango primario, tra cui cfr. *inter alia* gli articoli 20, 23, 55 e 342 del TFUE.

¹⁴⁶ I motivi dell'origine sociale, della nascita e della condizione economica figurano anche nell'articolo 2, comma 2, del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1996, sottoscritto da tutti gli Stati membri dell'Unione.

¹⁴⁷ In questi termini M.BELL, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford Publishing, 2004, p.32.

¹⁴⁸ È stato, invece, parzialmente modificato il secondo comma dell'attuale articolo 18 TFUE, al fine di adeguarlo all'accresciuta importanza del Parlamento europeo nell'ambito del procedimento legislativo ordinario.

¹⁴⁹ Cfr. in particolare l'articolo 69 del Trattato istitutivo della CECA, nel quale si leggeva che "*The Member States bind themselves to renounce to any restriction based on nationality against the employment in the coal and steel industries*".

A meri fini di chiarezza espositiva, se ne riporta di seguito il testo.¹⁵⁰

Nel campo di applicazione dei trattati e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità.

Si badi bene: la rilevanza del principio in commento non è una prerogativa esclusiva del diritto dell'Unione, essendo propria di qualunque percorso di integrazione nel settore del commercio internazionale.¹⁵¹ E infatti, con buona approssimazione, si può ritenere che il diritto del commercio internazionale tende all'abbattimento di misure protezionistiche entro una determinata cerchia di Stati; conseguentemente, vietare differenze di trattamento basate proprio sulla nazionalità diventa uno strumento di integrazione imprescindibile, in quanto volto a contrastare l'erezione di barriere agli scambi commerciali. Nelle parole di una parte dei commentatori, esso costituisce "*one of the principal conceptual tools for identifying impermissible trade restrictions*".¹⁵²

Ciò che distingue l'esperienza europea dalle altre forme di integrazione sovranazionale è l'evoluzione che tale principio ha subito nel corso del tempo, secondo un percorso coerente con gli obiettivi dell'intero processo di integrazione europea.¹⁵³

Più in dettaglio, in una prima fase tale principio aveva una funzione pressoché esclusivamente mercantilistica. Soccorrono sul punto le conclusioni rese dall'AG Jacobs nel caso *Phil Collins*.¹⁵⁴ Più in dettaglio, l'AG avrebbe sottolineato come l'obiettivo fondamentale del Trattato sia quello di realizzare un'economia integrata, nella quale i fattori di produzione, così come i frutti di quest'ultima, possano circolare liberamente e senza distorsioni. L'ostacolo maggiore alla realizzazione di tale obiettivo, ad avviso dell'AG, era rappresentato dall'esistenza di norme e pratiche discriminatorie

¹⁵⁰ Rispetto a quanto rilevato *supra*, merita osservare che l'articolo 19 TFUE non contiene, tra i motivi di discriminazione idonei ad applicare la procedura legislativa speciale ivi disciplinata, quello sulla base della nazionalità. Ciò è evidentemente dovuto al disposto del secondo comma dell'articolo 18 TFUE.

¹⁵¹ Sul rilievo specifico che il principio di non discriminazione ha assunto nell'ambito del mercato interno dell'Unione, cfr. *Infra*, paragrafo 4.

¹⁵² Cfr. G.DE BÜRCA, *Unpacking the Concept of Discrimination in EC and International Trade Law*, in C.BARNARD, J.SCOTT (a cura di), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Hart Publishing, 2002, p.181.

¹⁵³ D. SCHIECK, L.WADDINGTON, M.BELL (a cura di), *cit.*, p. 3, esprimono questo concetto rilevando come l'operatività del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità nel contesto della creazione del mercato unico sia "*instrumental in nature*".

¹⁵⁴ Casi *Phil Collins contro Imtrat Handelgesellschaft mbH e Patricia Im – und Export Verwaltungsgesellschaft mbH e Leif Emanuel Kraul contro EMI Electrola HmbH*, cause riunite C-92/92 e C-326/92.

con le quali i governi nazionali proteggevano tradizionalmente i propri produttori e lavoratori dalla concorrenza straniera. Benché l'abolizione di norme e di pratiche discriminatorie potesse non essere di per se stessa sufficiente per raggiungere il grado elevato di integrazione economica cui mira il Trattato, era chiaro per l'AG che si trattasse di una condizione preliminare essenziale.¹⁵⁵

In una seconda fase, come noto, l'Unione ha affiancato alla creazione di un mercato unico obiettivi ulteriori e, per certi versi, più ambiziosi. Per quanto di interesse ai nostri fini, ciò ha condotto ad una parziale¹⁵⁶ estensione della portata materiale del principio che ci occupa.

Da questo punto di vista, un importante punto di svolta rispetto allo scenario ben delineato dall'AG Jacobs è rappresentato dall'avvento della cittadinanza europea.¹⁵⁷ Invero, come osservato da una parte dei commentatori, specificando il contenuto dello *status* di cittadino europeo la Corte di Giustizia ha chiarito che “*il diritto precipuo derivante dall'essere cittadini europei consiste soprattutto nella parità di trattamento*”, che consente a chi si trova nella medesima situazione di ottenere, a prescindere dalla nazionalità, il medesimo trattamento giuridico.¹⁵⁸

Ne deriva un elevatissimo grado di interazione tra il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità ed i presupposti e le finalità dell'istituto della cittadinanza

¹⁵⁵ Cfr. le conclusioni rese dall'AG Jacobs in data 30 giugno 1993, par.10.

¹⁵⁶ Sul punto, sembrano infatti condivisibili le osservazioni di M.BELL, *op.cit.*, p.36, il quale ricorda come l'attuale art.18 TFUE tradisca ancora una vocazione mercantilistica, nella misura in cui (i) il relativo ambito applicativo è da ritenersi limitato alle sole discriminazioni nei confronti di cittadini europei, mentre un generale divieto di discriminazione meriterebbe applicazione anche nei confronti di cittadini di Stati terzi e (ii) in talune ipotesi è comunque permesso ricorrere a discriminazioni sulla base della nazionalità.

Il medesimo concetto è espresso in termini diversi, ma non meno efficaci, da G. DE BÜRCA, *cit.*, p. 186, la quale sottolinea come “*the concept of non-discrimination which has developed in more recent times has a clear ethical dimension – the general notion of justice as equality being one which is increasingly widely accepted [...] However, given the origins of international trade liberalisation, it would be a mistake to place too much emphasis on the ethical dimension of equal treatment in this respect [...]*”.

¹⁵⁷ A.P. VAN DER MEI, *The outer limits of the prohibition of discrimination on grounds of nationality: a look through the lens of Union citizenship*, in *Maastricht Journal*, 2011, p.62 ss., sostiene che “*the prohibition of nationality discrimination is no longer an instrument at the service of the freedom of movement. Rather [...] that prohibition is linked to and is at the heart of the concept of European citizenship [...] the citizenship method reflects a re-conceptualization of, or a qualitative change in, the relationship between the right to free movement and the right to non-discrimination. Originally, id est prior to the formal introduction of Union citizenship, the two rights were intimately related [...] now, however, the link between the right to equal treatment and the right to freedom of movement has been cut through. Equal treatment is not meant to promote freedom of movement or viceversa [...] rather, they are separately and directly linked to the fundamental status of Union citizenship*”.

¹⁵⁸ Cfr. C.MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Giappichelli, 2017, p. 6.

europea,¹⁵⁹ che si completano in un processo di continua osmosi.¹⁶⁰ Ciò è ben rappresentato da quanto osservava l'AG Maduro nelle Conclusioni rese nell'ambito del caso Rotmann.¹⁶¹ Più in dettaglio, l'AG avrebbe sottolineato che la cittadinanza europea costituisce qualcosa in più di un insieme di diritti che, di per sé, potrebbero essere concessi anche a coloro che non li possiedono. Essa presuppone l'esistenza di un collegamento di natura politica tra i cittadini europei: tale nesso politico si fonda sul loro impegno reciproco ad aprire le rispettive comunità politiche agli altri cittadini europei e a costituire una nuova forma di solidarietà civile e politica.¹⁶²

È evidente che l'apertura "*delle comunità politiche agli altri cittadini europei*" presuppone il divieto di pratiche discriminatorie sulla base della nazionalità ed al contempo lo eleva ad un piano diverso da quello meramente mercantilistico. Il combinato disposto degli articoli 18 TFUE e 20 TFUE reca dunque con sé "*uno status del cittadino europeo di natura fondamentale, espresso come il diritto a che gli venga riconosciuto in tutti gli Stati membri il medesimo trattamento giuridico accordato ai cittadini di tali Stati membri che si trovano nella medesima situazione*".¹⁶³

Negli anni è stato dunque possibile osservare una graduale evoluzione del divieto di discriminazione sulla base della nazionalità, da strumento funzionale alla creazione di un mercato unico a diritto fondamentale connesso allo *status* di cittadino europeo. Il punto di approdo di tale evoluzione, come pure è stato osservato, risiede in ciò, che l'articolo 18 TFUE oramai "attraversa orizzontalmente"¹⁶⁴ le libertà economiche previste dai Trattati, ma anche i diritti non economici dei cittadini dell'Unione e le politiche e le disposizioni settoriali del TFUE.

Anticipando parzialmente alcune considerazioni che verranno svolte nel prosieguo del presente capitolo, ad ulteriore conferma di quanto sopra militano le considerazioni

¹⁵⁹ D. SCHIECK, L.WADDINGTON, M.BELL (a cura di), *cit.*, p.3, condivisibilmente ritengono che "*the Court of Justice has used the right to non-discrimination [...] as a key instrument strengthening the content of Union citizenship*".

¹⁶⁰ Alla "stretta connessione tra divieto di discriminazione e attribuzione di una cittadinanza europea, per cui il contenuto dei due istituti si chiarisce e si arricchisce quando vengano valutati congiuntamente" si riferisce C.MORVIDUCCI, *cit.*, p. 6.

¹⁶¹ Deciso con sentenza della Corte di Giustizia del 2 marzo 2010, causa C-135/08.

¹⁶² Cfr. le Conclusioni rese dall'AG Maduro in data 30 settembre 2009, par.23.

¹⁶³ Cfr. C.MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Giappichelli, 2017, p. 8.

¹⁶⁴ Espressione di S.AMADEO, *Articolo 18 TFUE*, in A.TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, *cit.*, p.463.

svolte da una parte dei commentatori con riferimento all'influenza che l'avvento della cittadinanza europea ha prodotto sulle disposizioni in materia di libera circolazione. Ad avviso di tali Autori, che richiamano le Conclusioni rese dall'AG Colomer nel caso *Petersen*,¹⁶⁵ “articles 45, 49 and 56 TFEU have gradually become entwined with article 21 TFEU”.¹⁶⁶

Più in dettaglio, nelle parole dell'AG Colomer,

[...] all'inizio, la nozione di cittadinanza europea [...] ha fornito una copertura più simbolica che reale delle disposizioni poste a garanzia della libera circolazione [...] tuttavia, la Corte di Giustizia ha percepito che le libertà di circolazione erano soggette a forti limitazioni. Tali carenze rappresentavano spesso vere e proprie ingiustizie per il destinatario dei diritti conferiti dal diritto comunitario. Casi ben noti come *Martínez Salla*, *Baumbast* o *Carpenter* ponevano la Corte di Giustizia dinanzi ad un difficile dilemma: se avesse applicato rigidamente le norme sulla libera circolazione, avrebbe prodotto un risultato insostenibile per chi chiedeva giustizia, avrebbe ampliato l'ambito dei Trattati spingendolo su un terreno dal destino incerto. Per evitare entrambi i rischi, la Corte di Giustizia ha fatto ricorso alla nozione di cittadinanza [...] allo scopo di conferire alle dette libertà un contenuto più sofisticato. [...] in tal modo, la libera circolazione delle persone diventa la circolazione dei liberi cittadini. Un cambiamento di prospettiva non facile, poiché il centro dell'attenzione viene spostato dalla libertà di circolazione al singolo [...]¹⁶⁷

Ciò che emerge da questo rapido *excursus* della dottrina e degli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia è la necessità di leggere il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità come un *unicum* con lo *status* di cittadino europeo, nonché di ritenere strettamente legate tali disposizioni a quelle in materia di libera circolazione dei fattori produttivi.

Per quanto di interesse ai fini del presente contributo, ne deriva che l'art. 18 TFUE, lungi dal potersi ritenere assorbito dalle disposizioni in materia di libera circolazione, le completa, arricchendole di significato ulteriore. Conseguentemente, innanzitutto sotto il profilo concettuale, sembra possibile ipotizzare un concorso applicativo dell'articolo 18 TFUE con le disposizioni relative al mercato interno.

¹⁶⁵ Cfr. sentenza resa dalla Corte di Giustizia in data 11 settembre 2008, causa C-228/07, caso *Jorn Petersen contro Landesgeschäftsstelle des Arbeitssmarketservice Niederosterreich*.

¹⁶⁶ Cfr. C.KRENN, *A missing piece in the horizontal effect “jigsaw”: horizontal direct effect and the free movement of goods*, in *Common Market Law Review* (49), 2012, p. 177 ss.

¹⁶⁷ Cfr. conclusioni rese dall'AG Colomer in data 15 maggio 2008, par.26.

4. L'articolo 18 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea e le pratiche di *geo-blocking*

Poste tali coordinate di massima, sembra possibile calarsi con maggiore consapevolezza nelle problematiche specifiche che pone una valutazione delle pratiche di *geo-blocking* alla luce dell'articolo 18 TFUE.

Più in dettaglio, ad avviso di chi scrive, l'applicabilità dell'articolo 18 TFUE al caso oggetto di studio passa per il soddisfacimento di tre condizioni fondamentali, desumibili dal tenore letterale della disposizione. Più in dettaglio, occorre appurare che:

1. il *geo-blocking* possa essere considerato una discriminazione sulla base della “nazionalità”;¹⁶⁸
2. esso sia riconducibile al “campo di applicazione” dei Trattati;¹⁶⁹
3. l'applicazione dell'articolo 18 TFUE non sia tale da cagionare un “pregiudizio alle disposizioni particolari” dei Trattati.¹⁷⁰

Poiché ciascuna delle condizioni elencate pone interrogativi suoi propri, si ritiene opportuno esaminarle separatamente nei paragrafi che seguono.

Per ragioni di chiarezza espositiva, si ritiene opportuno accorpare i punti 2 e 3 in un unico paragrafo, atteso che, a ben vedere, essi sottendono la medesima problematica, *i.e.* la natura apparentemente residuale dell'articolo 18 TFUE rispetto alle altre disposizioni dei Trattati.

4.1. Del concetto di nazionalità

Si è già ripetutamente osservato che l'articolo 18 TFUE vieta ogni discriminazione effettuata in base alla “nazionalità”.

Si è del pari rilevato che il *Report* preliminare della Commissione definisce il *geo-blocking* come impedimento/discriminazione sulla base della “localizzazione”

¹⁶⁸ Merita infatti rilevare che ai sensi dell'articolo 18 TFUE “è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità”.

¹⁶⁹ L'articolo 18 TFUE si apre proprio con una prima clausola salvatoria, ai sensi della quale le discriminazioni effettuate in base alla nazionalità sono vietate “nel campo di applicazione dei Trattati”.

¹⁷⁰ Questa è, infatti, la seconda clausola salvatoria posta in apertura dell'articolo 18 TFUE.

dell'utente in uno Stato membro diverso da quello del fornitore.¹⁷¹ Come accennato nel primo capitolo, il *Report* non fornisce indicazioni di dettaglio su cosa debba intendersi per “localizzazione”, cui anzi vengono promiscuamente ricondotti i concetti di nazionalità, residenza e finanche il mero stazionamento transitorio dell'utente in un dato Stato membro.

Si è dunque in presenza di uno iato, potenzialmente ostativo all'applicazione dell'articolo 18 TFUE alle pratiche che ci occupano. Può il riferimento alla “nazionalità” *ex art.* 18 TFUE essere equiparato a quello della “localizzazione” di cui al *Report*?

La questione è effettivamente complessa, anche perché difficilmente risolvibile sulla base del solo dato letterale dell'articolo 18 TFUE. Del resto, il significato da attribuire al concetto di nazionalità è un problema classico dei divieti di discriminazione e dunque non rappresenta una specificità del diritto dell'Unione europea, né tantomeno delle pratiche di *geo-blocking*.¹⁷²

È opinione di chi scrive che tali problematiche siano superabili nel caso di specie e che dunque le pratiche di *geo-blocking* possano ricevere la copertura normativa dell'articolo 18 TFUE.

A questa conclusione sembrano condurre, per un verso, un certo orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell'Unione europea, nonché, per altro verso, una interpretazione sistematica dell'articolo 18 TFUE, per effettuare la quale soccorrono le considerazioni generali effettuate nel paragrafo precedente.

¹⁷¹ Cfr. paragrafo 32 del *Report*.

¹⁷² A titolo esemplificativo, se la *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale* sottoscritta a New York il 21 dicembre 1965 mostra di ritenere equivalenti i concetti di nazionalità e cittadinanza, la direttiva 2000/43/CE del Consiglio *che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica* fa salve, distinguendole, “le differenze di trattamento sulla base della nazionalità” e le disposizioni che “disciplinano l'ingresso ed il soggiorno di cittadini di paesi terzi e il loro accesso all'occupazione e all'impiego”.

È interessante quanto contenuto nell'articolo 2 della *Convenzione europea sulla cittadinanza* del Consiglio d'Europa, che la definisce come “*the legal bond between a person and a State*”, specificando che essa non include “*the person's ethnic origin*”. In altri termini, nell'impianto logico che sottende tale atto, il concetto di nazionalità è identificato con qualsiasi vincolo giuridico di un soggetto con una entità statale. Nelle parole di D. SCHIECK, L.WADDINGTON, M.BELL (a cura di), *cit.*, p.64, “*it is a purely legal and objective concept*”; tale impostazione, come meglio chiarito *infra*, è in certa misura assimilabile a quella della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Quanto alle sentenze della Corte di Giustizia, quest'ultima ha dilatato nel tempo il perimetro del concetto di "nazionalità" come risultato di un orientamento giurisprudenziale che affonda le proprie radici nella pronuncia *Schumacker*, resa all'inizio degli anni Novanta ed avente ad oggetto la legittimità delle condizioni di assoggettamento all'imposta sui redditi da lavoro ai sensi del diritto tedesco.¹⁷³

Tale filone si sarebbe arricchito con una serie di pronunce dal tenore sostanzialmente confermativo.¹⁷⁴ Tra di esse, per chiarezza e caratteristiche del caso concreto, si ritiene particolarmente esemplificativa quella resa dalla Corte nel caso C-382/08.¹⁷⁵

In estrema sintesi, la questione riguardava il signor Neukirchinger, un cittadino austriaco cui era stato contestato di avere effettuato un trasporto commerciale di passeggeri tramite pallone aerostatico senza avere ottenuto dalle autorità austriache competenti le necessarie licenze di trasporto e di esercizio. Il signor Neukirchinger, era però titolare di analoga licenza rilasciata in Germania. Conseguentemente, egli proponeva ricorso avverso il suddetto provvedimento di contestazione, eccependo che le disposizioni in materia di libera circolazione consentono ad un imprenditore di voli aerei, titolare di una licenza in Germania, di esercitare la propria attività in Austria.

Per quanto di interesse in questa sede, valga rilevare come i requisiti per ottenere la suddetta autorizzazione fossero sostanzialmente i medesimi in Austria e Germania, con l'unica differenza che il diritto austriaco richiedeva altresì che il titolare della licenza avesse la sede o la residenza in Austria.

¹⁷³ Cfr. Sentenza resa dalla Corte di Giustizia in data 14 febbraio 1995, causa C-279/93, caso *Schumacker*. In estrema sintesi, per quanto di interesse in questa sede, il giudice del rinvio chiedeva alla Corte se l'allora articolo 48 del Trattato andasse interpretato nel senso di ostare all'applicazione di una normativa di uno Stato membro (la Germania, nel caso di specie) che assoggetti ad imposta i redditi del non residente che lavora in questo Stato in misura maggiore rispetto a quelli del residente che svolge lo stesso lavoro.

La Corte avrebbe ritenuto tale normativa nazionale contraria al diritto dell'Unione in tanto in quanto il cittadino tragga il proprio reddito totalmente o quasi esclusivamente dall'attività svolta nello Stato ospite, sì da non percepire nello Stato del quale è cittadino redditi sufficienti per esservi soggetto ad una imposizione che consenta di prendere in considerazione la sua situazione personale e familiare.

¹⁷⁴ Cfr. *inter alia* sentenze della Corte di Giustizia rese in data 12 febbraio 1974, causa C-152/73, *Sotgiu*; 4 ottobre 1991, causa C-439/87, causa C-364/01, caso *Ellisavet Paraschi contro Landesversicherungsanstalt Württemberg*; 7 maggio 1998, causa C-350/96, caso *Clean Car Autoservice GesmbH contro Landeshauptmann von Wien*; 29 aprile 1999, causa C-224/9, caso *Erich Ciola contro Land Vorarlberg*; 11 dicembre 2003, *Eredi del signor H.Barbier contro Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*; 5 marzo 2009, causa C-222/07, *Union de Televisiones Comerciales Asociadas contro Administracion General del Estado*.

¹⁷⁵ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 25 gennaio 2011, caso *Michael Neukirchinger contro Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen*, causa C-382/08.

Il giudice austriaco adiva dunque la Corte di Giustizia al fine di statuire, tra l'altro, sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di una legislazione nazionale, quale quella austriaca, che esige che un soggetto residente o stabilito in un altro Stato membro abbia una residenza o sede sociale in un altro Stato membro.

La Corte di Giustizia ha sottolineato come le norme sulla parità di trattamento tra soggetti nazionali e stranieri proibiscano non solo le discriminazioni fondate sulla nazionalità ovvero, nel caso di società, sulla sede, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante applicazione di altri criteri distintivi, conduca di fatto al medesimo risultato. Con riferimento al caso di specie, il criterio distintivo fondato sulla residenza conduce di fatto al medesimo risultato di una discriminazione fondata sulla nazionalità, dato che esso rischia di operare principalmente a danno dei cittadini di altri Stati membri, nella misura in cui tali soggetti hanno il più delle volte la nazionalità di un altro Stato.¹⁷⁶

Ciò che sembra leggersi in controluce è dunque una ipotesi applicativa del principio dell'effetto utile, del quale l'art. 18 TFUE sarebbe privato qualora fosse consentito pervenire a trattamenti discriminatori in ragione della nazionalità sulla base di altri criteri distintivi.

In dottrina si è soliti descrivere tale circostanza utilizzando la dicotomia tra "discriminazioni dirette" e "discriminazioni indirette". Così, devono ritenersi vietate non solo le prime, cioè a dire le misure discriminatorie che trattano in modo sfavorevole un cittadino di un altro Stato membro a causa della sua nazionalità, ma anche quelle indirette (o dissimulate), cioè quelle che, pur fondandosi su altri criteri di riferimento, pervengano al medesimo risultato. Questa affermazione, come pure è stato ricordato, è significativa "perché ha contribuito a impedire che le istituzioni europee e il legislatore nazionale potessero eludere il principio della parità di trattamento ricorrendo a criteri apparentemente neutri, ma di fatto discriminatori".¹⁷⁷

A ciò si aggiunga quanto ricordato nel paragrafo precedente in merito all'idoneità dell'art. 18 TFUE ad "attraversare orizzontalmente" le disposizioni dei Trattati, in considerazione del suo stretto legame con l'istituto della cittadinanza europea, da un

¹⁷⁶ Cfr. paragrafo 34.

¹⁷⁷ Cfr. K.BERTHOU, *Articolo 18 TFUE*, in C.CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Gruppo Editoriale Simone, 2012, p.551.

lato e con le disposizioni in materia di libera circolazione, dall'altro. Ne deriva, infatti, la possibilità di interpretare estensivamente il requisito della nazionalità, andando oltre il mero tenore letterale della disposizione.

Per quanto di interesse ai fini del presente contributo, dunque, sembra potersi concludere per l'applicabilità dell'articolo 18 TFUE alle pratiche di *geo-blocking* anche in assenza di espresso riferimento da parte della lettera della disposizione al criterio della "localizzazione", dovendosi lo stesso ritenere ricompreso entro quello di nazionalità.¹⁷⁸

4.2. Della natura residuale dell'articolo 18 TFUE

Procedendo nell'analisi delle questioni ermeneutiche accennate *supra*, altro ostacolo ad una potenziale applicazione dell'articolo 18 TFUE alle pratiche di *geo-blocking* è costituito dalla sua natura residuale, che si manifesta in due profili evidenti alla luce del tenore letterale della disposizione.

Infatti, in tanto l'articolo 18 TFUE potrà trovare applicazione in quanto:

- a. si versi nel campo di applicazione dei Trattati e
- b. ciò non rechi pregiudizio alle disposizioni particolari dei Trattati.

Con riferimento alla condizione *sub a*, essa costituisce con tutta evidenza un precipitato del principio di attribuzione, in forza del quale – si ricorda a meri fini di chiarezza espositiva – in tanto l'Unione può intervenire in un determinato settore in quanto gli Stati membri le abbiano conferito la competenza per farlo.

In termini generali, l'inserimento della proposizione "campo di applicazione dei Trattati" costituisce peraltro una interessante conferma di quanto sostenuto *supra* con riferimento alla vocazione originariamente mercantile del principio di cui all'articolo 18 TFUE. A ben vedere, infatti, l'inserimento di clausole salvatorie simili non è comune agli altri principi generali contenuti nei Trattati: il fatto che, tra tutti, sia limitato l'ambito applicativo proprio del principio di non discriminazione sembra un

¹⁷⁸ Ciò, secondo una logica coerente a quella che la Corte ha fatto propria anche con riferimento alla libera prestazione dei servizi, laddove essa ha mostrato di ritenere di ostacolo a tale libertà anche le misure non fondate sul criterio della sola nazionalità. Sul punto, cfr. più diffusamente il paragrafo 4 del presente capitolo.

ulteriore indizio a conferma del fatto che l'articolo 18 TFUE non mirasse a dotare l'ordinamento giuridico dell'Unione di una generale clausola di equità sociale, bensì di un principio strumentale al raggiungimento dell'obiettivo della piena integrazione dei mercati degli Stati membri.

In ogni caso, con specifico riferimento alle pratiche di *geo-blocking*, sembra agevole ritenere che esse rientrino nell'ambito di applicazione dei Trattati. Quanto alla possibile sussumibilità del caso di specie entro la fattispecie astratta di cui all'articolo 56 TFUE, si rinvia ai paragrafi che seguono. Per il momento, basti ricordare quanto già sottolineato nel primo capitolo con riferimento (i) alla possibilità, adombrata nel *Report* pubblicato dalla Commissione in data 6 maggio 2015, che “*commercial geo-blocking practices that prevent European users from shopping online cross-border or accessing digital content online across the EU may run counter [...] to the objective of a single market in the EU*”,¹⁷⁹ nonché (ii) alla base giuridica che la Proposta di Regolamento sul *geo-blocking* stessa individua in alcune disposizioni dei Trattati.

Più complessa è la seconda questione, cioè a dire comprendere se l'articolo 18 TFUE troverebbe applicazione alle pratiche di *geo-blocking* “senza pregiudizio delle disposizioni particolari dei Trattati”.

Tale inciso vale a rimarcare che la disposizione in commento è cedevole rispetto ad altre previsioni speciali, che se del caso dovranno trovare applicazione prioritaria rispetto all'articolo 18 TFUE. Sotto questo profilo, sia consentito riferirsi alla felice espressione di una parte dei commentatori,¹⁸⁰ ad avviso dei quali si possono distinguere tre situazioni:

- i. il divieto di discriminazione eventualmente previsto da una disposizione specifica può prevalere sul principio generale sancito dall'articolo 18 TFUE. In tale ipotesi rientrano, ad esempio, le pronunce¹⁸¹ nelle quali la Corte ha ritenuto cedevole l'articolo 18 TFUE a fronte del disposto dell'attuale

¹⁷⁹ Cfr. p.3 del *Commission Staff Working Document. Geo-blocking practices in e-commerce. Issues paper presenting initial findings of the e-commerce sector inquiry conducted by the Directorate-General for Competition*.

¹⁸⁰ Cfr. K.BERTHOU, *cit.*, p.549.

¹⁸¹ Cfr. *inter alia* la sentenza resa dalla Corte di Giustizia in data 30 maggio 1989, causa C-305/87, *Commissione contro Grecia*.

articolo 45 TFUE, che prevede “l’abolizione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità, tra lavoratori degli Stati membri per quanto riguarda l’impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro”;

- ii. il divieto di discriminazione generale di cui all’articolo 18 TFUE può essere cumulativamente applicato ad una disposizione speciale. Così, la Corte ha ad esempio ritenuto che i regimi nazionali di accesso ai musei statali spagnoli fossero discriminatori per i turisti stranieri e vietati sia dall’articolo 18 TFUE che dall’articolo 56 TFUE;¹⁸²
- iii. l’articolo 18 TFUE può essere applicato in via esclusiva nel caso in cui le disposizioni specifiche non siano chiare o si siano rivelate difficili da applicare.¹⁸³

Come accennato in sede introduttiva, l’unica disposizione con la quale potrebbe porsi una questione di applicazione concorrente nel caso del *geo-blocking* è costituita dall’articolo 56 TFUE, contenente il divieto di erigere ostacoli alla libera circolazione dei servizi all’interno del mercato unico. Rinviando ai paragrafi che seguono per considerazioni di dettaglio relative alla riconducibilità dei contenuti audiovisivi digitali alla categoria dei “servizi”, sia per il momento sufficiente rilevare quanto segue.

Con riferimento ai rapporti tra articolo 18 TFUE e disposizioni in materia di libertà di circolazione, l’orientamento dottrinario e giurisprudenziale assolutamente prevalente ed incontrastato è nel senso di ritenere le seconde *lex specialis* rispetto al divieto di discriminazione sulla base della nazionalità. Conseguentemente, degli scenari tratteggiati *supra*, sembra possibile escludere anzitutto quello dell’applicazione del solo articolo 18 TFUE, che sarebbe al più chiamato a cedere il passo alla disposizione speciale costituita dall’articolo 56 TFUE.

Tra i rimanenti due scenari ipotizzabili, si ritiene in questa sede preferibile quello dell’applicazione dell’articolo 18 TFUE in combinato disposto con l’articolo 56 TFUE. Ciò è dovuto a varie ragioni.

¹⁸² Cfr. sentenza resa dalla Corte di Giustizia in data 15 marzo 1994, causa C-45/93, caso *Commissione contro Spagna*.

¹⁸³ Cfr. *inter alia* sentenza resa dalla Corte di Giustizia in data 26 settembre 1996, causa C-43/95, caso *Data-Delecta*.

Anticipando parzialmente i contenuti dei presenti paragrafi, occorre preliminarmente osservare che, allo stato, la Corte di Giustizia dell'Unione ha valutato differentemente la possibilità di riconoscere efficacia orizzontale diretta alle disposizioni in materia di libera circolazione delle merci rispetto a quelle relative alle altre libertà di circolazione. La Corte ha infatti tendenzialmente negato tale qualità alle disposizioni in materia di libera circolazione delle merci, mentre, sia pure a determinate condizioni, si è mostrata più possibilista con riferimento alle altre libertà fondamentali. Ciò è stato tanto più vero *“in cases where the protection of the individual is the central concern”*, cioè nelle ipotesi in cui erano coinvolte la libera circolazione dei servizi, dei lavoratori ed il diritto di stabilimento, poiché *“this centring focus on the citizen can be said to have affected and weakened the original purpose of the free movement of persons¹⁸⁴ as tools of market integration, aligning them to the purpose of other free movement concepts such as European Citizenship, which arguably has an autonomous and non-instrumental purpose”*.¹⁸⁵

Appare ora chiaro il motivo per il quale, nelle battute precedenti del presente paragrafo, si sia posta particolare attenzione al nesso tra cittadinanza europea e divieto di discriminazione sulla base della nazionalità. Vi sono infatti alcune ipotesi – ed il *geo-blocking*, in quanto discriminazione fondata sulla nazionalità che ostacola la libera circolazione di un servizio, sicuramente rientra tra di esse – nelle quali le disposizioni in materia di libera circolazione e quelle in materia di tutela nei confronti delle discriminazioni sono altamente interrelate e si completano vicendevolmente, al contrario di quanto accade in situazioni di stampo più marcatamente mercantile (quali sono tipicamente quelle che coinvolgono la libera circolazione delle merci). Si ritiene dunque opportuno che l'articolo 18 TFUE ed il relativo contenuto completino l'articolo 56 TFUE;¹⁸⁶ ciò è del resto coerente, ad esempio, con quanto sostenuto dall'AG Colomer, su cui cfr. *supra*.

¹⁸⁴ L'A. si riferisce alle disposizioni in materia di libera circolazione delle persone includendovi promiscuamente tutti i fattori produttivi diversi dalle merci, al fine di sottolineare in diverso appoggio della Corte in punto di efficacia orizzontale diretta.

¹⁸⁵ Cfr. C.KRENN, *A missing piece in the horizontal effect “jigsaw”: horizontal direct effect and the free movement of goods*, in *Common Market Law Review* (49), 2012, p. 177 ss.

¹⁸⁶ C.KRENN, *cit.*, significativamente premette alla propria analisi che *“discussion of the relationship between Article 18 TFEU and the fundamental freedoms is a necessary first step”*.

Inoltre, la casistica in materia di disposizioni relative alla libertà di circolazione che negli anni è stata affrontata dalla Corte di Giustizia ha riguardato sia situazioni nelle quali le condotte asseritamente contrarie a tali disposizioni avevano anche natura discriminatoria, sia casi nei quali tale natura non era presente, perché la misura, pur restrittiva, veniva indifferentemente applicata ad individui locali ed esterni rispetto ad un dato Stato membro.¹⁸⁷ Conseguentemente, costituendo le pratiche di *geo-blocking* restrizioni alla libera circolazione dei servizi di natura discriminatoria, si ritiene che il combinato disposto di tali disposizioni meglio garantisca la necessaria copertura normativa.¹⁸⁸

Sul punto, sono peraltro interessanti le considerazioni di una parte dei commentatori, che hanno ritenuto che “*the Court [...] has duly held that any rules that are compatible with Article 45, 49, 56 and 63 of the Treaty cannot be considered contrary to Article 18 either. But it has also held that any rules that are incompatible with the free movement provisions are incompatible with article 18 TFEU as well [...] it seems arguable, then, that rather than Article 18 limiting the horizontal application of free movement provisions to discriminatory measures, the free movement provisions have stretched the horizontal application of Article 18 to any restriction of free movement*”, indirettamente supportando una visione unitaria delle disposizioni.¹⁸⁹

Si noti infine che, rispetto a quanto si vedrà con riferimento all'articolo 56 TFUE (cfr. par.5), l'articolo 18 TFUE di fatto non pone problemi quanto alla possibilità di vedersi riconosciuta efficacia orizzontale diretta: ciò non solo si desume dall'applicazione dei principi generali in materia di efficacia orizzontale¹⁹⁰ alla lettera della disposizione in commento (che chiaramente è chiara, precisa ed incondizionata), ma trova altresì

¹⁸⁷ Un esempio di asserita violazione delle disposizioni in materia di libera circolazione che non costituissero anche una discriminazione sulla base della nazionalità è costituito dal caso *Bosman*, su cui cfr. *infra* par. 5.1.

¹⁸⁸ Ciò anche senza voler arrivare a ritenere, in maniera certamente evocativa, ma forse non del tutto precisa, che “*the mere exercise of free movement rights suffices for application of the non-discrimination rule [...] possession of a Member State nationality plus cross-border movement seemed enough to trigger application of the non-discrimination rule*”, cfr. A.P. VAN DER MEI, *cit.*, p.71.

¹⁸⁹ Cfr. H.SCHEPEL, *Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law*, in *European Law Journal*, 2012 (2), .p.189.

¹⁹⁰ Su cui cfr. *infra*, par. 4.

conferma nell'espresso riconoscimento di tale carattere da parte della Corte di Giustizia.¹⁹¹

Tanto premesso con riferimento alla necessità di ricondurre le fattispecie di *geo-blocking* alla disposizione di cui all'articolo 18 TFUE, occorre affrontare la (ben più complessa) tematica della riconducibilità di tali pratiche alle disposizioni in materia di libera circolazione dei servizi.

5. Il mercato interno dell'Unione europea. Alcuni concetti generali

Lo studio del percorso di creazione del mercato interno (già mercato comune) dell'Unione è materia assai vasta e battuta a più riprese dalla migliore dottrina.¹⁹² Senza alcuna pretesa di completezza, nei passaggi che seguono è intenzione di chi scrive limitarsi a richiamarne i tratti essenziali, nella sola misura in cui essi servano ad un inquadramento sistematico delle pratiche di *geo-blocking*.

Da questo punto di vista, sembra innanzitutto utile compiere un riferimento ad alcune categorie elaborate dalla scienza economica al fine di descrivere il processo di integrazione internazionale dei mercati.¹⁹³ A parere di chi scrive, ciò consente infatti di comprendere appieno il rilievo strategico assunto dalle disposizioni in materia di libera circolazione.

Ciascuna delle voci riportate di seguito rappresenta una diversa tipologia di integrazione internazionale dei mercati, connotata da un maggiore o minore grado di integrazione. Naturalmente, ciascun processo di integrazione segue il proprio percorso e dunque non è detto che esso nasca con l'intento di essere portato a pieno compimento, né che segua pedissequamente questo schema, che però presenta una indubbia valenza in termini di ricostruzione delle possibili problematiche concrete.

¹⁹¹ Cfr. *ex multis* sentenza resa dalla Corte di Giustizia in data 3 ottobre 2000, causa C-411/98, caso *Ferlini*.

¹⁹² Cfr. *inter alia* C.BARNARD, *cit.*; A.ARENA, F.BESTAGNO, G.ROSSOLILLO, *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Giappichelli editore, 2016; S.WEATHERILL, *The Internal Market as a Legal Concept*, Oxford, 2017; D.CHALMERS, G.DAVIES, G.MONTI, *cit.*, p. 667ss.; P.CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford, 2013, p.581 ss.

¹⁹³ Classificazione tratta da C.BARNARD, *cit.*, p.8.

- Area di libero scambio (*free trade area*, FTA): gli Stati membri rimuovono tutti gli ostacoli alla libera circolazione di beni entro uno spazio comune, ma ciascuno di essi mantiene la piena libertà di regolare autonomamente le proprie relazioni economiche con gli Stati non-membri;
- Unione doganale (*customs Union*, CU): alla FTA si aggiunge una politica comune nelle relazioni con gli Stati non-membri (*e.g.* dazi doganali comuni);¹⁹⁴
- Mercato comune (*common market*, CM): la CU si completa con il riconoscimento della libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali;
- Unione monetaria (*monetary union*, UM): CM con l'aggiunta dell'introduzione di una moneta unica;
- Unione economica (*economic union*, EU): UM supportata da una comune politica monetaria e fiscale, controllata a livello centralizzato da un'unica autorità;
- Unione politica (*political union*, PU): EU con un rafforzamento dei poteri dell'autorità centralizzata, la quale non solo determina le politiche monetarie e fiscali, ma è altresì responsabile nei confronti di un parlamento unico ed agisce sotto l'influenza di un organo esecutivo centralizzato. Il parlamento, se del caso, gestisce anche politiche estere e di sicurezza;
- Unione completa (*full union*, FU): rappresenta lo stadio finale di integrazione, nell'ambito del quale l'unificazione delle singole economie nazionali si completa con l'introduzione di una politica comune su materie sensibili, come la sicurezza sociale e le tasse.

Come si colloca l'Unione europea nella cornice così tratteggiata? È noto che, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 3, del TUE l'Unione "instaura un mercato interno", ma ciò cosa implica in concreto?

Innanzitutto, ciò vuol dire che l'Unione europea presenta senz'altro un livello di integrazione tra i mercati degli Stati membri più profondo rispetto ad una semplice area di libero scambio (FTA). Ciò ha consentito di superare le aporie di tale modello, consistenti in ciò, che i beni provenienti da Stati esterni alla FTA possono essere capiosamente introdotti nell'area comune attraverso lo Stato membro che ha il regime mercantilistico più favorevole, beneficiando poi delle regole sulla libera circolazione

¹⁹⁴ Questo è, ad esempio, il livello di integrazione attualmente raggiunto dall'EFTA.

dei beni entro lo spazio comune e garantendone una rapida circolazione entro l'intera FTA. Questi problemi possono essere risolti tramite la creazione di una Unione doganale (CU) e, senz'altro, l'Unione ha raggiunto e superato anche questo livello di integrazione: la prova tangibile è costituita dall'articolo 28 TFUE.¹⁹⁵

È comunque evidente che l'Unione europea ha portato il proprio livello di integrazione anche oltre la CU, tenuto in considerazione il vigente divieto di restrizioni quantitative all'importazione, nonché di qualsiasi misura di effetto equivalente.¹⁹⁶ Anche a prescindere da tali considerazioni, non è possibile tacere il rilievo che assumono le disposizioni in materia di divieto di aiuti di Stato e di condotte anticompetitive, che contribuiscono a creare uno spazio comune ben più integrato rispetto alla mera circolazione di beni.

A caratterizzare ulteriormente il percorso di integrazione europea è il fatto che, com'è noto, all'interno del mercato interno è garantita la libera circolazione non solo dei beni, ma anche dei lavoratori e dei capitali. L'idea che sottende tale impostazione è chiara: la liberalizzazione della circolazione di tutti i fattori produttivi consente una ottimale allocazione di lavoro e capitale; di talché, se vi è mancanza di un certo fattore produttivo in un dato luogo, gli imprenditori che agiscono in un mercato comune possono liberamente offrirlo dove è carente, spostandolo da un altro luogo in cui vi è eccesso di offerta. Similmente, i lavoratori potranno liberamente muoversi da aree in cui vi è una ridotta domanda di lavoro verso altre in cui vi è un maggiore potenziale.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Ai sensi del primo comma di tale disposizione, è utile ricordarlo, "l'Unione comprende un'unione doganale che si estende al complesso degli scambi di merci e comporta il divieto, fra gli Stati membri, dei dazi doganali all'importazione e all'esportazione e di qualsiasi tasso di effetto equivalente, come pure l'adozione di una tariffa doganale comune nei loro rapporti con i paesi terzi".

¹⁹⁶ Su cui, com'è noto, cfr. articoli 34 ss. TFUE. Per mera chiarezza espositiva si ricorda che l'espressione restrizione quantitativa "si riferisce alle limitazioni quantitative (divieti totali e parziali) poste alle importazioni o alle esportazioni [...] tale divieto ha [...] iniziato ad essere pienamente efficace a partire dal 1° gennaio 1970", cfr. A.AMADEO, *Articolo 34 TFUE*, in *Codice dell'Unione europea operativo*, cit., p. 644.

¹⁹⁷ L'esempio riportato da C.BARNARD, cit., p. 14 ss., può essere utile ad illustrare meglio la situazione.

L'A. descrive uno scenario ipotetico in cui, in Portogallo, vi è una offerta di lavoro eccedente, ma una scarsa quantità di capitali; per converso, nel Regno Unito, vi è una elevata concentrazione di capitali, ma scarsità di lavoro offerto. Assumendo che la produzione di vino richieda un significativo impiego del fattore lavoro e che la produzione di vestiti richieda, al contrario, una ingente quantità di capitali, allora il vino potrà essere prodotto in modo più economico in Portogallo ed i vestiti nel Regno Unito. In una situazione di integrazione che si arresti alla FTA o alla CU, il Portogallo esporterà vino ed il Regno Unito vestiti, ma se l'integrazione – come nel caso dell'Unione europea – è arrivata sino allo stadio del mercato unico saranno i fattori produttivi a monte della produzione a poter essere spostati e

In questa ottica, le disposizioni in materia di libera circolazione assumono un valore strategico,¹⁹⁸ atteso che esse sono il mezzo per il tramite del quale realizzare la più efficiente allocazione dei fattori produttivi entro il perimetro del mercato interno dell'Unione.¹⁹⁹

Tanto premesso circa la *ratio* che sottende la libera circolazione dei fattori produttivi entro un mercato comune, secondo l'impostazione tradizionale la piena realizzazione delle libertà di circolazione potrebbe essere raggiunta facendo applicazione di due modelli: si potrebbe seguire un approccio c.d. decentralizzato, che si fonda (a) sul divieto di discriminazione, (b) sulla garanzia del libero accesso al mercato e (c) sulle disposizioni in materia di concorrenza ovvero si potrebbe seguire un approccio c.d. centralizzato, che si fonda invece sulla tecnica dell'armonizzazione.

All'atto pratico, a seconda della materia oggetto di integrazione, l'Unione ha mostrato di seguirli alternativamente entrambi. Premesso che, con riferimento alle pratiche di *geo-blocking* di contenuti audiovisivi, non è allo stato prevedibile che si addivenga ad una armonizzazione tra gli Stati membri, si ritiene opportuno focalizzare l'attenzione esclusivamente sul modello c.d. decentralizzato.

dunque saranno i a migrare dal Portogallo al Regno Unito, dove potranno guadagnare di più, mentre il capitale verrà trasferito dal Regno Unito al Portogallo.

Questo fenomeno porterà ad appianare progressivamente il dislivello di fattori produttivi originariamente esistente tra Regno Unito e Portogallo, innescando un meccanismo virtuoso che in ultima analisi condurrà alla omogeneità del prezzo del prodotto finito tra i due Stati.

Naturalmente, tale esempio ha valore prettamente scolastico, in quanto prende in considerazione uno scenario del tutto ipotetico nel quale gli operatori del mercato agiscano in un sistema reale di concorrenza perfetta ed in cui vi sia pieno abbattimento delle barriere alla libera circolazione di lavoro e capitali, che sono ideale dinamici e verosimilmente non concretamente realizzabili. Da ciò deriva l'importanza che assume la garanzia della libera circolazione dei beni, che consenta in ogni caso una agevole esportazione/importazione del prodotto finito.

¹⁹⁸ S.LEIBLE, *Fundamental Freedoms and European Contract Law*, in S.GRUNDMANN, *Constitutional Values and European Contract Law*, Wolters Kluwer, 2008, p.64 rileva che “*the purpose of the fundamental freedoms in the internal market is twofold. On the one hand, they enable all business actors established within the Community to compete on all national markets or Member States according to the laws of that state. This means that they guarantee equality to all market participants. This is specifically achieved by the prohibition of discrimination, which is inherent to all the fundamental freedoms. The prohibition of discrimination is the first step towards the creation of a single market. Yet fundamental freedoms do not stop here. They reach beyond mere equality of market participants. They also guarantee the right to enter a market*”, conseguentemente tratteggiando il medesimo apparato argomentativo sviluppato *infra*, cfr. par. 5.2.

¹⁹⁹ S.LEIBLE, *ibidem*, sottolinea che “*fundamental freedoms are the essential feature that distinguishes the Community from free trade areas and customs unions in the traditional sense*”.

L'essenza del modello decentralizzato risiede in ciò, che il singolo Stato membro mantiene la competenza a regolare una determinata materia, ma sempre nella cornice delle disposizioni poste dall'organizzazione sovranazionale, *i.e.* a condizione che le previsioni del livello nazionale non contrastino con i principi sanciti a livello sovranazionale.

In tale ottica assume un ruolo decisivo il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità.²⁰⁰ Esso costituisce infatti lo strumento per introdurre nel mercato interno il principio per il quale beni, persone, servizi e capitali provenienti da qualsiasi altro Stato membro debbono beneficiare del medesimo trattamento di quelli nazionali. Con tutta evidenza, tale sistema funziona nel senso di non interferire con l'autonomia regolamentare degli Stati membri, che restano liberi di disciplinare le modalità di commercializzazione di prodotti e servizi, a condizione che la disciplina prescelta – quale che essa sia – si applichi senza variazioni anche agli stessi beni e servizi quando provengono da altri Stati membri. Peraltro, l'applicazione del principio di non discriminazione in quanto tale nulla postula circa il livello di *standard* che deve essere raggiunto, limitandosi ad imporre che situazioni simili vengano trattate in maniera simile a prescindere dalla nazionalità.

Naturalmente, tale modello presenta le proprie imperfezioni. Per quanto di interesse ai fini del presente contributo, sia sufficiente rilevare come il principio di non discriminazione non abbatte le barriere all'ingresso, consentendo allo Stato ospite di imporre le proprie regole – quali che esse siano – a persone e beni in ingresso, a patto che le medesime regole siano applicate anche agli omologhi beni domestici ovvero ai residenti *in loco*.²⁰¹ Per tali ragioni, si è ipotizzata la possibilità di ridimensionare il

²⁰⁰ Su cui Cfr. *supra*, par.3, nel quale non a caso si è posta particolare enfasi sul fatto che il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità sia una tematica tradizionale del diritto del commercio internazionale.

²⁰¹ Ancora una volta, si ritiene utile per una maggiore comprensione della questione citare l'esempio riportato da C.BARNARD, *cit.*, p.18. Si dia il caso di un qualsiasi bene, prodotto sia nel Regno Unito che in Portogallo. Ciascuno Stato detiene la competenza di regolamentare gli *standard* produttivi di tale bene in autonomia. Ai sensi del diritto portoghese, prima che la versione britannica di questo bene possa essere commercializzata nel mercato portoghese è necessario che essa soddisfi i più severi *standard* fissati dal diritto locale. L'applicazione del principio di non discriminazione a tale situazione fa sì che il Portogallo possa continuare a determinare liberamente gli *standard* produttivi e ad imporli ai prodotti britannici, a condizione che tali *standard* siano i medesimi che si applicano ai prodotti portoghesi. Si noti dunque che l'applicazione del solo principio di non discriminazione al caso di specie non postula alcunché quanto alla tipologia di *standard* che debbono essere applicati al bene controverso, purché essi siano i medesimi a prescindere dallo Stato membro. Si noti però che i beni britannici finirebbero con l'essere comunque svantaggiati nel loro ingresso nel mercato portoghese: invero, essi sono stati prodotti in Regno Unito sulla

ruolo del principio di non discriminazione, a vantaggio della garanzia del libero accesso al mercato, secondo una impostazione cui si è progressivamente conformata la Corte di Giustizia. In estrema sintesi, dovrebbero considerarsi illegittime quelle misure statuali il cui effetto sia di impedire o rendere maggiormente difficoltoso ad operatori di altri Stati membri l'accesso al mercato domestico, a prescindere dal fatto che esse abbiano o meno natura discriminatoria. Secondo questa prospettiva, infatti, ben potrebbero risultare contrarie alle disposizioni in materia di libera circolazione anche misure indistintamente applicabili (cioè applicabili sia a soggetti locali che a soggetti riferibili ad un altro Stato membro) e purtuttavia idonee a rendere maggiormente difficoltoso l'accesso al mercato.

Al fine di determinare la legittimità di una disposizione nazionale, i *test* della non discriminazione e della libertà di accesso al mercato sono simili, per alcuni versi. Prendendo a parametro il caso estremo di un blocco alle importazioni, ad esempio, la disposizione nazionale attuativa di tale misura risulterebbe illegittima a prescindere dal ragionamento applicato nel caso concreto, in quanto discriminatoria per nazionalità ed in quanto impeditiva dell'accesso al mercato. Cionondimeno, le due impostazioni divergono su alcuni aspetti tutt'altro che secondari: invero, mentre l'approccio focalizzato sulla non discriminazione si basa su una comparazione tra il trattamento riservato ai beni/persone/servizi domestici e quello riservato ai beni/persone/servizi di un altro Stato membro, quello dell'accesso al mercato si concentra esclusivamente sulla prospettiva dell'operatore che tenti di accedere al mercato (*i.e.* del soggetto sito al di fuori dello Stato membro), ben potendo dunque i due modelli condurre ad esiti diversi.²⁰²

base degli *standard* locali e dovrebbero essere adattati a più severi *standard* portoghesi per potere essere ivi commercializzati. Una discriminazione finirebbe comunque col prodursi.

Ad avviso dell'A., condivisibilmente, il prevedibile approccio della Corte di Giustizia ad una situazione del genere si risolverebbe nel considerare la disposizione di diritto portoghese tendenzialmente illegittima, in considerazione dei vincoli ulteriori ai beni britannici imposti dalla più severa legislazione portoghese, a meno che il Portogallo non possa giustificare tale più rigido approccio sulla base di una regola di ragionevolezza che porti a considerare prevalenti istanze diverse da quella alla libera circolazione dei beni, come ad esempio il bisogno di proteggere i consumatori o l'ambiente.

²⁰² Un esempio utile in questo senso è rappresentato dalla sentenza resa dalla Corte di Giustizia in data 21 aprile 2005, causa C-140/03, caso *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica ellenica*. In quel caso, ad essere controversa era una disposizione di diritto greco che impediva ai titolari di negozi di ottica di gestire più di un negozio. Analizzare la situazione sulla base di un modello fondato esclusivamente sul principio di non discriminazione condurrebbe a ritenere del tutto legittima la disposizione controversa, atteso che essa trova applicazione (sia pure in senso sfavorevole) tanto ai cittadini greci, quanto ai cittadini di altri Stati membri. Cionondimeno, ragionare in termini di accesso al mercato conduce ad una soluzione diversa: tale disposizione si dovrebbe ritenere illegittima (a meno di

Anche il modello fondato sul concetto di accesso al mercato presenta pro e contro.

Sicuramente esso costituisce un potente strumento di integrazione, atteso che qualsiasi misura in grado di restringere/rendere maggiormente difficoltoso l'accesso al mercato domestico da parte di operatori provenienti da altri Stati membri potrebbe essere stigmatizzata in quanto contraria al diritto sovranazionale. Del resto, come notato dall'AG Jacobs, "se esiste un ostacolo agli scambi tra Stati, esso non può cessare di esistere semplicemente perché un ostacolo identico colpisce il commercio nazionale".²⁰³

Ragionare in questi termini implica replicare su larga scala il ragionamento effettuato dalla Corte nella arcinota pronuncia *Cassis de Dijon*, secondo il quale ai beni prodotti legittimamente entro i confini di un determinato Stato membro dovrebbe presuntivamente essere concessa la libertà di circolare all'interno di tutti gli Stati membri dell'Unione: ciò consente agli operatori del mercato di poter ipotizzare strategie di commercializzazione genuinamente pan-europee, sprigionando virtuose economie di scala.

Cionondimeno, sono altrettanto evidenti i contro di tale approccio, che si sostanziano innanzitutto nella significativa intrusività del diritto sovranazionale entro i confini dell'ordinamento giuridico dei singoli Stati membri. Invero, ragionare in questi termini vuol dire impedire ad uno Stato membro, sovrano sul proprio territorio, di regolare autonomamente le modalità di produzione o commercializzazione di un determinato bene in una determinata maniera anche se tale regolazione non presenti caratteristiche discriminatorie nei confronti degli omologhi prodotti provenienti da altri Stati membri. Evidentemente, ciò pone delicati problemi di legittimazione democratica. A ciò si aggiunga come, sotto il profilo pratico, potrebbe non essere sempre agevolmente definibile il concetto di "accesso al mercato" o di "impedimento o restrizione" allo stesso.²⁰⁴ Infine, concentrare l'attenzione sulle restrizioni all'accesso rischia di arretrare

giustificazioni), in quanto suscettibile di rendere più difficoltoso l'accesso al mercato greco. La Corte avrebbe adottato proprio questa seconda impostazione.

²⁰³ Cfr. conclusioni rese dall'AG Jacobs in data 24 novembre 1994 nell'ambito della causa C-412/93, causa *Leclerc-Siplec contro TFI Publicité*.

²⁰⁴ Sulla base delle opinioni espresse dalla dottrina prevalente, *i.e.* E.SPAVENTA, *From Gebhard to Carpenter: towards a (non-)economic European Constitution*, in *Common Market Law Review*, 743, pp.757-758, nonché C.BARNARD, S.DEAKIN, *Market access and regulatory competition*, in C.BARNARD, J.SCOTT (a cura di), *The Legal Foundations of the single Market: Unpacking the Premises*, Oxford, è possibile estrapolare dall'orientamento giurisprudenziale della Corte tre significati.

In primo luogo, in alcuni casi, la Corte ha mostrato di ritenere che le barriere all'ingresso al mercato rilevanti ai sensi delle disposizioni in materia di libera circolazione fossero quelle tali da comportare un

eccessivamente il *focus* dell'analisi, tralasciando le restrizioni che occorrono all'interno del mercato. La rilevanza di tali tematiche sarà meglio chiarita, in concreto, nel paragrafo 5.2, laddove si farà menzione dell'opinione di una parte della dottrina che ha tentato di ricostruire la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul punto in modo da superare tali difficoltà interpretative.

In ogni caso, a prescindere dalle aporie e deficienze che tale approccio mostra, ciò che si può ragionevolmente inferire dalle più recenti pronunce della Corte è che il giudice dell'Unione mostri di aver sostanzialmente aderito a questa concezione, ritenendo restrittive quelle misure che siano in grado di impedire o rendere maggiormente difficoltoso l'accesso al mercato di uno Stato membro e prendendo posizione di volta in volta circa l'idoneità di una determinata misura ad esperire tale effetto di deterrenza.

5.1. La libera circolazione dei servizi nel mercato interno

In tale contesto si inseriscono le disposizioni dell'Unione in materia di libertà di circolazione dei servizi, disciplinata dagli articoli 56 a 62 TFUE.

Per maggiore chiarezza espositiva, si riporta di seguito la lettera degli articoli 56 e 57 TFUE.

56. Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione.

Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese

aggravio dei costi di accesso al mercato. Sotto questo profilo, evidentemente, la differenza tra il *test* richiesto dal concetto di accesso al mercato e quello del principio di non discriminazione è sottile: invero, in buona sostanza, una data misura è discriminatoria nella misura in cui ponga su beni, servizi o capitali di un altro Stato membro un aggravio rispetto all'omologo fattore produttivo locale, il che si traduce evidentemente in un costo.

In altri casi, la Corte ha invece mostrato di adottare un approccio più ampio, ritenendo che qualsiasi regolamentazione interna potrebbe costituire una potenziale barriera all'ingresso, a condizione che essa produca un effetto di deterrenza nei confronti di operatori di altri Stati membri.

Un terzo approccio è stato definito "*intuitive*" e si sostanzia in ciò, che dovrebbero essere attentamente scrutinate le sole previsioni che interferiscano con il commercio intracomunitario, mentre quelle che non impattano le relative dinamiche dovrebbero ritenersi legittime.

terzo e stabiliti all'interno dell'Unione.

57. Ai sensi dei trattati, sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone.

I servizi comprendono in particolare:

- a) attività di carattere industriale;*
- b) attività di carattere commerciale;*
- c) attività artigiane;*
- d) attività delle libere professioni.*

Senza pregiudizio delle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento, il prestatore può, per l'esercizio della sua prestazione, esercitare a titolo temporaneo, la sua attività nello Stato membro ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini.

Sebbene la struttura degli articoli 56 e 57 non differisca sostanzialmente dalle previsioni in materia di libera circolazione dei lavoratori e diritto di stabilimento,²⁰⁵ per molti anni essi sono stati considerati subordinati rispetto alle altre libertà di circolazione, in considerazione della clausola di sussidiarietà contenuta nell'articolo 57 TFUE.²⁰⁶

²⁰⁵ Nelle parole di G.TESAURO, *Il diritto dell'Unione europea*, CEDAM, 2010, p.578, "a differenza dello stabilimento, che si traduce nel diritto dei cittadini e delle società di uno Stato membro di esercitare in modo continuativo e permanente la propria attività autonoma in un altro Stato membro, la prestazione di servizi comporta l'esercizio solo temporaneo ed occasionale di un'attività non salariata in uno Stato membro diverso da quello di origine. Occorre al riguardo tener presente che la posizione dei cittadini e delle società che si avvalgono della libera prestazione di servizi non è paragonabile a quella dei soggetti stabiliti, poiché nel complesso gli obblighi imposti a questi ultimi sono ben più rigidi di quelli che gravano sui primi. A differenza, infatti, del prestatore e del destinatario del servizio, che conservano il loro legame naturale con lo Stato di origine, il soggetto stabilito viene invece ad integrarsi nell'ordinamento dello Stato ospitante e, pertanto, a soggiacere in maniera più intensa alle sue norme".

In linea generale, i confini con le altre libertà non sempre risultano del tutto chiari. In linea tendenziale, le merci sono entità percepibili con i sensi. L'elettricità, ad esempio, è stata ritenuta essere una merce; per converso, non lo sono gli *e-books*, che devono dunque essere ritenuti servizi, in considerazione dell'assenza di percepibilità con il tatto. Più complesse sono le ipotesi nelle quali la fornitura di un servizio coinvolge anche un bene tangibile. In relazione alla disciplina delle merci, è stato precisato che l'importazione in un Paese membro di materiale pubblicitario e di biglietti di lotteria, destinati a consentire agli abitanti di tale Stato di partecipare ad una lotteria organizzata in un altro Stato, si ricollega ad una attività di servizi e rientra pertanto in tale disciplina e non in quella delle merci. In questa ipotesi, infatti, il consumatore paga per usufruire di un servizio, la lotteria, non per entrare in possesso del *ticket* di legittimazione alla partecipazione.

Infine, relativamente al confine con la libertà di circolazione dei capitali, costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi ogni divieto o impedimento al trasferimento dei mezzi finanziari necessari all'esecuzione della prestazione, così come ogni divieto o impedimento al pagamento della prestazione, qualora gli scambi di servizi tra Stati membri siano limitati soltanto da restrizioni ai relativi pagamenti.

²⁰⁶ Cfr. C.BARNARD, *cit.*, p.365.

Cionondimeno, come pure è stato rilevato,²⁰⁷ in realtà la moderna crescita economica è dovuta prevalentemente allo sviluppo dei servizi, che rappresentano circa il 70% del PIL europeo. Tale evoluzione ha trovato pieno riscontro nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, atteso che una quantità sempre crescente di casi è stata decisa ai sensi degli articoli 56 e 57 TFUE. A conferma di tale *trend*, nel caso *Fidium Finanz*²⁰⁸ la Corte ha espressamente affermato che l'articolo 57 TFUE non esprime alcun ordine di priorità tra la libertà di fornire servizi e le altre. Nella medesima pronuncia, la Corte ha altresì ribadito la natura residuale, di chiusura, della nozione di servizio, finalizzata a comprendere tutti quei servizi che non rientrano nell'ambito applicativo delle altre libertà. Ciò, al fine di assicurare che tutte le attività economiche ricadano, in un modo o nell'altro, entro l'ambito applicativo delle disposizioni dei Trattati.

A ben vedere, la libera circolazione dei servizi pone una serie di problematiche sue proprie, che non sono replicabili con riferimento alle altre libertà.²⁰⁹ In effetti, la potenziale casistica è assai varia: potrebbe infatti accadere che il fornitore del servizio si sposti da uno Stato all'altro;²¹⁰ potrebbe però essere il soggetto che riceve il servizio a

²⁰⁷ Cfr. C.BARNARD, *ibidem*.

²⁰⁸ Cfr. sentenza resa dalla Corte di Giustizia in data 3 ottobre 2006, causa C-452/04, caso *Fidium Finanzi AG contro bundesanstalt fur Finanzdienstleistungsaufsicht*.

²⁰⁹ D.CHALMERS, G.DAVIES, G.MONTI, *cit.*, p.800, rilevano che “*creating a single market for services is difficult. Service providers are people, or companies, and when they are active in host states they interact with a wide range of regulations. These may be to do with the actual service, but may also be to do with the nature of the provider: their qualifications, or legal form, or financial position [...] services can be both economically and socially extremely sensitive [...] other services are hard to integrate, or adjudicate, because they are part of the structure of the state, or the fabric of national society. Health care, education and sport are examples. Breaking down national barriers to these affects the sense of national community and identity, and so free movement has to be balanced against factors which are hard to voice, hard to weigh, impossible to quantify, and sometimes not easy to distinguish from unacceptable nationalism. Finally, services are about people doing things to, or for, each other*”.

²¹⁰ Come rilevato da G.TESAURO, questa è l'ipotesi più frequente, nonché quella prefigurata prima di tutte le altre dalla lettera dell'articolo 57 del TFUE. Si sia il caso, ad esempio, dell'avvocato che difenda un cliente dinanzi ad un tribunale di un altro Stato membro.

muoversi,²¹¹ oppure ancora, come sempre più di frequente accade, potrebbe essere il servizio stesso a spostarsi, come ad esempio nel caso dei servizi resi via *internet*.²¹²

In linea generale, sotto il profilo soggettivo, i prestatori beneficiari della disciplina in commento sono, innanzitutto, le persone fisiche che hanno la cittadinanza di uno Stato membro e che sono stabilite in un Paese dell'Unione europea. La libera prestazione dei servizi riguarda, dunque, solo i cittadini dell'Unione che siano anche già stabiliti nell'Unione. Agli individui vanno naturalmente aggiunte le persone giuridiche costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro ed aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione, in virtù del richiamo operato dall'art. 62 all'art. 54 TFUE, concernente lo stabilimento delle società.

Quanto al suo campo di applicazione materiale, la disciplina in questione non si applica alle situazioni puramente interne, cioè a quelle situazioni che si esauriscono all'interno di un solo Stato membro o che comunque non presentano alcun collegamento con situazioni considerate dal diritto dell'Unione europea. In altri termini, al fine dell'applicazione delle disposizioni in materia di libera circolazione dei servizi si rende necessaria la presenza di un elemento transfrontaliero, quale che esso sia (rifacendosi alla esemplificazione di cui sopra, è dunque necessario che uno tra prestatore, destinatario e servizio integri l'elemento transfrontaliero).²¹³

In considerazione della funzione di chiusura del sistema di tali disposizioni cui si accennava in precedenza, una delle questioni tradizionalmente più dibattute concerne il significato da attribuire alla nozione di servizio. In linea di principio, il servizio si identifica con un'attività di natura non subordinata fornita, normalmente contro

²¹¹ In un primo tempo erano stati sollevati dubbi circa la possibilità di ricomprendere anche il destinatario del servizio tra i beneficiari del regime di libera prestazione di servizi. Nell'ambito della pronuncia resa nel caso *Luisi e Carbone*, cause riunite C-286/82 e C-26/83, la Corte ha tuttavia precisato che, mentre lo spostamento del prestatore è espressamente prefigurato dalla lettera del Trattato, lo spostamento del destinatario ne costituisce il necessario complemento, che risponde allo scopo di liberalizzare ogni attività retribuita e non regolata dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, delle persone e dei capitali.

²¹² Ai fini che maggiormente interessano nel presente elaborato merita sottolineare come la Corte abbia avuto modo di precisare che rientrano nelle disposizioni in commento le attività che consistono nel fornire in modo permanente e continuo un servizio a destinatari stabiliti in uno Stato membro diverso da quello in cui è stabilito il prestatore, non avendo alcun rilievo, ai fini della qualificazione della fattispecie come prestazione di servizi, la mancanza di contatto fisico tra i soggetti coinvolti e lo Stato ospite.

²¹³ La Corte si è spinta finanche a considerare coperte dalla normativa in questione le situazioni in cui la circolazione del servizio non sia concreta, ma solo potenziale.

remunerazione, da un prestatore stabilito in uno Stato membro diverso da quello in cui la prestazione deve essere eseguita.

In primo luogo, occorre dunque che si tratti di una prestazione effettuata, almeno in via di principio, dietro retribuzione. Ne deriva che, ad esempio, i servizi forniti con spirito caritatevole non rientrano nell'ambito applicativo delle disposizioni in commento. Il fatto che l'articolo 57 TFUE si riferisca ad attività compiute "normalmente" dietro retribuzione ha dato, in passato, adito ad alcuni dubbi interpretativi, risolti nel senso di ritenere che episodi di sporadica gratuità, se inseriti entro un contesto tradizionalmente retribuito, non modificano la definizione di servizio (si pensi, ad esempio, ad alcune attività promozionali).²¹⁴

In secondo luogo, valga sottolineare che l'articolo 57 TFUE contiene infatti una formulazione al negativo della nozione di servizio, in quanto si riferisce alle prestazioni che non siano regolate dalle disposizioni sulla circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. Conseguentemente, la nozione di servizio comprende ogni attività economicamente rilevante che si traduca principalmente in una prestazione e non in uno scambio di beni.

La casistica della Corte di Giustizia relativamente alla definizione del concetto di servizio è assai vasta. Per quanto di interesse in questa sede, valga rilevare come la Corte abbia ritenuto che costituisca un servizio la trasmissione di contenuti televisivi via cavo:²¹⁵ sebbene tale fattispecie debba essere ritenuta ancora diversa da quella della trasmissione di contenuti via *internet*, essa costituisce senz'altro un esempio utile al fine di comprendere come la Corte non abbia in linea di principio preclusioni a riconoscere la natura di servizio ad attività simili a quella che ci occupa.

Rispetto alle problematiche poste dalle pratiche di *geo-blocking* e coerentemente con quanto già rilevato *supra* relativamente all'art. 18 TFUE, merita poi rilevare che

²¹⁴ Esempio di D.CHALMERS, G.DAVIES, G.MONTI, *cit.*, p. 805, i quali aggiungono che "*remuneration need not to be money, as long as it can be valued in money*". Ad ogni modo, la questione della natura economica dell'attività oggetto del servizio non richiede ulteriori approfondimenti ai fini che maggiormente interessano in questa sede, atteso che le pratiche di *geo-blocking* normalmente conseguono ad accordi di licenza, nei quali un soggetto paga un corrispettivo in danaro per ottenere la concessione di un diritto.

²¹⁵ Cfr. sentenze rese dalla Corte in data 18 marzo 1980, causa C-52/79, caso *Procurer du Roi contro Marc J.V.C. Debauxe ed altri*, nonché in data 26 aprile 1988, causa C-352/85, caso *Bond van Adverteerders e altri contro Stato olandese*.

l'articolo 56 TFUE non vieta unicamente le discriminazioni basate sulla nazionalità, ma più in generale le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello destinatario della prestazione.

A ciò si aggiunga che, in base all'art. 61 TFUE, fino a quando permangono negli Stati membri restrizioni alla libera prestazione dei servizi, ciascuno degli Stati membri le applica senza distinzione di nazionalità o di residenza a tutti i prestatori di servizi contemplati dall'articolo 56, primo comma.

Il tenore di tali prescrizioni ed in particolare l'esplicito riferimento al criterio della residenza, si spiega agevolmente ove si consideri che rispetto alla libera prestazione dei servizi il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità o, nel caso di persone giuridiche, della sede non gioca un ruolo assoluto e decisivo come nel caso del diritto di stabilimento. Infatti, se fosse lecito imporre ai prestatori stranieri le stesse condizioni che lo Stato ospitante richiede ai propri cittadini per l'esercizio di determinate attività, condizioni che presuppongono uno stabile collegamento con tale Stato, la libera prestazione dei servizi ne potrebbe risultare completamente vanificata, cos come la sua specificità rispetto allo stabilimento. E in effetti, non è un caso che il requisito della residenza sia espressamente assimilato alla nazionalità e come tale vietato già dal Trattato, in quanto condizione spesso richiesta per l'esercizio di determinate attività e che, se richiesta anche agli stranieri, di fatto ne impedisce la prestazione di servizi.

Il requisito della residenza non è evidentemente il solo che rischia di tradursi, per gli stranieri, nell'impossibilità di prestare i propri servizi o comunque in un onere maggiore e, di fatto, discriminatorio. Come si è accennato, la giurisprudenza della Corte è infatti orientata nel senso che costituiscono una violazione degli articoli 56 e 57 TFUE non solo le discriminazioni palesi basate sulla cittadinanza del prestatore, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, sebbene basata su criteri in apparenza neutri, produce in pratica lo stesso risultato.²¹⁶

²¹⁶ È appena il caso di rilevare che le restrizioni alla libertà di prestazione dei servizi all'interno del mercato interno non si esauriscono con le violazioni, palesi o meno, del divieto di discriminazione. In definitiva, dunque, in linea di principio sono vietate tutte le misure restrittive e non solo quelle che si risolvono in una discriminazione, in diritto o in fatto, a danno di prestatori stranieri o stabiliti in altri Stati membri.

Quanto al regime delle eccezioni, occorre tenere distinte le misure distintamente applicabili (*i.e.* quelle discriminatorie) da quelle indistintamente applicabili (*i.e.* le misure che, pur non essendo discriminatorie in quanto applicabili sia a soggetti di un dato Stato membro, sia a soggetti riferibili ad altri Stati, comunque ostacolano o rendono maggiormente difficoltosa la circolazione di un servizio). Nel caso di misure discriminatorie, eccezioni sono ammissibili solo se possono farsi rientrare in una deroga espressamente prefigurata dal Trattato: ad esempio, dall'art. 52 cui rinvia l'art.62 TFUE, per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica. In quanto norma derogatoria, peraltro, essa deve essere considerata di stretta interpretazione.

Deriva da tutto quanto sopra che le pratiche di *geo-blocking* ben potrebbero rientrare nell'ambito applicativo *ratione materiae* dell'articolo 56 TFUE. Ed infatti, innanzitutto la commercializzazione di servizi audiovisivi *on-line* certamente integra la nozione di "servizio" di cui alle disposizioni in commento, atteso che essa ne soddisfa tutte le condizioni, essendo (*i*) normalmente prestata dietro retribuzione, (*ii*) caratterizzata da un evidente elemento transfrontaliero (non avrebbe altrimenti senso logico discorrere di blocchi geografici), (*iii*) esclusivamente riconducibile alla prestazione di un servizio intangibile, rimanendo dunque ben distante dalle disposizioni che regolano le altre libertà di circolazione.²¹⁷ A tale conclusione non osta, come visto, il riferimento espresso dell'art.56 TFUE alle sole nozioni di residenza e nazionalità.

Come accennato *supra*, l'elemento di maggiore problematicità è però costituito dal fatto che in tanto tale disposizione sarà applicabile alle pratiche di *geo-blocking* in quanto esso possa dirsi dotato di efficacia orizzontale diretta: è solo in questo caso, infatti, che tale disposizione potrebbe essere invocata con successo dinanzi ad un giudice nazionale al fine di eccepire la contrarietà di tali pratiche al diritto dell'Unione.

Cionondimeno, una trattazione approfondita di tali ipotesi (cc.dd. misure indistintamente applicabili) esula dai limiti del presente contributo, che si propone di effettuare una analisi alla luce delle disposizioni in materia di libera circolazione dei servizi delle pratiche di *geo-blocking*, che costituiscono fattispecie discriminatorie.

²¹⁷ Sotto questo profilo, mutato ciò che vi è da mutare, soccorrono le considerazioni di R.MASTROIANNI, *cit.*, p.13, il quale con riferimento ai messaggi televisivi ha sottolineato come "quanto alla questione preliminare della qualificazione dell'attività [...] la Corte ha fatto leva sulla natura residuale della nozione di servizio accolta dal Trattato CE, precisando che in mancanza di espresse disposizioni contrarie del Trattato il messaggio televisivo va considerato, per natura, una prestazione di servizi. Benché non sia escluso che prestazioni normalmente fornite in funzione di un corrispettivo ricadano sotto le norme relative alla libera circolazione delle merci, ciò si verifica tuttavia [...] solo qualora esse siano espressamente disciplinate da tali norme".

I paragrafi che seguono sono dedicati proprio a questo problema: dopo un rapido richiamo di alcuni concetti-chiave in materia di diretta efficacia (par.5), si farà applicazione di questi principi generali per il caso specifico delle disposizioni in materia di libera circolazione (parr.5.1 ss.).

6. L'efficacia orizzontale diretta delle disposizioni di rango primario dell'Unione. Cenni generali

Al fine di affrontare con maggior chiarezza le problematiche sottese al riconoscimento alle disposizioni in materia di libera circolazione di efficacia orizzontale diretta, si ritiene opportuno premettere alcune brevi considerazioni di ordine generale relative alla materia della diretta efficacia.²¹⁸

A questo riguardo, in accordo con una parte della dottrina, occorre anzitutto tenere distinto il concetto di diretta efficacia da quello di diretta applicabilità. Quest'ultima indica l'attitudine di un atto dell'Unione ad essere applicato all'interno dell'ordinamento giuridico degli Stati membri "senza bisogno di alcun atto statale di esecuzione o di adattamento". Per converso, la diretta efficacia indica più specificamente l'idoneità di una data disposizione di diritto dell'Unione a conferire diritti soggettivi agli individui,²¹⁹ che essi possono esercitare nell'ambito dell'ordinamento degli Stati membri e per la cui tutela possono agire in via giudiziaria

²¹⁸ Sul tema, Cfr. *inter alia* U.VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Cacucci Editore, 2010, p. 231 ss.; R.SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, 2016, p. 77 ss.; U.DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Giuffrè Editore, 2009, p.282 ss.; R.ADAM, A.TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli Editore, 2010, p. 119 ss.; E.CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, Giappichelli Editore, 2014, p. 90 ss.; P.MENGOZZI, C.MORVIDUCCI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Wolters Kluwer, 2014, ma anche S.ROBIN-OLIVIER, *The evolution of direct effect in the EU: Stocktaking, problems, projections*, in *I-CON*, 2014, (12), p.165ss.

In considerazione delle finalità del presente elaborato, si ritiene invece di non diffondersi sul problema della distinzione tra efficacia orizzontale diretta ed indiretta. Sia dunque consentito un mero rinvio alle considerazioni di A.HARTKAMP, il quale rileva che l'efficacia orizzontale indiretta possa essere riconosciuta in tre casi: "*review of the compatibility of national legislation with EC law [...] positive obligations [...] realizing the purpose of a Treaty provision in a private law relationship through the interpretation of a rule of national law*".

²¹⁹ Di "posizioni soggettive a favore degli individui", comprendenti diritti, obblighi e poteri, parla E.CANNIZZARO, *cit.*, p.91.

dinanzi agli organi dotati di potere giurisdizionale.²²⁰ Come pure è stato sottolineato, “[direct applicability] refers to the internal effect of a European norm within national legal orders [whereas direct effect] refers to the individual effect of a norm in specific cases”.²²¹ In questo senso, la questione della diretta applicabilità è di matrice prettamente internazionalistica, attenendo all’idoneità di una disposizione “straniera” di produrre effetti all’interno di un ordinamento giuridico domestico;²²² per converso, la diretta efficacia solleva questioni relative alla separazione dei poteri nell’ambito di un dato ordinamento domestico, atteso che essa solleva sostanzialmente il problema del soggetto incaricato di dare attuazione ad una data disposizione (esponente del potere esecutivo o giudiziario).²²³

Pressoché tutte le fonti del diritto dell’Unione potrebbero produrre – ricorrendone le condizioni – effetti diretti.²²⁴ Ciascuna di esse pone problematiche diverse,²²⁵ una cui approfondita trattazione esula dagli scopi del presente elaborato, avente il più modesto obiettivo di comprendere se talune disposizioni di diritto primario dell’Unione possano ritenersi applicabili alle pratiche di *geo-blocking*. Conseguentemente, occorre focalizzare l’analisi sul problema dell’efficacia diretta delle disposizioni dei Trattati fondamentali.²²⁶

²²⁰ Ad avviso di T.HARTLEY, *The Foundations of European Union Law*, Oxford, 2014, il fondamento concettuale dell’efficacia diretta risiede in ciò, che essa comporta l’applicazione di una disposizione di diritto dell’Unione da parte di un giudice nazionale come fosse di diritto locale.

²²¹ Cfr. R.SCHÜTZE, *cit.*, p.81.

²²² Nel gergo proprio del diritto internazionale, la questione della diretta applicabilità dipende infatti dalla scelta, propria di ogni ordinamento giuridico nazionale, di abbracciare una concezione monistica o dualistica dei rapporti con l’ordinamento giuridico internazionale.

²²³ Nelle parole di U.DRAETTA, *cit.*, p. 284, “l’efficacia diretta [...] non è, quindi, che l’altra faccia dell’applicabilità diretta, in quanto quest’ultima si riferisce principalmente agli obblighi posti a carico dei singoli, mentre la prima concerne essenzialmente i loro diritti”.

²²⁴ Ed infatti, tale qualità potrebbe essere propria non solo delle disposizioni di tutti gli atti legislativi dell’Unione, ma anche degli accordi internazionali da essa conclusi.

²²⁵ Il concetto è ben espresso da P.MENGOZZI, C.MORVIDUCCI, *cit.*, p. 152, i quali ritengono che “il problema della diretta applicabilità delle norme dei trattati, per parte sua, presenta aspetti diversi rispetto a quello della diretta applicabilità dei regolamenti per la ragione che le prime sono spesso redatte in termini molto generali se non addirittura vaghi, limitandosi a prevedere, per quanto riguarda ad esempio le libertà economiche, che certe restrizioni devono considerarsi proibite”.

²²⁶ G.STROZZI, R.MASTROIANNI, *Diritto dell’Unione europea. Parte istituzionale*, Giappichelli Editore, 2016, ritengono che “l’aspetto più significativo della giurisprudenza della Corte sugli effetti diretti concerne la possibilità per i privati di far valere le posizioni giuridiche soggettive derivanti direttamente da una norma dei Trattati non solo nei confronti dello Stato e dei suoi organi centrali e periferici, ma anche nei confronti di altri soggetti privati (c.d. effetti orizzontali) [...] probabilmente l’effetto diretto orizzontale attribuito a certe norme del Trattato deriva anche dalla considerazione che esse sono spesso,

L'attribuzione diretta ed immediata di diritti esercitabili dinanzi ai giudici nazionali e discendenti da disposizioni dei Trattati fu riconosciuta per la prima volta nel noto caso *Van Gend en Loos*.²²⁷ In quel caso si poneva la questione di comprendere se l'allora articolo 12 del Trattato sulla Comunità economica europea, comportante il divieto di introdurre nuovi dazi doganali o tasse di effetto equivalente nel commercio tra gli Stati membri, attribuisse ai singoli diritti soggettivi che il giudice nazionale avesse il dovere di tutelare.

Il sostrato argomentativo sul quale poggia la pronuncia della Corte è rappresentato dalla natura dell'Unione di ordinamento giuridico di nuovo genere nel panorama del diritto internazionale pubblico, tale per cui le categorie giuridiche tradizionalmente riferibili alle organizzazioni internazionali non vi possono trovare applicazione.²²⁸ Nella ricostruzione della Corte, tale circostanza è foriera di numerose conseguenze, tra le quali il fatto che l'istituzione dell'Unione comporta l'elaborazione di un sistema di diritti conferiti agli individui. Nelle parole di una parte dei commentatori,²²⁹ *“if the justification for the establishment of these rights is the presence of a new legal order, the vehicle for the expression of this order is the development of a system of judicially protected rights”*.

Lo snodo fondamentale della pronuncia è il seguente.

[...] *Lo scopo del Trattato C.E.E., cioè l'instaurazione di un mercato comune il cui funzionamento incide direttamente sui soggetti della Comunità, implica che esso va al di là di un accordo che si limitasse a creare degli obblighi reciproci fra gli Stati contraenti. Ciò è confermato dal preambolo del Trattato il quale, oltre a menzionare i Governi, fa richiamo ai popoli [...] oltracciò, la funzione attribuita alla Corte di Giustizia dall'articolo 177 [...] costituisce la riprova del fatto che gli Stati hanno riconosciuto al diritto comunitario un'autorità tale da poter essere fatto valere dai loro cittadini davanti a detti giudici. In considerazione di tutte queste circostanze, si deve concludere che la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani,*

in pari tempo, espressione di un principio generale o fondamentale dell'ordinamento dell'Unione (uguaglianza, non discriminazione, libertà di circolazione e così via)”.²²⁷

²²⁷ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia del 5 febbraio 1963, caso *NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*, causa C-26/62.

²²⁸ D.CHALMERS, G.DAVIES, G.MONTI, *European Union Law*, Cambridge University Press, 2014, p.293 ritengono che tale aspetto riguardi *“the quality of EU law”*.

²²⁹ D.CHALMERS, G.DAVIES, G.MONTI, *cit.*, p.293.

*ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini [...] il disposto dell'articolo 12 pone un divieto chiaro e incondizionato, che si concreta in un obbligo non già di fare, bensì di non fare. A questo obbligo non fa riscontro alcuna facoltà degli Stati di subordinarne l'efficacia all'emanazione di un provvedimento di diritto interno. Il divieto dell'articolo 12 è per sua natura perfettamente atto a produrre direttamente degli effetti sui rapporti giuridici intercorrenti fra gli Stati membri ed i loro amministrati [...]*²³⁰

Ne deriva che, nell'impostazione della Corte di Giustizia, "l'efficacia diretta non rappresenta solo un mezzo per rafforzare la tutela dei singoli, i quali non sono legittimati a promuovere un giudizio di infrazione a livello giudiziario europeo [...] ma anche uno strumento ulteriore di garanzia di rispetto del diritto dell'Unione, nell'interesse della stessa Unione europea".²³¹

L'importanza simbolica della pronuncia in commento è nota. Cionondimeno, come pure è stato rilevato,²³² *"if ground-breaking in the development of the EU legal order, the judgement is narrow in terms of its elaboration of an EU system of rights"*. E infatti, a ben vedere:

- a. la Corte non afferma che tutte le disposizioni di diritto dell'Unione sono produttive di effetti diretti e neppure che tutte le disposizioni dei Trattati fondamentali lo sono.²³³ Ciò che, più specificamente, la Corte ritiene è che le disposizioni del diritto dell'Unione che presentino determinate caratteristiche hanno diretta efficacia. Tali caratteristiche vengono identificate nella loro natura chiara, precisa²³⁴ ed incondizionata;²³⁵

²³⁰ Cfr. p.23 ss.

²³¹ Cfr. U.VILLANI, *cit.*, p.232.

²³² D.CHALMERS, G.DAVIES, G.MONTI, *cit.*, p.294.

²³³ Ed infatti, come rilevato da R.ADAM, A.TIZZANO, *cit.*, p. 119, "[non tutte le norme dei Trattati sono] suscettibili di produrre effetti direttamente in capo a persone fisiche o giuridiche, dato che l'origine internazionalistica di tali norme implica che le stesse siano per lo più strutturate avendo a modello destinatari i natura statale".

²³⁴ Sul punto meritano di essere citate le considerazioni di T.HARTLEY, *cit.*, ad avviso del quale *"clarity and unambiguity are striven for by every legal draftsman; frequently, however, they are not attained. This is particularly true in the case of instruments which have to be agreed upon by a number of different parties with conflicting interests, as is the case both with the constitutive Treaties and Union legislation. Like many provisions of national law, Union law is often unclear and ambiguous. This does not in itself, however, prevent its being directly effective: the European Court is there to interpret it and once this has been done the ambiguities will be resolved. The difficulty, therefore, is not so much ambiguity, as generality and lack of precision. If the provision merely lays down a general objective or a policy to be pursued, without specifying the appropriate means to attain it, it can hardly be regarded as a legal rule suitable for application by a court of law"*. A titolo esemplificativo, l'A. si riferisce all'articolo 4,

- b. il riferimento alla circostanza per cui l'allora articolo 12 fosse formulato in maniera negativa e recasse dunque un obbligo di non fare ha indotto una parte dei commentatori a leggere in maniera restrittiva anche la portata dei diritti riconosciuti ai singoli. In altri termini, ad avviso di una parte dei commentatori, la formulazione negativa dell'articolo 12 attribuirebbe agli individui il solo diritto ad esigere che le amministrazioni pubbliche si astengano dal porre in essere condotte contrarie al dettato di tale disposizione, ma non ad agire nei confronti di privati. Vi è dunque quella che la dottrina in commento definisce “*a countervailing reserve about the duties to be imposed on other parties*”.²³⁶

La Corte avrebbe avuto modo di sviluppare ulteriormente tale orientamento. Ai fini del presente contributo, si segnala soprattutto la pronuncia resa dalla Corte nel caso *Defrenne II*.²³⁷ I motivi di interesse della sentenza in questione sono molteplici: ad esempio, vi è chi (non senza una certa ragionevolezza) vi ha visto il primo esempio di pronuncia tramite la quale il giudice dell'Unione ha inteso ridimensionare la rigidità del requisito della chiarezza delle disposizioni dell'Unione ai fini dell'attribuzione di efficacia diretta.

Per quanto di interesse in questa sede, però, la pronuncia si segnala per essere il primo caso nel quale la Corte attribuisce agli individui diritti derivanti da disposizioni del diritto dell'Unione non formulate in senso di proibizione.

In estrema sintesi, la questione riguardava un trattamento discriminatorio tra assistenti di volo di sesso femminile e maschile quanto a trattamento salariale posto in essere dalla compagnia aerea Sabena per uno stesso lavoro. La Corte avrebbe ritenuto che gli Stati fossero obbligati ad assicurare che i privati rispettassero il divieto di discriminazione fondata sul sesso.

paragrafo 3, del TUE, che è “*far too general to be directly effective by itself, though it might be suitable for application in conjunction with some other provisions which spelled out more clearly what Member States were required to do or not to do*”.

²³⁵ E.CANNIZZARO, *cit.*, p.91, descrive tale aspetto sostenendo che “qualsiasi norma del Trattato che abbia completezza di contenuto dispositivo e che non faccia dipendere tale contenuto da una ulteriore attività normativa degli Stati membri avrà effetti diretti e potrà, di conseguenza, essere invocata in procedimenti nazionali”.

²³⁶ D.CHALMERS, G.DAVIES, G.MONTI, *cit.*, p. 293.

²³⁷ Cfr. sentenza resa dalla Corte di Giustizia in data 8 aprile 1976, causa C-43/75, caso *Defrenne contro Sabena*.

Più in dettaglio, si legge nella sentenza che

[...] Nemmeno è dato trarre argomento dal fatto che l'art.119 menziona espressamente solo gli Stati membri. Come questa Corte ha già affermato in altre occasioni, infatti, la circostanza che determinate disposizioni del Trattato si rivolgano formalmente agli Stati membri non esclude affatto che, al tempo stesso, vengano attribuiti dei diritti ai singoli interessati all'osservanza degli obblighi così precisati. Dallo stesso tenore dell'art.119 si evince che questo impone agli Stati un risultato obbligatorio da conseguirsi entro un termine tassativamente indicato. L'efficacia di questa disposizione non può essere affievolita dalla circostanza che l'obbligo imposto dal trattato non è stato osservato in determinati Stati membri e che le istituzioni comuni non hanno adeguatamente reagito contro tale inadempienza. [...] infine, nel riferirsi agli Stati membri, l'art.119 considera questi Stati nell'esercizio di tutti i poteri che possono contribuire all'attuazione del principio della parità di retribuzione [...] detta disposizione è ben lungi dall'esaurirsi in un rinvio alla competenza dei poteri legislativi nazionali. Il fatto che l'art.119 si riferisca agli Stati membri non può quindi essere interpretato nel senso di escludere l'intervento dell'autorità giudiziaria, per l'applicazione diretta del trattato. Neppure può essere accolta l'obiezione tratta dal fatto che l'applicazione, da parte dei giudici nazionali, del principio della parità di retribuzione, avrebbe la conseguenza di modificare quanto le parti hanno convenuto con atti rientranti nell'autonomia privata o professionale, quali i contratti individuali e i contratti collettivi di lavoro. Dato che l'art.119 è di natura imperativa, il divieto di discriminazione tra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile riguarda infatti non solo le pubbliche autorità, ma vale del pari per tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato, come pure per i contratti fra singoli [...]²³⁸

Il riferimento compiuto dalla Corte alla necessità di estendere l'efficacia dell'allora articolo 119 anche "ai contratti fra singoli" solleva problematiche cruciali ai fini della tematica oggetto del presente contributo e sarà dunque oggetto di specifica trattazione nei paragrafi successivi. Per il momento, sia sufficiente segnalare quanto segue.

Innanzitutto, nella ricostruzione operata dalla Corte, l'efficacia diretta non si riduce ad un mero strumento di protezione degli individui dalle violazioni delle disposizioni dell'Unione da parte degli Stati membri. Al contrario, essa si traduce nell'imposizione di veri e propri obblighi di contenuto positivo in capo agli Stati membri al fine di assicurare la protezione dei diritti individuali. È in quest'ottica che deve essere letto il riferimento della Corte all'intervento dell'autorità giudiziaria, che è parte dell'apparato statale chiamato ad applicare le disposizioni dei Trattati. In secondo luogo, è evidente dalla pronuncia della Corte che le previsioni dei Trattati possono essere invocate nei

²³⁸ Cfr. parr.30/34.

confronti di altri soggetti privati che, corrispondentemente, sono obbligati al rispetto del diritto dell'Unione.

Ciò si traduce in quello che la dottrina ha definito come duplice dimensione dell'efficacia diretta, che può essere verticale o orizzontale.

In primo luogo, il giudice dell'Unione ha chiarito in più occasioni che il fatto che una disposizione si diriga formalmente agli Stati membri, imponendo loro un obbligo, non esclude che essa attribuisca un corrispondente diritto ai singoli.

A questo riguardo, con formula poi divenuta tralatizia, la Corte avrebbe statuito che

[...] *si deve ritenere che questi diritti [soggettivi] sussistano non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle istituzioni [...]*

In secondo luogo – e quanto di più importante rispetto agli scopi del presente elaborato – la Corte avrebbe altresì ampliato la portata materiale della diretta efficacia.

Da questo punto di vista, il giudice dell'Unione non si è infatti limitato a riconoscere la sola efficacia diretta di tipo c.d. “verticale”, nel senso di conferire al singolo il diritto di far valere tali norme nei propri rapporti con gli Stati membri o gli altri enti pubblici.²³⁹

Al contrario, è stato chiarito come gli effetti diretti delle norme dei Trattati “possano essere invocati anche nei rapporti orizzontali, vale a dire da un individuo nei confronti di un altro individuo”.²⁴⁰

²³⁹ In questo senso, come rilevato da U.VILLANI, *cit.*, p.232, il termine “verticali” evoca proprio la posizione di soggezione del singolo rispetto alla pubblica autorità; similmente, R.SCHÜTZE sottolinea che “*this situation is called vertical effect, since the State is above its subjects*”.

²⁴⁰ Cfr. E.CANNIZZARO, *cit.*, p.92. R.SCHÜTZE pone l'accento sul fatto che “*while a private party is in a subordinate position vis-à-vis public authorities, it is in a coordinate position vis-à-vis private parties*”.

6.1.L'efficacia orizzontale diretta delle disposizioni in materia di libera circolazione

Tanto premesso con riferimento alle categorie generali, è ora possibile affrontare la questione dell'efficacia orizzontale diretta delle disposizioni in materia di libera circolazione.²⁴¹

La problematica è di difficile risoluzione, tanto da essere stata definita “*a gigantic conundrum in EU law*”.²⁴² A ciò contribuiscono, da un lato, la natura ondivaga delle pronunce della Corte di Giustizia sul punto²⁴³ e, dall'altro, lo stesso tenore letterale delle disposizioni in commento. Invero, a ben vedere, esse sembrerebbero essere state concepite quali altrettanti strumenti di controllo e limitazione dell'esercizio del potere legislativo da parte degli Stati membri, più che precetti riferibili all'agire dei privati. Ciò ha portato alla diffusione della tradizionale concezione dottrinale per la quale occorre distinguere le disposizioni in materia di libera circolazione da quelle in materia di concorrenza sulla base del presupposto per cui le prime sarebbero destinate agli Stati membri, mentre le seconde ai privati.

A parere di chi scrive, per far fronte a questo scenario non agevolmente intelligibile occorre innanzitutto definire con chiarezza i termini della questione.

A questo riguardo, il punto non è comprendere se l'agire di soggetti privati possa essere *influenzato* dalle disposizioni in materia di libera circolazione, ma se (più profondamente) le condotte poste in essere da quei soggetti possano esse stesse violare tali disposizioni.²⁴⁴ E infatti, che l'agire di soggetti privati subisca limiti, più o meno pervasivi, derivanti dalle disposizioni in materia di libera circolazione è tutt'altro che

²⁴¹ Il tema dell'efficacia diretta verticale delle disposizioni in materia di libera circolazione esula dalle finalità del presente elaborato.

Sia dunque consentito un rinvio alle considerazioni ed ai riferimenti giurisprudenziali effettuati sul punto da F. MARTINES, *Il mercato interno dell'Unione europea. Le quattro libertà. Raccolta commentata di giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, Maggioli Editore, 2014, p. 347 ss.

²⁴² Cfr. C.KRENN, *A missing piece in the horizontal effect “jigsaw”: horizontal direct effect and the free movement of goods*, in *Common Market Law Review* (49), 2012, p. 177 ss., che cita BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart, 2002, p.143.

²⁴³ S.LEIBLE, *cit.*, p. 73 rileva come “*ECJ case law on this question shows little consistency*”.

²⁴⁴ Pone la questione in questi termini P.CARO DE SOUSA, *Horizontal Expression of Vertical Desires: Horizontal Effect and the Scope of the EU Fundamental Freedoms*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2013, (2), pp.479-505.

controverso.²⁴⁵ Lo strumentario a disposizione delle istituzioni europee ne è la conferma. Si pensi all'obbligo di interpretazione del diritto nazionale in modo conforme alle previsioni del diritto dell'Unione, ovvero alla facoltà/obbligo per il giudice nazionale di adire in via pregiudiziale la Corte di Giustizia, ovvero ancora alla procedura di infrazione. Questi ed altri istituti consentono senz'altro al diritto dell'Unione in generale ed alle disposizioni in materia di libera circolazione in particolare di riverberare i propri effetti sulle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini europei e di condizionarne i rapporti economici.²⁴⁶

Ciò che in questa sede interessa comprendere, invece, è se le disposizioni in materia di libera circolazione – con particolare riguardo all'articolo 56 TFUE – possano ritenersi applicabili alle condotte poste in essere dai cittadini europei in via immediata. In altri termini, occorre comprendere se il Trattato implichi che, per garantire l'adeguato funzionamento del mercato comune, le disposizioni sulla libera circolazione tutelino i diritti dei soggetti attivi sul mercato non solo limitando i poteri delle autorità degli Stati membri, ma anche limitando l'autonomia degli altri soggetti dell'ordinamento.

Rispondere affermativamente implicherebbe il riconoscimento al diritto dell'Unione di una significativa capacità di intrudersi nei rapporti tra privati, condizionandone la libertà di definire autonomamente i propri interessi economici.²⁴⁷ Nelle parole di una parte dei commentatori,²⁴⁸ “l'estensione della portata delle norme sulla libera circolazione ai privati limita la loro autonomia e richiede un bilanciamento tra interessi diverso rispetto a quello che si applica nel caso di una controversia verticale; questo è ancora più evidente quando il bilanciamento avviene tra il diritto a usufruire delle

²⁴⁵ Sotto questo profilo, A.HARTKAMP, *The Effect of the EC Treaty in Private Law: On Direct and Indirect Horizontal Effects on Primary Community Law*, in *European Review of Private Law* (3), 2010, p.527 ss., condivisibilmente sottolinea che “the EC Treaty has acquired a much greater significance in private law than would correspond with those two provisions. Community law has exercised its influence both through legislation and judgments of the European Court of Justice”.

²⁴⁶ Nelle parole di P.VERBRUGGEN, *The Impact of Primary EU Law on Private Law Relationships: Horizontal Direct Effect under the Free Movement of Goods and Services*, in *European Review of Private Law* (2), 2014, p.201 ss., “the provisions of the Treaty [...] concerning the free movement [...] have a significant impact on private law relationships [...] that a Member State default under the Treaty's goods or services regime can have implications for private law relationships is undisputed. A much more thorny issue is the question of whether and to what extent these regimes bind private parties in exercising their private autonomy”.

²⁴⁷ È per questi motivi che vi è chi ha parlato di *horror juris*, di potere “distruttivo” delle libertà fondamentali ed altre espressioni simili.

²⁴⁸ Cfr. F. MARTINES, *cit.*, p.351.

norme sulla libera circolazione e i diritti fondamentali”.²⁴⁹ A ciò si aggiunga come, sotto il profilo concettuale, “*a common market that is committed to the principles of an open economy and free competition, and which at the same time is not based on party autonomy, is unthinkable*”.²⁵⁰

Inoltre, in caso di risposta affermativa, occorrerebbe domandarsi in che misura i privati possano invocare le clausole di deroga previste dal Trattato o i motivi imperativi di origine giurisprudenziale, che rappresentano dei valori la cui tutela è di regola affidata allo Stato o che comunque si identificano con un interesse pubblico che prevale su altri valori (di mercato). Infine, non è possibile tacere il profilo delle conseguenze giuridiche che ne deriverebbero nei rapporti tra privati: si pensi alla possibile declaratoria di nullità dell'accordo controverso (o di parte di esso), nonché alle possibili azioni risarcitorie conseguenti a tale pronuncia, nonché ancora al riconoscimento di provvedimenti cautelari finalizzati a tutelare i diritti così riconosciuti.

La Corte di Giustizia, consapevole delle questioni sottese alla problematica, ha dato origine ad un filone giurisprudenziale tanto corposo quanto intricato, anche perché le soluzioni da essa fornite non sono state sempre omogenee con riferimento alle diverse libertà di circolazione. Nei passaggi che seguono si cercherà di ricostruire l'*iter* argomentativo espresso dalla Corte attraverso il riferimento alle pronunce ritenute più significative.

Il punto di partenza della ricognizione è costituito da un insieme di pronunce che la Corte ha reso a partire dall'inizio degli anni Settanta in materia di libera circolazione dei beni, con particolare riguardo ad alcune questioni connesse all'esercizio di diritti di proprietà intellettuale. Tra di essi è particolarmente esemplificativo il caso *Deutsche Grammophon*.²⁵¹

²⁴⁹ Peraltro, come condivisibilmente sottolineato da A.HARTKAMP, *cit.*, p. 532, occorrerebbe anche perimetrare con cautela la possibilità, per il giudice nazionale ed a seguito di una eventuale, espressa pronuncia della Corte in questo senso, di riconoscere *ex officio* l'efficacia orizzontale diretta, sottraendola ad una espressa richiesta di parte.

²⁵⁰ Cfr. S.LEIBLE, *European Freedoms and European Contract Law*, in S.GRUNDMANN (a cura di), *Constitutional Values and European Contract Law*, Wolters Kluver, 2008, p. 65.

²⁵¹ Cfr. sentenza resa dalla Corte in data 8 giugno 1971, causa C-78/70, caso *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH contro Metro-SB-Grossmarkte HmbG&Co.KG*.

Per quanto di interesse in questa sede, la Corte era stata adita in via pregiudiziale al fine di determinare se un produttore di dischi musicali, titolare del diritto esclusivo di immetterli in commercio, potesse vietarne la distribuzione in Germania da parte di una propria società affiliata francese, cui li aveva in precedenza ceduti.

La Corte avrebbe statuito che

[...] *se un diritto connesso al diritto d'autore viene fatto valere per vietare la messa in circolazione in uno Stato membro di prodotti messi in commercio dal suo titolare, o col suo consenso, nel territorio di un altro Stato membro, per la sola ragione che tale messa in commercio non è stata effettuata nel territorio nazionale, un divieto siffatto, che contribuisca all'isolamento dei vari mercati nazionali, è in contrasto con lo scopo essenziale del trattato, il quale tende alla fusione di detti mercati in un mercato unico [...] di conseguenza, il fabbricante di riproduzioni sonore che si vale del diritto esclusivo di metterle in commercio [...] onde vietare la messa in circolazione in questo Stato di prodotti da lui stesso (o col suo consenso) smerciati in un altro Stato membro, adducendo come unico motivo che la messa in commercio non è avvenuta nel territorio del primo Stato membro, agisce in modo incompatibile con le norme relative alla libera circolazione delle merci nel mercato comune [...]*²⁵²

La Corte muove dunque dall'isolamento del c.d. "oggetto specifico" del diritto di proprietà intellettuale. Esso viene identificato nel diritto di sfruttare l'opera intellettuale e ricavarne profitti: a ciò e solo a ciò si estende la copertura garantita dalla privativa intellettuale. Nel momento in cui il titolare del diritto lo esercita per la prima volta nel territorio dell'Unione conformemente al suo oggetto specifico, tale diritto si esaurisce, in quanto il titolare del diritto si considera remunerato.²⁵³ Conseguentemente, qualsiasi ulteriore condotta posta in essere dal titolare del diritto (ad esempio, nel caso di un brevetto, il tentativo di impedire l'importazione nello Stato membro A di un prodotto coperto da brevetto inizialmente commercializzato legalmente nello Stato membro B) ne esorbiterebbe i limiti e sarebbe contraria al diritto dell'Unione.

A prescindere dal complesso apparato argomentativo che conduce la Corte a tale decisione, ciò che qui interessa maggiormente è che la condotta ritenuta *contra legem* sia quella del soggetto titolare del diritto di proprietà intellettuale ("il fabbricante di

²⁵² Cfr. par. 12 della sentenza.

²⁵³ Questa è nient'altro che la "teoria dell'esaurimento", su cui cfr. Capitoli I e II, sviluppata dalla Corte nell'ambito della pronuncia *Consten Grundig* in materia di intese restrittive della concorrenza. *Deutsche Grammophon* sviluppa *Consten Grundig*, nel senso di estendere l'ambito applicativo della dottrina dell'esaurimento anche ai beni materiali.

riproduzioni sonore...agisce in modo incompatibile”).²⁵⁴ Come efficacemente osservato, in tal modo la Corte di fatto afferma che “*the private initiative did not only trigger the application of Article 34 TFEU but was also to be understood as constituting the measure within the meaning of Article 34 TFEU*”.²⁵⁵

Volendo ricondurre tale pronuncia alla problematica cui si sta tentando di fornire una risposta, la Corte sembrerebbe dunque aver riconosciuto efficacia orizzontale diretta alle disposizioni in materia di libera circolazione dei beni.

Senonché, pochi anni dopo le pronunce citate, la Corte avrebbe parzialmente mutato orientamento. Più in dettaglio, ferma restando la contrarietà al diritto dell’Unione delle pratiche esorbitanti l’oggetto specifico del diritto di proprietà intellettuale, nelle pronunce successive alla giurisprudenza *Grammophon* scompare il riferimento alla illiceità delle condotte del titolare del diritto di proprietà intellettuale e la Corte si riferisce esclusivamente alla cornice legislativa predisposta dagli Stati membri ed entro la quale operano i *players* del mercato.

A questo riguardo è particolarmente indicativo quanto statuito nel caso *Generics*,²⁵⁶ nell’ambito di un contenzioso riguardante un brevetto farmaceutico. In questa decisione, il giudice dell’Unione avrebbe ritenuto che

[...] l’applicazione di una disposizione nazionale che consente al titolare di un brevetto relativo a un processo di fabbricazione di un farmaco di opporsi a che un terzo presenti campioni di un farmaco preparato secondo questo stesso processo [...] costituisce una misura equivalente ad una restrizione quantitativa [...]²⁵⁷

In altri termini, la Corte avrebbe adottato un nuovo approccio, in forza del quale ad essere oggetto di scrutinio e, se del caso, di censura non erano le condotte degli

²⁵⁴ C.KRENN, *A missing piece in the horizontal effect “jigsaw”: horizontal direct effect and the free movement of goods*, in *Common Market Law Review* (49), 2012, p. 177 ss., correttamente sottolinea che “*the Court stated on several occasions that it would scrutinize the exercise of IPRs by its holder [...] this necessarily emphasized the role of the private IPR holder*”. Peraltro, come già osservato nel primo capitolo del presente elaborato, l’A. condivisibilmente sottolinea che “*the confusing use of the term exercise was linked to the adoption of a doctrine the Court had originally developed in the field of competition law*”.

²⁵⁵ Cfr. C.KRENN, *cit.*, p.81.

²⁵⁶ Cfr. sentenza resa dalla Corte in data 9 luglio 1997, causa C-316/95, caso *Generics BV contro Smith Kline&French Laboratories Ltd.*

²⁵⁷ Cfr. paragrafo 3 della sentenza.

operatori del mercato in quanto tali, bensì le leggi che garantiscono ai privati il diritto di sfruttare la privativa intellettuale.

Tale impostazione si sarebbe calcificata nelle successive pronunce della Corte, che ha tradizionalmente continuato a negare il riconoscimento di efficacia orizzontale diretta alle disposizioni in materia di libera circolazione delle merci. Sotto questo profilo, il caso cui tradizionalmente viene compiuto riferimento sul punto è *Sapoc Audic*.²⁵⁸ Sinteticamente, la Corte si è pronunciata in via pregiudiziale nell'ambito di una controversia coinvolgente le società francesi Sapod, Audic attiva nella commercializzazione di pollame in imballaggi in plastica ed Eco-Emballages, operante *inter alia* nel trattamento degli imballaggi di imprese soggette ad obblighi di smaltimento di rifiuti di vario genere. La questione è di particolare interesse ai nostri fini, atteso che se la legge francese si limitava a porre a carico della Sapod un generico obbligo di indicare la tipologia di imballaggio utilizzata, il contratto concluso tra Sapod ed Eco-Emballages avente ad oggetto l'adesione della prima al sistema di smaltimento della seconda aveva autonomamente aggiunto ad esso un vero e proprio obbligo di marchiatura o etichettatura dell'imballaggio.

Nelle more della propria decisione, la Corte avrebbe ritenuto quanto segue.

[...] se la natura dell'obbligo generico di indicare gli imballaggi [...] è stata concretizzata in un obbligo di marchiatura a carico della Sapod, consistente nell'apposizione del logo Punto verde, quest'ultimo obbligo deriva da un contratto di diritto privato intercorso tra le parti della causa principale. Una tale disposizione contrattuale non può essere considerata un ostacolo ai sensi dell'art. 30 del Trattato, poiché essa non è emanata da uno Stato membro bensì concordata tra privati [...] ²⁵⁹

Una parziale eccezione a tale regola generale sembrerebbe essere costituita dalla sentenza resa dalla Corte nel caso *Dansk Supermarked*.²⁶⁰ In estrema sintesi, la questione aveva ad oggetto l'impresa Imerco A/S, che in occasione del cinquantesimo anniversario della propria fondazione ordinava nel Regno Unito un servizio di ceramica commemorativo. La vendita esclusiva di tale servizio era riservata agli azionisti della

²⁵⁸ Cfr. sentenza resa dalla Corte di Giustizia in data 6 giugno 2002, causa C-159/00, caso *Sapoc Audic contro Eco-Emballages SA*.

²⁵⁹ Cfr. par. 74.

²⁶⁰ Cfr. sentenza resa dalla Corte di Giustizia in data 22 gennaio 1981, causa C-58/80, caso *Dans Supermarked*.

Imerco, che però aveva convenuto che i pezzi di seconda scelta potessero essere venduti dallo stesso fabbricante nel Regno Unito, a condizione che essi non fossero in alcun caso esportati in Danimarca o in altri paesi scandinavi. Ciononostante, la Dansk Supermarked A/S, proprietaria di più supermercati, riusciva a procurarsi attraverso intermediari un certo numero di servizi posti in commercio nel Regno Unito e li vendeva in Danimarca ad un prezzo notevolmente inferiore a quello dei servizi venduti dagli azionisti della Imerco. I giudici danesi, aditi dalla Imerco, vietavano alla Dansk Supermarked la vendita di tali servizi in ceramica; conseguentemente, la Dansk adiva in via pregiudiziale il giudice dell'Unione al fine di chiedere se il vincolo ad essa imposto dalla Imerco fosse tale da costituire un ostacolo per la libera circolazione delle merci fra gli Stati membri dell'allora Comunità.

Per quanto di interesse in questa sede, la Corte avrebbe statuito quanto segue.

[...] è opportuno sottolineare [...] che in nessun caso convenzioni fra singoli possono derogare alle disposizioni imperative del Trattato relative alla libera circolazione delle merci. Ne risulta che una convenzione vertente sul divieto d'importare, in uno Stato membro, una merce lecitamente distribuita in un altro Stato membro non può essere invocata o esser presa in considerazione per qualificare come uso commerciale scorretto o sleale la messa in vendita di detta merce [...] ²⁶¹

Il passaggio citato sembrerebbe essere in controtendenza assoluta rispetto al precedente orientamento giurisprudenziale espresso dal giudice dell'Unione. Sotto questo profilo, è lapidario l'inciso "in nessun caso convenzioni fra singoli...possono derogare". Apparentemente, dunque, la Corte ammette la possibilità di valutare la legittimità di un accordo tra privati alla luce delle disposizioni in materia di libera circolazione delle merci, riconoscendo alle stesse efficacia orizzontale diretta.

La portata apparentemente innovativa di tale pronuncia risulta però stemperata, da un lato, dalle parole di una informata parte dei commentatori e dall'altro (e soprattutto) dal dato empirico per il quale di fatto tale pronuncia è rimasta isolata, non essendo stata seguita in alcun altro caso dalla Corte. Sotto altro profilo, vi è anche chi, ²⁶² non senza ragione, ha sottolineato come "*the object of the Court in the instant case was to avoid thaving a general clause of Danish law prohibiting unfair competition being used to*

²⁶¹ Cfr. par. 17.

²⁶² Cfr. S.LEIBLE, *cit.*, p.74.

restrict the import of a product that was lawfully put into circulation in another Member State. That, however, does not mean that a contractual agreement between the seller and the buyer that the product can only be offered outside of Scandinavia must necessarily be void [...] acts of private persons, which Community law expressly renders legal, cannot be rendered unfair by the acts of a national legislature. In sum, what we see in Dansk Supermarked is an indirect horizontal effect of the free movement of goods, not a direct one”.

In definitiva, allo stato degli orientamenti giurisprudenziali appena descritti, è possibile ritenere che la Corte abbia rifiutato l'idea che le disposizioni in materia di libera circolazione dei beni siano dotate di efficacia orizzontale diretta.²⁶³ Ebbene, ciò si pone in aperta contrapposizione con quanto statuito dallo stesso giudice con riferimento alle altre libertà fondamentali.²⁶⁴

A questo riguardo, il punto di partenza è costituito dalla sentenza emessa dalla Corte nel caso *Walrave* nella prima metà degli anni Settanta.²⁶⁵

La pronuncia, resa in via pregiudiziale su rinvio del tribunale distrettuale di Utrecht, aveva ad oggetto la conformità con il diritto dell'Unione di alcune disposizioni contenute nel regolamento emanato dall'*Union Cycliste Internationale*, una

²⁶³ Si è già avuto modo di chiarire che, ai fini del presente contributo, assumo rilievo la sola efficacia orizzontale diretta delle disposizioni in materia di libera circolazione dei servizi. Conseguentemente, non si ritiene di diffondersi ulteriormente sulle problematiche poste dalla libera circolazione delle merci, che pure hanno ricevuto nuova linfa dalla pronuncia resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Fra.bo.*, causa C-171/11, nella quale il giudice dell'Unione ha prudentemente evitato di esprimersi nei termini della diretta efficacia delle disposizioni in materia di libera circolazione delle merci.

Sul punto, cfr. il contributo di H. VAN HARTEN, *Towards horizontal direct effect for the free movement of goods? Comment on Fra.bo.*, in *European Law Review* (38), 2013, p.677 ss.

²⁶⁴ Uno degli interrogativi che tradizionalmente si pone la dottrina nelle more dello studio dell'efficacia orizzontale diretta delle disposizioni in materia di libera circolazione è rappresentato proprio dalla possibilità di assimilare o meno le quattro libertà sotto questo profilo. Il tema è estremamente complesso è dibattuto, anche perché entrambe le soluzioni interpretative sono sorrette da solide argomentazioni. Da un lato, le libertà di circolazione sono accumulate da un sostrato concettuale sicuramente comune, anche per affinità di scopo; dall'altro, esse pongono problematiche in alcuni casi talmente diverse da lasciare margini per comprendere il motivo di un trattamento differenziato.

Cionondimeno, appare superfluo ai fini del presente elaborato svolgere una approfondita analisi sul punto, atteso che le pratiche di *geo-blocking* ricadrebbero al più nel divieto di erigere ostacoli alla libera circolazione dei servizi, cui è stato indubitabilmente riconosciuto effetto orizzontale diretto, sia pure a determinate condizioni.

²⁶⁵ Cfr. sentenza del 12 dicembre 1974, caso *B.N.O. Walrave, L.J.N.Koch contro Association Union Cycliste Internationale, Koninklijk Nederlandsche Wierlen Unie E Federacion Espanola Ciclismo*, causa C-36/74.

associazione privatistica di ciclisti operante nell'organizzazione di competizioni sportive. Più in dettaglio, tale regolamento richiedeva come imprescindibile requisito di partecipazione alle gare che il ciclista ed il proprio allenatore avessero la medesima nazionalità. Ci si chiedeva dunque se tali regole violassero il divieto di discriminazione in base alla nazionalità nell'ambito della prestazione di servizi o prestazioni di lavoro subordinato in ambito sportivo.

Ai fini della presente analisi, si ritiene opportuno segnalare i seguenti passaggi della pronuncia della Corte.

[...] l'abolizione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone ed alla libera prestazione dei servizi – che costituisce uno degli obiettivi fondamentali della Comunità [...] sarebbe compromessa se, oltre alle limitazioni stabilite da norme statali, non si eliminassero anche quelle poste da associazioni o organismi non di diritto pubblico nell'esercizio della loro autonomia giuridica [...] indubbiamente gli articoli [57, 59 e 61 TFUE] riguardano espressamente, per quanto concerne la prestazione di servizi, l'abolizione di provvedimenti statali. Tale circostanza, tuttavia, non sminuisce la portata generale [dell'articolo 56 TFUE], il quale non fa alcuna distinzione riguardo all'origine delle restrizioni da eliminare [...] ²⁶⁶

La pronuncia in commento necessita di essere debitamente ponderata.

Per un verso, è innegabile che la Corte ritenga che l'articolo 56 TFUE possa dirsi dotato di efficacia orizzontale diretta. Nel caso di specie, tale conclusione è motivata con la considerazione per cui ragionare diversamente vorrebbe dire privare la disposizione in commento del proprio effetto utile.

Cionondimeno, una più attenta lettura della pronuncia della Corte suggerisce di calibrare tale conclusione. Nel rendere l'attuale articolo 56 TFUE applicabile ai rapporti orizzontali, infatti, il giudice dell'Unione compie un espresso riferimento ad “associazioni o organismi” di diritto pubblico.

Tenendo a mente i fatti che hanno condotto alla pronuncia in commento, la *ratio* che sottende questa espressione risulta piuttosto chiara. Ad essere controversa era una disposizione di un regolamento emanato da un organismo svolgente funzioni assimilabili a quelle di una entità pubblica: non solo, infatti, l'associazione dei ciclisti

²⁶⁶ Cfr. paragrafi 16/19 della sentenza.

era preposta alla salvaguardia ed allo sviluppo di un valore avente certamente natura pubblicistica come quello dello sport, ma soprattutto essa si poneva nei confronti degli atleti quale soggetto depositario di un vero e proprio potere regolamentare. In altri termini, la situazione era quella di un organismo privato avente il potere di dettare norme collettive, le cui azioni avevano perciò un impatto sul mercato.²⁶⁷ Limitare la portata della pronuncia ai soli soggetti aventi natura associativa o comunque parapubblicistica ha consentito alla Corte di non intrudersi in rapporti di stampo eminentemente privatistico.²⁶⁸ I cittadini dell'Unione, in linea di principio, sono e devono restare liberi di autodisciplinare i propri interessi economici come meglio credono, senza ostacoli di sorta. Limitare la portata pratica della pronuncia alle entità di cui sopra, invece, consente alla Corte di fare salvi questi interessi, atteso che gli individui hanno già ritenuto in piena libertà di cedere porzioni della propria libertà alle suddette entità (nel caso di specie, all'associazione dei ciclisti affinché disciplini le competizioni agonistiche).

Mutato ciò che vi è da mutare, considerazioni del tutto simili possono essere replicate con riferimento ad un'altra famosa pronuncia della Corte, resa nel caso *Bosman*.²⁶⁹ In

²⁶⁷ Per mera chiarezza espositiva, si rileva come tale ipotesi sia in primo luogo diversa da quella in cui un ente privato svolga funzioni di regolamentazione del mercato sulla base di vere e proprie disposizioni di legge o di poteri speciali espressamente conferiti dallo Stato. Il riferimento è, ad esempio, alla questione conosciuta dal giudice dell'Unione nell'ambito della sentenza del 5 novembre 2002, caso *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, causa C-325/00, nella quale era coinvolta una società a responsabilità limitata di diritto tedesco la quale, in attuazione di una espressa disposizione di diritto tedesco, era incaricata di promuovere la commercializzazione e la valorizzazione di prodotti tedeschi. Questa situazione e le questioni che essa solleva, infatti, sono più che altro assimilabili a quelle dell'effetto diretto verticale, in quanto viene in evidenza "non tanto il carattere privato dell'ente, quanto l'esistenza di poteri conferiti dalla legge o il riconoscimento di poteri speciali", come rilevato da F. MARTINES, *cit.*, p. 361, alle cui considerazioni e riferimenti giurisprudenziali si rinvia sul punto.

Altra situazione apparentemente simile, ma da tenere distinta da quella del caso di specie è rappresentata dal caso di privati che, pur non essendo dotati di veri e propri poteri speciali conferiti per legge dallo Stato, si trovano in una posizione tale per cui, di fatto, possono regolare il funzionamento del mercato.

F. MARTINES, *cit.*, p. 364, riporta esemplificativamente la pronuncia resa dalla Corte di Giustizia in data 12 luglio 2012, caso *Fra.bo S.p.A. contro Deutsche Vereinigung des Gas-und Wasserfaches eV (DVGW)-Technisch-Wissenschaftlicher Verein*, causa C-171/11. In quel caso il giudice dell'Unione avrebbe ritenuto che la DVWG, un ente privato non-profit tedesco che definisce standard tecnici e rilascia certificati di conformità, fosse sottoposta alle disposizioni in materia di libera circolazione, atteso che "un ente quale la DVGW detiene in realtà, segnatamente per il fatto di essere abilitata a certificare i prodotti, il potere di regolamentare l'ingresso sul mercato tedesco di prodotti quali le raccordature in rame di cui trattasi nel procedimento principale", cfr. par. 31 della sentenza.

²⁶⁸ Nelle parole di A.DASHWOOD, *Viking and Laval: Issues of Horizontal Direct Effect*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (10), 2008, pp.525-540, la pronuncia della Corte si riferisce alle condotte di "a special category of private parties".

²⁶⁹ Cfr. sentenza del 15 dicembre 1995, caso *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL contro Jean-Marc Bosman*, causa C-415/93.

estrema sintesi, la questione portata all'attenzione del giudice dell'Unione riguardava alcune disposizioni emanate da associazioni sportive che stabilivano che un calciatore professionista cittadino di uno Stato membro, alla scadenza del contratto che lo vincolava ad una società, potesse essere ingaggiato da una società di un altro Stato membro solo se questa avesse versato alla società di provenienza un'indennità di trasferimento, di formazione o di promozione.

Ebbene, richiamando proprio quanto ritenuto nella sentenza *Walrave*, la Corte avrebbe ritenuto che l'allora articolo 48 del Trattato “*non disciplina soltanto gli atti delle autorità pubbliche, ma si applica anche alle normative di altra natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato*”.²⁷⁰ Diversamente opinando, avrebbe reiterato la Corte, l'abolizione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone tra gli Stati membri sarebbe stata compromessa. E infatti, “*nei vari Stati membri le condizioni di lavoro sono disciplinate talvolta da norme di natura legislativa o regolamentare, talvolta da convenzioni e altri atti di natura privatistica. Pertanto, se l'oggetto dell'art. 48 del Trattato fosse limitato agli atti della pubblica autorità, potrebbero verificarsi disparità nella sua applicazione*”.²⁷¹

Sembra dunque evidente il parallelismo esistente tra le pronunce *Walrave* e *Bosman*.

È certamente vero che le motivazioni a sostegno delle due pronunce sono differenti. Ciò si spiega agevolmente con la circostanza per cui le disposizioni dedotte erano differenti: nel primo caso, libera circolazione dei servizi; nel secondo, diritto di stabilimento. Eppure, tale considerazione vale solo a ribadire le perplessità connesse ad una troppo agevole assimilazione delle libertà di circolazione, ma non priva di efficacia le conclusioni che se ne possono trarre in materia di efficacia diretta orizzontale.

Anche nel caso *Bosman*, infatti, la Corte riconosce che a determinate condizioni le libertà di circolazione possano dirsi produttive di effetti diretti. Anche nel caso *Bosman*, però, ciò sembra prevalentemente giustificato dalle peculiarità del caso concreto, nel quale ad essere chiamate in causa erano regole di tipo para-pubblicistico:²⁷² intanto

²⁷⁰ Cfr. par. 83 della sentenza.

²⁷¹ Cfr. par. 84 della sentenza.

²⁷² A parere di chi scrive, la bontà di tali assunzioni è rafforzata dal fatto che, mutato ciò che vi è da mutare, la Corte ha abbracciato un ragionamento simile anche con riferimento all'efficacia diretta delle direttive. Diffondersi sul tema è una operazione esulante le finalità del presente elaborato; sia pertanto

l'allora articolo 48 viene dotato di efficacia diretta in quanto diversamente agendo si creerebbero difformità di trattamento con riferimento a quei lavoratori le cui condizioni di lavoro sono contenute in atti di tipo privatistico. Non vi è, dunque, un riconoscimento *tout court* di efficacia orizzontale diretta.

Per rinvenire una pronuncia nella quale la Corte conferisce efficacia diretta orizzontale a disposizioni riguardanti individui in senso stretto è necessario riferirsi al caso *Angonese*.²⁷³

Ai fini della nostra analisi il caso in questione è dotato di una certa rilevanza, atteso che esso coinvolge un individuo, il signor Angonese, per definizione privo di poteri di regolamentazione, siano essi di fatto o di diritto. La questione riguardava l'applicazione a quest'ultimo delle norme sulla libera circolazione dei lavoratori.

Più in dettaglio, la pronuncia si inserisce nell'ambito di una controversia fra il signor Angonese e la Cassa di Risparmio di Bolzano S.p.A. quanto ad un requisito posto da quest'ultima per accedere ad un concorso di assunzione. Più in dettaglio, tra i requisiti di partecipazione al concorso figurava il possesso di un attestato di bilinguismo italiano/tedesco rilasciato dalla Provincia di Bolzano al termine di un esame che si svolge unicamente in questa Provincia. Sebbene il signor Angonese non fosse in possesso di tale attestato, egli era perfettamente bilingue; a ciò si aggiunga che, come confermato dal Pretore di Bolzano, le persone non residenti nella Provincia di Bolzano difficilmente potevano ottenere l'attestato in tempo utile in ragione delle tempistiche dei vari bandi. Di conseguenza, il signor Angonese denunciava l'illiceità della clausola relativa al possesso obbligatorio dell'attestato, che egli considerava in contrasto con il principio della libera circolazione dei lavoratori.

La Corte avrebbe statuito che

[...] *Va rilevato, anzitutto, che il principio di non discriminazione enunciato dall'art.48 del Trattato è formulato in termini generali e non è rivolto in modo particolare agli Stati membri. La Corte ha così considerato che il divieto delle discriminazioni basate sulla cittadinanza riguarda non solo gli atti*

consentito un rinvio alla recentissima pronuncia resa dalla Corte di Giustizia in data 10 ottobre 2017, caso *Elaine Farrell contro A.Whitty*, causa C-413/15, nella quale il giudice dell'Unione ha statuito come l'efficacia diretta delle direttive debba essere riconosciuta anche ad enti privati con funzioni pubbliche.

²⁷³ Cfr. sentenza del 6 giugno 2000, caso *Roman Angonese contro Cassa di Risparmio di Bolzano S.p.A.*, causa C-281/98.

*dell'autorità pubblica, ma anche le norme di qualsiasi natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato e la prestazione di servizi [...] La Corte ha sottolineato che, essendo le condizioni di lavoro nei vari Stati membri disciplinate da norme di natura legislativa o regolamentare, talvolta da contratti ed altri atti stipulati o emessi da privati, una limitazione del divieto della discriminazione basata sulla cittadinanza agli atti della pubblica autorità rischierebbe di creare disparità nella sua applicazione [...] La Corte ha del pari considerato che la circostanza che determinate disposizioni del Trattato si rivolgano formalmente agli Stati membri non esclude che, al tempo stesso, vengano attribuiti dei diritti ai singoli interessati all'osservanza degli obblighi così precisati [...] Siffatta considerazione deve, a fortiori, valere per l'articolo 48 del Trattato, il quale enuncia una libertà fondamentale e costituisce una specifica applicazione del divieto generale di discriminazione [...] si deve dunque considerare che il divieto della discriminazione in base alla cittadinanza, enunciato dall'art.48 del Trattato, si applica anche ai privati [...]*²⁷⁴

L'estratto riportato merita alcune riflessioni.

Per un verso, sembra manifesto che la Corte riconosca efficacia orizzontale diretta all'allora articolo 48 del Trattato. Tale conclusione poggia in maniera sostanzialmente esclusiva sul principio di non discriminazione.²⁷⁵ Ad avviso del giudice dell'Unione, infatti, disconoscere efficacia orizzontale diretta alla disposizione in commento vorrebbe dire creare una discriminazione tra quegli Stati membri in cui la disciplina delle condizioni di lavoro è contenuta in atti di natura legislativa o regolamentare e quella in cui, per converso, essa è rimessa ad atti a portata generale di matrice privatistica.²⁷⁶

Per altro verso, occorre però chiedersi quanto la pronuncia in commento risulti influenzata dal fatto di avere ad oggetto le disposizioni in materia lavoristica, particolarmente sensibili perché pongono al centro i diritti dell'individuo e quanto, dunque, le considerazioni ivi contenute siano replicabili con riferimento alle altre libertà

²⁷⁴ Cfr. par. 30 ss.

²⁷⁵ Ciò vale, pertanto, a rimarcare il necessario collegamento tra le disposizioni in materia di libera circolazione ed il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità, su cui cfr. più diffusamente *supra*.

²⁷⁶ A.DASHWOOD, *Viking and Laval: Issues of Horizontal Direct Effect*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (10), 2008, pp.525-540, ritiene che “*the Angonese judgement reproduces in full the reasoning that was developed in the Walrave and Bosman judgements to justify horizontal direct effect. This is distinctly odd, since the discrimination found by the Court could not be said to be the consequence of rules aimed at regulating in a collective manner gainful employment; nor could the bank involved in the dispute be described as an association or organization*”.

di circolazione. Maggiori considerazioni sul punto sono contenute nel paragrafo successivo.

Volendo trarre un bilancio provvisorio dell'*excursus* effettuato sino ad ora, dunque, si può affermare che: (i) la Corte ha pressoché monoliticamente negato efficacia orizzontale diretta alle disposizioni in materia di libera circolazione delle merci; (ii) la stessa Corte ha, per converso, riconosciuto efficacia orizzontale diretta a tutte le altre libertà di circolazione; (iii) a ben vedere, con la sola eccezione del caso *Angonese*, tale riconoscimento ha avuto ad oggetto le sole ipotesi di condotte di soggetti privati svolgenti funzioni para-pubblicistiche.

Tale ultimo ostacolo sarebbe stato superato, ad avviso di molti, in una più recente pronuncia della Corte, resa in via pregiudiziale nel caso *Viking Line*.²⁷⁷ La controversia riguardava un'azione collettiva di protesta di un sindacato per impedire il trasferimento di una società in un altro Stato membro.

Più in dettaglio, la società Viking Line Eesti, operatore di traghetti finlandese, intendeva cambiare la bandiera della propria imbarcazione che svolgeva servizi di trasporto tra Estonia e Finlandia, registrandola in Estonia, in modo da poter beneficiare di un sistema di retribuzioni inferiori rispetto a quello applicato in Finlandia.

Le organizzazioni sindacali coinvolte avevano minacciato di intraprendere azioni di sciopero e boicottaggio per impedire lo stabilimento della società in Estonia; la Viking chiedeva dunque alla Corte se le azioni intraprese dalle organizzazioni sindacali fossero contrarie all'ambito di applicazione dell'attuale articolo 49 TFUE. A tal fine, era dunque preliminarmente necessario che il giudice dell'Unione prendesse posizione circa l'idoneità dell'articolo 49 TFUE a conferire ad un'impresa privata diritti opponibili ad un sindacato o ad una associazione di sindacati.

La Corte di Giustizia avrebbe reso una decisione solo in apparenza meramente confermativa del proprio precedente orientamento. Più in dettaglio, nel ritenere che le azioni collettive progettate dalle associazioni sindacali avessero l'effetto di scoraggiare,

²⁷⁷ Cfr. sentenza resa dalla Corte di Giustizia in data 11 dicembre 2007, causa C-438/05, caso *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OU Viking Line Eesti*. Sul caso, cfr. *inter alia* l'utile contributo di A.C.L.DAVIES, *One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ*, in *Industrial Law Journal*, 2008 (37), p.126 ss.

se non addirittura vanificare, l'esercizio da parte della Viking della sua libertà di stabilimento, la Corte avrebbe statuito quanto segue.

[...] *al fine di risolvere la questione è necessario ricordare che, come risulta dalla giurisprudenza della Corte, l'abolizione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone ed alla libera prestazione dei servizi sarebbe compromessa se l'eliminazione delle barriere di origine statale potesse essere neutralizzata da ostacoli derivanti dall'esercizio di autonomia giuridica di associazioni ed enti di natura non pubblicistica [...] si deve aggiungere che [...] non risulta dalla giurisprudenza della Corte [...] che l'interpretazione citata sia limitata agli enti quasi pubblici o alle associazioni che svolgono una funzione di regolamentazione e dispongono di un potere quasi legislativo [...]*²⁷⁸

La prima parte dell'estratto riportato non rappresenta una particolare novità rispetto all'*acquis* descritto in precedenza. La vera novità risiede nel secondo passaggio (sottolineato *supra*).

A quanto consta, infatti, è questo il primo caso in cui la Corte espressamente riconosce che il portato della giurisprudenza *Walrave* (ma anche *Bosman* e tante altre)²⁷⁹ non può ritenersi limitato ai soli “enti quasi pubblici o alle associazioni che svolgono una funzione di regolamentazione e dispongono di un potere quasi legislativo”.²⁸⁰

Similmente alla sentenza *Angonese*, però, anche nel caso *Viking Line* sembrerebbe che la pronuncia della Corte sia figlia delle peculiarità del caso concreto. Anche in questo caso, infatti, si versa nell'ambito di una materia assolutamente delicata e personale quale l'esercizio dei diritti sindacali, che chiama in causa le prerogative fondamentali dell'individuo. Anche in questo caso, dunque, l'interprete sembra legittimato ad avere perplessità circa l'applicabilità analogica delle considerazioni contenute in tale pronuncia alle altre libertà di circolazione. Anche in questo caso, si rinvia al paragrafo successivo per una possibile chiave di lettura della questione.

²⁷⁸ Cfr. par.64.

²⁷⁹ Nello stesso senso cfr. infatti *ex multis* casi *Donà contro Mantero*, causa C-13/76; *Deliège*, cause riunite C-51/96 e C-191/97, nonché *Wouters*, causa C-309/99.

²⁸⁰ P.VERBRUGGEN, *cit.*, p. 206 ritiene invece che anche in questa ipotesi la Corte abbia, sia pure indirettamente, attribuito rilievo al requisito della natura collettiva dei soggetti coinvolti. Più in dettaglio, ritiene l'A. che “*private measures are only caught by Article 56 TFEU in so far as they affect the freedom to provide services like public authorities do, namely in a collective manner. In this sense, the approach does not differ from measures adopted by private actors mandated by public law (e.g. professional regulatory bodies)*”.

aiutano a comprendere una volta in più il rilievo attribuito al principio di non discriminazione e l'opportunità di applicarlo alle pratiche di *geo-blocking* in combinato disposto con l'articolo 56 TFUE, ma non risolvono la questione della riconoscibilità a quest'ultima disposizione di efficacia orizzontale diretta.

Un altro dato certo è rappresentato dal fatto che, quando la Corte ha riconosciuto efficacia orizzontale diretta alle altre disposizioni, lo ha fatto sulla base di tre motivazioni principali:²⁸³

- a. argomento letterale. Le disposizioni in materia di libera circolazione non specificano i propri destinatari; al contrario, la relativa formulazione è sufficientemente generica da consentire di ritenerle applicabili sia agli Stati membri, sia agli individui. Sotto questo profilo, per quanto di particolare interesse in questa sede, non costituisce una eccezione a tale regola il disposto dell'articolo 56 TFUE, che, come riconosciuto dalla stessa Corte di Giustizia,²⁸⁴ non specifica la fonte della restrizione che ricade entro il relativo ambito applicativo;
- b. principio dell'effetto utile.²⁸⁵ Con riferimento alla libera circolazione di servizi e lavoratori, nonché con riferimento alla libertà di stabilimento, la Corte ha espressamente sottolineato che le relative disposizioni sarebbero private del loro effetto utile qualora fosse consentito ai privati erigere barriere alla libera circolazione dei fattori produttivi, nell'ambito dell'esercizio di una libertà che non verrebbe limitata da tali previsioni qualora esse si ritenessero destinate esclusivamente agli Stati membri. Nelle parole della dottrina in commento, *“from a different standpoint, it could be argued that within the framework of the effectiveness of EU law, effective legal protection of European citizens' rights to fundamental freedoms is provided by the horizontal direct effect of provisions concerned”*;
- c. applicazione uniforme del diritto dell'Unione. Tale argomento, che si è visto essere dirimente soprattutto con riferimento alle disposizioni in materia di libera

²⁸³ Cfr. M.T.KARAYIGIT, *The horizontal effect of the free movement provisions*, in *Maastricht Journal*, 2011 (3), p.303ss.

²⁸⁴ Cfr. Caso *Walrave*, su cui più diffusamente *supra*.

²⁸⁵ Anche P.VERBRUGGEN, *cit.*, p. 205 riconosce il grande rilievo rivestito dal principio dell'effetto utile in questi orientamenti giurisprudenziali, a partire dal caso *Walrave* di cui sopra nel testo.

circolazione dei lavoratori, postula che le differenze esistenti tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri in punto di disciplina di alcune fattispecie (come le condizioni di lavoro) non possono condurre a pregiudicare l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione a tutti gli Stati membri.

L'ultimo dato certo è costituito dal fatto che, allo stato, gli unici casi in cui la Corte ha riconosciuto efficacia orizzontale diretta alle condotte di individui in senso stretto sono *Angonese* e *Viking Line*. Ma può la *ratio* di tali pronunce essere estesa anche alle pratiche di *geo-blocking*, ritenendole disciplinate dall'articolo 56 TFUE?

Una possibile risposta a tale interrogativo è fornita nel paragrafo successivo.

6.2. Segue. Un approccio alternativo

In via preliminare, è doveroso sottolineare come le osservazioni che seguono prendono le mosse dalle considerazioni effettuate da una parte della dottrina sul tema generale dell'efficacia orizzontale diretta delle disposizioni in materia di libera circolazione.²⁸⁶

Più in dettaglio, è stato osservato che accedere ad un dato mercato sottintende la volontà dell'operatore che richiede l'accesso di concludere accordi giuridicamente vincolanti con i soggetti che già vi operano.²⁸⁷ La vendita di beni o servizi, la circolazione dei capitali, nonché i rapporti di lavoro sono infatti regolati da accordi tra gli operatori attivi su un dato mercato, dei quali il soggetto entrante vorrebbe far parte.

Tentare di accedere al mercato vuol dire tentare di porsi nelle condizioni di stipulare contratti.²⁸⁸ Ne deriva che le restrizioni alla libera circolazione dei fattori produttivi

²⁸⁶ Più in dettaglio, ci si riferisce ai contributi dall'analogo contenuto di G.DAVIES, rispettivamente *Freedom of Contract and the Horizontal Effect of Free Movement Law*, in D.LECZYKIEWICS, S.WEATHERILL (a cura di), *The involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Bloomsbury, 2013, p.53 ss. e *Freedom of Movement, Horizontal Effect, and Freedom of Contract*, in *European Review of Private Law*, 2012 (3), p.805 ss. Argomentazioni simili sono state sviluppate da S.LEIBLE, *Fundamental Freedoms and European Contract Law*, in S.GRUNDMANN, *Constitutional Values and European Contract Law*, Wolters Kluwer, 2008, su cui cfr. anche par.4.

²⁸⁷ Cfr. G.DAVIES, *Freedom of Contract and the Horizontal Effect of Free Movement Law*, p.53.

²⁸⁸ P.VERBRUGGEN, *cit.*, p.202, si esprime in termini analoghi, ritenendo che “while the text of the Treaty provisions concerned suggests that the purpose of the regimes is to preclude measures taken by Member States that disrupt intra-Union trade, the context in which the question of whether such measures are precluded comes up will in fact often concern relationships governed by private law. This is not

all'interno dell'Unione – che costituiscono altrettanti ostacoli all'ingresso ad un dato mercato – comportano anche, sempre ed inevitabilmente, restrizioni alla conclusione di accordi transfrontalieri tra operatori del mercato riferibili ad uno Stato membro ed operatori riferibili ad un altro Stato membro.

Prima di procedere lungo tale percorso argomentativo, si ritiene utile soffermarsi sulle implicazioni di teoria generale che esso comporta. A ben vedere, ragionare in questi termini vuol dire elevare ad un livello successivo quello che nei paragrafi precedenti è stato definito il *test* dell'accesso al mercato, arricchendolo di un ulteriore elemento, quello negoziale.²⁸⁹

Ciò consente di superare almeno una parte delle problematiche applicative connesse all'approccio della Corte di Giustizia in materia di mercato interno: si è detto infatti nei paragrafi precedenti che il giudice dell'Unione sembra aver abbracciato una impostazione per cui in tanto una data misura costituisce una restrizione alla libera circolazione dei fattori produttivi in quanto essa sia suscettibile di ostacolare o rendere maggiormente difficoltoso l'accesso ad un dato mercato. Si è anche detto che una delle problematiche connesse a tale approccio deriva dal fatto che esso tende ad attribuire eccessiva importanza alle restrizioni al momento dell'ingresso ad un dato mercato, sottovalutando invece quelle che insistono sui rapporti che hanno luogo entro quel mercato. Ebbene, ragionare nei termini che si stanno tentando di descrivere implica considerare il fenomeno nel suo complesso, valutando tutte le problematiche potenzialmente connesse alla questione.

Inoltre, quanto di più importante, tale linea di ragionamento aiuta ad affrancarsi dalla dimensione ontologicamente pubblicistica delle disposizioni in materia di libera circolazione, atteso che la conclusione di accordi giuridicamente vincolanti è tutt'altro che un'attività esclusivamente rimessa a soggetti pubblici.

Ma vi è di più. Le restrizioni alla libera circolazione seguono pressoché sempre un preciso schema fattuale: vi è un soggetto (A) che tenta di entrare in un dato mercato ed un altro soggetto che impone ad A restrizioni che gli impediscono o rendano comunque

inadvertently so, since the supply of goods and services typically takes place based on contractual relationships".

²⁸⁹ Cfr. paragrafo 4.

più difficoltoso accedere al mercato. Considerare che accedere ad un dato mercato vuol dire concludere accordi con gli operatori ivi attivi consente di ipotizzare due situazioni alternative:

- i.* il soggetto (B) che impedisce/rende maggiormente difficoltoso l'accesso ad A è una delle possibili controparti negoziali di A;
- ii.* il soggetto (C) che impedisce/rende maggiormente difficoltoso l'accesso ad A è un soggetto terzo rispetto a potenziali rapporti negoziali tra A e B.

In altri termini, questa impostazione consente di ipotizzare una variazione dello schema fattuale classico, che è rappresentata dalla necessità di considerare l'esistenza delle potenziali controparti negoziali di A.

Avere ben chiara questa premessa consente di ipotizzare una differente chiave di lettura delle sentenze della Corte di Giustizia menzionate nel precedente paragrafo. A ben vedere, infatti, quando è C ad interferire nel libero dispiegarsi dei rapporti negoziali tra A e B (e dunque è C ad ostacolare l'accesso al mercato di A), la Corte è solita considerare la condotta di C come illegittima, perché contraria alle disposizioni in materia di libera circolazione dei servizi. Sotto questo profilo, l'evoluzione giurisprudenziale tratteggiata nel paragrafo precedente e culminata nella sentenza *Viking Line* non fa altro che chiarire l'irrilevanza della natura di C, che può indifferentemente essere un soggetto pubblico o privato, ma nulla aggiunge ad un *trend* già consolidato in forza del quale vi è un soggetto terzo che interviene nella libera determinazione negoziale di due parti contrattuali. Nelle parole della dottrina in commento, “*Viking Line [...] applies free movement law to ‘obstacles’ to free movement created by private parties but does not tell us how such obstacles are to be fined*”²⁹⁰ e questo sembra, invece, essere il punto fondamentale.

Quando, però, a porre la restrizione è una parte del rapporto contrattuale, tramite l'esercizio di una preferenza nell'ambito di un rapporto bilaterale (*i.e.* è B a volere l'ostacolo), la Corte rifiuta di applicare le disposizioni in materia di efficacia orizzontale diretta. In questa chiave assumono significato diverso le pronunce *Angonese* e *Viking Line*: in entrambi questi casi, infatti, l'ostacolo era posto da un soggetto esterno ad un rapporto negoziale (nel caso *Angonese*, il signor *Angonese* si vedeva ostacolato nel

²⁹⁰ Cfr. G.DAVIES, *cit.*, p.61.

proprio diritto di concludere un accordo di lavoro da una clausola del bando, da lui non voluta!).

Ciò sposta drasticamente i termini della questione, che va dunque posta nei seguenti termini: si può ritenere che un ostacolo alla libera circolazione sussista solo nel caso in cui un terzo intervenga al fine di impedire o rendere maggiormente difficoltosa la formazione di un accordo tra altri due soggetti o il mero esercizio di una preferenza negoziale costituisce un ostacolo *ex se*?

La Corte non ha mai fornito una risposta espressa sul punto. È comunque certo che, allo stato, non vi sono casi in cui il giudice dell'Unione abbia riconosciuto efficacia orizzontale diretta nelle ipotesi in cui la restrizione sia stata imposta da una delle parti del rapporto negoziale (*i.e.* da A o da B). In queste ipotesi, lungi dal subire la condotta di C, una delle parti del contratto liberamente decide di includere nel tessuto negoziale che la lega all'altra una restrizione alla libera circolazione. In altri termini, l'ipotesi in commento è quella dell'esercizio di preferenze individuali ad opera di una delle parti del negozio giuridico.

Dal punto di vista degli effetti le situazioni sono assolutamente assimilabili: a prescindere dal fatto che il soggetto che impone la restrizione sia parte del rapporto contrattuale, infatti, il contenuto del contratto è differente da quello che si sarebbe determinato in assenza della restrizione. Ma sotto il profilo strutturale le situazioni sono completamente diverse.

Sotto questo profilo, il fatto che la Corte si mostri cauta a frapporre ostacoli alla libertà degli individui ha portato alcuni a ritenere che lo scopo primario delle disposizioni in materia di libera circolazione sia in realtà tutelare la libertà negoziale dei cittadini europei, “*party autonomy and freedom of contract being arguably its most important constituents, they are not only the foundation on which all national private laws are built, but they are also a conditio sine qua non for the exercise of fundamental freedoms and for the functioning of the internal market*”.²⁹¹

Ciò aiuta anche a comprendere il motivo per il quale, nelle sue più recenti pronunce, il giudice dell'Unione abbia optato per la sostanziale irrilevanza della natura del soggetto

²⁹¹ S.LEIBLÉ, *cit.*, p.65.

che impone la restrizione. A prescindere dal fatto che questi sia riconducibile allo Stato, infatti, ciò che rileva è in ultima analisi il fatto che venga vulnerata l'autonomia negoziale di uno o più soggetti, a prescindere dalle caratteristiche soggettive di chi impone la restrizione.

Ricostruire in questi termini l'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia aiuta senz'altro a restituire coerenza ai precedenti in materia di efficacia orizzontale delle disposizioni in materia di libera circolazione. Nei casi in cui l'ostacolo alla libera circolazione sia rappresentato da una mera preferenza contrattuale di uno dei contraenti, la Corte si è dimostrata ostile a riconoscere efficacia orizzontale diretta alle disposizioni in materia di libera circolazione e questa è proprio la situazione che assume maggior rilievo per le pratiche di *geo-blocking*, nell'ambito delle quali l'ostacolo alla libera circolazione del servizio viene imposto proprio da una delle parti del negozio.

Sotto un profilo generale, l'interprete ben potrebbe essere tentato dal riconoscere efficacia diretta *tout court* alle disposizioni in materia di libera circolazione. Del resto, a ciò non osta il tenore letterale di tali disposizioni, atteso che un accordo tra privati ben potrebbe avere un effetto escludente e dunque essere considerato quale restrizione alla libera circolazione. Cionondimeno, tale approccio comporterebbe riconoscere al diritto dell'Unione la possibilità di intrudersi anche nelle scelte altrimenti libere di soggetti privati, modificandone le preferenze contrattuali. Portando alle estreme conseguenze tale ragionamento, nelle provocatorie parole della dottrina in commento, "*should or can the Treaty prohibit an individual consumer's choice for French cheese or a German car?*". Ed in effetti tale conseguenza non solo sarebbe eccessivamente limitante la libertà negoziale dei privati, ma è difficilmente riconducibile alla *intentio legis* che presiede la lettera dei Trattati, per come ragionevolmente ricostruibile da un osservatore esterno.

Tali considerazioni verranno ulteriormente sviluppate nelle conclusioni del presente elaborato.

Per il momento, sia sufficiente rimarcare come, alla luce della lettura delle pronunce della Corte nei termini di cui sopra, sembra difficile ipotizzare che il giudice dell'Unione possa riconoscere efficacia orizzontale diretta alle disposizioni in materia di libera circolazione dei servizi per le fattispecie di *geo-blocking*, che rappresentano il

tipico caso in cui una restrizione è frutto di una preferenza contrattuale di una delle parti. Ciò non vuol dire, naturalmente, che non sia possibile ipotizzarlo in via speculativa o ritenerlo un'alternativa più coerente alle disposizioni in materia di concorrenza.

CONCLUSIONI

Il presente elaborato ha auspicabilmente reso conto della complessità della materia.

All'esito delle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, si ritiene però di poter trarre le seguenti conclusioni.

In primo luogo, si è avuto modo di sottolineare nel primo capitolo come le pratiche di blocco geografico non siano dotate, *ex se*, di alcun particolare valore antiggiuridico. Un giudizio circa la relativa legittimità dipende, infatti, dal contesto entro il quale esse si collocano. Tale considerazione ha trovato conferma anche dallo studio dei rapporti tra disposizioni in materia di concorrenza e pratiche di blocco geografico, nonché tra queste ultime e disposizioni in materia di libera circolazione. In entrambi i casi, mutato ciò che vi è da mutare, sarà infatti il contesto regolatorio e di mercato entro il quale essi debbono essere valutate a modificarne la qualificazione giuridica.

Tanto premesso, il doveroso punto di partenza per un'analisi delle problematiche che sollevano le pratiche in oggetto è senz'altro costituito dall'assenza di una disciplina di diritto positivo che consenta di effettuare una valutazione di liceità scevra da problematiche interpretative. Invero, è stato possibile sottolineare anzitutto che il quadro giuridico attualmente vigente sia attualmente ostile all'emersione di una disciplina *ad hoc*. Ciò è dovuto soprattutto all'operatività del principio di territorialità, nonché del c.d. principio dello Stato d'origine, su cui cfr. più diffusamente il primo capitolo. A ciò si aggiunga l'attività di *lobby*, più o meno manifesta, che viene condotta dai produttori di contenuti audiovisivi, nella cui prospettiva il blocco geografico serve a cementare il contenuto degli accordi di licenza sui contenuti da essi prodotti, i quali a loro volta debbono avere estensione nazionale, al fine di consentire la massimizzazione degli introiti derivanti dallo sfruttamento di tali prodotti e la conseguente permanenza di tali operatori sul mercato.

Preso atto dell'assenza di una disciplina di diritto positivo del fenomeno, è compito dell'interprete comprendere se – e, in caso di risposta alternativa, fino a che punto – siano adattabili le disposizioni dei Trattati fondamentali attualmente in vigore. Sotto questo profilo, si è detto che risulterebbero astrattamente applicabili due *set* di

disposizioni: da un lato, quelle in materia di concorrenza; dall'altro, quelle in materia di mercato interno. L'alternatività nell'applicazione di tali disposizioni è dettata non solo da un consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia sul punto, ma anche dai diversi obiettivi che esse sono chiamate a perseguire: se le disposizioni in materia di mercato interno sono finalizzate alla integrazione dei mercati nazionali, quelle in materia di concorrenza tendono a garantire che il rapporto tra la domanda e l'offerta di tali fattori possa dispiegarsi in un regime tendente al modello della concorrenza perfetta. A ciò si aggiunga, come pure è stato rilevato, che le disposizioni di cui agli articoli 101 e 102 TFUE scontano un fisiologico limite applicativo, costituito dalla impossibilità di coprire condotte unilaterali da parte di imprese non dominanti e condotte pluri-soggettive considerate *de minimis*, oltre ad una maggiore proceduralizzazione.

C'è stato peraltro modo di affermare nelle pagine precedenti come, a ben vedere, né le une né le altre portino a risultati pienamente soddisfacenti.

Con specifico riferimento alle disposizioni in materia di concorrenza, sembra sinceramente difficile ritenere che le clausole di *geo-blocking* possano ritenersi contrarie all'articolo 101 TFUE. Si consideri l'esempio riportato *supra* e relativo al confronto tra i casi *Pay-TV* e *Coditel II*. Invero, similmente a quanto visto in *Coditel II*, ciò che impedisce a Sky UK di offrire i propri contenuti *on-line* al di fuori del Regno Unito e dell'Irlanda è il contesto regolatorio, non gli accordi di licenza che in esso si iscrivono. A ben vedere, anche in assenza delle pattuizioni di geoblocco, Sky UK non potrebbe comunque offrire i propri contenuti ad utenti localizzati in altri territori senza l'autorizzazione del titolare di questi contenuti. Conseguentemente, l'accordo non restringe alcuna dinamica competitiva che si sarebbe altrimenti sprigionata, in sua assenza. Ciò che la Commissione sembra ritenere è che, in assenza della clausola, Sky UK sarebbe libera di decidere sulla base di ragioni commerciali se offrire i propri servizi in altri Stati membri. Sembrerebbe che la Commissione ritenga che una limitazione alla libertà di iniziativa economica di Sky UK meramente teorica sia comunque sufficiente a ritenere violato l'art.101 TFUE.

Applicando a tale scenario il ragionamento di cui al Capitolo II, le clausole controverse dovrebbero ritenersi pienamente legittime. E infatti, esse non sembrano esorbitare

l'ambito sostanziale e geografico del diritto d'autore cui accedono. Sembra infatti difficile negare che un accordo di licenza che impedisca ad un *broadcaster* di trasmettere materiale protetto da diritto d'autore al di fuori del territorio coperto dalla licenza resti entro l'ambito sostanziale di applicazione del diritto d'autore. Inoltre, in considerazione dell'applicabilità alle comunicazioni *on-line* del principio dello Stato di recepimento, tale restrizione è anche conforme all'ambito di applicazione geografica del diritto d'autore, che comunque richiede il consenso del titolare del contenuto per la trasmissione dello stesso in altri Stati membri.

Quanto alla eventuale applicazione delle disposizioni in materia di libera circolazione, al netto dell'esclusione *ratione materiae* della fattispecie in commento dall'ambito applicativo della c.d. direttiva servizi, in tanto tale operazione potrebbe produrre risultati in quanto si possa riconoscere efficacia orizzontale diretta alle disposizioni di rango primario dei Trattati fondamentali, con particolare riguardo anzitutto all'articolo 56 TFUE. Sotto questo profilo, alla luce di un *excursus* dei principali orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia, è stato possibile concludere come la Corte si mostri alquanto reticente nel riconoscere tale possibilità laddove essa impatti sulle preferenze negoziali dei privati.

Una parte della dottrina ha tentato di ricondurre ad unità l'approccio della Corte secondo vari criteri, ritenendo, ad esempio, che i casi in cui la Corte ha riconosciuto efficacia orizzontale diretta alle disposizioni in materia di libera circolazione fossero quelli aventi ad oggetto rapporti negoziali sbilanciati, in cui una delle parti del sinallagma deteneva un potere di mercato significativamente maggiore dell'altra. In questo senso si spiegherebbe la maggiore tendenza del giudice dell'Unione a riconoscere efficacia orizzontale diretta nei casi di esercizio di diritti sindacali o, comunque, nelle ipotesi in cui era venuta in causa la libera circolazione dei lavoratori: lo squilibrio esistente tra datore e prestatore di lavoro avrebbe giustificato un trattamento parzialmente derogatorio rispetto a quello ordinario.

A ben vedere, per quanto suggestive, queste ipotesi ricostruttive scontano una artificiosità forse eccessiva (e, con ogni probabilità, comunque maggiore rispetto a quella voluta dalla Corte), oltre ad una tendenza non del tutto assecondabile ad approssimare le disposizioni in materia di libera circolazione a quelle in materia di

concorrenza. Invero, lo squilibrio del potere di mercato tra contraenti costituisce uno dei principali *driver* che guidano le disposizioni in materia di concorrenza: si pensi alle previsioni in materia di abuso di dipendenza economica o, all'opposto, a quelle in materia di abuso di posizione dominante. Esse, infatti, addirittura non troveranno applicazione, arrestandosi, nei confronti di imprese che non detengano una posizione dominante sul mercato, *i.e.*, con qualche licenza di approssimazione, un potere di mercato maggiore rispetto a quello dei propri concorrenti. Quanto alla disciplina in materia di intese, si è avuto modo di descrivere nel secondo capitolo come essa non trovi applicazione nel caso di ipotesi *de minimis*, nel senso che il relativo ambito applicativo deve ritenersi circoscritto alle sole intese aventi un effetto apprezzabile sul gioco della concorrenza.

Una conferma indiretta di queste considerazioni si rinviene nel fatto che, fatta eccezione per questa isolata parte della dottrina, per quanto consta l'applicazione alle disposizioni in materia di libertà di circolazione di criteri quantitativi di rilevanza non è stata ipotizzata dagli interpreti. Anzi, coloro i quali si sono occupati di questioni simili²⁹² hanno posto l'accento sulla difficoltà di espianare la regola *de minimis* dal terreno del diritto della concorrenza a quello del mercato interno, in considerazione dell'assenza di indici matematici univoci di riferimento analoghi alle quote di mercato, che nel diritto della concorrenza sono considerate una *proxy* del potere di mercato di una impresa. Peraltro, estendere la regola *de minimis* alle disposizioni in materia di libera circolazione implicherebbe dover devolvere alla giurisdizione dei giudici nazionali quelle questioni non aventi rilevanza tale da far scattare l'applicazione del diritto dell'Unione, con conseguenti problemi di coordinamento e potenziali illogicità del sistema.

In definitiva, ciò che sembra possibile ritenere è anzitutto che il quadro legislativo attualmente vigente sia scarsamente attrezzato a far fronte alla problematica.

E infatti, da un lato, la più logica interpretazione delle pronunce della Corte di Giustizia in materia di intese restrittive della concorrenza porterebbe a ritenere pienamente legittime le clausole controverse (tanto rumore per nulla...), a meno di atti

²⁹² Cfr. *inter alia* J.HOJNIK, *De Minimis Rule within the EU Internal Market Freedoms: Towards a More Mature and Legitimate Market?*, in *European Journal of Legal Studies* (6), p.25 ss.

“dimostrativi” della Commissione europea, volti a modificare surrettiziamente il quadro regolatorio vigente attraverso un utilizzo del diritto della concorrenza come potere “esecutivo” di un disegno politico predeterminato.

Dall’altro, le disposizioni dei Trattati fondamentali in materia di libera circolazione potrebbero trovare applicazione solo al costo di un procedimento logico significativamente involuto e peraltro probabilmente insoddisfacente, atteso che porterebbe a riconoscere al diritto dell’Unione una pervasività che verosimilmente non gli è propria, andando ad incidere sulle preferenze negoziali dei singoli.

Ciò che sembra auspicabile, dunque, è un’azione di tipo legislativo delle istituzioni dell’Unione, volta quantomeno in un primo momento a creare un regime di diritto d’autore completamente unificato, similmente a quanto in corso nel settore brevettuale. Ciò consentirebbe, infatti, di forzare le stringenti maglie del principio di territorialità, aprendo a scenari di licenza pan-europei e dunque alla possibilità di una genuina fruizione transfrontaliera del contenuto.

Sotto questo profilo, in considerazione della difficoltà di far digerire agli operatori del mercato una proibizione *tout court* delle pratiche di geoblocco, si potrebbero valutare soluzioni compromissorie, come una proibizione limitata solo ad alcuni momenti della vita del contenuto digitale. Ad esempio, sembrerebbe del tutto conforme a diritto (ed auspicabile) limitare la proibizione fino al momento in cui il contenuto digitale, oramai maturo, diventi FTA (*free to air*), cioè a dire fruibile gratuitamente da parte degli utenti finale, senza la corresponsione di *fees*. In questo senso, infatti, il sacrificio delle *revenues* dei produttori sarebbe senz’altro limitato e la libera circolazione del contenuto maggiormente tutelata.

BIBLIOGRAFIA FONDAMENTALE

I. OPERE MONOGRAFICHE

- ADAM R., TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli Editore, 2010;
- ANDERMAN S., SCHMIDT H., *EU Competition Law and Intellectual Property Rights*, Oxford University Press, 2011;
- ARENA A., BESTAGNO F., ROSSOLILLO G., *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Giappichelli editore, 2016;
- AURICCHIO V., PADELLARO M., TOMASSI P., *Gli accordi di distribuzione commerciale nel diritto della concorrenza*, CEDAM, 2013;
- BAQUERO CRUZ J., *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart, 2002;
- BARNARD C., SCOTT J. (a cura di), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Hart Publishing, 2002;
- BELL M., *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford Publishing, 2004;
- BELLAMY C., CHILD C., *European Community Law of Competition*, Oxford University Press, 2016;
- BERTANI M., *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli Editore, 2011;
- CAGGIANO G., MUSCOLO G., TAVASSI M. (a cura di), *Competition Law and Intellectual Property. A European Perspective*, Kluwer, 2012;
- CANNIZZARO E., *Il diritto dell'integrazione europea*, Giappichelli Editore, 2014;
- CARO DE SOUSA P., *The European Fundamental Freedoms*, Oxford University Press, 2015;
- CHALMERS D., DAVIES G., MONTI G., *European Union Law*, Cambridge University Press, 2014;
- COATES K., *Competition Law and Regulation of Technology Markets*, Oxford University Press, 2011;
- CRAIG P., DE BURCA G., *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford, 2013;

- CURTI GIALDINO C. (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Gruppo Editoriale Simone, 2012;
- DE LONGIS F., *L'agenda digitale europea. Mercato, tecnologia e regolamentazione*, Guerin Next, 2016;
- DE WERRA J. (a cura di), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edgar publishing, 2013;
- DRAETTA U., *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Giuffrè Editore, 2009;
- FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, 2010;
- FAULL J., NIKPAY A., *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, 2016;
- FRANZOSI M., POLLICINO O., CAMPUS G. (a cura di), *The Digital Single Market Copyright*, Aracne Editore, 2016;
- FRIGNANI A., BARIATTI S. (a cura di), *La disciplina della concorrenza nella UE*, CEDAM, 2012;
- GHEZZI F., OLIVIERI G., *Diritto antitrust*, Giappichelli editore, 2013;
- GOLDSMITH J., WU T., *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford University press, 2006;
- GRUNDMANN S., *Constitutional Values and European Contract Law*, Wolters Kluwer, 2008;
- HARTLEY T., *The Foundations of European Union Law*, Oxford, 2014;
- JONES A., SUFRIN B., *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2012;
- KAMINA P., *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, 2016;
- KRENN C., *A missing piece in the horizontal effect "jigsaw": horizontal direct effect and the free movement of goods*, in *Common Market Law Review* (49), 2012;
- KUNG L., *Strategy Management in the Media*, Sage publications, 2008;
- LECZYKIEWICS D., WEATHERILL S. (a cura di), *The involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Bloomsbury, 2013.
- LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffrè, 2014;
- MASTROIANNI R., *La direttiva sui servizi di media audiovisivi e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*, Giappichelli Editore, 2011;
- MASTROIANNI R., ARENA A., *Media Law in Italy*, Kluwer, 2014;
- MENGOZZI P., MORVIDUCCI C., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Wolters Kluwer, 2014;

- MORVIDUCCI C., *I diritti dei cittadini europei*, Giappichelli, 2017;
- ODUDU, O., *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford University Press, 2006;
- PACE L.F., *Dizionario sistematico del diritto della Concorrenza*, Ibs, 2014;
- SARTI D., *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, 1996;
- SCHÜTZE R., *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, 2016;
- STROZZI G., MASTROIANNI R., *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Giappichelli Editore, 2016;
- TESAURO G., *Il diritto dell'Unione europea*, CEDAM, 2010;
- TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, GIUFFRÉ, 2012;
- TURNER J.D.C., *Intellectual Property and EU Competition Law*, Oxford University Press, 2010;
- UBERTAZZI L.C., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, 2017;
- VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Cacucci Editore, 2010;
- WEATHERILL S., *The Internal Market as a Legal Concept*, Oxford, 2017;
- WERSHIE D., COOMBE R., ZELLINGER M. (a cura di), *Dynamic Fair Dealing: Creating Canadian Culture Online*, University of Toronto Press, 2014;
- WHISH R., BAILEY D., *Competition Law*, Oxford University Press, 2015;
- WIJCKMANS F., TUYTSCHAEVER F., VANDERELST A., *Vertical Agreements in EC Competition Law*, Oxford University Press, 2006;

II. ARTICOLI IN RIVISTE GIURIDICHE

- ANDERSSON H., LEGNERFALT E., *Dawn Raids in Sector Inquiries - Fishing Expeditions in Disguise?*, in *European Competition Law Review* (8), 2008;
- BARNARD C., *Unravelling the Service Directive*, in *Common Market Law Review*, 2008;
- BATCHELOR B., JENKINS T., *FA Premier League: the broader implications for copyright licensing*, in *European Competition Law Review*, 2012;
- BONADIO E., *"Communication to the public" in FAPL v QC Leisure and Murphy v Media Protection Services (C-403/08 and C-429/08)*, in *European Intellectual Property Review*, 2012;

- CARO DE SOUSA P., *Horizontal Expression of Vertical Desires: Horizontal Effect and the Scope of the EU Fundamental Freedoms*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2013, (2);
- CASTELLANETA M., *Lo Stato non può vietare l'uso dei decoder esteri per trasmettere via satellite gli incontri di calcio*, in *Guida al diritto*, 2011 (42);
- DASHWOOD A., *Viking and Laval: Issues of Horizontal Direct Effect*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (10), 2008
- E.SPAVENTA, *From Gebhard to Carpenter: towards a (non-)economic European Constitution*, in *Common Market Law Review*, 2004;
- GHEZZI F., MAGGIOLINO M., *Le pratiche concordate nel diritto antitrust europeo, ossia: quando giochi a carte, tienile coperte*, in *Rivista delle società*, 2013, n.6;
- HARTKAMP A., *The Effect of the EC Treaty in Private Law: On Direct and Indirect Horizontal Effects on Primary Community Law*, in *European Review of Private Law* (3), 2010, p.527 ss.;
- HEATH-SAUNDERS A., *An end to the country by country selling of TV rights within the European Union?*, in *International Sports Law Review*;
- HOFFMAN J., *Crossing borders in the Digital Market: a proposal to end copyright territoriality and geo-blocking in the European Union*, in *The George Washington International Law Review*, vol.49, 2017;
- IBANEZ COLOMO P., *Article 101 TFEU and Market Integration*, in *LSE Legal Studies Working Paper No. 07/2016*;
- IBANEZ COLOMO P., *Copyright Licensing and the EU Digital Single Market Strategy*, LSE Working Papers, 19/2015;
- IBANEZ COLOMO P., *The Commission Investigation into Pay TV Services: Open Questions*, in *Journal of European Competition Law&Practice*, 2014 (5);
- KARAYIGIT M.T., *The horizontal effect of the free movement provisions*, in *Maastricht Journal*, 2011 (3);
- MAZZIOTTI G., *Is geo-blocking a real cause for concern in Europe?*, in *European Intellectual Property Review*, 2016;
- MC IVER T., POMANA A., HEEMSOOTH A.M., *European Competition Commissioner announces proposed sector inquiry into cross-border e-commerce*, in *European Competition Law Review*, (9), 2015;

- SCHEPEL H., *Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law*, in *European Law Journal*, 2012 (2);
- STROWEL A., VANBRABANT B., *Copyright licensing: a European view*, in DE WERRA J. (a cura di), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edgar publishing, 2013;
- SZYSZCZAK E., *Karen Murphy: Decoding Licenses and Territorial Exclusivity*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2012;
- TOBIAS L., *What you need to know about the digital single market*, in *ManagingIP.com*, gennaio 2016;
- WAGMAN I., URQUHART P., *This content is not available in your region: geoblocking culture in Canada*, in WERSHIE D., COOMBE R., ZELLINGER M. (a cura di), *Dynamic Fair Dealing: Creating Canadian Culture Online*, University of Toronto Press, 2014;
- WARD C., AMOR D., *Significant Change to the European Media Rights Landscape?*, in *Computer and Telecommunications Review*, 2012;
- WEISS C.A., *Available to all, produced by few: the economic and cultural impact of Europe's Digital Single Market Strategy within the audiovisual industry*, in *Columbia Business Law Review*, 2016.

III. SITOGRAFIA

- IBANEZ COLOMO P., *Copyright reform against the background of Pay TV and Murphy: a legal analysis*, indirizzo <https://antitrustlair.files.wordpress.com/2017/06/ibanez-colomo-copyright-reform-against-the-background-of-pay-tv-and-murphy.pdf>;
- IBANEZ COLOMO P., <https://chillingcompetition.com/2015/07/24/copyright-reform-through-competition-law-the-commissions-statement-of-objections-in-the-pay-tv-investigation/>.
- JUNCKER J.C., *Un nuovo inizio per l'Europa. Il mio programma per l'occupazione, la crescita, l'equità e il cambiamento democratico*, indirizzo https://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/pg_it.pdf;
- LAMADRID, A., <https://chillingcompetition.com/2016/04/22/breaking-news-pay-tv-investigation-paramount-offers-commitments/>;

- LOBATO R., MEESE J. (a cura di), *Geoblocking and global video culture*, indirizzo <http://networkcultures.org/wp-content/uploads/2016/01/TOD18-Geoblocking-Final1.pdf>;
- *The economic potential of cross-border pay-to-view and listen audiovisual media services*, Plum Report, indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/media/docs/elecpay/plum_tns_final_en.pdf.