



AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXVIII - n. 40

**Publicato sul sito www.agcm.it
29 ottobre 2018**

SOMMARIO

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE	5
A508 - SIAE/SERVIZI INTERMEDIAZIONE DIRITTI D'AUTORE	
<i>Provvedimento n. 27359</i>	5
A511 - ENEL/CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI NEL MERCATO DELLA VENDITA DI ENERGIA ELETTRICA	
<i>Provvedimento n. 27375</i>	115
A512 - A2A/CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI NEL MERCATO DELLA VENDITA DI ENERGIA ELETTRICA	
<i>Provvedimento n. 27376</i>	117
A513 - ACEA/CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI NEL MERCATO DELLA VENDITA DI ENERGIA ELETTRICA	
<i>Provvedimento n. 27377</i>	119
I814 - DIRITTI INTERNAZIONALI	
<i>Provvedimento n. 27378</i>	121
A505 - MONTE TITOLI/SERVIZI DI POST-TRADING	
<i>Provvedimento n. 27380</i>	123
ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA	126
AS1537 - PROVINCIA AUTONOMA DI BOLZANO – LEGGE 10/2018-MODIFICHE DI LEGGI PROVINCIALI	126
PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE	130
PS11009 - SAMSUNG-AGGIORNAMENTO SOFTWARE	
<i>Provvedimento n. 27363</i>	130
PS11039 - APPLE-AGGIORNAMENTO SOFTWARE	
<i>Provvedimento n. 27365</i>	176
PS11063 - AUCHAN-LA VITA IN BLU	
<i>Provvedimento n. 27379</i>	227
CONFLITTO DI INTERESSI	234
SI911D - GIAN LUCA GALLETTI - MINISTRO DELL'AMBIENTE E DELLA TUTELA DEL TERRITORIO E DEL MARE – PARERE POST CARICA	234

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

A508 - SIAE/SERVIZI INTERMEDIAZIONE DIRITTI D'AUTORE

Provvedimento n. 27359

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 25 settembre 2018;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTI gli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE);

VISTO il 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 CE (oggi articoli 101 e 102 TFUE);

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n.217;

VISTA la propria delibera del 5 aprile 2017, n. 26531, con la quale è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti della Società Italiana Autori ed Editori (SIAE) per accertare l'esistenza di una violazione dell'articolo 102 del TFUE e di Assomusica per accertare l'esistenza di una violazione dell'articolo 101 del TFUE;

VISTA la propria delibera del 28 giugno 2017, n. 26659 con la quale è stato sostituito il responsabile del procedimento;

VISTA la propria delibera del 14 settembre 2017, n. 26736 con la quale è stata disposta la pubblicazione, in data 18 settembre 2017, degli impegni proposti da Assomusica sul sito dell'Autorità;

VISTA la propria delibera del 31 gennaio 2018, n. 27006, che ha reso vincolanti gli impegni definitivi proposti da Assomusica e ha concluso l'istruttoria con riguardo alla sola Assomusica e con riferimento alla sola violazione dell'articolo 101 del TFUE prospettata nella delibera di avvio;

VISTA la propria delibera del 18 aprile 2018, n. 27136, con la quale è stata disposta la proroga del termine di chiusura del procedimento al 31 luglio 2018;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie e del termine di chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori inviata alla SIAE e agli intervenienti in data 25 maggio 2018;

VISTA l'istanza della SIAE pervenuta in data 28 maggio 2018 di proroga del termine per depositare, a propria difesa, memorie e documenti e del termine infra-procedimentale di chiusura della fase istruttoria;

VISTA la propria delibera del 13 giugno 2018, n. 27210, con la quale, a seguito dell'accoglimento dell'istanza di cui sopra, è stata disposta la proroga del termine di chiusura del procedimento al 30 settembre 2018;

VISTE le memorie conclusive di: Innovaetica s.r.l. pervenuta in data 22 giugno 2018; SIAE, Soundreef S.p.A., Sky Italia s.r.l., nonché delle associazioni Associazione 100autori, Associazione

Nazionale Editori Musicali, Writers Guild Italia, Associazione Nazionale di Editori Musicali Italiani, Associazione Italiana Dialoghisti Adattatori Cinetelevisivi e Associazione Documentaristi Italiani, tutte pervenute in data 16 luglio 2018;

SENTITI in audizione finale, in data 20 luglio 2018, i rappresentanti della SIAE, Innovaetica s.r.l., Soundreef S.p.A., Sky Italia s.r.l. nonché delle associazioni Associazione 100autori, Associazione Nazionale Editori Musicali, Writers Guild Italia, Associazione Nazionale di Editori Musicali Italiani, Associazione Italiana Dialoghisti Adattatori Cinetelevisivi e Associazione Documentaristi Italiani;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I LE PARTI

1. La Società Italiana degli Autori ed Editori (di seguito, SIAE) è un ente pubblico economico a base associativa ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 gennaio 2008, n. 2, sottoposto alla vigilanza congiunta del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo e del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentito il Ministero dell'Economia e delle Finanze. L'attività della SIAE è disciplinata dalle norme di diritto privato e la SIAE ha adottato un modello di *corporate governance* duale con un Consiglio di Sorveglianza e un Consiglio di Gestione.

La SIAE è un "*organismo di gestione collettiva*" (di seguito anche OGC), ai sensi della Direttiva 2014/26/UE del 26 febbraio 2014 sulla gestione collettiva dei diritti d'autore (di seguito, anche DDA) e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multi-territoriali per i diritti su opere musicali per l'uso *on-line* nel mercato interno; la SIAE opera nell'attività di gestione e intermediazione dei diritti d'autore, concedendo a tal fine le autorizzazioni per l'utilizzazione delle opere protette, riscuotendo i compensi per diritto d'autore e ripartendo i proventi che ne derivano.

La SIAE è attiva nella prestazione di tutti i servizi connessi all'intermediazione dei diritti di autore, ivi inclusi i servizi di tutela dal plagio e svolge la propria attività in Italia e all'estero, attraverso le società d'autori straniere (c.d. società di gestione collettiva, di seguito abbreviato "SGC" o *collecting*), con le quali ha stipulato accordi di rappresentanza. Attualmente, la SIAE gestisce i diritti d'autore di oltre 80.000 artisti, tra autori ed editori, italiani e stranieri, corrispondenti a un patrimonio amministrato nel 2017 pari a circa [550-600]* milioni di euro. Nel 2017 ha realizzato un fatturato pari a circa [100-150] milioni di euro provenienti dal diritto d'autore e il resto da altri servizi di intermediazione¹.

2. Soundreef S.p.A. è l'impresa costituita nel 2015 che esercita il controllo esclusivo sull'omonima società di diritto inglese, Soundreef Ltd. (di seguito, collettivamente indicate come Soundreef), "*entità di gestione indipendente*" (di seguito anche EGI), ai sensi della Direttiva 2014/26/UE del 26 febbraio 2014 sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze

* Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

¹ Oltre alla gestione dei diritti d'autore, in base all'art. 1 comma 1 della legge n. 2/2008: "*SIAE esercita le altre funzioni ad essa attribuite dalla legge e può effettuare, altresì, la gestione di servizi di accertamento e riscossione di imposte, contributi e diritti, anche in regime di convenzione con pubbliche amministrazioni, regioni, enti locali e altri enti pubblici e privati. La SIAE, di intesa con il Ministero per i beni e le attività culturali, promuove studi e iniziative volti ad incentivare la creatività di giovani autori italiani e ad agevolare la fruizione pubblica a fini didattici ed educativi delle opere dell'ingegno diffuse attraverso reti telematiche*".

multi-territoriali per i diritti su opere musicali per l'uso *on-line* nel mercato interno, iscritta nel registro delle *collecting societies* dell'*Intellectual Property Office* (IPO) del Regno Unito. Soundreef è attiva sin dalla fine del 2011 nella gestione collettiva dei diritti d'autore in vari Paesi, tra cui numerosi Stati membri dell'Unione Europea. Tra i servizi attualmente offerti agli artisti – soprattutto musicisti – rientrano la gestione del *copyright* relativamente a diverse utilizzazioni delle opere, tra cui, ad esempio, la musica di sottofondo e i concerti dal vivo, nonché la tutela degli autori dal plagio delle proprie opere.

Nel 2017 l'impresa contava circa 87.453 iscritti, la maggioranza dei quali stranieri. Nel medesimo periodo, Soundreef ha incassato diritti d'autore per un valore di circa [0-5] milioni di euro.

In data 3 gennaio 2018, Soundreef LTD ha stipulato un accordo di rappresentanza con l'organismo di gestione collettiva Liberi Editori Autori (LEA).

3. Innovaetica S.r.l. (di seguito, Innovaetica) è un'impresa, iscritta dal 2013 nell'elenco speciale della Camera di Commercio di Roma come *start-up* innovativa, che ha sviluppato e gestisce il portale *on-line* Patamu (di seguito, Patamu). Patamu consente ad autori ed editori di depositare la proprie opere per generare una prova d'autore a fini di tutela dal plagio, attraverso un procedimento di marcatura legale, valido nei 172 Paesi che aderiscono alla Convenzione di Berna per la protezione delle opere artistiche e letterarie. L'impresa offre altresì servizi di attività di assistenza legale sulle tematiche del diritto d'autore e servizi di auto-riscossione del diritto d'autore. Alla piattaforma Patamu sono iscritti quasi 13.000 autori, di cui il 60% costituito da musicisti e il restante 40% da autori in senso lato (scrittori, scienziati, ecc.), per un totale di circa 41.000 opere. Il fatturato proveniente dal diritto d'autore realizzato dall'impresa nel 2017 ammontava a circa [0-500.000.000] euro.

4. Sono altresì parti dei soggetti intervenuti successivamente all'avvio e di seguito richiamati: Vodafone Italia S.p.A. (Vodafone), Associazione dell'Autorialità Cinetelevisiva 100autori (Associazione 100autori), Associazione Nazionale di Editori Musicali Italiani (denominata anche FEM, Federazione Editori Musicali), Sky Italia S.r.l. (SKY), Associazione Nazionale Editori Musicali (ANEM), Associazione Italiana Dialoghista Adattatori Cinetelevisivi (AIDAC), Writers Guild Italia (Writers), Federazione Autori, Doc/It – Associazione Documentaristi Italiani, Associazione Nazionale Autori Cinematografici (ANAC), Mediaset S.p.A. (Mediaset).

II LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

II.1 L'ATTIVITÀ ISTRUTTORIA

5. A seguito del ricevimento di articolate denunce da parte di Innovaetica e Soundreef e della relativa attività preistruttoria², con delibera del 5 aprile 2017, è stato avviato, ai sensi dell'articolo 14 della

² La prima denuncia di Innovaetica è pervenuta in data 12 ottobre 2015; in data 31 maggio 2016, è pervenuta la segnalazione di Soundreef (successivamente integrata da ultimo in data 20 dicembre 2016). Nel corso dell'attività pre-istruttoria, Soundreef è stata sentita in audizione in date 8 giugno 2016 e 20 febbraio 2017, mentre Innovaetica è stata sentita in audizione in data 6 marzo 2017. Ai denunciati sono state richieste altresì ulteriori informazioni pervenute in data 28 marzo 2017.

legge n. 287/90, il procedimento A508 nei confronti della SIAE per accertare l'esistenza di un abuso di posizione dominante in violazione dell'articolo 102 del TFUE³.

Il procedimento A508 è stato avviato anche nei confronti dell'associazione Assomusica per accertare l'esistenza di una violazione dell'articolo 101 del TFUE. Con provvedimento del 31 gennaio 2018, n. 27006, l'Autorità ha deliberato di chiudere il procedimento nei confronti di Assomusica, rendendo obbligatori gli impegni presentati dall'associazione, ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della Legge n. 287/90.

Contestualmente all'avvio del procedimento A508, l'Autorità ha svolto accertamenti ispettivi presso le rispettive sedi di Roma, acquisendo copiosa documentazione che verrà nel prosieguo ampiamente illustrata.

6. Successivamente all'avvio del procedimento, sono intervenuti, previo accoglimento dell'apposita istanza di partecipazione i seguenti undici soggetti: Vodafone, Associazione 100autori, FEM, Sky, ANEM, AIDAC, Writers, Federazione Autori, Doc/It, ANAC, Mediaset.

7. Inoltre, l'Autorità nel corso del procedimento ha effettuato numerose richieste di informazioni e ha sentito in audizione gli utilizzatori delle opere tutelate dal diritto d'autore (quali emittenti TV e operatori *on-line*).

In particolare, l'Autorità ha inviato le richieste di informazioni a: SIAE⁴, Soundreef⁵, Innovaetica⁶, SKY⁷, le associazioni rappresentative dell'industria musicale⁸ – EMusa, UNEMIA (Unione Editori e Autori di Musica Italiana) e ACEP (Associazione Autori, Compositori, Editori e Produttori) –, la RAI⁹, Live Nation Italia s.r.l. e Live Nation 2 s.r.l.¹⁰, Facebook Italy¹¹, Google LLC¹², nonché l'organismo di gestione collettiva Liberi Editori e Autori (LEA).

Nel corso del procedimento, sono stati sentiti in audizione i seguenti soggetti: in data 20 settembre 2017, le associazioni EMusa, UNEMIA (Unione Editori e Autori di Musica Italiana) e ACEP (Associazione Autori, Compositori, Editori e Produttori) sopra citate; in data 29 gennaio 2018, RAI; in data 27 febbraio 2018, Live Nation Italia s.r.l. e Live Nation 2 s.r.l.; in data 22 marzo 2018, Google; in data, 27 marzo 2018, le società Videorights e Itsright; in data 23 aprile 2018, la società Musica Posse S.A.S. attiva nella organizzazione di concerti e nella gestione di produzioni musicali di artisti.

³ In particolare, secondo la delibera di avvio, le condotte abusive poste in essere dalla SIAE, consisterebbero, a titolo esemplificativo: *i*) nei confronti degli autori, nell'applicazione di un *bundle* soggettivo e oggettivo dei diritti amministrati; *ii*) nei confronti degli utilizzatori, di richieste di pagamento ingiustificate e nella raccolta di *royalties* per conto di autori di altre *collecting*; *iii*) nella previsione di condizioni contrattuali limitative dell'intermediazione da parte di *collecting* estere. Tali condotte sarebbero riconducibili ad un'unica strategia tuttora in corso, volta ad escludere gli operatori nuovi entranti dal complesso dei mercati della gestione e intermediazione del diritto d'autore.

La delibera di avvio ipotizzava anche l'eventualità che le condotte della SIAE potessero essere state agevolate, in tutto o in parte, dalla normativa di settore - in particolare, dall'art. 180 della legge 22 aprile 1941, n. 633, *Legge sul diritto d'autore* (di seguito anche LDA) - con conseguente disapplicazione della norma interna al fine di dare piena attuazione alle norme di diritto europeo in materia di concorrenza, di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi.

⁴ In data 12 luglio 2017, in sede di audizione (24 luglio 2017), in date 9 febbraio, 23 aprile 2018 e 11 maggio 2018.

⁵ In date 12 gennaio e 23 aprile 2018.

⁶ In data 23 aprile 2014.

⁷ In date 6 e 20 dicembre 2017.

⁸ In data 20 settembre 2017.

⁹ In data 29 gennaio 2018.

¹⁰ In data 27 febbraio 2017.

¹¹ In data 5 marzo 2018.

¹² In sede di audizione (22 marzo 2017).

8. Nel corso del procedimento, alcune delle Parti intervenienti e la SIAE hanno esercitato più volte il diritto di accesso, sono state sentite in audizione e hanno presentato memorie o documenti.

In particolare, Soundreef ha effettuato accesso agli atti del fascicolo in date: 3 maggio, 23 giugno, 21 luglio, 5 ottobre 2017 e 17 luglio 2018 ed è stata sentita in audizione in data 12 gennaio 2018. Innovaetica ha effettuato accesso agli atti in date: 5 maggio, 23 giugno, 25 luglio, 25 ottobre 2017 e 17 luglio 2018 ed è stata sentita in audizione in data 18 gennaio 2018. SKY ha esercitato il diritto di accesso agli atti in date 26 giugno, 4 agosto, 29 settembre 2017, 14 febbraio, 12 e 14 giugno, nonché in data 17 luglio 2018 ed è stata sentita in audizione in data 6 dicembre 2017. SKY ha prodotto specifica documentazione su condotte poste in essere dalla SIAE nel corso del procedimento in date 5 febbraio e 7 maggio 2018. Mediaset ha effettuato accesso in data 27 ottobre 2017 e in data 10 gennaio 2018. Vodafone ha effettuato accesso in data 23 giugno 2017.

Le seguenti associazioni sono state sentite in audizione in data 21 maggio 2018: Federazione degli Autori, Associazione 100autori, ANEM, Writers Guild Italia, F.E.M., AIDAC, Doc/It.

Infine, la SIAE: ha effettuato l'accesso agli atti del procedimento nelle date del 5 maggio, 23 giugno, 21 luglio e 5 ottobre 2017, nonché del 15 gennaio, 14 febbraio, 20 marzo, 10 maggio, 14 giugno e 17 luglio 2018; è stata sentita in audizione il 24 luglio 2017, il 26 marzo e l'11 maggio 2018; ha presentato memorie e documenti, tra l'altro, nelle date del 1° e 11 agosto 2017, 20 febbraio, 5 marzo e 27 marzo 2018.

9. L'Autorità, con delibera del 18 aprile 2018, ha disposto una proroga del termine di chiusura del procedimento al 31 luglio 2018. In data 25 maggio 2018, è stata inviata alle Parti del procedimento la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (di seguito CRI) e, il successivo 28 maggio 2018, la SIAE ha presentato un'istanza di proroga del termine per presentare memorie e documenti. Al fine di assicurare alle Parti il più ampio esercizio del diritto di difesa e di garantire appieno il diritto del contraddittorio, l'Autorità ha accolto tale istanza e, con delibera del 13 giugno 2018, ha prorogato il termine di chiusura del procedimento al 30 settembre 2018.

10. Le memorie finali sono state presentate da Innovaetica in data 22 giugno 2018, dalla SIAE, Soundreef, Sky, nonché dalle associazioni Associazione 100autori, ANEM, Writers Guild Italia, FEM, AIDAC e Doc/It, tutte in data 16 luglio 2018. Infine, il 20 luglio 2018 si è tenuta l'audizione finale innanzi al Collegio a cui hanno partecipato la SIAE e gli altri intervenienti appena richiamati.

II.2 IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

II.2.1 La Direttiva *Barnier*

11. Il quadro di riferimento dell'Unione europea in materia di diritto di autore, progressivamente formatosi nel tempo sia attraverso strumenti di *soft law*¹³ che attraverso direttive del Parlamento europeo e del Consiglio, è fondato su alcuni principi cardine, tra i quali è essenziale richiamare, ai fini del presente provvedimento: lo sviluppo di una concorrenza non falsata, la libertà dell'autore di scegliere l'organismo di gestione collettiva cui affidare la tutela delle proprie opere e la libertà degli organismi di gestione collettiva di tutelare le opere di autori sia residenti nello Stato membro (d'ora in avanti SM) che residenti in altri SM.

¹³ Cfr. la Raccomandazione della Commissione del 18 maggio 2005 *sulla gestione transfrontaliera collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi nel campo dei servizi musicali on line* in GUCE del 21 ottobre 2005, L276 che ha anticipato molti dei contenuti della Direttiva *Barnier* qui descritta.

12. Con l'adozione della già citata Direttiva 2014/26/UE (Direttiva *Barnier*), il quadro normativo europeo relativo al diritto d'autore è stato profondamente rivisitato al fine di favorire la tutela dei diritti d'autore nell'ambito della libera circolazione di beni e servizi nel contesto del mercato unico¹⁴. La Direttiva muove dalla premessa che in “*un mercato interno nel quale la concorrenza non è falsata, la protezione dell'innovazione e della creazione intellettuale stimola anche gli investimenti in prodotti e servizi innovativi*” (1° Considerando) e che sia “*opportuno che gli organismi di gestione collettiva stabiliti nell'Unione possano beneficiare delle libertà sancite dai trattati nel rappresentare titolari dei diritti residenti o stabiliti in altri Stati membri o nel concedere licenze a utilizzatori residenti o stabiliti in altri Stati membri*” (4° Considerando).

13. In particolare, riprendendo i contenuti della Raccomandazione sulle opere musicali *on-line* ed estendendoli all'intero settore delle opere tutelate dai diritti d'autore, l'art. 5 della Direttiva afferma il fondamentale principio secondo il quale i titolari dei diritti hanno il diritto di affidare la tutela delle proprie opere agli organismi di gestione collettiva che ritengono più opportuni, indipendentemente dallo SM di nazionalità, di residenza o di stabilimento dell'organismo di gestione collettiva o del titolare dei diritti¹⁵.

A tale riguardo, è opportuno sottolineare che la Direttiva indica quali soggetti abilitati a svolgere attività di gestione dei diritti di autore sia gli organismi di gestione collettiva (di seguito anche OGC) sia le entità di gestione indipendenti (EGI)¹⁶.

14. In base alla Direttiva *Bernier*, gli OGC devono consentire agli autori di poter gestire i propri diritti - in tutto o anche solo in parte - direttamente e in modo flessibile¹⁷. Inoltre, la Direttiva riconosce che i diritti devono essere versati agli autori secondo una tempistica certa e trasparente, essendo tale profilo essenziale nella gestione dei diritti d'autore¹⁸.

A ciò si aggiunga che, con riferimento all'uso *on-line* di repertori musicali, la Direttiva riconosce, da un lato, che una stessa opera possa essere affidata dall'autore a diverse OGC in funzione della forma

¹⁴ Direttiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multi-territoriali per i diritti su opere musicali per l'uso *on-line* nel mercato interno, pubblicata in GUUE L 84, 20.3.2014, p. 72-98. La Direttiva - che lascia impregiudicata l'applicazione della normativa *antitrust* (cfr. 56° Considerando) - definisce i requisiti necessari per garantire il buon funzionamento della gestione dei diritti d'autore e dei diritti connessi da parte degli organismi di gestione collettiva (di seguito, anche OGC), coordinando le normative nazionali in materia. In secondo luogo, la Direttiva ridisegna le modalità di *governance* degli OGC, nonché il quadro di sorveglianza e, in un'ottica transfrontaliera, stabilisce i requisiti per la concessione di licenze multi-territoriali connesse all'uso *on-line* di opere musicali.

¹⁵ Cfr. anche il 37° Considerando della Direttiva, che assicura lo scambio di informazioni tra le autorità designate in ciascun SM per garantire il monitoraggio in caso di prestazione di servizi di un OGC in uno Stato diverso di quello dove è stabilito; il 12° Considerando; il 19° Considerando; e il 56° Considerando della Direttiva, che richiama la piena applicazione delle norme a tutela della concorrenza la cui applicazione non è pregiudicata dalla presente Direttiva.

¹⁶ In particolare, gli OGC si caratterizzano per soddisfare uno o entrambi dei seguenti criteri: i) essere “*detenuto o controllato dai propri membri* [vale a dire da un titolare dei diritti o da un'entità che rappresenta i titolari dei diritti, compresi altri OGC e associazioni di titolari di diritti]” e/o ii) essere “*organizzato senza fini di lucro*” (art. 3 a) della Direttiva); mentre gli EGI si caratterizzano per soddisfare entrambi i seguenti criteri: i) non essere “*né detenuto né controllato, direttamente o indirettamente, integralmente o in parte, dai titolari dei diritti*”, e ii) essere “*organizzato con fini di lucro*” (art. 3 b) della Direttiva).

Secondo quanto previsto dal considerando 15° della Direttiva, i “*titolari dei diritti dovrebbero essere liberi di poter affidare la gestione dei propri diritti a entità di gestione indipendenti*”. Inoltre, per evitare che la libertà di scelta dell'autore sia compressa, la Direttiva esclude che un OGC possa restringere la facoltà di limitazione e revoca del mandato, esigendo, quale condizione per il suo esercizio, che la gestione sia affidata a un altro OGC (articolo 5(6) della Direttiva).

¹⁷ Cfr. il 19° Considerando della Direttiva.

¹⁸ Cfr. gli artt. 13, 15 e 18 della Direttiva, nonché il 29°, il 34° e il 43° Considerando.

di utilizzazione (ad esempio riproduzione e comunicazione al pubblico), nonché, dall'altro, che sulla medesima opera vi siano titolari diversi che abbiano autorizzato OGC diversi a concedere licenze ciascuno per le rispettive quote di diritti¹⁹. In tale contesto, per la gestione dei diritti, la Direttiva prevede lo sviluppo di banche dati che consentano un'univoca identificazione dell'opera, di tutti i titolari di diritti sulla medesima, di tutti gli OGC che gestiscono diritti (e per quale quota) sulla medesima²⁰.

Infine, nella prospettiva di favorire la creazione di un mercato unico delle opere musicali *on-line* attraverso lo sviluppo di licenze multi-territoriali, la Direttiva espressamente afferma che gli accordi di rappresentanza fra OGC, con i quali un ente affida all'altro la stipulazione di licenze multi-territoriali per il proprio repertorio, debbano essere stipulati su base non esclusiva²¹.

II.2.2 I sistemi di gestione dei diritti d'autore nell'Unione europea

15. In molti Stati membri dell'Unione europea, le riserve legali per l'intermediazione dei diritti d'autore sono scomparse quasi del tutto e oltre agli OGC, sono ammessi ad operare anche gli EGI, ivi incluse quelle stabilite in altri Stati membri (v. tabella sottostante)²². Inoltre, in molti Paesi esiste una diversificazione delle attività delle *collecting societies* in ragione della tipologia di opera/diritti tutelati e non vi è la concentrazione dell'attività di gestione in un'unica *collecting*. Anche la SIAE, nella propria documentazione interna, definisce la propria posizione come un'anomalia nel panorama europeo: in *“Europa esiste una specializzazione in generale orientata verso il repertorio e in questo contesto SIAE rappresenta una eccezione”* (enfasi in originale)²³.

¹⁹ Cfr. il 37° Considerando della Direttiva.

²⁰ Cfr. il 41° e 43° Considerando.

²¹ Cfr. art. 28 della Direttiva e il 44° Considerando.

²² Per un elenco degli EGI, cfr. doc. isp. 18, *Il monitoraggio sui concorrenti* del 19 maggio 2013. Sulla liberalizzazione dell'intermediazione del diritto d'autore in Francia, vale citare quanto illustrato dalla SACEM: « [a]ucune disposition de la loi française, en particulier du Code de la propriété intellectuelle, n'empêche l'intervention en France des sociétés de perception et de répartition des droits d'un autre Etat membre de l'Union européenne. Ainsi une société de gestion collective d'un pays membre de l'Union européenne peut parfaitement proposer ses services, en particulier, délivrer des autorisations au titre des droits qui lui ont été confiés, en France. D'ailleurs, les contrats de représentation réciproque conclus entre sociétés d'auteurs membres de la CISAC sont non exclusifs et, dans ces conditions, les sociétés étrangères contractantes conservent la possibilité de délivrer des autorisations pour l'utilisation de leurs répertoires en France.. » (all. all' e-mail del 26.01.2017, avente ad oggetto *“Francia .affermazione di Soundreef”*, in doc. isp. n. 519). Nel medesimo scambio di messaggi, infatti, è compresa una mail in cui SACEM spiega che il regime applicabile in Francia a Soundreef è quello dell'*independent management entities* (IME) e che *“IMEs established in France will need to comply with the obligations set forth in Articles 12.1, 13.1, 13.2, 13.3, 16.2, 16.3, 16.4, 17, 18, 20, 21, 24, 25, 33, 34.2 (please note in this respect that such alternative dispute resolution procedure is not limited to multi territorial online service providers but also to mono territorial online service providers) 36 (as regards such supervisory entity, please note that it will also control the IMEs' accounts and management) of the CRM Directive (see Article L. 321-6). IMEs established outside of the EU but operating in France will need to comply with the obligations set forth in Articles 13.1, 13.2, 13.3, 16.2, 16.3, 16.4, 17, 18, 20, 21, 24, 25, 34.2 (please note in this respect that such alternative dispute resolution procedure is not limited to multi territorial online service providers but also to mono territorial online service providers) and 36 (also see Article L. 321-6)”* (doc. isp. n. 519, cit.). Per una breve disamina di come vengono riscossi i diritti d'autore in Europa soprattutto nel settore musicale cfr. anche la breve disamina di Live Nation in doc. 222, *Risposta con allegati alla richiesta informazioni formulata nel corso dell'audizione del 27/2/2018*.

²³ Cfr. doc. isp. 795, documento di *Piano Strategico.msg* (qualificato come *Documento Finale* e condiviso via mail con dirigenti apicali della SIAE), pag. 47; per un confronto europeo cfr. anche la documentazione prodotta da SKY su un confronto con l'estero, doc. 205 del 16 febbraio 2018, *Risposta alla richiesta di informazioni formulata nel corso dell'audizione del 6/12/2017*, la documentazione prodotta da Innovaetica ai fini dell'audizione finale svoltasi in data 20 luglio 2018 (doc. 427, verbale dell'audizione finale spec. all.ti nn. 9 e 10).

Tabella: Sintesi riserve legali nell'Unione europea

Stato	Monopolio legale	OGC	EGI	Differenziazione delle <i>collecting societies</i> in funzione del tipo di repertorio (ad esempio, opera o cinema) e/o tipologia di diritto tutelato	Collecting
Belgio	NO	SI	SI	SI	SABAM, SOFAM, REPROBEL
Bulgaria	NO	SI	SI	SI	Mausicautor, Filmautor
Croazia	NO	SI	SI	SI	HDS ZAMP, DNZAP
Estonia	NO	SI	SI	SI	EAU, EAL
Finlandia	NO	SI	SI	SI	TEOSTO, Sanasto, Kopiosto
Francia	NO	SI	SI	SI	SACEM, SDRM, SEAM, SACD, SCAM, ADAGP, CFC
Germania	NO	SI	SI	SI	GEMA, C3S, VG-MUS- IKEDITION
Grecia	NO	SI	SI	SI	AUTODIA, AEPI, APOLLO, SOPE
Irlanda	NO	SI	SI	SI	IMRO, RAAP, MCPS, IVARO
Norvegia	NO	SI	No	SI	TONO, BONO
Olanda	NO*	SI	SI	SI	Bumra/Stemra, Pictoright, IPRO, LIRA
Portogallo	NO	SI	SI	SI	GEDIPE, AUDIOGEST, GDA, VISAPRESS, SPA
Spagna	NO	SI	SI	SI	SGAE, CEDRO,
Svezia	NO	SI	SI	SI	SKAP, BUS, STIM, Copyswede, Bildupphovsrätt
Regno Unito	NO	SI	SI	SI	PRS, MCPS, ALCS, CLA, DACS
Repubblica Slovacca	NO**	SI	SI	SI	SOZA, LITA
Ungheria	No	SI	SI	SI	Artisjus, Filmjus

* Fatta eccezione per l'intermediazione dei diritti di comunicazione di opere musicali *off line* affidata Buma/Stemra

** Quantomeno non sussiste il monopolio con riferimento ai diritti d'autore per la trasmissione via cavo.

Fonte: dati pubblici e doc. 355.

II.3 IL QUADRO NORMATIVO NAZIONALE

II.3.1 La LDA in vigore sino al 15 ottobre 2017

16. In Italia, il fulcro della disciplina sul diritto d'autore è costituito dalla legge 22 aprile 1941, n. 633 e successive modifiche.

L'art. 180 della legge n. 633/1941, nella versione in vigore sino al 15 ottobre 2017, riservava in via esclusiva a SIAE l'attività "... di intermediario, comunque attuata, sotto ogni forma diretta o indiretta di intervento, mediazione, mandato, rappresentanza ed anche di cessione per l'esercizio dei diritti di rappresentazione, di esecuzione, di recitazione, di radiodiffusione ivi compresa la comunicazione al pubblico via satellite e di riproduzione meccanica e cinematografica di opere tutelate, ...

Tale attività è esercitata per effettuare:

- 1) la concessione, per conto e nell'interesse degli aventi diritto, di licenze e autorizzazioni per la utilizzazione economica di opere tutelate;
- 2) la percezione dei proventi derivanti da dette licenze ed autorizzazioni;
- 3) la ripartizione dei proventi medesimi tra gli aventi diritto".

17. In altri termini, la citata norma (in vigore sino al 15 ottobre 2017) prevedeva un monopolio legale a favore della SIAE riguardante:

- tutte le tipologie di opere tutelate dal diritto d'autore (ad esempio, opere musicali, cinematografiche e teatrali) ai sensi della legge 633/1941;
- tutte le principali attività rientranti nella gestione dei diritti d'autore (concessioni di licenze, percezione dei proventi dagli utilizzatori e ripartizione dei diritti d'autore ai titolari);
- tutte le principali forme di utilizzazione di dette opere (ad esempio, esecuzione, comunicazione al pubblico e riproduzione).

18. La riserva di cui all'art. 180 LDA non è generale, ma limitata alle opere tutelate dal diritto d'autore e alle sole tipologie di diritti indicati nella norma. In particolare, l'art. 180 LDA riguarda "le opere di autori italiani" e le "opere di autori stranieri domiciliati in Italia, che siano state pubblicate per la prima volta in Italia" (art. 185 LDA). Non rientrano, invece, nell'ambito della riserva, l'utilizzazione di repertori stranieri in Italia²⁴ e alcune attività (v. Tabella *infra*), tra le quali merita ricordare l'intermediazione dei diritti d'autore per le opere comunicate *on-line*²⁵ e l'attività di tutela delle opere dal plagio.

²⁴ L'esclusione dei repertori di autori stranieri dalla riserva legale in capo alla SIAE è stata anche affermata da Tribunale di Trento, Sez. specializzata in materia di impresa, nella sentenza del 20 luglio 2015, secondo cui si deve "escludere che possa configurarsi una legittimazione esclusiva della SIAE nell'esercizio e nella tutela dei diritti televisivi, in quanto tale ente è deputato alla tutela del diritto di autori italiani e ritenere che l'attività di tutela di emittenti straniere debba essere obbligatoriamente affidata agli intermediari di SIAE costituirebbe una pretesa confliggente con i principi del libero mercato in ambito comunitario e con i fondamentali principi della libera concorrenza". Tale sentenza riprende quanto statuito nell'ordinanza del Tribunale di Milano del 12 settembre 2014: "Non sembra quindi potersi affermare che per gli autori stranieri sussista un obbligo di rispetto della riserva di legge prevista dal combinato disposto degli artt. 180 e 185 L. aut. Per gli autori italiani, e quindi che, ove intendano affidare a terzi la gestione dei loro diritti, si debbano obbligatoriamente rivolgere alla SIAE". Si sottolinea che l'ordinanza del Tribunale di Milano del 12 settembre 2014 è ampiamente ripresa nel settore perché considerata uno snodo importante nell'interpretazione della legge sul diritto d'autore (e in particolare, l'art. 180 LDA) in senso *pro* concorrenziale e consentire lo svolgimento di attività anche da parte di imprese concorrenti nel settore della *background music*; la stessa SIAE commenta questa ordinanza con un significativo "no comment. E' la fine" (docc. isp. 43 e 44).

²⁵ Il diritto di comunicazione al pubblico mediante messa a disposizione dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente (vale a dire *on-line*), di cui all'art. 16 LDA è una forma di utilizzazione tutelata dal diritto d'autore ma che non è richiamata dall'art. 180 LDA.

L'esclusiva della SIAE ai sensi dell'art. 180 non si estende ai diritti connessi al diritto d'autore, posto che il monopolio legale attribuito all'ente IMAIE su tali diritti è stato pienamente superato nel 2012²⁶. L'art. 180, comma 4, LDA inoltre riconosce la facoltà dell'autore di gestire direttamente i propri diritti senza avvalersi dell'intermediazione della SIAE (la c.d. gestione diretta dei diritti d'autore da parte del titolare).

A ciò si aggiunga che ciascun diritto attribuito dalla LDA è autonomo rispetto agli altri e, pertanto, ciascuno di essi può essere oggetto di atti di disposizione separati da parte dell'autore e dagli altri aventi diritto²⁷.

²⁶ Cfr. l'art. 39, comma 2 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, così come modificato dalla legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27.

²⁷ L'art. 19 LDA prevede infatti che i "...diritti esclusivi previsti dagli articoli precedenti sono fra loro indipendenti. L'esercizio di uno di essi non esclude l'esercizio esclusivo di ciascuno degli altri diritti.

Essi hanno per oggetto l'opera nel suo insieme ed in ciascuna delle sue parti."; su questa disposizione cfr. ad esempio Cass. civ. Sez. I, 13-09-2006, n. 19657, che afferma come i diritti su un'opera musicale di riproduzione (art. 13 LDA), di esecuzione (art. 15LDA) e di diffusione radiofonica (art. 16 LDA) siano tra loro autonomi.

Tabella: Attività incluse ed escluse dalla riserva legale ex art. 180 LDA:

Attività di intermediazione rientranti nell'art. 180 LDA	
Forma di utilizzazione/diritto su opere tutelate (Musica, Cinema, Lirica, DOR e OLAF)	Attività riservata alla SIAE
Rappresentazione	
Esecuzione	La concessione di licenze e autorizzazioni per la utilizzazione economica di opere tutelate; La percezione dei proventi derivanti da dette licenze ed autorizzazioni; La ripartizione dei diritti d'autore tra gli aventi diritto.
Recitazione	
Radiodiffusione ivi compresa la comunicazione al pubblico via satellite	
Riproduzione meccanica e cinematografica	
Attività di intermediazione non rientranti nell'art. 180 LDA (già aperte alla concorrenza prima della modifica ex decreto fiscale)	
Forma di utilizzazione/diritto su opere tutelate	Attività consentita anche a soggetti diversi da SIAE
Noleggio e prestito degli esemplari dell'opera fissata su qualunque supporto riproduttore di suoni, voci e immagini	La concessione di licenze e autorizzazioni per la utilizzazione economica di opere tutelate; La percezione dei proventi derivanti da dette licenze ed autorizzazioni; La ripartizione dei diritti d'autore tra gli aventi diritto.
Comunicazione al pubblico mediante messa a disposizione dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente (<i>on-line</i>)	
Sincronizzazione di opere musicali ad immagini	
Utilizzazione di opere (in tutte le forme) di autori stranieri non pubblicati per la prima volta in Italia (repertori esteri). Esempio, musica d'ambiente o concerti <i>live</i> con utilizzo di repertori stranieri	
Gestione diretta da parte degli aventi diritto (per tutte le tipologie di opere e per tutte le forme di utilizzo, l'avente diritto può sempre concedere licenze e percepire i proventi direttamente dall'utilizzatore)	
Tutela dal plagio	

19. Infine, la legge 633/1941 reca due ulteriori norme che si ritiene opportuno citare: l'art. 46bis LDA che sancisce il diritto dell'autore all'equo compenso da parte delle emittenti TV che utilizzino le opere cinematografiche, senza attribuire alcuna esclusiva alla SIAE; e l'art. 164 LDA, che – per le azioni a tutela del diritto d'autore previste dalla LDA nonché in relazione ad altre funzioni attribuite alla SIAE – dispone il potere della SIAE di autorizzare i propri funzionari a compiere attestazioni di credito aventi efficacia titolo esecutivo a norma dell'art. 474 c.p.c..

II.3.2 Il recepimento in Italia della Direttiva Barnier: il d.lgs. n. 35/2017

20. Con il decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 35 (di seguito, anche il Decreto di recepimento) è stata recepita nell'ordinamento italiano la Direttiva *Barnier*. Tale decreto legislativo, per la prima volta e in conformità al quadro normativo europeo (articolo 3, paragrafo 1, lettere a) e b) della

Direttiva), menziona tra i soggetti deputati a fornire servizi di gestione sia gli OGC, nel cui ambito è esplicitamente inclusa la SIAE, che le EGI. Entrambe le tipologie d'impresa sono definite come un "soggetto che, come finalità unica o principale, gestisce diritti d'autore o diritti connessi ai diritti d'autore per conto di più di un titolare di tali diritti, a vantaggio collettivo di questi [...]" (articolo 2, commi 1 e 2, del Decreto di recepimento)²⁸.

Inoltre, l'art. 4, comma 2, del decreto n. 35/2017, riprendendo pressoché testualmente la Direttiva *Barnier*, stabilisce esplicitamente che: "[i] titolari dei diritti possono affidare ad un organismo di gestione collettiva o ad un'entità di gestione indipendente di loro scelta la gestione dei loro diritti, delle relative categorie o dei tipi di opere e degli altri materiali protetti per i territori da essi indicati, indipendentemente dallo Stato dell'Unione europea di nazionalità, di residenza o di stabilimento dell'organismo di gestione collettiva, dell'entità di gestione indipendente o del titolare dei diritti", ma, nel contempo, fa salvo "...quanto disposto dall'articolo 180..., in riferimento all'attività di intermediazione di diritti d'autore" (articolo 4, comma 2).

II.3.3 Il decreto fiscale: la modifica all'art. 180 LDA

21. Dopo pochi mesi dall'emanazione del d.lgs. n. 35/2017, il legislatore è intervenuto nuovamente sulla disciplina del diritto d'autore con l'art. 19 del decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148 (c.d. decreto fiscale)²⁹. Tale norma – introdotta a seguito delle osservazioni trasmesse dalla Commissione europea al Governo italiano in merito al recepimento in Italia della Direttiva *Barnier*³⁰ – ha modificato l'art. 180 LDA estendendo "agli altri organismi di gestione collettiva di cui al decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 35" la riserva originariamente prevista per la SIAE.

22. La novella legislativa ha mantenuto inalterato l'impianto complessivo della legge sul diritto d'autore nelle parti in cui attribuisce alla SIAE una posizione comunque preminente rispetto agli altri OGC. In particolare, è rimasto immutato l'art. 164 LDA sopra richiamato che attribuisce forza di titolo esecutivo alle attestazioni di credito dei soli funzionari SIAE³¹.

II.3.4 Lo Statuto della SIAE

23. Lo Statuto SIAE è adottato con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri³². Le disposizioni dello Statuto di seguito esaminate devono essere integrate con quanto previsto dal Regolamento SIAE, che è un atto meramente interno alla Società e sarà pertanto trattato nella parte dedicata alle condotte della SIAE.

²⁸ Al 16 marzo 2018, nell'apposito elenco degli OGC e degli EGI tenuto dall'AGCOM figurano 12 operatori di cui 11 OGC e 1 EGI.

²⁹ Il decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148, *Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili*, pubblicato in GURI n. 242 del 16 ottobre 2017 ed entrato in vigore nel medesimo giorno, è stato convertito con modificazioni dalla L. 4 dicembre 2017, n. 172 (in G.U. 05/12/2017, n. 284). L'art. 19 richiamato non ha subito modifiche in sede di conversione.

³⁰ Cfr. il parere della 5^a Commissione Bilancio del Senato, nonché la lettera della Commissione europea inviata al Governo italiano in data 10 febbraio 2017 (in Memoria finale SIAE del 16 luglio 2018, doc. 407, all. 5).

³¹ Nel corso dell'istruttoria, i denunciati e gli operatori sentiti in audizione hanno prospettato le distorsioni concorrenziali derivanti dall'art. 180 LDA, sia nella formulazione previgente che in quella attualmente in vigore, cfr. Verbale di audizione di Soundreef del 12 gennaio 2018, doc. 173, verbale di audizione di Innovaetica del 19 gennaio 2018, doc. 177; verbale di audizione di Itsright e Videorights del 27 marzo 2018, doc. 233 e verbale di audizione di Live Nation del 27 febbraio 2018, doc. 215.

³² Articolo 1 comma 4 della legge 9 gennaio 2008 n. 2, *Disposizioni concernenti la Società italiana degli autori ed editori*.

24. In base allo Statuto in vigore sino al 16 marzo 2018³³, possono divenire soci della SIAE “*i titolari di diritti d’autore, in quanto autori, editori, produttori, concessionari e cessionari, siano essi persone fisiche o giuridiche italiane o straniere*” (art. 3 comma 1 dello Statuto) e che tale qualifica è il presupposto necessario per partecipare alla *governance* della SIAE attraverso l’esercizio del diritto di voto nell’assemblea³⁴.

25. L’adesione alla SIAE è specificatamente condizionata alla presentazione di un’apposita dichiarazione nella quale indicare l’eventuale esistenza di impegni con altre società di gestione collettiva di diritti d’autore “*al fine di definire i diritti assegnati alla Società e l’estensione territoriale del mandato conferito alla Società stessa*” (art. 3 comma 9 dello Statuto).

26. Inoltre, l’atto di adesione implica necessariamente il conferimento del mandato alla SIAE per la gestione dei diritti d’autore³⁵. In particolare, l’art. 6 commi 2 e ss. dello Statuto definiscono le opere e i diritti tutelati dalla SIAE e quindi l’oggetto principale dell’attività di gestione della SIAE.

In particolare, l’art. 6 suddivide il proprio repertorio in 5 distinte sezioni (Musica, Cinema, DOR, OLAF e Lirica) e, a ciascuna di esse, la SIAE, con uno schema ricorrente e richiamando in parte le categorie utilizzate nell’art. 180 LDA sopra descritto, associa a un elenco di tipologie di opere e di diritti tutelati.

La tabella seguente sintetizza le opere e i diritti contenuti alle sezioni Musica e Cinema che sono quelle di maggiore rilievo³⁶.

Si sottolinea che i diritti di seguito indicati racchiudono in uno stesso insieme forme di utilizzazione assai disomogenee (ad esempio, comunicazione al pubblico via TV e musica di sottofondo negli esercizi commerciali) e si riferiscono sia ad attività oggetto delle limitazioni di cui all’art. 180 LDA sia ad attività che fuoriescono da tale ambito (si pensi alla comunicazione al pubblico *on-line*, ai diritti di noleggio e ai diritti di prestito).

³³ Cfr. Lo Statuto della SIAE approvato con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 9 novembre 2012.

³⁴ La SIAE è gestita secondo il modello di *governance* c.d. duale nel quale l’Assemblea dei Soci elegge il Consiglio di Sorveglianza che a sua volta nomina il Consiglio di Gestione, organo deputato alla gestione operativa dell’ente; in particolare, è il Consiglio di Gestione che decide i criteri di ripartizione dei diritti d’autore tra gli aventi diritto. Al riguardo, ogni associato, nell’assemblea dei soci, “*ha diritto di esprimere nelle deliberazioni almeno un voto e poi un voto per ogni euro di diritti d’autore percepiti nella predetta qualità di Associato, a seguito di erogazioni della Società nel corso dell’esercizio precedente*” (art. 11 comma 2 dello Statuto) e con un tetto in base alla quale nessun Associato può esprimere voti in misura superiore al quarantesimo dei voti in astratto esprimibili in ciascuna votazione. Le norme specifiche dello Statuto assicurano che, da un lato, gli autori e, dall’altro, gli editori, produttori e concessionari siano rappresentati in misura paritetica solo nelle commissioni consultive (una commissione per ciascuna Sezione) costituite in seno al Consiglio di Sorveglianza; queste commissioni hanno, tra l’altro, la funzione di svolgere pareri obbligatori ma non vincolanti sui criteri di ripartizione dei diritti d’autore deliberati dal Consiglio di Gestione.

³⁵ Il rapporto associativo “*presuppone e comporta automaticamente la conclusione di un rapporto di mandato...*” (art. 4 comma 2 dello Statuto).

³⁶ Le restanti tre (DOR, OLAF e Lirica) vengono qui sintetizzate. La sezione DOR include le seguenti opere: opere drammatiche, operette, riviste, commedie musicali, opere analoghe drammatico-musicali e opere create appositamente per la comunicazione al pubblico mediante radiotelevisione o qualunque altro mezzo di diffusione a distanza. La sezione OLAF include opere nel campo letterario e scientifico, opere delle arti plastiche e figurative fotografiche. La sezione Lirica include le opere liriche, oratori, opere analoghe drammatico-musicali, balletti, opere coreografiche ed assimilabili.

Tabella Sezioni repertorio SIAE: opere e diritti ex art. 6 Statuto SIAE

SEZIONE MUSICA	
OPERE	DIRITTI
Composizioni sinfoniche e composizioni musicali di vario genere; composizioni musicali, con o senza parole, inserite nell'opera cinematografica o assimilata; brani staccati di opere liriche, di balletti...	(i) diritto di pubblica esecuzione, compresa la pubblica esecuzione cinematografica e quella realizzata con qualsiasi altro procedimento tecnico di riproduzione; (ii) diritto di comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, mediante diffusione radiotelevisiva o con qualsiasi altro mezzo effettuata, comprese la comunicazione al pubblico via satellite, la ritrasmissione via cavo e le comunicazioni al pubblico codificate con condizioni particolari di accesso, nonché la ricezione nei pubblici esercizi a mezzo di apparecchi riceventi delle opere diffuse in radio e televisione; (iii) diritto di comunicazione al pubblico mediante la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente (<i>on-line</i>); (iv) diritti relativi alla registrazione su qualunque supporto; (v) diritti relativi al noleggio e al prestito.
SEZIONE CINEMA	
OPERE	DIRITTI
Opere cinematografiche e opere a queste assimilate ...	(i) diritto di proiezione in pubblico, in qualunque modo e con qualunque procedimento tecnico realizzata; (ii) diritto di comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, mediante diffusione radiotelevisiva o con qualsiasi altro mezzo effettuata, comprese la comunicazione al pubblico via satellite, la ritrasmissione via cavo e le comunicazioni al pubblico codificate con condizioni particolari di accesso, nonché la ricezione nei pubblici esercizi a mezzo di apparecchi riceventi delle opere diffuse in radio e televisione; (iii) diritto di comunicazione al pubblico mediante la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente (<i>on-line</i>); (iv) diritti relativi alla registrazione su qualunque supporto; (v) diritti relativi al noleggio e al prestito.

27. Il mandato conferito alla SIAE può essere circoscritto al momento dell'adesione stessa o in un momento successivo; in particolare, in base all'art. 6, comma 9 dello Statuto, “[I]’Associato ha le seguenti facoltà, esercitabili con effetto dal 1° gennaio dell’anno successivo rispetto al momento di esercizio della facoltà medesima secondo le modalità previste dal Regolamento di cui all’art. 32:

- (i) limitare il mandato a determinati territori;
- (ii) escludere uno o più dei diritti elencati nei commi 2, lettera B), 3, lettera B), 4, lettera B), 5, lettera B), 6 lettera B) del presente articolo;
- (iii) escludere dal mandato i diritti di riproduzione e comunicazione al pubblico limitatamente alle utilizzazioni sulle reti telematiche e di telefonia mobile o analoghe forme di fruizione delle opere, distintamente per utilizzazioni interattive e utilizzazioni non interattive”.

28. Lo Statuto descritto ai punti precedenti è stato modificato nel corso del procedimento A508, al fine di recepire le modifiche intervenute con la Direttiva *Barnier* e il decreto di recepimento. Il nuovo Statuto SIAE, adottato con D.P.C.M. del 16 marzo 2018³⁷;

- consente che possano divenire associate alla SIAE anche le entità di gestioni indipendenti (EGI);
- all'atto di domanda di ammissione, l'interessato deve dichiarare gli impegni eventualmente in essere con altri OGC e, elemento di novità, con altre EGI (art. 4, comma 10)³⁸;
- nella domanda di ammissione deve essere indicata: la sezione, la categoria per la quale si chiede l'iscrizione (autori o editori), "*quale diritto o categoria di diritti... vengono affidati in gestione alla Società*" (art. 4, comma 4);
- non contiene più la descrizione dei diritti tutelati per ciascuna sezione ma afferma che rientrano "*fra le categorie di diritti tutelati per le varie sezioni...tutti i diritti di utilizzazione economica e diritti a compenso*". La specificazione delle utilizzazioni economiche incluse nei diritti è rimandata al Regolamento SIAE (sul quale v. *infra*);
- sulle modalità di limitazione del mandato, l'art. 8, comma 9, prevede che si possa limitare il mandato "*ad una o più delle categorie di diritti secondo quanto specificato dal Regolamento...*" (sul quale v. *infra*).

II.4 IL MODELLO DI GESTIONE DELLA SIAE DEI DIRITTI D'AUTORE

29. La SIAE è il principale operatore nell'offerta dei servizi di intermediazione, in quanto associa circa 85.000 autori ed editori, gestisce direttamente 12 milioni di opere e altre 45 milioni di opere attraverso gli accordi di rappresentanza, e stipula 1,2 milioni di contratti di licenza con oltre 500.000 diversi utilizzatori sul territorio nazionale³⁹. Per gestire i diritti d'autore, la SIAE, oltre alla Direzione generale, dispone di una vasta rete capillare su tutto il territorio nazionale composta da 10 sedi regionali/interregionali, 28 filiali e 470 mandatarie.

L'attribuzione del monopolio legale *ex art.* 180 LDA alla SIAE è stata accompagnata negli anni da una gestione operativa ed economica dei diritti d'autore in perdita e, in alcuni anni, per tale ragione, la SIAE è stata anche commissariata⁴⁰.

30. Al riguardo, come si evince dalla tabella sottostante, nel quadriennio 2013-2016, la SIAE ha subito perdite nella gestione operativa dei diritti d'autore e ha potuto conseguire un utile di esercizio grazie ai proventi derivanti dalla gestione finanziaria.

³⁷ Cfr. doc. 129, Risposta SIAE pervenuta in data 5 settembre 2017, a richiesta di informazioni contenente una prima bozza del nuovo Statuto allora in via di adozione. Il nuovo Statuto è reperibile sul sito *internet* della SIAE.

³⁸ Sul punto cfr. doc. 286, Verbale di audizione SIAE dell'11 maggio 2018.

³⁹ Cfr. Bilancio 2016 SIAE e in termini sostanzialmente analoghi Risposta SIAE del 5 settembre 2017 alla richiesta di informazioni contenuta nel verbale di audizione del 24 luglio 2017, pag. 3 (doc. 129).

⁴⁰ SIAE è stata oggetto di commissariamento da ultimo nel periodo 2009-2011 e la gestione commissariale è terminata con l'approvazione del bilancio per l'anno 2012 (cfr. bilancio SIAE per l'anno 2012); precedentemente, SIAE è stata commissariata nel periodo 1999-2003 e nel 1994.

Tabella gestione economica SIAE 2013-2016

Dati bilancio, €mln		2013	2014	2015	2016
		[A]	[B]	[C]	[D]
Valore della produzione	[1]	155,9	155,2	165,3	186,3
Costi della produzione	[2]	183,2	182,1	184,5	192,4
Reddito operativo	[3] [1]-[2]	-27,4	-26,8	-19,2	-6,1
Proventi e oneri finanziari	[4]	35,8	35,6	20,2	7,7
<i>rettifiche di valore attività finanziarie</i>	[5]	-0,2	0,5	-7,07	-
Proventi e oneri straordinari	[6]	-1,3	-4,3	8,0	-
Risultato prima dell'imposte	[7]	7,0	5,0	2,0	1,7
imposte sul reddito	[8]	5,4	1,6	1,6	0,4
Risultato dell'esercizio	[9] [7]-[8]	1,6	3,5	0,3	1,3

Note e Fonti

Elaborazioni Agcm su dati di bilancio SIAE anni 2013-2016.

31. Dal documento interno SIAE denominato Piano Strategico 2016-2020 (documento finale del 27 aprile 2016), acquisito nel corso della attività ispettive, si evince che “[i]l *licensing* assorbe circa il [50-60]% della catena del valore, i costi di produzione (documentazione e ripartizione) e di staff pesano rispettivamente circa il [20-30]”⁴¹; inoltre, in merito alla marginalità delle sezioni Musica, DOR, Lirica, Cinema e OLAF, in questo stesso documento, si osserva che “[n]on tutte le Sezioni sono in equilibrio: la Sezione DOR Lirica e la sezione OLAF hanno il margine di produzione (prima del riaddebito dei costi di staff) negativo”⁴².

32. In questo contesto, vengono rilevate numerose criticità dei processi produttivi oramai obsoleti (ad esempio, la complessità e la gestione manuale dei processi) e la necessità di incrementare l'efficienza gestionale e operativa della rete territoriale (RT) e della direzione generale (DG), prima di migrare verso la digitalizzazione⁴³.

Inoltre viene sottolineato come l'obsolescenza del sistema generi un malcontento tra gli associati, in quanto “non più in linea con le aspettative degli associati, che richiedono numerose funzionalità non realizzabili sui sistemi attuali”⁴⁴, nonché come vi siano: “Forte richiesta da associati; Necessità di

⁴¹ Doc. isp. 795, allegato p. 122.

⁴² Doc. isp. 795, allegato, p. 123. Sui repertori minori e sulla tutela dei piccoli autori, cfr. il doc. 138, Verbale di audizione EMUSA, UNEMIA, ACEP del 20/9/2017 e il verbale di audizione del 21 maggio 2018 di varie Associazioni aderenti a SIAE, doc. 324.

⁴³ Doc. isp. 795, allegato pp. 20-24 e p. 150.

⁴⁴ Doc. isp. 795, allegato p. 182.

*evolvere il processo di deposito unicamente cartaceo delle opere italiane, ormai obsoleto; Necessità di ridurre i costi automatizzando il processo*⁴⁵.

33. Per i repertori DOR e Lirica, vengono evidenziate “[l’a]rretratezza, stratificazione, limitata flessibilità operativa e analitica dell’archivio attuale; Impatto negativo della qualità [dei] dati dell’archivio sul volume dei sospesi”⁴⁶, nonché lo “[s]carso coordinamento delle attività di controllo Teatro DOR; Mancanza di un processo strutturato, dei parametri di controllo, di tracciabilità delle attività di controllo”⁴⁷.

34. Alla luce delle criticità appena sintetizzate, la SIAE si pone numerosi obiettivi, per rendere la propria struttura e i propri processi adeguati ai nuovi contesti, ivi inclusi: l’eventuale evoluzione del concetto di esclusività e dello strumento contrattuale per le mandatarie e la gestione della rete territoriale; la revisione degli attuali processi e meccanismi di erogazione del servizio; nonché la gestione del nuovo modello di funzionamento con un corretto *mix* tra fisico e digitale⁴⁸. Nel medesimo documento, si stima altresì che i risparmi derivanti dall’adeguamento dei livelli di servizio della RT “sono stimabili (utilizzando benchmark esterni di revisione dei processi di RT) tra il [0-5] e il [20-30]% dei costi di RT”⁴⁹.

35. Tra gli obiettivi principali della SIAE vi sia una profonda digitalizzazione dei sistemi produttivi, anche attraverso il “[r]ifacimento del Portale, grafico (completo) e funzionale (progressivo)”⁵⁰ degli Autori ed Editori, l’“iscrizione a SIAE e invio della prima opera (necessaria alla validazione dell’iscrizione stessa) online ... [al fine di] digitalizzare la procedura di associazione a SIAE fornendo una ulteriore e più agevole modalità all’avente diritto (associando), rispetto all’iscrizione cartacea”⁵¹.

36. Come si evince dalla tabella sottostante, gli obiettivi strategici del Piano – Strategico 2016-2020 trovano riflesso negli investimenti fatti dalla SIAE, soprattutto nell’anno 2015, per la digitalizzazione

⁴⁵ Doc. isp. 795, allegato p. 180. In maniera più dettagliata, nel Piano Strategico si afferma che “[n]ella Musica, ad eccezione dell’emittenza, si evidenzia una non sufficiente copertura dei costi”, in particolare risulta critico per dimensione il canale ballo e concertino ... [n]ella DOR-Lirica, si registra una forte negatività nella copertura dei costi, in particolare per il performing lirica e teatro ... [n]el Cinema, il canale emittenza compensa il margine negativo dei canali MFV ed Estero ... [n]ell’OLAF tutti i canali sono in perdita. A livello complessivo il canale emittenza compensa il resto del sistema” Doc. isp. 795, allegato pp. 124-128.

⁴⁶ Doc. isp. 795, allegato p. 194.

⁴⁷ Doc. isp. 795, allegato p. 196.

⁴⁸ Doc. isp. 795, allegato p. 150.

⁴⁹ Doc. isp. 795, allegato p. 157.

⁵⁰ Doc. isp. 795, allegato p. 182.

⁵¹ Doc. isp. 795, allegato p. 184. Per gli obiettivi relativi alla sezione musica, cfr. spec. pagg. 158 e 159: “OMISSIS”. Inoltre, fra gli obiettivi del piano strategico, è previsto l’“implementazione della compilazione e firma completamente online delle dichiarazioni di opere musicali (nuove opere, variazioni, conflitti, ecc.) e dei contratti (sub-edizioni, cessioni/modelli 20) ... [la r]evisione delle regole e dei requisiti di deposito per semplificare fluidificare il processo anche offline e per abbattere i problemi legati al deposito (informazioni incomplete, opere irregolari, ecc.)”, pag. 180. Per le sezioni DOR e Lirica in particolare, vi è l’obiettivo della “[r]evisione del modello di autorizzazione preventiva DOR per le compagnie teatrali: Semplificazione del processo di autorizzazione DOR per le compagnie amatoriali tramite una piattaforma online per il rilascio e il pagamento permessi; Ridisegno del modello di gestione delle attività di autorizzazione con la revisione delle regole di richiesta e di autorizzazione, tramite un DB [(Database)] e un sistema di monitoraggio delle attività” (pag. 162). Per l’Estero, fra le azioni operative a supporto del piano strategico, si afferma che bisogna “OMISSIS”, p. 95. Per i DRM, come azioni operative a supporto del Piano si elenca “OMISSIS”, p. 96. Per il multimediale, come azioni operative a supporto del Piano si elenca “OMISSIS”, p. 97; cfr. anche pag. 196, “Ridisegno del modello di gestione delle attività di ripartizione”.

dei sistemi. In particolare, questi recenti investimenti hanno consentito di offrire i servizi di iscrizione e di reportistica digitale (*mioborderò*).

Tabella spese informatiche

Spese Informatiche, € mln			
2013	2014	2015	2016
[A]	[B]	[C]	[D]
3,5	6,2	11,6	9,3

Note:

[A]: Le spese hanno riguardato l'adeguamento delle infrastrutture informatiche esistenti, la manutenzione delle procedure del sistema autorale, gli applicativi di sportello, etc.

[B]: Le spese informatiche comprendono "le consulenze per il Piano Strategico", la "progettazione" e l'"assistenza sistemica". Le spese riguardano interventi effettuati sugli applicativi gestionali e sulle infrastrutture tecnologiche, resisi necessari per l'accentramento amministrativo e il DRM, connessi alla realizzazione di alcuni "cantieri".

[C]: Le spese riguardano l'implementazione di alcuni applicativi (Programmi musicali *on-line*, portale feste private, portale utilizzatori professionali, etc.) e la manutenzione evolutiva dei sistemi gestionali SUN, SAP e SIADA.

[D]: Le spese evidenziano una diminuzione pari a circa il 20% rispetto al 2015 relativa prevalentemente alla maggiore concentrazione dei costi in ambito di assistenza applicativa e servizi ICT nell'esercizio precedente.

Fonte: Bilanci SIAE

II.5 LE CONDOTTE DELLA SIAE NELLA GESTIONE DEI DIRITTI D'AUTORE

II.5.1 La complessa strategia della SIAE

37. Nella presente sezione verrà dato conto dell'ampia documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria sulle condotte della SIAE nell'offerta dei servizi di gestione dei diritti d'autore.

Come illustrato nel prosieguo, la copiosa documentazione acquisita nel corso del procedimento dimostra che la SIAE ha posto in essere, almeno dal 1° gennaio 2012, una pluralità di condotte nella gestione dei diritti d'autore, che si inseriscono in una complessa strategia volta a ostacolare l'attività dei concorrenti, riconducibili a tre diversi ambiti: i servizi offerti agli autori, la gestione dei rapporti con gli utilizzatori e con le *collecting* estere. Queste condotte sono accomunate dalla circostanza che costituiscono, da un lato, vincoli o limiti alla possibilità per i titolari dei diritti, per gli utilizzatori e per le *collecting* estere di rivolgersi ai concorrenti della SIAE e, dall'altro, ostacolano la stessa possibilità per l'autore di gestire direttamente la propria opera, come invece espressamente previsto anche dall'art. 180, comma 4, LDA sopra descritto.

38. In particolare, la documentazione acquisita evidenzia che, a seguito dell'aumento delle limitazioni dei mandati e di dimissioni da parte dei propri iscritti e di un calo nei ricavi della SIAE nell'ambito della musica di sottofondo, la SIAE ha avviato un assiduo monitoraggio delle attività svolte in Italia e all'estero da Soundreef Ltd.⁵². La SIAE, percependo tale società come una crescente minaccia: valuta

⁵² Doc. isp. n. 46, I *Relazione su Gruppo di lavoro Soundreef.msg*, del 17 febbraio 2014, allegata a mail del 19 febbraio 2014 e condivisa tra i vertici della SIAE. Nella relazione si dà conto di precedenti analisi svolte per tutto il 2013 anche con il contributo della Divisione Legale della SIAE. Si noti che nel tempo le riunioni, tra massimi vertici della SIAE, aventi a oggetto Soundreef arrivano ad avere anche cadenza settimanale, cfr. doc. isp. n. 259, *R R Agenda Riunione Soundreef - Lunedì 30 gennaio 2017 ore 9 30.msg*, anche in docc. isp. nn. 328, 339, 438, 516 e 521; cfr. doc. 388, *Re R R Soundreef urgente .msg*, mail del 20

la percorribilità di molteplici azioni di natura legale contro Soundreef, evidenziando i rischi non marginali che le stesse sollevano⁵³; continua a gestire i diritti di autori che invece hanno espresso chiaramente una diversa volontà⁵⁴; adotta strategie di *win back* del cliente⁵⁵ o dell'autore⁵⁶; tenta di assorbire la gestione del repertorio Soundreef, attraverso un accordo di rappresentanza⁵⁷. Le condotte volte a ostacolare Soundreef sono proseguite anche dopo che questa ha stipulato un accordo di rappresentanza con il neo costituito OGC, LEA, di cui SIAE contesta la legittimazione a operare sul mercato⁵⁸. La SIAE continua a svolgere sistematici controlli sull'uso del repertorio dei concorrenti, musica di sottofondo o concerti live⁵⁹; nonché a ostacolare la stipulazione di licenze per

febbraio 2017; v. *inter alia*, la “*scheda Soundreef*”, aggiornata nel 2015, in doc. isp. n. 238 del 17 luglio 2015, *I SOUNDREEF.msg*; il doc. isp. n. 307, *Il Sole 24 Ore - Soundreef rilancia sul mercato italiano.msg*, doc. isp. n. 505 dell'11 febbraio 2016, *SOUNDREEF LTD.msg*. e doc. isp. n. 298 del 27 febbraio 2017 *Fwd aggiornamento CRIBIS per Soundreef .msg.*; cfr., ad esempio, lo schema del 19.04.2013 “*Entità operanti in Europa nell'intermediazione economica*”, in doc. isp. n. 18, cit. dove figura, tra gli altri, Soundreef. Come noto, l'ingresso nei servizi di raccolta e gestione dei diritti d'autore di Soundreef risale a fine 2011.

⁵³ Cfr. doc. isp. 46, cit. su iniziative nei confronti di Soundreef nel quale la SIAE ravvisa la possibilità che i giudizi si possano concludere - sebbene, dal punto di vista di SIAE, erroneamente - con la diretta disapplicazione dell'art. 180 LDA o con una richiesta di rinvio pregiudiziale per incompatibilità della normativa interna con la decisione CISAC della Commissione o con la normativa europea in materia di libera prestazione di servizi. In particolare, la SIAE nel valutare le diverse opzioni mira anche ad evitare che si possa verificare il “*OMISSIS*” e ciò “*OMISSIS*” (sul tema delle licenze agli utilizzatori v. *infra*). Cfr. anche e-mail interne SIAE del giugno-luglio 2016, in doc. isp. n. 172. Successivamente con atto di citazione notificato a Soundreef in data 15 novembre 2014, la SIAE ha intentato una causa innanzi al Tribunale di Roma avverso Soundreef per concorrenza sleale e violazione dell'art. 180 LDA e tale giudizio è tuttora in corso, al riguardo cfr. doc. 8819.3, Segnalazione Soundreef del 31 maggio 2016 e la documentazione sul giudizio contenuta in doc. doc. 8819.11, *Documentazione trasmessa da Soundreef* in data 7 luglio 2016. Risultano, inoltre, altri contenziosi ancora pendenti.

⁵⁴ Ad esempio, in uno scambio di e-mail del 31 maggio 2016 fra i vertici e il legale interno della SIAE, si spiega come ad un musicista (Gigi D'Alessio), sebbene sia passato a Soundreef, possa essere eccepita l'impossibilità di recedere dal vincolo del mandato conferito alla SIAE.

⁵⁵ Doc. isp. 46, cit. In questo stesso documento si delinea “...*Il Gruppo di lavoro ritiene anzitutto necessario intervenire sul territorio con un'informazione qualificata e mirata da fornire ai singoli utilizzatori, a partire da quelli (grande distribuzione, centri commerciali) cui risulta essere prioritariamente rivolta l'azione di Soundreef e degli altri nuovi operatori. A tal fine ... infatti, a conclusione di tutte le attività connesse al rinnovo degli abbonamenti per musica d'ambiente, occorrerà attivare contatti con i marchi già passati con Soundreef o altri operatori per sondarne la disponibilità al ripristino del rapporto con S.I.A.E.*”.

⁵⁶ Cfr. doc. isp. 462, l'email interna del 27.10.2016 su “*revoca dimissioni Maurizio Fabrizio*” e doc. isp. n. 461, *R problema tecnico procedura registrazione online siae.msg* del 28 febbraio 2017, ove nella mail interna si riferisce di “...*un musicista, tutelato da Soundreef, che abbiamo agganciato convincendolo ad associarsi a SIAE...lo stiamo curando con molta attenzione...*”.

⁵⁷ In particolare, dalla documentazione reperita in ispezione emerge che Soundreef avrebbe proposto alla SIAE: il mandato esclusivo di concedere a terzi licenze (nonché di riscuotere i proventi derivanti dalle utilizzazioni) aventi ad oggetto il proprio repertorio, per il territorio italiano, relativamente alla sola “Classe I” della catalogazione SIAE ossia i “balli e concertini”, e il mandato non esclusivo per le altre classi, così da restare libera di negoziare e concludere essa stessa accordi per la licenza del proprio repertorio (cfr. ad es., l'e-mail del consulente legale di Soundreef alla SIAE del 27.12.2016, in doc. isp. n. 530), v. anche doc. isp. n. 390, doc. isp. n. 388, doc. isp. n. 28, doc. isp. nn. 151 e 291, aventi ad oggetto “*CONCERTO ALL'AUDITORIUM DI GRAHAM NASH*”), (doc. isp. n. 170). Al riguardo, nel corso del procedimento, è emerso che “*in un primo momento, SIAE ha chiesto a Soundreef di stipulare un accordo di rappresentanza (di seguito anche “AR”) al fine di poter operare in Italia. Tuttavia, SIAE non ha voluto discutere le condizioni di rappresentanza, imponendo le proprie tempistiche di incasso e l'aggio da essa stabilito. Tali condizioni non consentirebbero, però, a Soundreef di operare sul mercato in quanto annullerebbero di fatto le due leve competitive sulle quali poggia il suo modello di business, vale a dire la tempistica e la modalità analitica di ripartizione dei compensi. Quindi, le condotte di SIAE oltre a danneggiare Soundreef, svuotano completamente di contenuto i diritti dell'autore e impediscono a quest'ultimo di gestire le proprie opere anche nei rapporti con gli utilizzatori*”. Verbale audizione Soundreef del 12 gennaio 2018, doc. 173. Sulle trattative sull'accordi di rappresentanza con Soundreef v. anche doc. isp.: doc. isp. n. 528

⁵⁸ Cfr. il ricorso della SIAE contro l'AGCom è nella documentazione trasmessa da Soundreef in data 30 aprile 2018, doc. 238.

⁵⁹ E ciò induce anche gli utilizzatori a munirsi di una dichiarazione da parte dell'autore di manlevare l'utilizzatore dell'evento “*OMISSIS*” del borderò SIAE, cfr. doc. 234, la documentazione inviata dalla SIAE in data 28 marzo 2018, *Mail di trasmissione*

l'uso delle opere del repertorio Soundreef con utilizzatori italiani, ivi inclusi le grandi emittenti TV (v. *infra*)⁶⁰, e con le grandi piattaforme *internet*⁶¹.

39. Nella documentazione in atti emerge anche l'interesse della SIAE per Innovaetica che, attraverso il portale Patamu, offre servizi di tutela dal plagio in concorrenza con quelli della SIAE⁶². In particolare, nonostante Patamu fosse un operatore di minori dimensioni e, dunque, di minore pericolosità dal punto di vista concorrenziale, dai documenti ispettivi risulta che la SIAE ne ha comunque intensamente controllato le attività⁶³.

II.5.2 Le condotte della SIAE nei confronti dei titolari dei diritti

II.5.2.1 Premessa

40. L'ampia attività istruttoria ha messo in evidenza diverse condotte poste in essere dalla SIAE, almeno dal 2012, nei confronti sia degli autori propri associati/mandanti che degli autori non iscritti. Tali condotte attengono ai seguenti profili:

- a) conferimento alla SIAE del mandato per la gestione dei diritti e successiva limitazione/revoca;
- b) gestione dei diritti d'autore anche per gli autori non iscritti alla SIAE;
- c) imposizione di vincoli tra la tutela dal plagio e il conferimento del mandato per la gestione delle opere.

41. In particolare, dal 2013, gli associati hanno iniziato a chiedere sempre più frequentemente di limitare il mandato - per territorio o per tipologia di diritti - già conferito a SIAE e quest'ultima monitorava attentamente l'andamento dei mandati individuando tutti i casi in cui i mandati sono stati limitati in favore di Soundreef⁶⁴; ancora più intenso è il monitoraggio degli autori che hanno dato le

dei documenti discussi nell'audizione di SIAE del 26/3/2018, spec. allegato 7 ove la SIAE lamenta la violazione da parte di LEA dei propri diritti.

⁶⁰ Cfr. al riguardo, ad esempio, doc. 164, *Verbale di audizione del 6 dicembre 2017*; doc. 276, Documentazione trasmessa da Sky in data 7 maggio 2018 (spec. allegati n. 4, n. 5, n. 13, n. 14, n. 16, n. 17), nonché doc. 280 all. lettera della SIAE a Sky del 7 maggio 2018.

⁶¹ Cfr. doc. 274, Informazioni provenienti da Google.

⁶² Cfr. il doc. isp. 494 del 4 dicembre 2014, *R Brochure Soundreef patamu e marcatura temporale.msg* ove la SIAE afferma esplicitamente che "... il servizio offerto tramite Patamu costituisce un omologo dichiarato del nostro servizio deposito opere inedite e dunque è finalizzato a preconstituire una prova dell'antioriorità della creazione utile in caso di plagio o usurpazione di paternità dell'opera...".

⁶³ Cfr. doc. isp. 379, *Re I Leonardo è necessario effettuare l'upgrade ad Advanced o Professional per continuare ad usare il servizio.msg*, contenente l'e-mail del 16 settembre 2016 in cui un autore "iscritto Patamu" gira informazioni alla SIAE su gamma e funzionamento dei servizi offerti dal portale e suggerisce la creazione di utenze *fake* per il futuro (questa mail è anche presente nel doc. isp. 310). Cfr. anche doc. isp. 379 e il doc. isp. n. 317, *Incontro Patamu.msg*.

⁶⁴ Cfr. *inter alia*: doc. isp. 764, *RE ritiro mandati.msg*, contenente mail interna SIAE del 24 novembre 2014, ove si richiede di fare il "punto [sui] lavori per la gestione del ritiro dei mandati"; doc. isp. n. 256, *R parere su limitazione mandato soundreef.msg*, contenente un carteggio mail dal 6 giugno al 26 agosto 2014; doc. isp. 451, *limitazioni riconducibili a Soundreef.msg*, contenente mail SIAE del 31 agosto 2016; doc. isp. n. 446 del 28 settembre 2016, *limitazione di diritti.msg-Email SIAE*; doc. isp. n. 442 del 1° ottobre 2016, *I PROPOSTA DI STATEMENT REATTIVO PER DOMANI.msg* dal quale si evince che le azioni poste in essere dalla SIAE hanno ridotto il numero dei dimissionari; doc. isp. 449, contenente, Email SIAE del 12 ottobre 2016, nella quale si afferma che "[n]ei giorni scorsi sono state notificate agli uffici del Sam alcune limitazioni di diritti da parte di iscritti autori che, per le modalità con le quali hanno compilato il relativo modulo, si suppone siano collegati a SoundReef. ...". Inoltre, alla email è allegato un file Excel "*elenco limitazione di diritti Soundreef.xlsx*" nel quale sono elencati gli autori con limitazione di diritti riconducibili a Soundreef con decorrenza primo gennaio degli anni 2015, 2016 e 2017; doc. isp. n. 439 del 13 dicembre 2016, *I Copia di elenco limitazione di diritti Soundreef - 7 12 2016.xlsx.msg.*; doc. isp. 450, *Limitazioni di territori o diritti.msg*, contenente una mail SIAE del 20 gennaio 2017.

dimissioni da SIAE per “passare” integralmente al concorrente, soprattutto in presenza di dimissioni da parte di autori noti al grande pubblico⁶⁵.

II.5.2.2 Il conferimento del mandato alla Siae e la successiva limitazione o revoca

42. Qui di seguito vengono richiamate le evidenze in merito ai vincoli che la SIAE pone al momento dell’adesione e al momento dell’eventuale revoca o limitazione del mandato originariamente conferito. Inoltre questi vincoli si evincono anche dal Regolamento SIAE che è un atto meramente interno alla SIAE ed è stato oggetto nel tempo di frequenti modifiche, l’ultima delle quali è del 19 aprile 2018, a seguito dell’adozione del nuovo Statuto SIAE⁶⁶.

Si noti che le modifiche più importanti al Regolamento SIAE sono state adottate con la delibera del Consiglio di Gestione del 21 giugno 2017 e, più recentemente in data 19 aprile 2018, a seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. 35/2017 di recepimento della Direttiva *Barnier*. Tuttavia, come di seguito descritto, la sostanza dei vincoli di seguito descritti non muta dopo l’adeguamento del Regolamento alla Direttiva *Barnier*, divenendo, per certi versi anche più esplicita⁶⁷.

43. In primo luogo, vale rilevare che, a prescindere dalle diverse formulazioni via via adottate nel tempo, almeno dal 1° gennaio 2012 per chiedere l’ammissione e per conferire il mero mandato (senza rapporto associativo), il Regolamento ha sempre richiesto all’interessato l’affidamento in gestione

⁶⁵ Si noti che il costante monitoraggio dei mandati in relazione a Soundreef è un obiettivo definito dai vertici della SIAE e indirizzato a tutta la rete capillare della SIAE. Cfr. doc. isp. 466, R Sportello autori - comunicazione dimissioni.msg: al riguardo, merita soffermarsi sulla mail interna alla SIAE del 5 gennaio 2017 proveniente da un membro del vertice della SIAE nella quale si comunica che “[s]i sono verificati gravi ritardi nel comunicare alla Direzione generale, da parte delle Sedi territoriali, dimissioni di associati autori, con particolare riferimento agli autori della Sezione Musica. Mi sembra veramente imbarazzante per tutti voi dovere essere io a rammentare quanto in questo momento sia particolarmente delicata questa questione, con riferimento alla “campagna acquisti” di Soundreef. Invito pertanto tutti a voler verificare IMMEDIATAMENTE con la massima urgenza se ci siano state dimissioni presso gli sportelli autori delle varie Sedi territoriali e a voler dare riscontro entro un’ora dalla presente. Per il futuro, da oggi, ogni dimissione di autori che non venisse comunicata in giornata verrà valutata dallo scrivente anche ai fini di comminare sanzioni disciplinari”; in un’altra mail contenuta sempre in questo doc. isp. 466 si rinviene anche che: “l’invito rivolto alle Sedi territoriali vale, RADDOPPIATO, per il Servizio Clienti da cui dipendono funzionalmente gli “sportelli autori” del territorio. Sarà quindi cura del Servizio Clienti raccordarsi con la Direzione del territorio per dare le opportune istruzioni, anche al fine di verificare quotidianamente presso gli sportelli delle Sedi territoriali lo stato dell’arte. Tutto questo anche al fine di ristabilire una più corretta catena di controllo e responsabilità”. Una nuova analisi delle nuove iscrizioni/dimissioni è poi contenuta nel doc. isp. 331, R Buon anno a tutti e riflessioni su Corriere.msg contenente una mail interna del 9 gennaio 2017. Su questo tema, tra gli altri: doc. isp. 454, R Dati iscrizioni dimissioni al 30 Settembre 2016.msg, contenente una mail SIAE del 3 ottobre 2016 indirizzata ai massimi vertici della SIAE; V. anche doc. isp. 455, R elenco associati che hanno chiesto il recesso .msg, contenente Email SIAE del 6 dicembre 2016; doc. isp. 470, Re R R R R Buon anno a tutti e riflessioni su Corriere.msg contenente una mail del 3 gennaio 2017, contenente le dimissioni di un nuovo autore.

Per ostacolare l’attività dei concorrenti, la SIAE sviluppa anche apposite strategie sul piano della comunicazione; ad esempio, nel maggio 2016, a fronte di “contatti da associati che ci chiedono informazioni circa SoundReef: possibilità di passaggio, differenze tra noi e loro, ecc. ecc.”, la SIAE propone di uniformare la condotta degli Uffici interessati: “.... ovviamente in ottica di scoraggiare i richiedenti” l’e-mail di maggio 2016 del Direttore dell’Ufficio Documentazione-Divisione Musica, in doc. isp. n. 734.

⁶⁶ A seguito dello Statuto adottato con d.P.C.M. 9 novembre 2012, il Regolamento SIAE è stato adottato con delibera commissariale del 21 febbraio 2013, modificato con delibera commissariale del 13 maggio 2013 e poi modificato con delibere del consiglio di gestione dell’11 novembre 2014, del 14 aprile 2015, del 18 dicembre 2015, del 10 ottobre 2016 e del 24 gennaio 2017, 21 giugno 2017, del 28 settembre 2017, 5 ottobre 2017 e del 14 febbraio 2018 e, da ultimo, in data 19 aprile 2018. Una disamina delle modifiche introdotte nel tempo è in doc. 270, pervenuto in data 30 aprile 2018, *Risposta a richiesta di informazioni*, dove si rinviene anche la versione del Regolamento in vigore al 1 gennaio 2012 (adottato con delibera del Consiglio di gestione del 18 ottobre 2011).

⁶⁷ Cfr. doc. isp. n. 426 del 29 marzo 2017 e doc. isp. n. 289 dell’11 aprile 2017, *Bozza lettera associazioni3.msg* l’e-mail del 10.04.2017.

esclusiva alla SIAE della tutela di tutti i diritti e tutte le sue opere presenti e future⁶⁸. Si noti che l'esclusiva di seguito descritta non è modulata distinguendo tra le attività rientranti e non rientranti nelle attività di cui all'art. 180 LDA, ma riguarda indistintamente l'intera gestione dei diritti di un autore/editore (fatta salva la possibilità di una parziale limitazione, sulla quale v. *infra*). Questa condotta della SIAE di prevedere sia l'obbligo di esclusiva che quello di dichiarare tutte le opere future riguarda ciascuna sezione (musica, cinema ecc...).

44. In particolare, nella versione del Regolamento in vigore sino alla modifica intervenuta in data 21 giugno 2017, l'art. 2 del Regolamento così recitava: *“Il mandato conferito alla Società ... si intende esclusivo”* e l'associazione *“comporta l'obbligo di dichiarare tempestivamente tutte le opere destinate alla pubblica utilizzazione sulle quali l'Associato abbia o acquisti diritti”* (art. 2, comma 3 del Regolamento).

Inoltre, esplicita in questo senso è la modulistica in vigore dal 2012 che costantemente usa la dicitura in base alla quale l'autore/editore *“affida alla tutela esclusiva della SIAE le proprie opere ed i relativi diritti”*⁶⁹.

Il Regolamento SIAE sia nella versione in vigore sino al 21 giugno 2017 sia successivamente, consente solo la possibilità di una successiva limitazione/revoca (con un meccanismo quindi di *opt-out*) ai sensi dell'art. 6 comma 9 dello Statuto sopra descritto.

45. Con la modifica del Regolamento SIAE intervenuta in data 21 giugno 2017 e tuttora in vigore, l'art. 2 del Regolamento subordina l'adesione, oltre che al deposito di un numero minimo di opere⁷⁰, alla condizione di *“non aver assunto impegni con altre società di collecting sul medesimo repertorio, sui medesimi diritti e territori per i quali si richiede la tutela a SIAE”* (art. 2, comma 1, lett. A del Regolamento).

Si noti che questa condizione - che interessa tutte le sezioni (musica, cinema ecc...) - non è riferita a singole opere, ma menziona esplicitamente la più ampia nozione del *“repertorio”*, mentre per diritti deve intendersi richiamata l'elencazione dei diritti indicata all'art. 6 dello Statuto SIAE, includendo nella medesima nozione sia, ad esempio, la comunicazione di musica via TV che la comunicazione via radio nei pubblici locali (la c.d. musica di sottofondo o *background music*).

Anche la modulistica della SIAE adottata per l'anno 2017 è coerente con il nuovo testo del Regolamento, laddove prevede che gli autori effettuino domanda di associazione (o di conferimento di

⁶⁸ Cfr. il doc. 270, pervenuto in data 30 aprile 2018, dove sono contenute le diverse formulazioni del Regolamento SIAE in vigore dal 1° gennaio 2012; in particolare, già nel primo Regolamento (art. 10), l'Associato conferirà il mandato in esclusiva e aveva l'obbligo di dichiarare *“tempestivamente tutte le opere destinate alla pubblica utilizzazione sulle quali abbia o acquisti diritti”*.

⁶⁹ Cfr. doc. 98 contenente la modulistica adottata dalla SIAE dal 2012 sino al 2016 sia per la domanda di associazione che di mero conferimento di mandato degli autori. Nella domanda di associazione (o conferimento di mandato degli editori la terminologia è parzialmente diversa la dove si rinviene che l'editore *“affida alla tutela esclusiva della Società le opere del proprio repertorio ed i relativi diritti...”*.

⁷⁰ In base all'art. 2 comma 1, lettere C) e D) del Regolamento, la SIAE chiede per l'adesione come Autore il deposito di almeno un'opera per ogni sezione cui l'autore vuole iscriversi, mentre, per associarsi come editore nella sezione Musica, il deposito di almeno 10 opere; per l'iscrizione come produttore nella sezione Cinema almeno un'opera prodotta negli ultimi anni e, per l'iscrizione come concessionario o distributore, sei opere distribuite negli ultimi tre anni. La stessa condizione è richiesta a chi voglia conferire autonomo mandato alla SIAE senza associarsi (art. 4 del Regolamento). Anche nelle versioni precedenti del Regolamento SIAE richiedeva il deposito di opere in base alla sezione e alla natura di Autore o Editore del richiedente.

mandato) “*per la sezione*” e, con essa, affidino “*alla tutela esclusiva della società le opere del proprio repertorio ed i relativi diritti...*”⁷¹.

46. Qualora l’interessato si avvalga nel tempo della possibilità di revocare parzialmente il mandato alla SIAE, tale revoca si estende a tutte le opere appartenenti ad uno stesso repertorio, ivi incluse le opere sulle quali si siano acquisiti diritti nel corso dell’anno⁷². La circostanza che la SIAE non consente a un associato di circoscrivere l’attribuzione del mandato (o la sua revoca) a singole opere, ma solo in termini di interi repertori è stata esplicitamente confermata dalla SIAE nel corso del procedimento⁷³.

47. Come già rilevato, la SIAE ha cambiato il Regolamento più volte nel corso del procedimento ed è stata recentemente approvata una nuova versione in data 19 aprile 2018⁷⁴. Nel nuovo regolamento, sono presenti sostanzialmente tutti i rilievi espressi con riferimento alle precedenti versioni: il mandato è esclusivo, vale a dire che il titolare non può conferire ad altra *collecting* la gestione dei propri diritti per i medesimi territori (ad esempio, l’Italia), per il medesimo repertorio (e non solo per la medesima opera) e per i medesimi diritti (art. 2, lett. A) oggetto del mandato alla SIAE⁷⁵. I diritti tuttavia non sono più indicati nello Statuto, ma nell’art. 3 del nuovo Regolamento e ciascun diritto include forme eterogenee di utilizzazione⁷⁶. La revoca del mandato vale per tutte le opere del repertorio, come nelle precedenti versioni⁷⁷.

48. I vincoli imposti dalla SIAE sulla limitazione dei mandati da parte di determinati editori e autori è confermata dalla documentazione in atti⁷⁸. Emblematico è il caso di un editore che, nell’ambito della tutela delle opere musicali, in data 30 settembre 2015, chiedeva a SIAE di escludere dalla gestione della SIAE solo una specifica forma di utilizzazione delle opere appartenenti al proprio repertorio,

⁷¹ Modulistica domanda associazione e conferimento mandato per gli autori doc. 98. La modulistica relativa agli editori appare invece invariata rispetto a quella del 2016 e già sopra menzionata.

⁷² Cfr. art. 3 comma 3, del Regolamento (versione 21 giugno 2017), che è specularmente al precedente art. 2 comma 3 in vigore fino alla stessa data, in base al quale l’associazione alla SIAE implicava l’obbligo di dichiarare tutte le opere successive all’adesione sul quale l’associato abbia acquisito diritti. Si tratta quindi di due disposizioni che con diversa formulazione sottintendono entrambe che il rapporto con la SIAE si estenda alle opere presenti e future. Cfr. anche doc. contenente le diverse versioni del regolamento succedutesi nel tempo. Cfr. sul punto il doc. 129, Risposta SIAE del 5 settembre 2017, con le modifiche del Regolamento adottato in data 21 giugno 2017 in *track change* e in evidenza i commenti alle revisioni apportate

⁷³ Cfr. il verbale di audizione SIAE del 26 marzo 2018 (doc. 242), nei medesimi termini, anche la posizione di SIAE espressa nel corso dell’audizione del 24 luglio 2017 (doc. 103). Cfr. le informazioni fornite nel corso dell’accertamento ispettivo presso la sede della SIAE: “...*nell’associarsi a SIAE, il repertorio deve essere conferito interamente (e quindi non è ammesso il mandato per un singolo evento e/o per una singola opera), ma possono essere limitati i diritti e i territori previsti ex art. 6 dello Statuto SIAE.*” (verbale accertamento ispettivo presso la SIAE del 12 aprile 2017, doc. isp. n. 3).

⁷⁴ Cfr. doc. 270, all. 1 pervenuto in data 30 aprile 2018.

⁷⁵ Cfr. doc. 270, all. 1 pervenuto in data 30 aprile 2018. “*Il mandato conferito alla Società ai sensi degli articoli 4 e 7 dello Statuto si intende esclusivo, fatto salvo l’esercizio, da parte dell’avente diritto, delle facoltà previste all’art. 8, comma 9, dello Statuto, nelle modalità indicate nelle condizioni di adesione e nel sito istituzionale*” (art. 3 comma 6 del nuovo Regolamento);

⁷⁶ Cfr. doc. 270, all. 1 pervenuto in data 30 aprile 2018..

⁷⁷ Sul nuovo Regolamento cfr. anche doc. 286, Verbale di audizione SIAE dell’11 maggio 2018:

⁷⁸ In particolare, nel 2014 si è discusso sulle “*richieste formulate da associati che intendono limitare il mandato SIAE al fine di mettere le proprie opere a disposizione di Sound Reef. ... mail interna dell’11 luglio 2014 pre 13:41 all’interno del doc. isp. 256. A tal proposito, un Direttore SIAE afferma che riterrebbe “preferibile evitare di segnalare agli associati che intendano ritirare il mandato in vista dell’affidamento a Soundreef o simili la possibilità di limitare il ritiro ad alcuni territori. Se essi volessero avvalersi di tale possibilità, bisognerebbe considerare quali adempimenti sarebbero selettivamente necessari nei confronti delle consorelle straniere*”, cfr. mail interna dell’8 agosto 2014 pre 11:50 all’interno del doc. isp. 256.

consistente nei concerti dal vivo⁷⁹. Nella risposta SIAE nega tale possibilità, affermando che l'art. 6 comma 9 dello Statuto non consente di *“escludere... solo alcune specifiche facoltà o modalità di esercizio di tali diritti. Pertanto l'eventuale esclusione di cui all'art. 6 comma 2 lettera B (i) riguarderebbe tutti i diritti di pubblica esecuzione (dal vivo e non) compresa la pubblica esecuzione cinematografica e quella realizzata con qualsiasi altro procedimento tecnico di riproduzione”*⁸⁰.

L'Editore, dopo aver in un primo tempo insistito nella propria posizione⁸¹, non avendo la SIAE modificato il proprio orientamento, ha deciso infine di limitare il mandato alla SIAE, oltre che per i concerti *live*, per un'ampia gamma di altre forme di utilizzazione per le quali l'Editore non avrebbe voluto privarsi dei servizi della SIAE⁸².

La vicenda appena descritta è discussa all'interno della SIAE e rileva notare che la SIAE nega la possibilità di effettuare la limitazione del mandato, pur essendo consapevole che i temi sollevati dalla vicenda sono complessi e pongono questioni interpretative aperte⁸³.

49. Tra i casi di limitazione di mandati da parte degli autori⁸⁴ rilevano quelle relative a limitazioni di mandati connessi a Soundreef. In uno scambio di email interno alla SIAE del 12 aprile 2017 vengono riportati *“Esempi di limitazioni di diritti collegate a Soundreef”* relativi al 2016⁸⁵.

In questo contesto, è essenziale notare che, a fronte di una richiesta di limitare il mandato alla SIAE con riferimento all'utilizzazione della musica di sottofondo⁸⁶, la SIAE risponde che, diversamente da altri casi, la limitazione del mandato riguarderà solo le forme di utilizzazioni connesse alla *background music* – consistenti ne *“-i diritti di riproduzione e di comunicazione al pubblico di cui all'art. 6 comma 9 (iii) del vigente Statuto, limitatamente alle utilizzazioni sulle reti telematiche o ad analoghe forme di fruizione delle opere, per utilizzazioni non interattive [in calce a questa frase, con nota a piè di pagina, la comunicazione precisa che tali “diritti sono esercitati nelle attività necessariamente connesse a detti tipi di sfruttamento costituite dalla riproduzione delle opere in banche dati e dalla trasmissione delle stesse generalmente effettuata tramite rete telematica, attività di regola svolte dai fornitori dei servizi musicali dedicati”];*

-il diritto di pubblica esecuzione, di cui all'art. 6 comma 2 Lett. B (i) del vigente Statuto, comprensivo della pubblica esecuzione cinematografica e di quella realizzata mediante qualsiasi altro procedimento tecnico di riproduzione [in calce a questa frase, con nota a piè di pagina, la comunicazione precisa che tale “diritto è esercitato nell'attività di esecuzione delle opere musicali all'interno degli esercizi commerciali”]. Pertanto, la SIAE continuerà a gestire per Suo conto tutte le altre differenti utilizzazioni di cui al citato art. 6 dello Statuto”. Questa comunicazione continua

⁷⁹ Cfr. allegato *“Richiesta limitazione diritti e risposta.pdf”* del doc. isp. 737, *Fwd R pos. 98638 - Limitazione di diritti - Don't Worry Srl.msg.*

⁸⁰ Risposta di SIAE all'Editore del 9 ottobre 2015 contenuta in mail interna a SIAE del 19 gennaio 2016, doc. isp. 737.

⁸¹ Risposta dell'Editore a SIAE del 15 novembre 2015 contenuta in mail interna a SIAE del 19 gennaio 2016, doc. isp. 737.

⁸² Cfr. Allegato *“nota Don't worry s.r.l. del 28.12.2015.pdf”* del doc. isp. 737.

⁸³ Cfr. email del 13 gennaio 2016 ore 17:30 all'interno del doc. isp. 737.

⁸⁴ Cfr. doc. isp. 447 del 12 aprile 2017, *Limitazioni online territori.msg.*

⁸⁵ Cfr. doc. isp. 448 del 12 aprile 2017, *limitazioni di diritti collegate a Soundreef.msg.*

⁸⁶ Cfr. doc. isp. 448 del 12 aprile 2017, *limitazioni di diritti collegate a Soundreef.msg.* cfr. comunicazione in allegato del 20 aprile 2016 nella quale si rinviene che *“La Sua comunicazione sembra avere come oggetto l'esclusione del mandato per le utilizzazioni delle Sue opere musicali per la sonorizzazione con musica d'ambiente di esercizi commerciali aperti al pubblico, tramite servizi dedicati...”*.

affermando poi che la limitazione del mandato è consentita solo per l'eventuale gestione diretta dei diritti, ma non per l'affidamento a imprese concorrenti⁸⁷.

Parimenti, di rilievo è il caso di un noto autore che ha revocato il mandato alla SIAE ma quest'ultima non intende riconoscere validità al recesso, asserendone la natura di mandato in *rem propriam*⁸⁸.

II.5.2.3 La gestione dei diritti degli autori non iscritti alla SIAE

50. La gestione dei diritti anche per autori non iscritti alla SIAE viene in rilievo:

- a) nel momento del conferimento alla SIAE del mandato per la gestione di un'opera i cui diritti d'autore spettano anche ad autori non iscritti alla SIAE (e conseguentemente, in quale misura la SIAE può rilasciare le licenze agli utilizzatori includendovi tale opera);
- b) nel momento dell'incasso dei diritti d'autore dagli utilizzatori (se questi debbano versare alla SIAE anche i diritti degli autori non SIAE);
- c) nel momento della ripartizione, nel caso in cui la SIAE abbia ottenuto le somme di non iscritti alla SIAE (e, in caso positivo, se il versamento delle somme ai titolari non iscritti alla SIAE debba avvenire prima, contestualmente o addirittura dopo la ripartizione dei diritti agli autori iscritti alla SIAE).

51. Preliminarmente, occorre sottolineare che gli autori che vogliono affidare la gestione dell'opera alla SIAE devono depositare un apposito bollettino (il c.d. bollettino SIAE). La parte essenziale del bollettino SIAE è l'individuazione di tutti i contitolari di diritti sull'opera con indicazione a margine delle quote di diritti spettanti sia per i diritti di pubblica esecuzione (c.d. quota DEM) sia per i diritti di riproduzione meccanica (c.d. quota DRM). Si sottolinea, quindi, che la SIAE gestisce sistematicamente le opere in cui vi sono più titolari sulla medesima opera e la porzione di diritti che ciascun contitolare vanta sull'opera è espressa in quote in ventiquattresimi; tali quote sono poi applicate dalla SIAE in sede di ripartizione dei diritti. A titolo meramente esemplificativo, qui di seguito viene riportato uno stralcio di un bollettino SIAE di un'opera musicale nella quale la titolarità dei diritti è ripartita tra due compositori originali, due autori originali e due editori.

⁸⁷ Cfr. comunicazioni allegate del 20 aprile 2016 in doc. isp. 448, cfr. anche doc.8819.17, *Integrazione denuncia di Soundreef del 21 dicembre 2016*, contenente in allegato diffide agli utilizzatori a versare alla SIAE anche i diritti d'autori Soundreef nel quale è presente una comunicazione ad un Autore di accettazione della limitazione del mandato alla SIAE per la pubblica esecuzione nella quale si ribadisce tuttavia la propria esclusiva in materia ex art. 180 LDA, senza distinzione alcuna tra le attività ivi incluse e quelle escluse.

⁸⁸ V. scambio di e-mail del 31 maggio 2016 fra i vertici e il legale interno della SIAE, nel quale si spiega come ad un musicista (Gigi D'Alessio), sebbene sia passato a Soundreef, possa essere eccepita l'impossibilità di recedere dal vincolo del mandato conferito alla SIAE. In questo specifico caso, infatti, siccome l'autore aveva ceduto parte dei suoi proventi a terzi, la SIAE considera che *"nel momento in cui la cessione del credito viene notificata a SIAE, si può ritenere che il mandato diventi in rem propriam; ossia un contratto di mandato nel quale, oltre che all'interesse del mandante, si affianca l'interesse di un terzo, legato al mandante da un rapporto obbligatorio in base al quale il mandante è suo debitore e che, in virtù della predetta cessione, risulta legittimato a percepire i proventi che SIAE incasserà per conto dell'associato"* (doc. isp. n. 803, *Gigi D'Alessio Soundreef.msg* del 31 maggio 2016). Pertanto, la SIAE sostiene che, in base all'art. 1723, 2° comma, c.c. *"il mandato non si estingue per revoca da parte del mandante ... [e] che salvo diverso avviso del cessionario, continuerà ad assolvere gli obblighi derivanti dal mandato ed a dare seguito alla cessione del credito"* (doc. isp. n. 803).

Tabella: Bollettino SIAE (stralcio esemplificativo)

n. posizione SIAE	Cognome e nome	Quota DEM	Quota DRM	Firma
CO - Compositori originali				
n....	A	4/24	16,66%	
n...	B	4/24	16,67%	
AO (Autori originali)				
n....	C	4/24	16,67%	
n....	D	4/24	16,67%	
EO (Editori Originali)				
n....	E	4/24	16,67%	
n....	F	4/24	16,67%	

52. Sul punto a), vale a dire il conferimento del mandato per la gestione delle opere da parte della SIAE anche quando qualcuno dei contitolari non è iscritto alla SIAE si rileva quanto segue.

53. Il Bollettino SIAE è oggetto di specifica disciplina nel Regolamento SIAE e della modulistica *standard* predisposta dalla SIAE.

Nella versione del Regolamento in vigore sino al 21 giugno 2017, l'art. 19 prevedeva che il bollettino di dichiarazione doveva, tra l'altro, precisare, "... i dati identificativi dell'opera la cui protezione è affidata alla Società e di tutti i relativi aventi diritto" (art. 19, comma 2, lett. a), e tale bollettino doveva "essere datato e sottoscritto da tutti gli Associati e Mandanti che figurano nel bollettino stesso come interessati alla ripartizione" (art. 19, comma 2, lett. d)⁸⁹.

Per quanto riguarda le opere musicali, sino al 21 giugno 2017, l'art. 32 del Regolamento subordinava l'accettazione del bollettino di dichiarazione dell'opera di autori non tutti associati o mandanti della SIAE (o aderenti a *collecting* o enti stranieri con cui la SIAE aveva rapporti di rappresentanza) alla circostanza che i poteri di disposizione dell'opera stessa spettassero agli aventi diritto rappresentati dalla SIAE, previa esibizione di idonea documentazione⁹⁰. In altri termini, nella versione del Regolamento anteriore al 21 giugno 2017, la SIAE rifiutava esplicitamente il deposito del Bollettino nel caso in cui non potesse gestire anche l'opera.

54. Dopo le modifiche apportate in data 21 giugno 2017, l'art. 20 del Regolamento SIAE ha sostituito l'art. 19 riprendendone il contenuto, mentre in base all'art. 32, comma 6 del Regolamento "... qualora gli aventi diritto dell'opera non siano tutti Associati o Mandanti della Società, oppure aderenti a società di autori o enti stranieri con cui la Società abbia rapporti di rappresentanza, il bollettino di dichiarazione dell'opera potrà essere accettato. In tal caso, le licenze rilasciate dalla SIAE includeranno l'opera soltanto nel caso in cui i poteri di disposizione dell'opera stessa spettino

⁸⁹ Cfr. doc. 270, all. 1 pervenuto in data 30 aprile 2018, contenente le diverse versioni del Regolamento succedutesi nel tempo. Anche nella versione in vigore dal 1° aprile 2012, erano presenti analoghe disposizioni (cfr. art. 41 del Regolamento).

⁹⁰ Al riguardo, la SIAE ha però affermato che "Non è quindi richiesta la firma del modulo da parte degli autori non associati a SIAE.", Chiarimenti forniti nel corso degli accertamenti ispettivi presso la SIAE, in verbale accertamento ispettivo del 12 aprile 2017, doc. isp. n. 3. Anche nella versione in vigore dal 1° aprile 2012, era presente analoga disposizione (cfr. art. 55, comma 3 del Regolamento).

agli aventi diritto Associati, Mandanti o comunque rappresentati, previa esibizione di idonea documentazione, ove necessaria, e di ciò dovrà essere data adeguata comunicazione al depositante”. Queste disposizioni sono rimaste pressoché invariate anche nel nuovo Regolamento in vigore dal 19 aprile 2018⁹¹.

Secondo SIAE tale disciplina è volta ad “applicare le regole in materia di comunione e quelle stabilite dai contratti di edizione sui diritti di utilizzazione economica... Grazie a tali dichiarazioni la SIAE acquisiva la ragionevole certezza che le opere depositate presso la Società potessero essere incluse nelle licenze da essa rilasciate agli utilizzatori”⁹².

55. Ciò premesso, è importante notare che gli atti evidenziano che alla SIAE aderiscono la gran parte degli editori musicali e la SIAE strumentalizza questo rapporto per ottenere il deposito dei bollettini, completi della dichiarazione sopra descritta in modo da assicurarsi la totale gestione dell’opera.

56. In particolare, nel caso di un autore notoriamente non iscritto alla SIAE, quest’ultima ha sollecitato l’editore invece proprio ad effettuare il deposito dell’opera e della dichiarazione allegata⁹³. L’uso strumentale della dichiarazione è confermato anche da fatti recenti: nel corso dell’audizione svoltasi con il *manager* di un noto gruppo musicale è infatti emerso che dopo che alcuni autori del gruppo si sono iscritti a Soundreef, o più recentemente a LEA, tali autori hanno riscontrato difficoltà a

⁹¹ doc. 270, all. 1, pervenuto in data 30 aprile 2018.

⁹² Risposta SIAE del 5 settembre 2017 alla richiesta di informazioni contenuta nel verbale di audizione del 24 luglio 2017 (doc. 129).

⁹³ Così, in uno scambio interno di e-mail del 30.03.2017, avente ad oggetto “Licenza diretta concerto Fedez J-Ax Firenze”, un dirigente della SIAE afferma: “[...] A nostro avviso questo caso è piuttosto delicato, perché sono stati eseguiti anche 11 brani del nuovo CD che non sono stati ancora depositati presso SIAE. Per questi brani, quindi, non abbiamo alcuna certezza di uno specifico mandato, anche se dalle notizie acquisite alcuni dei titolari dei diritti (in particolare Universal e Aleotti) sono nostri associati. Per questo ho scritto ieri la mail a ... [il Direttore Generale SIAE-n.d.r.] proponendo, d’accordo con Te [il Presidente SIAE-n.d.r.] e ... [il Direttore della Sezione Musica-n.d.r.], di acquisire informazioni specifiche dalla Universal, sollecitando il deposito dei bollettini. Questi accertamenti sono importanti perché il nostro mandatario ha insistito sul pagamento integrale del dovuto (e la sua comunicazione è stata trasmessa dall’organizzatore a SR) e Fedez e Catanzaro rilasciano licenza in proprio ex art. 180 c.4 Lda” (v. l’e-mail del Direttore dell’Ufficio Legale ai vertici della dirigenza SIAE in doc. isp. n. 320, *Licenza diretta concerto Fedez J-Ax Firenze.msg*); sulla vicenda v. anche doc. isp. n. 119 dal quale si rispetta a tali eventi, Soundreef Ltd dichiara di offrire servizi di fatturazione e consulenza – vale a dire, è delegata all’incasso per conto del mandante (Fedez). Per la descrizione della vicenda del tour Fedez-J-Ax, cfr. anche doc. isp. nn. 325, 284 e 285. V. l’email del 31.03.2017 al Direttore Generale SIAE, in doc. isp. n. 384 e nn.119-124. ancora, “[...] Abbiamo individuato le edizioni anche per i due brani in oggetto, si tratta della BEST SOUND (amministrata BMG), co-editore anche delle altre opere del disco insieme ad Universal (che invece non sembra partecipare a queste due). Contattati telefonicamente, ci hanno assicurato che i bollettini di deposito sono pronti e firmati da tutti gli aventi diritto SIAE sia per queste due opere che per tutte le altre del disco, e anzi contavano di depositarli già oggi ma non hanno fatto in tempo e, quindi, procederanno la prossima settimana”. Pochi giorni dopo, peraltro, il Direttore dell’Ufficio Documentazione comunica ad altri dirigenti SIAE che “[...] abbiamo telefonato oggi la BMG RIGHTS per avere aggiornamenti sulla situazione in quanto i depositi non sono ancora arrivati. La situazione è però cambiata rispetto a quanto ci avevano comunicato la settimana scorsa, in quanto Best Sound (editore delle opere, amministrato appunto dalla BMG) ha informato che i depositi li ha curati “WILLY L’ORBO” (Editore SIAE che gestisce i diritti di ..., che ne è amministratore unico), che a sua volta ha delegato ... di SoundReef a presentare i bollettini in SIAE [...] Ovviamente teniamo gli occhi aperti per l’arrivo dei bollettini, per gestire anche eventuali questioni con questo nuovo “cliente scomodo” [...] la mancanza di depositi è da sempre una realtà cui dovremo ancora continuare a confrontarci in quanto, a prescindere che siano o meno coinvolti Fedez o altri autori ed editori collegati a Soundreef, spesso i depositi arrivano in ritardo per via di una molteplicità di questioni: mancanza di accordi tra le parti, difficile reperibilità di alcuni artisti, ecc...” (e-mail del 07.04.2017 in doc. isp. n. 162). Cfr. anche doc. 8819.27 del 10 marzo 2017, Risposta alla richiesta di informazioni formulata nel corso dell’audizione di Soundreef del 20/2/2017, ove in allegato vi è un bollettino SIAE tacciato dagli Uffici SIAE come irregolare in quanto privo della forma degli autori Soundreef, di modo che “gli editori medesimi facciano pressione sui propri autori per indurli a lasciare Soundreef così da evitare ogni problema in sede di deposito dell’opera”. Che la prassi della SIAE sia di richiedere la firma di tutti i coautori, anche quelli non iscritti alla SIAE è stata anche dal doc. 138, Verbale di audizione di EMUSA, UNEMIA, ACEP del 20/9/2017: “... la SIAE richiede che il relativo bollettino sia sottoscritto da tutti i soggetti che vantano un diritto sull’opera, fermo restando che dallo stesso risulteranno anche le quote percentuali di spettanza. Le somme non sono tuttavia ripartite fino a quando il bollettino non viene regolarizzato...”.

depositare presso la SIAE le opere, essendo stato dapprima opposto il rifiuto al deposito dell'opera da parte dell'Ufficio territoriale *“in quanto non tutti gli autori erano iscritti a SIAE”* e successivamente (a fronte dell'insistenza degli autori) è stato dichiarato che *“il deposito era possibile ma solo se veniva accompagnato dalla dichiarazione che gli autori iscritti a SIAE potevano disporre dell'opera e che il format di tale dichiarazione era disponibile sul sito internet di SIAE”*.

Secondo il manager, *“tale dichiarazione pone gravi ostacoli all'autore iscritto a Soundreef e gli autori stanno quindi valutando cosa fare. Laddove infatti, SIAE non intermediasse l'opera per gli autori iscritti creerebbe loro un evidente danno, se tuttavia intermediasse per tutti gli autori verrebbero invece sacrificati i diritti e le scelte dell'autore che ha optato per la collecting concorrente. Tuttavia questa appare allo stato la soluzione più probabile in quanto non è pensabile che tutti gli autori e l'editore lascino SIAE che è l'operatore storico di riferimento. In altri termini, la dichiarazione rischia di disincentivare e vanificare l'iscrizione ad altre collecting”*⁹⁴.

57. Su questo tema, ancora più eloquente è una comunicazione della SIAE del 19 aprile 2018 trasmessa a un Autore: il deposito dell'opera *“... non ha potuto avere regolare corso, in quanto prevede la partecipazione di aventi diritto Non Associati, né Mandanti, né altrimenti rappresentati dalla SIAE.*

*Al fine di perfezionare la dichiarazione... Vi preghiamo di voler trasmettere, ad integrazione del bollettino di dichiarazione, l'allegata dichiarazione di responsabilità per i diritti di disposizione economica.... Vi facciamo presente che qualora non disponiate dei poteri di cui sopra, SIAE non potrà rilasciare licenza per l'opera in oggetto... nel caso in cui all'opera fossero interessati altri aventi diritto iscritti SIAE La S.V. è pregata di interfacciarsi con gli stessi, al fine di farci pervenire un'unica dichiarazione di responsabilità”*⁹⁵.

58. L'istruttoria ha, inoltre, evidenziato che, a prescindere dalla circostanza che il deposito dell'opera sia o meno accompagnato dalla sopra richiesta dichiarazione, la SIAE include le opere dei non iscritti nelle licenze d'uso stipulate con gli utilizzatori. Al riguardo, la SIAE ha affermato espressamente di rilasciare tipicamente licenze *“necessariamente “in bianco” che (altrettanto necessariamente per la massima tutela del diritto d'autore in sé considerato) copre qualunque utilizzazione, relativa sia ai diritti dei soci che a quelli dei non soci. Una simile licenza è, per la stragrande maggioranza degli aventi diritto, direttamente fondata sui mandati affidati alla SIAE dai suoi soci e dai membri di altri organismi di gestione collettiva (“OGC”) e, per un ristretto numero di aventi diritto (i non soci), basata sulla presunzione legale di rappresentanza (ossia un ruolo di negotiorum gestio) che la legge assegna alla SIAE ex art. 180L.d.A”*⁹⁶.

Che la prassi della SIAE sia quella di “licenziare” il proprio repertorio a prescindere dalla sua effettiva consistenza si evince chiaramente anche da un documento acquisito in sede ispettiva nel quale è

⁹⁴ Cfr. doc. 249, Verbale di audizione del 24 aprile 2018.

⁹⁵ Doc. 282, *Trasmissione documentazione su deposito opera in SIAE*, pervenuta in data 10 maggio 2018, ove l'Autore si lamenta che tale dichiarazione gli impedisce di esercitare il diritto di scegliere, come invece vorrebbe, una *collecting* diversa dalla SIAE.

⁹⁶ *Risposta SIAE del 5 settembre 2017 alla richiesta di informazioni contenuta nel verbale di audizione del 24 luglio 2017* (doc. 129); cfr. doc. isp. 46 già citato.

sintetizzata la mappatura dei processi per i diritti dei non soci e nel quale è affermato che la SIAE intermedia al 100% le opere, anche nel caso in cui vi siano contitolari non iscritti alla SIAE⁹⁷.

A ciò si aggiunga che, in occasioni di grandi eventi musicali la SIAE stipula licenze c.d. a corpo, onnicomprensive di tutte le opere a prescindere da quale scelta abbiano fatto gli autori e solo in casi particolarmente eclatanti, stante la notorietà degli autori interessati, la SIAE non si è potuta opporre alla stipula da parte dell'utilizzatore di licenza diretta con l'Autore, fermo restando che anche in questi casi la SIAE intende incassare anche per tutti gli autori⁹⁸.

59. Medesima finalità ha la strategia studiata nei confronti di Soundreef Publishing s.r.l., ossia l'impresa controllata da Soundreef che agisce anche come editore musicale di talune opere dell'omonimo catalogo. La SIAE infatti valuta, nel caso in cui vi siano, editori non associati o associati ad altre *collecting*, di "paternizzare" le opere in virtù degli accordi con le consorelle estere, a cui siano eventualmente associati tali editori (cfr. concerti di Fedez e J-Ax per la tournée 2017⁹⁹, che rappresentano una vicenda particolarmente emblematica e sarà approfondita nel prosieguo). Si sottolinea che la "paternizzazione" vale a consentire alla SIAE l'affermazione della gestione da parte della SIAE su opere non rientranti, almeno in parte, nel loro repertorio.

60. La gestione da parte della SIAE dei diritti dei non iscritti determina poi l'applicazione a questi ultimi del medesimo corrispettivo applicato sui diritti degli autori iscritti. Infatti, come emerso nel corso dell'istruttoria, la SIAE gestisce le opere dei non soci con le stesse modalità con le quali gestisce quelle dei soci e, in particolare, in "entrambi i casi, per il servizio offerto [ndr e non richiesto] sarà applicato il medesimo aggio"¹⁰⁰ e ciò anche al fine di non "incentivare gli aventi diritti a lasciare la SIAE perché così facendo essi (oltre a non corrispondere la quota annuale di iscrizione) potrebbero ricevere i compensi di loro spettanza senza applicazione dell'aggio o con un aggio di entità inferiore di quello a carico degli associati"¹⁰¹.

61. Venendo al punto b) menzionato in apertura della presente sezione, la gestione delle opere per i soci non iscritti trova anche riverbero nella circostanza che la SIAE afferma il diritto di incassare dagli utilizzatori il 100% dei diritti, ivi inclusi quelli spettanti agli autori non iscritti alla SIAE e/o iscritti ad altre *collecting*¹⁰².

⁹⁷ Cfr. doc. isp. n. 821 del 10 febbraio 2017, *Mappatura gestione non soci musica*, contenente "... la mappatura tecnica condivisa riguardo la attuale gestione delle licenze, degli incassi e della ripartizione MUSICA con particolare attenzione alle questioni legate alla gestione dei non soci.

Come si vede lo schema di gioco prevalente – al momento - è quello di autorizzare ed incassare il 100% delle opere amministrate anche in quota parte.

La quota parte non amministrata, ma incassata, viene poi allocata nei conti previsti per i non soci (in estrema sintesi sono indicate anche le logiche di ripartizione).

Ovviamente tali processi sono subordinati alla presenza preventiva di deposito ed agli eventuali depositi avvenuti in ritardo".

Dal file Excel allegato a questa mail, si evince che la SIAE licenzia sistematicamente le opere dei non soci.

⁹⁸ *Ex multis* doc. isp. n. 526, *Re R R R RAI SANREMO.msg*, doc. isp. n. 524, *RAI SANREMO rev LS.docx*.

⁹⁹ Cfr. anche doc. isp. n. 266 del 20 marzo 2017, *RE Concerto FEDEZ e J-AX - Quite editore SOUNDREEF PUBLISHING SRL2.msg*, doc. isp. n. 211; v. scambio e-mail interne in doc. isp. n. 265, *RE Concerto FEDEZ e J-AX - Quite editore SOUNDREEF PUBLISHING SRL1.msg*; sulla vicenda vedi anche i docc. isp. nn. 264, 265, 266).

¹⁰⁰ Risposta SIAE del 5 settembre 2017 alla richiesta di informazioni contenuta nel verbale di audizione del 24 luglio 2017 (doc. 129).

¹⁰¹ Risposta SIAE del 5 settembre 2017 alla richiesta di informazioni contenuta nel verbale di audizione del 24 luglio 2017 (doc. 129).

¹⁰² Sul punto vedi numerosi documenti, alcuni già citati tra cui a titolo meramente esemplificativo: doc. isp. n. 821 contenente la mappatura dei processi di gestione dei diritti dei non soci; docc. isp. n. 524 e n. 526 sulla vicenda San Remo, doc. isp. n. 803,

Peraltro, la SIAE adotta questa strategia malgrado il disagio degli organizzatori degli spettacoli che obiettano espressamente di non comprendere “[...] *la motivazione per cui Siae incassa comunque l'intero compenso DEM [Diritti di Esecuzione Musicale-n.d.r] pur essendoci il programma musicale che presenta anche brani tutelati Soundreef*”¹⁰³.

62. Sul punto c), concernente le modalità con cui la SIAE ripartisce i diritti incassati per i non iscritti, occorre descrivere l'evoluzione nel tempo delle condotte della SIAE.

In primo luogo, vale osservare che, con specifico riferimento alle opere musicali, il Regolamento in vigore sino al 21 giugno 2017 prevedeva che le “*opere cui sia interessato un soggetto non associato né mandante né comunque rappresentato, oppure un soggetto il cui rapporto con la Società sia cessato per un qualsiasi motivo e sulle quali i soggetti non associati né mandanti né rappresentati non abbiano poteri di disposizione, sono amministrate dalla Società, per quanto di sua competenza, nell'interesse degli altri aventi diritto associati, mandanti o rappresentanti indicati nel bollettino di dichiarazione, rimanendo pertanto il soggetto non associato né mandante né rappresentato estraneo anche all'esito delle operazioni di ripartizione...*” (art. 29 del Regolamento)¹⁰⁴.

In applicazione dell'art. 29 Regolamento, la SIAE non distribuiva alcun compenso agli aventi diritto non associati, né mandanti. Per quanto riguardava i diritti di esecuzione musicale, la SIAE sospendeva la distribuzione e accantonava in uno specifico conto la quota di spettanza dell'autore non associato o

sempre con riferimento ad un importante Autore per il quale la SIAE afferma il diritto di incassare i compensi anche a seguito di revoca del mandato, doc. isp. n. 481 sul diritto ad incassare i diritti di autori rappresentanti da *collecting* straniera, docc. isp. n. 211 e doc. 264, relativi a tour Fedez e J-Ax. Cfr. anche la documentazione depositata da Innovaetica durante il procedimento e spec. doc. 177 verbale audizione del 19 gennaio 2018, allegato 5 contenete una comunicazione di un Autore del 14 giugno 2017 che si è dimesso dalla SIAE ma al quale la SIAE ha comunicato che “*per quanto riguarda i brani per i quali risulta tra gli autori, la siae riscuote comunque i miei proventi per le seguenti motivazioni: ... l'inscindibilità delle posizioni in capo agli aventi diritto rende necessaria, allo stato, la gestione unitaria dei diritti d'autore che comporta a sua volta la riscossione della totalità dei compensi. Pertanto anche a seguito del Suo recesso dalla SIAE... la stessa SIAE ha necessariamente riscosso la totalità dei compensi dovuti dagli utilizzatori ed in particolare dagli organizzatori di concerti, nel corso dei quali sono state eseguite anche opere di cui Lei risulta essere parzialmente titolare. La quota di sua spettanza, rispetto a quanto riscosso, le sarà certamente attribuita ad a tal fine la invitiamo a segnalarci eventuali cambiamenti del suo recapito e del suo iban....*”; l'autore a questo punto si chiede “*Ma cosa serve disiscriversi se poi loro continuano a gestire i miei proventi? ma lo possono fare?*” (doc. 177, allegato 5). Cfr. doc. 8819.11, *Arrivo informazioni da parte di Soundreef* in data 7 luglio 2016, dove in allegato, vi è una comunicazione di un utilizzatore della provincia di Lucca che ha dovuto versare tutto l'incasso a SIAE, anche per gli autori iscritti a Soundreef in relazione ai concerti di Graham Nash che sarà nel prosieguo approfondita. Cfr. anche doc.8819.17, *Integrazione denuncia di Soundreef del 21 dicembre 2016*, contenente in allegato sia diffide agli utilizzatori a versare a SIAE anche i diritti per autori non iscritti SIAE (rendendosi SIAE eventualmente disponibile poi a restituire le somme corrispondenti in caso in cui l'utilizzatore avesse stipulato licenze dirette con questi ultimi), sia comunicazioni nella quale si afferma la contrarietà *contra legem* dei pagamenti fatti dagli utilizzatori direttamente a Soundreef. In termini analoghi, anche doc. 8819.27 del 10 marzo 2017, *Risposta alla richiesta di informazioni formulata nel corso dell'audizione di Soundreef del 20/2/2017 (allegato 8)*, ove in allegato vi è una comunicazione ad un utilizzatore dove si dichiara che il pagamento dei diritti d'autore dall'utilizzatore a Soundreef è *contra legem* e SIAE si riserva le opportune iniziative a fronte di tale comportamento. Cfr. anche doc. 8819.29 del 17 marzo 2017, *Soundreef invio integrazione documentazione*, in merito ai concerti Fedez. Il peso degli editori iscritti a SIAE si riflette anche con riferimento alla fase dell'incasso dei diritti: essendo l'editore iscritto a SIAE, quest'ultima pretende che tutti i diritti siano versati dall'utilizzatore a SIAE, anche per gli autori non più iscritti e che riceveranno i diritti eventualmente in un secondo tempo, cfr. doc. 222, *Live Nation, Risposta con allegati alla richiesta informazioni formulata nel corso dell'audizione del 27/2/2018*, spec. gli allegati relativi alla documentazione del tour *Giorgia/Maestro Pennino*.

¹⁰³ Cfr. ad es., l'e-mail del 15.02.2017, avente ad oggetto “*evento Arci Ex Macello 20-01-2017*”, organizzato dall'Associazione Treessanta di Gambettola, in doc. isp. n. 728; cfr. doc. 222, Documentazione trasmessa da *Live Nation*.

¹⁰⁴ Dopo le modifiche al regolamento apportate in data 21 giugno 2017, l'art. 29 del regolamento è confluito, con modifiche nell'attuale art. 30 del regolamento SIAE: “*opere cui sia interessato un soggetto non associato né mandante né comunque rappresentato, oppure un soggetto il cui rapporto con la Società sia cessato per un qualsiasi motivo e sulle quali i soggetti non associati né mandanti né rappresentati non abbiano poteri di disposizione, sono amministrate dalla Società nell'interesse degli altri aventi diritto associati, mandanti o rappresentanti indicati nel bollettino di dichiarazione, rimanendo la quota di competenza del soggetto non associato né mandante né rappresentato a sua disposizione in vista del successivo accredito all'esito delle operazioni di ripartizione nei termini di legge*” (art. 30 del Regolamento).

mandante, per renderla disponibile per la liquidazione a fronte di specifica richiesta (al di fuori della ripartizione ordinaria)¹⁰⁵.

63. In particolare, secondo quanto chiarito dalla SIAE, veniva operata una distinzione tra autori precedentemente iscritti a SIAE e non: nel primo caso, SIAE provvedeva a ripartire i diritti per il periodo in cui l'autore era iscritto, nel secondo, i compensi raccolti (che si riferiscono ad autori non iscritti) venivano accantonati, al netto dell'aggio SIAE, in attesa di futura ripartizione. Dopo un certo periodo di tempo (circa 18 mesi), i fondi accantonati per i quali non erano stati identificati gli autori, sono redistribuiti ai soci SIAE in sede di ripartizione straordinaria¹⁰⁶.

64. Le criticità derivanti dalla prassi applicativa dell'art. 29 del Regolamento, nei termini della mancata corresponsione dei diritti spettanti al contitolare di un'opera non iscritto alla SIAE, sono evidenziate in una *mail* interna alla SIAE nella quale si tenta di ricostruire un'interpretazione dell'art. 29 del Regolamento che non sia in palese violazione dell'art. 180, comma 5 LDA. In particolare, in un documento strategico, redatto da un componente del Consiglio di Gestione e trasmesso al vertice della SIAE in data 14.02.2017: “[...] *le ipotesi sono due:*

a) se l'autore non associato SIAE non è autore della musica e comunque non mi comunica nulla, SIAE può gestire l'opera e inviare tutti i proventi in ripartizione in favore dei propri associati partendo dal presupposto che chi non si è associato ha già ceduto i diritti in questione a chi invece si è associato (ovviamente è una presunzione e in teoria SIAE resta soggetta ad una contestazione successiva, ancorché statisticamente non rilevante, almeno credo, e soprattutto "ammortizzata" dal bollettino nel quale i soggetti che depositano dichiarano di assumere la responsabilità di incassare anche per gli altri); qui semmai andrebbe fatta la precisazione che una volta ottenuto un incasso per l'opera X, la quota del non associato andrebbe ripartita tra gli autori/editori di quella medesima opera X e non destinata a ripartizione straordinaria su tutti gli associati SIAE;

b) se l'autore non associato SIAE è autore della musica o comunque mi comunica un "patto contrario" (o anche solo una sua "volontà diversa"), allora SIAE può gestire l'opera se questa gli è stata affidata dagli altri autori e soprattutto dall'editore, ma deve riservare la quota all'autore che aveva un autonomo potere di disposizione (autore della musica) o che comunque aveva comunicato di volerne disporre autonomamente dei propri diritti (e che quindi non aveva ceduto ad altri detti diritti).

Questa strada mi sembra l'unica per spiegare sia l'art. 29 del regolamento SIAE (che esclude dalla ripartizione chi "non abbia un potere di disposizione" in potenziale contrasto con l'art. 180, 5° comma), sia ancora il comportamento di SIAE che non riserva agli autori non soci una ripartizione (nel senso che manda le relative quote in un conto apposito che poi però destina a ripartizione straordinaria).

Resta il fatto che:

¹⁰⁵ Doc. 129, *Risposta SIAE pervenuta in data 5 settembre 2017 a richiesta di informazioni.*

¹⁰⁶ Chiarimenti forniti nel corso degli accertamenti ispettivi presso la SIAE, in verbale accertamento ispettivo del 12 aprile 2017, doc. isp. n. 3. Sul punto v. anche la documentazione acquisita in fase pre-istruttoria v. verbale di audizione di Soundreef e documentazione allegata, in doc. pre-istr. DC8819 nn. 24, 27 e 29. In base alla vecchia ordinanza di ripartizione (ossia, in pratica, sino al periodo di competenza 2015), “...il conto “Non Soci” confluiva nel DNA [un apposito conto relativo ai “diritti non attribuiti”, abbrev. “DNA”-n.d.r.] che veniva svuotato annualmente con RSS [“ripartizione straordinaria soci”-n.d.r.] a gennaio dell'anno successivo”, mentre con la nuova ordinanza di ripartizione (ossia dal periodo di competenza 2016) è “...necessaria una delibera specifica del CDG [Comitato di Gestione-n.d.r.] per lo svuotamento del conto “Non soci”...” (v. l'e-mail del 10.02.2017 trasmessa dal Direttore della Divisione Licenze e Servizi Centrali ad altri dirigenti SIAE su “Mappatura gestione non soci musica” e il relativo schema allegato, in docc. isp. n. 321, n. 821 e n. 78).

- sono contrario a mollare di un millimetro il 180, quindi SIAE incassa per tutto quando ha l'opera in tutela (affidata da un autore, anche minoritario, o anche solo dall'editore);

- dovremo rivedere tutta la modulistica e l'operatività per chiarire quando riteniamo applicabile il 5° comma dell'art. 180 e per poi attuare comportamenti conseguenti che siano anche coerenti (quindi anche riducendo le connesse ripartizioni straordinarie)" 107.

65. Inoltre, gli atti del procedimento evidenziano che la SIAE – anche nei casi in cui i diritti d'autore dei non iscritti alla SIAE non siano confluiti nella gestione straordinaria destinata alla redistribuzione dei soli propri iscritti – ha adottato un'interpretazione dell'art. 180, commi 4 e 5 LDA nel tempo più penalizzante per l'autore non iscritto. In un primo tempo, infatti, la SIAE, dopo avere incassato il 100% dei diritti anche per i co-autori non soci, metteva immediatamente a disposizione le somme spettanti a questi ultimi, prima di procedere alla ripartizione dei diritti ai propri Soci. Successivamente, la SIAE ha mutato l'interpretazione dell'art. 180 commi 4 e 5 LDA, affermando che il versamento dei diritti ai non iscritti alla SIAE si pone a valle dell'intero processo di ripartizione con un inevitabile allungamento dei tempi (su questo profilo v. *infra* la sezione dedicata ai concerti dal vivo)¹⁰⁸.

Questa condotta è confermata anche dal nuovo Regolamento SIAE, adottato in data 19 aprile 2018, nel quale si rinviene che, per le opere di soggetti non rappresentati: "*I. Le opere cui sia interessato un soggetto non associato né mandante né comunque rappresentato ...e sulle quali i soggetti non associati né mandanti né rappresentati non abbiano poteri di disposizione, sono amministrate dalla Società nell'interesse degli altri aventi diritto associati, mandanti o rappresentati indicati nel bollettino di dichiarazione, rimanendo la quota di competenza del soggetto non associato né mandante né rappresentato a sua disposizione in vista del successivo accredito, all'esito delle operazioni di ripartizione, nei termini di legge*" (art. 30)¹⁰⁹.

66. Infine, giova sottolineare, che le condotte sopra descritte, che annullano le differenze tra gli autori iscritti e quelli non iscritti alla SIAE, spingono un Autore, che si lamenta della circostanza che la SIAE continua a percepire i suoi proventi anche dopo le dimissioni, ad affermare: "*Ma che serve disiscriversi se poi loro continuano comunque a gestire i miei proventi ?*"¹¹⁰.

II.5.2.4 I vincoli tra la tutela dal plagio e la gestione dei diritti

67. Sull'offerta dei servizi di tutela dal plagio, si deve preliminarmente rimarcare che questa consiste nell'offrire servizi agli autori in modo da fornire prova a questi ultimi della paternità dell'opera e del momento in cui tale opera è stata depositata per la prima volta.

La tutela dal plagio non rientra nella gestione dei diritti d'autore propriamente detta - vale a dire nelle attività di conferimento del mandato per la gestione delle opere, rilascio delle licenze, incasso dei diritti e ripartizione dei medesimi ai titolari - ma è un servizio accessorio rispetto a questi ultimi.

¹⁰⁷ V. l'e-mail del Consigliere di Gestione legato al controllo interno al Direttore Generale SIAE del 14.02.2017, in doc. isp. n. 387, *Re R R R Risconto Diffida Soundreef.msg*.

¹⁰⁸ L'evoluzione di tale strategia è condensata in *mail* interne a SIAE su eventi organizzati con la Fondazione Musica di Roma, cfr. doc. isp. n. 200, *Urgente Conteggi Siae per Redhead e Bird.msg*. v. anche, cfr. doc. isp. n. 381, *Re M° Maurizio Fabrizio.msg*, spec. e-mail del Direttore dell'Ufficio Legale SIAE del 28.03.2017; v. scambio e-mail interne del 20-21.03.2017, in doc. isp. nn. 246-248.

¹⁰⁹ Cfr. doc. 270, all. 1.

¹¹⁰ Doc. 177, allegato 5, già citato.

Soprattutto, il servizio di tutela dal plagio richiede che l'interessato depositi l'opera ma si sottolinea che questa forma di deposito ha finalità diverse dal deposito richiesto per conferire il mandato di gestione dei diritti, anche se le condotte della SIAE qui richiamate tendono appunto a legare i due servizi.

68. Per quanto riguarda le condotte, si evidenzia che gli atti acquisiti nel corso del procedimento confermano che la SIAE tratta la tutela dal plagio congiuntamente all'offerta dei servizi di gestione. Al riguardo, occorre in primo luogo richiamare lo Statuto SIAE che, pur indicando l'attività svolta in favore degli associati/mandanti, non distingue la tutela dal plagio dalla tutela degli altri diritti. Inoltre, nell'ambito del Regolamento SIAE, la tutela dal plagio per le opere musicali non è trattato distintamente dal deposito dell'opera mediante il bollettino precedentemente descritto; infatti, nella sezione delle opere musicali non vi è alcun riferimento in tal senso e la stessa SIAE ha dichiarato che, sebbene la SIAE non contesti che la tutela dal plagio possa essere svolta da soggetti concorrenti, *“per le opere musicali vi è un unico deposito, vale a dire quello della dichiarazione dell'opera, che per SIAE non deve necessariamente essere di un'opera inedita”*¹¹¹. Anche in sede di memoria finale, pur contestandone la rilevanza, la SIAE ha riconosciuto che il deposito dell'opera produce un inevitabile *“effetto di marcatura temporale”* e che un autore potrebbe *“...procedere al deposito gratuito delle sue opere presso la SIAE”* anziché *“... depositarle (a pagamento) presso Patamu”*¹¹².

69. A riguardo, si è già rilevato che per le opere musicali l'art. 32 del regolamento SIAE in vigore sino al 21 giugno 2017 prevedeva che il deposito dell'opera venisse rifiutato se non accompagnato dalla dichiarazione degli autori che la SIAE poteva disporre integralmente dell'opera. Anche dopo tale modifica, la documentazione in atti evidenzia che i due profili di deposito ai fini della tutela dell'opera e del deposito dell'opera ai fini del plagio si sovrappongono¹¹³.

Ancora, le evidenze in atti mostrano che gli Uffici territoriali hanno preteso, al momento del deposito dell'opera, il pagamento dei corrispettivi per i servizi di plagio, anche nei casi in cui l'Autore aveva voluto invece affidare questi ultimi a Innovaetica/Patamu. In particolare, un Autore che si era iscritto a Patamu per avvalersi dei servizi di tutela dal plagio, e voleva rivolgersi alla SIAE solo per la gestione dei diritti d'autore, si è trovato esposto alle richieste della SIAE di pagare anche un corrispettivo relativo al deposito dell'opera e alla tutela del plagio ad essa connessa¹¹⁴.

¹¹¹ Doc. 286, Verbale di audizione SIAE 11 maggio 2018.

¹¹² Doc. 407, Memoria finale SIAE del 16 luglio 2018 (pg. 60, §203).

¹¹³ Cfr. doc. 249, Verbale di audizione del 24 aprile 2018.. La prassi della SIAE in questo senso è anche confermata da Soundreef. Verbale audizione Soundreef 12 gennaio 2018 (doc. 173) . Cfr. anche dal doc. 138, *Verbale di audizione di EMUSA, UNEMIA, ACEP del 20/9/2017*.

¹¹⁴ Verbale audizione Innovaetica del 19 gennaio 2018, doc. 177, allegato 6. In particolare, l'Autore, visto la criticità con la SIAE, si è rivolto a Patamu per chiedere supporto *“potete mandarmi un documento che attesti che non devo pagare la tassa sopra citata? Continuano a dirmi che devo pagarla lo stesso ma non ha assolutamente senso, perché dovrei pagare il deposito SIAE se sono depositati in Patamu ? a che serve avere scelto Patamu se poi mi fanno pagare come se fossero depositati SIAE...”*; l'Autore continua spiegando che la SIAE, per completare l'iscrizione ai fini della tutela del diritto d'autore, impone il deposito di almeno un'opera (v. *supra* quanto sopra descritto in merito ai vincoli per il conferimento del mandato alla SIAE), adempimento che tuttavia l'Autore non ha effettuato proprio perché ha depositato l'opera presso Patamu ma *“secondo la SIAE io non potevo depositare i brani da voi perché già iscritto in SIAE; il problema è che io risulterei fra gli autori SIAE e qualora inviassi tutti i moduli per la licenza e i bollini risulterei come un autore che si è “dimenticato” di depositare i brani; ho chiesto per la cancellazione si può fare ma una volta fatta la richiesta adesso viene attivata a gennaio 2018... non so più cosa fare, questa è follia, io non intendo pagare un deposito che non ho fatto alla SIAE, i miei brani sono protetti da voi non da loro... mi ha detto l'operatrice SIAE di inviare i moduli lo stesso compreso il DRM2, attendere risposta e se mi viene richiesto il pagamento del deposito ricontattarli per “vedere se si può trovare una soluzione”*. Secondo Innovaetica, infatti, *“SIAE chiede ripetutamente agli autori di pagare non solo la quota del bollino per la contraffazione – che ogni autore è tenuto a pagare – ma*

II.5.3 Le condotte della SIAE nei confronti degli utilizzatori

II.5.3.1 Premessa

70. In questa sezione verrà illustrata l'ampia documentazione istruttoria acquisita nel corso del procedimento in merito alle condotte poste in essere dalla SIAE nei rapporti con le diverse categorie di utilizzatori.

In particolare, verrà sintetizzata la documentazione in merito a numerosi eventi musicali nei quali – oltre ad autori della SIAE - vengono anche in rilievo autori Soundreef. Da questa documentazione emerge che la SIAE ha costantemente ostacolato e delegittimato l'attività di Soundreef innanzi gli utilizzatori. Si noti che questa sezione è speculare ed ha una portata unitaria rispetto a quanto già precedentemente illustrato sulle condotte della SIAE in merito alla pretesa di gestire anche i diritti degli autori non propri iscritti.

Infine, verranno sviluppate le evidenze in merito alle licenze che la SIAE ha stipulato negli anni con le grandi emittenti nazionali (RAI; Mediaset e SKY). Anche in quest'ultimo contesto, emerge che i contratti stipulati dalla SIAE, molti dei quali scaduti da tempo e in corso di rinegoziazione, hanno lo scopo di escludere altri eventuali operatori concorrenti. Ciò in un contesto in cui la SIAE esercita azioni coercitive nei confronti degli utilizzatori, anche attraverso l'applicazione dell'art. 164 comma 3 LDA.

71. Vengono in rilievo le condotte di SIAE consistenti nell'intensificazione dei controlli sugli utilizzatori sia nel corso di eventi *live* nei quali gli organizzatori hanno dichiarato l'uso del repertorio Soundreef¹¹⁵ sia presso esercizi commerciali che usano il repertorio Soundreef come musica di sottofondo¹¹⁶; con riferimento alla musica di sottofondo, la documentazione evidenzia l'obiettivo della SIAE di procedere a controlli sistematici e mirati¹¹⁷. Questo tipo di azioni spinge i concorrenti a dover garantire manleva contro eventuali azioni della SIAE nei confronti degli utilizzatori¹¹⁸.

soprattutto anche la quota del bollino legata alla tutela dal plagio anche se l'autore non ha depositato nessuna opera e ha affidato la tutela dal plagio a Patamu. In altri casi, come emerge dalla documentazione depositata, SIAE considera iscritti anche autori che consapevolmente non hanno completato le procedure e malgrado abbiano manifestato a SIAE la chiara volontà di non essere gestiti da quest'ultima".

¹¹⁵ Cfr. doc. isp. 761 contenente scambio mail 30 gennaio – 1° febbraio 2017, *RE relazione associato SOUNDREEF.msg*, ove la SIAE precisa alla sede territoriale di Firenze: “[c]ome da accordi telefonici, si invia relazione redatta in un locale abbonato a Soundreef ... Si vuole sottolineare che l'incaricato accertatore, nel momento in cui gli è stata comunicata l'adesione a soundreef, ha precisato, alla responsabile dell'esercizio, che il suo compito era quello di rilevare i brani eseguiti e che se questi fossero risultati di autori non iscritti in Siae, la situazione si sarebbe chiusa in maniera tacita. Si resta in attesa di istruzioni in merito...”, in particolare, i controlli sarebbero volti a “... In attesa della risposta, che si auspica possa pervenire in tempi brevi al fine di replicare alla lettera pervenuta dall'organizzatore, con la quale è stato contestato con toni molto polemicamente il diritto all'accesso e all'effettuazione stessa del controllo, nel frattempo si provvederà a comunicare all'organizzatore che la contestazione è sospesa per accertamenti in merito alla tutela dei brani di cui è stata rilevata la diffusione” (doc. isp. n. 761, cit.). Cfr. anche doc. 8819.27 del 10 marzo 2017, *Risposta alla richiesta di informazioni formulata nel corso dell'audizione di Soundreef del 20/2/2017 (allegato 8)*, ove in allegato vi è una comunicazione ad un utilizzatore dove si dichiara che il pagamento dei diritti d'autore a Soundreef è *contra legem* e la SIAE si riserva le opportune iniziative a fronte di tale comportamento. Cfr. anche doc. 8819.29 del 17 marzo 2017, *Soundreef invio integrazione documentazione*, in merito ai concerti Fedez.

¹¹⁶ Cfr. doc. isp. n. 262, *R soundreef.msg* contenente mail del periodo 18 dicembre 2013-14 gennaio 2014, in cui si riferisce di controlli effettuati nel 2013 su esercizi commerciali con licenza Soundreef per musica di sottofondo. Cfr. anche doc. 8819.11, *Documentazione trasmessa da Soundreef in data 7 luglio 2016* contenente in allegato numerosi verbali della SIAE di contestazione agli utilizzatori e doc.8819.17, *Integrazione denuncia di Soundreef del 21 dicembre 2016*, contenente in allegato diffide agli utilizzatori a versare alla SIAE anche i diritti d'autori Soundreef.

¹¹⁷ Per quanto riguarda in particolare la musica di sottofondo, da uno scambio di email interno, SIAE comunica alle sue Mandatarie, al Responsabile SIAE Presidio Roma, a SIAE Presidio Perugia e Pescara che “[c]on riferimento alla notoria

Nell'ambito dei controlli degli utilizzatori della musica di sottofondo, appare opportuno richiamare le attestazioni di credito per diritto d'autore che la SIAE può adottare ex art. 164, comma 3, LDA¹¹⁹. In particolare, nel corso del 2014 in parallelo allo sviluppo dell'attività dei concorrenti, la SIAE rafforza le modalità con cui redigere gli atti di contestazione agli utilizzatori sulla cui base emettere le eventuali attestazioni di credito ex art. 164 LDA al fine di ridurre l'esito negativo nei contenziosi¹²⁰.

72. Sempre nei rapporti con gli utilizzatori, la documentazione in atti attesta un'interpretazione dell'art. 180 LDA da parte della SIAE diretta ad estendere il proprio monopolio anche ad ambiti ad esso estranei (come ad esempio per gli autori stranieri), anche all'indomani della pubblicazione del d.lgs. n. 35/2017, che ha recepito la Direttiva *Barnier*¹²¹.

problematica relativa all'utilizzo di repertori musicali non amministrati da Siae si rappresenta la particolare esigenza[...], di procedere all'effettuazione di accessi mirati volti ad accertare l'effettiva tutela delle diffusioni.

In particolare, come precisato anche nella nota congiunta dell'Ufficio Accordi e Coordinamento Territoriale n. 2 462 del 23/05/2014 [...] dovrà essere effettuata una breve registrazione dei brani rilevati nel corso del controllo che dovrà essere trasmessa alla scrivente U.O. unitamente alla copia del modello 79/a redatto durante l'accesso.

Sarà cura della citata U.O. comunicare successivamente gli esiti delle verifiche effettuate segnalando per quali contesti le relazioni elevate dovranno essere trasformate d'ufficio in atti di constatazione (mod. 79/bis)", cfr. email del 9 luglio 2014 ore 10:29 all'interno del doc. isp. 847.

Esempio di redazione di atti di constatazione presente nella documentazione ispettiva si veda doc. isp. 824, cfr. email del 24 gennaio 2017 09:16.

¹¹⁸ Soundreef afferma che *"la SIAE ha provato non soltanto a fare offerte a ribasso ai clienti Soundreef, ma anche a esercitare pressioni su di essi tramite ispezioni a quantità industriali. Ogni settimana ce ne saranno state almeno 10. Per tale ragione, Soundreef ha dovuto includere nella sua offerta commerciale la gestione delle relazioni con SIAE che comportano un costo aggiuntivo a carico della società. [Soundreef] afferma che tali ispezioni avevano come unica finalità quella di ostacolare l'attività di Soundreef in quanto erano ispezioni fine a se stesse, nel senso che non comportavano l'avvio di un procedimento da parte di SIAE. Infatti, da quando Soundreef opera su questo mercato, soltanto un'ispezione ha dato luogo all'avvio di un procedimento da parte di SIAE"*, cfr. doc. 173 – Verbale audizione Soundreef.

¹¹⁹ Sul precetto che la SIAE ha notificato, in data 2 novembre 2012 all'Iper Montebello, ex art. 164, comma 3, LDA, cfr. doc. 8819.11, *Documentazione trasmessa da Soundreef in data 7 luglio 2016*. In data 27 luglio 2017, la SIAE ha depositato in atti la sentenza del Tribunale di Milano del 26 luglio 2018 (R.G. n. 48903/2014) che ha parzialmente confermato l'attestato di credito ex art. 164 LDA emesso dalla SIAE nei confronti del Iper Montebello S.p.A. Questa sentenza riconosce l'obbligo dell'Iper Montebello a versare a SIAE i diritti d'autore per l'uso di quattro opere musicali, tutte di altrettanti autori stranieri gestiti da SIAE in virtù di un ARR con la *collecting* statunitense ASCAP (e non da Soundreef come sostenuto in giudizio dall'Iper Montebello e dalla stessa Soundreef che non hanno prodotto sul punto prove adeguate). Tuttavia, ai fini del presente provvedimento, vale sottolineare che questa sentenza:

- i) riconosce che *"il fondamento [del] potere della SIAE di agire per il pagamento dei diritti di utilizzazione di opere di autori stranieri associati alla ASCAP è da individuare nel "rapporto di rappresentanza reciproca" sottoscritto tra SIAE e ASCAP"* e non certo nell'asserito monopolio legale della SIAE anche sui repertori esteri;
- ii) fatti salvi i diritti della SIAE a gestire le 4 opere musicali di cui sopra, la sentenza non contesta in alcun modo la liceità della licenza rilasciata da Soundreef all'utilizzatore in questione e non accerta la sussistenza di una violazione della riserva legale prevista dell'art. 180 LDA allora in vigore.

¹²⁰ Cfr. doc. 234 la documentazione inviata dalla SIAE in data 28 marzo 2018, e spec. allegato 11, dal quale si evince che in data 22 dicembre 2014, a seguito di precedente delibera del Comitato Strategico SIAE, la sede centrale SIAE raccomanda tutta la rete territoriale la corretta redazione degli atti di contestazione predisposti durante i controlli, in modo che *"OMISSIS"*, senza la quale *"OMISSIS"*. Cfr. anche doc. 206, documentazione inviata dalla SIAE in data 19 febbraio 2018 in risposta a richiesta informazioni, spec. anche allegati 7 e 8, contenente un quadro di sintesi della procedura applicata e degli atti di precetto notificati in base all'art. 164 LDA dal 1° gennaio 2015 sino ad oggi. *"OMISSIS"*. Cfr. anche doc. 286, Verbale di audizione SIAE dell'11 maggio 2018. Si noti inoltre che, proprio per accrescere la severità dei controlli sui programmi musicali (le c.d. false programmazioni), la SIAE ha appositamente modificato, nel 2015, il Regolamento SIAE, relativamente alle sanzioni disciplinare da applicare agli associati che si rendano complici del fenomeno. Cfr. doc. 270, Risposta a richiesta di informazioni pervenuto in data 30 aprile 2018, nel quale la SIAE afferma di avere introdotto nel Regolamento, con la modifica del 18 dicembre 2015.

¹²¹ Cfr. doc. isp. n. 426 del 29 marzo 2017, *Soundreef.msg* contenente un mail tra il Direttore Generale, il Presidente e altri esponenti della SIAE, ove si rinviene che: *"...Personalmente sto dicendo a tutti quelli che mi chiamano, e su questa linea si sta muovendo anche ..., che il Decreto ha confermato l'art. 180 e quindi devono pagare solo SIAE, punto e basta, perché l'unico soggetto ad operare nel nostro paese..."* (tutti i concerti ivi menzionati sono approfonditi nel prosieguo e, in taluni casi, riguardano anche autori stranieri). In un'altra mail del Direttore Generale al Presidente ed altri dirigenti della SIAE, la strategia

II.5.3.2 La delegittimazione di Soundreef innanzi agli utilizzatori: i concerti dal vivo

II.5.3.2.1 Premessa

73. Dalla documentazione presente agli atti emerge che nel tempo la condotta della SIAE volta ad ostacolare l'attività di Soundreef si articola in ulteriori comportamenti, speculari a quelli già descritti e relativi alla gestione e intermediazione dei diritti d'autore sul mercato dei concerti musicali dal vivo. Ciò accade in particolare quando vi sono concerti con repertorio c.d. misto ovvero con autori sia della SIAE che di Soundreef che si esibiscono nello stesso concerto.

La casistica di seguito descritta è molto varia e dalla stessa se ne può evincere l'evoluzione. In un primo tempo, nel 2016, la SIAE, nella maggiore parte dei casi, rivendica dall'utilizzatore l'intero incasso, ivi incluso quello per gli autori non iscritti. Diversamente dalla seconda fase della strategia, la SIAE rimette a pochi giorni dall'evento i diritti non di competenza dei propri iscritti all'utilizzatore, di modo che possa procedere al pagamento. In questi casi, la SIAE diffida sempre gli utilizzatori dal versare i diritti a Soundreef, anche quando l'autore ha stipulato una licenza diretta con l'utilizzatore e il ruolo di Soundreef si basa su una mera delega all'incasso.

Tali condotte, così come emerge dalla documentazione presente agli atti, sono state adottate dalla SIAE in diversi casi, come ad esempio i concerti di Graham Nash, Blonde Redhead e il Tour di Mengoni.

Si sottolinea che alcuni di questi autori sono stranieri e quindi, tali autori sono tutelati nel loro Paese di origine da una *collecting* estera e in Italia avrebbero voluto affidare la gestione dei propri diritti a Soundreef. Tuttavia, al fine di ostacolare Soundreef, la SIAE afferma l'esistenza della riserva legale anche su tali repertori esteri, strumentalizzando l'art. 180 LDA e gli accordi di rappresentanza con le consorelle estere (questi temi si collegano quindi anche alle condotte relative a tali accordi su cui v. *infra*, nonché alle condotte della SIAE nei confronti degli autori su cui v. *supra*).

74. In un secondo tempo, a partire da gennaio 2017, come emerge chiaramente sui documenti relativi al Festival di Sanremo, la SIAE ha cambiato strategia e, in maniera sistematica, ha continuato ad affermare la pretesa di incassare anche i diritti per gli autori non iscritti alla SIAE, salvo poi versarli a questi ultimi solo a valle delle operazioni di ripartizione interna¹²². Anche per questa fase della strategia della SIAE vi sono diversi esempi: Tour di Renato Zero-Maurizio Fabrizio, di Fedez-J Ax, di Giorgia, di Gigi D'Alessio e concerti di Nesli a Roma e a Milano.

75. A ciò si aggiunga che, dalla documentazione, emerge come la SIAE abbia sempre contrastato l'eventualità che l'utilizzatore stipulasse una licenza con Soundreef, consentendo al più solo licenze dirette con gli autori (per di più prive anche della sola delega a Soundreef all'incasso). Tuttavia, questa condotta della SIAE non è giustificata da ragioni tecnico gestionali né da esigenze degli operatori del settore; infatti, nel corso del procedimento è stato rilevato che *“nell'organizzazione di concerti, si sta*

è ancora più esplicita: “[...] da domani 11 aprile bisogna iniziare ad agire. Chirurgicamente. Senza isterismi ma con azioni pianificate. Legali e di comunicazione [...]”, in prima battuta, attraverso l'invio di lettere sia per la musica d'ambiente che per gli organizzatori *live* dove è pienamente affermata l'esclusiva della SIAE di cui all'art. 180 LDA., v. doc. isp. n. 289 dell'11 aprile 2017, *Bozza lettera associazioni3.msg* l'e-mail del 10.04.2017.

¹²² Cfr. email interna SIAE del 21 gennaio 2017 ore 19:19 all'interno del doc. isp. 526. Nello specifico, come affermato in un altro scambio di email, sempre apicale, *“... le opere anche dei Soundreef boys ... sono state registrate in tutela a SIAE. Se è così, una volta che SIAE ha la tutela (cioè mandato) può e deve gestire l'opera per intero. La ripartizione è un'altra cosa e per essa soccorre il 5 comma del 180 dove si dice che “nella ripartizione dei proventi in ogni caso” (cioè anche quando l'autore gestisce direttamente i suoi diritti), se Siae incassa “una quota deve riservata all'autore”. Quindi anche per i Soundreef boys autorizziamo e incassiamo noi e poi (dopo esserci “accorti” che l'autore non ci ha dato mandato) riserviamo una quota all'autore ovviamente applicando la nostra provvigione”*.

sviluppando la prassi in base alla quale il manager del gruppo contatta l'organizzatore che apre il borderò digitale SIAE e quello Soundreef e stipula una doppia licenza, una con SIAE e l'una con Soundreef (le c.d. licenze split). Al momento di versare i diritti d'autore, l'organizzatore versa a ciascuna collecting la quota di diritti spettanti ai titolari associati a ciascuna delle due...per l'utilizzatore ciò che rileva è che non debba pagare doppio, la circostanza di stipulare due licenze è irrilevante. Ciò che importa è che poi versi a ciascuna collecting i diritti solo quota parte: ciò che prima veniva versato tutto a SIAE viene ora versato quota parte a Soundreef, in proporzione ai diritti da questa rappresentati"¹²³.

II.5.3.2.2 Prima fase della strategia della SIAE

76. Un primo esempio delle condotte della SIAE qui in esame è il concerto di Graham Nash (autore straniero) a Lucca, poi ripetuta anche in altri concerti del medesimo autore¹²⁴.

In particolare, per quanto riguarda il concerto di Lucca, Soundreef, in qualità di licenziataria *pro quota* in Italia dei diritti d'autore delle opere di Nash, avanza delle richieste nei confronti dell'organizzatore del concerto che tuttavia aveva già versato alla SIAE l'importo integrale dei diritti d'autore e quindi interpella quest'ultima. La sede centrale della SIAE, con email del primo luglio 2016¹²⁵, elabora quindi la risposta da inviare all'organizzatore del concerto. Nella prima bozza, si discute, email interne alla SIAE del 8 luglio 2016¹²⁶ e 9 luglio 2016¹²⁷, sull'eventuale richiesta diretta da parte dell'autore dei diritti all'organizzatore. In particolare, un dirigente SIAE, parlando afferma che “[n]oi [(riferendosi alla SIAE)] siamo contro SR [ovvero Soundreef] e manleviamo lei, ma non farei riferimento a Nash ... Se lui chiede i soldi per suo conto gli diciamo che ci impegniamo a ripartizione avvenuta a pagargli la sua eventuale quota dei brani”¹²⁸. Infatti, lo stesso dirigente SIAE, come da lui stesso affermato¹²⁹, aveva tolto il pezzo di Nash nella bozza di lettera all'organizzatore “... fermo restando che la SIAE non ha mai contestato il diritto degli autori di rilasciare licenze dirette agli organizzatori di un concerto, evidenziamo che le pretese di Soundreef appaiono totalmente infondate, sia perché detta società non ha alcun titolo per rilasciare – quale intermediario – licenze per concerti dal vivo in Italia, in palese violazione della esclusiva prevista dall'art. 180 LdA, sia perché, a quanto risulta, Graham Nash non detiene il 100% dei diritti sulle opere che ha pubblicamente eseguito” (barrato in originale)¹³⁰. Dopo varie altre bozze¹³¹, si arriva a una versione finale della lettera, inviata

¹²³ Doc. 249, *Verbale di audizione con Musica Posse*.

¹²⁴ Ovvero i concerti di Trento del 6 giugno 2016, Roma 18 luglio 2016 e a Napoli del 2 agosto 2016, sui quali v. anche doc. COMUNICAZIONE QUOTE NON SIAE (NAPOLI) – LETTERA versione 3 docx.docx” all'email interna del 10 ottobre 2016 del doc. isp. 487 e, in termini pressoché identici, nello stesso documento, lettera inviata al Comune di Trento.

¹²⁵ Cfr. email del primo luglio 2016 all'interno del doc. isp. 227.

¹²⁶ Doc. isp. 222.

¹²⁷ Doc. isp. 249.

¹²⁸ Doc. isp. 222.

¹²⁹ Doc. isp. 222.

¹³⁰ Cfr. allegato doc. isp. 222.

¹³¹ Cfr. email del 9 luglio 2016 ore 8:01 all'interno del doc. isp. 249, ove, successivamente, un altro dirigente SIAE chiede: “[n]on diciamo nulla sulla possibilità che i diritti vengano chiesti dall'autore stesso perché non è titolare al 100% delle opere? Se è così dovremmo manlearlo anche da questa eventualità. O no?”. A tale domanda, un altro dirigente SIAE risponde che il primo dirigente citato “ha voluto togliere ogni riferimento. Del resto qui non conosciamo cosa ha detto SR. Dobbiamo solo ribadire che hanno pagato bene e che li sosteniamo”, in email del 9 luglio 2016 ore 9:22 all'interno del doc. isp. 249.

il 12 luglio 2016¹³², nella quale la “SIAE conferma la correttezza dell’operato di ...(che ha pagato tutto a SIAE) e si dichiara pronta a manlevare l’organizzatore da qualunque azione e/o richiesta sarà avanzata da Soundreef”¹³³.

Quindi nel caso dell’autore straniero Graham Nash quest’ultimo, malgrado voleva avvalersi dei servizi di Soundreef, si vedrà versati i propri diritti d’autore con i tempi e le modalità invece stabilite dalla SIAE.

77. Una vicenda simile accade per l’organizzazione del concerto di Mengoni a Lucca, il quale si è esibito con un gruppo di supporto avente autori Soundreef¹³⁴. In tale occasione, internamente alla SIAE viene rilevato che “comunicare agli organizzatori solo la quota di spettanza SIAE non entrando nel merito dell’altra quota di compenso NON SIAE, contrasta – a mio parere – con la posizione già assunta di chiedere comunque sempre il 100% dei compensi previsti. Difatti, laddove gli organizzatori aderiscano alla nostra richiesta, siamo noi stessi – una volta stabilite le percentuali di utilizzo dei due repertori – a dover quantificare, comunicare e restituire agli organizzatori stessi le quote NON SIAE di pertinenza degli Autori non associati”¹³⁵. Il tema delle tariffe applicate dai concorrenti, si intreccia con la pretesa, non giustificabile, di chiedere all’utilizzatore anche i diritti spettanti all’autore non iscritto alla SIAE.

78. In questo contesto, la SIAE arriva, in alcuni casi, a consentire all’utilizzatore, di pagare direttamente l’autore ribadendo tuttavia l’illegittimità di qualsiasi versamento a Soundreef, anche solo come delegato all’incasso¹³⁶ e, soprattutto, asserendo l’esistenza di una riserva legale ex art. 180 LDA anche sulla gestione di opere straniere¹³⁷.

¹³² Cfr. allegato email del 12 luglio 2016 all’interno del doc. isp. 194.

¹³³ Cfr. email del 11 luglio 2016 all’interno del doc. isp. 209.

¹³⁴ Cfr. allegato email 26 luglio 2016 all’interno del doc. isp. 220.

¹³⁵ Cfr. mail del 5 agosto 2016 ore 13:07 all’interno del doc. isp. 95; cfr. anche mail del 4 agosto 2016 ore 20:06 all’interno del doc. isp. 95; e mail del 4 agosto 2016 ore 18:39 all’interno del doc. isp. 41.

¹³⁶ Sulla vicenda cfr. mail interna SIAE del 5 agosto 2016 doc. isp. 5; Mail interna SIAE del 5 agosto 2016 doc. isp. 10. Inoltre, in un’email dell’8 agosto 2016 sono state allegate le versioni finali delle soprarmenzionate lettere inviate: “... in linea con la posizione assunta da SIAE nei confronti di Soundreef – ti invio in copia due lettere spedite proprio oggi. La prima, inviata alla Fondazione Musica per Roma per il concerto di Graham Nash all’Auditorium Parco della Musica, riguarda l’ipotesi di repertorio misto con un unico artista esecutore. La seconda lettera – inviata ai legali degli organizzatori del concerto effettuato da Marco Mengoni nell’ambito Lucca Summer Festival – concerne un diverso caso di repertorio misto con artista principale SIAE e gruppo di supporto Soundreef”, mail interna SIAE dell’8 agosto 2016 doc. isp. 86.

¹³⁷ Cfr. allegato “1040 CT.pdf” all’email interna SIAE dell’8 agosto 2016 doc. isp. 86, ove si rinviene che in particolare, nella lettera allegata dell’8 agosto 2016, indirizzata alla Fondazione Musica per Roma, la SIAE afferma che “[i]n base al programma musicale della serata [(concerto di Graham Nash del 18 luglio 2016)] risulta l’esecuzione di numerose opere amministrare dalla SIAE, da cui deriva un importo dovuto a titolo di compenso degli autori/editori associati alla SIAE, o dalla stessa tutelati tramite accordi di rappresentanza con analoghe società di autori di altri Paesi, pari ad ...Per quanto riguarda il compenso a Graham Nash, Vi regolerete secondo eventuali intese che avrete raggiunto con tale autore. Possiamo solo precisare che la residua percentuale dei diritti non amministrati da SIAE corrisponde al “OMISSIS”% e che pertanto il residuo imponibile è pari ad A fini meramente informativi, Vi comunichiamo che, applicando l’aliquota del “OMISSIS”% prevista dalla tariffa SIAE (non sussistendo il presupposto per applicare l’accordo tra SIAE ed Assomusica), si perverrebbe all’importo di ...”. Con l’occasione ribadiamo fermamente quanto già scritto sul fatto che il residuo importo, nella misura che vorrete determinare, spetta direttamente a Graham Nash, quale autore che detiene una quota dei diritti sulle opere eseguite.

Per contro ci vediamo costretti a contestare ancora una volta la legittimazione di Soundreef ad incassare somme, poiché la Legge italiana non consente per queste utilizzazioni il conferimento del mandato per la gestione delle opere a favore di altri intermediari, a fronte dell’esclusiva prevista dall’art. 180 L.d.A..

Vi invitiamo quindi a non corrispondere somma alcuna alla società Soundreef Ltd e Vi saremo grati se vorrete tenerci informati sulle Vostre determinazioni. Qualora aveste difficoltà a ricontattare Graham Nash, ci rendiamo disponibili a collaborare per fornirVi il recapito, sentendo la BMI che normalmente amministra i suoi diritti”. Cfr. in questo stesso la lettera sul concerto di Mengoni a Lucca, lettera del 5 agosto 2016.

79. Rilevano anche altri concerti del tour Mengoni¹³⁸, come anche il concerto di Blonde Redhead a Rimini del 25 luglio 2016¹³⁹.

In particolare, per il *tour* Mengoni - Autore che si avvale del gruppo di supporto Bamboo, iscritto a Soundreef - l'organizzatore Live Nation, che è uno dei maggiori organizzatori di concerti attivo in Italia, intendeva "... al momento del pagamento della quota autori Siae e Assomusica" versare alla SIAE quanto dovuto "dedotto il 5%" e saldare "direttamente a soundreef la quota del 5%, dietro emissione fattura"¹⁴⁰.

La SIAE si oppone radicalmente a questa opzione perché pretende l'intero pagamento, vale a dire anche la quota degli autori iscritti a Soundreef¹⁴¹, prospettando a Live Nation un'azione diretta anche contro quest'ultima "per eventuale concorso nell'attività di illecita intermediazione e comunque per il risarcimento dei danni patiti da SIAE"¹⁴².

Live Nation, in ragione delle condotte della SIAE, è quindi costretta a non versare i diritti d'autore del gruppo Bamboo a Soundreef (ancorché sulla base di una mera delega all'incasso ai sensi dell'art. art. 180, comma 4, legge n. 633/41), ma a versare i proventi direttamente al gruppo Bamboo¹⁴³ e, a

¹³⁸ Cfr. email del 21 ottobre 2016 ore 11:32 all'interno del doc. isp. 485.

¹³⁹ Cfr. email interna SIAE del 29 luglio 2016 ore 13:20 all'interno del doc. isp. 86, unitamente ad altre mail ivi presenti. Anche in questo caso, viene in rilievo il tema delle *collecting* estere: "Peraltro, da quanto dichiarato da Soundreef al Comune di Rimini, gli autori che assume di rappresentare sarebbero iscritti alla BMI, pertanto è presumibile ritenere che nessuna richiesta diretta dovrebbe pervenire all'organizzatore da singoli autori, e che quindi SIAE possa procedere a girare direttamente alla BMI la quota reclamata da Soundreef. Ma su questo punto mi rimetto alle altrui competenze.". Sui concerti Blonde Redhead v. anche email interna SIAE dell'8 settembre 2016 ore 08:24 all'interno del doc. isp. 769; doc. isp. 487, allegato "Il risposta a Comune con mod Argentieri2.doc" all'email interna SIAE del 10 ottobre 2016.

¹⁴⁰ Cfr. email del 21 ottobre 2016 ore 11:32 all'interno del doc. isp. 485.

¹⁴¹ Nello specifico, SIAE afferma che: "[...]Tanto premesso, si precisa altresì che per tutti i concerti rientranti nel tour in oggetto (riportati in calce alla presente) sarà necessario per codesta Società richiedere il Permesso Spettacoli e Trattenimenti presso la Filiale SIAE di Roma (presso la quale è stato concesso l'accentramento delle pratiche SIAE riguardanti anche le altre tappe del tour), far compilare dall'artista Mengoni e dal gruppo di supporto i programmi musicali e corrispondere gli usuali compensi per Diritto d'Autore nel loro intero ammontare.

A fronte del pagamento intervenuto dell'importo integrale dovuto per Diritto d'Autore, SIAE si impegna sin d'ora a tenere indenne codesta Società da qualsivoglia domanda, pretesa, azione che dovesse essere proposta da SOUNDREEF in relazione ai concerti di cui sopra, rilasciando manleva sostanziale e processuale.

Naturalmente, SIAE si impegna ugualmente – una volta in possesso dei dati necessari per poter effettuare una corretta ripartizione dei diritti, sulla scorta dei brani eseguiti nel corso dei vari concerti – a mettere quanto prima a disposizione di codesta Società l'importo relativo alla quota di diritti non amministrata dalla SIAE che, con riferimento ai gruppi di supporto, è pari al 5%, con un massimo di € 1.000,00.

Ad ogni buon fine, si ribadisce che il pagamento dei diritti spettanti agli autori dei brani che verranno eseguiti dal gruppo "Bamboo" dovrà essere effettuato direttamente nei confronti degli autori stessi, senza l'intervento di qualsivoglia intermediario", allegato "Marco mengoni e Bamboo – Tour italiano 2016-2017.docx" all'email del 24 ottobre 2016 ore 19:39 all'interno del doc. isp. 485.

¹⁴² Cfr. allegato all'email dell'11 novembre 2016 all'interno del doc. isp. 278. Live Nation, in sede di audizione ha "specificato che i danni richiesti erano probabilmente attribuibili alla mancata quota percentuale che la SIAE trattiene dai diritti gestiti, sebbene trattandosi di licenza diretta in quel caso la SIAE non avrebbe dovuto trattenere nessuna provvigione. In altri termini, Live Nation si è trovata costretta a ignorare la volontà dell'autore e a versare a SIAE compensi per diritti di autore a lei in nessun caso spettanti in quanto dovuti ad autori non rientranti nel suo repertorio", cfr. doc. 215 – Verbale di audizione di Live Nation S.r.l.

¹⁴³ Live Nation rispondeva alla SIAE "... di aver ricevuto Licenza diretta dei diritti d'autore da parte ..., autori dei brani che saranno eseguiti dai Bamboo in apertura ai concerti di Marco Mengoni, ciò anche in riferimento al comma 4 art. 180 legge 633/41.

Pertanto Live Nation Italia S.r.l. e/o l'organizzatore della singola data, pagherà a SIAE il 95% dei diritti dovuti per l'artista Marco Mengoni e si impegna a versare direttamente ai signori ... il 5% fino ad un massimo di euro 1.000 (mille) per l'esibizione del gruppo Bamboo per tutte le date del tour.

Sarà quindi onere di Live Nation Italia S.r.l. raccogliere dai singoli organizzatori la quota sopra citata...[segue elenco concerti tutti del periodo nov.-dic. 2016]", cfr. allegato "Siae – Bamboo 201.pdf" mail del 9 novembre 2016 ore 18:36 e ore

seguito delle pressioni della SIAE, Live Nation scrive a Soundreef che *“la SIAE in questo momento ci impedisce di pagare a Soundreef anche solo per delega. Pertanto provvederemo a pagare direttamente gli autori/editori al ricevimento delle fatture”*¹⁴⁴.

II.5.3.2.3 Il Festival di Sanremo (gennaio 2017)

80. In data 19 gennaio 2017 la RAI ha trasmesso alla SIAE l’elenco delle opere musicali presentate dai partecipanti al 67° Festival chiedendo di verificare, come di consueto, il loro regolare deposito¹⁴⁵. Secondo la ricostruzione della SIAE, nell’elenco delle opere musicali inviate da RAI “[c]i sono 4 [autori] Soundreef. *Quelli dei quali rai non indica estremi di deposito*”¹⁴⁶. Per gestire queste opere, la SIAE elabora una strategia parzialmente diversa da quella sin qui descritta.

81. In particolare, la SIAE introduce nelle bozze della lettera da inviare a RAI modifiche effettuate *“ai seguenti fini: (iii) introdurre il principio che le nostre licenze sono "a corpo" e non "a misura" (noi vendiamo, a fronte di un prezzo x, il nostro repertorio qualunque esso sia e qualunque sia il peso di esso nella singola programmazione); (iv) lasciare aperto il campo ad una interpretazione del 180 per effetto del quale noi incassiamo anche quando non abbiamo mandato (sul punto credo sarà necessario un attento approfondimento del 5 comma dell'art. 180)”*¹⁴⁷. In questo contesto, la SIAE arriva quindi ad affermare chiaramente che anche in presenza di co-autori Soundreef *“...può e deve gestire l'opera per intero. La ripartizione è altra questione e per essa soccorre il 5 comma del 180 dove si dice che "nella ripartizione dei proventi in ogni caso" (cioè anche quando l'autore gestisce direttamente i suoi diritti), se Siae incassa "una quota deve essere riservata all'autore".*

*Quindi anche per i Soundreef boys autorizziamo e incassiamo noi e poi (dopo esserci "accorti" che l'autore non ci ha dato mandato) riserviamo una quota all'autore ovviamente applicando la nostra provvigione”*¹⁴⁸.

19:18 all’interno del doc. isp. 42. In allegato alla sopramenzionata email di Live Nation vi è anche la licenza di diritti di autore inviata dagli autori del Gruppo Bamboo a Live Nation e che contiene anche la delega all’incasso in favore di Soundreef, attività contestata dalla SIAE anche in altri casi, cfr. doc. isp. 92 e doc. isp. 278.

¹⁴⁴ Cfr. email dell’11 novembre 2016 ore 19:31 avente ad oggetto *“Re: Permesso Bamboo – Live Nation”*, del doc. 222.

¹⁴⁵ Cfr. allegato *“67° Festival di Sanremo.pdf”* all’email del 19 gennaio 2017 del doc. isp. 437.

¹⁴⁶ Cfr. Email interna SIAE del 19 gennaio 2017 del doc. isp. 437. Cfr. anche doc. isp. 771, *“Split opere Sanremo”* nel quale sono indicate le percentuali DEM spettanti a Soundreef.

¹⁴⁷ Cfr. email interna SIAE del 21 gennaio 2017 ore 11:00 all’interno del doc. isp. 526.

¹⁴⁸ Cfr. email interna SIAE del 21 gennaio 2017 ore 19:19 all’interno del doc. isp. 526. Si perviene a una versione approvata dal Presidente della SIAE nella quale, da quanto emerge da uno scambio interno SIAE, *“tira dritto sulla tesi che [si è] cercato di evidenziare nelle precedenti mail. Ai sensi del 180:*

- SIAE è intermediario esclusivo

- l'autore può però esercitare direttamente i diritti della LdA

- in ogni caso (e quindi anche se l'autore non è iscritto a SIAE) SIAE al momento della ripartizione deve riservare una quota per l'autore.

Nel nostro caso:

- alcuni brani sono stati depositati in SIAE (non dagli autori di Soundreef ma dagli editori o da coautori) e quindi sono entrati (detti brani) nel repertorio tutelato da SIAE;

- anche tali brani sono automaticamente inclusi nelle licenze SIAE posto che tali licenze riguardano a corpo la tutela dell'intero repertorio di SIAE stessa;

- gli autori non SIAE possono sempre gestire direttamente i loro diritti (per la loro quota);

- ma in ogni caso, al momento della ripartizione, SIAE riserva anche agli autori non SIAE una quota di provento” Cfr. email interna SIAE del 22 gennaio 2017 ore 22:47 all’interno del doc. isp. 526. e cfr. Bozza di lettera a RAI doc. isp. 524. V. anche doc. isp. n. 481, *I ALCATRAZ DI MILANO concerto di Steel Panther del 28 09 2016 supporters Inglorious (BMI) Direct Licencing of the Live Public Performance Rights for Steel Panther (Italy).msg*, scambio e-mail del 28.09.2016-11.10.2016 per la tematica di incasso di compensi di autori stranieri.

II.5.3.2.4 La seconda fase della strategia della SIAE

82. In uno scambio di email interno alla SIAE, del primo marzo 2017, si parla di come gestire i concerti Bonde Redhead del 23 luglio 2016 e di Andrew Bird del 30 Ottobre 2016 eseguiti all'Auditorium Parco della Musica di Roma¹⁴⁹. Da questa email si evince chiaramente il cambio di fase della strategia della SIAE a partire dal 2017 nei confronti di Soundreef. In particolare, la Fondazione Musica per Roma “chiede “con urgenza” alla Filiale di Roma [SIAE] quali siano la quota SIAE e quella NON SIAE con riguardo agli eventi da questa organizzati”¹⁵⁰ appena menzionati. In particolare, si ritiene “necessario affrontare anche questa situazione in occasione dell’incontro sul tema Soundreef di lunedì prossimo. Difatti, i suddetti concerti si sono entrambi svolti nel secondo semestre 2016, periodo nel quale SIAE nei confronti di Autori Soundreef dava applicazione al IV comma dell’art. 180, mettendo a disposizione degli organizzatori dei concerti con repertorio “misto”, alcuni giorni dopo l’evento, le somme non di competenza SIAE, per una successiva diretta consegna agli Autori. La strategia SIAE nel 2017 è mutata, con l’applicazione del V comma dell’art. 180. Oggi, pertanto, la quota di compenso per D. d’A. di competenza di un Autore non associato viene attribuita al medesimo non alcuni giorni dopo l’evento, bensì all’esito delle operazioni di ripartizione, ovvero anche diversi mesi dopo l’evento”¹⁵¹.

83. Come già anticipato in premessa, questa nuova fase della strategia della SIAE contro Soundreef trova riscontro in diverse occasioni e, in particolare, nell’ambito dei Tour di Renato Zero-Maurizio Fabrizio¹⁵², di Fedez-J Ax, di Giorgia¹⁵³, di Gigi D’Alessio e concerti di Nesli a Roma e a Milano¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Doc isp. 200.

¹⁵⁰ Doc. isp. 200.

¹⁵¹ Doc. isp. 200.

¹⁵² Doc. isp. 428, email del 23 gennaio 2017. Inoltre, nella lettera si ricorda che l’autore, in forza dell’art. 180 comma 4 LDA può raccogliere direttamente ma che “il fatto stesso che Maestro Michele Fabrizio si sia iscritto a Soundreef, che si qualifica come ente di gestione indipendente, implica che l’autore non ha esercitato direttamente i propri diritti. [A]ppare tuttavia chiaro che il Maestro Maurizio Fabrizio non abbia intrapreso tale gestione diretta, ma abbia deciso di avvalersi dell’intermediazione di un soggetto – Soundreef – che non può rilasciare licenze per le utilizzazioni in Italia. In ogni caso la SIAE – e ciò è assorbente - annovera nel proprio repertorio le opere del Maestro Maurizio Fabrizio, che risultano essere state regolarmente depositate anche dagli altri aventi diritto, tutt’ora associati SIAE.

Pertanto la licenza rilasciata da SIAE autorizza l’utilizzo anche di tali opere. Ovviamente, nel rispetto di quanto previsto dall’art 180 della legge n. 633/41, la SIAE riserverà direttamente a favore del M^o Maurizio Fabrizio la quota di sua spettanza”, doc. isp. 428, email del 23 gennaio 2017. Si noti che Maurizio Fabrizio ha revocato il proprio mandato alla SIAE il 20 dicembre 2016 che il rappresentante legale di quest’ultimo si lamenta di come la SIAE continui invece a gestire i suoi proventi, doc. isp. 279, email del 17 marzo 2017 e cfr. risposta SIAE in doc. isp 322, email del 28 marzo 2017.

¹⁵³ Su questo tour cfr. spec. le mail contenute all’interno del doc. 222, Documentazione pervenuta da Live Nation a seguito di richiesta di informazioni. Con riferimento al tour di Giorgia del marzo 2017, gli atti evidenziano che un brano del repertorio interpretato da Giorgia era stato composto da Adriano Pennino che aveva dato le dimissioni dalla SIAE e, pertanto, l’organizzatore aveva ricevuto una licenza diretta da parte dell’autore per il tramite di Soundreef. Di nuovo, la SIAE pretende l’intero pagamento degli incassi e a fronte delle pressioni della SIAE l’organizzatore procede in tal senso e le somme verranno messe a disposizione dell’autore solo a valle della ripartizione interna alla SIAE ai propri iscritti.

¹⁵⁴ Live Nation, ha affermato che con riferimento al Tour di Gigi d’Alessio di novembre/dicembre 2017 “l’autore ha stipulato con Live Nation una licenza diretta, delegando all’incasso dei diritti d’autore Soundreef. I concerti quindi includevano sia brani in tutto o in parte del repertorio SIAE (ad esempio, in alcuni casi si trattava di brani gestiti al 75% da SIAE e per il restante 25% da Soundreef) e cinque nuovi brani per i quali SIAE non ha mai avuto alcun tipo di mandato e che non sono mai entrati a far parte del suo repertorio. In questo contesto, Live Nation ha comunicato a SIAE che avrebbe corrisposto a quest’ultima i diritti d’autore per i brani in tutto o in parte del repertorio SIAE, adottando quindi un atteggiamento molto cautelativo nei confronti di quest’ultima perché Live Nation non ha tenuto conto della circostanza che per diversi brani il 25% dei diritti non erano di competenza SIAE; diversamente, per i cinque brani per i quali Gigi D’Alessio non aveva mai dato la

84. Nel 2017, Fedez e J-Ax hanno organizzato un Tour su tutto il territorio italiano e, in vista di tale Tour, l'Ufficio Coordinamento Territoriale e l'Ufficio Accordi della SIAE hanno inviato, l'8 marzo 2017, una comunicazione avente a oggetto “*Concerti degli artisti ‘Fedez e J-Ax’*” a tutte le Sedi territoriali¹⁵⁵. Nella comunicazione si segnalava che “*Soundreef Ltd sta[va] contattando ... gli organizzatori dei suddetti concerti [del tour] al fine di rilasciare licenze per le quote di opere musicali di cui Fedez (dal 1° gennaio 2017 non più associato SIAE) risult[ava] tra gli aventi diritto*”¹⁵⁶. In particolare, la SIAE sottolineava che, fra le opere di Fedez si annoveravano anche altri aventi diritto associati alla SIAE e che, “[p]ertanto, sulla base della vigente normativa, solo SIAE [era] legittimata a rilasciare licenze/permessi per i concerti in oggetto, fatto salvo – ovviamente – il rispetto di quanto previsto dall’art. 180, 4° e 5° comma, della legge 633/41. Secondo il 5° comma quale sarà la Società stessa a provvedere alla corresponsione agli autori non associati dei compensi a loro spettanti”¹⁵⁷. La SIAE, nella sua comunicazione, concludeva che “[p]er quanto premesso, in relazione ai concerti di Fedez e J-Ax gli organizzatori dov[evano] corrispondere a SIAE il 100% dei compensi per Diritto d’Autore, calcolati secondo quanto previsto dalle tariffe e dagli accordi vigenti”¹⁵⁸. Per questo tour, all’interno della SIAE, in particolare fra le posizioni di vertice, ci si concentra in un apposito promemoria¹⁵⁹, sui concerti di: Torino dell’11 marzo 2017¹⁶⁰; Casalecchio di Reno (Bologna) del 13 marzo 2017¹⁶¹; Firenze del 15 marzo 2017¹⁶² Padova del 7 aprile 2016¹⁶³. In tutti questi concerti, la dinamica delle condotte della SIAE è sostanzialmente la stessa:

rappresentanza a SIAE e che erano al 100% Soundreef. Live Nation ha comunicato a quest’ultima che avrebbe seguito le indicazioni fornite dallo stesso autore, corrispondendo quindi i diritti d’autore a Soundreef in qualità di mero soggetto delegato all’incasso del pagamento. Per tutta risposta, SIAE ha affermato di avere l’esclusiva in Italia per l’intermediazione dei diritti d’autore anche a seguito del recepimento della Direttiva Barnier e che pertanto la totalità dei compensi derivanti dal diritto d’autore dell’evento doveva essere corrisposto a SIAE, ivi inclusi il compenso per i cinque brani mai rientranti nel suo repertorio. Inoltre, SIAE ancora oggi non ha emesso fattura per i diritti pagati da Live Nation sui brani del repertorio SIAE, quando invece la prassi commerciale che la stessa SIAE segue è di emettere la fattura lo stesso giorno o comunque molto a ridosso del ricevimento del pagamento. SIAE infatti ha accettato i pagamenti con riserva, poiché ritiene che il 100% dei compensi, compresi quelli relativi ai 5 brani 100% Soundreef, dovevano esserle corrisposti. La mancata fatturazione crea dei problemi a Live Nation perché per chiudere il bilancio si è dovuto fare un accertamento da fattura da ricevere e soprattutto perché gli importi pagati a SIAE sono costi che tuttavia, finché non c’è la fattura, non si possono detrarre ai fini fiscali (che abbatta l’imponibile) e di cui non si può dedurre l’IVA”, cfr. doc. 215 – Verbale di audizione Live Nation S.r.l. e cfr. doc. 222 documentazione relativa a “Gigi D’Alessio 2017”, inviata da Live Nation in data 14 marzo 2018; sia nel corso dell’audizione che nella documentazione successivamente trasmessa, l’organizzatore ha fornito analoghi elementi anche per i concerti Nesli.

¹⁵⁵ A titolo esemplificativo si veda la comunicazione inviata alla Sede territoriale di Torino l’8 marzo contenuta come allegata nello scambio di email interne alla SIAE del 30 marzo 2017 (doc. isp. 325).

¹⁵⁶ Cfr. allegato “nota prot. 255-2017” all’email interna SIAE del 30 marzo 2017, doc. isp. 325.

¹⁵⁷ Cfr. allegato “nota prot. 255-2017” all’email interna SIAE del 30 marzo 2017, doc. isp. 325.

¹⁵⁸ Cfr. allegato “nota prot. 255-2017” all’email interna SIAE del 30 marzo 2017, doc. isp. 325. Infatti, dalla documentazione presente agli atti, risulta che, in occasione del tour, gli autori, Leonardo Federico Lucia (in arte Fedez) e Vincenzo Catanzaro, e l’editore Soundreef Publishing s.r.l., hanno rilasciato licenze dirette ex art. 180 comma 4 LDA, cfr. email del 28 marzo 2017 e email del 27 marzo 2017 all’interno del doc. isp. 254.

¹⁵⁹ Promemoria interno al doc. isp. 325 (mail interna del 30 marzo 2017).

¹⁶⁰ Su concerto di Torino cfr. doc. isp. 325, mail interna del 30 marzo 2017; doc isp. 66, allegato “*Concerto Fedez/J-Ax Torino – LIQUIDAZIONE DIRITTI D’AUTORE*”; doc. isp. 480

¹⁶¹ Cfr. doc. isp. 325, si noti che con l’organizzatore di questo concerto si è poi innescato un contenzioso con Soundreef tuttora in corso.

¹⁶² Cfr. doc. isp. 325, mail interna del 30 marzo 2017 e doc. isp. 254, mail Soundreef a P.R.G. Firenze S.r.l. del 27 marzo 2017.

¹⁶³ Cfr. doc. isp. 325.

- almeno un coautore coinvolto nell'evento non è iscritto alla SIAE e ha in essere una licenza diretta con l'utilizzatore e un contratto di consulenza con Soundreef, delegata anche all'incasso del pagamento;
- l'utilizzatore è disposto, rispettando la volontà dell'autore non iscritto alla SIAE, a versare i compensi direttamente a quest'ultimo, per il tramite di Soundreef;
- la SIAE esercita ripetute pressioni –anche prospettando l'esercizio del recupero del credito coattivo (vale a dire l'applicazione dell'art. 164 LDA¹⁶⁴) - per ottenere il pagamento dell'intero;
- nei casi in cui i brani non sono depositati presso la SIAE da nessuno dei coautori, la SIAE esercita anche pressioni sugli editori suoi iscritti perché procedano in tal senso¹⁶⁵.

85. Infine, la SIAE ha posto in essere la strategia sopra descritta anche nell'ambito degli eventi musicali minori (i c.d. concertini). A fine luglio 2016, a livello dirigenziale, viene condiviso “*un breve memorandum per la rete territoriale*” avente ad oggetto “*Soundreef – istruzioni per la rete territoriale*”¹⁶⁶; da questa documentazione emerge che nel caso della presenza di coautori Soundreef, la SIAE raccoglie il 100% dei compensi, manlevando l'organizzatore da ogni causa azionata da Soundreef, e solo dopo aver fatto i propri controlli, restituisce parte dei compensi che non sono di sua competenza all'organizzatore, assicurandosi che questi ultimi li corrispondano direttamente ai relativi autori. Le istruzioni impartite dalla SIAE alla rete territoriale sono state seguite in diverse circostanze¹⁶⁷.

Inoltre, come già richiamato nell'ambito della strategia complessiva elaborata dalla SIAE per delegittimare Soundreef innanzi agli utilizzatori, ad aprile 2017, la SIAE ha predisposto una lettera da inviare alle associazioni di categoria per la musica d'ambiente e i concertini nella quale, alla luce del

¹⁶⁴ Cfr. doc. isp. 66, infra mail SIAE Filiale Torino a The Base del 27 marzo 2017, ore 17.48.

¹⁶⁵ Cfr. doc. isp. 162 (7 aprile 2017).

¹⁶⁶ Email del 26 luglio 2016, doc. isp. 186, dove viene descritta la procedura che la rete territoriale deve seguire in presenza di concerti con soli brani Soundreef:

“- non rilasciare il permesso;

- rilasciare il programma musicale solo se richiesto dall'organizzatore (ipotesi che difficilmente si potrà verificare) o rilasciare in ogni caso il programma musicale in quanto la sua compilazione è adempimento previsto dalla legge, ex art. 51 del regolamento di esecuzione della Legge sul D.d'A. (in tale seconda ipotesi, avremmo la possibilità di confrontare quanto dichiarato dal direttore delle esecuzioni con quanto eventualmente rilevato dall'Ufficio Tecnico Musicale con registrazione riservata);

- avvisare immediatamente, per il tramite della Sede di appartenenza, l'Ufficio Coordinamento Territoriale che, a sua volta, interesserà l'Ufficio Tecnico Musicale per l'eventuale rilevazione musicale riservata di competenza e, per finalità informative, Divisione Rete Territoriale, Servizio Legale, Divisione Musica e Ufficio Accordi”. Nel caso di concerti con repertori misto e, soprattutto in questo ultimo caso, la SIAE prevede di:

“-rilasciare il permesso;

- rilasciare il programma musicale;

- incassare anticipatamente l'intero compenso Dem ovvero costituire deposito cauzionale di pari importo

- qualora l'organizzatore lo richieda, assicurarlo che la SIAE interverrà in eventuali cause azionate da Soundreef, manlevandolo dalle pretese di quest'ultima;

- avvisare immediatamente, per il tramite della Sede di appartenenza, l'Ufficio Coordinamento Territoriale che, a sua volta, interesserà l'Ufficio Tecnico Musicale per l'eventuale rilevazione musicale riservata di competenza e, per finalità informative, Servizio Legale, Divisione Rete Territoriale, Divisione Musica e Ufficio Accordi;

- qualora dall'esame del programma musicale dovessero risultare effettivamente brani di uno o più autori non tutelati, SIAE restituirà all'organizzatore parte dei compensi incassati in quanto di spettanza di tali autori, purché abbiano deciso di agire senza intermediazione (anche se poi detti compensi verranno probabilmente versati a Soundreef)”.

¹⁶⁷ Cfr. doc. isp. n. 48, n. 47, n. 30 e n. 32. Cfr. anche email dell'8 febbraio 2017 ore 18:57 all'interno del doc. isp. 64 dell'8 febbraio 2017 ove è presente si invia un prospetto in cui sono riepilogati gli ultimi eventi “Minori” (i.e. concertini, arte varia, cinema, ballo) dove è stato utilizzato repertorio Soundreef.

d.lgs. 35/2017, SIAE ribadisce il pieno mantenimento del proprio monopolio, persino con riferimento alla musica d'ambiente¹⁶⁸.

II.5.3.3 Le licenze con le emittenti TV: Mediaset, RAI e Sky

II.5.3.3.1 Premessa

86. L'emittenza radiotelevisiva rappresenta il secondo canale più importante per la SIAE in termini di incassi di diritti d'autore. Nel 2016, la SIAE ha incassato 186,6 milioni di euro. Larga parte di questi incassi sono riconducibili agli accordi conclusi dalla SIAE con gli emittenti televisivi, soprattutto quelli a rilevanza nazionale¹⁶⁹ che utilizzano tutte le tipologie di repertori (Musica; DOR; Lirica; OLAF; Cinema) che sono oggetto di intermediazione da parte della SIAE.

87. Dalla documentazione in atti si evince che i contratti stipulati fra la SIAE e le principali emittenti italiane, ovvero Rai, RTI e Sky, sono scaduti anche da diversi anni, in alcuni casi addirittura dal 2011 e continuano ad operare sulla base di un regime di *prorogatio*.

Questi contratti presentano delle criticità in relazione ai seguenti profili di seguito dettagliati. Nelle licenze della SIAE sono incluse opere di autori non iscritti a quest'ultima e, in coerenza con tale approccio, i corrispettivi della SIAE sono calcolati senza tener conto della rappresentatività della *collecting* nel tempo. Tenuto conto del contesto specifico di mercato in cui si inseriscono, il regime di *prorogatio* in base al quale, anche anni dopo la scadenza del contratto, la SIAE continua a percepire gli stessi incassi a prescindere dalla possibile evoluzione concorrenziale dei mercati che potrebbe portare a una modifica della rappresentatività.

L'attività istruttoria svolta ha portato ad evidenziare che gli stessi profili critici presenti nei contratti in essere sono presenti anche nelle nuove licenze generali che la SIAE ha pubblicato alla vigilia dell'entrata in vigore del Decreto fiscale e che sono alla base delle rinegoziazioni in corso.

¹⁶⁸ Cfr. email dell'11 aprile 2017 ore 00:02 all'interno del doc. isp. 484 e email dell'11 aprile 2017 ore 14:04 all'interno del doc. isp. 330, ove la SIAE "*desider[a] richiamare [] sugli effetti del Decreto Legislativo n. 35 del 15 marzo 2017 ... Il Decreto ribadisce e conferma, in più punti, le previsioni dell'art 180 della legge n. 633/41, che riserva alla SIAE - in via esclusiva - l'attività di intermediazione diretta o indiretta del diritto d'autore, attuata in ogni forma, per tutte le tipologie di utilizzazioni che avvengono in Italia con l'unica eccezione dei diritti on line.*

Le nuove norme sgombrano pertanto il campo da qualsiasi diversa interpretazione ribadendo che la SIAE è l'unico soggetto legittimato ad attività di intermediazione del diritto d'autore (per conto e nell'interesse dei suoi titolari).

Al fine di consentirvi una corretta informazione ai vostri associati, dunque, riteniamo necessario puntualizzare che la stipula di contratti con qualsiasi altro soggetto - italiano o straniero- che si proponga quale intermediario del diritto d'autore in luogo della SIAE costituisce inevitabilmente un atto di violazione della legge vigente. E lo stesso avviene in caso di svolgimento di attività che risultino comunque in contrasto con il citato art. 180 della legge n. 633/41.

Quanto sopra sia con riferimento all'utilizzo di brani musicali in spettacoli o trattenimenti, sia con riguardo alla cosiddetta "Musica d'Ambiente".

La SIAE, com'è naturale, assumerà ogni opportuna iniziativa a tutela degli aventi diritto per il caso di violazione delle norme e dei principi sopra richiamati.

Peraltro, non possiamo non sottolineare come ai sensi dell'art. 41, comma 2, del citato decreto legislativo 35/2017 siano aggiunte, alle prerogative di SIAE, specifiche sanzioni (ad opera l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, nei confronti della quale SIAE stessa si potrà avvalere del diritto di segnalazione); invero "salvo che il fatto non costituisca reato, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni applica le sanzioni amministrative pecuniarie da 20.000 euro a 100.000 euro a chiunque violi gli obblighi di cui agli articoli 4, commi 1, 2 (...)" (tra i quali per l'appunto l'esclusiva SIAE).

Riteniamo pertanto opportuno che la vostra associazione informi adeguatamente i propri aderenti sulla normativa richiamata".

¹⁶⁹ Nel Bilancio SIAE 2016 si afferma infatti che "*il settore [dell'emittenza] ha fatto registrare complessivamente un notevole incremento (+€ 6,96 milioni, pari a +3,9% sul 2015) riconducibile alla finalizzazione degli accordi con Mediaset-RTI per le Sezioni Musica e Cinema*" e "*Con riferimento al solo settore dell'emittenza occorre osservare che gli incassi del 2016 hanno registrato nel complesso un aumento significativo grazie alla conclusione di diversi accordi fra cui si segnalano gli accordi con Mediaset-RTI che hanno permesso di coprire tutte le utilizzazioni su tutti i canali della emittente*".

Inoltre, nel corso dell'istruttoria, i contratti SIAE/Sky sono divenuti oggetto di una crescente tensione sfociata nella notificazione di un atto di precetto *ex art. 164 LDA* di cui si darà di seguito conto.

88. Prima di entrare nel merito delle condotte, la Tabella che segue offre un quadro di insieme dei contratti in essere con le emittenti, con la relativa scadenza¹⁷⁰.

Tabella contratti

Fonte: documentazione SIAE doc. 206 all. 12.

Repertorio	Emittente	Forma di utilizzazione	Data decorrenza	Data scadenza
MUSICA, DOR, LIRICA, OLAF	RAI COM S.P.A.	TV SATELLITARE	01/01/2017	31/12/2018
MUSICA, DOR, LIRICA, OLAF	RAI-RADIOTELEVISIONE ITALIANA S.P.A.	TV DIGITALE TERRESTRE	01/01/2009	31/12/2011
MUSICA, DOR, LIRICA, OLAF	RAI-RADIOTELEVISIONE ITALIANA S.P.A.	ON-LINE	01/01/2009	31/12/2011
CINEMA (EQUO COMPENSO)	RAI-RADIOTELEVISIONE ITALIANA S.P.A.	TV DIGITALE TERRESTRE/ON LINE	01/01/2001	31/12/2013
MUSICA	RTI- RETI TELEVISIVE ITALIANE S.P.A.	TV DIGITALE TERRESTRE	01/01/2014	31/12/2016
CINEMA (EQUO COMPENSO)	RTI- RETI TELEVISIVE ITALIANE S.P.A.	TV DIGITALE TERRESTRE/ON LINE	01/01/2016	31/12/2020
DOR, LIRICA, OLAF	RTI- RETI TELEVISIVE ITALIANE S.P.A.	TV DIGITALE TERRESTRE	01/01/2004	31/12/2016
MUSICA	RTI- RETI TELEVISIVE ITALIANE S.P.A.	ON-LINE	01/01/2014	31/12/2016
MUSICA, DOR, LIRICA, OLAF	SKY ITALIA S.R.L.	TV SATELLITARE/DIGITALE/PPV/ON LINE	01/07/2014	30/06/2017
CINEMA (EQUO COMPENSO)	SKY ITALIA S.R.L.	TV SATELLITARE/DIGITALE/PPV/ON LINE	01/07/2014	30/06/2017

II.5.3.3.2 Caratteristiche comuni dei contratti

89. Ciascuno dei principali emittenti ha stipulato accordi avente ad oggetto l'utilizzazione dei repertori Musica, Lirica, DOR, Olaf della SIAE, nonché il repertorio Cinema attraverso i contratti stipulati per l'incasso del c.d. equo compenso cinema *ex art. 46bis LDA*.

¹⁷⁰ All'eccezione di quelli stipulati con Rai com (stipulato in data 27/12/2016 e in scadenza il 31/12/2018) e con Rti (stipulato in data 01/02/2016 e in scadenza il 31/12/2020).

90. In particolare, nei contratti non sono allegati i repertori della SIAE (i.e. autori e relative opere) ma, da quanto risulta dalla documentazione presente agli atti, la SIAE ha affermato espressamente di rilasciare tipicamente licenze “necessariamente *“in bianco”* che (altrettanto necessariamente per la massima tutela del diritto d’autore in sé considerato) copre qualunque utilizzazione, relativa sia ai diritti dei soci che a quelli dei non soci”¹⁷¹. Inoltre, nei contratti Cinema stipulati con le emittenti nazionali vi sono clausole che prevedono espressamente che la SIAE manlevi tali emittenti da “qualsivoglia richiesta e/o pretesa anche a carattere giudiziale avanzata da Autori che non abbiano ancora incaricato SIAE di gestire il proprio diritto all’equo compenso disciplinato dall’art. 46-bis LDA, nei limiti delle condizioni previste dal presente Accordo”¹⁷².

Tutti i contratti si basano su tariffe forfettarie ancorate ai ricavi degli utilizzatori attraverso l’applicazione di aliquote e coefficienti che variano ad esempio a seconda della tipologia di programmazione, del tipo di canale (i.e. canali musica, generalisti, sportivi)¹⁷³ ed è previsto che le emittenti debbano versare degli acconti¹⁷⁴.

Inoltre, la quasi totalità dei contratti contiene clausole di *prorogatio* che, nei casi di specie, sono state utilizzate strumentalmente per ostacolare le licenze degli utilizzatori con i concorrenti.¹⁷⁵

¹⁷¹ Risposta SIAE del 5 settembre 2017 alla richiesta di informazioni contenuta nel verbale di audizione del 24 luglio 2017 (doc. 129).

Tale principio è confermato anche laddove la SIAE sostiene che: “[a]i sensi del 180:

- SIAE è intermediario esclusivo

- l'autore può però esercitare direttamente i diritti della LDA

- in ogni caso (e quindi anche se l'autore non è iscritto a SIAE) SIAE al momento della ripartizione deve riservare una quota per l'autore.

Nel nostro caso:

- alcuni brani sono stati depositati in SIAE (non dagli autori di Soundreef ma dagli editori o da coautori) e quindi sono entrati (detti brani) nel repertorio tutelato da SIAE;

- anche tali brani sono automaticamente inclusi nelle licenze SIAE posto che tali licenze riguardano a corpo la tutela dell'intero repertorio di SIAE stessa [...]” (doc. isp. n. 526, Re R R R RAI SANREMO.msg)

¹⁷² Doc. 206, all. 10, Contratto Equo Compenso SIAE/Sky, lett. h) p. 2; doc. 206, all. 13d, Contratto Equo Compenso SIAE/Mediaset, art. 26.3 p. 14; doc. 218, all. 4, Contratto Equo Compenso SIAE/RAI, art. 4, pag. 4.

¹⁷³ Talvolta tali aliquote e/o coefficienti sono fisse o è previsto un minimo garantito come ad esempio per i Servizi Multimediali.

In particolare, con riguardo alla determinazione dei compensi, RAI afferma che essi differiscono a seconda del repertorio utilizzato e che, quindi, per la Musica “[L]’aliquota percentuale è più alta per i canali caratterizzati da una programmazione con più elevato contenuto musicale”, doc. 218, all. 1.

Per il cinema, Rai corrisponde agli autori un’equa remunerazione (c.d. Equo compenso di cui all’artt. 46 e 46 bis della LDA) la quale è determinata da accordi con la SIAE. Rai afferma che per gli anni 1998-2008, i compensi concordati erano forfettari e che per gli anni successivi, anche a causa della sempre maggiore diffusione di utilizzazioni di opere tutelate sui Canali Tematici e sul Web, non è stato raggiunto un accordo e che, “[p]er tale ragione, nel 2012 SIAE ha ritenuto di adire un procedimento arbitrale ... per la determinazione dell’Equo Compenso Cinema dovuto da Rai per gli anni dal 2009 al 2011”, doc. 218, all. 1. La Rai specifica che il procedimento arbitrale si è concluso il 16 luglio 2013 e ha determinato l’equo compenso distintamente per le tre tipologie di offerta: canali tv generalisti, canali tv tematici, web e che “[i] parametri presi a riferimento dal Collegio Arbitrale per la determinazione di quanto dovuto sono stati essenzialmente due: i ricavi da canoni e pubblicità, da un lato, e i minuti di utilizzazione delle opere, dall’altro”. Rai asserisce che per gli anni successivi all’arbitrato, le parti hanno determinato l’equo compenso ispirandosi agli stessi criteri, doc. 218, all. 1.

Per Mediaset, il calcolo dei compensi segue un principio simile a quanto già descritto nei rapporti con la RAI, cfr. ad esempio, doc. 206, all. 13c pp. 8 e 9 e doc. 206, all. 13a. Anche per Sky si segue un principio analogo, cfr. art. 31 p. 22 del doc. 206, all. 15.

¹⁷⁴ Ad esempio, per Rai cfr. doc. 218, all. 1.

¹⁷⁵ Ad esempio, in diversi contratti sono previste clausole del tipo: “Successivamente alla scadenza del presente Accordo e fino alla stipula di una nuova intesa, ... è tenuta ad ottemperare alle condizioni del presente Accordo ... in particolare relativamente al pagamento degli acconti”, cfr. art. 15.7 p. 12, doc. 206, all. 10.

91. Sui contratti appena descritti, è stato evidenziato nel corso del procedimento che le licenze della SIAE non tengono conto: “... dell’uso effettivo di musica in termini di tempo musica... della effettiva rappresentatività della *collecting*, a differenza di quanto fanno altre *collecting* anche in Italia che ad esempio parametrano i propri compensi alla rappresentatività dei propri mandanti ...” (vale a dire Nuovo Imaie con riferimento ai diritti connessi)¹⁷⁶.

Questi contratti non sarebbero altresì coerenti con le *best practice* sviluppatesi in ambito europeo, come in Spagna, dove la SGAE (*Sociedad General de Autores y Editores*), fra i criteri per la determinazione delle tariffe, considera il grado ed intensità dell’uso del repertorio amministrato; la rilevanza del repertorio amministrato per l’utilizzatore; le dimensioni del repertorio amministrato dalla *collecting*; il valore economico del servizio reso dalla *collecting*; le tariffe riconosciute dalla *collecting* ad altri utilizzatori, con la precisazione che qualora più utilizzatori paghino tariffe diverse, a parità di condizioni, la *collecting* è obbligata a far pagare a tutti la tariffa più bassa (non quella più alta); tariffe riconosciute dalle *collecting* in altri paesi dell’UE¹⁷⁷.

II.5.3.3.3 La rinegoziazione dei contratti e le nuove condizioni di licenza generali della SIAE

92. La SIAE ha pubblicato a ridosso della liberalizzazione di cui al d.lgs. n. 35/2017, le nuove condizioni generali di licenze che conservano una struttura molto simile a quelle del 1993. In particolare, per la Musica, i Grandi Diritti e il Cinema, la SIAE: non allega il repertorio e rinvia al proprio sito per consultare gli elenchi delle proprie opere amministrato¹⁷⁸; ancora le proprie tariffe ai ricavi¹⁷⁹; prevede delle clausole di *prorogatio* delle licenze scadute per un massimo di sei mesi¹⁸⁰. Inoltre, nelle licenze Cinema, per le Emittenti TV nazionali, DTT e satellitari, è prevista la manleva già presente nei contratti in essere “¹⁸¹ e analoghe clausole si riscontrano nei contratti DOR, Lirica e Olaf, con la specificazione dell’importo massivo garantito pari al “*OMISSIS*” % dell’ultimo compenso annuo corrisposto¹⁸². In tutte le licenze, tranne quelle per i Grandi Diritti, vi sono clausole che prevedono il versamento da parte delle emittenti di acconti bimestrali¹⁸³.

¹⁷⁶ Doc. 205, *Risposta alla richiesta di informazioni dell’Autorità del 6 dicembre 2017*.

¹⁷⁷ Doc. 205, *Risposta alla richiesta di informazioni dell’Autorità del 6 dicembre 2017*.

¹⁷⁸ Ad esempio nel contratto di licenza Musica per Emittenti TV DTT, all’art. 8, comma 2, si afferma che “*Sul sito SIAE all’indirizzo www.siae.it sono consultabili gli elenchi delle opere amministrato con indicazione dei relativi titolari dei diritti, nonché l’elenco degli accordi conclusi fra SIAE ed altri Organismi di Gestione Collettiva e/o eventuali Entità di Gestione Indipendente*.

3. *Sul medesimo sito sarà consentito alla Licenziataria l’accesso ad ulteriori informazioni ai sensi del comma 2 dell’art. 27 del D.Lgs. 15 marzo 2017 n.35*”; Analoghi articoli sono presenti nelle licenze musica per emittenti TV Nazionali e Satellitari, nelle Licenze Cinema, DOR, Lirica e Olaf per emittenti TV nazionali, DTT e satellitari.

¹⁷⁹ Ad esempio, si veda art. 11 contratto di licenza Musica per Emittenti TV DTT e analoghi articoli sono riscontrabili nelle licenze musica per emittenti TV Nazionali e Satellitari, nelle Licenze Cinema, DOR, Lirica e Olaf per emittenti TV nazionali, DTT e satellitari.

¹⁸⁰ Ad esempio, si veda art. 31.4 contratto di licenza Musica per Emittenti TV DTT e analoghi articoli sono riscontrabili nelle licenze musica per emittenti TV Nazionali e Satellitari, nelle Licenze Cinema, DOR, Lirica e Olaf per emittenti TV nazionali, DTT e satellitari.

¹⁸¹ Si veda, ad esempio, l’art. 29 della licenza Cinema per Emittenti TV satellitari: la “*SIAE manleva [l’emittente TV] in relazione a qualsivoglia richiesta e/o pretesa anche a carattere giudiziale avanzata da Autori che abbiano diritto all’equo compenso disciplinato dall’art 46-bis LdA, nei limiti delle condizioni previste dal presente Accordo*”

¹⁸² Si veda, ad esempio, l’art. 30 della licenza DOR per Emittenti TV satellitari.

¹⁸³ Ad esempio, si veda art. 19 della licenza Musica per Emittenti TV DTT.

93. Le emittenti sentite nel corso del procedimento hanno entrambe rilevato criticità su queste nuove condizioni e sul processo di rinegoziazione.

Al riguardo, i documenti ispettivi infatti evidenziano che la SIAE teme il “rischio concreto di disintermediazione sul broadcasting”¹⁸⁴, in quanto le forme di utilizzazione delle emittenti sono quelle più prossime al settore *on-line* e che può potenzialmente essere oggetto di licenze dirette da parte degli utilizzatori, o di licenze multi-territoriali o di licenze negoziate ad un livello non più meramente domestico¹⁸⁵.

94. In via generale, sul processo di rinegoziazione, un'emittente ha affermato che “sono [quindi] in corso di rinegoziazione i contratti di licenza per tutti i repertori SIAE che varranno per l'anno 2018. [...]...L'entrata sul mercato di nuovi operatori rende necessaria una diversa impostazione delle modalità con cui debbono essere calcolati i diritti d'autore da versare alle diverse collecting perché non è più scontato che RAI utilizzi solo il repertorio SIAE. ...”¹⁸⁶.

L'altra emittente rileva la stipulazione dei contratti con la SIAE sopra descritti e il processo di rinegoziazione è incentrato su un sistema che vede tutti i repertori in capo a una sola *collecting* ovvero la SIAE e ciò costituisce un *unicum* nel panorama europeo¹⁸⁷.

95. Se già il tema della rappresentatività è un punto critico dei contratti già stipulati e sopra descritti, questo profilo emerge in termini ancora più significativi nella prospettiva della stipula delle nuove licenze. Sul punto, un'emittente ha affermato che “dopo la modifica all'art. 180 LDA intervenuta a ottobre 2017 ..., terrà conto della possibile utilizzazione di repertori di autori non rappresentati da SIAE ma da altre collecting [come ad esempio Lea]..., in un'ottica di liberalizzazione, deve anche essere ripensato il concetto di rappresentatività delle collecting. Non è necessariamente corretto sostenere che la rappresentatività di una collecting debba essere parametrata alla numerosità degli autori rappresentati: un utilizzatore può utilizzare in misura prevalente opere di repertori di collecting che non sono necessariamente quelle che rappresentano il maggior numero di autori e, in questo caso, sarebbe corretto che ogni collecting riceva compensi parametrati sull'effettivo uso del proprio repertorio e non in funzione del numero degli autori dalla stessa rappresentatiladdove non si riuscisse a chiudere con SIAE, RAI difficilmente riuscirebbe a concludere un accordo con LEA, per le necessarie interdipendenze tecniche ad esempio in termini di rappresentatività”¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Doc. isp. 795 allegato all'email p. 58. *Piano Strategico 2016-2020*; tale rischio è associato all'estensione delle modalità di raccolta del multimediale agli emittenti televisivi. La SIAE, infatti, osserva che “[i] “Grandi repertori” attraverso SOLAR [(società che gestisce i diritti del repertorio Musica di EMI Music Publishing e Sony/ATV)] potrebbero negoziare direttamente con RAI utilizzando il modello di claiming del multimediale ... [i]l rischio per SIAE è di perdere parte dei circa “OMISSIS” M€ che oggi intermedia per conto della RAI”.

¹⁸⁵ Si ricorda infatti che, nella decisione della Commissione Cisac, le utilizzazioni delle opere *on-line*, via satellite e *on-line* sono tra loro assimilate.

¹⁸⁶ Doc. 179.

¹⁸⁷ L'emittente ha rilevato che il ruolo della SIAE rappresenta “...un *unicum* nel panorama europeo insieme soltanto ad EAU ed AKKA-LLA, le *collecting* degli autori rispettivamente in Lettonia ed Estonia, che però non sembrano poter assurgere a modelli di *best practice*...”; in “altri Paesi europei si assiste ad una forte specializzazione delle *collecting*, nel senso che, in ciascun specifico settore (musicale, teatrale, della letteratura, delle arti figurative, della copia privata, etc), esiste una *collecting* specializzata, per l'appunto, nella gestione del relativo repertorio. Per giunta non sono rari i casi in cui, anche all'interno del medesimo settore (ad esempio di quello musicale, o delle arti figurative o della letteratura), esista una pluralità di soggetti concorrenti” e questa “OMISSIS”, doc. 205, *Risposta alla richiesta di informazioni dell'Autorità del 6 dicembre 2017*.

¹⁸⁸ Doc. 179.

Anche l'altra emittente ha rilevato che i nuovi *standard* non tengono conto della rappresentatività della SIAE e, quindi, limitano la possibilità che gli utilizzatori stipulino licenze con altre *collecting* 189.

In questo contesto, entrambe le emittenti TV sentite nel corso del procedimento hanno chiesto a SIAE informazioni più puntuali sulla rappresentatività, senza ricevere ancora adeguato riscontro se non un rinvio alle informazioni disponibili sul sito *web* di SIAE¹⁹⁰.

96. Parimenti, sulle tariffe è stato rilevato che queste ultime sono sempre ancorate ai ricavi delle emittenti senza essere ancorate all'uso effettivo dell'opera e alla rappresentatività della SIAE e, quindi, ostacolano la negoziazione con altre *collecting*. Il tema delle tariffe è infatti uno snodo assolutamente centrale; al riguardo, è stato rappresentato che *“Se fino a ieri RAI poteva riservare una percentuale dei propri proventi al versamento dei diritti d'autore a SIAE, oggi questa stessa percentuale deve tenere conto dell'esistenza anche di altri soggetti; se così non fosse, RAI sarebbe esposta a un indebito aumento dei costi a parità di opere musicali complessive utilizzate. I contratti standard di SIAE sono per questo aspetto oggetto di esame da parte di RAI essendo stati predisposti in vigenza del regime di esclusiva e, quindi, strutturati come se gli utilizzatori continuassero a usare solo repertori SIAE; sul punto saranno, pertanto, svolte le necessarie rinegoziazioni”*¹⁹¹.

Più nel dettaglio, per parametrare le tariffe ad un uso effettivo delle opere, un'emittente ha rilevato che *“[p]er utilizzare il sistema analitico nel settore musica, sarebbe necessario la diffusione su larga scala di un sistema trasparente, con data base accessibili agli utilizzatori e dai quali trarre informazioni accurate e aggiornate su ogni singola opera utilizzata. Un uso massiccio di questi data base ad oggi ancora manca sul mercato ma, in un mutato scenario con più *collecting*, sono informazioni necessarie agli utilizzatori che avrebbero difficoltà a reperirle autonomamente”*¹⁹².

97. Nel corso del procedimento, è stata sentita anche Soundreef che ambisce a stipulare licenze dirette con gli utilizzatori e ora ha affidato la gestione del suo repertorio a LEA, che ha analoghi intendimenti. Al riguardo, Soundreef ha rilevato che *“[I]l contratto, così come accaduto per il 2017, sarà con ogni probabilità forfettario, in base al quale SIAE vende il 100% dei diritti sulle opere musicali del suo repertorio che saranno o meno utilizzate dalle emittenti. SIAE può concludere un contratto simile poiché è esclusivista sul proprio repertorio e perché le altre *collecting* straniere*

¹⁸⁹ Cfr. doc. 164, *Verbale di audizione del 6 dicembre 2017*: *“i nuovi standard SIAE contengono una clausola di manleva limitata e così facendo esclude che vi siano meccanismi automatici di riduzione dei corrispettivi proporzionati alla riduzione della rappresentatività di SIAE oltre il 10%...”*. Cfr. doc. 276, Documentazione trasmessa da Sky in data 7 maggio 2018 e contenente una lettera di Sky alla SIAE del 13 febbraio 2018, nella quale si dà conto della rappresentatività SIAE anche al fine di sviluppare tali trattative (allegato 13); a questa lettera, la SIAE presta riscontro con lettera del 23 marzo 2018 (doc. 276, all. 14), nella quale la SIAE prescinde dalle considerazioni sulla *“legittimità dell'attività asseritamente svolta da LeA per conto di Soundreef Ltd (attività sulla quale, per quanto occorer possa, esprimiamo ogni più ampia riserva)....”* e comunque rileva che LeA ha iniziato ad opera nel 2018 e quindi non rileva ai fini degli anni precedenti; sul punto v. anche doc. 276 (allegato 4), lettera Sky alla SIAE del 28 marzo 2018 la risposta della SIAE a Sky del 6 aprile 2018 (allegato 5); doc. 276, allegato 16, lettera SKY a LEA del 5 aprile 2018 e la successiva mail di risposta di LEA del 6 aprile 2018 (doc. 276, all.17).

¹⁹⁰ Cfr. doc. 276 pervenuto in data 7 maggio 2018, *Documentazione trasmessa da Sky*, allegato 14, lettera della SIAE a Sky del 23 marzo 2018. In particolare, è stato segnalato che *“... nessuna lista dei mandanti è reperibile sul sito web di SIAE, la quale ha unicamente allestito un motore di ricerca “OMISSIS””,* cfr. doc. 164, *Verbale di audizione del 6 dicembre 2017*.

¹⁹¹ Doc. 179.

¹⁹² Doc 179. In termini sostanzialmente analoghi anche l'altra emittente, cfr. doc. 164, *Verbale di audizione del 6 dicembre 2017*, ove si rinviene che il sistema di tariffazione imposto dalla SIAE ostacola la conclusione di licenze con i concorrenti perché le licenze, diversamente da quanto previsto anche dalla Direttiva *Barnier*, non tengono conto della rappresentatività della SIAE e sono solo ancorate ai ricavi dell'utilizzatore, senza alcun correttivo.

devono comunque concludere degli accordi di rappresentanza con essa. Tuttavia, nella pratica, tale proposta non è corretta perché la totalità della musica che sarà riprodotta e diffusa dai broadcasters, così come avvenuto nel 2017, non sarà del repertorio di SIAE. Infatti, quando l'incumbent incassa dagli emittenti, garantendogli il 100% dei diritti, sta promettendo qualcosa che non ha più. Pertanto, gli utilizzatori dovrebbero comunicare i report di utilizzazione a tutte le collecting ma, poiché hanno stipulato un contratto forfettario con SIAE - pensando di avere la totalità del repertorio musicale da poter sfruttare in Italia -, esse non hanno effettuato nessuna reportistica. Quindi, non vi sarà mai una concorrenza reale sul mercato dell'intermediazione dei diritti d'autore se non si garantisce un sistema di circolazione delle informazioni sulle utilizzazioni. Si tratta, poi, di essenzialmente due classi di informazioni:

a) *Quale sia il soggetto che utilizza i diritti e di quale autore o brano;*

b) *Quale è l'intermediario che rappresenta il titolare del diritto*¹⁹³.

98. Il processo di rinegoziazione delle licenze della SIAE con un'emittente è sfociato in una crescente tensione, sino all'emissione da parte della SIAE di un attestato di credito ex art. 164 LDA e l'intimazione a "cessare ogni utilizzo dei repertori amministrati dalla SIAE"¹⁹⁴.

In particolare, l'emittente si è opposta alla circostanza che SIAE si ponesse come unico interlocutore sul mercato per la totalità dei repertori, precludendo la possibilità di concludere accordi multi-territoriali per le proprie utilizzazioni e licenze con *collecting* concorrenti¹⁹⁵; al riguardo, l'emittente contestava che la licenza di SIAE aveva a oggetto anche opere di autori che non le avevano conferito mandato.

SIAE, a fronte delle osservazioni dell'emittente ha ribadito il diritto a gestire l'opera per intero, anche per conto di contitolari iscritti a *collecting* concorrenti cioè in ragione della teoria della comunione

¹⁹³ Inoltre, Soundreef evidenzia che "il broadcaster paga degli acconti a SIAE e poi fa il conguaglio. L'incumbent ha quindi un vantaggio competitivo notevole visto che tutto l'acconto viene versato soltanto a essa all'inizio dell'anno e riceve il conguaglio dopo 18 mesi. Quindi, se non c'è un meccanismo che consente di far prendere gli acconti alle altre collecting concorrenti di SIAE, queste ultime vedranno i primi compensi derivanti dallo sfruttamento dei loro repertori solo a seguito del conguaglio effettuato dalle emittenti con SIAE ovvero 18 mesi dopo rispetto a quando l'incumbent ha ricevuto l'acconto. Quest'ultima, infatti, riceve già l'80% dei compensi in acconto subito. Gli acconti dovrebbero essere determinati in base al numero di autori iscritti alle collecting. Poi dopo 18 mesi si vedono quali sono stati i repertori utilizzati e si fa il conguaglio analitico, così come si fa con i fornitori di servizi online", doc. 173, Verbale di audizione Soundreef.

¹⁹⁴ Al riguardo, cfr: la documentazione trasmessa da Sky, in data 5 febbraio 2018 (doc. 176); la risposta di SIAE del 19 febbraio 2018 alla richiesta di informazioni (doc. 206), successivamente integrata in data 20 febbraio 2018 (doc. 209); la comunicazione della SIAE a Sky di diffida all'uso dei repertori del 20 febbraio 2018 (doc. 208); la lettera di SIAE del 5 marzo 2018 (doc. 217); l'ulteriore documentazione mandata da Sky in data 7 e 9 maggio 2018 (doc. 276 e doc. 280); e cfr. anche il doc. 286, Verbale di audizione SIAE dell'11 maggio 2018, ove la SIAE ha affermato che: l'emittente "... non è obbligata ad utilizzare i repertori SIAE: nessuno è obbligato a usare musica o quant'altro. Ma se Sky vuole usare i repertori SIAE, deve stipulare le nuove condizioni di licenza che peraltro lasciano la scelta all'emittente se vuole stipulare una licenza di 1, 2 o 3 anni. ... se Sky firmasse le licenze i problemi si risolverebbero rapidamente e recentemente vi è stata una disponibilità di Sky a trattare sulle nuove licenze, come da sempre ha chiesto SIAE"; nonché la successiva documentazione inviata dalla SIAE in data 17 maggio 2018, doc. 315. L'attestato di credito è stato emesso dalla SIAE in data 21 dicembre 2017 mentre la diffida a non utilizzare i repertori della SIAE è del successivo 20 febbraio 2018, cfr. doc. 276 e doc. 208.

¹⁹⁵ Doc. 206, all. 11, Comunicazione Sky alla SIAE del 27 giugno 2017 avente ad oggetto il "rinnovo degli accordi Sky Italia/SIAE del 13 febbraio 2015", ove l'emittente osservava che "una serie di autori [avevano] recentemente revocato il mandato a SIAE per affidare la gestione dei propri diritti ad altri soggetti. [Era] altrettanto noto che sui propri repertori (c.d. nativi), ciascuna collecting estera [era] legittimata, ex lege ed in virtù dei mandati ricevuti, a concedere licenze anche nei territori e per i Paesi in cui tale collecting non [era] stabilita ... Il Contratto Musica, tuttavia, obbliga[va] Sky Italia a rivolgersi necessariamente a SIAE anche per quegli autori che [avessero] affidato mandato a collecting diverse da SIAE".

legale più volta affermata dalla SIAE (cfr. *supra*)¹⁹⁶. SIAE inoltre comunicava all'emittente le nuove condizioni di licenze¹⁹⁷, che tuttavia, secondo l'emittente precludevano la stipula da parte degli utilizzatori a licenze con i concorrenti di SIAE¹⁹⁸. L'emittente ribadiva altresì la necessità di avere informazioni sui mandanti della SIAE, non risultando tali informazioni reperibili sul sito *web* di quest'ultima¹⁹⁹.

A fronte delle istanze manifestate dall'emittente, la SIAE ha continuato a negare che l'emittente possa stipulare licenze con *collecting* diverse e contestando anche l'attività di LEA²⁰⁰.

II.5.4 Le condotte della SIAE nei servizi di gestione del diritto d'autore per conto di *collecting* estere

II.5.4.1 Premessa

99. Nella presente sezione verrà dato conto dell'ampia documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria in relazione alle condotte della SIAE nei servizi di gestione dei diritti d'autore per le *collecting* estere.

In questo contesto, verranno prima descritte alcune caratteristiche principali degli accordi di rappresentanza reciproca (ARR) per effetto dei quali la SIAE è la sola *collecting* a gestire in Italia tutti i repertori di *collecting* straniere che si riferiscono fondamentalmente a opere di autori stranieri, la cui gestione, come affermato più volte, non è inclusa nell'ambito di applicazione dell'art. 180 LDA²⁰¹.

In particolare, gli accordi acquisiti agli atti verranno distinti tra i contratti che hanno ad oggetto i diritti di pubblica esecuzione di opere musicali e i contratti che hanno invece a oggetto i diritti di registrazione e riproduzione di opere, con la notazione che, come noto, la decisione della

¹⁹⁶ Doc. 206 all. 11, Comunicazione SIAE a Sky del 24 luglio 2017 avente ad oggetto il “*Riscontro comunicazione [Sky] del 27 giugno 2017*”, ove SIAE rassicurava l'emittente sulla propria rappresentatività (anche aumentata nel tempo) e ribadiva di gestire l'opera per intero, anche “... nel caso in cui uno o più contitolari revochino il proprio mandato”.

¹⁹⁷ Doc. 206 all. 11, Comunicazione SIAE a NSTI del 15 novembre 2017.

¹⁹⁸ Doc. 206 all. 11, Comunicazione Sky alla SIAE del 19 dicembre 2017 avente ad oggetto la “*comunicazione [di SIAE] del 15 novembre 2017, ref. 820/2017*”, nella quale l'emittente, ribadendo la propria posizione, affermava anche che “*gli OGC che [potevano] operare in Italia non [erano] più soltanto SIAE e che inoltre Sky sta[va] attivamente negoziando “le licenze dei diritti” con un organismo di gestione collettiva estero*”.

¹⁹⁹ Doc. 206 all. 11, Comunicazione Sky alla SIAE del 19 dicembre 2017 avente ad oggetto la “*comunicazione [di SIAE] del 15 novembre 2017, ref. 820/2017*”. In data 2 maggio 2018, l'emittente inviava un'ulteriore comunicazione alla SIAE, rinnovando la propria disponibilità a negoziare i nuovi contratti e ribadendo, a questi fini, la necessità di disporre, per il contratto musica, delle informazioni per identificare l'opera: “*OMISSIS*”, doc. 276, allegato 7.

²⁰⁰ Cfr. doc. 280, lettera dalla SIAE a Sky del 7 maggio 2018, nella quale la SIAE ha affermato che “*per molte opere incluse nel suo catalogo, Soundreef non dispone dei diritti di utilizzazione economica e, pertanto, non può rilasciare alcuna licenza. Infatti, è prassi che gli autori cedano contrattualmente all'editore tutti i propri diritti ... con il risultato che ... sono comunque gli editori a decidere come gestire il diritto d'autore sulle opere.. In caso di mancata cessione dei diritti di utilizzazione economica all'editore il potere di rilasciare licenza spetta agli autori che detengono la maggioranza delle quote (e, in caso di parità, all'autore della parte musicale).... Ne deriva che Soundreef, così come la sua partner LEA, non dispone dei diritti di utilizzazione economica per la grande maggioranza delle opere dei pochi autori famosi rappresentati... ”; pertanto, la SIAE si pone ancora come unico interlocutore dell'emittente e, nel caso, la SIAE provvederà “... a ripartire i compensi, per le quote di loro spettanze, anche a favore di quelli autori ed editori che hanno aderito a Soundreef...”.*

²⁰¹ La SIAE ha in essere con più di 150 società di autori estere per le quali gestisce in Italia il loro repertorio. In ispezione sono stati acquisiti circa 90 accordi tra la SIAE e altre *collecting*, di cui la maggioranza (80) sono reciproci, mentre quelli unilaterali sono solo una decina.

Commissione sul caso CISAC²⁰² ha ad oggetto soltanto gli ARR rientranti nella prima tipologia (e per le sole trasmissioni via internet, satellite e cavo).

Successivamente verrà dato conto della documentazione che specificatamente riguarda una strategia escludente della SIAE nei confronti di Soundreef nella prestazione, in Italia, di servizi a queste *collecting* estere in concorrenza con la SIAE medesima.

II.5.4.2 Gli accordi per i diritti di esecuzione pubblica di opere musicali

100. I contratti di seguito richiamati, che si riferiscono ad alcune tra le principali *collecting* europee²⁰³, hanno tutti uno schema ricorrente di seguito sintetizzato:

- conferiscono tutti il mandato alla SIAE (e viceversa) per la gestione dei diritti di pubblica esecuzione di opere musicali. Si sottolinea che i diritti oggetto di questi accordi riguardano, fatte salve le eccezioni previste di volta in volta, tutte le forme di utilizzazione, molto eterogenee tra loro, di opere musicali riconducibili alle pubbliche esecuzioni (dai concerti *live* alle trasmissioni TV). Le *collecting* daranno esecuzione ai mandati garantendo la parità di trattamento tra i propri membri e gli iscritti alla *collecting* della mandante;
- in molti casi, gli accordi prevedevano in origine il conferimento del mandato esplicitamente in via esclusiva²⁰⁴; in quasi tutti i casi, a seguito dell'interessamento della Commissione, il riferimento esplicito all'esclusiva è stato rimosso attraverso specifici *addendum* quasi tutti riconducibili al 2004, nei quali viene formalmente chiarita la natura non esclusiva del mandato. Si anticipa subito, tuttavia, che vi sono una pluralità di elementi emersi in istruttoria che portano a ritenere che, nei limiti di seguito evidenziati, che la SIAE pone ancora ostacoli all'operatività di *collecting* concorrenti della SIAE;
- il mandato è conferito per specifici territori indicati nel contratto medesimo: L'elencazione di questi territori può subire modifiche nel tempo, in ogni caso è ricorrente che alla SIAE è demandata sempre almeno a gestire i repertori in Italia;
- tutti i contratti prevedevano originariamente una clausola, l'art. 6(II) che impone a ciascuna *collecting* di non ostacolare, nei territori dove questa opera, l'attività svolta dall'altra *collecting* in

²⁰² Cfr. la decisione adottata dalla Commissione europea il 16 luglio 2008 nel caso CISAC, poi annullata parzialmente dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea con sentenza del 12 aprile 2013. La Commissione aveva proibito a 24 *collecting* societies europee aderenti alla Cisac di restringere il gioco concorrenziale, attraverso accordi di mutuo riconoscimento che non consentivano alle stesse *collecting* societies di offrire il proprio repertorio al di fuori del territorio di competenza. La Commissione aveva, in particolare, considerato contrarie al diritto europeo della concorrenza le clausole degli accordi che non consentivano agli autori di scegliere liberamente la *collecting* society cui affiliarsi (*membership clauses*) e le clausole di esclusiva (*exclusivity clauses*) che consentivano alle *collecting* societies aderenti agli accordi di godere di una protezione territoriale assoluta segmentando, di fatto, il mercato su base strettamente territoriale.

²⁰³ Qui di seguito verranno richiamati i contratti che la SIAE ha stipulato con: HDS (Croazia), doc. isp. 606; Musicautor (Bulgaria), in doc. isp. 614; SOZA (Slovenia), doc. isp. 632; EAU (Estonia), doc. isp. 603; ARTISJUS (Ungheria), doc. isp. 600; SACEM (Francia), doc. isp. 620; SGAE (Spagna), doc. 627; GEMA (Germania), doc. isp. 652; STEN (Islanda), doc. isp. 634; STIM (Svezia), doc. isp. 635; SEBAM (Belgio), doc. isp. 619; TONO (Norvegia), doc. isp. 638; BUMA (Olanda), doc. isp. 587; PRS (Regno Unito), doc. isp. 617; IMRO (Irlanda), doc. isp. 607; AEPI (Grecia), doc. isp. 595. Si noti che le clausole qui riportate sono anche contenute in accordi con Paesi extra – UE, a titolo meramente esemplificativo cfr. il contratto stipulato, nel 1999, dalla SIAE con la *Sociedad Panamena de Autores y Compositores* (SPAC) in doc. isp. 633, contratto SIAE /SPAC.

²⁰⁴ La tipica clausola di esclusiva in favore di SIAE di questi ARR è contenuta nell'art. 1(II): “*Réciproquement, en vertu du présent contrat, la ... confère a la SIAE le droit exclusif d'accorder, dans le territoires d'exercice de cette dernière ... les autorisation exigibles pour toutes les exécutions publiques ... d'oeuvres musicales, avec ou sans texte...*”.

esecuzione del contratto²⁰⁵. Questa clausola è stata oggetto di valutazione dalla Commissione come possibile ostacolo allo sviluppo di licenze multi-territoriali nella gestione dei diritti d'autore e, pertanto, è stata oggetto di specifici *addendum* (tipicamente le comunicazioni inviate dalla SIAE alle *collecting* in data dell'8 settembre 2005), che in taluni casi hanno circoscritto la portata di detta clausola, in altri casi l'hanno eliminata;

➤ tutti i contratti contengono una limitazione o comunque una disciplina particolare nel caso in cui un membro di una *collecting* voglia diventare membro dell'altra *collecting* (tipicamente viene in rilievo l'art. 11(II)²⁰⁶ dei contratti). Anche questa clausola è stata oggetto di esame da parte della Commissione, in quanto costituisce ostacolo alla libertà di scelta dell'autore e di specifici *addendum* tra le parti di seguito richiamati. Con la stessa comunicazione della SIAE del 2005, tale clausola è stata tipicamente sostituita con un impegno tra le *collecting* di comunicarsi reciprocamente i casi in cui un proprio iscritto chiede l'adesione all'altra *collecting*, mentre in altri casi la clausola è stata eliminata;

➤ tutti i contratti sono stipulati in anni molto risalenti (addirittura alcuni risalgono al 1959) e sono tutti ancora in vigore in base a una clausola di rinnovo tacito annuale (tipicamente l'art. 13);

➤ tutti i contratti prevedono ancora oggi che ciascuna *collecting* trattenga la propria provvigione prima di versare all'altra *collecting* i diritti ad essa spettanti²⁰⁷;

➤ tutti i contratti prevedono tempi massimi di ripartizione che appiano, ad oggi, incompatibili con i tempi di ripartizione indicati dalla *Barnier*, prevedendo che la ripartizione sia fatta dalla *collecting* almeno una volta l'anno o con un termine massimo di 90gg. da quando la *collecting* effettua la propria ripartizione (art. 9 dei contratti).

101. Premesse queste caratteristiche generali, qui di seguito vengono evidenziate le clausole tipiche presenti nei contratti.

Come riconosciuto dalla stessa SIAE, il contratto stipulato nel 1994 dalla SIAE con la *collecting* Hrvatsko Društvo Skladatelj (HDS, attiva in Croazia)²⁰⁸, contiene ancora oggi una clausola di esclusiva espressa²⁰⁹, fatta salva la possibilità per HDS di licenziare direttamente (attraverso le licenze multi-territoriali descritte in precedenza) i propri repertori per le piattaforme *internet*. Questo contratto presenta anche tutte le altre clausole sopra descritte in termini generali e, in particolare, le clausole art. 6(II), art. 11 (II) e art. 13.

²⁰⁵ L'art. 6 (II) così tipicamente dispone: "*Pendant la durée du présent contrat chacune des Sociétés contractantes s'abstiendra, dans les territoires de l'autre de toute ingérence dans l'exercice par cette dernière du mandat conféré par le présent contrat*".

²⁰⁶ Art. 11 (II) tipicamente prevede: "*Pendant la durée du présent contrat, aucune des deux Sociétés contractantes ne pourra, sans le consentement de l'autre, admettre comme membre aucun sociétaire de l'autre Société ni aucune personne physique, firme ou Société ayant la nationalité de l'un des pays dans lesquelles l'autre Société exerce son activité*".

²⁰⁷ Come già chiarito in precedenza, questa provvigione si aggiunge a quella che poi la *collecting* ricevente dei diritti applicherà ai propri iscritti prima di ripartirli. In altri termini, i diritti che la SIAE riceve dalle *collecting* estere, per l'uso del proprio repertorio nei territori oggetto dei contratti qui in esame, arrivano già decurtati a monte dalle provvigioni loro spettanti e la SIAE, sul montante rimasto, applica la propria provvigione prima di ripartire i diritti ai propri iscritti; parimenti, la SIAE versa alle *collecting* estere i diritti decurtando a monte la propria provvigione. In sostanza, gli ARR prevedono due livelli di intermediazione e, per conseguenza, due provvigioni applicate.

²⁰⁸ Questo accordo SIAE/HDS (Croazia) è in doc. isp. 606; e cfr. anche doc. 595 (contratto SIAE/AEPI, Grecia).

²⁰⁹ Cfr. art. 1 (II): "*“OMISSIS”*".

102. Il contratto stipulato nel 1996, con la *Slovensky Ochranny Zvaz Autorsky* (SOZA, attiva in Slovenia)²¹⁰ conteneva tutte le clausole generali di cui sopra, ma l'addendum del 4 novembre 2004, ha chiarito che il conferimento del mandato non è esclusivo²¹¹. Nel 2005, le parti hanno aggiunto un altro *addendum* dal quale si evince che le disposizioni dell'accordo devono essere interpretato, conformemente al diritto dell'Unione europea nel senso che tale disposizione non può costituire ostacolo a che ciascuna *collecting* abbia contatti diretti con utilizzatori stranieri²¹². Si sottolinea tuttavia il mero riferimento in questo *addendum* ad utilizzatori e non ad altre *collecting*. In altri termini, il carattere non esclusivo del mandato così come chiarito negli *addendum* successivi appare finalizzato a riconoscere la possibilità alla *collecting* mandante di stipulare direttamente licenze con utilizzatori attivi nei territori della *collecting* mandataria, ma non a consentire l'ingresso in questi stessi territori di *collecting* concorrenti. Quanto qui descritto vale in termini pressoché analoghi anche con riferimento ad altri contratti²¹³.

103. Con riferimento al contratto stipulato dalla SIAE con SACEM (Francia)²¹⁴, sin dall'origine questo contratto contiene le stesse disposizioni degli artt. 6(II), 9 e 13 già descritti ma espressamente formula il mandato come conferito in via non esclusiva. Tuttavia dai carteggi allegati al contratto si evince che SACEM condivide la tesi proposta dalla SIAE in base alla quale la natura non esclusiva è tesa a consentire alla società mandante di rilasciare licenze dirette agli utilizzatori anche nei territori dove opera la società mandataria, fermo restando tuttavia che la società mandante non potrà invece conferire altri mandati ad altre *collecting* che agiscono in concorrenza con la mandataria nei territori dove questa opera²¹⁵. In altri termini, l'interpretazione dell'accordo, sebbene non supportata dal dato testuale del medesimo, porta a escludere che SACEM non possa conferire, in Italia, la gestione del proprio repertorio ad una *collecting* concorrente della SIAE²¹⁶.

²¹⁰ Il contratto SIAE/SOZA è in doc. isp. 632.

²¹¹ *Addendum* del 4 novembre 2004: "... I confirm that the representation conferred on the basis of art. 1, paragraphs (I) and (II) ... is not exclusive".

²¹² L'*addendum* dell'8 settembre 2005 chiarisce che: "As for art. (II), we confirm that, in accordance with EU competition rules, it has the limited scope to avoid interferences in the granting of license and all relating processes (collection and distribution rights, controls and possible legal actions), which pertain to the licensing society. Therefore, art. 6(II) cannot be considered an impediment to contacts between the co-contracting societies and foreign users".

²¹³ Cfr. doc. isp. 634 (STEN, Islanda); doc. isp. 638 (TONO; Norvegia), doc. isp. 635 (STIM, Svezia); doc. isp. 627 (SGAE) e doc. isp. 652 (GEMA; Germania).

²¹⁴ Doc. isp. 620, Contratto SIAE/Sacem diritti di pubblica esecuzione di opera musicali.

²¹⁵ Cfr. doc. isp. 620. Rileva anche richiamare il doc. in doc. isp. n. 519 ove si rinviene che « [a]ucune disposition de la loi française, en particulier du Code de la propriété intellectuelle, n'empêche l'intervention en France des sociétés de perception et de répartition des droits d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

Ainsi une société de gestion collective d'un pays membre de l'Union européenne peut parfaitement proposer ses services, en particulier, délivrer des autorisations au titre des droits qui lui ont été confiés, en France.

D'ailleurs, les contrats de représentation réciproque conclus entre sociétés d'auteurs membres de la CISAC sont non exclusifs et, dans ces conditions, les sociétés étrangères contractantes conservent la possibilité de délivrer des autorisations pour l'utilisation de leurs répertoires en France .. » (all. all'e-mail del 26.01.2017, avente ad oggetto "Francia .affermazione di Soundreef"); anche da questa mail sembra evincersi che, sul piano normativo, stante la normativa francese, non vi sono ostacoli a che una *collecting* operi in concorrenza con SACEM in Francia, mentre, in virtù degli accordi di rappresentanza, le società rimangono libere di stipulare accordi diretti per l'utilizzazione dei propri repertori (ad esempio, la SIAE rimane libera di stipulare direttamente licenze con utilizzatori in Francia, senza l'intermediazione di Sacem).

²¹⁶ Vi sono poi alcuni contratti che, pur contenendo all'origine la clausola del mandato in via esclusiva sia tutte le altre clausole descritte in via generale, sono poi stati modificati eliminando sia il riferimento alla natura esclusiva del mandato sia gli art. 6(II) e 11(II). Doc. isp. 619, Contratto SIAE/SABAM (Belgio) e doc. isp. 614, Contratto SIAE/Musicautor (Bulgaria), ma sempre con un'interpretazione analoga a quella già prospettata.

104. Unica eccezione al quadro sopra prospettato appare essere il contratto SIAE/BUMA (Olanda) stipulato per la gestione di diritti di pubblica esecuzione di opere musicali²¹⁷, che prevedeva il conferimento del mandato alla SIAE (e viceversa) di natura esclusiva poi formalmente superata nel 2004 e, stando l'interpretazione condivisa tra le Parti, la natura non esclusiva del mandato *ex art.* 1 implica che BUMA ““OMISSIS”” (e viceversa)²¹⁸; nel caso di BUMA, quindi SIAE sembra ammettere che BUMA possa conferire mandato anche a altri soggetti (e non solo licenziare direttamente).

105. In questo quadro, come noto, in data 16 luglio 2008 la Commissione ha concluso il caso CISAC e agli atti risultano alcuni *addendum* modificano gli ARR in espressa attuazione della decisione della Commissione sul caso CISAC del 16 luglio 2008²¹⁹. Tutti gli *addendum* del 2009 di eliminazione dell'esclusiva hanno contenuto sostanzialmente analogo e si riferiscono solo all'uso delle opere via *internet* e via satellite. Questi *addendum* costituiscono e valgono a dichiarare la natura non esclusiva dell'accordo principale e confermano la durata annuale con tacito rinnovo. Si sottolinea tuttavia che in ciascun *addendum*, le OGC circoscrivono espressamente le modifiche alle sole utilizzazioni via satellite e via *internet* (e in alcuni casi via cavo), vale a dire quelle forme di utilizzazione oggetto della decisione CISAC, rimanendo invece escluse dall'*addendum* (e quindi dall'eliminazione dell'esclusiva imposta dalla Commissione) le forme di utilizzazioni che si esauriscono in un solo SM (spesso chiamate nell'*addendum* le “*purely national exploitations, taking place only in one territory*”, quali ad esempio, l'esecuzione pubblica di opere musicali in eventi *live*).

Queste forme di sfruttamento delle opere rimangano disciplinate dai contratti originari precedentemente descritti, in base ai quali, come si è visto, al più le *collecting* straniere possono stipulare licenze dirette con utilizzatori in Italia ma, secondo la SIAE, è preclusa la possibilità delle *collecting* straniere di stipulare accordi di rappresentanza con *competitor* della SIAE.

II.5.4.3 Gli accordi per i diritti di registrazione e di riproduzione

106. Agli atti risultano alcuni contratti stipulati dalla SIAE con le *collecting* europee estere aventi ad oggetto i diritti di registrazione e di riproduzione sulle opere d'ingegno (non solo quelle musicali ma ad esempio anche quelle letterarie)²²⁰.

²¹⁷ Doc. isp. 587, Contratto SIAE/BUMA per la gestione dei diritti di pubblica esecuzione di opere musicali.

²¹⁸ Doc. isp. 587.

²¹⁹ Qui di seguito sono indicati gli *addendum* reperiti in sede ispettiva con riferimento ai principali Sati europei e quelli sottolineati sono gli *addendum* che modificano i contratti già precedentemente descritti: cfr. doc. isp. 554, *addendum* tra SIAE e AEPI SA (attiva in Grecia); doc. isp. 563 e doc. isp. 564, entrambi *addendum* tra SIAE e Artisjus (attiva in Ungheria); doc. isp. 565, *addendum* tra SIAE e EAU (attiva in Estonia); doc. isp. 567, *addendum* tra SIAE e IMRO (attiva in Irlanda); doc. isp. 569, *addendum* tra SIAE e Musicautor (attiva in Bulgaria) al contratto già precedentemente descritto; doc. isp. 574, *addendum* tra SIAE e SOZA (attiva in Slovenia) al contratto già precedentemente descritto; doc. isp. 577, *addendum* tra SIAE e STIM (attiva in Svezia) al contratto già precedentemente descritto; doc. isp. 579, *addendum* tra SIAE e TONO (attiva in Norvegia) al contratto già precedentemente descritto; doc. isp. 575, *addendum* tra SIAE e SPA (SPA è attiva in Portogallo); doc. isp. 572, *addendum* tra SIAE e SABAM (Belgio) al contratto già precedentemente descritto, inoltre in allegato vi sono le comunicazioni inviate via mail nel 2015 e nel 2016 da SABAM alle altre *collecting* dove le informa della “OMISSIS”; cfr. anche doc. isp. 576, *amendment* tra SIAE e STEF (attiva in Islanda); cfr. anche doc. isp. 566, *amendment* tra SIAE/GEMA (Germania), ove si prevede che la concessione dei diritti trasmissione via cavo sarà “OMISSIS”.

²²⁰ Qui di seguito vengono richiamati gli accordi della SIAE con: doc. isp. n. 665, Musicautor (Bulgaria) diritti di registrazione e riproduzione di tutti i repertori; doc. isp. n. 699, Sociedad Portuguesa de Autores (SPA, Portogallo) diritti di registrazione e riproduzione di tutti i repertori stato stipulato nel 1973, doc. isp. n. 689, SOZA (Slovenia) diritti di riproduzione, riferito solo ai diritti di registrazione e riproduzione di opere musicali ed è stato stipulato nel 1975; doc. isp. n. 563, Artisjus (Ungheria) diritti di registrazione e riproduzione di tutti i repertori ed è stato stipulato nel 1972; doc. isp. n. 671, AEPI (Grecia) diritti di

Diversamente dai contratti precedentemente descritti, questi accordi hanno un oggetto che non rileva ai fini della decisione della Commissione CISAC e non risultano pertanto oggetto nel tempo di particolari modifiche.

Tutti gli accordi, sebbene risalenti:

- conferiscono il mandato solo per i territori ivi menzionati (per la SIAE, rilevano in maniera ricorrente Italia, Città del Vaticano e Repubblica di San Marino),
- non prevedono (né escludono) la natura esclusiva del mandato ivi conferito;
- sono ancora in vigore in virtù di clausole di rinnovo tacito annuale.

107. Per una migliore comprensione di questi accordi e della loro natura di fatto esclusiva, si ritiene opportuno soffermarsi sul contratto di SIAE con SABAM (Belgio)²²¹ per i diritti di registrazione/riproduzione di tutti i tipi di opere (opere musicali, letterarie ecc.). In particolare, merita menzionare le modifiche del contratto con riferimento ai territori oggetto del mandato a SIAE, che nella formulazione originaria, includevano anche “*OMISSIS*”. In data 31 maggio 1979, SABAM scrive a SIAE che la *collecting* “*OMISSIS*” ha proposto di rappresentare direttamente SABAM in quei territori e SABAM crede che sia ““*OMISSIS*””; pertanto, SABAM propone di eliminare questi territori dall’ambito di applicazione del contratto e SIAE non si oppone a tali fini.

Da quanto appena riportato appare evincersi che: *i*) la stessa SABAM riconosce che gli accordi di rappresentanza aggiungono livelli di intermediazione che, laddove è possibile, è nell’interesse dell’autore evitare; *ii*) il mandato conferito alla SIAE con il contratto originario ha natura di fatto esclusiva, sebbene ciò non fosse esplicitamente previsto. In caso contrario, infatti, vale a dire se il mandato alla SIAE fosse stato di natura non esclusiva, non sarebbe stata necessaria la modifica dell’accordo per consentire a SABAM di stipulare con “*OMISSIS*” un accordo per i medesimi territori dati in gestione alla SIAE.

II.5.4.4 L’affermazione di SIAE del monopolio anche sui repertori esteri

108. Gli atti evidenziano che, così come la SIAE ha posto iniziative per delegittimare l’attività di Soundreef innanzi agli autori e agli utilizzatori (v. *supra*), analogo atteggiamento è stato assunto nei confronti delle *collecting* estere.

In particolare, in occasione del recepimento in Italia della Direttiva *Barnier*, la SIAE, in una interlocuzione con una *collecting* estera²²², sostiene di essere l’unica *collecting* abilitata in Italia a gestire i diritti d’autore anche con riferimento ai repertori oggetto di tutela da parte di *collecting* straniere, malgrado tali repertori, verosimilmente, includano in misura prevalente opere di autori

registrazione e riproduzione di tutti i repertori ed è stato stipulato nel 1972; doc. isp. 686, *Sociedad General de Autores de Espana* (SGAE, Spagna), stipulato nel 1987, per i diritti di registrazione e riproduzione delle opere di tutti i repertori; doc. isp. 690, *STEMRA* (Olanda), stipulato nel 1978, per i diritti di registrazione e riproduzione delle opere di tutti i repertori; doc. isp. n. 685, *Société pour l’Administration du Droit de Reproduction Mécanique des Auteurs* (SDRM, Francia), stipulato nel 1984, per i diritti di registrazione e riproduzione di tutti i repertori; doc. isp. n. 697, *Mechanical Copyright Protection Society Limited* (MCPS, Gran Bretagna, Repubblica d’Irlanda), stipulato nel 1982, per i diritti di registrazione e riproduzione di tutti i repertori; doc. isp. n. 679 *Nordisk Copyright Bureau* (NCB, Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia, Svezia, Lituania, Estonia), stipulato nel 1997, per i diritti di registrazione e riproduzione di tutti i repertori. In ciascun accordo, sono poi presenti delle limitazioni che qui non rileva approfondire, ad esempio con riferimenti ai diritti di sincronizzazione.

²²¹ Doc. isp. 681, Contratto SIAE/SEBAM (Belgio) diritti di registrazione e di riproduzione per tutte le tipologie di opere.

²²² E-mail della SIAE del 27.01.2017 alla *collecting* statunitense SESAC, in doc. isp. n. 528.

stranieri come tali non oggetto dell'esclusiva di cui all'art. 180 LDA²²³. Tale conclusione è avvalorata anche da un altro documento di SIAE in merito all'ipotesi, poi non andata a buon fine, di stipulare un accordo di rappresentanza con Soundreef; il Direttore dell'Ufficio Legale della SIAE infatti rimarca che "...anche lo standard di riferimento che ti ho inviato il 7 dicembre u.s. riporta il richiamo all'art. 180 Lda, fermo che un mandato integrale (come accade per tutte le altre collecting estere) rende detto richiamo meno "evidente" (una volta assegnate tutte le forme di utilizzazioni è ovviamente SIAE a gestire il repertorio appunto per tutte tali utilizzazioni, senza possibilità di equivoco rispetto ad un eventuale, non esistente, diritto del concedente di gestire direttamente parte degli utilizzi"²²⁴. Si noti che l'impostazione della SIAE arriva persino a negare alla *collecting* mandante (che in questo caso sarebbe stata Soundreef LTD) quella facoltà di rilasciare direttamente le licenze agli utilizzatori che, stante tutto quanto descritto ai paragrafi precedenti, è oramai affermata nei rapporti tra *collecting* estere sin da prima del caso CISAC.

III LA POSIZIONE DELLE PARTI

III.1 GLI INTERVENIENTI

III.1.1 La posizione di Innovaetica

109. Innovaetica²²⁵ ha evidenziato le criticità concorrenziali derivanti sia dal quadro normativo, passato e vigente²²⁶ che dai comportamenti della SIAE. In ogni caso, Innovaetica ha rilevato che dai principi dell'Unione europea in materia di libera prestazione di servizi, dal caso CISAC della Commissione europea, nonché dalla Direttiva *Barnier*, discende che le *collecting* straniere lecitamente costituite in altri Stati membri Ue sono legittimate ad operare in Italia, anche in presenza dell'art. 180 LDA²²⁷.

In questo contesto, il monopolio della SIAE è in contrasto con gli interessi dei piccoli autori e disincentiva le innovazioni e l'ampliamento della gamma dei servizi offerti. Infatti, gli autori iscritti a Innovaetica e Soundreef sono autori di piccole dimensioni - vale a dire quella parte di domanda che secondo le dichiarazioni della SIAE dovrebbe essere maggiormente tutelata dal monopolio - e il sistema di funzionamento della SIAE tutela soprattutto i grandi editori e i grandi autori che ricevono la parte più consistente degli introiti e soprattutto, li ricevono in tempi molto più rapidi (tramite le anticipazioni) rispetto ai piccoli autori²²⁸.

²²³ Come già osservato l'ambito di applicazione della LDA è circoscritto a opere di autori italiani (cfr. art. 185 LDA: "*Questa legge si applica a tutte le opere di autori italiani, dovunque pubblicate per la prima volta, salve le disposizioni dell'art. 189....*").

²²⁴ Doc. isp. n. 421, SIAE SOUNDREEF .msg, mail del 30 marzo 2017, v. anche doc. isp. n. 304, Fwd SIAE Soundreef.msg.

²²⁵ Innovaetica ha presentato segnalazioni in data 12 ottobre 2015 e successive integrazioni, Doc. 8702.1; è stata sentita sia nella fase pre-istruttoria che nel corso del procedimento (Doc. 8119.25, Verbale di audizione di Innovaetica del 6 marzo 2017 e doc. 177, verbale di audizione di Innovaetica del 19 gennaio 2018. Verbale audizione Innovaetica del 6 marzo 2017, doc. 8819.2. Per una descrizione dell'attività di Innovaetica cfr. doc. Verbale audizione Innovaetica 19 gennaio 2018, doc. 177. Cfr. anche la documentazione di Innovaetica pervenuta in data 21 maggio 2018, doc. 323); ha presentato memoria il 22 giugno 2018 (doc. 373 e la successiva correzione materiale con invio completo della memoria del 19 luglio 2018, doc. 422); ed è stata sentita nell'audizione finale del 20 luglio 2018 (doc. 427).

²²⁶ Doc. 8702.3, Segnalazione Innovaetica del 20 ottobre 2015.

²²⁷ Su questi profili, cfr. anche verbale audizione Innovaetica 19 gennaio 2018, doc. 177.

²²⁸ Doc. 177, ove si rinviene anche che: "*Un mercato pienamente liberalizzato favorirebbe lo sviluppo di imprese ad alto contenuto tecnologico, probabilmente specializzate a tutelare singole tipologie di autori e/o singole tipologie di utilizzazioni*

110. Innovaetica rileva, inoltre, che i tempi di ripartizione dei diritti della SIAE sono lunghi e inefficienti anche a causa del fatto che il borderò digitale è un'innovazione recente, adottata solo a seguito della spinta concorrenziale creata da altre imprese innovative. Anche il deposito *on-line* è stato introdotto dalla SIAE solo dopo che Innovaetica ha iniziato a offrire la marcatura istantanea per la tutela dal plagio²²⁹.

111. Innovaetica ha segnalato numerose condotte della SIAE volte a ostacolare la libertà di scelta degli autori sia di gestire direttamente le proprie opere sia di rivolgersi a *collecting* che “ *tendono nella stessa direzione: svuotare il diritto di scelta dell'autore e ostacolare l'attività dei concorrenti.*”²³⁰. I comportamenti riguardano: la riscossione da parte della SIAE di diritti per autori che chiaramente hanno manifestato la volontà di non essere rappresentati dalla SIAE; la richiesta da parte di SIAE agli autori di pagare non solo la quota del bollino per la contraffazione – che ogni autore è tenuto a pagare – ma, soprattutto, anche la quota del bollino legata alla tutela dal plagio anche, se l'autore non ha depositato nessuna opera e ha affidato la tutela dal plagio a Patamu; il considerare iscritti SIAE anche autori che consapevolmente non hanno completato le procedure e malgrado abbiano manifestato alla SIAE la chiara volontà di non essere gestiti da quest'ultima²³¹.

Inoltre, Innovaetica ricorda che in caso di affidamento del mandato a SIAE, l'autore è obbligato al deposito dell'intero repertorio e ciò anche laddove l'artista iscritto alla SIAE desidera pubblicare la propria opera all'estero, salvo ritirare il mandato per l'intero repertorio²³².

112. Sulla rete di accordi tra la SIAE e le *collecting* estere, Innovaetica non ha mancato di rilevare che essi disincentivano l'Autore a servirsi di eventuali *collecting* estere²³³ e che, in conclusione, l'insieme delle condotte della SIAE determinano un significativo pregiudizio alla concorrenza²³⁴.

III.1.2 La posizione di Soundreef

113. Soundreef²³⁵, come dalla stessa chiarito nel corso del procedimento, è una società che opera all'estero e rappresenta oltre 25.000 autori, di cui il 70% è costituito da autori stranieri, la cui tutela e

dell'opera. nel settore musica, questa dinamica che danneggia i piccoli autori è evidente perché [...]in base ai criteri di ripartizione SIAE, i piccoli autori non sono remunerati in base a un criterio analitico sull'effettiva utilizzazione del proprio repertorio ma finiscono in un calderone e ricevono così i diritti di autore mesi e mesi dopo l'evento e d'importo [calcolato con un criterio campionario] significativamente inferiore a quello che loro spetterebbe in base all'applicazione del criterio analitico. [...]”.

²²⁹ Verbale audizione Innovaetica 19 gennaio 2018, doc. 177.

²³⁰ Verbale audizione Innovaetica del 19 gennaio 2018, doc. 177.

²³¹ Più nel dettaglio, “...Poiché l'art.180 L.D.A. attribuisce all'autore una mera facoltà, e non un obbligo, di ricorrere a SIAE per l'intermediazione dei propri diritti, vale a dire la norma consente all'autore di tutelarsi anche ex se, il portale Patamu ha iniziato a offrire agli artisti un servizio di auto-riscossione delle royalties (progetto cd. “Patamu Live”). ... tale iniziativa non ha avuto successo soprattutto a causa delle minacce da parte degli agenti SIAE di possibili verifiche fiscali ha disincentivato i gestori dall'effettuare il pagamento dei compensi dovuti agli autori iscritti a Patamu.”, Verbale audizione Innovaetica del 6 marzo 2017, doc. 8819.25.

²³² Verbale audizione Innovaetica del 6 marzo 2017, doc. 8819.25; sulla gestione da parte di SIAE degli autori non iscritti cfr. spec. allegato 3 ed il verbale di audizione di Innovaetica del 19 gennaio 2018, doc. 177.

²³³ Doc. 8702.3, Segnalazione Innovaetica del 20 ottobre 2015

²³⁴ Verbale audizione Innovaetica del 6 marzo 2017, doc. 8819.25.

²³⁵ Soundreef è stata sentita in fase pre-istruttoria in data 30 maggio 2016 (Doc. 8119.2, Verbale di audizione); ha presentato denunce scritte in data 31 maggio 2016 con successive numerose integrazioni (Doc. 8819.3; Doc. 8819.17); è stata sentita nel corso del procedimento (Doc. 173, Verbale di audizione di Soundreef del 12 gennaio 2018); ha ribadito la propria posizione nella memoria finale del 16 luglio 2018 (doc. 406) e nel corso dell'audizione finale del 20 luglio 2018 (doc. 427).

rappresentanza è fuori dal perimetro delineato dall'art. 180 LDA²³⁶. Soundreef tutela soprattutto i piccoli autori perché proprio in questa fascia di domanda vi è una significativa insoddisfazione nei confronti dell'offerta dei servizi offerti dalla SIAE²³⁷.

114. Soundreef ha sempre sostenuto che l'art. 180 LDA, anche nella versione attualmente vigente, è incompatibile con il quadro normativo euro-unitario e che, in ogni caso, trattandosi di una norma che deroga al principio della libera iniziativa economica è una norma eccezionale di stretta interpretazione²³⁸; ciò soprattutto considerando che solo l'apertura dell'attività di intermediazione ad altre *collecting* può rendere effettiva la libertà di scelta dell'autore affermata dalla Direttiva *Barnier*.

115. Soundreef ha denunciato diverse condotte escludenti poste in essere dalla SIAE, volte anche a estendere il proprio monopolio oltre quanto previsto dall'art. 180 LDA²³⁹. Tali condotte riguardano, tra l'altro, la gestione dei repertori di *collecting* estere e le interferenze nei rapporti con gli utilizzatori, ivi inclusa la circostanza che la SIAE pretende sistematicamente da questi ultimi anche il versamento dei proventi per l'uso di opere di titolari che hanno manifestato la chiara volontà di non avvalersi dei servizi della SIAE²⁴⁰. Soundreef ha rilevato, inoltre, che la SIAE non consente all'autore di limitare effettivamente il mandato, legando tra loro forme di utilizzazione eterogenee²⁴¹.

116. A ciò si aggiunga che Soundreef ha denunciato come la SIAE ha ostacolato e sta tuttora ostacolando la stipula da parte di Soundreef, prima, per il 2017 e attualmente per il 2018 delle licenze per l'uso del proprio repertorio con i grandi utilizzatori dei diritti d'autore (*broadcaster* e organizzatori di eventi *live*), con grave pregiudizio anche per gli autori ad essa iscritti²⁴². Ancora, Soundreef rileva che la prassi della comunione affermata dalla SIAE rappresenta un ostacolo all'entrata sul mercato italiano dell'intermediazione dei diritti d'autore; infatti, secondo Soundreef, la SIAE, quando si è

²³⁶ Doc. 8819.3, Segnalazione Soundreef del 31 maggio 2016. In particolare, Soundreef "opera in Spagna, Italia, Regno Unito, Svezia, Francia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Belgio, Russia, India, Israele, Turchia, Svizzera, Olanda, Cile, Lettonia, Fiji, Filippine, Croazia, Polonia, Cipro e Lituania.... In Italia, più precisamente, Soundreef ha inizialmente limitato la propria attività all'attività di rilascio di licenze per la "comunicazione al pubblico" del proprio catalogo di autori come musica di sottofondo nei grandi esercizi commerciali (Leroy Merlin, grande distribuzione organizzata, ecc.); da aprile del 2014, ha fatto il suo ingresso nel settore della musica live e, infine, da gennaio 2017, ha iniziato a svolgere tutte le restanti attività che ad oggi compie".

²³⁷ Doc. 173, Verbale audizione Soundreef del 12 gennaio 2018. Secondo Soundreef, "le fonti di reddito del piccolo autore sono essenzialmente due: i concertini e le radio locali. Nel primo caso, se si vanno a leggere le ordinanze di ripartizione di SIAE, per quanto riguarda la classe I (all'interno della quale sono inseriti i concertini), il 75% degli incassi dei concertini sono ripartiti su base forfettaria. In altre parole, SIAE incassa senza guardare i borderò compilati dagli utilizzatori e ripartisce i compensi secondo le regole stabilite dal Consiglio di gestione. Ciò significa che quel piccolo autore che ha suonato al pub all'angolo della strada percepirà un compenso praticamente nullo poiché le regole di ripartizione SIAE favoriscono i grandi autori. Sebbene la SIAE abbia introdotto il borderò digitale, esso non è obbligatorio e quindi gli organizzatori dei concertini continueranno a usare il cartaceo e la ripartizione continuerà a essere forfettaria. Per quanto riguarda le radio locali, se si leggono i contratti di licenza stipulati fra SIAE e le radio locali, viene detto chiaramente che le radio sono dispensate da fornire i report delle utilizzazioni alla SIAE. Pertanto, la ripartizione verrà effettuata in maniera forfettaria sulla base dei criteri statistici stabiliti dal Consiglio di Gestione che si basano su chi ha venduto di più e quindi penalizza i piccoli autori." Doc. 8819.3, Segnalazione Soundreef del 31 maggio 2016. Sull'art. 180 LDA cfr. doc. 8819.11 Arrivo informazioni varie di Soundreef del 7 luglio 2016.

²³⁸ Doc. 8819.27, Arrivo informazioni Soundreef del 10 marzo 2017.

²³⁹ Doc. 8819.3, Segnalazione Soundreef del 31 maggio 2016.

²⁴⁰ Sulla gestione dei diritti da parte della SIAE per autori non iscritti (in particolare in merito ai diritti del Maestro Maurizio Fabrizio), vedi la documentazione depositata in data 7 febbraio 2017 (doc.8817.20) e sulle condotte abusive della SIAE nei rapporti con gli utilizzatori cfr. ampiamente anche il verbale di audizione Soundreef doc. 173.

²⁴¹ Doc. 173.

²⁴² Doc. 8819.17 Integrazione denuncia Soundreef del 21 dicembre 2016, cfr. anche doc. 173, Verbale audizione Soundreef del 12 gennaio 2018.

accorta del crescente numero di opere gestite da Soundreef, ha incominciato a rifiutare il deposito di bollettini la cui somma dei diritti, che gli autori dichiarano di disporre, non raggiunge il 100% dei diritti sull'opera. In questo modo, l'autore in questione è costretto a chiamare tutti i suoi coautori ed editori lamentandosi di non poter registrare l'opera, per effetto del loro passaggio a Soundreef, e ciò rappresenta un ostacolo per gli autori che decidono di lasciare SIAE²⁴³.

III.1.3 La posizione di Sky

117. Nel corso del procedimento, Sky²⁴⁴ ha sottolineato le esigenze di un grande *broadcaster* nell'utilizzazione delle opere tutelate dal diritto d'autore di poter disporre di quanti strumenti contrattuali possibili, sia a livello nazionale e sovra nazionale, nonché l'anomalia italiana nella quale SIAE gestisce tutti i repertori²⁴⁵.

Sulle negoziazioni con la SIAE, Sky ha osservato che a seguito dell'inasprimento delle negoziazioni, la SIAE le ha notificato un atto di precetto *ex art. 164 LDA*²⁴⁶. Sugli atti di precetto, Sky afferma che questo strumento pone la SIAE in una posizione di supremazia e che è utilizzato da quest'ultima con modalità abusive al fine costringere gli utilizzatori a stipulare le licenze sulla base di condizioni imposte unilateralmente dalla SIAE²⁴⁷.

Con specifico riferimento alle nuove Condizioni Generali di Licenza, Sky ha rilevato che queste ultime sono fortemente problematiche dal punto di vista concorrenziale in quanto che impediscono agli utilizzatori di rivolgersi a *collecting* alternative. Infatti, dovendo comunque corrispondere un compenso alla SIAE, basato sul totale dei ricavi degli utilizzatori e non sui repertori, gli utilizzatori non potrebbero mai ritenere economicamente ragionevole rivolgersi anche a *collecting* alternative²⁴⁸.

III.1.4 La posizione degli altri intervenienti

118. Gli altri intervenienti al procedimento e, in particolare, le associazioni Associazione 100autori, FEM, ANEM, AIDAC, Writers, Federazione Autori e Doc/It sono state sentite in audizione in data 21 maggio 2018. Queste Associazioni - che rappresentano comunque una minoranza degli editori e degli autori iscritti alla SIAE e partecipano attivamente nella *governance* di quest'ultima, detenendo la maggioranza dei voti negli organi sociali - hanno difeso il monopolio della SIAE affermando che un suo superamento comprometterebbe la tutela dei piccoli autori e renderebbe non gestibile il sistema delle licenze, oltre che indebolire la posizione della SIAE nella negoziazione con i grandi utilizzatori esteri.

Inoltre, Associazione 100autori, FEM, ANEM, AIDAC, Writers e Doc/It, nella memoria finale del 16 luglio 2018 e nel corso dell'audizione finale del 20 luglio 2018, hanno sottolineato di essere le

²⁴³ Doc. 173, Verbale audizione Soundreef del 12 gennaio 2018.

²⁴⁴ Sky ha espresso la propria posizione in merito al procedimento, innanzitutto, nel corso dell'audizione che si è tenuta in data 6 dicembre 2017 (doc. 164). Sky ha ribadito la propria posizione nella memoria finale del 16 luglio 2018 (doc. 408) e nel corso dell'audizione finale del 20 luglio 2018 (doc. 427).

²⁴⁵ Verbale di audizione di Sky Italia del 6 dicembre 2017, in doc. 164.

²⁴⁶ , Verbale di audizione di Sky Italia del 6 dicembre 2017, in doc. 164.

²⁴⁷ Verbale di audizione di Sky Italia del 6 dicembre 2017, in doc. 164. Sulla vicenda cfr. spec. *Documentazione su condotte SIAE in merito alla riscossione di diritti d'autore derivanti da contratti per l'utilizzazione del repertorio SIAE*, pervenuta in data 5 febbraio 2018, in doc. 176.

²⁴⁸ "OMISSIS" Sky segnala che nessuna lista dei mandanti è reperibile sul sito web di SIAE, la quale ha unicamente allestito un motore di ricerca "OMISSIS". Né la condotta di SIAE è mutata a seguito della liberalizzazione." Verbale di audizione di Sky Italia del 6 dicembre 2017, in doc. 164.

associazioni più rappresentative nei rispettivi settori e hanno ribadito la propria posizione a sostegno della SIAE²⁴⁹.

III.2 LA POSIZIONE DELLA SIAE

119. Nel corso del procedimento²⁵⁰ la SIAE ha ribadito la ragionevolezza del sistema monopolistico di cui all'art. 180 LDA (*ante* modifica decreto fiscale) e la non abusività delle proprie condotte.

120. Nella memoria finale, SIAE, dopo aver premesso la propria buona fede, solleva due eccezioni preliminari. Innanzitutto, la SIAE contesta la mancanza di imparzialità dell'Autorità, necessaria allo svolgimento dei poteri di *enforcement*²⁵¹, avendo l'Autorità, prima dell'avvio del procedimento A508, esercitato i propri poteri di *advocacy* con riferimento alla normativa sul diritto d'autore, esprimendo una posizione critica sotto il profilo concorrenziale nei confronti della riserva *ex art.* 180 LDA e degli atti di recepimento della Direttiva *Barnier*. In secondo luogo, sempre in via preliminare, la SIAE contesta che l'attività istruttoria e la successiva CRI si sarebbero appiattite sulle sole posizioni dei denunciati, senza tenere in alcuna considerazione il contributo di SIAE e senza svolgere un'adeguata ed autonoma attività di accertamento²⁵².

121. La SIAE innanzitutto rivendica il suo ruolo semi-pubblicistico²⁵³. In particolare, con la memoria del primo agosto 2017, la SIAE - pur riconoscendo di non essere formalmente incaricata di un servizio di interesse economico generale, di essere posta fuori dal perimetro della finanza pubblica e di non ricevere finanziamenti diretti o indiretti da parte dello Stato - afferma di perseguire interessi generali di rilievo costituzionale (art. 9 Cost.), quali la promozione della cultura, la libertà dell'arte e la protezione del lavoro intellettuale, e di essere per questo sottoposta alla vigilanza degli organi pubblici²⁵⁴. Diversamente, la SIAE, in sede di memoria conclusiva, afferma di rivestire la natura di ente incaricato di un servizio economico generale (di seguito SIEG) e conseguentemente invoca l'applicabilità al caso di specie della deroga ai sensi dell'art. 106, par. 2 TFUE²⁵⁵, in modo da garantire il perseguimento degli interessi pubblici ad essa affidati e, come meglio argomentato nella memoria economica, garantire l'efficace monitoraggio nell'uso delle opere.

122. Sull'art. 180 LDA, la SIAE osserva che tale disposizione riveste un'importanza fondamentale nel procedimento perché, da un lato, l'Autorità ne ha invocato la possibile disapplicazione in ragione del

²⁴⁹ Cfr. Memoria finale di Associazione 100autori, FEM, ANEM, AIDAC, Writers e Doc/It del 16 luglio 2018 (doc. 409) e verbale audizione finale del 20 luglio 2018 (doc. 427).

²⁵⁰ La SIAE ha espresso la propria posizione nel corso del procedimento nelle audizioni del 24 luglio 2017 (doc. 103), 26 marzo 2018 (doc. 242, cfr. anche *Mail di trasmissione dei documenti discussi nell'audizione di SIAE del 26/3/2018*, in doc. 234) e 11 maggio 2018 (doc. 286). e in data 17 maggio 2018, la SIAE ha inviato ulteriore documentazione sia in relazione al contenzioso con SKY sia in relazione alla eventuale stipula di licenze da parte delle emittenti TV con *collecting* concorrenti (doc. 315). SIAE ha presentato memorie, tra l'altro, il 1° agosto 2017 (doc. 100) e l'11 agosto 2017, il 20 febbraio, il 5 marzo e il 27 marzo 2018. Sull'interpretazione dell'art. 180 LDA cfr. anche la documentazione pervenuta in data 5 settembre 2017, doc. 129; sul tema dell'art. 164 LDA e sul contenzioso con Sky cfr. spec. la risposta pervenuta in data 19 e 20 febbraio 2018 (doc. 206 e 209) alla richiesta di informazioni. SIAE ha depositato una memoria finale in data 16 luglio 2018 (doc. 407 e ivi la Memoria economica, all. 1) ed è stata sentita in audizione finale il 20 luglio 2017 (doc. 427).

²⁵¹ Cfr. doc. 407, Memoria finale pg. 6 e ss. (§§25 e ss.)

²⁵² Cfr. doc. 407, Memoria finale pg. 7 e ss. (§§29 e ss.)

²⁵³ Memoria del 1° agosto 2017 (doc. 100).

²⁵⁴ Memoria del 1° agosto 2017 (doc. 100).

²⁵⁵ SIAE invoca anche l'applicabilità dell'omologa disposizione nazionale di cui all'art. 8, comma 2, della legge n. 287/90 e a sostegno della propria natura di ente incaricato richiama il precedente dell'Autorità A48 - *S.I.L.B./S.I.A.E, Provv. 28 luglio 1995, n. 3195* (Memoria finale SIAE, pg. 34, § 114, doc. 407).

suo presunto contrasto con varie disposizioni del diritto dell'UE, dall'altro, molte delle condotte asseritamente illegittime ad essa attribuite sono assolutamente lecite alla luce di questa disposizione²⁵⁶. Secondo la SIAE, l'eventuale disapplicazione dell'art. 180 LDA, da parte dell'Autorità sarebbe del tutto illegittima²⁵⁷ e, in ogni caso, l'art. 180 LDA, è - anche nella versione antecedente alle modifiche introdotte dal c.d. Decreto fiscale - compatibile con il quadro normativo euro-unitario.

123. Per SIAE, l'esclusiva copre, tra l'altro, il rilascio di licenze per le utilizzazioni tradizionali (cosiddette *off-line*), quali ad esempio i concerti di musica dal vivo e la diffusione di musica d'ambiente negli esercizi commerciali. Nel corso del procedimento, la SIAE ha costantemente ribadito l'estensione della propria esclusiva alla gestione dei repertori esteri²⁵⁸.

In ogni caso, la SIAE anche prima dell'adozione della Direttiva *Barnier*, avrebbe interpretato l'esclusiva prevista dall'art. 180 in modo da consentire agli autori italiani di iscriversi a qualsiasi OGC estero²⁵⁹. In particolare, negli scritti difensivi viene sostenuto che il libero gioco della concorrenza e la libertà di scelta dei titolari dei diritti sarebbero ampiamente soddisfatti dalla possibilità del titolare di iscriversi a una *collecting* diversa dalla SIAE, salvo l'obbligo di questa *collecting* di stipulare con SIAE un accordo di rappresentanza per la gestione dei DDA (anche di opere straniere) in Italia, con conseguente applicazione - a quel titolare che aveva optato per un *competitor* della SIAE - delle tariffe (doppio aggio), dei tempi di ripartizione e delle modalità di gestione della SIAE²⁶⁰.

124. In particolare, sugli EGI, la SIAE osserva che la Direttiva *Barnier*, che non è una direttiva di liberalizzazione/apertura dei mercati, non impone agli Stati membri di riconoscerne l'attività e, in ogni caso, la Direttiva si riferisce solo agli OGC²⁶¹; addirittura, secondo SIAE la Direttiva *Barnier* sarebbe neutrale rispetto alla scelta del legislatore nazionale di preservare un regime di monopolio legale, riconoscendo implicitamente che la scelta della riserva esclusiva può essere dettata da considerazioni di politica culturale costituzionalmente tutelate²⁶².

Il mantenimento del monopolio sarebbe anche compatibile con il quadro normativo europeo alla luce della già richiamata sentenza OSA della Corte di Giustizia, C-351/12, del 27 febbraio 2014. In particolare, il monopolio in materia di diritti d'autore sarebbe giustificato dai costi derivanti dal controllo sul territorio dell'eventuale sfruttamento abusivo delle opere e sarebbe l'opzione che meglio consente una gestione efficace dei diritti d'autore²⁶³.

²⁵⁶ Memoria del 1° agosto 2017 (doc. 100).

²⁵⁷ Memoria del 1° agosto 2017 (doc. 100).

²⁵⁸ Memoria del 1° agosto 2017 (doc. 100), §33. Secondo la SIAE, l'applicazione dell'art. 180 alle opere degli stranieri sarebbe anche confermata dalla Corte costituzionale e la SIAE, negli scritti difensivi, richiama soprattutto la sentenza della Corte Costituzionale 15 maggio 1990, n. 241.

²⁵⁹ Memoria del 1° agosto 2017 (doc. 100). La SIAE parimente riconosce che non è incluso nell'attività di cui all'art. 180 LDA la tutela dal plagio ed altre attività.

²⁶⁰ Questa tesi è stata anche ripresa e sviluppata nella memoria finale del 16 luglio 2018.

²⁶¹ Memoria del 1° agosto 2017 (doc. 100).

²⁶² Memoria del 1° agosto 2017 (doc. 100).

²⁶³ Memoria del 1° agosto 2017 (doc. 100). Il monopolio, inoltre, evita una eccessiva frammentazione del repertorio musicale italiano e fa sì che la SIAE possa esprimere una posizione forte innanzi alle piattaforme *internet*. In altri termini, il monopolio costruirebbe il modo più efficace per tutelare il patrimonio culturale italiano. L'esclusiva, secondo la SIAE, consente altresì vantaggi agli utilizzatori.

Inoltre, l'esempio statunitense, dove operano più *collecting*, non costituirebbe un modello utile, stante il malfunzionamento delle dinamiche ivi riscontrabili che starebbero portando a un ripensamento del sistema²⁶⁴.

125. Sull'applicazione dell'art. 102 TFUE alle condotte in esame, la stessa SIAE, in ogni caso, riconosce che l'art. 180 LDA lascia sussistere, almeno in linea di principio, la possibilità che la SIAE adotti, non solo al di fuori dell'area oggetto della riserva legale ma anche al suo interno, comportamenti autonomi suscettibili di ostacolare, restringere o falsare la residua competizione commerciale sul mercato, in relazione ai quali essa rimane evidentemente soggetta alle disposizioni dell'art. 102 TFUE²⁶⁵.

126. Nelle memorie e nella documentazione prodotta nel corso del procedimento, la SIAE contesta che le società concorrenti come Soundreef e Innovaetica abbiano introdotto servizi innovativi e tecnologicamente avanzati. La SIAE inoltre difende le proprie modalità di ripartizione che, anche quando non sono effettuate sulla base di un modello analitico puro, sarebbero basate su criteri campionari comunque caratterizzati da un elevato grado di oggettività²⁶⁶.

127. Sulla tempistica di ripartizione, la SIAE, pur rilevando di essere efficiente e perfettamente coerente con i tempi previsti dalla direttiva, nei propri scritti riconosce esplicitamente che Soundreef ha una gestione più rapida dei DDA e che, stante la tipologia di attività da questa prevalentemente svolta, Soundreef è in grado di assicurare la tutela dei propri autori; in particolare, la SIAE afferma come sia "... *scontato che i tempi di Soundreef non possano che essere più brevi, visto che Soundreef rilascia un numero ridotto di licenze, rendendo molto agevole la gestione delle stesse*"²⁶⁷. Inoltre la tempistica e la precisione nell'attività di ripartizione della SIAE è resa ancora più efficiente dall'introduzione, nel luglio 2016, del *mioborderò* digitale.

128. Nel merito, tutte le condotte delineate nel provvedimento di avvio come abusive sarebbero, invece, pienamente lecite. Le memorie, infatti, non sono incentrate sulla contestazione dei fatti, ma volte a fornire una diversa qualificazione giuridica degli stessi, escludendo la violazione dell'art. 102 TFUE e ogni forma di responsabilità in capo alla SIAE.

129. Prendendo le mosse dall'applicazione della limitazione dei mandati, SIAE afferma che essa riconosce un'adeguata flessibilità ai titolari e che una limitazione del mandato a singole opere sarebbe impraticabile sotto il profilo tecnico-organizzativo e non coerente con la prassi degli OGC europei²⁶⁸.

²⁶⁴ Negli USA sarebbe in via di emanazione il c.d. *Modernization Act* che, secondo quanto affermato da SIAE, introdurrebbe un meccanismo di rilascio di licenze centralizzato.

²⁶⁵ Memoria del 1° agosto 2017 (doc. 100).

²⁶⁶ Memoria del 1° agosto 2017 (doc. 100) ove si rinviene anche che la ripartizione non è effettuata analiticamente principalmente (i) se gli utilizzatori non consegnano il programma musicale e (ii) nei casi in cui essa non sarebbe opportuna a causa dell'elevata incidenza dei costi da sostenere in relazione agli incassi e alle attività richieste agli utilizzatori. Un'altra parziale eccezione alla ripartizione analitica sino ad oggi ha riguardato le emittenti radio locali, che sono imprese di modeste dimensioni con pochi dipendenti e con incassi non particolarmente significativi per la SIAE e quest'ultima ha pertanto ritenuto troppo gravoso richiedere l'indicazione della loro programmazione quotidiana, preferendo quindi ricorrere a un modello di ripartizione campionaria.

²⁶⁷ Memoria del 1° agosto 2017 (doc. 100), ove si rinviene altresì che: "*Ciò tenuto conto del fatto che: (i) per le licenze agli esercizi commerciali per la musica d'ambiente Soundreef svolge anche il servizio di radio in-store e conosce pertanto addirittura in anticipo la programmazione musicale, eliminando completamente le attività di monitoraggio; e (ii) nei concerti di musica dal vivo, rilascia tendenzialmente licenze per eventi in cui l'artista che esegue i brani musicali coincide con l'avente diritto*" (§153).

²⁶⁸ Memoria del 1° agosto 2017 (doc. 100).

Con riguardo alle condotte nei confronti degli utilizzatori, viene sostenuta la piena correttezza dei controlli effettuati nell'esercizio dei poteri ad essa attribuiti a tutela dei diritti degli autori.

130. Inoltre, sulla riscossione dei diritti d'autore per opere che rientrano parzialmente nel suo repertorio, SIAE ha osservato di avere mutato nel tempo i propri comportamenti e di avere sempre agito nell'interesse dei titolari²⁶⁹.

Nel 2017, la SIAE, nella gestione dei diritti dei non iscritti, si sarebbe limitata ad applicare le norme sulla comunione legale²⁷⁰.

131. Nella memoria finale, vengono ribadite le argomentazioni già sollevate nelle precedenti memorie, arricchendone il contenuto. In particolare è stata sostenuta: *i)* la piena compatibilità della normativa nazionale con il quadro normativo unionale; *ii)* la non imposizione da parte delle norme unionali sopra richiamate, anche alla luce della sentenza OSA più volte richiamata, del superamento dei monopoli nazionali nonché la natura meramente discrezionale della scelta del legislatore di modificare l'art. 180 LDA²⁷¹; *iii)* l'estensione della riserva legale, anche in virtù di trattati internazionali e in specie la Convenzione di Berna, alla gestione in Italia di opere di autori stranieri²⁷².

132. Inoltre, sulla Direttiva *Barnier*, è stato osservato che, essendo le direttive sprovviste di effetto diretto orizzontale, quest'ultima non potrebbe essere interpretata nel senso di imporre un comportamento ai singoli e che non sarebbe ammessa la disapplicazione delle norme interne per contrasto con le disposizioni di una direttiva correttamente trasposta nell'ordinamento nazionale²⁷³. Stante il quadro sopra descritto e la natura dell'Autorità di ente sostanzialmente giurisdizionale, la SIAE sostiene che, in ogni caso, prima di procedere all'eventuale disapplicazione della normativa nazionale per asserita incompatibilità con le norme unionali, l'Autorità dovrebbe sollevare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea per risolvere le questioni interpretative che la stessa SIAE ha formulato nella memoria, alla quale si rinvia²⁷⁴.

133. Nella memoria finale, la SIAE invoca anche cause oggettive di esclusione di responsabilità in quanto le condotte contestate sono rivolte verso soggetti (in particolare Soundreef e LeA) che operano illegittimamente in Italia e ciò costituirebbe una giustificazione oggettiva che escluderebbe l'applicazione del divieto *ex art. 102 TFUE*. Anche alla luce della sentenza OSA già citata, le condotte della SIAE (e in particolare la delegittimazione dei concorrenti) sarebbero necessitate dalla normativa vigente (spec. art. 180 LDA, art. 6 del previgente Statuto SIAE) e meramente funzionali a tutelare la riserva imposta dall'art. 180 LDA (*State action defense*). In ogni caso, nel caso di specie, sarebbe insussistente l'elemento soggettivo²⁷⁵.

134. Nelle memorie difensive, viene evidenziato che le condotte contestate non sarebbero abusive perché pienamente rientranti nella prassi commerciale degli OGC europei e nella prassi dei contratti di

²⁶⁹ Cfr. Memoria del 1° agosto 2017 (doc. 100).

²⁷⁰ Memoria del 1° agosto 2017 (doc. 100).

²⁷¹ Doc. 407, Memoria finale pg. 37, §123.

²⁷² In particolare, i trattati internazionali garantiscono che un titolare di diritti d'autore straniero goda della stessa protezione assicurata agli autori residenti in un determinato Stato; da questo principio, la SIAE afferma che gli autori stranieri in Italia, dovendo avere gli stessi diritti degli autori italiani, sarebbero obbligati anche essi (al pari di quelli italiani) ad avvalersi della SIAE.

²⁷³ Doc. 407, Memoria finale pg. 21, §73.

²⁷⁴ Cfr. doc. 407, pg. 91 e ss., spec. §335.

²⁷⁵ Memoria finale pg. 4, § 17, doc. 407.

edizione e ciò giustificerebbe, unitamente alla teoria della indivisibilità dell'opera e al rinvio alle norme del c.c. sulla comunione, la circostanza che la SIAE pretende la gestione del 100% dell'opera, anche in presenza di contitolari di diritti non iscritti alla SIAE. Inoltre, una frammentazione nella gestione delle opere in presenza di contitolari iscritti a *collecting* diverse implicherebbe la necessità per un utilizzatore di stipulare licenze con più *collecting* e ciò renderebbe il sistema della gestione dei diritti d'autore insostenibile.

135. Quanto al *bundling* tra tutela dal plagio e servizi di gestione, la SIAE riconosce che il deposito dell'opera musicale ai fini della gestione del diritto d'autore produce anche un effetto di marcatura temporale (già fornita dalla SIAE) utile anche ai fini della tutela del plagio, ma contesta che ciò sia rilevante ai fini delle contestazioni qui effettuate.

Anche le licenze con le emittenti TV non sarebbero abusive, essendo la SIAE pienamente legittimata a gestire le opere anche per i non iscritti, ivi inclusi quelli iscritti a Soundreef e/o LeA, essendo queste *collecting* attive illecitamente in Italia. Le clausole di *prorogatio* contestate nella CRI, sarebbero volte a tutelare gli interessi delle emittenti stesse e non finalizzate ad avere una portata escludente.

Con riferimento agli accordi di rappresentanza con gli OGC esteri, la SIAE afferma che alcun addebito le può essere mosso, tra l'altro, poiché, fatta eccezione per l'accordo in essere con HDS attiva in Croazia dove è inserita ancora oggi una clausola di esclusiva, dalla data di entrata in vigore del Decreto fiscale, tutti gli ARR della SIAE consentirebbero agli OGC di affidare la gestione del proprio repertorio in Italia a un OGC diverso dalla SIAE²⁷⁶.

136. Sul tema della sanzione, nella denegata ipotesi in cui l'Autorità dovesse ritenere sussistente una violazione dell'art. 102 TFUE, si osserva che l'infrazione, stante le caratteristiche del caso, dovrebbe essere ritenuta non grave e che nessuna sanzione dovrebbe essere irrogata. In ogni caso, la SIAE contesta la durata (nessuna delle condotte sarebbe risalente al 2012) e il riferimento ai repertori Cinema, DOR, Lirica e OLAF (nessuna strategia escludente interesserebbe tali tipologie di repertori) che, quindi, non dovrebbero rilevare ai fini dell'eventuale sanzione.

137. Nella memoria economica viene contestata, in primo luogo, la definizione dei mercati rilevanti indicata nelle CRI in quanto nel caso di specie sussisterebbe un unico mercato a due versanti dell'intermediazione dei diritti d'autore²⁷⁷. In secondo luogo, viene sostenuto che l'offerta, effettuata dalla SIAE, dei servizi di gestione dei diritti d'autore in forma di *bundle* sarebbe legittima²⁷⁸.

Soprattutto, la memoria economica è volta a dimostrare che il solo scenario che realizza pienamente gli obiettivi di tutela pubblica è quello dell'esclusiva SIAE, che peraltro ha *performances* in linea o superiori rispetto a quelle di altri OGC europei, ed è pertanto opportuno contenere le conseguenze negative della concorrenza in questi mercati, escludendo l'operatività delle EGI²⁷⁹.

²⁷⁶ Doc. 407, pg. 88 §318.

²⁷⁷ Memoria finale di SIAE all. 1 p. 8, doc. 407.

²⁷⁸ Memoria finale di SIAE all. 1 p. 9, doc. 407.

²⁷⁹ Memoria finale SIAE, all. 1 p. 21, doc. 407.

IV VALUTAZIONI

IV.1 I MERCATI RILEVANTI E LA DOMINANZA DELLA SIAE

IV.1.1 I mercati rilevanti

IV.1.1.1 Premessa

138. L'offerta di servizi di intermediazione dei diritti di autore ai titolari comporta lo svolgimento di una serie di attività collegate, alcune delle quali sono influenzate dalla regolamentazione. Preliminarmente, il titolare richiede l'accertamento che l'opera rivesta un carattere di novità e che di conseguenza le sia garantita la tutela dal plagio al fine dello sfruttamento dei diritti d'autore. Seguono una serie di altre attività. In primo luogo, occorre negoziare le condizioni di utilizzazione dell'opera e i compensi associati. In secondo luogo, gli utilizzi vanno monitorati, così da stabilire l'ammontare complessivo dovuto agli aventi diritto. Infine, le somme maturate vanno riscosse e poi distribuite secondo regole prestabilite dalle *collecting* (al netto della quota, di entità variabile, trattenuta al fine di coprire i propri costi di funzionamento, c.d. "commissione" o "aggio"). La natura dell'opera artistica (ad esempio, brano musicale o filmato) determina sia le caratteristiche dei suoi possibili sfruttamenti economici (ad esempio, in termini di possibili soggetti utilizzatori) che le modalità di determinazione dei compensi spettanti agli artisti, interpreti ed esecutori.

139. In via preliminare, si osserva che l'istruttoria ha evidenziato come i principali servizi di gestione dei diritti d'autore possono essere sintetizzati almeno nelle seguenti quattro categorie:

- a) i servizi di gestione dei diritti d'autore offerti dalle *collecting* ai titolari dei medesimi, nel cui ambito ricadono, ad esempio, le attività di tutela dal plagio e di ripartizione dei diritti d'autore. Tipicamente l'atto con il quale il titolare del diritto si affida ad una *collecting* per avvalersi dei propri servizi è attraverso il conferimento di apposito mandato a gestire le proprie opere e/o attraverso l'adesione associativa;
- b) il rilascio da parte delle *collecting* agli utilizzatori di licenze per l'uso delle opere tutelate dai diritti d'autore; a fronte dell'uso delle opere, le *collecting* incassano dagli utilizzatori i diritti d'autore che poi saranno ripartiti ai singoli titolari.

In ragione della specificità del contesto italiano, della forma di utilizzazione e della tipologie di opere, si possono individuare diverse licenze, tra le quali, ad esempio: la licenza per l'esecuzione di opere musicali in eventi dal vivo²⁸⁰, a fronte della quale l'utilizzatore deve versare i diritti di esecuzione; la licenza per l'uso delle opere musicali per l'esecuzione/diffusione nei pubblici esercizi (c.d. musica di sottofondo), a fronte della quale l'utilizzatore deve versare i diritti per l'esecuzione/diffusione delle opere musicali; le licenze per l'uso dei repertori per la diffusione via radio e TV che tipicamente includono anche l'uso delle opere *on-line* nel territorio domestico. L'attività di rilascio delle licenze vede, da un lato, le *collecting* e dall'altro, i diversi tipi di utilizzatori, quali: organizzatori di concerti live, catene commerciali, emittenti radio e TV.

- c) i servizi di gestione dei diritti d'autore per conto di altre *collecting* straniere;

²⁸⁰ Sulla valenza autonoma dei concerti live rispetto ad altre forme di utilizzazione delle opere musicali v. spec. doc. isp. 737 contenente lo scambio di corrispondenza tra la SIAE e un Editore intercorso tra settembre 2015 e gennaio 2016.

d) il rilascio delle licenze ai grandi utilizzatori di servizi *on-line* (ad esempio, Google, Spotify ecc...) attraverso le c.d. licenze multi-territoriali che presentano caratteristiche peculiari rispetto al settore della gestione dei diritti d'autore da parte di altre tipologie di utilizzatori²⁸¹.

140. Fatto salvo quanto nel prosieguo esposto sulle condotte della SIAE, l'istruttoria ha evidenziato che le condotte abusive qui contestate hanno profondamente condizionato l'offerta dei servizi di gestione dei diritti in Italia e lo sviluppo di operatori alternativi; in altri termini, l'offerta dei servizi rientranti in ciascuna delle categorie sopra richiamate è sostanzialmente incentrata sulla SIAE, vale a dire l'unico operatore che è attivo nella gestione dei diritti d'autore in tutti i repertori (musica, cinema ecc...) e per ogni tipologia di diritto, che rilascia licenze per ogni forma di utilizzazione e che gestisce la quasi totalità dei repertori esteri.

Solo negli ultimi anni, si sono affacciati, grazie all'offerta di servizi tecnologici innovativi, operatori alternativi; si tratta in particolare di: Innovaetica, attiva nella tutela del plagio; Soundreef che ha tentato l'ingresso in Italia nell'offerta dei servizi di gestione dei diritti d'autore soprattutto nel repertorio musicale (musica di sottofondo e concerti dal vivo) e solo a partire dal 2018, l'OGC denominato LEA. Si sottolinea che LEA è stato costituito su impulso di alcuni autori già iscritti a Soundreef all'indomani del decreto fiscale che ha incluso solo gli OGC e non gli EGI nell'ambito di operatività dell'art. 180 LDA; in questo contesto, LEA ha stipulato con Soundreef un accordo di rappresentanza in base al quale LEA gestisce in Italia il repertorio Soundreef²⁸².

141. La definizione dei mercati rilevanti nel presente caso appare, quindi, condizionata dalle peculiari funzioni e condotte poste in essere dalla SIAE in Italia e quindi appare in evoluzione rispetto a quelli sotto elencati, i quali risultano peraltro coerenti con la prassi europea in materia²⁸³. Si ricorda, inoltre, che nel settore interessato dai fatti oggetto d'istruttoria, ogni tipologia di diritto - e, quindi, ogni specifico utilizzo - può essere considerato come un mercato a sé stante²⁸⁴.

Al riguardo, diversamente da quanto sostenuto dalla SIAE nella memoria economica, non appare condivisibile la configurazione di un mercato unico a due versanti, in quanto è necessario osservare che i singoli servizi relativi alla gestione dei DDA (ad esempio, il servizio di incasso dei DDA dagli utilizzatori e il servizio di rilascio delle licenze) possono essere offerti da soggetti diversi (es. Patamu Live). Inoltre, non si rinvencono apprezzabili effetti di rete né diretti né indiretti. Quanto ai primi, la decisione da parte di un avente diritto dipende soprattutto dalle variabili qualitative (celerità e trasparenza della ripartizione dei compensi) e variabili economiche (l'aggio applicato); quanto ai secondi, si osserva che, dal lato utilizzatori, la domanda delle opere del singolo autore non è in funzione dell'ampiezza del repertorio complessivo della *collecting*.

²⁸¹ Per una panoramica sul diritto d'autore in Europa e sull'importanza crescente dell'uso delle opere musicali *online*, cfr. il rapporto annuale CISAC relativo all'anno 2014, vale a dire il primo anno in cui i diritti d'autore incassati per l'*on-line* hanno eguagliato quelli per la riproduzione meccanica (ad esempio CD); i diritti sull'*on-line* hanno avuto un andamento crescente negli anni, mentre la seconda tipologia di diritti ha avuto un andamento decrescente, cfr. doc. 8819.27, *Risposta alla richiesta di informazioni formulata nel corso dell'audizione di Soundreef del 20/2/2017*, all. 3.

²⁸² Come meglio rappresentato nel prosieguo, la SIAE ha impugnato l'iscrizione di LEA all'Elenco degli organismi di gestione collettiva e delle entità di gestione indipendenti tenuto dall'AGCom ai sensi del d.lgs. n. 35/2017.

²⁸³ Cfr. Caso COMP/C2/38.698 – CISAC, 16 luglio 2008.

²⁸⁴ Cfr. la decisione del 19 Aprile 2012 nel caso COMP/M.6459 – Sony/Mubadala/EMI Music Publishing (punti 21-26) e, da ultimo, la decisione del 16 giugno 2015 nel caso M.6800-PRStM/ STIM/ GEMA/ JV, pubblicata sul sito http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6800_20150616_20600_4523168_EN.pdf.

Pertanto, alla luce del quadro normativo nazionale in materia e in ragione delle condotte segnalate, delle caratteristiche dei lati della domanda e dell'offerta nonché dei servizi di gestione di DDA, allo stato, i mercati per la valutazione in esame sono di seguito illustrati.

IV.1.1.2 I mercati della prestazione di servizi di gestione dei diritti d'autore ai titolari dei medesimi

142. Nei mercati qui in esame rientrano i servizi della tutela dal plagio e della gestione dei servizi dei diritti d'autore ai titolari. In particolare, nell'ambito di questi servizi, l'opera viene depositata secondo sistemi che ne certificano legalmente il momento dell'avvenuto deposito. È tuttavia necessario sottolineare che il deposito di un'opera presso una *collecting* risponde a due diverse finalità che possono essere soddisfatte anche da soggetti diversi (quindi il deposito per il perseguimento di ciascuna finalità può essere effettuato presso due operatori diversi e, in ogni caso, il conferimento del mandato può tecnicamente avvenire anche senza richiedere alcun deposito di opere). In particolare, solo il deposito dell'opera ai fini della tutela dal plagio deve garantire l'antioriorità dell'opera in un'ottica di eventuale controversia autorale²⁸⁵. Con il conferimento del mandato l'autore delega la SIAE a gestire i propri diritti, attività che si riferisce quindi ad un mercato distinto dalla tutela dal plagio. Al riguardo, si sottolinea che il servizio di tutela dal plagio non è mai rientrato tra le attività attribuite in esclusiva a SIAE.

143. In particolare, dal lato della domanda del mercato della tutela dal plagio dalla documentazione presente a fascicolo si ravvisa la necessità degli autori delle opere o di chiunque sia interessato a certificare l'antioriorità di un'opera, di avere servizi più efficienti e innovativi²⁸⁶.

144. Dal lato dell'offerta, si sono sviluppati dei servizi forniti in concorrenza con quelli della SIAE da parte di altri soggetti.

Si evidenzia che sia Innovaetica, che Soundreef, e più di recente LEA, hanno sin da subito offerto servizi di deposito in formato telematico, fondando il proprio modello di *business* sull'innovazione tecnologica²⁸⁷.

²⁸⁵ Cfr. doc.173 – *Verbale audizione di Soundreef del 12 gennaio 2018*.

²⁸⁶ Dagli atti è infatti emerso che la domanda è insoddisfatta dalle modalità di deposito dell'opera offerte dalla SIAE sia in termini di tempistiche ritenute molto lunghe per il completamento della procedura d'iscrizione, sia per il perdurante uso del cartaceo; infatti, anche dopo l'iscrizione *on-line* l'Autore deve comunque inviare alla SIAE il plico firmato. Cfr. verbale audizione Innovaetica del 19 gennaio 2018 (doc. 177 completo degli allegati). Si noti che nella SIAE il deposito dell'opera è effettuato in formato cartaceo e solo a partire dal dicembre 2016 è stata avviata la possibilità di effettuare il deposito telematico delle opere, cfr. Bilancio SIAE per l'anno 2016, pag. 35: "*da dicembre 2016 è possibile depositare le opere direttamente dal portale. Ulteriore passo in avanti per la realizzazione di un nuovo e rivoluzionario customer journey*" Cfr. verbale audizione Innovaetica del 19 gennaio 2018 (doc. 177).

²⁸⁷ In particolare, Innovaetica offre un servizio del tutto assimilabile a quello della SIAE. Emblematico sul punto è il doc. isp. 494 del 4 dicembre 2014, *R Brochure Soundreef patamu e marcatura temporale.msg* reperito presso la SIAE ove, in una mail interna, si rinviene che: "... la marcatura temporale di un documento informatico risponde all'esigenza di attribuire al documento una data certa opponibile ai terzi (art. 20 comma 3 CAD).... Fatta questa premessa, nel caso di specie il servizio offerto tramite Patamu costituisce un omologo dichiarato del nostro servizio deposito opere inedite e dunque è finalizzato a preconstituire una prova dell'antioriorità della creazione utile in caso di plagio o usurpazione di paternità dell'opera. Il servizio di marcatura temporale risponde proprio a questa esigenza di dare data certa opponibile ai terzi".

Cfr. anche Verbale di audizione di Innovaetica del 19 gennaio 2018, doc. 177: "... secondo due modalità alternative, fra cui l'autore può liberamente scegliere. La prima modalità è la marcatura temporale e Innovaetica è stata la prima impresa a offrirla sul mercato italiano sin dall'ottobre 2010. [Ad oggi, Innovaetica offre anche] la marcatura temporale istantanea. ... SIAE, dopo Innovaetica e sollecitata dal confronto competitivo con quest'ultima, ha iniziato a offrire anch'essa la marcatura digitale: oggi è infatti possibile il deposito online delle opere SIAE....".

Inoltre, Innovaetica ha affermato che "*dal 2016, Innovaetica offre anche un sistema di marcatura che si fonda sulla c.d. blockchain che offre una certezza matematica del momento in cui l'opera è depositata.*" Verbale di audizione di Innovaetica del 19 gennaio 2018, doc. 177.

145. Si possono, inoltre, individuare altri mercati rilevanti relativi ai servizi di monitoraggio e reportistica delle utilizzazioni, della riscossione dei diritti d'autore incassati dagli utilizzatori e ripartizione degli stessi fra i diversi titolari (i.e. autori ed editori). Si tratta infatti di attività non necessariamente svolte dal medesimo soggetto stante la possibilità prevista nel nostro ordinamento che il singolo autore gestisca i suoi diritti d'autore direttamente in tutto o in parte.

146. Con specifico riferimento ai servizi di riscossione e ripartizione, nel corso del procedimento, è emerso che la tempistica²⁸⁸ e le modalità²⁸⁹ con le quali le *collecting* riscuotono e ripartiscono i diritti d'autore costituiscono le principali variabili concorrenziali nell'offerta dei servizi di gestione dei diritti d'autore²⁹⁰.

147. Dal lato della domanda per tali mercati vi sono gli autori e in generale tutti gli aventi diritto dell'opera (i.e. editori, aventi causa ecc...).

Dal lato dell'offerta, dalla documentazione presente agli atti è emerso che oltre alla SIAE anche altre *collecting* sono attive su tali mercati.

148. In particolare, le modalità e le tempistiche con le quali la SIAE riscuote e ripartisce i compensi variano tra le diverse tipologie di repertorio e in funzione delle diverse forme di utilizzazione. Con riferimento alla sezione Musica e, in quest'ambito, nei diritti d'autore derivanti dai concerti *live* dove più intensa è la pressione dei concorrenti, la SIAE ha introdotto la possibilità di ripartire i diritti con una modalità parzialmente analitica solo in concomitanza dell'introduzione dello strumento denominato *mioBorderò*²⁹¹. Per le opere musicali trasmesse su radio locali, la SIAE ha rilevato di effettuare "...una ripartizione anche in questo caso a campione statistico prendendo un campione esteso di passaggi di opere"²⁹².

Con riguardo alla tempistica, la SIAE ripartisce secondo le regole stabilite per ciascuna sezione (es. Musica, DOR, Lirica...), in base ad ordinanze di ripartizione annuali. Ad esempio, per la sezione Musica, che come si è visto è quella di maggior rilievo, la SIAE prevede una forma di ripartizione ordinaria in base alla quale, nei casi in cui la tempistica è più favorevole ai titolari (balli con musica

²⁸⁸ In particolare, la tempistica qui in rilievo come variabile concorrenziale indica il tempo trascorso tra il momento dell'utilizzazione e il momento in cui il titolare riceve materialmente i diritti d'autore derivante da quella utilizzazione.

²⁸⁹ Le modalità con le quali questi diritti sono ripartiti individua i criteri applicati per la loro individuazione.

²⁹⁰ In particolare, Soundreef si basa su un modello di *business* che pone al centro la modalità e la tempistica della ripartizione dei diritti d'autore: "... le due leve competitive sulle quali poggia il suo modello di business, vale a dire la tempistica e la modalità analitica di ripartizione dei compensi...", Verbale di audizione di Soundreef del 12 gennaio 2018, doc. 173. V. anche il verbale di audizione di Itsright e Videorights del 27 marzo 2018, doc. 236: "*Le collecting si potrebbero differenziare in ragione di alcune specificità e potrebbero verosimilmente svolgere le attività di riscossione e successiva ripartizione in tempi e modi più efficienti di quelli che hanno sino ad oggi caratterizzato il sistema nazionale, proprio in ragione dell'enorme massa che è affidata a SIAE dalla normativa*".

Si possono distinguere due tipi di approcci per la ripartizione dei compensi ai titolari: quello forfettario e/o basato su stime dell'utilizzo delle opere o rilievi campionari e quello analitico a fronte del quale un titolare riceve i compensi sulla base dell'uso effettivo che è stato fatto di una sua opera ed è questo il criterio che la normativa di settore sopra richiamata espressamente predilige. La modalità con la quale si riscuote influisce sulle modalità di ripartizione, in altri termini, la ripartizione analitica dei diritti ai titolari presuppone che a monte, nel rapporto tra la *collecting* e l'utilizzatore siano state utilizzate forme di reportistica analitica per lo più in formato digitale (ad esempio, il *borderò* digitale di Soundreef o il c.d. *mioBorderò* della SIAE).

²⁹¹ Bilancio SIAE 2016, pag. 35. Sul *borderò* digitale, la SIAE nel corso del procedimento, ha affermato che è stato "... introdotto a luglio del 2016" e che "...ha cercato di incentivare in tutti i modi, ma non essendo obbligatorio, ancora oggi solo il 25% dei *borderò* che arrivano in SIAE sono in formato digitale. Tutto ciò che arriva in formato digitale è pagato 100% analiticamente. Laddove si utilizza ancora il *borderò* cartaceo, che sono quantificabili in 1.400.000 *borderò*, la tempistica di gestione è completamente differente da quella del *borderò* digitale", Verbale audizione SIAE del 26 marzo 2018, doc. 242. Cfr. anche il doc. isp. 99, mail del 14 luglio 2016 e verbale di audizione SIAE del 24 luglio 2017 (doc. 103).

²⁹² Verbale audizione SIAE del 26 marzo 2018, doc. 242.

dal vivo, discoteche, eventi privati, concerti e altri eventi musicali, cinema, musica *on-line*), i diritti d'autore incassati nel primo semestre devono essere ripartiti entro il gennaio dell'anno successivo, mentre gli incassi del secondo semestre devono essere ripartiti entro il luglio dell'anno successivo²⁹³; nelle altre forme di utilizzazione delle opere musicali, ad esempio, per la diffusione televisiva e la diffusione via radio, i tempi della ripartizione sono significativamente più lunghi²⁹⁴.

149. Qualora non sia possibile ripartire i diritti d'autore secondo la ripartizione ordinaria, i diritti vengono poi distribuiti nelle successive ripartizioni (c.d. ripartizioni supplementari). Quest'ultime possono anche incidere significativamente nel processo complessivo di ripartizione²⁹⁵. In tale ambito, i diritti d'autore sono attribuiti in *“via proporzionale, in funzione dell'ammontare dei rendiconti analitici di riferimento degli aventi diritto”*²⁹⁶; ciò implica che gli autori le cui opere non sono state precedentemente oggetto di *report* analitici potrebbero essere penalizzati nella fase di redistribuzione supplementare²⁹⁷.

150. Inoltre, per altre sezioni come quella del Cinema, i tempi di ripartizione dei diritti di SIAE possono risentire anche del sistema di incasso dei diritti così come disciplinati dai contratti stipulati con SIAE con alcune categorie di utilizzatori. Infatti, la ripartizione da attuarsi nell'anno 2018 riguarda anche utilizzazioni di anni precedenti e calcolate sulla base di contratti, stipulati con le emittenti televisive, scaduti e/o in regime di *prorogatio*²⁹⁸.

151. Circa i concorrenti di SIAE, Innovaetica *“offre il servizio di riscossione dei diritti di autore, sempre sfruttando modalità telematiche e un'elevata componente tecnologica. Ciò consente all'autore di riscuotere i propri diritti anche in tempo reale, quindi con la massima celerità, e sulla base dell'effettivo utilizzo del repertorio dell'autore (rendicontazione analitica), quindi non su stime basate su un'analisi campionaria”*²⁹⁹.

Soundreef *“... ha deciso di puntare sulla tempistica e la ripartizione analitica dei compensi. Quest'ultima può essere garantita solo se Soundreef si detta certe regole. In altri termini, si può*

²⁹³ Cfr. Ordinanza di Ripartizione Musica 2017 disponibile sul sito SIAE.

²⁹⁴ In particolare, le *“tempistiche di ripartizione degli incassi relativi ai diritti di diffusione televisiva sono influenzate dallo specifico modello di incasso, poiché il compenso annuale ... è oggetto di un conguaglio determinato solo successivamente all'atto dell'approvazione del bilancio di esercizio da parte dell'Emittente, di norma circa sei mesi dopo la fine dell'esercizio di competenza delle utilizzazioni. Inoltre le tempistiche di ripartizione sono definite compatibilmente con i criteri di economicità gestionale tenuto conto del volume degli incassi delle diverse Emittenti TV. Di conseguenza, la ripartizione degli incassi relativi ai diritti di diffusione televisiva delle Emittenti TV nazionali principali viene effettuata con cadenza almeno semestrale nel modo seguente:*

- *gli incassi relativi al primo semestre sono ripartiti entro il mese di luglio dell'anno successivo;*
- *gli incassi relativi al secondo semestre sono ripartiti entro il mese di gennaio dell'anno successivo a quello in cui avviene il conguaglio annuale dei compensi”* (Ordinanza Ripartizione Musica 2017). In termini analoghi è anche la parte della ordinanza dedicata alla diffusione radiofonica

²⁹⁵ Cfr. doc. 8819.27, *Documentazione Soundreef del 10 marzo 2017*.

²⁹⁶ Ordinanza SIAE ripartizione musica 2017 ma in termini simili anche quella riferita all'anno 2016.

²⁹⁷ Cfr. anche doc. 138, *Verbale di audizione di EMUSA, UNEMIA, ACEP del 20/9/2017: “Tali ripartizioni supplementari sono distribuite in relazione al peso del singolo autore ed editore e, in media, oscillano fra il 10-20% delle somme distribuite a questi ultimi”*.

²⁹⁸ Cfr. la sezione relativa alle licenze rilasciate dalla SIAE alle emittenti TV e le ordinanze della SIAE relative al repertorio Cinema.

²⁹⁹ Verbale di audizione di Innovaetica del 19 gennaio 2018, doc. 177.

ripartire in maniera analitica solo se si raccoglie in maniera analitica e allo stesso modo per la tempistica"³⁰⁰.

Recentemente anche LeA, la quale, *“nel ripartire i diritti tra i propri iscritti e mandanti, utilizza parametri analitici fatta eccezione per un numero marginale di ipotesi nelle quali il ricorso a tale parametro non risulta allo stato possibile in assenza di adeguate informazioni sulle utilizzazioni. LEA ripartisce ai propri iscritti i compensi raccolti a fronte dell'utilizzo del proprio repertorio in tutte le diverse forme di utilizzazione entro trenta giorni dalla chiusura di ogni trimestre con l'unica eccezione dei compensi raccolti a fronte dell'utilizzo di tali opere come musica d'ambiente, ipotesi nella quale i compensi raccolti vengono versati ai titolari dei diritti entro 30 giorni dalla chiusura del semestre nell'ambito sono sati raccolti. Per effetto dell'accordo di rappresentanza in essere con la Soundreef Ltd., invece, LEA liquida a quest'ultima i compensi raccolti per suo conto entro trenta giorni dalla raccolta”*³⁰¹.

152. Alla luce delle caratteristiche sopra descritte della domanda e dell'offerta, il mercato dei servizi della riscossione e ripartizione dei compensi agli autori può essere suddiviso in tanti mercati distinti quante sono le sezioni (Musica, DOR, Lirica, Olaf e Cinema) alle quali appartiene l'opera e/o alle forme di utilizzazione dell'opera (ovvero la tipologia di diritto).

Ai fini della valutazione delle condotte poste in essere dalla SIAE, particolare rilievo assumono i mercati della riscossione e ripartizione dei compensi agli autori per le esecuzioni pubbliche, quali concerti, riviste, bande e varietà; per la Musica d'Ambiente – Radio in Store; Diffusione e registrazione da parte di emittenti radiotelevisive; Diffusione da parte di emittenti radiotelevisive di colonne sonore di telefilm, film, cortometraggi, etc.; Diffusione *on-line* (streaming, webcasting, ecc.).

153. Infine, per un corretto inquadramento delle condotte abusive oggetto del presente provvedimento, si sottolinea che non ricadono nell'area di riserva legale in vigore sino al 15 ottobre 2017 i mercati relativi all'utilizzo di opere *on-line* di aventi diritto italiani e stranieri, i mercati relativi all'utilizzo di opere di aventi diritto italiani e stranieri non menzionate nell'art. 180 LDA³⁰², i mercati relativi alle forme di utilizzazione *off-line* sopra richiamate di opere di aventi diritto stranieri, nonché tutte le attività svolte direttamente dagli aventi diritto.

IV.1.1.3 I mercati della concessione agli utilizzatori di licenze per i diritti su opere coperte dal diritto di autore

154. Le *collecting* negoziano con gli utilizzatori le condizioni di utilizzazione dell'opera e i compensi. I rapporti fra le *collecting* e gli utilizzatori costituiscono un passaggio essenziale nella filiera dei servizi di gestione dei diritti d'autore che incide sul *quantum*, sulla tempistica e sulle modalità della ripartizione che poi la *collecting* effettua a valle ai propri associati.

155. Dal lato della domanda, vi sono tutti gli utilizzatori (es. organizzatori di concerti *live*, emittenti radio televisive, ecc.) che desiderano utilizzare i repertori delle *collecting* a fronte del pagamento a

³⁰⁰ Verbale audizione Soundreef 12 gennaio 2018 (doc. 173). doc. 249, Verbale di audizione del 24 aprile 2018. Per un'esemplificazione della istantanea dei diritti che Soundreef rendiconta cfr. anche doc. 222 del 14 marzo 2018.

³⁰¹ LEA inoltre afferma che *“... Il rispetto di tali termini di riparto- che costituiscono un importante fattore competitivo per l'Associazione – appare possibile, per quanto naturalmente, l'Associazione, allo stato non possa vantare un'effettiva esperienza in tal senso attraverso l'utilizzo di adeguate tecnologie di rendicontazione. Se, in altre parole, si dispone di informazioni in tempo reale sulle utilizzazioni e si intende applicare, salvo eccezioni, criteri analitici, non dovrebbero esservi ostacoli a procedere alò riparto nei predetti termini”*, Risposta di LEA pervenuta in data 10 aprile 2014, doc. 243.

³⁰² Cfr. tabella in fatto in merito alle attività incluse e non incluse nell'art. 180 LDA.

quest'ultime di una tariffa che può variare generalmente a seconda del tipo di repertorio utilizzato e della forma di utilizzo.

156. Dal lato dell'offerta, oltre alla SIAE, sono presenti su tale mercato anche Soundreef, Innovaetica e recentemente anche LeA. Inoltre, potenzialmente, possono operare sul mercato anche altre *collecting* europee.

L'avviarsi del processo di apertura dei mercati anche a operatori diversi dalla SIAE ha portato gli utilizzatori, in particolare le emittenti TV, a concentrarsi su determinati profili della gestione dei servizi di gestione oggetto delle licenze. In particolare, sull'individuazione del repertorio oggetto di licenza in termini di rappresentatività della *collecting* e quindi delle informazioni che la *collecting* deve fornire all'utilizzatore³⁰³; sulla tipologia di reportistica che l'utilizzatore deve fornire alla *collecting* sull'uso delle opere (ad esempio, la predisposizione di una reportistica analitica e in formato digitale); sulla metodologia di calcolo dei diritti d'autore da corrispondere soprattutto in relazione ai ricavi dell'utilizzatore.

157. Inoltre, un tema centrale, che sembra differenziare l'offerta delle *collecting*, è la modalità con la quale deve avvenire l'incasso da parte della *collecting* nei confronti degli utilizzatori, nei casi in cui la *collecting* non gestisca la totalità dei diritti d'autore su una determinata opera. La SIAE, seppur con delle distinzioni, afferma la tesi dell'indivisibilità dell'opera, in base alla quale qualora essa rappresenti la maggioranza dei diritti d'autore o il soggetto che dispone i diritti di utilizzazione economica (ad esempio, in alcuni casi, l'editore dell'opera) incassa dagli utilizzatori tutti i diritti sull'opera; come meglio motivato nel prosieguo, la modalità di incasso da parte della SIAE qui richiamata è una delle principali condotte oggetto dell'infrazione contestata in questa sede. I concorrenti di SIAE, come ad esempio LEA³⁰⁴, stanno invece adottando modalità diverse e incassano dagli utilizzatori solo i diritti spettanti in base ai mandati ricevuti³⁰⁵.

158. A ciò si aggiunga che, anche in ragione del persistere della diffusione degli accordi di rappresentanza reciproca, le principali licenze per l'utilizzazione delle opere valgono per il territorio

³⁰³ Come rilevato da RAI nel corso del procedimento, "la RAI ha necessità che la liberalizzazione sia accompagnata da strumenti che consentano con certezza di individuare per ciascuna opera: i titolari dei diritti d'autore, i criteri di ripartizione dei diritti fra più titolari, a quali *collecting* versare i diritti d'autore", Verbale audizione RAI del 29 gennaio 2018 (doc. 179). Anche LEA ha ravvisato l'esigenza che si sviluppino data base, anche di natura pubblica, che "...in formato aperto (leggibile, quindi, machine to machine) il repertorio amministrato con indicazione puntuale della percentuale dei diritti di propria competenza ...", Risposta di LEA pervenuta in data 10 aprile 2014, doc. 243. Cfr. anche il verbale di audizione Itsright e Videorights del 27 marzo 2018, doc. 233.

³⁰⁴ "LEA, come la più parte delle *collecting* society operanti nel panorama mondiale, solo raramente ha nel proprio repertorio il 100% dei diritti d'autore su una determinata opera. La condizione più ricorrente, viceversa, è quella nella quale LEA ha un mandato alla gestione di diritti d'autore corrispondenti solo a una quota parte dei diritti insistenti su una determinata opera. [...] Normalmente, pertanto, l'associazione licenzia – e intende licenziare per il futuro – agli utilizzatori solo la quota parte dei diritti di propria competenza invitando questi ultimi a procurarsi i restanti diritti d'autore dalle competenti *collecting* society", Risposta di LEA pervenuta in data 10 aprile 2014, doc. 243. V. anche al riguardo, il verbale di audizione Itsright e Videorights del 27 marzo 2018, doc. 233.

³⁰⁵ Infatti, per alcune utilizzazioni come i concerti musicali dal vivo, "... si sta sviluppando la prassi in base alla quale il manager del gruppo contatta l'organizzatore che apre il borderò digitale SIAE e quello Soundreef e stipula una doppia licenza, una con SIAE e l'una con Soundreef (le c.d. licenze split). Al momento di versare i diritti d'autore, l'organizzatore versa a ciascuna *collecting* la quota di diritti spettanti ai titolari associati a ciascuna delle due...", doc. 249.

nazionale e si inquadrano nella rete di accordi di rappresentanza reciproca che regolano i rapporti tra *collecting* estere³⁰⁶.

159. Alla luce delle caratteristiche sopra descritte della Domanda e dell’Offerta, il mercato della concessione agli utilizzatori di licenze per i diritti su opere coperte dal diritto di autore può essere suddiviso in tanti mercati distinti quante sono le sezioni (Musica, DOR, Lirica, Olaf e Cinema) alle quali appartiene l’opera e/o alle forme di utilizzazione dell’opera (ovvero la tipologia di diritto).

A fini delle valutazioni delle condotte poste in essere da SIAE, particolare rilievo assumono i mercati della concessione agli utilizzatori di licenze per i diritti su opere coperte dal diritto di autore per le Esecuzioni pubbliche, quali concerti, riviste, bande e varietà; per la Musica d’Ambiente – Radio in Store; Diffusione e registrazione da parte di emittenti radiotelevisive; Diffusione da parte di emittenti radiotelevisive di colonne sonore di telefilm, film, cortometraggi, etc.; Diffusione *on-line* (*streaming*, *webcasting*, ecc.).

160. In particolare, per quanto riguarda quest’ultimo mercato esso non rientrava nella riserva dei legge prevista dall’art. 180 LDA. Infatti, sin dalla Raccomandazione della Commissione del 2005, è stata affermata in questo settore la libertà dell’autore di avvalersi della *collecting* di propria scelta, indipendentemente dal luogo di residenza dell’autore e della *collecting*. Inoltre, la Direttiva *Barnier* e il d.lgs. 35/2017 disciplinano espressamente la possibilità di stipulare la c.d. licenza multi territoriale per le opere musicali *on-line*³⁰⁷.

161. La domanda è costituita da utilizzatori che desiderano utilizzare *on-line* i repertori delle *collecting* come ad esempio Google o Spotify. Questi ultimi, fornendo i propri servizi in una pluralità di paesi diversi, chiedono alle *collecting* di stipulare licenze multiterritoriali³⁰⁸ a fronte del pagamento di tariffe.

162. In particolare, nel corso dell’istruttoria, le principali informazioni sulle modalità di funzionamento della gestione dei diritti d’autore *on-line* sono state acquisite da Google, che gestisce la piattaforma YouTube³⁰⁹.

163. L’offerta è rappresentata da tutti quei soggetti il cui repertorio è utilizzato dagli *internet service providers* quali, ad esempio, le OGC e gli EGI. Ad esempio, Google ha stipulato licenze sia con SIAE che con Soundreef e non ravvisa significative differenze in quanto ciò che rileva per la piattaforma è interloquire con il soggetto che gestisce i diritti d’autore; in questa prospettiva, Google ha stipulato una licenza multi territoriale con Soundreef nel corso del 2017 per l’utilizzazione del suo repertorio³¹⁰.

164. Nello specifico, sul meccanismo di funzionamento delle licenze multiterritoriali, queste licenze consentono di non avere come interlocutore un soggetto monopolista e di impostare le relazioni

³⁰⁶ Cfr. ad esempio, verbale di audizione SIAE del 26 marzo 2018 (doc. 242), alla quale non “... risulta che esistano licenze multi territoriali per l’*off-line*”; nello stesso senso v. anche verbale di audizione Itsright e Videorights del 27 marzo 2018, doc. 236.

³⁰⁷ Vale a dire la licenza “che abbia ad oggetto la riproduzione o la comunicazione attraverso reti di comunicazione elettroniche di un’opera musicale per il territorio di più di uno Stato dell’Unione europea” (art. 2 comma 5 del d.lgs. n. 35/2017).

³⁰⁸ Cfr. verbale di audizione Google del 22 marzo 2018, doc. 235.

³⁰⁹ Ed ha rilevato che “YouTube è una piattaforma online che ospita contenuti video caricati direttamente dai suoi utenti oppure contenuti video per i quali YouTube ha ottenuto una licenza da parte di vari aventi diritto.”, Verbale di audizione Google del 22 marzo 2018, doc. 235.

³¹⁰ Verbale di audizione Google del 22 marzo 2018, doc. 235.

contrattuali su un piano di maggior equilibrio contrattuale e questa tipologie di licenze hanno meccanismi di funzionamento piuttosto simili tra loro e quindi non si rinvergono rilevanti differenze né in ragione dello Stato in cui le opere vengono utilizzate dal consumatore né della tipologia di opera³¹¹.

165. Sulla reportistica usata dalle piattaforme telematiche e le modalità di ripartizione dei diritti d'autore, in base al repertorio comunicato dalle *collecting*, è possibile effettuare una reportistica granulare sull'utilizzo di tali repertori³¹² e rispettare una tempistica di versamento dei diritti celere³¹³.

166. Con particolare attenzione al tema della ripartizione dei diritti d'autore su una medesima opera fra più *collecting*, Google ha chiarito che la gestione delle opere musicali *on-line* si caratterizza per la spettanza di diritti sulla medesima opera di più *collecting* e questo aspetto viene affrontato attraverso *data base* che si stanno standardizzando e consolidando sul mercato³¹⁴.

167. Calato nel contesto italiano, questo meccanismo vale anche con riferimento all'uso di opere musicali i cui diritti sono gestiti in parte da SIAE e in parte da Soundreef: “...attualmente, si può verificare che opere prima gestite da SIAE ora rientrino in tutto o in parte nel repertorio di Soundreef...”³¹⁵ e, in questo caso, come da prassi in questo settore, Google versa i diritti a ciascuna delle due *collecting* solo pro quota “...(ad esempio, 80% dei diritti a SIAE e 20% a Soundreef). Invece, non si verifica che SIAE percepisca tutti i diritti d'autore sulla base della circostanza che gestisce la maggioranza dei diritti o sia la *collecting* dell'editore dell'opera. Nel caso in cui l'opera sia ora interamente gestita da Soundreef, Google versa invece a quest'ultima tutti i diritti”³¹⁶.

³¹¹ Verbale di audizione Google del 22 marzo 2018, doc. 235.

³¹² Cfr. doc. 274 all. 1, “*Standard Reporting Formats*” all'interno del quale si fa un esempio sulla reportistica relativa allo sfruttamento di un determinato brano. Tra le informazioni ricomprese nella reportistica vi sono anche le indicazioni sugli aventi diritto del brano, le relative le quote di competenze di ciascun avente diritto sull'opera e il calcolo dei compensi da pagare per ogni avente diritto e cfr. anche doc. 274 all. 2, “*YouTube Guidelines for CCID version 14.1.4 Standard Format*”. In particolare, Google ha un elenco delle opere tutelate dalle diverse *collecting* e l'utilizzazione delle opere musicali su YouTube è tracciata in maniera univoca secondo una reportistica costruita in formato digitale.

Questa reportistica sull'uso effettivo delle opere su YouTube viene mandata con cadenza quadrimestrale a tutte le *collecting* e gli editori ed entro 30 giorni dall'invio di quest'ultima, Google effettua un primo pagamento dei diritti d'autore. Tale pagamento si basa sulle informazioni che Google detiene su chi siano i titolari dei diritti sull'opera utilizzati e quali siano le *collecting* che gestiscono anche solo pro quota tali diritti. Dopo l'invio di questa reportistica, in caso di reclami, ad esempio se due *collecting* affermano di avere diritto al pagamento per dei diritti d'autore su una determinata opera, Google non interviene nel merito del conflitto ma congela il pagamento fino a quando non si chiarisce chi sia legittimato a ricevere i diritti di pagamento in questione.

³¹³ Verbale di audizione Google del 22 marzo 2018, doc. 235: “...la maggiore parte dei diritti di autore vengono versati nei 30 giorni successivi all'invio della sopra menzionata reportistica. Una parte meno rilevante di diritti d'autore viene versata dopo la risoluzione dei conflitti e a seguito di un secondo controllo delle opere utilizzate in un determinato anno... Il pagamento integrale dei diritti d'autore viene versato in ogni caso non oltre i 18 mesi dall'effettiva utilizzazione dell'opera ma la parte più significativa dei diritti viene versata nei 30 giorni successivi all'invio di ciascuna reportistica quadrimestrale”.

³¹⁴ Infatti “... per l'uso di opere in ambiente *on line*, la prassi è quella di ripartire ciascuna *collecting* in proporzione dei diritti d'autore da essi rappresentati (ad esempio, 80% dei diritti d'autore vien versato alla *collecting A* e il restante 20% alla *collecting B*). Le licenze che Google ha stipulato funzionano tipicamente con questo meccanismo. Pertanto non si verifica il caso in cui una *collecting* percepisca i diritti su tutta l'opera quando invece detiene solo una quota dei diritti...” Verbale di audizione Google del 22 marzo 2018, doc. 235.

³¹⁵ Verbale di audizione Google del 22 marzo 2018, doc. 235.

³¹⁶ Verbale di audizione Google del 22 marzo 2018, doc. 235. Inoltre, laddove vi sia uno spostamento di opere dal repertorio della SIAE a quello di Soundreef, ciò si riflette – a parità di uso effettivo di quelle opere - su una riduzione dei ricavi della prima *collecting*: qualora “...il repertorio di SIAE dovesse essere meno utilizzato rispetto ad un precedente arco temporale, il sistema di versamento dei diritti d'autore tiene automaticamente conto di questa possibilità e SIAE riceverà minori diritti rispetto all'arco temporale precedente. Infatti, il calcolo analitico dei diritti d'autore consente di versare a ciascuna *collecting*

168. Si sottolinea che il meccanismo appena descritto del versamento dei diritti *pro quota*, vale indistintamente sia per le opere musicali che per quelle di altri repertori³¹⁷. Inoltre, i meccanismi utilizzati su larga scala nel settore *on-line* potrebbero essere estesi per la ripartizione in quote dei diritti d'autore *off-line*, in quanto i sistemi per la gestione dei diritti d'autore utilizzati nel settore *on-line*, e in particolare, il monitoraggio sull'uso delle opere, possono anche essere estesi al settore *off-line*, soprattutto con riferimento alla comunicazione al pubblico tramite radiodiffusione e TV, sia via cavo che via satellite. Si noti che un'omogeneità nelle caratteristiche della gestione dei diritti *on-line* nelle forme di utilizzazione *on-line*, via cavo e via satellite è confermata anche nel già citato precedente Cisac della Commissione³¹⁸.

169. Infine, per un corretto inquadramento delle condotte abusive oggetto del presente provvedimento, si sottolinea che non ricadono nell'area di riserva legale in vigore sino al 15 ottobre 2017 i mercati relativi al rilascio delle licenze per l'utilizzo di opere *on-line* di aventi diritto italiani e stranieri, i mercati relativi al rilascio delle licenze di opere di aventi diritto italiani e stranieri non menzionate nell'art. 180 LDA³¹⁹, i mercati relativi al rilascio delle licenze per l'utilizzo delle opere *off-line* sopra richiamate di opere di aventi diritto stranieri, nonché il rilascio delle licenze agli utilizzatori direttamente dagli aventi diritto.

IV.1.1.4 I mercati della prestazione di servizi di gestione dei Diritti d'Autore per conto di altre collecting straniere.

170. Nei mercati qui in esame, la domanda è rappresentata dalle *collecting* estere mentre l'Offerta è costituita dalle *collecting* nazionali.

La gestione dei diritti d'autore per conto di altre *collecting* è storicamente incentrata su accordi di rappresentanza³²⁰ stipulati fra gli OGC europei ed *extra* europei, come ad esempio quelli americani. La diffusione degli accordi di rappresentanza è da porsi in connessione con l'esigenza di assicurare il monitoraggio dell'uso delle opere dell'ingegno, che tipicamente può essere svolto dall'OGC che dispone della rete più capillarmente distribuita sul territorio³²¹.

i diritti spettanti in funzione dell'uso effettivo dei relativi repertori, senza bisogno che vi siano continue rinegoziazioni in base alle modifiche del repertorio di opere rappresentate/gestite da ciascuna collecting". Verbale di audizione Google del 22 marzo 2018, doc. 235. Sulle modalità di versamento dei diritti per l'uso delle opere *on-line*, cfr. anche Verbale di audizione Soundreef del 12 gennaio 2018, doc. 173 nella parte in cui descrive i rapporti della *collecting* con le piattaforma telematiche.

³¹⁷ *"I meccanismi di gestione dei diritti in ambiente on line è pressoché lo stesso sia per le opere musicali che per altre tipologie di opere. Anche per le opere diverse da quelle musicali la reportistica che Google fornisce agli utilizzatori è granulare e riflette l'uso effettivo delle opere e l'eventuale ripartizione tra più collecting dei diritti spettanti ..."*, Verbale di audizione Google del 22 marzo 2018, doc. 235; v. anche riposta richiesta informazioni di Facebook pervenuta in data 27 marzo 2018 (doc. 233): *"Nel caso di opere musicali, di frequente esistono diversi titolari di diritti sulla medesima opera. Inoltre, i diversi titolari dei diritti sono frequentemente rappresentati da collecting diverse, ovvero preferiscono ottenere licenze sui diritti direttamente piuttosto che tramite una collecting.*

In alcuni casi, lo stesso titolare può essere rappresentato da diverse collecting in relazione alla medesima opera...".

³¹⁸ Caso della Commissione per violazione dell'art. 101 TFUE COMP/C2/38.698 – CISAC, 16 luglio 2008

³¹⁹ Cfr. tabella in fatto in merito alle attività incluse e non incluse nell'art. 180 LDA.

³²⁰ Ai sensi della Direttiva *Barnier*, l'accordo di rappresentanza è un qualsiasi accordo tra organismi di gestione collettiva in cui un organismo di gestione collettiva conferisce a un altro il mandato di gestire i diritti che esso rappresenta" (art. 3, par. 1, lett. j).

³²¹ Cfr. al riguardo anche la sentenza della Corte di giustizia OSA.

171. Con riferimento all'Italia, la SIAE ha contratti di rappresentanza reciproca (ARR) con più di 150 OGC esteri che gestiscono i diritti rappresentati da SIAE in 145 Paesi in tutto il mondo³²².

In base a questi accordi, da un lato, la SIAE ha dato mandato ad una “consorella”³²³, di licenziare – nell’ambito territoriale dove quest’ultima risiede, ad esempio, Francia - il repertorio SIAE; dall’altro lato, in base a questo stesso accordo, SIAE ha ricevuto mandato di gestire in Italia il repertorio della “consorella”. Ciascuna delle due OGC si è quindi impegnata reciprocamente, nel proprio ambito territoriale di riferimento, a rendere - quali servizi di intermediazione - il rilascio di licenze per l'utilizzazione dei rispettivi repertori e a incassare i relativi compensi dagli utilizzatori.

Ciascuna OGC tipicamente si impegna a trattare i diritti d'autore gestiti in nome dell'accordo di rappresentanza nei medesimi termini e secondo un principio di parità di trattamento rispetto ai diritti gestiti dai propri associati o mandanti diretti.

172. A fronte dei servizi resi, ciascun OGC trattiene una quota che costituisce il proprio aggio - sui diritti d'autore spettanti ai titolari rappresentati dell'OGC consorella³²⁴. Ciascun OGC trasferisce i diritti d'autore (decurtati del menzionato aggio) all'OGC consorella secondo la propria tempistica³²⁵. Una volta ricevuti i diritti dall'OGC consorella, ciascuna *collecting* li ripartisce a seconda dei propri tempi di ripartizione e al netto di un ulteriore aggio. In particolare, SIAE prima di ripartire ai propri associati i diritti d'autore ricevuti dalle consorelle estere applica un ulteriore aggio del 3%³²⁶.

173. Si noti tuttavia che gli accordi di rappresentanza non sono l'unico strumento al quale necessariamente ricorrere per la gestione dei repertori esteri in Italia. Le *collecting* straniere infatti possono astrattamente stipulare direttamente licenze con gli utilizzatori per l'uso in Italia del repertorio da loro gestito³²⁷. E tale possibilità è già una realtà concreta per l'utilizzazione delle opere dell'ingegno via *internet* (dove infatti non rilevano gli accordi di rappresentanza) ed è un'opzione possibile anche per le licenze relative ad altre forme di utilizzazione, soprattutto quando l'utilizzatore è un'impresa multinazionale attiva in più Paesi (ad esempio, un *broadcaster* internazionale)³²⁸ e/o quando la verifica delle opere utilizzate può avvenire anche con strumenti digitali/telematici (si pensi alla verifica della programmazione via cavo o via satellite).

174. Inoltre, come prospettato nel corso dell'istruttoria, è anche verosimile che un grande utilizzatore stipuli con una *collecting* licenze multiterritoriali che coprano per più territori l'uso di repertori gestiti anche da altre *collecting*.

La gestione dei repertori di opere straniere in Italia è pertanto oggetto di un'evoluzione che, in ragione delle caratteristiche tecnologicamente avanzate delle forme di utilizzazioni, della natura degli

³²² Dato pubblico su sito SIAE nella sezione dedicata ai rapporti internazionali.

³²³ Così la SIAE definisce le OGC estere nell'ambito delle ordinanze di ripartizione dei diritti per ciascuna sezione (cfr. ad esempio, ordinanza Musica 2017).

³²⁴ Gli accordi di rappresentanza si fondano quindi sull'applicazione all'autore di un doppio aggio, sul punto cfr. anche verbale di audizione di Sky Italia del 6 dicembre 2017, in doc. 164.

³²⁵ Memoria SIAE del 1° agosto 2017, §150, doc. 100.

³²⁶ Sulla trattenuta operata dalla SIAE sui diritti versati agli associati per l'uso del repertorio all'estero v. le quote di spettanza SIAE allegate alla modulistica da compilare per la domanda di associazione Mod. 483, disponibile sul sito di SIAE.

³²⁷ V. *supra* quanto riportato sulle modifiche degli accordi di rappresentanza e sulle modifiche introdotte nel tempo soprattutto a seguito degli interventi della Commissione europea culminati nel caso CISAC.

³²⁸ Vedi al riguardo la posizione espressa *supra* da SKY e il caso CISAC della Commissione nel quale sono state sottolineate le analogie tra le utilizzazioni via *internet*, via satellite e via cavo.

utilizzatori e delle forme di verifica delle utilizzazioni delle opere, può determinare quantomeno un parziale superamento della prassi degli accordi di rappresentanza tra *collecting* così come fino ad oggi si sono affermati³²⁹.

175. Al riguardo, si evidenzia che, contrariamente a quanto sostenuto dalla SIAE, tutti i mercati rilevanti afferenti la gestione in Italia dei diritti d'autore di repertori di aventi diritto stranieri (rilascio di licenze, incasso dei proventi e ripartizione dei diritti per tutte le tipologie di opere e per tutte le forme di utilizzazione) non ricadono nella riserva legale *ex art. 180 LDA*, come si evince chiaramente dal dato testuale degli articoli 180 e ss. LDA.

IV.1.1.5 La dimensione geografica dei mercati rilevanti

176. Tutti i mercati e segmenti sopra elencati presentano in via generale, sotto il profilo geografico, una dimensione tuttora nazionale in ragione di fattori linguistici, culturali e contrattuali specifici al contesto nazionale³³⁰. Tale dimensione appare suscettibile di evoluzione, in quanto, alla luce dei cambiamenti tecnologici e del nuovo quadro regolamentare, il mercato geografico potrebbe espandersi oltre i confini nazionali quantomeno per quelle tecnologie diverse dal tradizionale *off-line* che consentono un monitoraggio anche da remoto (diritti *on-line*).

IV.1.1.6 La posizione degli operatori sui mercati rilevanti

177. Di seguito si illustra la posizione della SIAE e degli altri operatori nei mercati rilevanti sopra descritti e si riportano i valori totali in termini di ricavi derivanti dalla gestione dei diritti d'autore dal 2012 al 2017. Tali ricavi sono suddivisi per sezione e forme di utilizzazione e sono espressi in milioni di euro. Sulla generalità di questi mercati le quote di mercato sono prossime al 100% ad esclusione per la Musica d'Ambiente – Radio *in store*, relativamente alla quale si è registrata una battuta d'arresto nel *trend* decrescente della SIAE (conseguente all'ingresso di Soundreef nel 2012) corrispondente al periodo 2014-2015 (periodo nel quale la quota della SIAE aumenta nuovamente) in corrispondenza dei comportamenti di contrasto posti in essere nei confronti del nuovo entrante.

Ricavi per iscrizione a *collecting* (ricavi SIAE in '000 €)

	2015	2016	2017
Associati	[5.000-10.000]	[5.000-10.000]	[5.000-10.000]
Mandanti	[0-5.000]	[0-5.000]	[0-5.000]
Totale	[5.000-10.000]	[5.000-10.000]	[5.000-10.000]

³²⁹ In questo senso, non è condivisibile l'interpretazione della SIAE della sentenza OSA che non può essere interpretata nel senso di ostacolare l'evoluzione in atto dei mercati di gestione dei diritti d'autore.

³³⁰ Cfr. Caso COMP/C2/38.698 – CISAC, 16 luglio 2008. Al riguardo, si rileva seguendo il ragionamento della Commissione nella decisione in parola come la prassi commerciale che, nel caso Italiano, si contraddistingue per la prevalenza di licenze mono-territoriali su quelle multi-territoriali, porti ad una segmentazione del mercato nazionale rispetto a quello comunitario.

Mercato della tutela dal plagio (in €)

	2012		2013		2014		2015		2016		2017	
	RV	QdM										
SIAE	[500.000-700.000]	>90%	[500.000-700.000]	>90%	[500.000-700.000]	>90%	[500.000-700.000]	>90%	[500.000-700.000]	>90%	[500.000-700.000]	[80-90%]
Innovaetica	[0-500]	[0-5%]	[1.000-50.000]	[0-5%]	[0-500]	[0-5%]	[1.000-50.000]	[0-5%]	[50.000-100.000]	[5-20%]	[100.000-500.000]	[5-20%]
Totale	[500.000-700.000]	100%										

Note e Fonti:

Elaborazioni Agcm su dati SIAE e Innovaetica

Ricavi Musica (in € mln)

	2012			2013			2014			2015			2016			2017		
	Totale	% SIAE	%SR															
Dritti di esecuzione musicale Totale	[50.000-75.000]	>90%	[0-5%]	[50.000-75.000]	>90%	[0-5%]	[50.000-75.000]	>90%	[0-5%]	[50.000-75.000]	>90%	[0-5%]	[50.000-75.000]	>90%	[0-5%]	[50.000-75.000]	>90%	[0-5%]
Esecuzioni pubbliche, dal vivo e registrate, nel contesto di balli o trattenimenti e "concertini".	[25.000-50.000]	>90%	[0-5%]	[20.000-25.000]	>90%	[0-5%]	[20.000-25.000]	>90%	[0-5%]	[25.000-50.000]	>90%	[0-5%]	[25.000-50.000]	>90%	[0-5%]	[25.000-50.000]	>90%	[0-5%]
Diffusione in sale cinematografiche di colonne sonore di film, cortometraggi, etc.	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]
Diffusione e registrazione da parte di emittenti radiotelevisive	[15.000-20.000]	>90%	[0-5%]	[10.000-15.000]	>90%	[0-5%]	[10.000-15.000]	>90%	[0-5%]	[10.000-15.000]	>90%	[0-5%]	[10.000-15.000]	>90%	[0-5%]	[10.000-15.000]	>90%	[0-5%]
Diffusione da parte di emittenti radiotelevisive di colonne sonore di telefilm, film, cortometraggi, etc.																		
Diffusione in pubblici esercizi con radio, tv e filodiffusione.	[5.000-10.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[5.000-10.000]	>90%	[0-5%]	[5.000-10.000]	>90%	[0-5%]	[5.000-10.000]	>90%	[0-5%]	[5.000-10.000]	>90%	[0-5%]
Esecuzioni pubbliche, quali concerti, riviste, bande e varietà.	[20.000-25.000]	>90%	[0-5%]	[20.000-25.000]	>90%	[0-5%]	[20.000-25.000]	>90%	[0-5%]	[20.000-25.000]	>90%	[0-5%]	[20.000-25.000]	>90%	[0-5%]	[20.000-25.000]	>90%	[0-5%]
Megaconcerti (per la quota d'incasso > € 30.000)	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]
Musica D'Ambiente - Radio in Store	[0-5.000]	[75-90%]	[10-15%]	[0-5.000]	[75-90%]	[15-20%]	[0-5.000]	[60-75%]	[20-30%]	[0-5.000]	[75-90%]	[20-30%]	[0-5.000]	[75-90%]	[20-30%]	[0-5.000]	[60-75%]	[20-30%]
Utilizzazioni all'estero.	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]
Diffusione on line (streaming, webcasting, ecc.).	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[0-5%]
Dritti di riproduzione meccanica Totale	[0-5.000]	>90%	[0-5%]	[0-5.000]	>90%	[5-10%]												

Note e Fonti:

Elaborazioni Agcm su dati SIAE e Soundreef

Per quanto riguarda Innovaetica, la collecting ha conseguito ricavi esigui nel 2016 e 2017 sul mercato delle Esecuzioni pubbliche. Pertanto la sua quota di mercato è quasi nulla.

Ricavi Cinema (ricavi SIAE in € mln)

	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Equo compenso diffusione televisiva opere audiovisive.	[0-5.000]	[0-5.000]	[0-5.000]	[5.000-10.000]	[5.000-10.000]	[0-5.000]
Equo compenso per riproduzione video di opere audiovisive.	[0-5.000]	[0-5.000]	[0-5.000]	[0-5.000]	[0-5.000]	[0-5.000]
Diffusione on line (streaming, webcasting, ecc.)	[0-5.000]	[0-5.000]	[0-5.000]	[0-5.000]	[0-5.000]	[0-5.000]
Utilizzazioni all'estero.	[0-5.000]	[0-5.000]	[0-5.000]	[0-5.000]	[0-5.000]	[0-5.000]
Totale	[0-5.000]	[0-5.000]	[0-5.000]	[5.000-10.000]	[5.000-10.000]	[0-5.000]

Elaborazione Agcm su dati SIAE

Ricavi Dor-Lirica (ricavi SIAE in €mln)

	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Lirica Balletto						
Esecuzione o rappresentazione opere originali.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Esecuzione o rappresentazione opere elaborate.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Diffusione e registrazione emittenti radiotelevisive.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Diffusione in pubblici esercizi con radio, tv e filodiffusione.	[0-500]	[0-500]	[500-1.500]	[500-1.500]	[500-1.500]	[500-1.500]
Diffusione on line (streaming, webcasting, ecc.).	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Utilizzazioni all'estero.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Riproduzione audio.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Riproduzione video.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Totale	[500-1.500]	[500-1.500]	[500-1.500]	[500-1.500]	[500-1.500]	[500-1.500]
Teatro						
Rappresentazione opere originali.	[1.500-3.000]	[1.500-3.000]	[1.500-3.000]	[1.500-3.000]	[1.500-3.000]	[1.500-3.000]
Rappresentazione opere elaborate.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Diffusione e registrazione emittenti radiotelevisive.	[1.500-3.000]	[1.500-3.000]	[1.500-3.000]	[1.500-3.000]	[1.500-3.000]	[1.500-3.000]
Diffusione in pubblici esercizi con radio, tv e filodiffusione.	[3.000-5.000]	[3.000-5.000]	[3.000-5.000]	[3.000-5.000]	[3.000-5.000]	[3.000-5.000]
Diffusione on line (streaming, webcasting, ecc.).	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Utilizzazioni all'estero.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Riproduzione audio.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Riproduzione video.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Totale	[5.000-10.000]	[5.000-10.000]	[5.000-10.000]	[5.000-10.000]	[5.000-10.000]	[5.000-10.000]

Elaborazione Agcm su dati SIAE

Ricavi Olaf (ricavi SIAE in €mln)

	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Opere letterarie						
Diffusione da parte di emittenti radiotelevisive.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Diffusione in pubblici esercizi con radio, tv e filodiffusione.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Lettura e recitazione in pubblico di opere letterarie (PDL).	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Prestito da parte delle biblioteche pubbliche.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Reprografia (riproduzione, ad uso personale entro 15% del volume).	[500-1.500]	[500-1.500]	[500-1.500]	[500-1.500]	[500-1.500]	[500-1.500]
Diffusione on line (streaming, webcasting, ecc.).	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Utilizzazioni all'estero.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Riproduzione audio.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Riproduzione video.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Diritti editoriali.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Arti grafiche						
Diffusione da parte di emittenti radiotelevisive.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Diffusione in pubblici esercizi con radio, tv e filodiffusione.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Riproduzione opere arti figurative (quadri, sculture, opere grafiche e fotografie).	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Diritto di seguito (vendite, successive alla prima, di opere).	[500-1.500]	[500-1.500]	[500-1.500]	[500-1.500]	[500-1.500]	[500-1.500]
Diffusione on line (streaming, webcasting, ecc.).	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Utilizzazioni all'estero.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Riproduzione video.	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]	[0-500]
Totale	[1.500-3.000]	[1.500-3.000]	[1.500-3.000]	[1.500-3.000]	[1.500-3.000]	[1.500-3.000]

Elaborazioni Agcm su dati SIAE

IV.1.2 La dominanza della SIAE

178. Sui mercati rilevanti come precedentemente definiti, conformemente ai principi unionali e nazionali, la SIAE si trova in posizione di assoluta dominanza, sia nei mercati relativi ai servizi oggetto del monopolio legale *ex art. 180 LDA* (monopolio, almeno in parte, formalmente superato dal

15 ottobre 2017), sia nei mercati relativi a servizi non rientranti in questa disposizione e come tali potenzialmente già da tempo aperti al confronto competitivo.

179. Al riguardo, in primo luogo, è necessario rilevare che la dominanza della SIAE nei mercati rilevanti deriva dalla riserva legale di cui all'art. 180 LDA appena richiamata³³¹.

L'assetto di sostanzialmente monopolio è anche confermato dalle quote di mercato che la SIAE detiene in tutti i mercati rilevanti sopra descritti quasi sempre prossima al 100%, fatto salvo il mercato della musica d'ambiente-*radio in store* nel quale la posizione della SIAE supera sempre il 70%. Tali quote di mercato riguardano sia i servizi oggetto dell'art. 180 LDA, sia i servizi estranei a tale ambito, da sempre potenzialmente aperti al confronto competitivo.

180. La dominanza della SIAE è confermata anche da un complesso di altri fattori³³². In particolare, la SIAE - come è stato rilevato anche nel corso del procedimento - è una "*super OGC*"³³³, dispone di un'articolata rete sul territorio, è attiva su tutta la filiera delle attività di gestione dei diritti d'autore e di riscossione dei diritti connessi, per tutte le tipologie di opere. A ciò si aggiunga che SIAE è l'operatore storico di riferimento per gli autori, gli editori e gli utilizzatori e gode di una posizione privilegiata nei rapporti con le pubbliche istituzioni e con gli organismi internazionali di gestione dei diritti d'autore.

181. Alla luce di tutto quanto precede e conformemente alla giurisprudenza euro-unitaria e nazionale in materia, la SIAE è, ai sensi dell'art. 102 TFUE, in posizione dominante nei mercati relativi alla gestione dei diritti d'autore. Questi mercati risentono, quindi, di dinamiche concorrenziali compromesse e, come è noto, la dominanza è "*in concreto fonte... di una ... "speciale responsabilità" che incombe sull'impresa dominante, con conseguenti obblighi particolari di tenere comportamenti collaborativi o di astenersi da comportamenti che avrebbero un effetto distortivo proprio in quanto originati dalla dominanza*"³³⁴.

IV.2 LA REPLICA ALLE OSSERVAZIONI PRELIMINARI DELLA SIAE

182. Prima di entrare nel merito della valutazione delle condotte della SIAE appare necessario replicare a due delle osservazioni preliminari da essa sollevate e relative a: *i)* l'assenza di imparzialità dell'Autorità a seguito dell'esercizio dei poteri di *advocacy* in materia di diritto d'autore; *ii)* i vizi

³³¹ Secondo un consolidato orientamento euro-unitario, un'impresa che gode di un monopolio legale su un particolare mercato può essere considerata in posizione dominante su tale mercato, ai sensi dell'art. 82 del Trattato CE (ora art. 102 TFUE), cfr. sentenza della Corte di Giustizia CE, Causa C-320/91, Corbeau del 19 maggio 1993 (par. 9); sentenza C-179/90, Mercei convenzionali porto di Genova S.p.A. del 10 dicembre 1991 (punto 14); sentenza causa C-18/88, RTT del 13 dicembre 1991 (punto 17 della motivazione); sentenza causa C-41/90 Hoefner del 23 aprile 1991 (punto 28); sentenza causa C-260/89, ERT del 18 giugno 1991 (punto 31).

³³² Cfr. la Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti* (2009/C 45/02) "... una posizione dominante deriva da una combinazione di vari fattori che, considerati separatamente, non sono necessariamente determinanti..."; tra questi fattori, alla luce della giurisprudenza euro-unitaria e nazionale, rilevano le quote di mercato dell'impresa dominante - soprattutto se rilevante e persistente nel tempo - e dei suoi concorrenti, la struttura dell'impresa (se, ad esempio, verticalmente integrata), l'incidenza potenziale dell'espansione da parte di concorrenti effettivi o dell'ingresso sul mercato di concorrenti potenziali, l'esistenza di barriere all'espansione e/o all'ingresso; cfr. anche, *ex multis*, sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 1978, *Causa 27/76, United Brands/Commissione*, Racc. 1978, pag. 207, punti 65 e 66 "... stabilire se ...sia un'impresa in posizione dominante sul mercato di cui trattasi, occorre esaminare anzitutto la sua struttura, indi la situazione concorrenziale su detto mercato..."; a livello nazionale, *ex multis*, in materia di accertamento della posizione dominante cfr. sentenza del Consiglio di Stato 18 luglio 2014, n. 3849, *Sky Italia/Auditel*, sul caso dell'Autorità A422.

³³³ Verbale di audizione di Itsright e Videorights del 27 marzo 2018, doc. 233.

³³⁴ Consiglio di Stato 15 maggio 2015, n. 2479 *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia* relativa al caso A428 dell'Autorità; a livello euro-unitario, *ex multis*, Corte giust. CE, 9 novembre 1983, n. 322/81, *Michelin c. Commissione*.

dell'istruttoria, non essendo stata adeguatamente tenuta in considerazione la posizione di SIAE ed essendosi gli Uffici limitati a recepire la posizione dei denunciati.

183. Sulla prima questione, è necessario premettere che, sulla gestione dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sul recepimento della Direttiva, l'Autorità è intervenuta con appositi pareri rilevando, tra l'altro, l'opportunità di assicurare la più ampia apertura concorrenziale dei mercati di intermediazione dei diritti d'autore³³⁵. Più nello specifico, nelle segnalazioni richiamate dalla SIAE (AS1281 e AS1303), l'Autorità ha sollevato possibili criticità concorrenziali derivanti dall'art. 180 LDA allora vigente, auspicando un pieno superamento degli assetti monopolistici

Per contro, il procedimento A508 e il presente provvedimento hanno a oggetto la complessa strategia escludente che la SIAE ha posto in essere attraverso le articolate condotte sopra illustrate.

L'attività di *advocacy* e l'attività di *enforcement* costituiscono, pertanto, due interventi che hanno oggetto e finalità diversi e che, anziché determinare situazioni di conflitto d'interessi, sono complementari a tutela e a incentivo dello sviluppo di piene dinamiche competitive nei mercati relativi all'intermediazione dei diritti d'autore.

D'altra parte, laddove la tesi della SIAE fosse accolta, stante la numerosità e l'ampiezza degli interventi di *advocacy*, interi settori economici sarebbero sottratti all'*enforcement* del diritto *antitrust*.

184. Sulla seconda questione, va rilevato che, diversamente da quanto sostenuto dalla SIAE, l'accertamento dell'infrazione non poggia su un mero recepimento delle denunce presentate da Innovaetica e Soundreef, ma poggia su una solida attività istruttoria e sulla copiosa documentazione acquisita al fascicolo. Nel corso del procedimento, infatti, sono stati svolti accertamenti ispettivi presso la sede della SIAE, sono intervenuti undici soggetti che hanno apportato il loro contributo all'istruttoria, sono state rivolte richieste di informazioni alla SIAE e a diversi operatori dei mercati coinvolti, sono state svolte numerose audizioni con la SIAE e con diversi utilizzatori. Che gli argomenti apportati dalla SIAE siano stati tenuti debita considerazione emerge chiaramente dalla CRI e dal presente provvedimento. Del resto è la stessa SIAE a riconoscere di aver “*esercitato i suoi diritti di difesa in maniera incisiva, partecipando al procedimento in forma sia scritta sia orale dinanzi agli Uffici...*”³³⁶.

IV.3 LE CONDOTTE ABUSIVE

IV.3.1 L'unica complessa strategia escludente dei concorrenti

185. Dalle numerose evidenze acquisite nel corso del procedimento e descritte nella parte in fatto del presente provvedimento emerge che la SIAE ha posto in essere, almeno dal 1° gennaio 2012, un abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE, articolato in una pluralità di condotte complessivamente finalizzate a escludere i concorrenti dai mercati relativi ai servizi di gestione dei

³³⁵ L'Autorità si è espressa nel 2012, nel corso dell'*iter* che poi ha portato all'emanazione della Direttiva *Barnier*, cfr. il parere dell'Autorità ex art. 22 della legge n. 287/90, AS1009 *Gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi* rilasciato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento per le Politiche europee in data 24 dicembre 2012. Successivamente, è intervenuta con i seguenti tre pareri ex art. 22 della legge n. 287/90: AS1281 *Gestione collettiva dei diritti d'autore dei diritti connessi e concessione di licenze multi-territoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno* del 1° giugno 2016; AS1303, *Schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore* del 19 ottobre 2016; AS1452, *Misure contenute nel testo di conversione del decreto legge 148/2017 (Decreto Fiscale)* del 24 novembre 2017.

³³⁶ Doc. 407, Memoria finale, pg. 7 §31. L'attività istruttoria è sintetizzata nella Sez. II.1 cui si rinvia.

diritti d'autore non inclusi nella riserva originariamente prevista dall'art. 180 LDA³³⁷, nonché a impedire il ricorso all'autoproduzione da parte dei titolari dei diritti, garantita dall'articolo 180, comma 4, LDA.

L'insieme delle condotte contestate alla SIAE risulta riconducibile a un'unica strategia escludente dei concorrenti, volta a estendere e mantenere la propria posizione di monopolio – attribuita solo per alcune attività dall'art. 180 LDA nel testo vigente sino al 15 ottobre 2017 e, dopo tale data, detenuta in via di fatto – ad ambiti estranei all'art. 180 LDA (quali la tutela dal plagio, la gestione dei DDA per le utilizzazioni *on-line*, la gestione dei DDA dei repertori di opere straniere, la gestione diretta da parte dei titolari), impedendo in tal modo il dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali.

186. Anziché esercitare quella speciale responsabilità che la giurisprudenza dell'Unione europea e nazionale, come noto, attribuisce ad un'impresa in siffatta posizione, la SIAE ha sistematicamente posto in essere condotte abusive nei mercati sopra descritti dove la SIAE ha una posizione di sostanziale monopolio, vale a dire i mercati relativi ai servizi di gestione dei diritti d'autore ai titolari dei medesimi, i mercati della concessione agli utilizzatori di licenze per i diritti su opere coperte dal diritto d'autore e i mercati della prestazione di servizi di gestione dei diritti d'autore per conto di altre *collecting* straniere.

I comportamenti della SIAE, pur nella loro eterogeneità, sono tutti diretti a estendere e mantenere la posizione dominante derivante dalla originaria riserva legale nei mercati non ricompresi in tale ambito. E ciò senza che la SIAE, nel porre in essere le condotte contestate, abbia tenuto in considerazione, da un lato, la diversa volontà degli autori, dall'altro, l'incontestabile evoluzione dei mercati e del quadro normativo dell'Unione europea.

187. Le condotte attraverso le quali SIAE ha attuato la propria strategia escludente riguardano:

a) l'imposizione di vincoli nell'offerta di servizi diversi tali da ricomprendere nel mandato relativo allo svolgimento dei servizi rientranti nella riserva legale vigente fino al 15 ottobre 2017 anche servizi suscettibili di essere erogati in concorrenza; ciò nonostante dopo il caso *Cisac* della Commissione del 2008 e come riconosciuto dalla stessa SIAE nella memoria finale³³⁸, fosse pacifico che un titolare (italiano) di diritti d'autore potesse iscriversi anche a *collecting* straniere. Per garantire il rispetto di tali vincoli, la SIAE ha svolto un monitoraggio continuo sull'attività dei concorrenti e sull'andamento dei propri mandati;

b) l'imposizione di vincoli volti ad assicurare alla SIAE la gestione dei diritti d'autore dei titolari non iscritti anche persino là dove questi ultimi avevano espressamente manifestato la volontà di non avvalersi dei servizi da essa erogati. In tal senso rileva la richiesta avanzata dalla SIAE di rilasciare in sede di deposito dell'opera un'apposita dichiarazione (allegata al bollettino) con cui le viene affidata la gestione dell'opera per intero, anche quando un titolare o un co-titolare dei diritti su quella medesima opera non sia iscritto alla SIAE.

In questo contesto, si inseriscono anche le condotte della SIAE sopra descritte relative ai concerti *live*;

c) l'esclusione dei concorrenti dai mercati relativi alla concessione di licenze alle emittenti TV (relative a tutte le tipologie di opere), attuata attraverso la conclusione di licenze che non tengono

³³⁷ Cfr. la Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, cit.

³³⁸ Cfr. doc. 407, pg. 12.

conto della rappresentatività della SIAE, dell'uso effettivo delle opere e dell'applicazione di un sistema di prezzi inadeguato a consentire la stipula di licenze anche con altre *collecting*;

d) l'esclusione dei concorrenti dai mercati relativi alla gestione dei diritti d'autore di repertori esteri e per conto di *collecting* estere realizzata tramite l'illegittima estensione della riserva alla gestione dei repertori di autori stranieri in Italia.

188. In un contesto in cui, SIAE è l'operatore storico di riferimento e raccoglie l'adesione di quasi tutti gli aventi diritto già attivi, le condotte sopra descritte hanno nel loro complesso ostacolato, e ostacolano tuttora, la libertà di un avente diritto di rivolgersi a una *collecting* concorrente o di gestire direttamente i propri diritti d'autore nonché limitato lo sviluppo concorrenziale e l'innovazione dei mercati dell'intermediazione del diritto d'autore in violazione dell'articolo 102 TFUE.

Sul punto, va osservato che le condotte di SIAE – nella misura in cui limitano la libertà dell'autore di scegliere l'operatore cui rivolgersi, anche in funzione della forma di utilizzazione dell'opera – incidono negativamente sulla qualità dei servizi offerti e impediscono lo sviluppo di operatori concorrenti e *collecting* specializzate.

Come dimostrato dalle evidenze in atti precedentemente descritte, SIAE ha posto in essere condotte che ostacolano l'ingresso di operatori concorrenti, qualsiasi sia la loro forma giuridica (OGC o EGI) e qualsiasi sia la loro provenienza (italiana o estera).

189. Prima di procedere alla valutazione delle condotte rientranti nella complessa strategia di SIAE, occorre replicare alle contestazioni mosse dalla SIAE nella memoria finale circa l'insussistenza di una violazione dell'art. 102 TFUE alla luce: 1) delle considerazioni contenute nella sentenza OSA della Corte di giustizia; 2) dell'applicabilità al caso di specie della deroga prevista dall'art. 106 par. 2 TFUE.

1. Sulla sentenza OSA della Corte di Giustizia

190. La sentenza OSA della Corte di giustizia del 27 febbraio 2014, C-351/12, diversamente da quanto affermato da SIAE, non osta all'applicabilità dell'articolo 102 TFUE alle condotte oggetto di contestazione.

Anzi dalla lettura della sentenza emerge esattamente il contrario, avendo la Corte sostenuto, in coerenza con i consolidati principi in materia, la piena applicabilità dell'art. 102 TFUE agli OGC che operano in virtù di una riserva legale³³⁹. Sul punto la Corte ha, infatti, osservato che se, per un verso, il mero riconoscimento ad un ente di gestione collettiva dei diritti d'autore di un monopolio legale non contrasta di per sé con l'articolo 102 TFUE, per un altro, tale circostanza non impedisce di considerare abusiva la condotta di un simile organismo, là dove integri gli estremi di un abuso di posizione dominante. Per cui, pur non potendosi considerare di per sé abusivo il monopolio legale attribuito a SIAE, ben può essere, invece, valutata in violazione dell'articolo 102 TFUE la complessa strategia abusiva posta in essere dalla SIAE al fine di estendere la posizione dominante detenuta nei mercati originariamente oggetto della riserva legale a mercati ad essa estranei (a titolo esemplificativo, la tutela dal plagio e la gestione dei repertori esteri).

Ciò *a fortiori* quando - come nel caso di specie - l'abuso di posizione dominante, posto in essere da SIAE rientra nel solco degli abusi per estensione, caratterizzati tipicamente proprio dall'esistenza a

³³⁹ Sentenza OSA § 80: "Occorre premettere, in primo luogo, che un ente di gestione quale l'OSA costituisce una società alla quale si applica l'articolo 102 TFUE (v., in tal senso, sentenza del 21 marzo 1974, BRT e Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs, detta «BRT II», 127/73, Racc. pag. 313, punti 6 e 7)".

monte di una riserva legale e dall'uso improprio della stessa al fine di impedire e ostacolare la concorrenza in mercati liberalizzati.

La circostanza che la sentenza OSA ammetta la compatibilità di eventuali monopoli nazionali con le norme dell'Unione vigenti all'epoca in materia di diritto d'autore, di libera prestazione di servizi e di libertà di stabilimento non rileva, inoltre, ai fini della violazione dell'art. 102 TFUE qui contestata, che prescinde da qualsiasi valutazione sulla compatibilità dell'art. 180 LDA (vigente fino al 15 ottobre 2017) con la normativa *antitrust*.

191. A ciò si aggiunga che ancora più inconferente appare il richiamo alla sentenza OSA dopo l'adozione della Direttiva *Barnier*, il suo recepimento in Italia e la modifica dell'art. 180 LDA³⁴⁰, poiché le condotte di SIAE si inseriscono in un contesto giuridico profondamente diverso da quello posto a fondamento di questa sentenza.

2. Sull'applicazione dell'art. 106, par. 2 TFUE

192. SIAE, nella memoria finale, asserisce la propria natura di soggetto che eroga un servizio di interesse economico generale e, come tale, invoca l'applicazione della deroga contenuta nell'art. 106, par. 2, TFUE, asserendo che ciò servirebbe a garantire l'adempimento della specifica missione ad essa affidata.

193. Al riguardo, si evidenzia che la natura di ente pubblico economico a base associativa non esclude la SIAE dall'applicazione della normativa in materia di concorrenza. In particolare, in primo luogo, diversamente da quanto sostenuto da SIAE, l'attività di gestione e intermediazione del diritto d'autore non può essere considerato alla stregua di un servizio di interesse economico generale. È la stessa Corte di Giustizia che, in linea con i propri precedenti, nella sentenza OSA sopra richiamata afferma che un ente come OSA, che godeva all'epoca della sentenza di una riserva legale e “*che amministra interessi privati, anche se si tratta di diritti di proprietà intellettuale tutelati dalla legge* [come è anche il caso della normativa italiana], *non è idoneo a rientrare nell'ambito di applicazione di tale prima disposizione* [n.d.r., l'art. 106, par. 2, TFUE]” (§81 sentenza OSA).

194. Né si può, in secondo luogo, sostenere l'applicabilità dell'art. 106, par. 2, TFUE in ragione dello svolgimento di altre attività affidate alla SIAE per legge o in virtù di convenzioni con la PA, in quanto si tratta di attività che esulano dal presente provvedimento (ad esempio, accertamenti fiscali) e rispetto alle quali SIAE non offre, comunque, alcuna evidenza di come il loro esercizio potrebbe essere compromesso dall'accertamento dell'infrazione qui contestata.

195. Del tutto impropria appare, in terzo luogo, l'interpretazione che SIAE offre della giurisprudenza della Corte Costituzionale e, in particolare, della sentenza del 15 maggio 1990, n. 241. Anche in questo caso, da una lettura completa della sentenza emerge che la Corte non ha affatto escluso l'applicabilità dell'articolo 86 del Trattato Ce, ma ha, al contrario, manifestato la necessità di adottare nell'ordinamento interno una disciplina *antitrust* idonea a tutelare efficacemente la libertà di iniziativa economica e i contraenti più deboli che interagiscono con i monopolisti, ritenendo non sufficienti a tal fine i rimedi civilistici. Sicché la Corte Costituzionale non ha posto SIAE al riparo dall'applicazione della normativa *antitrust*, ma anzi ha auspicato che la stessa fosse soggetta ad un più penetrante controllo, stante la sua posizione di supremazia.

³⁴⁰ Cfr. Sezione II.3.3 e la comunicazione della Commissione europea del 7 febbraio 2017, depositata da SIAE in allegato alla memoria finale (doc. 407, all. 5). In tale lettera, che la Commissione europea ha inviato allo Stato italiano, la Commissione afferma che la Direttiva non consente né autorizza ““*OMISSIS*””.

196. Non pertinente risulta, infine, anche il richiamo al precedente A48 dell’Autorità del 1995, trattandosi di un caso molto risalente – che si inserisce in un contesto fattuale e normativo della tutela del diritto d’autore oramai totalmente superato – e avente a oggetto una fattispecie diversa da quella in esame.

197. In ogni caso, sia l’art. 106, comma 2, TFUE che l’art. 8, comma 2, della l. n. 287/90 sono disposizioni di natura eccezionale, che pertanto devono essere interpretate in modo restrittivo. Ne consegue che le regole di concorrenza vanno applicate a tutte le imprese incaricate della gestione dei servizi di carattere economico generale, a meno che tale applicazione impedisca l’adempimento della specifica missione affidata a queste imprese. A un’impresa che svolge un servizio di interesse economico generale non possono essere applicate le norme a tutela della concorrenza solo nel caso in cui il comportamento oggetto di valutazione, nella sua specifica manifestazione ed in rapporto alla concreta fattispecie di volta in volta esaminata, risulti l’unico comprovato e possibile mezzo per conseguire le finalità istituzionali dell’ente. Tale non è il caso di specie, in cui viene contestata a SIAE una complessa strategia abusiva articolata in una pluralità di condotte complessivamente finalizzate a escludere i concorrenti dai mercati relativi ai servizi di gestione dei diritti d’autore, estendendo la posizione dominante derivante dall’originaria riserva di cui all’art. 180 LDA ad ambiti ad essa estranei.

La SIAE, del resto, non ha dimostrato in concreto come la contestazione oggetto del presente provvedimento ne ostacolerebbe la missione, né che le condotte volte ad escludere la concorrenza nell’esercizio di servizi non ricompresi nella riserva siano necessarie e proporzionate al perseguimento del fine di tutela del diritto d’autore. Nel caso di specie, infatti, non sono stati adottati elementi concreti a sostegno dell’applicabilità della deroga alle disposizioni *antitrust*, come invece richiesto dalla giurisprudenza.

Pertanto, il riconoscimento della qualifica di ente che eroga un servizio economico generale appare ancora più debole a seguito della modifica dell’art. 180 LDA che ha superato la riserva legale in capo alla SIAE, riconoscendo esplicitamente che la missione di cui sarebbe incaricata può essere svolta anche da altre *collecting*.

IV.3.2 I vincoli nell’offerta tra servizi diversi

IV.3.2.1 I vincoli di esclusiva e i legami tra servizi diversi nella gestione dei DDA

198. Le condotte abusive della SIAE sono riconducibili all’imposizione di vincoli nell’offerta di servizi diversi di gestione dei DDA, solo alcuni dei quali compresi nell’esclusiva vigente sino al 15 ottobre 2017³⁴¹.

In particolare, la SIAE ha sistematicamente imposto ai titolari di opere di tutti i repertori, da un lato, vincoli agli aventi diritto in entrata (conferimento del mandato alla SIAE per tutte le opere e per tutti i diritti) e, dall’altro, vincoli in uscita (vincoli alla limitazione o alla revoca dei mandati).

Tali vincoli riguardano l’affidamento in gestione di diritti e/o forme di utilizzazioni riconducibili a mercati rilevanti separati; ad esempio, il vincolo che il mandato sia affidato (o revocato) per il rilascio di licenze aventi a oggetto la musica d’ambiente, l’uso di opere musicali in *concerti live* e l’uso delle opere *on-line*.

³⁴¹ Per le condotte qui contestate valgono soprattutto le evidenze descritte nella Sezione II.5, spec. Sezioni II.5.1, Sez.II.5.2, II.5.2.1 e II.5.2.2, quali a titolo meramente esemplificativo i doc. 270, doc. isp. 426 e doc. 98.

199. Infatti, come emerge dall'istruttoria, il mandato che l'autore/editore conferisce a SIAE, sia nella domanda di adesione come socio sia nel caso in cui non voglia assumere tale qualifica, è estremamente ampio, includendo tutto il repertorio presente e futuro e la tutela di tutti i diritti su tali opere. In particolare, SIAE include nella tutela forme estremamente eterogenee di utilizzazione che spaziano, ad esempio per le opere musicali, dalla musica di sottofondo, alla comunicazione al pubblico tramite emittenti TV, alla diffusione tramite *internet*. In altri termini, con un unico atto, l'autore o l'editore affidano alla SIAE, in un'offerta congiunta di servizi, la gestione delle opere per forme di utilizzazione che, alla luce anche di quanto precedentemente rilevato, sono riconducibili a mercati rilevanti diversi. In alcuni casi, come i servizi *on-line* ed i servizi di musica d'ambiente con uso di repertori stranieri, si tratta di servizi che esulano completamente dall'ambito di applicazione della riserva di cui all'art. 180 LDA³⁴².

200. Parimenti, con riferimento alla limitazione e alla revoca del mandato, la SIAE costringe gli autori e gli editori a privarsi di un insieme di servizi eterogenei di gestione delle opere. Come emerge dalle evidenze in atti, ad esempio, a fronte di un autore che intendeva revocare il mandato a SIAE per la sola musica dal vivo, quest'ultima ha costretto l'autore a revocare il mandato anche per la gestione delle licenze di altre forme di utilizzazione (in particolare, pubblica esecuzione cinematografica e quella realizzata con qualsiasi altro procedimento tecnico di riproduzione³⁴³). A ciò si aggiunga che SIAE ha avuto atteggiamenti ondivaghi nell'applicazione dei vincoli alle revoche dei mandati³⁴⁴ e ciò dimostra che l'art. 6, comma 9, dello Statuto, nel periodo della sua vigenza, non imponeva alla SIAE le condotte tenute ma poteva essere interpretato in termini molto più flessibili di quanto la stessa SIAE non abbia in concreto fatto.

201. Con specifico riferimento alla musica d'ambiente, la strategia escludente in sede di conferimento/revoca dei mandati da parte degli aventi diritto è rappresentata anche dai comportamenti adottati nei confronti degli utilizzatori consistenti in sistematici controlli che sfociano anche nella redazione di atti di constatazione e a volte in azioni di esecuzione forzata *ex art.* 164 LDA. Questo tipo di azioni spinge i concorrenti a dover garantire manleva contro eventuali azioni della SIAE nei confronti degli esercenti e ciò rappresenta un ulteriore ostacolo all'attività di operatori concorrenti³⁴⁵.

202. Alla luce delle caratteristiche specifiche dei mercati relativi alla gestione dei diritti d'autore e della posizione storicamente detenuta dalla SIAE, le condotte appena richiamate costituiscono, unitamente agli altri vincoli contestati in questa sede, un abuso di posizione dominante che si è tradotto in una limitazione delle possibilità di scelta del titolare del diritto d'autore, nonché in un ostacolo all'introduzione di innovazioni tecnologiche nei servizi di gestione dei diritti d'autore.

³⁴² Con particolare riferimento allo sfruttamento delle opere *on-line* l'esistenza di condotte escludenti emerge anche dalla circostanza che la SIAE sta adottando anche nei confronti di YouTube condotte volte a ostacolare le licenze multi-territoriali stipulate dai concorrenti, cfr. doc. 274, *Risposta a richiesta di informazioni da parte di Google*, pervenuta in data 2 maggio 2018, ove negli allegati 8 e 9 vi è una mail tra esponenti di Google ed esponenti della SIAE del 30 maggio 2017 nel quale solleva criticità sulla ripartizione delle possibili quote spettanti a concorrenti.

³⁴³ Risposta di SIAE all'Editore del 9 ottobre 2015 contenuta in mail interna a SIAE del 19 gennaio 2016, doc. isp. 737. In questa sede devono intendersi richiamati tutti i documenti descritti in fatto in merito a questa vicenda.

³⁴⁴ Cfr. doc. isp. 448 del 12 aprile 2017, *limitazioni di diritti collegate a Soundreef.msg*, cfr. comunicazione in allegato del 20 aprile 2016 nella quale si rinviene che "La Sua comunicazione sembra avere come oggetto l'esclusione del mandato per le utilizzazioni delle Sue opere musicali per la sonorizzazione con musica d'ambiente di esercizi commerciali aperti al pubblico, tramite servizi dedicati...".

³⁴⁵ Cfr. doc. 173 – Verbale audizione Soundreef.

203. Infatti, diversamente da quanto accaduto in altri contesti europei³⁴⁶, il monopolio della SIAE si caratterizza per avere riguardato tutte le tipologie di repertorio (ad esempio, musica e cinema) e tutte le principali attività (rilascio di licenze, incasso dei proventi dagli utilizzatori e ripartizione dei diritti ai titolari). Malgrado questo difficile contesto, dal 2011-2012, ancora prima quindi della Direttiva *Barnier*, hanno iniziato ad affacciarsi nei mercati operatori concorrenti nell'offerta di servizi non inclusi nella riserva di cui all'art. 180 LDA vigente fino al 15 ottobre 2017 e ad elevata componente tecnologica. In particolare, Soundreef è stata la prima a sviluppare in maniera sistematica modalità di rendicontazione delle utilizzazioni in formato digitale e a introdurre modalità di ripartizione caratterizzate da un'elevata precisione e tempistica celere.

In questo contesto, l'interesse degli aventi diritto per i servizi dei concorrenti costituisce la prima evidenza che il monopolio di SIAE ha lasciato una larga parte della propria domanda insoddisfatta, proprio a causa di quelle tipiche inefficienze che accompagnano l'esistenza di assetti monopolistici³⁴⁷.

A fronte di una domanda parzialmente non soddisfatta, le imprese nuove entranti hanno focalizzato la propria attività, almeno in una prospettiva iniziale, nella gestione dei diritti d'autore delle opere rientranti nel repertorio di opere musicali, che è infatti il repertorio che assorbe di gran lunga la prevalenza dei diritti d'autore e che presenta un'ampia gamma variegata di utilizzazioni, ciascuna con caratteristiche proprie che spaziano dalla musica di sottofondo, agli eventi *live*, all'uso delle opere musicali da parte delle emittenti TV, all'on-line e così via. In altri termini, le dinamiche competitive sono iniziate nei mercati relativi ai repertori delle opere musicali e, verosimilmente, è in questi ambiti che tali dinamiche si prestano a un maggiore consolidamento.

204. In questo contesto, le condotte della SIAE ostacolano lo sviluppo di queste dinamiche poiché vincolano, al momento del conferimento del mandato, l'autore o l'editore ad avvalersi della SIAE per servizi che potrebbero essere prestati da *collecting* concorrenti o, per quelle che esulano dall'art. 180 LDA, da soggetti diversi e, al momento della limitazione, costringono l'autore o l'editore a rinunciare a ulteriori servizi della SIAE. Ciò pone un chiaro ostacolo alla mobilità della clientela verso operatori e *collecting* concorrenti o verso la gestione diretta dei diritti d'autore.

Entrambe le tipologie di vincoli in entrata e in uscita costituiscono, in altri termini, un ostacolo al ricorso da parte degli autori ed editori dei servizi di *collecting* concorrenti.

205. Inoltre, l'affidamento del mandato, nei termini ampi sopra descritti, è esplicitamente qualificato dalla SIAE come mandato in via esclusiva, in quanto la SIAE condiziona il mandato alla dichiarazione dell'autore o dell'editore di “*non aver assunto impegni con altre società di collecting sul medesimo repertorio, sui medesimi diritti e territori per i quali si richiede la tutela a SIAE*” (art. 2, comma 1, lett. A del Regolamento)³⁴⁸, ove per repertorio si intende il complesso delle opere passate, presenti e

³⁴⁶ Cfr. Sezione II.2.2. SIAE nella memoria finale (doc. 407) contesta la correttezza della Tabella con riferimento a diversi Paesi e, in particolare, al Belgio. Al riguardo, si osserva che l'operatività degli EGI in Belgio appare consentita dal *Code de droit économique*, modificato in sede di recepimento della Direttiva *Barnier*, in particolare, dagli artt. I.16 (gli EGI esercitano la gestione dei diritti d'autore e dei diritti connessi), dal Capitolo 9, art. XI.246 (gli EGI possono stabilirsi in Belgio e sono ivi indicate le disposizioni del Codice che si applicano a questa tipologia di enti); in ogni caso, anche laddove vi fossero limitazioni in Belgio all'esercizio dell'attività degli EGI, ciò non appare alterare il quadro complessivo delineato nella Sezione II.2.2.

³⁴⁷ cfr. Sez. II.4; in particolare, Doc isp. 795 allegato all'email p. 180 ss

³⁴⁸ Cfr. il doc. 270, pervenuto in data 30 aprile 2018, dove sono contenute le diverse formulazioni del Regolamento SIAE in vigore dal 1° gennaio 2012; in particolare, già nel primo Regolamento (art. 10), l'Associato conferirà il mandato in esclusiva e

future, nonché gli utilizzi delle stesse appartenente ad una stessa Sezione. In altri termini, la SIAE impone agli autori/editori i vincoli di esclusiva che tipicamente sono abusivi quando imposti da un'impresa dominante³⁴⁹.

In particolare, in base al Regolamento SIAE in vigore, un titolare di diritti - laddove voglia gestire direttamente (ai sensi dell'art. 180 comma 4 LDA) o affidare ad un'altra *collecting* la tutela di alcune opere - dovrebbe revocare il mandato alla SIAE per gestire l'intero repertorio di quella tipologie di opere (ad esempio, tutte le opere musicali per la sezione musica, tutte le opere cinematografiche per la sezione cinema, tutte le opere liriche per la sezione lirica ecc..).

206. Secondo SIAE tali condotte, non contestate nei fatti, sarebbero giustificate, oltre che dall' art. 180 LDA, anche dalla Direttiva *Barnier* (che menziona categorie di diritti e tipi di opere e non singole opere), dalla prassi degli altri OGC e dalle difficoltà gestionali che deriverebbero dall'adottare opzioni diverse. In particolare, non sarebbe realistico consentire che l'autore o l'editore affidino alla SIAE solo alcune opere (e non tutte) o ritenere che il mandato non valga anche per le opere future³⁵⁰.

207. Al riguardo, preme innanzitutto evidenziare che, diversamente da quanto sostenuto dalla SIAE, le normative europea e nazionale non fanno esclusivamente riferimento alle categorie di diritti. Sia l'art. 5 della Direttiva *Barnier* sia l'art. 4 del d.lgs. n. 35/2017, infatti, affermano che i titolari dei diritti hanno il diritto di autorizzare un organismo di gestione collettiva di loro scelta o un'entità di gestione indipendente di loro scelta (art. 4, comma 2, d.lgs. n. 35/2017) a gestire “*i diritti, le categorie di diritti o i tipi di opere e altri materiali di loro scelta indipendentemente dallo Stato membro di nazionalità, di residenza o di stabilimento dell'organismo di gestione collettiva o del titolare dei diritti*” (art. 5, par. 2, della citata direttiva) o “*dell'entità di gestione indipendente*” (art. 4, comma 2, citato). Come precisato al comma 4 dell'art. 4 del d.lgs. n. 35/17, inoltre, “*i titolari dei diritti, qualora affidino ad un organismo di gestione collettiva o ad un'entità di gestione indipendente la gestione dei propri diritti, specificano, in forma scritta, quale diritto o categoria di diritti o tipo di opere e altri materiali protetti, affidano alla loro gestione*”. Parimenti, l'art. 5 della Direttiva afferma il diritto del titolare dei diritti di ritirare o revocare l'autorizzazione a gestire “*diritti, categorie di diritti o tipi di opere e altri materiali protetti da loro concessa*” (in termini analoghi, l'art. 4, comma 6, del d.lgs. 35/17).

Infine si rileva che l'interpretazione fornita da SIAE si pone in aperto contrasto con la facoltà riconosciuta agli autori dall'art. 180, comma 4, LDA di esercitare autonomamente *i diritti* loro riconosciuti.

In secondo luogo, si rileva che quanto affermato dalla SIAE non è coerente con alcune circostanze di fatto. Al riguardo, vale osservare che la SIAE richiede all'autore e all'editore il deposito di bollettini per ogni singola opera, né potrebbe essere diversamente stante la circostanza che i diritti d'autore sono giuridicamente attribuiti su singole opere e non su interi repertori.

Inoltre, i rapporti di collaborazione di un avente diritto possono variare nel tempo e conseguentemente le opere del suo repertorio possono essere caratterizzate da contitolari diversi e ciò può incidere sulla scelta della *collecting* alla quale affidare la gestione dei diritti su ogni singola opera. Ad esempio, un

aveva l'obbligo di dichiarare “*tempestivamente tutte le opere destinate alla pubblica utilizzazione sulle quali abbia o acquisti diritti*”.

³⁴⁹ Secondo la Commissione, tra le “*circostanze che con maggiore probabilità daranno luogo ad un intervento della Commissione relativamente agli accordi di esclusiva conclusi da imprese dominanti*” vale richiamare gli obblighi che determinano la circostanza che “*... un cliente su un dato mercato deve acquistare esclusivamente o in larga misura soltanto l'impresa dominante*”, Comunicazione della Commissione sulle pratiche escludenti già cit. §33.

³⁵⁰ Cfr. doc. 100, § 183 ss; doc. 407, § 212 ss

autore o un editore può cambiare nel tempo i propri co-autori e/o coeditori e tale variabilità può anche incidere sulla scelta della *collecting* cui affidare l'opera, ma, nel contesto delle condotte della SIAE, tale scelta si rifletterebbe indebitamente sull'intero repertorio.

In ogni caso, la pratica di estendere a tutti i tipi di utilizzazione il mandato conferito alla SIAE si pone in contrasto con il principio di indipendenza delle forme di utilizzazione, le quali presentano caratteristiche tecniche ed economiche diversificate e, come tali, possono essere gestite da operatori (OGC o EGI) diversi.

A ciò si aggiunga che è l'insieme dei vincoli qui contestato che impedisce al titolare del diritto di scegliere la *collecting* di cui avvalersi, precludendo così alla radice lo sviluppo di dinamiche concorrenziali.

208. Alla luce di quanto precede, le modalità con cui la SIAE gestisce, almeno sin dal 2012, il conferimento/limitazione e revoca dei mandati, incentrati su un meccanismo di *opt-out* per interi repertori e per forme di utilizzazione delle opere eterogenee, diversamente da quanto sostenuto dalla SIAE, ostacolano la libertà dei titolari del diritto d'autore di rivolgersi a operatori concorrenti, di qualsiasi natura esse siano (non rileva se OGC ed EGI), stabiliti sia all'estero che in Italia, nonché a gestire direttamente i propri diritti³⁵¹.

IV.3.2.2 Il vincolo nell'offerta di servizi nella gestione dei DDA e la tutela dal plagio

209. La documentazione istruttoria riportata in fatto³⁵² conferma che la SIAE non distingue nei suoi atti interni la tutela dal plagio dalla gestione dei diritti d'autore³⁵³. A ciò si aggiunga che SIAE impone al titolare del diritto d'autore di depositare le proprie opere ai fini della gestione del diritto d'autore e quindi il legame tra il servizio della tutela del plagio e quello della gestione dei diritti costituiscono, nell'offerta della SIAE, un *unicum* inscindibile.

³⁵¹ Al riguardo, si veda anche la sentenza della Corte di giustizia 127/73 del 27 marzo 1973, *Belgische Radio en Televisie vs. SABAM* nella quale la Corte già rilevava che l'imposizione di vincoli da parte della società di gestione collettiva al titolare ad affidare senza distinzioni i diritti d'autore presenti e future costituisce una violazione dell'allora art. 86 TFUE (in quel caso abuso di sfruttamento). Inoltre, diversamente da quanto rilevato dalla SIAE, la violazione qui contestata trova anche conferma nel caso *Daft Punk* del 12 agosto 2002 in base alla quale la Commissione ha deciso di non dare ulteriore seguito nei confronti di SACEM per ostacoli alla gestione individuale da parte degli autori per alcune specifiche tipologie di diritti; la decisione di rigetto della denuncia si fonda infatti sul rilievo che la SACEM ha *more tempore* apportato le modifiche statutarie necessarie a superare i rilievi specifici oggetto della denuncia.

³⁵² Sul punto v. le evidenze richiamate in fatto, spec. Sez. II.5., spec. Sez. II.5.1, Sez. II.5.2.1 Sez. II.5.2.4, tra le quali: verbale audizione Innovaetica del 19 gennaio 2018, doc. 177, spec. allegato 6.; doc. 249, Verbale di audizione del 24 aprile 2018 di Musica Posse; Verbale audizione Soundreef 12 gennaio 2018 (doc. 173) "...bisogna infatti distinguere fra il deposito dell'opera al fine unico di garantire l'antiorità dell'opera in un'ottica di eventuale controversia autoriale, dal deposito dell'opera per il conferimento del mandato. Tale distinzione sembra venir meno secondo lo Statuto e il Regolamento di SIAE. In altre parole, SIAE offre tali servizi in bundle al momento del deposito del bollettino.... se qualcuno cerca di rompere questo bundle, così come già ampiamente esposto, la SIAE non accetta il bollettino. In questo modo, l'autore che non riesce a depositare l'opera è senza copertura e la sua opera rimane in un limbo".

³⁵³ A riguardo, cfr. Doc. 407, pg. 60 §203, in cui la stessa SIAE riconosce che il deposito dell'opera musicale (nell'ambito della gestione dei DDA) produce un inevitabile "effetto di marcatura temporale" utile ai fini della tutela dal plagio e che un autore potrebbe "...procedere al deposito gratuito delle sue opere presso la SIAE, ma ha scelto di depositarle (a pagamento) presso Patamu". Inoltre, la SIAE rileva che nel 2017 sono state depositate (a pagamento) solo 91 opere musicali esplicitamente indicate come inedite e che tale uso estremamente limitato del servizio di deposito a pagamento potrebbe essere dovuto proprio dalla possibilità di usufruire un servizio di marcatura gratuito, offerto in tutt'uno con il deposito dell'opera. La rilevanza della marcatura temporale derivante dal deposito dell'opera ai fini della gestione dei DDA anche ai fini della tutela dal plagio trova anche conferma negli atti di Innovaetica depositata, da ultimo, ai fini dell'audizione finale del 20 luglio 2018 (doc. 427, spec. allegati 9 e 10).

210. Come emerge dalle evidenze³⁵⁴, in alcuni casi la SIAE avrebbe rifiutato il deposito dell'opera, anche ai fini della tutela autoriale, là dove il deposito dell'opera non fosse stato accompagnato dalla dichiarazione che attribuisce alla SIAE la gestione dell'opera. In tal modo, la SIAE ha quindi vincolato il servizio di tutela del plagio non solo al conferimento del mandato a gestire l'opera, ma a gestirla per intero. Inoltre, in un altro caso, la SIAE ha anche preteso, il deposito dell'opera da parte di un autore che aveva già depositato l'opera presso un concorrente³⁵⁵.

211. La condotta qui contestata configura, almeno sin dal 2012, un utilizzo strumentale della posizione di privativa legale sui mercati dell'intermediazione dei diritti d'autore associata all'articolo 180 LDA, volta a estendere la posizione dominante ivi detenuta su mercati contigui relativi a servizi che non sono mai stati oggetto di tale regime legale e che sono sempre stati potenzialmente aperti alla concorrenza. Allo stesso tempo essa si traduce in un ostacolo alla possibilità di scelta del consumatore per servizi alternativi, caratterizzati anche da un'elevata componente tecnologica.

IV.3.3 I vincoli nella gestione dei DDA di aventi diritto non iscritti a SIAE

IV.3.3.1 La gestione dei diritti degli autori ed editori non iscritti a SIAE

212. Come ampiamente dimostrato nella parte in fatto qui integralmente richiamata³⁵⁶ e riconosciuto dalla stessa SIAE, quest'ultima gestisce i diritti d'autore anche per gli autori ed editori che non le abbiano conferito alcun mandato e anzi, abbiano addirittura manifestato espressamente una volontà diversa. In particolare, la SIAE richiede che il deposito dell'opera riguardi la totalità/maggioranza dei soggetti aventi diritto e, in ogni caso, che la gestione dell'opera avvenga comunque per tutti i titolari che hanno diritti su di essa, anche per quelli non iscritti. SIAE, infatti, chiede sistematicamente che con il deposito dell'opera avvenga anche il deposito di un'apposita dichiarazione che le attribuisca, in ogni caso, la disponibilità di tutti i diritti³⁵⁷.

213. Al riguardo, va osservato che il tema della gestione dei diritti di autori non iscritti alla SIAE tende, dal momento in cui si affacciano sul mercato operatori concorrenti, a sovrapporsi - ma certo non a esaurirsi - con il tema degli autori che intendono affidare la gestione dei propri diritti a operatori concorrenti.

Mediante la sistematica gestione dei diritti di titolari non iscritti, la SIAE ha posto in essere condotte che, nell'ambito dell'insieme dei vincoli qui contestati, violano l'art. 102 TFUE, svuotando di contenuto il diritto all'autoproduzione sancito non solo dal diritto *antitrust* ma anche dalla stessa normativa di settore di cui all'art. 180 comma 4 LDA - nella parte in cui prevede che l'esclusiva della SIAE non possa estendersi laddove l'autore voglia gestire autonomamente i propri diritti - e, nel contempo, ponendo in essere una condotta di natura palesemente escludente.

214. La gestione abusiva da parte della SIAE dei diritti di autori ed editori ad essa non iscritti viene in rilievo in tutte le fasi della gestione dei diritti d'autore.

³⁵⁴ Cfr. doc. 249, nonché il verbale di audizione SIAE dell'11 maggio 2018 (doc. 286); cfr. anche il doc. 177.

³⁵⁵ Doc. 177, all. 6; come illustrato in fatto, la SIAE impone il deposito dell'opera ai fini del conferimento del mandato.

³⁵⁶ Ci si riferisce, in particolare, alle evidenze illustrate nella Sez.II.5, spec. sezioni Sez.II.5.1, Sez.II.5.2., spec. Sez. II.5.2.1 e Sez. II.5.2.3.

³⁵⁷ Cfr. doc. 270 contenente le diverse versioni del Regolamento SIAE via via succedutesi nel tempo. In questa sede, vale rilevare che, nelle versioni del Regolamento succedutesi dal 1° gennaio 2012 sino alla Direttiva *Barnier* e ancora sino oggi - la SIAE, imponendo la dichiarazione allegata al bollettino, afferma di gestire l'opera anche per conto dei titolari non iscritti alla SIAE. Addirittura, si ricorda che, nella versione del Regolamento anteriore al 21 giugno 2017, la SIAE rifiutava esplicitamente il deposito del Bollettino nel caso in cui la SIAE non potesse gestire anche l'opera nella sua totalità.

In primo luogo, le evidenze dimostrano che la SIAE vincola i propri iscritti a dichiarare di gestire l'opera anche per i non iscritti, di modo che, pur non rappresentando la SIAE il 100% dei diritti su un'opera, i bollettini depositati determinino l'affidamento ad essa anche della gestione della porzione dei diritti degli iscritti ad altre *collecting* o non iscritti ad alcuna *collecting*.

In particolare, attualmente, al momento del deposito dell'opera, la SIAE vincola i titolari a depositare la dichiarazione che attribuisce alla SIAE tutti i diritti, privando radicalmente di rilevanza la diversa volontà di quei coautori o coeditori che si siano rivolti ad altre *collecting*. A questi fini, vale rimarcare anche che la SIAE consapevolmente fa leva sulla circostanza di essere la *collecting* di riferimento della maggior parte degli editori, che tipicamente hanno un maggiore peso contrattuale rispetto al singolo autore, per ottenere il deposito dell'opera anche per autori non rappresentati.

Addirittura, secondo quanto previsto nelle precedenti versioni del Regolamento SIAE, quest'ultima rifiutava il deposito dell'opera se i titolari iscritti non avevano anche i diritti di piena disposizione sulla stessa³⁵⁸.

215. In secondo luogo, questo comportamento è strettamente funzionale al rilascio di licenze c.d. in bianco che coprono *“qualunque utilizzazione, relativa sia ai diritti dei soci che a quelli dei non soci”*³⁵⁹. La circostanza che tali licenze prescindano dall'effettiva rappresentatività della SIAE è incompatibile con uno sviluppo concorrenziale dei mercati di gestione dei diritti d'autore nel quale gli utilizzatori stipulano le licenze con una o più *collecting* proprio in ragione del repertorio effettivamente rappresentato da ciascuna.

216. A ciò si aggiunga che la SIAE pretende da parte degli utilizzatori il versamento di tutti i diritti d'autore, anche di quelli spettanti ad editori/autori non iscritti³⁶⁰, cui poi applica il proprio aggio, richiedendo in tal modo il pagamento dello stesso anche agli autori cui non è stato fornito alcun

³⁵⁸ Cfr. Regolamento SIAE in vigore sino al 21 giugno 2017, art. 32 (doc. 270).

³⁵⁹ *Risposta SIAE del 5 settembre 2017 alla richiesta di informazioni contenuta nel verbale di audizione del 24 luglio 2017* (doc. 129). Cfr. anche sul punto, a titolo esemplificativo, doc. isp. n. 821 del 10 febbraio 2017, *Mappatura gestione non soci musica*.

³⁶⁰ Sul punto vedi numerosi documenti: doc. isp. n. 821 contenente la mappatura dei processi di gestione dei diritti dei non soci; docc. isp. n. 524 e n. 526 sulla vicenda San Remo, doc. isp. n. 803, sempre con riferimento ad un importante Autore per il quale la SIAE afferma il diritto di incassare i compensi anche a seguito di revoca del mandato, doc. isp. n. 481 sul diritto ad incassare i diritti di autori rappresentanti da *collecting* straniere, docc. isp. n. 211 e doc. 264, relativi a tour Fedez e J-Ax. Cfr. anche la documentazione depositata da Innovaetica durante il procedimento e spec. doc. 177, verbale audizione del 19 gennaio 2018, allegato 5 contenete una comunicazione di un Autore del 14 giugno 2017 che si è dimesso dalla SIAE ma per il quale pretende ancora di gestire i diritti; doc. 8819.11, *Arrivo informazioni da parte di Soundreef* in data 7 luglio 2016, dove in allegato, vi è una comunicazione di un utilizzatore della provincia di Lucca che ha dovuto versare tutto l'incasso alla SIAE, anche per gli autori iscritti a Soundreef in relazione ai concerti di Graham Nash che sarà nel prosieguo approfondita; doc.8819.17, *Integrazione denuncia di Soundreef del 21 dicembre 2016*, contenente in allegato sia diffide agli utilizzatori a versare alla SIAE anche i diritti per autori non iscritti alla SIAE (rendendosi la SIAE eventualmente disponibile poi a restituire le somme corrispondenti in caso in cui l'utilizzatore avesse stipulato licenze dirette con questi ultimi), sia comunicazioni nella quale si afferma la contrarietà *contra legem* dei pagamenti fatti dagli utilizzatori direttamente a Soundreef; in termini analoghi, anche doc. 8819.27 del 10 marzo 2017, *Risposta alla richiesta di informazioni formulata nel corso dell'audizione di Soundreef del 20/2/2017 (allegato 8)*; doc. 8819.29 del 17 marzo 2017, *Soundreef invio integrazione documentazione*, in merito ai concerti Fedez, dove la SIAE fa valere il “peso” degli editori rispetto agli autori; doc. 222, Live Nation, *Risposta con allegati alla richiesta informazioni formulata nel corso dell'audizione del 27/2/2018*, spec. gli allegati; doc. isp. n. 728, l'e-mail del 15.02.2017, avente ad oggetto “evento Arci Ex Macello 20-01-2017”. Cfr. anche le sezioni, sia in fatto sia nel prosieguo delle valutazioni, sui mega concerti e sul rilascio delle licenze alle emittenti TV.

servizio³⁶¹. Dalle evidenze risulta inoltre che, in base alle regole interne alla SIAE, i diritti d'autore dei non soci sono stati per anni destinati alla ripartizione dei soci/mandanti della SIAE³⁶².

217. Nei casi in cui non siano stati ripartiti i diritti dei non soci tra i propri iscritti, la SIAE ha adottato una condotta comunque escludente nelle modalità di distribuzione agli effettivi aventi diritto, che sono mutate nel corso del tempo.

In un primo tempo, la SIAE, dopo avere imposto all'utilizzatore il versamento di tutti i diritti, ha quantomeno messo immediatamente a disposizione dei co-autori non soci - vale a dire prima di procedere alla ripartizione dei diritti ai propri soci - le somme loro spettanti. Successivamente, ha adottato una condotta più rigida e penalizzante, differendo il versamento dei diritti ai non iscritti a valle dell'intero processo di ripartizione, con un inevitabile allungamento dei tempi³⁶³.

218. Alla luce di quanto sopra, emerge che la SIAE ha gestito sistematicamente i diritti d'autore in modo da annullare ogni differenza tra gli autori ed editori che affidano i propri diritti alla SIAE da quelli che non lo fanno, o perché intendono avvalersi di una gestione diretta o perché vogliono fruire dei servizi di una *collecting* concorrente. Tali condotte, lungi da essere espressione del un ruolo di tutela della SIAE nel sistema, sono palesemente finalizzate a preservare ed estendere la posizione di dominanza della SIAE nell'intermediazione dei diritti d'autore a discapito dei non iscritti, dei concorrenti e dello sviluppo dell'innovazione nell'offerta di questi servizi.

Inoltre, con l'accrescersi delle dinamiche competitive, con l'ingresso dei concorrenti, SIAE, anziché mitigare la prassi interpretativa dell'art. 180 comma 5 LDA in modo da rispettare la volontà dell'autore, ha adottato un'interpretazione ancora più escludente dei concorrenti, rinviando la ripartizione dei diritti dei non iscritti a SIAE a valle di quella fatta ai propri iscritti.

Le condotte della SIAE qui descritte vanificano i tratti distintivi, in termini di gestione, tempi e modalità di ripartizione dei diritti d'autore dei servizi offerti dai concorrenti e, come ben esemplificato

³⁶¹ Risposta SIAE del 5 settembre 2017 alla richiesta di informazioni contenuta nel verbale di audizione del 24 luglio 2017 (doc. 129).

³⁶² Cfr. il Regolamento SIAE in vigore sino al 21 giugno 2017, prevedeva che le “opere cui sia interessato un soggetto non associato né mandante né comunque rappresentato, oppure un soggetto il cui rapporto con la Società sia cessato per un qualsiasi motivo e sulle quali i soggetti non associati né mandanti né rappresentati non abbiano poteri di disposizione, sono amministrate dalla Società, per quanto di sua competenza, nell'interesse degli altri aventi diritto associati, mandanti o rappresentanti indicati nel bollettino di dichiarazione, rimanendo pertanto il soggetto non associato né mandante né rappresentato estraneo anche all'esito delle operazioni di ripartizione...” (art. 29 del Regolamento per le opere musicali); cfr. anche i chiarimenti forniti nel corso degli accertamenti ispettivi presso la SIAE, in verbale accertamento ispettivo del 12 aprile 2017, doc. isp. n. 3; v. verbale di audizione di Soundreef e documentazione allegata, in doc. pre-istr. DC8819 nn. 24, 27 e 29. In base alla vecchia ordinanza di ripartizione (ossia, in pratica, sino al periodo di competenza 2015), “...il conto “Non Soci” confluiva nel DNA [un apposito conto relativo ai “diritti non attribuiti”, abbrev. “DNA”-n.d.r.] che veniva svuotato annualmente con RSS [“ripartizione straordinaria soci”-n.d.r.] a gennaio dell'anno successivo”, mentre con la nuova ordinanza di ripartizione (ossia dal periodo di competenza 2016) è “...necessaria una delibera specifica del CDG [Comitato di Gestione-n.d.r.] per lo svuotamento del conto “Non soci”...” (v. l'e-mail del 10.02.2017 trasmessa dal Direttore della Divisione Licenze e Servizi Centrali ad altri dirigenti SIAE su “Mappatura gestione non soci musica” e il relativo schema allegato, in docc. isp. n. 321, n. 821 e n. 78).

³⁶³ L'evoluzione di tale strategia è condensata in mail interne alla SIAE su eventi organizzati con la Fondazione Musica di Roma ai quali integralmente si rinvia, cfr., tra l'altro, doc. isp. n. 200, *Urgente Conteggi Siae per Redhead e Bird.msg.* e doc. isp. n. 381, *Re M° Maurizio Fabrizio.msg.*, spec. e-mail del Direttore dell'Ufficio Legale SIAE del 28.03.2017. Sulla artificiosità delle tesi interpretazioni giuridiche sull'art. 180 commi 4 e 5 LDA cfr. l'e-mail del Consigliere di Gestione legato al controllo interno al Direttore Generale SIAE del 14.02.2017, in doc. isp. n. 387, *Re R R R Risconto Diffida Soundreef.msg* contenente altra mail del 14 febbraio 2017.

da un autore, spingono gli autori a chiedersi “*Ma che serve disiscriversi se poi loro [SIAE] continuano comunque a gestire i miei proventi ?*”³⁶⁴.

219. Diversamente da quanto sostenuto dalla SIAE, tali condotte non traggono giustificazione dalla tesi dell’indivisibilità dell’opera. Al riguardo, è sufficiente osservare che tutto il settore del diritto d’autore è permeato dai principi di autonomia tra i diversi diritti e di flessibilità nella loro gestione. La gestione dei diritti da parte di più *collecting* sulla medesima opera è peraltro pacifica sia nel settore della gestione dei diritti d’autore *on-line* sia nel contiguo settore dei diritti connessi; non si vedono, quindi, le ragioni in base alle quali la gestione dei diritti d’autore *off-line*³⁶⁵ dovrebbe muoversi su canoni interpretativi diversi, che avrebbero il solo effetto di favorire la cristallizzazione di assetti monopolistici in capo alla SIAE, stante la sua natura di *incumbent* storico di riferimento.

La stessa SIAE gestisce ciascuna opera ripartendo i diritti fra più titolari; tant’è che lo stesso bollettino usato dalla SIAE, esprimendo le quote in ventiquattresimi, non tratta l’opera come un “*unicum*”, ma al contrario come un bene scindibile, che tuttavia torna ad essere inscindibile là dove l’opera sia gestita anche dai concorrenti.

Ed infatti la natura indivisibile dell’opera è stata affermata dalla SIAE solo negli ultimi anni, in concomitanza con l’affacciarsi dei concorrenti e per escluderne l’attività e comprimere la volontà degli autori di gestire direttamente l’opera, contrariamente a quanto previsto anche dall’art. 180, comma 4, LDA³⁶⁶.

Accogliere la tesi della SIAE equivarrebbe, dunque, a precludere lo sviluppo di dinamiche competitive e a privare radicalmente di ogni rilevanza la libertà di scelta degli aventi diritto di rivolgersi a soggetti diversi dalla SIAE.

220. Non merita inoltre accoglimento la tesi secondo cui, in presenza di più titolari dei diritti, quest’ultimi dovrebbero essere sempre gestiti unitariamente in regime di comunione *ex art. 1100 ss.* del codice civile in base al rinvio disposto dall’art. 10 LDA.

Tale norma, infatti, estende la disciplina codicistica in materia di comunione alle sole opere create “*con il contributo indistinguibile ed inscindibile di più persone*”, là dove invece, in caso di scindibilità dei singoli apporti creativi o di accordo tra gli autori, al titolare del diritto dovrebbe essere sempre riconosciuta la facoltà di gestire direttamente i propri diritti oppure di affidarne la gestione a soggetti terzi. Peraltro, aderire alla tesi della SIAE porterebbe a ritenere che tutte le opere con più autori costituiscono sempre un *unicum* indistinguibile e inscindibile.

Del resto, tale tesi è in contrasto con le deroghe all’asserito principio dell’indivisibilità dell’opera che la stessa SIAE ha, in alcune occasioni, riconosciuto, consentendo agli autori di gestire direttamente l’opera *pro quota* (ad esempio, incassando direttamente i diritti d’autore). Questa stessa flessibilità, sebbene attuata in pochi sporadici casi, dimostra comunque che la teoria dell’indivisibilità è priva di pregio. Peraltro, gli stessi organizzatori di eventi *live* non hanno sollevato alcuna criticità gestionale nel caso di concerti che coinvolgessero titolari rappresentati da operatori diversi.

³⁶⁴ Doc. 177, allegato 5, già citato.

³⁶⁵ Si ricorda che fra le utilizzazioni *off-line* rientrano anche la trasmissione di opere via cavo e via satellite, vale a dire forme di utilizzazione con caratteristiche tecnologicamente avanzate e che la stessa Commissione europea tende a trattare in termini omogenei rispetto alle utilizzazioni *on-line* (cfr. il più volte citato caso *Cisac*).

³⁶⁶ Come anche affermato dalla Corte Costituzionale che riconosce all’art. 180 comma 4 LDA un limite all’esclusiva di cui all’art. 180 commi 1 e 2 LDA, limite che invece viene del tutto svuotato di contenuto se anche i diritti dei non iscritti sono gestiti dalla SIAE.

221. Infine, quanto alla prassi in materia dei contratti di edizione, con i quali gli autori spesso affidano tutti i diritti economici agli editori, si evidenzia che eventuali rapporti contrattuali vincolano le parti del contratto (autore ed editore) e non possono certo essere interpretati nel senso di creare un obbligo in capo all'Autore a iscriversi alla SIAE. Il richiamo ai contratti di edizione è palesemente un indebito tentativo di strumentalizzare la circostanza che la SIAE è storicamente la *collecting* della quasi totalità degli editori per giustificare i comportamenti volti ad estendere la sua posizione sui mercati di gestione dei diritti d'autore ed ostacolare le *collecting* concorrenti.

Inoltre, l'irrelevanza dei contratti di edizione ai fini del presente provvedimento è smentita dalla circostanza che la SIAE non ha cognizione del loro effettivo contenuto e non ne richiede mai il deposito.

IV.3.3.2 I mega concerti e le esecuzioni pubbliche

222. Nell'ambito dei vincoli alla gestione dei diritti d'autore di titolari non iscritti alla SIAE, specularmente alle condotte espressamente rivolte agli aventi diritto, gli atti acquisiti contengono copiose evidenze di una sistematica pressione da parte di SIAE sugli utilizzatori affinché questi non abbiano rapporti diretti con i concorrenti nei mercati dell'organizzazione dei concerti dal vivo, grandi e minori³⁶⁷. Infatti, la SIAE, in misura sempre più pressante nel corso del tempo, ha posto in essere una strategia finalizzata a delegittimare i concorrenti, ostacolandone l'attività sul mercato e, allo stesso tempo, a non rispettare le volontà degli autori limitando così la loro libertà di scelta. Tale strategia, soprattutto dal 2016³⁶⁸, è stata attuata in un ampio numero di concerti con repertorio c.d. misto, ossia con autori SIAE e Soundreef che si esibiscono nello stesso concerto³⁶⁹.

223. Sebbene la strategia possa suddividersi in due fasi temporali diverse, si sottolinea come la SIAE abbia fin da subito ostacolato l'attività di Soundreef nella concessione delle licenze e nella raccolta dei diritti d'autore rivendicando espressamente la riserva di legge di cui all'art. 180 LDA, e raccogliendo quindi sempre il 100% dei compensi, anche quelli spettanti agli autori che non appartenevano al suo repertorio e che si erano iscritti a Soundreef ovvero che avevano delegato Soundreef all'incasso dei diritti.

Si sottolinea che la pretesa della SIAE di incassare sempre il 100% dei diritti, in palese violazione del diritto di scelta dell'autore, ha anche come effetto di attribuire a SIAE stessa la definizione della quota di diritto spettante agli autori anche iscritti ad altre *collecting*³⁷⁰. Tale condotta comprime ogni spazio di scelta dell'autore e la possibilità, anche solo potenziale, di sviluppo di dinamiche competitive che,

³⁶⁷ Cfr. le copiose evidenze illustrate, in particolare, nella Sez.II.5, spec. sezioni Sez.II.5.1, Sez.II.5.2.3, Sez. II.5.3.

³⁶⁸ Vale a dire sostanzialmente quando oramai era persino scaduto il termine per recepire in Italia la Direttiva *Barnier* (10 aprile 2016).

³⁶⁹ Al riguardo si rinvia integralmente alla spec. Sez. II.5.3.2.

³⁷⁰ Cfr. mail del 5 agosto 2016 ore 13:07 all'interno del doc. isp. 95; ciò si evince chiaramente dal tema dell'applicazione dello sconto Assomusica ai non associati SIAE, ove si rileva "... una sostanziale condivisione sull'opportunità di riservare solo alle utilizzazioni SIAE lo sconto Assomusica, garantendo nel contempo l'esigenza di massima trasparenza nei confronti degli organizzatori mediante una chiara informativa sulle modalità mediante le quali sono stati elaborati i conteggi. La proposta - sicuramente interessante - di [un dirigente SIAE] di comunicare agli organizzatori solo la quota di spettanza SIAE non entrando nel merito dell'altra quota di compenso NON SIAE, contrasta - a mio parere - con la posizione già assunta di chiedere comunque sempre il 100% dei compensi previsti. Difatti, laddove gli organizzatori aderiscano alla nostra richiesta, siamo noi stessi - una volta stabilite le percentuali di utilizzo dei due repertori - a dover quantificare, comunicare e restituire agli organizzatori stessi le quote NON SIAE di pertinenza degli Autori non associati".

oltre a interessare la qualità e le caratteristiche dei servizi offerti, investano anche il profilo dei prezzi applicati dalle *collecting* ai propri iscritti.

224. In particolare, la SIAE in diverse circostanze, a partire almeno dal 30 giugno 2016³⁷¹, a seconda dei casi, ha raccolto il 100% dei diritti, ricordando agli organizzatori di agire in forza dell'asserita esclusiva di legge e garantendo loro manleva a fronte di rivendicazioni da parte di Soundreef sui compensi spettanti ai suoi iscritti o mandanti: “[n]oi [(riferendosi alla SIAE)] *siamo contro SR [ovvero Soundreef] e manleviamo lei, ma non farei riferimento a Nash ... Se lui chiede i soldi per suo conto gli diciamo che ci impegnamo a ripartizione avvenuta a pagargli la sua eventuale quota dei brani*”³⁷². Solo a seguito, dei propri conteggi e delle relative ripartizioni ai propri associati e/o mandanti, la SIAE metteva a disposizione l'importo dei diritti da lei non amministrati assicurandosi che l'importo fosse pagato direttamente all'autore e non a Soundreef: “*Vi invitiamo quindi a non corrispondere somma alcuna alla società Soundreef Ltd e Vi saremo grati se vorrete tenerci informati sulle Vostre determinazioni.*

Qualora aveste difficoltà a ricontattare Graham Nash, ci rendiamo disponibili a collaborare per fornirVi il recapito, sentendo la BMI che normalmente amministra i suoi diritti”³⁷³.

225. Questa condotta è stata attuata anche in spregio alla volontà degli autori che – come avvenuto nei concerti del Tour di Mengoni, Graham Nash, Giorgia –, avevano manifestato inequivocabilmente la volontà di agire in forza dell'art. 180 comma 4, inviando licenze dirette agli organizzatori con una delega all'incasso per Soundreef. Tuttavia, la SIAE ha sempre esercitato pressioni contro gli organizzatori al fine di non accettare tali licenze sostenendo che fossero elusive dell'art. 180 LDA³⁷⁴, fino a minacciare gli organizzatori di eventuali richieste di risarcimento danni su compensi spettanti ad autori che non erano neanche associati o mandanti di SIAE: “... *Vi invitiamo, pertanto, a corrispondere direttamente agli autori dei brani eseguiti dal gruppo Bamboo i compensi per diritto d'autore da loro stessi determinati, riservandoci – nell'ipotesi in cui ciò non accada – di agire nei Vostri confronti per eventuale concorso nell'attività di illecita intermediazione e comunque per il risarcimento dei danni patiti da SIAE*”³⁷⁵.

226. La strategia escludente si rafforza nei confronti di Soundreef e al contempo diventa ancor più limitativa della libertà di scelta degli autori a partire da gennaio 2017. Infatti, come sottolineato in un scambio di email interno, a livello apicale, durante il Festival di Sanremo si condivide la strategia di “*lasciare aperto il campo ad una interpretazione del 180 per effetto del quale [SIAE] incass[a] anche quando non [ha] mandato*”³⁷⁶. Nello specifico, come affermato in un altro scambio di email, sempre apicale, “... *le opere anche dei Soundreef boys ... sono state registrate in tutela a SIAE. Se è così, una volta che SIAE ha la tutela (cioè mandato) può e deve gestire l'opera per intero. La ripartizione è un'altra cosa e per essa soccorre il 5 comma del 180 dove si dice che “nella ripartizione dei proventi*

³⁷¹ Cfr. doc. isp. 227, del 30 giugno 2016, in merito ai concerti in Italia di Graham Nash.

³⁷² Doc. isp. 222.

³⁷³ Cfr. allegati “*COMUNICAZIONE QUOTE NON SIAE (LUCCA) – bozza lettera 6.10.2016.docx*” e “*COMUNICAZIONE QUOTE NON SIAE (TRENTO) – BOZZA LETTERA 6.10.2016.docx*” all'email interna del 10 ottobre 2016 del doc. isp. 487.

³⁷⁴ SIAE infatti afferma come Soundreef non possa essere considerato mero delegato all'incasso e che l'attività svolta dal concorrente “*integra quell'attività di intermediazione dalla legge vietata in quanto riservata in via esclusiva alla SIAE*”.

³⁷⁵ Cfr. allegato all'email dell'11 novembre 2016 all'interno del doc. isp. 278.

³⁷⁶ Cfr. email interna SIAE del 21 gennaio 2017 ore 19:19 all'interno del doc. isp. 526.

in ogni caso” (cioè anche quando l'autore gestisce direttamente i suoi diritti), se Siae incassa "una quota deve [essere] riservata all'autore".

Quindi anche per i Soundreef boys autorizziamo e incassiamo noi e poi (dopo esserci "accorti" che l'autore non ci ha dato mandato) riserviamo una quota all'autore ovviamente applicando la nostra provvigione”³⁷⁷. Pertanto, a partire da gennaio 2017 SIAE non solo raccoglie sempre il 100% dei diritti, ma li ripartisce lei direttamente agli autori non associati o che non le hanno conferito mandato, applicando la propria provvigione sulla base di un'interpretazione estensiva dell'art. 180 LDA.

227. La condotta appena richiamata impedisce agli autori, o a qualunque avente diritto, di agire in piena libertà con riferimento alla quota di sua spettanza dell'opera. Inoltre, oltre a catturare tutta la domanda per i servizi di raccolta e ripartizione dei compensi, di riflesso delegittima l'attività di concessione delle licenze da parte dei concorrenti e anche degli autori stessi, che agirebbero in forza dell'art. 180, comma 4, LDA.

Anche questa trova conferma in diversi eventi: Tour di Renato Zero-Maurizio Fabrizio³⁷⁸, di Fedez-J Ax, di Giorgia, di Gigi D'Alessio e concerti di Nesli a Roma e a Milano.

In particolare, per attuare la sua strategia, come è successo durante il Tour Fedez-J Ax³⁷⁹ e come è già stato ampiamente illustrato, la SIAE si è spinta fino a esercitare pressioni sugli editori affinché depositassero i brani presso la SIAE stessa, onde poter raccogliere il 100% dei diritti ed evitare che tale attività potesse essere svolta direttamente dagli autori.

³⁷⁷ Cfr. email interna SIAE del 21 gennaio 2017 ore 19:19 all'interno del doc. isp. 526.

³⁷⁸ Nella lettera, la SIAE afferma che le “*doglianze [avanzate nella comunicazione del 17 marzo 2017] sarebbero legittime se [Maurizio Fabrizio] detenesse la totalità dei diritti sulle opere ... Così non è, poiché esistono vari altri titolari di tali diritti, tutti rappresentati dalla SIAE, ivi compreso l'editore delle opere cui espressamente spetta l'esercizio dei diritti di utilizzazione. Solo per questa ragione la SIAE ha richiesto all'organizzatore di procedere al pagamento dei compensi dovuti, senza ciò dover mettere in discussione la revoca del mandato [di Maurizio Fabrizio], che naturalmente riceverà la somma spettante all'esito delle operazioni di ripartizione, come previsto dal citato art. 180, in particolare dal comma 5”*, doc. Isp. 322, email del 28 marzo 2017.

³⁷⁹ Per quanto riguarda, nello specifico il concerto di Casalecchio di Reno - e Torino - poiché hanno lo stesso programma musicale, Cfr. doc. isp. 325., in uno scambio interno di e-mail del 30.03.2017, avente ad oggetto “*Licenza diretta concerto Fedez J-Ax Firenze*”, un dirigente SIAE osservava che: “*questo caso è piuttosto delicato, perché sono stati eseguiti anche 11 brani del nuovo CD ... che non sono stati ancora depositati presso SIAE. Per questi brani, quindi, non abbiamo alcuna certezza di uno specifico mandato, anche se dalle notizie acquisite alcuni dei titolari dei diritti (in particolare Universal e Aleotti) sono nostri associati. Per questo ho scritto ieri la mail a Gaetano [il Direttore Generale SIAE-n.d.r] proponendo, d'accordo con Te [il Presidente SIAE-n.d.r.] e [il Direttore della Sezione Musica-n.d.r], di acquisire informazioni specifiche dalla Universal, sollecitando il deposito dei bollettini. Questi accertamenti sono importanti perché il nostro mandatario ha insistito sul pagamento integrale del dovuto (e la sua comunicazione è stata trasmessa dall'organizzatore a SR) e Fedez e Catanzaro rilasciano licenza in proprio ex art. 180 c.4 LdA”*, Cfr. doc. isp. 162 (7 aprile 2017).

In successivi scambi di email interni gli editori sono stati individuati: “[...] Abbiamo individuato le edizioni anche per i due brani in oggetto, si tratta della BEST SOUND (amministrata BMG), co-editore anche delle altre opere del disco insieme ad Universal (che invece non sembra partecipare a queste due). Contattati telefonicamente, ci hanno assicurato che i bollettini di deposito sono pronti e firmati da tutti gli aventi diritto SIAE sia per queste due opere che per tutte le altre del disco”, Cfr. email del 31.03.2017 al Direttore Generale SIAE, in doc. isp. n. 162 e nn.119-124.

“[...]abbiamo telefonato oggi la BMG RIGHTS per avere aggiornamenti sulla situazione in quanto i depositi non sono ancora arrivati. La situazione è però cambiata rispetto a quanto ci avevano comunicato la settimana scorsa, in quanto Best Sound (editore delle opere, amministrato appunto dalla BMG) ha informato che i depositi li ha curati (Editore SIAE che gestisce i diritti di .../ J-Ax, che ne è amministratore unico), che a sua volta ha delegato Paolo Cassiano di SoundReef a presentare i bollettini in SIAE.

Per la cronaca, Paolo Cassiano è un presumibilmente ex-staff della “Don't Worry” edizioni musicali – sul sito risulta ancora a Staff ma dovrebbe essere passato appunto a SR.

<http://www.dontworryrecords.com/lang/it/staff.php?section=staff&id=RE000119>

Ovviamente teniamo gli occhi aperti per l'arrivo dei bollettini, per gestire anche eventuali questioni con questo nuovo “cliente scomodo”. Sempre che la situazione non cambi ancora...”, cfr. email interna del 7.04.2017, in doc. isp. 162.

228. La finalità principalmente escludente di tale strategia discende dal fatto di non essere giustificata da ragioni organizzative né da esigenze degli operatori del settore. Infatti, dalla documentazione istruttoria è emerso che alcuni organizzatori di concerti dal vivo interessati a stipulare licenze “split”, vale a dire una doppia licenza, una con la SIAE e l'altra direttamente con gli autori interessati, sono stati impossibilitati a fare ciò in quanto SIAE si era opposta impedendone la stipula³⁸⁰. In generale, quindi, la circostanza che gli organizzatori stipolino più di una licenza per uno stesso evento è possibile e ciò è stato confermato anche nell'ambito dell'audizione con Musica Posse³⁸¹. Inoltre, in questi casi, non viene neanche in rilievo il tema del monitoraggio su eventuali usi di opere dell'ingegno senza il versamento dei diritti d'autore, trattandosi di casi di concerti in cui il protagonista dell'evento è anche il titolare dei diritti cui i compensi andrebbero versati.

229. Anche per gli eventi musicali minori, la SIAE adotta una strategia simile a quella attuata per i concerti dal vivo, volta a delegittimare l'attività di Soundreef nei confronti degli utilizzatori e a limitare la libertà di scelta degli autori. Agli atti è presente una *mail*, fatta circolare all'interno della SIAE a livello dirigenziale, avente ad oggetto “*Soundreef – istruzioni per la rete territoriale*”. Dalla *mail* è chiaro che, come per la prima fase della strategia attuata dalla SIAE per i concerti dal vivo - non a caso la *mail* era del 2016 -, nel caso di repertorio misto, la SIAE raccoglie il 100% dei compensi, manlevando l'organizzatore da ogni causa azionata da Soundreef, e solo dopo aver fatto le proprie verifiche restituisce parte dei compensi che non sono di sua competenza all'organizzatore, assicurandosi che quest'ultimo li corrisponda direttamente ai relativi autori “*purché abbiano deciso di agire senza intermediazione (anche se poi detti compensi verranno probabilmente versati a Soundreef)*”³⁸².

230. La strategia abusiva su tali mercati trova ulteriore riscontro nelle lettere, presenti agli atti, inviate alle associazioni di categoria, in cui risulta chiaro come SIAE abbia cercato di delegittimare l'attività dei concorrenti, ribadendo alle associazioni di agire in forza dell'esclusiva di legge³⁸³, minacciando

³⁸⁰ Si veda il Caso del Tour Mengoni organizzato da Live Nation dove quest'ultima era disponibile a stipulare una licenza con la SIAE e una licenza diretta con gli autori del Gruppo di spalla ovvero i Bamboo. Da come risulta dall'email del 9 novembre 2016 inviata da Live Nation alla sede centrale SIAE, Live Nation ha risposto alla comunicazione della SIAE il 7 novembre 2016. In particolare, nella sua risposta, Live Nation affermava “... di aver ricevuto Licenza diretta dei diritti d'autore da parte dei signori ..., autori dei brani che saranno eseguiti dai Bamboo in apertura ai concerti di Marco Mengoni, ciò anche in riferimento al comma 4 art. 180 legge 633/41.

Pertanto Live Nation Italia S.r.l. e/o l'organizzatore della singola data, pagherà a SIAE il 95% dei diritti dovuti per l'artista Marco Mengoni e si impegna a versare direttamente ai [Bamboo] il 5% fino ad un massimo di euro 1.000 (mille) per l'esibizione del gruppo Bamboo per tutte le date del tour.

Sarà quindi onere di Live Nation Italia S.r.l. raccogliere dai singoli organizzatori la quota sopra citata.

Vi preghiamo di prendere nota di tale procedura comunicandola anche ad ogni sede SIAE locale”, cfr. allegato “Siae – Bamboo 201.pdf” all'email del 9 novembre 2016 ore 19:18 all'interno del doc. isp. 42.

³⁸¹ Musica Posse, la società che gestisce i concerti per il gruppo 99 posse, durante l'audizione del 23 aprile 2018, ha affermato che “*nell'organizzazione di concerti, si sta sviluppando la prassi in base alla quale il manager del gruppo contatta l'organizzatore che apre il borderò digitale SIAE e quello Soundreef e stipula una doppia licenza, una con SIAE e l'una con Soundreef (le c.d. licenze split). Al momento di versare i diritti d'autore, l'organizzatore versa a ciascuna collecting la quota di diritti spettanti ai titolari associati a ciascuna delle due*”. Musica Posse ha aggiunto “*che per l'utilizzatore ciò che rileva è che non debba pagare doppio, la circostanza di stipulare due licenze è irrilevante. Ciò che importa è che poi versi a ciascuna collecting i diritti solo quota parte: ciò che prima veniva versato tutto a SIAE viene ora versato quota parte a Soundreef, in proporzione ai diritti da questa rappresentati*”, doc. 249, *Verbale di audizione con Musica Posse*.

³⁸² Email del 26 luglio 2016, doc. isp. 186.

³⁸³ Cfr. email dell'11 aprile 2017 ore 00:02 all'interno del doc. isp. 484: ove si rinviene che “*la stipula di contratti con qualsiasi altro soggetto – italiano o straniero – che si proponga quale intermediario del diritto d'autore in luogo della SIAE costituisce inevitabilmente un atto di violazione della legge vigente. E lo stesso avviene in caso di svolgimento di attività che*

di “assumer[e] ogni opportuna iniziativa a tutela degli aventi diritto per il caso di violazione delle norme e dei principi sopra richiamati”³⁸⁴ e invitando queste ultime ad informare adeguatamente i propri aderenti³⁸⁵.

Si noti che SIAE, nella documentazione di cui sopra, non distingue in alcun modo le attività rientranti nell’art. 180 LDA da quelle escluse, asserendo quindi indebitamente di detenere una riserva legale omnnicomprensiva.

IV.3.4 La concessione di licenze alle emittenti TV

231. Dalle condotte poste in essere dalla SIAE e ampiamente descritte nelle sezioni in fatto³⁸⁶, emerge che l’incumbent ha posto in essere una strategia escludente e limitativa della libertà di scelta degli autori anche sui mercati della concessione delle licenze e della fornitura dei servizi di riscossione e ripartizione dei diritti d’autore a fronte dell’utilizzazione dei repertori Musica, DOR, Lirica, Olaf e Cinema da parte delle emittenti televisive.

232. Gli incassi derivanti dalle emittenti televisive costituiscono una quota rilevante degli incassi totali³⁸⁷ della SIAE, che è quindi incentivata a preservarli attraverso una strategia contrattuale finalizzata ad ostacolare la negoziazione da parte delle emittenti televisive con intermediari diversi, anche in spregio alla volontà degli autori di farsi rappresentare da altre *collecting*, come si dirà più avanti, e delle emittenti TV di diffondere brani di autori non iscritti SIAE. Parimenti, le condotte della SIAE sono finalizzate ad evitare che i *broadcaster*, utilizzatori assimilabili ad altre categorie come le grandi piattaforme *internet*, procedano a forme di negoziazioni dirette, con un effetto di disintermediazione del settore e conseguente perdita di ricavi per la SIAE³⁸⁸.

233. Dalla documentazione presente agli atti, emerge innanzitutto che la SIAE sta continuando a prorogare contratti ormai scaduti da molti anni, che sono per la gran parte basati su condizioni generali di licenza stabilite nel 1993³⁸⁹, vale a dire in uno scenario normativo e di mercato completamente diverso rispetto a quello attuale e, soprattutto, antecedente all’ingresso di nuovi operatori.

234. Tali contratti prevedevano, infatti, delle licenze in bianco per l’utilizzo di tutti i repertori della SIAE³⁹⁰, che si presupponeva contenessero il 100% delle opere utilizzabili in Italia. Le tariffe erano

risultino comunque in contrasto con il citato art. 180 della legge n. 633/41. Quanto sopra sia con riferimento all’utilizzo di brani musicali in spettacoli o trattenimenti, sia con riguardo alla cosiddetta “Musica d’Ambiente”.

³⁸⁴ Cfr. email dell’11 aprile 2017 ore 00:02 all’interno del doc. isp. 484.

³⁸⁵ Cfr. email dell’11 aprile 2017 ore 14:04 all’interno del doc. isp. 330.

³⁸⁶ Cfr. spec. Sez. II.5, spec. Sez. II.5.1, Sez. II.5.3.3.

³⁸⁷ Nel 2016, la SIAE ha incassato 186,6 milioni di euro. Nel Bilancio SIAE 2016 si afferma infatti che “*il settore [dell’emittenza] ha fatto registrare complessivamente un notevole incremento (+€ 6,96 milioni, pari a +3,9% sul 2015) riconducibile alla finalizzazione degli accordi con Mediaset-RTI per le Sezioni Musica e Cinema*” e “*Con riferimento al solo settore dell’emittenza occorre osservare che gli incassi del 2016 hanno registrato nel complesso un aumento significativo grazie alla conclusione di diversi accordi fra cui si segnalano gli accordi con Mediaset-RTI che hanno permesso di coprire tutte le utilizzazioni su tutti i canali della emittente*”.

³⁸⁸ Doc isp. 795 allegato all’email p. 58. Piano Strategico 2016-2020; tale rischio è associato alla possibile estensione delle modalità di raccolta del multimediale agli emittenti televisivi.

³⁸⁹ Per quanto concerne le utilizzazioni dei Repertori Musica, DOR, Lirica e OLAF, Rai cfr. doc. 218, all. 1. Vedi anche doc. 206, all. 12.; analoga situazione per i contratti stipulati con Mediaset.

³⁹⁰ La SIAE ha affermato espressamente di rilasciare tipicamente licenze “*necessariamente “in bianco” che (altrettanto necessariamente per la massima tutela del diritto d’autore in sé considerato) copre qualunque utilizzazione, relativa sia ai diritti dei soci che a quelli dei non soci*”, Risposta SIAE del 5 settembre 2017 alla richiesta di informazioni contenuta nel

calcolate forfettariamente (e non basate su un approccio analitico), senza alcuna considerazione del grado di rappresentatività dei repertori.

235. La SIAE, prorogando i vecchi contratti che contenevano chiari riferimenti all'esclusiva di cui all'art. 180 LDA e a repertori che rappresentavano il 100% delle opere utilizzabili in Italia³⁹¹, continua a ignorare le evoluzioni del contesto normativo e di mercato comportandosi ancora oggi come monopolista di mercato, ostacolando le negoziazioni delle emittenti TV con altre *collecting*. Ciò è confermato anche dalle nuove condizioni generali di licenza che sono basate sempre su tariffe forfettarie (e non su un sistema anche analitico), ancorate ai ricavi totali delle emittenti, senza alcun riferimento alla rappresentatività dei repertori della SIAE.

236. Diversi operatori interessati hanno manifestato l'esigenza di avere chiarimenti circa tali elementi per tener conto del mutato contesto, ovvero dell'apertura del mercato e soprattutto della volontà di molti autori di farsi intermediare da altre *collecting*³⁹². Tale volontà è esplicitamente ignorata da SIAE³⁹³. Quest'ultima, anche per le emittenti, così come per i concerti musicali, applica lo stesso principio della comunione dei beni sul quale basa la sua condotta, ostativa della concorrenza, di concedere licenze e raccogliere i relativi compensi anche per gli autori che non rappresenta, in spregio alla volontà di questi ultimi di agire direttamente oppure tramite un intermediario diverso.

237. Il fatto che SIAE si presenti ancora come unico interlocutore per la stipula di licenze dei repertori Musica, DOR, Lirica, Olaf e Cinema nei confronti delle emittenti televisive crea degli squilibri negoziali a favore di SIAE, che comportano un rallentamento delle negoziazioni e quindi il perdurare del periodo di *prorogatio* dei vecchi contratti³⁹⁴.

238. La possibilità di ricorrere a modalità alternative per la definizione dei corrispettivi è confermata dalle esperienze internazionali. Infatti, in Europa esistono altre *collecting*, come la SGAE in Spagna, che considerano fra i criteri per la determinazione delle tariffe, tra l'altro, le dimensioni del repertorio amministrato dalla *collecting* e, nel Regno Unito, la giurisprudenza del *Copyright Tribunal* ha ribadito che, fra i parametri impiegati per la determinazione delle tariffe, bisogna tener conto della quantità del repertorio utilizzato³⁹⁵.

verbale di audizione del 24 luglio 2017 (doc. 129). Al riguardo, cfr. anche doc. isp. n. 526, Re R R R RAI SANREMO.msg dove si rinviene che le licenze con RAI per la manifestazione musicale riguardano anche brani di autori non iscritti alla SIAE in quanto “ - alcuni brani sono stati depositati in SIAE (non dagli autori di Soundreef ma dagli editori o da coautori) e quindi sono entrati (detti brani) nel repertorio tutelato da SIAE; - anche tali brani sono automaticamente inclusi nelle licenze SIAE posto che tali licenze riguardano a corpo la tutela dell'intero repertorio di SIAE stessa [...]”.

³⁹¹ Con riguardo alla rappresentatività della SIAE, come per RAI e RTI, in nessuno dei contratti, Musica e Grandi Diritti e Cinema, sono allegati i repertori della SIAE. Nel contratto Cinema, in premessa, veniva inoltre specificata la manleva più volte richiamata, doc. 206, all. 10, lett. h) p. 2.

³⁹² Sul punto, doc. 179, Verbale audizione RAI .Sky evidenzia che le tariffe ostacolano la negoziazione con altre *collecting*, doc. 164, *Verbale di audizione del 6 dicembre 2017*. Anche Soundreef si è espressa in merito alla rinegoziazione dei contratti fra la SIAE e gli emittenti, sostenendo che queste licenze sono strutturate con modalità tali da escludere la conclusione di altre licenze, doc. 173.

³⁹³ Doc. 206, all. 11, Comunicazione SIAE a Sky del 24 luglio 2017 avente ad oggetto il “*Riscontro comunicazione [Sky] del 27 giugno 2017*”.

³⁹⁴ Nel corso dell'audizione del 29 gennaio 2018, RAI ha affermato che “*sono [quindi] in corso di rinegoziazione i contratti di licenza per tutti i repertori SIAE che varranno per l'anno 2018. In qualche modo deve essere regolarizzato il periodo successivo alla scadenza dei contratti integrativi stipulati gli anni scorsi, o secondo una sorta di prorogatio di questi ultimi o estendendo i futuri contratti anche al periodo in essere*”, doc. 179; cfr. anche doc. 164, *Verbale di audizione del 6 dicembre 2017* di Sky.

³⁹⁵ Doc. 205, *Risposta alla richiesta di informazioni dell'Autorità del 6 dicembre 2017*.

239. A ciò si aggiunga che sui mercati contigui della gestione e intermediazione dei diritti connessi al diritto d'autore, l'ex monopolista Nuovo Imaie ha adottato un criterio basato sulla percentuale dei diritti degli AIE amministrati da ciascun soggetto intermediario.

Inoltre, nei mercati *on-line*, ormai liberalizzati da tempo che non ricadevano dunque nella riserva di legge dell'art. 180 LDA, gli *internet service providers*, come ad esempio Youtube, stipulano licenze con un'ampia varietà di soggetti che ricomprendono sia le OGC che gli EGI ed effettuano pagamenti per quota, ossia, nel caso di opere con più aventi diritto rappresentati da diverse *collecting*, gli *internet service providers* versano i compensi in misura pari alla quota di competenza di ciascuna *collecting*³⁹⁶.

240. Alla luce di quanto precede, nei mercati del rilascio delle licenze per le emittenti TV, i contratti già stipulati e ancora in vigore si caratterizzano per avere un contenuto complessivamente escludente alla luce: della disciplina relativa alle licenze in bianco (che riguardano anche le opere dei non mandanti); della non rilevanza nei contratti del tema della rappresentatività, anche in relazione ai criteri tariffari; nonché delle clausole di *prorogatio* applicate in maniera strumentale per anni.

Gli stessi profili escludenti caratterizzano anche le negoziazioni in corso che poggiano sui nuovi *standard* di licenza pubblicati a ridosso della modifica all'art. 180 LDA ad opera del c.d. decreto fiscale, che ha esplicitamente superato la riserva legale in favore della sola SIAE e che ha segnato un passo importante verso l'apertura dei mercati. SIAE, abusando della propria posizione, continua sistematicamente a negare questa apertura dei mercati, contestando qualsiasi possibilità delle emittenti di negoziare licenze per il repertorio Soundreef, oggi in gestione all'OGC LeA³⁹⁷.

In particolare, forte di una posizione dominante su tutti i repertori e delle clausole di *prorogatio*, SIAE, sulla base di contratti stipulati anche molti anni addietro, insiste sulla rivendicazione e sull'esercizio di una piena e anacronistica posizione monopolistica, che non trova oramai alcun riscontro né nella normativa europea né in quella nazionale³⁹⁸, adottando una strategia escludente anziché una condotta orientata al rispetto delle mutate caratteristiche dei mercati e allo sviluppo di una concorrenza *on the merits*.

241. Infine, come già accade nei rapporti con gli utilizzatori in altri mercati (musica d'ambiente e concerti live), le condotte abusive della SIAE sono accompagnate da un ricorso all'art. 164 LDA che, in concreto, appare volto a esercitare indebite pressioni sugli utilizzatori, al fine di ostacolare la stipula di contratti di licenza con i concorrenti e di imporre nuovi *standard* di licenza nel corso delle negoziazioni³⁹⁹.

242. In conclusione, come si è già rilevato con riferimento alla categoria degli organizzatori dei concerti *live*, la SIAE ha adottato e adotta tuttora condotte tese ad ostacolare il rilascio di licenze alle

³⁹⁶ Doc. 173, Verbale di audizione Soundreef.

³⁹⁷ Cfr. doc. 280, già più volte citato.

³⁹⁸ Sulla circostanza che la Direttiva *Barnier* non fornisce alcuna legittimazione ai monopoli, ivi incluso quello asserito dalla SIAE cfr. la memoria difensiva finale SIAE del 16 luglio 2018, doc. 407 all. 5, Lettera della Commissione europea allo Stato italiano.

³⁹⁹ La stessa SIAE, nel corso dell'audizione dell'11 maggio 2018, ha affermato che il contenzioso con l'emittente nasce dalla circostanza che quest'ultima non ha stipulato le nuove condizioni generali di licenza che, alla luce di quanto sopra esposto, assumono invece carattere abusivo: l'art. 164 LDA, pertanto, è stato utilizzato per anche costringere, di fatto, l'emittente a concludere una nuova licenza sostanzialmente escludente dei concorrenti, cfr. doc. 286, verbale di audizione SIAE.

emittenti TV da parte di *collecting* concorrenti italiane ed estere, precludendo in tal modo l'esercizio di qualsiasi pressione competitiva, a prescindere dalla natura giuridica dei *competitor*:

IV.3.5 La gestione dei repertori di *collecting* estere

243. Le evidenze in atti precedentemente descritte⁴⁰⁰ dimostrano che la SIAE ha posto e continua a porre in essere condotte escludenti dei concorrenti nell'offerta dei servizi di gestione dei diritti d'autore in Italia per le *collecting* estere.

244. In primo luogo, occorre evidenziare che la SIAE rivendica l'esistenza di un monopolio legale anche per la gestione dei repertori di autori stranieri in Italia, riconducendo, ancora oggi, la gestione dei repertori esteri all'art. 180 LDA⁴⁰¹. In altri termini, la SIAE adotta un'interpretazione dell'art. 180 LDA secondo cui sarebbe l'unica *collecting* legittimata a rilasciare licenze per opere di repertori di *collecting* estere, ostacolando per tale via la possibilità di stipulare in Italia licenze dirette⁴⁰². Tale condotta è connessa anche all'azione di delegittimazione dei concorrenti per il rilascio di licenze dirette con gli utilizzatori di autori stranieri (si pensi al caso dei concerti di Graham Nash).

245. In secondo luogo, l'illegittima affermazione da parte di SIAE di un monopolio legale sulla gestione in Italia dei repertori esteri si inserisce in un contesto di consolidati rapporti con gli OGC esteri, risalenti nel tempo e che, tramite il meccanismo di rinnovo tacito inserito nei singoli accordi, sono ancora oggi, a distanza di molti anni, in vigore. Quanto riportato vale sia per gli accordi relativi ai diritti di pubblica esecuzione delle opere musicali⁴⁰³ che per quelli relativi ai diritti di riproduzione e registrazione di opere dell'ingegno⁴⁰⁴.

Al riguardo, l'analisi sopra svolta conferma che, similmente a quanto accade nei mandati conferiti dai singoli autori ed editori alla SIAE, il conferimento del mandato a SIAE per i repertori esteri è costruito per grandi macro categorie, inclusive di forme di utilizzazione eterogenee.

246. Inoltre, l'affermazione dell'esistenza di un monopolio sui repertori esteri appare anche funzionale rispetto alle modalità con le quali la SIAE interpreta gli accordi con gli OGC esteri, ivi inclusi quelli riferiti alla "*purely national exploitations, taking place only in one territory*" (quali ad esempio i concerti dal vivo). Anche laddove questi accordi sono privi di una clausola di esclusiva, la possibilità per gli OGC esteri di rivolgersi in Italia a *collecting* concorrenti di SIAE è completamente svuotata di contenuto dall'indebita affermazione della riserva legale.

⁴⁰⁰ Cfr. spec. Sez. II.5., spec. Sez. II.5.1. e Sez. II.5.4.

⁴⁰¹ Cfr. Memoria finale SIAE (doc. 407).

⁴⁰² Cfr. doc. isp. n. 528, ove la SIAE, rivolgendosi ad una *collecting* estera, "[...] *there are two sets of rules to take into account: the implementation of the directive, which introduces the new type of Independent Management Entities, without allowing or forbidding the collection of royalties for their own repertoire; the national copyright law and namely art. 180, which is expressly not deleted and still effective after the coming into force of the future implementation decree. In my interpretation, the combination of these rules means that no competitor is allowed to start licensing broadcasting rights in Italy, although they can onboard authors or catalogues. I understand that this may seem ambiguous*"; doc. isp. n. 421, SIAE SOUNDREEF .msg, mail del 30 marzo 2017, v. anche doc. isp. n. 304, Fwd SIAE Soundreef.msg.

⁴⁰³ Qui di seguito verranno richiamati, a titolo esemplificativo, i contratti che la SIAE ha stipulato con: Musicautor (Bulgaria), in doc. isp. 614; SOZA (Slovenia) in doc. isp. 632; SACEM (Francia) in doc. isp. 620; STEN (Islanda) in doc. isp. 634; STIM (Svezia) in doc. isp. 635; SEBAM (Belgio) in doc. isp. 619; TONO (Norvegia), in doc. isp. 638; BUMA (Olanda) in doc. isp. 587; PRS (Regno Unito), in doc. isp. 617. Si noti che le clausole qui riportate sono anche contenute in accordi con Paesi extra-UE, a titolo esemplificativo cfr. il contratto stipulato, nel 1999, da SIAE con la *Sociedad Panamena de Autores y Compositores* (SPAC) in doc. isp. 633, contratto SIAE/SPAC.

⁴⁰⁴ Per una migliore comprensione di questi accordi e della loro natura di fatto esclusiva, si rinvia a quanto emerso sul contratto della SIAE con SABAM (Belgio), doc. isp. 681, Contratto SIAE/SEBAM (Belgio) diritti di registrazione e di riproduzione per tutte le tipologie di opere.

In questo contesto, la documentazione in atti⁴⁰⁵ attesta che, secondo SIAE, anche in assenza di clausole di esclusiva⁴⁰⁶, gli accordi consentirebbero agli OGC esteri di stipulare contratti di licenza diretta con utilizzatori italiani, ma non consentirebbe all'OGC estera di stipulare un accordo con una *collecting* concorrente⁴⁰⁷. Inoltre, gli OGC esteri non hanno interesse ad affidare la gestione del proprio repertorio in Italia a un OGC diverso dalla SIAE, considerata la rete territoriale capillare di cui quest'ultima è dotata⁴⁰⁸.

247. Tali argomentazioni non possono essere condivise. Innanzitutto, ogni pretesa della SIAE di detenere una riserva legale sulla gestione dei repertori esteri è erronea in quanto la gestione di tali repertori esula dall'ambito di applicazione dell'art. 180 LDA, che, già prima della modifica intervenuta con il decreto fiscale del 2017, era limitato alle opere di autori italiani e alle sole opere di autori stranieri domiciliati in Italia pubblicate per la prima volta in Italia⁴⁰⁹. Inoltre, premesso che in tale sede non si intende contestare la possibilità che gli OGC esteri si avvalgano, sulla base degli accordi di rappresentanza reciproca, della SIAE, si rileva che l'interpretazione che di tali accordi viene fornita dalla SIAE, ostacola la possibilità che gli OGC esteri possano scegliere liberamente di rivolgersi anche a *collecting* concorrenti ed è preclusiva di ogni forma di concorrenza.

248. A ciò si aggiunga che la tesi relativa all'esistenza di un'asserita riserva legale sulla gestione dei repertori esteri porta ad uno uso distorto degli ARR e a paradossali conseguenze per il titolare del diritto d'autore.

Infatti, la SIAE, anche prima della modifica dell'art. 180 LDA riconosceva, in astratto, la libertà del titolare del diritto d'autore di scegliere a quale *collecting* rivolgersi, ivi inclusa una *collecting* diversa; tuttavia, al contempo riteneva che la *collecting* estera (alla quale quell'autore si è iscritto) non poteva agire in Italia direttamente, bensì solo attraverso un accordo di rappresentanza con la SIAE stessa, in quanto unica *collecting* attiva nella gestione dei diritti d'autore *ex art. 180 LDA (ante modifica)*.

In questo modo, la SIAE ha pretestuosamente trasformato gli accordi di ARR da strumento volontario al quale le *collecting* estere possono ricorrere a strumento necessario imposto *ex lege*. In questo modo, la SIAE annulla altresì ogni differenza nella qualità e caratteristiche dei servizi offerti tra *collecting* concorrenti. Lo strumento dell'accordo di rappresentanza implica infatti che all'Autore che si è rivolto ad un concorrente di SIAE, verrà comunque applicato un doppio aggio nonché la tempistica di ripartizione stabilita dalla SIAE.

⁴⁰⁵ Cfr. Sez. II.5.4.

⁴⁰⁶ Nell'accordo con HDS (Croazia) è ancora in vigore una clausola di esclusiva espressa. Cfr. accordo SIAE/HDS (Croazia) in doc. isp. 606 e memoria finale SIAE, doc. 407.

⁴⁰⁷ Cfr. in questo senso il contenuto delle comunicazioni della SIAE alle principali *collecting* estere inviate per lo più in data 8 settembre 2005, la documentazione relativa al contratto con Sacem (Francia) in doc. isp. 620. Peraltro, la circostanza che la rimozione delle clausole di esclusiva non avesse portato ad un effettivo superamento dello stato di fatto è anche al centro del caso CISAC della Commissione del 2008 e del parziale annullamento della decisione della Commissione europea da parte successiva sentenza del Tribunale dell'Unione europea T-434/08 del 12 aprile 2013.

⁴⁰⁸ Cfr. Memoria SIAE doc. 407.

⁴⁰⁹ Cfr. la sentenza Trib. Trento 20 luglio 2015 e l'ordinanza del Tribunale di Milano del 12 settembre 2014, entrambe già citate: "Quanto alle *collecting society* non può dirsi che ricorra un obbligo per le stesse di operare in Italia solo tramite accordi di reciprocità con la *collecting society* locale. Quest'ipotesi si pone come facoltà rimessa alle parti, ma non come obbligo". D'altra parte, se l'esclusiva sui repertori esteri fosse riconducibile ad un monopolio legale vigente in Italia, non si spiegherebbe come la SIAE abbia potuto stilare nel 2005 gli *addendum* agli AAR allora in essere ammettendo che una consorella estera possa stipulare in Italia licenze con gli utilizzatori residenti in Italia (cfr. la descrizione degli accordi *supra*) e affermando innanzi alla Commissione europea la natura non esclusiva di tali accordi.

IV.3.6 Sull'elemento soggettivo

249. Secondo l'orientamento nazionale e comunitario sulla valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito *antitrust*, a fondare il giudizio di "intenzionalità" di un'infrazione "è sufficiente la constatazione che la società non potesse ignorare che il suo comportamento aveva come scopo la restrizione della concorrenza, senza che sia anche richiesta la sicura consapevolezza di trasgredire le norme indicate"⁴¹⁰.

250. Nel caso di specie, la documentazione raccolta nel corso del procedimento è indice della consapevolezza della possibile illiceità *antitrust* delle condotte poste in essere dalla SIAE.

Giova sul punto sottolineare, in primo luogo, che la SIAE ha posto in essere le condotte descritte sapendo che contestare l'attività dei concorrenti, e in specie di Soundreef, l'avrebbe esposta ad un rischio di soccombenza proprio per la possibile incompatibilità dell'assetto monopolistico delineato dalla normativa nazionale con il quadro normativo euro-unitario⁴¹¹.

A ciò si aggiunge che la necessità e l'urgenza di un approfondimento sulle tematiche della limitazione dei mandati da parte degli associati, della gestione delle opere in presenza di coeditori, della legittimità a incassare i compensi per gli altri aventi diritto e in relazione a quali tipologie di utilizzazione, sono evidenziate in uno scambio di email interno tra i vertici della SIAE in occasione della decisione sulla limitazione del mandato da parte di un editore, "trattandosi di una problematica che va oltre il caso specifico e con un rilevante impatto gestionale e strategico"⁴¹².

Infine, la SIAE appare conscia del fatto che le proprie condotte sull'incasso da parte degli utilizzatori e sulla ripartizione dei diritti degli autori non iscritti non trovano fondamento in una ragionevole interpretazione degli artt. 180, commi 4 e 5, LDA⁴¹³.

IV.3.7 Sulle cause oggettive di esclusione di responsabilità

251. Nelle proprie difese, la SIAE contesta la sussistenza della violazione dell'art. 102 TFUE in considerazione della sussistenza di cause oggettive di esclusione della responsabilità. In particolare, secondo la SIAE le condotte contestate sarebbero state "imposte" dalla riserva di cui all'art. 180 LDA (*State action defense*); inoltre, il fatto che le condotte abusive siano rivolte verso soggetti (Soundreef e LeA) che operano "illegittimamente in Italia costituirebbe manifestamente una giustificazione oggettiva che escluderebbe l'applicazione del divieto [ex art. 102 TFUE]".

252. Entrambe gli argomenti della SIAE sono errati.

253. Come ampiamente argomentato nel provvedimento, le numerose evidenze acquisite dimostrano che la SIAE ha posto in essere un'unica strategia escludente dei concorrenti, volta a estendere la riserva originariamente prevista dall'art. 180 LDA ad ambiti estranei a tale disposizione, e, dopo la modifica dell'art. 180 LDA, a mantenere la riserva in via di fatto; impedendo in tal modo il dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali e il ricorso all'autoproduzione da parte dei titolari dei diritti, garantita dall'articolo 180, comma 4, LDA.

⁴¹⁰ Consiglio di Stato, 20 aprile 2011, n. 2438, A357 - Tele2/TIM-Vodafone-Wind, che richiama Cons. St., n. 926/2004 e e le decisioni ivi richiamate, Corte Giust. CE, 8 novembre 1983, cause riunite da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, IAz, punto 45; Trib. Ce, 6 aprile 1995, causa T-141/89, Trefileurope, punto 176, e 14 maggio 1998, causa T-310/94, Gruber + Weber, punto 259; 12-7-2001, British Sugar cit. punto 127.

⁴¹¹ Cfr. il doc. isp. 46 più volte richiamato.

⁴¹² Cfr. doc. isp. 737.

⁴¹³ Cfr. l'e-mail del Consigliere di Gestione legato al controllo interno al Direttore Generale SIAE del 14.02.2017, in doc. isp. n. 387.

In particolare, le condotte attraverso le quali SIAE ha attuato la propria strategia escludente riguardano: a) l'imposizione di vincoli nell'offerta di servizi diversi tali da ricomprendere nel mandato relativo allo svolgimento dei servizi rientranti nella riserva legale vigente fino al 15 ottobre 2017 anche servizi suscettibili di essere erogati in concorrenza; b) l'imposizione di vincoli volti ad assicurare alla SIAE la gestione dei diritti d'autore dei titolari non iscritti anche persino là dove questi ultimi avevano espressamente manifestato la volontà di non avvalersi dei servizi da essa erogati; c) l'esclusione dei concorrenti dai mercati relativi alla concessione di licenze alle emittenti TV (relative a tutte le tipologie di opere), attuata attraverso la conclusione di licenze che non tengono conto della rappresentatività della SIAE, dell'uso effettivo delle opere e dell'applicazione di un sistema di prezzi inadeguato a consentire la stipula di licenze anche con altre *collecting*; d) l'esclusione dei concorrenti dai mercati relativi alla gestione dei diritti d'autore di repertori esteri e per conto di *collecting* estere realizzata tramite l'illegittima estensione della riserva alla gestione dei repertori di autori stranieri in Italia.

254. Le condotte appena descritte esulano, ad evidenza, dal perimetro dell'art. 180 LDA e, pertanto, non può trovare accoglimento la tesi della SIAE secondo cui le stesse sarebbero state imposte dall'art. 180 LDA o costituirebbero mero esercizio delle attribuzioni conferite in esclusiva alla parte dalla medesima norma nel testo in vigore sino al 15 ottobre 2017.

255. Sul punto va evidenziato che l'art. 180, commi 1 e 2, LDA attribuendo una riserva (per la gestione delle sole opere e dei soli diritti d'autore ivi indicati) e quindi sottraendo attività economiche all'esplicarsi del libero gioco concorrenziale è norma eccezionale, la cui applicazione e interpretazione devono essere effettuate alla luce della Direttiva *Barnier* – che inequivocabilmente costituisce un momento di apertura del mercato europeo e di rafforzamento della libertà di scelta dei titolari dei diritti –, in maniera conforme ai principi unionali e nazionali in materia di concorrenza. Tuttavia, la SIAE ha sistematicamente interpretato e applicato l'art. 180 LDA senza tenere conto di tali principi europei e nazionali, con modalità pretestuose e apertamente volte a ostacolare l'attività dei concorrenti, del tutto ingiustificate e certamente non proporzionate rispetto alla tutela della riserva⁴¹⁴.

256. Si ritiene, pertanto, che l'insieme delle condotte qui contestate, basate su di un'interpretazione dell'articolo 180 LDA volta ad estendere la riserva anche ad attività in essa non ricomprese, costituiscono una violazione dell'art. 102 TFUE interamente imputabile alla SIAE. Tali condotte sono proseguite anche dopo il formale superamento della riserva *ex art.* 180 LDA e sono state rivolte anche nei confronti di un soggetto avente la forma di OGC, vale a dire verso quella tipologia di *collecting* espressamente richiamata dalla formulazione attuale dell'art. 180 LDA.

257. Con riferimento al secondo argomento che la SIAE pone a fondamento dell'esclusione della responsabilità, ossia che le condotte sarebbero state poste in essere nei confronti di soggetti che

⁴¹⁴ In questo contesto, l'istruttoria soprattutto ha evidenziato un doppio binario nei comportamenti della SIAE nell'applicazione dell'art. 180 LDA. Internamente, la SIAE appare consapevole che l'art. 180 commi 1 e 2 LDA poteva ritenersi in tutto in parte superato dall'evoluzione in senso concorrenziale dei mercati e del quadro normativo unionale, cfr. il doc. isp. 46 del 19 febbraio 2014. Inoltre, emerge dagli atti, la piena consapevolezza della anomalia della SIAE rispetto all'evoluzione dei mercati in altri Stati membri dell'Unione europea dove, quanto meno, le *collecting* si sono specializzate nella gestione di singole tipologie di opere e/o diritti, cfr. doc. isp. 795, pg. 47 e dove OGC che EGI legittimamente costituite in altri Stati membri sono realtà riconosciute, cfr. doc. isp. 519 del 2017. I dubbi interpretativi sull'art. 180, commi 1 e 2 LDA e sulla legittimità della riserva non hanno avuto tuttavia alcun riflesso nelle condotte nei confronti degli autori e degli utilizzatori. La SIAE ha infatti indirizzato la propria strategia sull'esercizio di pressioni indebite, abusando della propria posizione dominante, sia verso gli autori sia verso gli utilizzatori, per impedire che si rivolgessero a *collecting* concorrenti.

operano illegittimamente in Italia, va, in primo luogo, osservato che le condotte contestate hanno una portata molto più ampia e generale di quella che le attribuisce la parte non riguardando solo alcuni soggetti specifici, ma tutti i concorrenti attuali e potenziali nella misura in cui preclude in radice ogni forma di sviluppo di dinamiche concorrenziali nella prestazione di servizi diversi non ricompresi nella riserva legale.

258. In secondo luogo, nessuno degli elementi adottati dalla parte consente di concludere che l'attività svolta dai concorrenti Soundreef, LeA e Innovaetica possa essere qualificata come illecita. Anzi al contrario, la legittimità dell'attività dei concorrenti è riconosciuta in sede giurisprudenziale, LeA è iscritta nell'elenco degli OGC tenuto dall'AGCom e solo a quest'ultima Autorità spettano le funzioni di vigilanza del settore. In ogni caso, anche là dove l'ente avesse avuto dei dubbi sulla liceità della condotta di tali soggetti, ciò non potrebbe mai giustificare l'adozione di condotte abusive in violazione delle regole a tutela della concorrenza⁴¹⁵.

259. Inoltre, le condotte contestate in merito alla delegittimazione di Soundreef (e più in generale dei concorrenti) innanzi agli organizzatori di eventi musica dal vivo (sezione IV.3.3.2) e alle emittenti TV (sezione IV.3.4.), appaiono riconducibili ad un'attività sistematica di indebite pressioni nei confronti degli utilizzatori, che si è spinta fino alla minaccia di possibili conseguenze di natura penale e civile, piuttosto che limitarsi ad un'affermazione o difesa della riserva *ex art.* 180 LDA. Ciò tanto più se si considera che tali condotte sono state poste in essere in casi in cui venivano in rilievo autori stranieri (Graham Nash) o il rilascio di licenze dirette da parte degli autori (Bamboo), ossia in situazioni sicuramente non coperte dalla riserva.

260. Quanto precede rende superfluo soffermarsi sul tema della disapplicazione della normativa nazionale per possibile violazione di quella comunitaria e sulle connesse argomentazioni della SIAE in ordine agli asseriti limiti dei poteri dell'Autorità al riguardo, nonché sulla conseguente istanza rivolta all'Autorità di avvalersi del meccanismo di rinvio alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

IV.3.8 Conclusioni

261. Alla luce di tutto quanto precede, si ritiene che la SIAE, almeno dal 1° gennaio 2012, abbia posto in essere un abuso di posizione dominante nei mercati di gestione dei diritti d'autore, in violazione dell'art. 102 TFUE. L'abuso contestato è ancora in corso e consiste in condotte volte a estendere e mantenere la posizione di monopolio nei mercati riconducibili all'art. 180 LDA, in riserva legale sino al 15 ottobre 2017, ai mercati estranei a tale ambito.

Le condotte qui contestate costituiscono una complessa strategia escludente che ha determinato, in termini sistematici, la compromissione del diritto di scelta dell'autore e la preclusione all'offerta dei servizi di gestione dei diritti d'autore da parte dei concorrenti, con una limitazione dell'offerta di servizi ad elevata componente tecnologica.

262. La fattispecie unica e complessa si esplica, in primo luogo, nei vincoli nell'offerta di servizi diversi, attraverso obblighi nel conferimento del mandato e limitazioni alla revoca (con meccanismo

⁴¹⁵ Cfr. ad esempio, Tar Lazio, sez. I, 1 agosto 2017, nn. 9140 e 9141, A435 - *Comune di Prato-Estra Reti Gas* ove si riconosce la "generale illegittimità delle "reazioni" anticompetitive" affermando che "per reagire alla decisione dell'ente locale ritenuta illegittima, le società avrebbero dovuto [...] limitarsi ad attivare, nelle opportune sedi giurisdizionali, i rimedi leciti di reazione all'attività provvedimento considerata lesiva, ma non erano in alcun modo legittimate ad una sorta di autotutela anticompetitiva quale quella posta in essere". A ciò si aggiunga che non spetta alla SIAE stabilire quali siano le imprese che opera lecitamente in Italia e, ai fini dell'applicazione degli artt. 102 e dell'art. 101 TFUE, è irrilevante che la condotta escludente sia rivolta a un concorrente che opera in modo asseritamente illegale Cfr. C-68/12 sentenza della Corte di giustizia dell'UE.

di *opt-out* e ostacoli alla mobilità dei titolari dei diritti d'autore); in quest'ambito, ha anche una rilevanza peculiare il vincolo imposto dalla SIAE tra i servizi di gestione dei diritti d'autore e il servizio di tutela dal plagio.

La fattispecie abusiva si articola anche nei vincoli volti ad assicurare sistematicamente alla SIAE la gestione dei diritti d'autore degli aventi diritto non iscritti a quest'ultima e che addirittura hanno palesemente manifestato la volontà di non avvalersi dei suoi servizi; tali vincoli rilevano, tra l'altro, nella gestione dell'intera opera anche quando un co-titolare non è iscritto a SIAE e nelle condotte relative ai concerti *live*.

Come per le condotte escludenti relative alle utilizzazioni delle opere musicali nei concerti, la SIAE ha ostacolato la concessione di licenze alle emittenti TV (relative a tutti le tipologie di opere), che volevano rivolgersi a *collecting* concorrenti.

La continua affermazione di un monopolio non supportato dalla normativa caratterizza poi le condotte volte ad escludere i concorrenti dalla gestione dei diritti d'autore di repertori esteri e per conto di *collecting* estere.

Il pregiudizio alla concorrenza e l'impossibilità di sviluppo di dinamiche competitive derivanti dall'abuso è emblematicamente racchiuso nell'interrogativo che un autore si pone: "*Ma che serve disiscriversi se poi loro continuano comunque a gestire i miei proventi ?*"⁴¹⁶.

263. Le condotte escludenti qui contestate hanno una loro intrinseca idoneità a pregiudicare le dinamiche competitive nei mercati interessati. Esse infatti costituiscono un ostacolo all'innovazione tecnologica e allo sviluppo di mercati relativi alla gestione dei diritti d'autore. Ciò comporta, innanzitutto, una perdita di benessere dei consumatori, vale a dire gli autori, editori e gli utilizzatori, ma, in ultima analisi, anche i fruitori finali, in quanto la riduzione dei servizi offerti agli autori e la loro peggiore qualità potrebbe disincentivare questi ultimi dall'ampliare il proprio repertorio di opere.

264. Le condotte contestate sono tutte ancora in corso e la loro portata restrittiva si manifesta in termini ancora più pregiudizievoli alla luce dell'evoluzione del quadro normativo unionale di cui alla Direttiva *Barnier* e dell'evoluzione del quadro normativo nazionale con la modifica dell'art. 180 LDA che ha formalmente superato la riserva legale in favore della sola SIAE ed ha, quindi, aperto tutti i mercati relativi alla gestione dei diritti d'autore anche da parte di *collecting* concorrenti.

Laddove la SIAE continuasse nel porre in essere l'infrazione contestata, l'evoluzione normativa unionale e nazionale sarebbe vanificata dal mancato riconoscimento della libertà: a) per gli aventi diritto di affidare a SIAE singole opere del proprio repertorio e singole forme di utilizzazione delle stesse nonché di revocare il mandato a SIAE anche per singole opere e per singole forme di utilizzazione delle stesse (ad esempio, la musica d'ambiente); b) per gli aventi diritto non iscritti a SIAE - titolari per intero e/o per quote di diritti d'autore su opere dell'ingegno -, di gestire i propri diritti affidandoli ai concorrenti di SIAE; c) per gli utilizzatori, di stipulare licenze con i concorrenti di SIAE; d) per le *collecting estere*, di affidare ai concorrenti di SIAE la gestione in Italia dei propri repertori, non ricadendo la gestione in Italia di opere di autori stranieri nell'ambito di applicazione dell'art. 180 LDA, né potendo l'esclusiva discendere dagli accordi di rappresentanza correttamente interpretati.

⁴¹⁶ Doc. 177, allegato 5, già citato.

V IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO INTRACOMUNITARIO

265. Secondo la Comunicazione della Commissione 2004/C 101/07 – Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, su GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004, il concetto di pregiudizio al commercio intracomunitario deve essere interpretato tenendo conto dell'influenza diretta o indiretta, reale o potenziale, sui flussi commerciali tra gli Stati membri.

266. Le condotte in esame investono mercati nazionali, come sopra più ampiamente descritti, i quali, per definizione, costituiscono una parte sostanziale del mercato comune, estendendo o rafforzando il monopolio della SIAE su tutte le attività di settore. Inoltre, le condotte della SIAE sono volte a escludere dal mercato italiano imprese legittimamente operanti come *collecting* in altri Stati membri dell'Unione Europea.. Esse risultano dunque idonee a pregiudicare il commercio tra Stati membri, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, in quanto producono effetti nei confronti di operatori sia italiani che stranieri, attivi nei mercati della prestazione di servizi di gestione e intermediazione dei diritti d'autore a favore di autori italiani ed esteri.

VI GRAVITÀ E DURATA DELL'INFRAZIONE IN ESAME

267. Secondo consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, per valutare la gravità di un'infrazione si deve tenere conto di diversi fattori, il cui carattere e la cui importanza variano a seconda del tipo di infrazione e delle circostanze particolari della stessa. Tra tali fattori rilevano principalmente la natura dei comportamenti contestati, il ruolo e la rappresentatività sul mercato delle imprese coinvolte, nonché il contesto nel quale le infrazioni sono state attuate.

268. Quanto alla natura dell'abuso di posizione dominante in esame, si osserva che SIAE, attraverso una fattispecie abusiva unica e complessa di natura escludente, ha posto in essere condotte nei mercati relativi alla gestione del diritto d'autore finalizzate a ostacolare lo sviluppo di dinamiche concorrenziali.

In primo luogo, l'infrazione posta in essere risulta grave in quanto messa in atto da un'impresa che, pur non perseguendo scopo di lucro, rappresenta la quasi totalità dei titolari dei diritti d'autore attivi in Italia. In particolare, SIAE ha goduto, fino al 15 ottobre 2017, di un'ampia riserva legale di attività e ha posto in essere l'infrazione proprio facendo leva sulla sua posizione monopolistica.

269. La gravità deve essere apprezzata anche con riguardo al contesto nel quale l'infrazione è stata attuata. Nel caso di specie, si tratta dei mercati relativi all'intermediazione dei diritti d'autore il cui processo di apertura alla concorrenza è oggetto di una graduale evoluzione e, da un punto di vista sostanziale, risente ancora di significative criticità.

270. La speciale gravità dell'abuso stigmatizzato risulta anche dalla consapevolezza da parte della SIAE dell'illiceità delle condotte poste in essere.

271. Considerate le circostanze sopra richiamate, l'abuso di posizione dominante posto in essere dalla SIAE deve, dunque, considerarsi grave.

272. Relativamente alla durata delle condotte in esame, esse possono essere fatte risalire almeno al 1° gennaio 2012, considerando che almeno a partire da tale data vi erano concorrenti attivi nei servizi di tutela dal plagio e le condotte della SIAE già prevedevano vincoli nell'offerta di servizi diversi e nella gestione dei diritti d'autore per aventi diritto non iscritti alla SIAE. In particolare, ciò è evidenziato dal Regolamento e dal bollettino di deposito SIAE in vigore a suddetta data. Si ricorda peraltro che, in

quel periodo, le condotte contestate hanno avuto una valenza escludente dei concorrenti, ivi inclusi Innovaetica e Soundreef che iniziavano ad affacciarsi sul mercato. In particolare, la condotta della SIAE sul mercato della tutela dal plagio assume una connotazione di estensione della posizione dominante in un mercato contiguo non coperto dalla riserva di legge⁴¹⁷.

273. L'infrazione si ritiene ancora in corso in quanto SIAE continua a imporre ancora oggi indebiti vincoli ai propri iscritti, *bundling* di servizi, e adotta condotte escludenti dei concorrenti nella conclusione di licenze dirette con gli utilizzatori⁴¹⁸.

VII I CRITERI DI QUANTIFICAZIONE DELLE SANZIONI

274. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della loro gravità e durata, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida adottata ad esito di un procedimento istruttorio.

275. Al fine di quantificare la sanzione occorre tenere presente quanto previsto dall'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, nonché i criteri interpretativi enucleati nelle "*Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*" (di seguito, Linee Guida), deliberate dall'Autorità il 22 ottobre 2014.

276. In merito alla gravità delle infrazioni si richiamano le considerazioni già svolte nei paragrafi che precedono.

277. Ai fini della quantificazione delle sanzioni, in base alle Linee guida sopra richiamate, in "*alcune specifiche circostanze, di cui si dà espressamente conto nel provvedimento che accerta l'infrazione, l'Autorità può irrogare una sanzione di importo simbolico*"⁴¹⁹.

278. Nel caso in esame, deve essere considerato il contesto entro cui si è verificata la complessa strategia escludente accertata, e in particolare il fatto che le condotte abusive sono state realizzate dalla SIAE in mercati caratterizzati da una stretta contiguità con gli ambiti coperti dalla riserva vigente fino al 15 ottobre 2017. Tale circostanza, sebbene non incida sull'esistenza e sulla gravità dell'abuso, considerata unitamente alla specificità e complessità della fattispecie e alla novità dell'abuso contestato, costituisce motivo sufficiente per irrogare alla SIAE una sanzione pecuniaria simbolica, pari a 1.000 euro.

Tutto ciò premesso e considerato:

DELIBERA

a) che la Società Italiana degli Autori ed Editori ha posto in essere, almeno dal 1° gennaio 2012 e tuttora in corso, un abuso di posizione dominante contrario all'art. 102 TFUE, riconducibile a

⁴¹⁷ Cfr. doc. doc. 270, pervenuto in data 30 aprile 2018, contenente la documentazione della SIAE in merito al Regolamento.

⁴¹⁸ Cfr. *ex multis*, doc. 270 già citato, il doc. 280 sulle condotte escludenti nei confronti delle emittenti TV, il doc. 282, sulla documentazione depositata recentemente da un autore, cfr. anche doc. 249.

⁴¹⁹ Linee guida, §33.

un'unica e complessa strategia escludente dei concorrenti nei mercati relativi ai servizi di intermediazione dei diritti d'autore e del servizio di tutela dal plagio e consistente nell'imposizione di vincoli nell'offerta di servizi diversi nella gestione dei diritti d'autore, di vincoli nell'offerta di servizi di gestione dei diritti d'autore e il servizio di tutela dal plagio, di vincoli nella gestione dei diritti di autori non iscritti alla SIAE nonché di ostacoli ai concorrenti nel rilascio di licenze ad emittenti TV e nella gestione di repertori di aventi diritto stranieri;

b) che la Società Italiana degli Autori ed Editori ponga immediatamente fine ai comportamenti distorsivi della concorrenza di cui alla precedente lettera a) e si astenga in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata al punto precedente;

c) che, in ragione di quanto indicato in precedenza, venga irrogata irrogare alla Società Italiana degli Autori ed Editori, per l'infrazione di cui alla lettera a), la sanzione amministrativa pecuniaria simbolica di 1.000 € (mille euro);

d) che la Società Italiana degli Autori ed Editori entro sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento dia comunicazione all'Autorità delle iniziative poste in essere per ottemperare a quanto richiesto dalla precedente lettera b), trasmettendo specifica relazione scritta.

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera c) deve essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet* www.agenziaentrate.gov.it.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo. Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Ai sensi dell'articolo 26 della medesima legge, le imprese che si trovano in condizioni economiche disagiate possono richiedere il pagamento rateale della sanzione.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *ff.*
Gabriella Muscolo

A511 - ENEL/CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI NEL MERCATO DELLA VENDITA DI ENERGIA ELETTRICA*Provvedimento n. 27375*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 10 ottobre 2018;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTO l'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE);

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il Regolamento del Consiglio CE n. 1/2003 del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 TFUE;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la propria delibera del 4 maggio 2017 n. 26581, con cui è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90 nei confronti delle società Enel S.p.A., capogruppo dell'omonimo Gruppo societario, e delle sue controllate Servizio Elettrico Nazionale S.p.A. e Enel Energia S.p.A., per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 102 TFUE;

VISTA la propria delibera del 24 aprile 2018, n. 27145, con cui è stato prorogato al 31 ottobre il termine di conclusione del procedimento;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, inviata alle Parti il 3 agosto 2018;

VISTA la propria delibera dell'8 agosto 2018 n. 27299, con cui è stato prorogato al 15 novembre 2018 il termine di conclusione del procedimento;

VISTE le richieste delle società Enel Energia S.p.A., Servizio Elettrico Nazionale S.p.A. ed Enel S.p.A., pervenute in data 10 agosto 2018 e integrate da ultimo in data 20 settembre 2018, di più ampio accesso ai dati di *stock* e flussi di clientela acquisiti in atti, ai fini del pieno esercizio del diritto di difesa e del contraddittorio;

VISTE le richieste, pervenute il 1° ottobre 2018 dalle società Enel Energia S.p.A., Servizio Elettrico Nazionale S.p.A. ed Enel S.p.A., di proroga del termine infra-procedimentale di chiusura della fase istruttoria, necessaria al fine di esercitare il proprio diritto di difesa, in ragione della richiesta di accesso formulata;

CONSIDERATO che occorre dare riscontro alle esigenze manifestate dalle società Enel Energia S.p.A., Servizio Elettrico Nazionale S.p.A. ed Enel S.p.A., al fine di garantire il più ampio esercizio del diritto di difesa e del contraddittorio;

CONSIDERATO in particolare che in ragione della più ampia accessibilità ai dati di *stock* e flussi di clientela acquisiti in atti accordata alle Parti richiedenti - mediante opportuna procedura di c.d. *data room* -, conseguente all'accoglimento delle predette istanze di accesso, si rende necessario prorogare il termine infra-procedimentale di chiusura della fase istruttoria;

CONSIDERATO che la proroga del termine infra-procedimentale di chiusura della fase istruttoria rende necessaria anche una proroga del termine di conclusione del procedimento;

RITENUTA, pertanto, necessaria una proroga del termine di conclusione del procedimento, attualmente fissato al 15 novembre 2018;

DELIBERA

di prorogare al 30 dicembre 2018 il termine di conclusione del procedimento.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *ff.*
Gabriella Muscolo

A512 - A2A/CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI NEL MERCATO DELLA VENDITA DI ENERGIA ELETTRICA*Provvedimento n. 27376*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 10 ottobre 2018;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTO l'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE);

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il Regolamento del Consiglio CE n. 1/2003 del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 TFUE;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la propria delibera del 4 maggio 2017 n. 26587, con cui è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90 nei confronti delle società A2A S.p.A., capogruppo dell'omonimo Gruppo societario, e della sua controllata A2A Energia S.p.A., per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 102 TFUE;

VISTA la propria delibera del 24 aprile 2018, n. 27146, con cui è stato prorogato al 31 ottobre 2018 il termine di conclusione del procedimento;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, inviata alle Parti il 3 agosto 2018;

VISTA la propria delibera dell'8 agosto 2018 n. 27300, con cui è stato prorogato al 15 novembre 2018 il termine di conclusione del procedimento;

VISTE le richieste delle società A2A S.p.A. e A2A Energia S.p.A., pervenute il 2 e 4 ottobre 2018, di più ampio accesso ai dati di *stock* e flussi di clientela acquisiti in atti, ai fini del pieno esercizio del diritto di difesa e del contraddittorio;

VISTE le richieste, pervenute il 2 e 4 ottobre 2018 dalle società A2A S.p.A. e A2A Energia S.p.A., di proroga del termine infra-procedimentale di chiusura della fase istruttoria, necessaria al fine di esercitare il proprio diritto di difesa, in ragione della richiesta di accesso formulata;

CONSIDERATO che occorre dare riscontro alle esigenze manifestate dalle società A2A S.p.A. e A2A Energia S.p.A. al fine di garantire il più ampio esercizio del diritto di difesa e del contraddittorio;

CONSIDERATO in particolare che in ragione della più ampia accessibilità ai dati di *stock* e flussi di clientela acquisiti in atti accordata alle Parti richiedenti - mediante opportuna procedura di c.d. *data room* -, conseguente all'accoglimento delle predette istanze di accesso, si rende necessario prorogare il termine infra-procedimentale di chiusura della fase istruttoria;

CONSIDERATO che la proroga del termine infra-procedimentale di chiusura della fase istruttoria rende necessaria anche una proroga del termine di conclusione del procedimento;

RITENUTA, pertanto, necessaria una proroga del termine di conclusione del procedimento, attualmente fissato al 15 novembre 2018;

DELIBERA

di prorogare al 30 dicembre 2018 il termine di conclusione del procedimento.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *ff.*
Gabriella Muscolo

A513 - ACEA/CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI NEL MERCATO DELLA VENDITA DI ENERGIA ELETTRICA*Provvedimento n. 27377*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 10 ottobre 2018;

SENTITO il Relatore Professore Michele Ainis;

VISTO l'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE);

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il Regolamento del Consiglio CE n. 1/2003 del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 TFUE;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la propria delibera del 4 maggio 2017 n. 26590, con cui è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti delle società Acea S.p.A., capogruppo dell'omonimo Gruppo societario, e della sua controllata Acea Energia S.p.A., per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 102 TFUE;

VISTA la propria delibera del 10 gennaio 2018 n. 29628, con cui l'istruttoria è stata estesa oggettivamente alla disponibilità e all'utilizzo per fini commerciali da parte di Acea Energia S.p.A. di informazioni dettagliate e aggiornate sulla consistenza della base clienti dei propri concorrenti nel territorio di Roma e Formello e soggettivamente alla società Areti S.p.A. in quanto detentrica e possibile fornitrice alla consorella di dette informazioni;

VISTA la propria delibera del 24 aprile 2018, n. 27147, con cui è stato prorogato al 31 ottobre il termine di conclusione del procedimento;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, inviata alle Parti il 3 agosto 2018;

VISTA la propria delibera dell'8 agosto 2018 n. 27301, con cui è stato prorogato al 15 novembre 2018 il termine di conclusione del procedimento;

VISTE le richieste della società Acea Energia S.p.A. e di Areti S.p.A., pervenute rispettivamente in data 27 settembre 2018, integrata in data 2 ottobre 2018, e in data 4 ottobre 2018 e integrata in data 8 ottobre 2018, di più ampio accesso ai dati di stock e flussi della clientela acquisiti in atti, ai fini del pieno esercizio del diritto di difesa e del contraddittorio;

VISTE le richieste, una pervenuta in data 4 ottobre 2018 dalla società Acea Energia S.p.A., e una pervenuta in data 8 ottobre 2018 dalla società Areti S.p.A., di una proroga del termine infra-procedimentale di chiusura della fase istruttoria, necessaria al fine di esercitare il proprio diritto di difesa, in ragione dell'intervenuta richiesta di accesso;

CONSIDERATO che occorre dare riscontro alle esigenze manifestate dalle società Acea Energia S.p.A. e Areti S.p.A., al fine di garantire il più ampio esercizio dei diritti di difesa e del contraddittorio;

CONSIDERATO in particolare che in ragione della più ampia accessibilità ai dati di *stock* e flussi di clientela acquisiti in atti accordata alle Parti richiedenti - mediante opportuna procedura di c.d. *data*

room -, conseguente all'accoglimento delle predette istanze di accesso, si rende necessario prorogare il termine infra-procedimentale di chiusura della fase istruttoria;

CONSIDERATO che la proroga del termine infra-procedimentale di chiusura della fase istruttoria rende necessaria anche una proroga del termine di conclusione del procedimento;

RITENUTA, pertanto, necessaria una proroga del termine di conclusione del procedimento, attualmente fissato al 15 novembre 2018;

DELIBERA

di prorogare al 30 dicembre 2018 il termine di conclusione del procedimento.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *ff.*
Gabriella Muscolo

1814 - DIRITTI INTERNAZIONALI*Provvedimento n. 27378*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 10 ottobre 2018;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO l'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE);

VISTO il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui all'articolo 81 e 82 del Trattato CE (ora 101 e 102 TFUE);

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la propria delibera adottata in data 19 luglio 2017, con la quale è stata avviata, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, un'istruttoria nei confronti delle società Media Partners & Silva Limited, MP Silva S.r.l. in liquidazione, MP & Silva Holding S.A., IMG Media UK Limited, IMG Worldwide LLC, B4 Capital SA e B4 Italia S.r.l. in liquidazione, per accertare l'esistenza di violazioni della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 TFUE;

VISTA la comunicazione delle Risultanze Istruttorie, inviata alle Parti in data 4 giugno 2018;

VISTE le memorie presentate in data 7 e 10 settembre 2018 dalle società Media Partners & Silva Limited, MP Silva S.r.l. in liquidazione, MP & Silva Holding S.A., IMG Media UK Limited, IMG Worldwide LLC, B4 Capital SA, B4 Italia S.r.l. in liquidazione e Torino F.C. S.p.A. e dall'associazione Lega Professionisti Serie A;

SENTITI in audizione finale, in data 13 settembre 2018, i rappresentanti delle società Media Partners & Silva Limited, MP Silva S.r.l. in liquidazione, MP & Silva Holding S.A., IMG Media UK Limited, IMG Worldwide LLC, B4 Capital SA e B4 Italia S.r.l. in liquidazione, A.S. Roma S.p.A., Torino F.C. S.p.A. e ACF Fiorentina S.p.A. e dell'associazione Lega Nazionale Professionisti Serie A, che ne avevano fatto richiesta;

VISTO il provvedimento del 3 ottobre 2018 con cui l'Autorità, alla luce delle obiezioni sollevate dalle Parti nelle proprie memorie e in sede di audizione finale, ha disposto che la Direzione Comunicazioni – Concorrenza debba provvedere a chiarire le posizioni delle società B4 Capital SA e B4 Italia S.r.l. in liquidazione, anche rispetto ai rapporti con BE4 S.à.r.l., che allo stato non è parte del presente procedimento;

RITENUTO necessario estendere l'istruttoria alla società BE4 S.à.r.l., cui sono imputabili le condotte oggetto di valutazione e che attualmente non è parte del procedimento;

CONSIDERATO altresì che il supplemento d'istruttoria rende necessaria la comunicazione delle risultanze di tale attività e la fissazione di un nuovo termine per la sua conclusione;

CONSIDERATO pertanto che risulta necessario procedere ad una proroga del termine di conclusione del procedimento, attualmente fissato al 31 ottobre 2018;

DELIBERA

- a) di estendere il procedimento avviato in data 19 luglio 2017 nei confronti della società BE4 S.à.r.l.;
- b) che il responsabile del procedimento è il Dottor Carlo Piazza;
- c) la fissazione del termine di giorni trenta, decorrente dalla data di notificazione del presente provvedimento, per l'esercizio, da parte dei rappresentanti legali della società BE4 S.à.r.l., ovvero di persone da essi delegate, del diritto di essere sentiti, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla Direzione Comunicazioni della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità almeno sette giorni prima della scadenza del termine sopra indicato;
- d) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione dalle società nei cui confronti si svolge l'istruttoria, ovvero da persone da esse delegate, presso la Direzione Comunicazioni della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità.
- e) che il termine di chiusura del procedimento è prorogato al 30 aprile 2019.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *ff.*
Gabriella Muscolo

A505 - MONTE TITOLI/SERVIZI DI POST-TRADING*Provvedimento n. 27380*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 24 ottobre 2018;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTO l'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE);

VISTO il Regolamento 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 CE (ora 101 e 102 TFUE);

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287 e, in particolare l'articolo 14-ter introdotto dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, che ha convertito con modifiche il decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223;

VISTO il Decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la "Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della legge 10 ottobre 1990 n. 287", assunta nell'adunanza del 6 settembre 2012 e pubblicata sul Bollettino n. 35 del 15 settembre 2012;

VISTO il proprio provvedimento n. 27161 del 9 maggio 2018, con il quale è stato avviato, nei confronti della società Monte Titoli S.p.A., un procedimento istruttorio ai sensi dell'art. 14 della legge n. 287/90, per accertare l'esistenza di violazioni dell'art. 102 del TFUE, consistenti in politiche di prezzo con finalità escludente attraverso la compressione dei margini degli operatori attivi nel mercato dell'offerta dei servizi della custodia finanziaria, nonché in scelte discriminatorie nei confronti delle controparti contrattuali;

VISTA la comunicazione del 28 settembre 2018 (cfr. Allegato 1 alla presente delibera), con la quale Monte Titoli S.p.A., secondo le modalità e tempistiche indicate specificatamente nell'apposito "Formulario per la presentazione degli impegni ai sensi dell'articolo 14 ter della legge n. 287/90", ha presentato, ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n.287/90, i seguenti impegni comportamentali:

"(1) Modifica della struttura delle commissioni di settlement degli ICP

[...] Monte Titoli modificherà la struttura delle proprie commissioni di settlement per gli ICP, portandola pienamente in linea con quella adottata nei confronti delle DCP e con ciò eliminando qualsiasi dubbio [...] circa il differenziale di costo tra ICP e DCP [...]. Più specificamente, in luogo della commissione onnicomprensiva forfettaria per transazione attualmente applicata, anche le tariffe per le ICP separeranno la commissione dovuta alla Banca Centrale Europea (BCE) per i servizi di T2S per ciascuna istruzione [...], da quella relativa alla remunerazione dei costi in cui incorre Monte Titoli per i servizi alle ICP [...].

"(2) Predisposizione di una contabilità analitica

[...] Monte Titoli propone di trasmettere, con cadenza annuale, alle autorità di regolazione del settore, e segnatamente a Banca d'Italia e CONSOB, della documentazione contabile, in linea con quella già condivisa con le stesse amministrazioni nel corso del procedimento di autorizzazione in qualità di CSD attualmente pendente, contenente un livello analitico dei costi relativi ai servizi di settlement (primario) che va ben al di là rispetto a quanto richiesto dal Regolamento (UE) n. 909/2014. [...] In questo modo, [...] sarà possibile osservare in modo separato i costi da essa

sopportati per offrire i servizi di settlement alle DCP e ICP, ossia, da un lato, alla categoria di clienti contro cui la presunta condotta escludente sarebbe in thesi rivolta e, dall'altro, alla categoria di clienti che invece [...] sarebbe oggetto della condotta contestata.

(3) Eliminazione di sconti per i nuovi clienti

[...] Monte Titoli eliminerà lo sconto riconosciuto ai nuovi intermediari partecipanti al servizio di gestione accentrata e al servizio di liquidazione, previsto attualmente nella propria schedule fee [...].

(4) Costituzione anticipata del comitato degli utenti

[...] Monte Titoli propone di perfezionare la costituzione del comitato degli utenti, previsto dall'art. 28 della CSDR, con un significativo anticipo rispetto ai termini di legge”.

In merito al periodo di validità di tali impegni: “Monte Titoli si impegna ad attuare gli impegni entro e non oltre 1 mese dalla data della decisione finale di codesta Autorità di accettare gli impegni proposti e renderli vincolanti.

Gli impegni sub n. 1, 2 e 3 di cui sopra, ossia tutte le misure proposte eccetto quella sub n. 4 (che una volta attuata resterà in vigore ai sensi della CSDR), saranno applicabili per un periodo di 3 (tre) anni ai sensi dell'art. 14-ter della legge n. 287/90, fatti salvi per quanto riguarda l'impegno n. 2 eventuali vincoli regolamentari [...]”;

CONSIDERATO che gli impegni presentati, nel loro complesso, appaiono non manifestamente infondati e tali da essere suscettibili di pubblicazione, impregiudicata ogni valutazione dell'Autorità sulla loro idoneità a risolvere le problematiche concorrenziali sollevate in sede di avvio;

RITENUTO, pertanto, di poter disporre la pubblicazione dei sopra citati impegni presentati Monte Titoli S.p.A. affinché i terzi interessati esprimano le loro osservazioni.

DELIBERA

a) di pubblicare in data 29 ottobre 2018 sul sito *internet* dell'Autorità i sopra citati impegni allegati al presente provvedimento, di cui costituiscono parte integrante, presentati da Monte Titoli S.p.A. ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90;

b) che eventuali osservazioni sugli impegni presentati da Monte Titoli S.p.A., dovranno pervenire per iscritto, entro e non oltre il 28 novembre 2018, alla Direzione Generale per la Concorrenza – Direzione Credito, Poste e Turismo dell'Autorità (Piazza G. Verdi, 6/A, 00198 Roma, Tel.: +39-06-85821.266, Fax: +39.06.85.821.227, pec: protocollo.agcm@pec.agcm.it);

c) che eventuali rappresentazioni da parte di Monte Titoli S.p.A., della propria posizione in relazione alle osservazioni presentate da terzi sugli impegni, nonché l'eventuale introduzione di modifiche accessorie agli stessi, dovranno pervenire per iscritto all'Autorità entro e non oltre il 28 dicembre 2018.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *ff.*
Gabriella Muscolo

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1537 - PROVINCIA AUTONOMA DI BOLZANO – LEGGE 10/2018-MODIFICHE DI LEGGI PROVINCIALI

Roma, 5 settembre 2018

Presidenza del Consiglio dei Ministri
Dipartimento per gli Affari Regionali e le
Autonomie

Con riferimento alla richiesta di parere formulata da codesto Dipartimento in merito alla Legge della Provincia Autonoma di Bolzano n. 10 dell'11 luglio 2018, recante "*Modifiche di leggi provinciali in materia di ordinamento degli uffici e personale, istruzione, formazione professionale, sport, cultura, enti locali, servizi pubblici, tutela del paesaggio e dell'ambiente, energia, utilizzazione di acque pubbliche, caccia e pesca, protezione antincendi e civile, urbanistica, igiene e sanità, politiche sociali, famiglia, edilizia scolastica, trasporti, edilizia abitativa agevolata, lavoro, economia, cave e torbiere, entrate, commercio, turismo e industria alberghiera, rifugi alpini, artigianato, finanze e ricerca*", l'Autorità, nella riunione del 5 settembre 2018, ha ritenuto di formulare le seguenti osservazioni ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/90.

La legge provinciale in oggetto si compone di 68 articoli, suddivisi in 5 titoli. Il primo titolo ha ad oggetto l'ordinamento degli uffici e del personale, l'istruzione, la formazione professionale, lo sport, la cultura, gli enti locali, i servizi pubblici; il secondo la tutela del paesaggio e dell'ambiente, l'energia, l'utilizzazione di acque pubbliche, la caccia e la pesca, la protezione antincendi e civile, l'urbanistica; il terzo l'igiene e la sanità, le politiche sociali, la famiglia, l'edilizia scolastica, i trasporti, l'edilizia abitativa agevolata, il lavoro; il quarto l'economia, le cave e torbiere, le entrate, il commercio, il turismo e l'industria alberghiera, i rifugi alpini, l'artigianato, le finanze, la ricerca; il quinto contiene le norme finali.

In particolare, la L.P. n. 10/2018 introduce, agli artt. 44 e 45, una serie di disposizioni normative che modificano la disciplina delle concessioni inerenti alla costruzione e gestione degli impianti a fune nella Provincia Autonoma di Bolzano, dettata dalla L.P. 30 gennaio 2006 n. 1¹. Le modifiche introdotte dall'art. 44, commi 3, 6 e 8, nonché quelle di cui all'art. 45 appaiono porsi in contrasto con l'art. 117, commi 1 e 2, lettera e), della Costituzione, nonché con le disposizioni di cui agli artt. 2, 30 e 164 del Codice dei Contratti Pubblici (CCP), nella misura in cui sottraggono l'ente pubblico

¹ Recante "*Disciplina degli impianti a fune e prescrizioni per gli ostacoli alla navigazione aerea*".

concedente all'obbligo di procedere alla selezione dei concessionari mediante l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

La norma di cui all'art. 44, comma 3, della legge in esame modifica infatti il comma 1 dell'art. 5 della L.P. 1/2006, prevedendo che *“La costruzione e l'esercizio degli impianti a fune in servizio pubblico sono soggetti a concessione, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 164, comma 1, secondo periodo, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”*. Tale ultima norma stabilisce che le disposizioni in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione di cui alla parte III del CCP **non si applicano** ai *“provvedimenti comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio di un'attività economica”*.

Il rinvio alla norma sancita dall'art. 164, comma 1, secondo periodo, CCP si risolve dunque nell'assoggettamento dei servizi di costruzione e gestione degli impianti a fune ad un regime autorizzatorio, sottratto alle regole dell'evidenza pubblica. Le concessioni in esame non costituiscono tuttavia autorizzazioni amministrative, non essendo volte a rimuovere ostacoli all'esercizio di un'attività economica, bensì ad affidare a un soggetto privato un compito di rilievo pubblicistico, quale la costruzione di un impianto funzionalizzato al soddisfacimento di un interesse di rilievo pubblicistico e/o la gestione di un servizio di interesse economico generale destinato a soddisfare specifiche esigenze di trasporto nell'ambito del territorio della Provincia.

L'assoggettamento del regime concessorio dei servizi in questione alla regola dettata dall'art. 164, comma 1, secondo periodo, CCP, esclude dunque in maniera ingiustificata le concessioni degli impianti funiviari in servizio pubblico dall'ambito di applicazione della disciplina dell'evidenza pubblica. Al riguardo, si rammenta che l'Autorità ha in più occasioni sottolineato che nei mercati, come quello di specie, in cui specifiche caratteristiche oggettive dell'attività, tecniche, economiche e finanziarie, impongono o giustificano una limitazione del numero dei soggetti ammessi ad operare ovvero l'esclusiva a favore di un soggetto, l'affidamento dei servizi deve avvenire in linea di principio mediante procedure ad evidenza pubblica, volte ad individuare il concessionario sulla base di criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori².

Peraltro, anche in materia di autorizzazioni allo svolgimento di servizi nel mercato interno, l'esistenza di limitazioni e vincoli di differente natura allo svolgimento del servizio (ad esempio urbanistici, paesaggistici, tecnici, ecc.) assoggetta il rilascio del corrispondente titolo abilitativo ai principi e alle regole dell'evidenza pubblica. In proposito, si ricorda che l'art. 12, comma 1, della direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi) stabilisce che: *“Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento”*.

Simili considerazioni valgono con riferimento all'art. 45 L.P. n. 10/2018, il quale assoggetta al richiamato art. 164, comma 1, secondo periodo, CCP, anche i provvedimenti concessori inerenti alla costruzione e all'esercizio di impianti a fune ad uso sportivo o turistico-ricreativo (nonché i relativi

² Cfr. AS1508 – Provincia Autonoma di Bolzano – Concessione impianto funiviario Gletschersee II nel Comune di Senales, 2018.

rinnovi), rilasciati prima dell'entrata in vigore della L.P. n. 10/2018, sottraendoli così dall'ambito di applicazione della disciplina dell'evidenza pubblica.

Meritano infine attenzione, perché suscettibili di sollevare ulteriori criticità concorrenziali, anche le norme contenute ai commi 6 e 8 del citato art. 44, che accordano **precedenza**, nel rilascio della concessione per gli impianti a fune di prima categoria³, agli enti pubblici locali o ai loro consorzi e alle imprese private a partecipazione pubblica.

In particolare, l'art. 44, comma 6, modifica l'art. 7, comma 4, della L.P. 1/2006 nei seguenti termini: *“Nel rilascio della concessione per gli impianti di prima categoria va data precedenza agli enti pubblici locali o ai loro consorzi e alle imprese private a partecipazione pubblica”*. Il successivo comma 8 stabilisce che l'art. 11, comma 2, della L.P. 1/2006 è così sostituito:

“Qualora si tratti di linee funiviarie di prima categoria, nel provvedimento di decadenza della concessione viene fissato un termine non superiore a 60 giorni, entro il quale gli enti pubblici locali o loro consorzi e le imprese private a partecipazione pubblica possono richiedere il rilascio della concessione in loro favore. Trascorso tale termine, chiunque può richiedere il rilascio della concessione”.

Le norme in questione, nel privilegiare il rilascio delle concessioni a favore di enti pubblici locali o di imprese a partecipazione pubblica, creano un'evidente disparità di trattamento tra soggetti pubblici e privati, non giustificabile alla luce dei principi concorrenziali e della rilevante normativa eurounitaria e nazionale in tema di concessioni di servizi pubblici. L'Autorità è più volte intervenuta in materia, auspicando l'eliminazione dei casi di preferenza per il conferimento o per il rinnovo di concessioni (realizzata anche tramite l'indicazione di determinati requisiti quali criteri preferenziali), in quanto idonea a tradursi in un'ingiustificata asimmetria a favore di determinati soggetti presenti sul mercato⁴. Con specifico riferimento ai criteri preferenziali accordati a imprese pubbliche rispetto a imprese private, l'Autorità ha avuto modo di sottolineare come un impedimento dell'accesso di soggetti privati alle concessioni, in presenza di domande provenienti da enti pubblici territoriali, determina una significativa disparità di trattamento tra soggetti pubblici e privati, ingiustificatamente restrittiva della concorrenza⁵.

In conclusione, si ritiene che le modifiche introdotte dall'art. 44, commi 3, 6 e 8, nonché quelle di cui all'art. 45 della L.P. n. 10/2018 si pongono contrasto con l'art. 117, commi 1 e 2, lettera e), della Costituzione.

³ La prima categoria comprende, ai sensi dell'art. 44, comma 2, della L.P. 10/2018, che sostituisce gli artt. 3 e 4 della L.P. 1/2006, *“gli impianti a fune in servizio di trasporto pubblico generale che costituiscono, da soli o in proseguimento con altre linee di trasporto in servizio pubblico, un collegamento tra strade o ferrovie e centri abitati o tra i centri stessi, e che sono realizzati con veicoli chiusi aventi le caratteristiche fissate con regolamento di esecuzione”*.

⁴ Cfr., ex multis, AS481 - *Norme in materia di demanio marittimo con finalità turistico ricreativa*, 2008; AS931 - *Provincia autonoma di Bolzano – assegnazione delle concessioni per la gestione dei rifugi alpini*, 2012; AS1335 - *Affidamento delle concessioni di posteggio per il commercio su aree pubbliche*, 2016; AS1429 - *Regione Emilia Romagna – Procedure di selezione per l'assegnazione di posteggi su aree pubbliche*, 2017.

⁵ Cfr. AS619 - *Portualità in Sicilia - concessioni demaniali*, 2009.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino di cui all'art. 26 della legge n. 287/90, salvo che non vengano rappresentate, entro 30 giorni dal ricevimento della presente comunicazione, eventuali ragioni ostantive alla pubblicazione.

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

PS11009 - SAMSUNG-AGGIORNAMENTO SOFTWARE

Provvedimento n. 27363

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 25 settembre 2018;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la Parte II, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante “*Codice del Consumo*” e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*” (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015;

VISTI i propri provvedimenti del 10 gennaio e del 23 maggio 2018, con i quali sono stati disposti accertamenti ispettivi, ai sensi dell'art. 27, commi 2 e 3, del Codice del Consumo, presso le sedi della società Samsung Electronics Italia S.p.A. e di tre società che prestano assistenza sui prodotti elettronici a marchio Samsung;

VISTI i propri provvedimenti del 15 maggio e del 27 giugno 2018, con i quali, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento, sono state disposte due proroghe del termine di conclusione del procedimento per particolari esigenze istruttorie;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LE PARTI

1. Samsung Electronics Italia S.p.A. (di seguito anche Samsung Italia o Samsung Electronics S.p.A. o SEI), appartenente al gruppo multinazionale Samsung, in qualità di professionista, ai sensi dell'articolo 18, lettera b), del Codice del Consumo. La società, con sede legale a Milano, commercializza in Italia e gestisce servizi di supporto per i prodotti elettronici e telefonici del gruppo multinazionale Samsung ed ha conseguito nell'esercizio 2017¹ ricavi per circa 2,9 miliardi di euro e un utile di circa 68,5 milioni di euro al netto delle imposte.

2. Samsung Electronics Co Ltd (di seguito anche Samsung HQ), società di diritto sudcoreano controllante di Samsung Italia, in qualità di professionista, ai sensi dell'articolo 18, lettera b), del Codice del Consumo. La società, con sede legale a Suwon in Corea del Sud, svolge anche in Italia, attraverso le proprie controllate, attività di direzione dell'attività di vendita e di assistenza ed in particolare distribuisce direttamente agli *smartphone* venduti dal gruppo gli aggiornamenti *firmware*

¹ Cfr. bilancio di esercizio 2017 di Samsung Electronics Italia S.p.A..

ed ha conseguito nell'esercizio 2017² ricavi per circa 239.600 miliardi di KRW (circa 185 miliardi di euro) e un profitto operativo di circa 53.600 miliardi di KRW (circa 41 miliardi di euro).

3. Associazione Codici Onlus, associazione di consumatori, ammessa a partecipare al procedimento in base ad istanza avanzata ai sensi dell'articolo 10 del Regolamento.

II. LA PRATICA COMMERCIALE

4. Il procedimento concerne alcuni comportamenti posti in essere dai professionisti Samsung Electronics Italia S.p.A. e Samsung Electronics Co Ltd, appartenenti al gruppo multinazionale Samsung (di seguito individualmente e congiuntamente anche Samsung), relativamente alle informazioni fornite ed alle condotte tenute in occasione e successivamente al rilascio, per i propri *smartphone*³ modello Galaxy Note 4 (di seguito anche Note 4), di aggiornamenti del *firmware* basati sulla versione Marshmallow del sistema operativo Android.

5. La pratica commerciale oggetto del presente procedimento consiste:

a) nella proposta insistente, ai consumatori in possesso di Note 4, di aggiornamenti del *firmware* basati sulla versione Marshmallow del sistema operativo Android che hanno provocato riduzioni delle prestazioni dei propri *smartphone*, dapprima con continui rallentamenti e riavvi automatici per poi finanche giungere allo spegnimento totale;

b) nella descrizione in maniera omissiva ed ingannevole delle caratteristiche di tali aggiornamenti e del loro impatto sulle prestazioni dello *smartphone*;

c) nell'aver limitato gli interventi di ripristino dell'originaria funzionalità dell'apparecchio, compromessa dagli aggiornamenti di cui al punto a), alla sola sostituzione di parti rilevanti dell'hardware qualora gli *smartphone* fossero ancora coperti dalla garanzia legale di conformità, senza prevedere interventi alternativi (quale il *downgrading*⁴) o estendere sistematicamente gli interventi in garanzia per le problematiche di cui al punto a) anche agli apparecchi fuori garanzia.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

III.1. L'iter del procedimento

6. In relazione ai comportamenti sopra descritti, con nota del 10 gennaio 2018, consegnata a mano in data 18 gennaio 2018, è stato comunicato alla Parte Samsung Electronics Italia S.p.A. l'avvio del

² Cfr. l'annuncio sulla pagina internet istituzionale "news.samsung.com/global/samsung-electronics-announces-fourth-quarter-and-fy-2017-results".

³ I c.d. *smartphone* (ovvero "telefoni intelligenti") sono telefoni cellulari che, oltre alle normali funzionalità legate alla telefonia (chiamate vocali e messaggi SMS), hanno la capacità di connettersi alla rete internet nonché di svolgere numerose altre funzioni di ampia rilevanza pratica (quali, ad esempio, quelle di fotografare, riprodurre video, gestire documenti di varia natura, ecc.). L'insieme delle componenti fisiche dell'apparecchio vengono denominate complessivamente hardware e vengono coordinate e fatte funzionare da programmi informatici (c.d. software). Il termine software, a sua volta, ricomprende diverse categorie di programmi informatici, fra le quali si ricordano:

- il *firmware*, che è l'insieme del software installato dal produttore sul proprio dispositivo, fra cui il c.d. "sistema operativo" (abbreviato in SO, ovvero "operating system" abbreviato in OS, un insieme di programmi che fa avviare il dispositivo e fornisce servizi di base agli altri software installati sullo stesso;

- le c.d. applicazioni (ovvero, per gli *smartphone*, le c.d. "App"), che sono i programmi che possono essere installati ed utilizzati sull'apparecchio grazie alla intermediazione del *firmware*.

⁴ In informatica con *downgrading* si intende il ripristino del software (o dell'hardware) a una versione precedente, ovvero l'opposto dell'aggiornamento. Nel caso di specie il "downgrading" è inteso come il ritorno a una versione precedente del *firmware*.

procedimento istruttorio n. PS/11009 per possibile violazione degli artt. 20, 21, 22 e 24 del Codice del Consumo.

7. In tale sede, veniva in particolare ipotizzato che il rilascio da parte di Samsung di aggiornamenti *software* che determinavano una minore funzionalità dei propri cellulari Galaxy Note 4 e i suoi successivi comportamenti potessero rilevare come una pratica scorretta⁵.

8. In data 18 gennaio 2018 sono stati svolti accertamenti ispettivi presso Samsung Electronics Italia S.p.A. ed una società che presta assistenza a Roma sui prodotti elettronici a marchio Samsung.

9. In data 5 marzo 2018, Samsung Electronics Italia S.p.A. ha presentato impegni⁶ volti a rimuovere i profili di scorrettezza della pratica commerciale oggetto di contestazione e in data 8 maggio 2018 la società è stata sentita in audizione al riguardo.

Nella sua adunanza del 15 maggio 2018 l'Autorità ha rigettato tali impegni, sussistendo l'interesse all'accertamento e giudicando gli stessi non idonei a rimuovere i profili di possibile scorrettezza contestati nella comunicazione di avvio del procedimento e comunque a rimediare ai danni arrecati ai consumatori, investendo i profili delle condotte contestate il rilascio degli aggiornamenti e specificamente la mancata informazione sulle caratteristiche degli stessi, il mancato riconoscimento della responsabilità per le perdite di funzionalità causate da tali aggiornamenti, la probabile impossibilità di effettuare il *downgrading*.

La decisione è stata comunicata al professionista Samsung Italia in data 18 maggio 2018.

10. In data 15 marzo 2018 la società Samsung Electronics Italia S.p.A. ha fatto pervenire le informazioni richieste contestualmente alla comunicazione di avvio del procedimento.

5 Samsung avrebbe infatti sollecitato, in prossimità dello scadere della garanzia legale, l'esecuzione di aggiornamenti software che avrebbero determinato una riduzione della funzionalità dei propri apparecchi cellulari e in alcuni casi il guasto di un importante componente hardware, senza segnalare le possibili conseguenze in termini di ridotta funzionalità o lentezza nelle prestazioni che gli stessi erano idonei a determinare; in tal modo avrebbe ingannato i consumatori, inducendoli ad effettuare una scelta economica che non avrebbero dovuto/voluto fare, ai sensi degli artt. 21 e 22 del Codice del Consumo.

Inoltre, tenuto conto del contesto e delle modalità dell'invito all'aggiornamento, veniva ipotizzato che la condotta di Samsung potesse costituire una violazione dell'articolo 24 del Codice del consumo in quanto, sfruttando la propria posizione di potere commerciale derivante dalla titolarità di un marchio noto ed affermato, in cui i consumatori ripongono fiducia, e la posizione di particolare asimmetria informativa che caratterizza i rapporti con i consumatori, avrebbe limitato notevolmente la capacità di scelta di questi ultimi inducendoli a scaricare un aggiornamento che si è poi rivelato suscettibile di danneggiare o di ridurre la funzionalità del proprio dispositivo.

Veniva altresì ipotizzato che non fosse conforme alla diligenza professionale, ai sensi dell'art. 20 del Codice del Consumo, non suggerire corrette procedure per mantenere un adeguato livello di prestazioni dei propri dispositivi cellulari che venivano appunto promossi ed acquistati per le loro specifiche ed elevate caratteristiche tecnologiche.

Veniva infine ipotizzato che potessero costituire violazione degli articoli 20 e 24 del Codice del Consumo, in quanto non conformi alla diligenza professionale e qualificabili come indebito condizionamento, le condotte successivamente adottate da Samsung nei confronti dei consumatori consistenti: i) nel mancato riconoscimento che la minore funzionalità e i guasti lamentati dai consumatori rappresentavano un fenomeno che derivava da una condotta del professionista che aveva appunto, sia attraverso un aggiornamento software che attraverso la consapevole carenza di alcune componenti, determinato una riduzione delle caratteristiche e funzionalità dei propri apparecchi; ii) nella proposizione, come soluzione del problema segnalato, della sostituzione di un componente hardware, a carico del consumatore.

⁶ La proposta di impegni si incentrava sulle informazioni da fornire ai consumatori e contemplava, in sintesi, misure riguardanti: a) l'istituzione di un'opzione dedicata al software degli smartphone Samsung nell'ambito del call center accessibile tramite apposito numero verde; b) l'introduzione di una nuova informativa sul corretto utilizzo degli smartphone Samsung all'interno del proprio sito istituzionale.

11. In data 29 marzo 2018 è stata accolta l'istanza di partecipazione al procedimento dell'associazione di consumatori Codici Onlus.

12. In data 18 maggio 2018 è stata comunicata alle Parti la proroga del termine di conclusione del procedimento all'8 agosto 2018, deliberata dall'Autorità nella propria riunione del 15 maggio 2018.

13. In data 31 maggio 2018 sono stati svolti accertamenti ispettivi presso Samsung Italia e due altre società che prestano assistenza a Firenze e a Milano sui prodotti elettronici a marchio Samsung.

14. In data 13 giugno 2018 è pervenuta la risposta alla richiesta di informazioni, formulata in data 6 giugno 2018 alla società che presta assistenza a Roma sui prodotti elettronici a marchio Samsung, oggetto di ispezione il 18 gennaio 2018.

15. Con atto del 21 giugno 2018 è stata comunicata l'estensione soggettiva del procedimento nei confronti di Samsung Electronics Co Ltd. (di seguito anche indicata come "Samsung HQ").

16. In data 25 giugno 2018 la società Samsung Electronics Italia S.p.A. ha fatto pervenire le ulteriori informazioni richieste dall'Autorità in data 31 maggio 2018.

17. In data 28 giugno 2018 è stata comunicata alle Parti la proroga del termine di conclusione del procedimento al giorno 27 settembre 2018 deliberata dall'Autorità nella propria riunione del 27 giugno 2018.

18. In data 19 luglio 2018 la società Samsung Electronics Italia S.p.A. è stata sentita in audizione, nel corso della quale ha formulato "*espressa istanza di proroga del termine del procedimento di almeno tre mesi*" per esercitare il proprio diritto di difesa.

Con comunicazione del 24 luglio 2018 Samsung Electronics Italia S.p.A. ha poi comunicato di essersi attivata per reperire e fornire informazioni e documenti, formulando altresì una nuova istanza di essere sentita in audizione⁷.

19. In data 2 agosto 2018 è stato comunicato a Samsung Electronics Italia S.p.A. il rigetto dell'istanza di proroga deliberato dall'Autorità nella sua adunanza del 1° agosto 2018⁸.

20. In data 6 agosto 2018 è stato comunicato il non accoglimento delle istanze di partecipazione al procedimento formulate in data 27 luglio 2018 dalle due società che prestano assistenza a Roma e a Milano sui prodotti elettronici a marchio Samsung, presso le quali si erano svolti gli accertamenti ispettivi⁹.

Agli istanti, che hanno reiterato le proprie istanze di partecipazione in data 9 agosto, è stato confermato in data 21 agosto quanto già comunicato, atteso che nelle istanze non si rinvenivano nuovi elementi di fatto o di diritto.

⁷ La Parte ha comunicato di essersi attivata per reperire e fornire "informazioni e documenti indispensabili per una corretta e informata ricostruzione dei fatti" "prevedendo che ciò non potrà che avvenire nel corso del mese di settembre p.v." e ha formulato istanza di essere sentita in audizione "al fine di potere fornire a codesta Spett.le Autorità chiarimenti utili alla corretta comprensione della documentazione e dei fatti che verranno rappresentati".

⁸ Veniva al riguardo rappresentato che la Parte era stata sentita due volte in audizione ed aveva avuto modo di rispondere a due richieste di informazioni durante un'istruttoria già durata più di sei mesi, recentemente prorogata; né alcun elemento di novità poteva ravvisarsi nell'audizione del 19 luglio 2018, in quanto fin dalla comunicazione di avvio del procedimento era chiaro come l'oggetto dello stesso fossero i malfunzionamenti dello smartphone Note 4 segnalati dai consumatori nel 2017 come derivanti da alcuni aggiornamenti software del professionista, elementi che gli uffici avrebbero precisato in sede della Comunicazione del termine di conclusione della fase istruttoria.

⁹ Agli istanti è stato comunicato che le istanze apparivano tardive, tenuto conto che l'istruttoria era in fase di conclusione, e intempestive rispetto al momento degli accertamenti ispettivi svolti presso gli istanti rispettivamente il 18 gennaio e il 31 maggio 2018 e che le società istanti non sono fra i soggetti ai quali "può derivare un pregiudizio dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria" cui il Regolamento riserva la facoltà di proporre istanza di partecipazione al procedimento.

21. In data 7 agosto 2018 è stato comunicato ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento il termine di conclusione della fase istruttoria, fissato al 26 agosto 2018.

22. In data 21 agosto 2018, in considerazione dell'istanza formulata da Samsung Electronics Italia S.p.A. il 24 luglio 2018 di essere sentita nuovamente in audizione dopo aver reperito le informazioni e documenti da presentare all'Autorità e considerato l'approssimarsi del termine di conclusione della fase istruttoria fissato al 26 agosto 2018, la Parte è stata convocata in audizione - per il 24 agosto 2018 - , invitandola a confermare o meno l'interesse ad essere sentita.

In data 22 agosto 2018 Samsung Electronics Italia S.p.A. ha manifestato l'impossibilità di partecipare all'audizione convocata per il successivo 24 agosto ed ha formulato istanza di essere sentita dinanzi al Collegio dell'Autorità in qualità di organo terzo *super partes*.

23. In data 25 agosto 2018, con nota protocollata lunedì 27 agosto 2018, la società Samsung Electronics Italia S.p.A. ha fatto pervenire una memoria difensiva.

24. In data 7 settembre 2018 è stato comunicato alla Parte il rigetto deliberato dall'Autorità nella sua riunione del 5 settembre 2018, dell'istanza di Samsung Electronics Italia S.p.A. di essere sentita dinanzi il collegio¹⁰.

III.2. Le evidenze acquisite – La pratica commerciale

III.2.1. Gli aggiornamenti del firmware per Note 4

III.2.1.1. L'apparecchio Samsung Galaxy Note 4

25. L'apparecchio Note 4 è un cellulare che appartiene alla famiglia di prodotti di Samsung denominata "Galaxy Note", una serie di *smartphone* e *tablet* forniti con funzioni *software* dedicate alle grandi dimensioni dello schermo degli apparecchi ed all'utilizzo degli stessi con l'ausilio dello stilo c.d. "S-Pen", una "penna digitale" estraibile di cui sono dotati.

La sua configurazione *hardware* contempla uno schermo particolarmente ampio, della dimensione di 5,7 pollici, e la penna a stilo estraibile in una versione dotata di nuove funzionalità.

L'apparecchio è, inoltre, equipaggiato con diversi sensori non comuni, destinati a rilevare i raggi ultravioletti, la frequenza cardiaca, la saturazione di ossigeno del sangue e le impronte digitali.

26. Il cellulare Note 4 (modello SM-N910F) è stato messo in vendita in Italia alla fine del 2014 offrendolo ai consumatori come uno dei prodotti di massimo livello qualitativo - e corrispondentemente di prezzo - nella categoria degli *smartphone*, in diretta competizione con il prodotto iPhone del gruppo concorrente Apple, come si evince ad esempio dalla bozza di comunicato stampa¹¹ redatta al momento del lancio del prodotto o dagli studi di mercato di Samsung acquisiti in sede ispettiva¹².

¹⁰ Alla Parte è stato rappresentato che tale tipologia di audizione non è prevista nel Regolamento e che nel corso della istruttoria procedimentale alla Parte era stato pienamente garantito il diritto di difesa, esercitato attraverso la produzione di memorie scritte e documenti e il contraddittorio orale svolto da ultimo nel corso dell'audizione istruttoria tenuta in data 19 luglio 2018.

¹¹ Cfr. il documento ispettivo del 31 maggio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 25 in cui si vantano le caratteristiche di punta del nuovo prodotto ("Galaxy Note 4, riunendo tutto il meglio della tecnologia mobile di Samsung, è il dispositivo in grado di offrire l'esperienza più completa") con le quali Samsung si colloca nella fascia alta del mercato ("Samsung riconferma la propria leadership nel mercato smartphone alta fascia grazie al nuovo arrivato nella famiglia Note: display grande e super-definito e una potenziata S Pen per scrivere in modo più semplice e naturale").

¹² Cfr. il documento ispettivo del 31 maggio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 28 in cui si dedica una pagina al confronto dettagliato fra il Note 4 ed il concorrente iPhone evidenziando i punti di forza del primo sul secondo ed inoltre in una pagina successiva vengono meramente rappresentate le caratteristiche essenziali di altri cinque smartphone concorrenti con

III.2.1.2. Il firmware di Samsung per gli smartphone Galaxy Note

27. Gli *smartphone* Samsung della linea Galaxy Note sono basati su un *firmware* che Samsung elabora a partire dal sistema operativo denominato Android sviluppato da Google LLC¹³ (di seguito anche Google), che ne cura e distribuisce gli aggiornamenti.

28. Il sistema operativo Android appartiene alla categoria dei *software* definiti “*OpenSource*” in quanto Google, attraverso la propria piattaforma “*AOSP - Android Open Source Project*”¹⁴, ne mette a disposizione di chiunque tutta la codifica di programmazione nella versione originale di base c.d. “*Stock*”¹⁵, partendo dalla quale i produttori di apparecchi elettronici – ed anche terzi sviluppatori di *software* – elaborano poi il *firmware* di un determinato apparecchio¹⁶.

29. In particolare, il *firmware* di un determinato apparecchio contiene le parti che il produttore seleziona fra le componenti del sistema operativo Android e ulteriore codice di programmazione “chiuso”, ovvero non pubblico e modificabile, elaborato dal produttore stesso e costituito principalmente dalle c.d. “interfacce” personalizzate attraverso le quali l’utente è messo in grado di sfruttare le funzionalità dell’apparecchio e da alcune particolari applicazioni.

Principalmente, il *firmware* deve contenere i “*driver*”¹⁷ necessari per far funzionare i particolari *hardware* presenti nel dispositivo; ad esempio, nel caso degli apparecchi della serie Galaxy Note, Samsung ha creato un apposito “*driver*” per la gestione della S-Pen, che fornisce *input* all’apparecchio anche senza un contatto fisico.

Inoltre, i produttori fanno anche aggiunte di *software* per creare un’esperienza d’uso particolare per i propri clienti¹⁸, con l’installazione di temi predefiniti e il pre-caricamento di alcune applicazioni, che spesso non possono essere disinstallati dal consumatore; fra queste applicazioni c’è ad esempio il “*Galaxy Apps*”, che dà accesso ad un negozio digitale di giochi e applicazioni per *smartphone* e *tablet* gestito da Samsung.

schermo superiore a 5,3 pollici. Cfr. inoltre il documento ispettivo del 31 maggio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 31 in cui il confronto del Note 4 è principalmente con il concorrente iPhone e si stabilisce come obiettivo una alta fedeltà di marchio (“One important goal of the campaign is to reaffirm Samsung leadership in the big display segment, as innovator of this format. The second and equally important one is to prevent consumers migration toward other brands or value segments, by adding value to the product.”).

¹³ Google LLC è un’azienda statunitense che offre servizi online, con quartier generale a Mountain View in California.

¹⁴ Cfr. il sito internet “source.android.com”.

¹⁵ Viene definito come “Stock Android” l’insieme di programmi software che raccoglie tutta la parte del codice di programmazione di Android che è open-source, una combinazione di piattaforme sottostanti (fra le quali principalmente il c.d. kernel e le librerie software di base) e alcune applicazioni di base.

¹⁶ Oltre al sistema operativo Android di base che è un software open source, la maggior parte dei dispositivi Android viene fornita con una certa quantità di altro software proprietario di Google (come “Google Mobile Services”, che include ad esempio le applicazioni “Google Play Store”, “Ricerca Google” e “Google Play Services”), che viene concesso in licenza d’uso ai produttori di dispositivi i quali soddisfano gli standard di compatibilità di Google specificati nel documento del “Programma di compatibilità Android” e possono in tal modo rilasciare distribuzioni personalizzate e certificate di firmware basato sul sistema operativo Android.

¹⁷ Un “driver di periferica”, in informatica, è un programma che gestisce o controlla un particolare tipo di dispositivo, connesso ad un apparecchio elettronico come un computer, uno smartphone o un tablet.

¹⁸ Un esempio ne è l’interfaccia utente “TouchWiz” installata da Samsung anche sul Note 4, un programma che aiuta l’utente a localizzare e avviare gli altri programmi.

III.2.1.3. Le versioni del firmware di Samsung per lo smartphone Galaxy Note 4

30. Nell'ambito del rapporto post-vendita con gli acquirenti dei propri dispositivi, Samsung costantemente e ricorrenemente suggerisce a quasi tutti i consumatori in possesso dei diversi modelli di *smartphone* di procedere all'aggiornamento del *firmware* dei propri dispositivi¹⁹. Specificamente, Samsung rilascia²⁰ periodicamente degli aggiornamenti del *firmware* dei propri apparecchi basati sulla versione più recente di Android, e propone ai possessori dei dispositivi supportati di aggiornare il *firmware* all'ultima versione disponibile.

31. Il sistema operativo Android viene caratterizzato da un nome²¹ (segnatamente un nome inglese di un dolce, quale KitKat, Lollipop e Marshmallow) e un numero che ne indicano la versione, che vengono richiamati anche per identificare la versione del *firmware* sviluppato sulla sua base.

III.2.2. Le informazioni fornite in occasione del rilascio degli aggiornamenti del firmware per Note 4 basato sulla versione Marshmallow di Android

32. Come detto, al momento del rilascio di un nuovo aggiornamento del proprio *firmware* - in particolare di una nuova versione del proprio sistema operativo basato su *Android* - e in occasione di tutte le modifiche successive, Samsung comunica a tutti i possessori di propri cellulari supportati la possibilità/opportunità di effettuare l'aggiornamento.

33. Negli ultimi anni gli aggiornamenti avvengono direttamente sullo *smartphone* (senza l'ausilio di un *computer*) con l'utilizzo della tecnologia "FOTA" ("*Firmware Over-The-Air*"), una tecnologia di gestione del *software* mobile ("*MSM – Mobile Software Management*") in cui il *firmware* operativo di un dispositivo mobile viene aggiornato in modalità *wireless* dal produttore: i telefoni compatibili FOTA scaricano gli aggiornamenti con un processo che richiede in genere alcuni minuti a seconda della velocità di connessione e della dimensione del file.

34. Samsung prevede due modalità di aggiornamento:

1) la modalità c.d. "automatica", in base alla quale lo *smartphone* Note 4 provvede in automatico a scaricare l'aggiornamento ("*download*") e richiede poi periodicamente l'autorizzazione alla installazione;

2) la modalità di aggiornamento c.d. "manuale", in base alla quale lo *smartphone* una volta verificata l'esistenza di un nuovo aggiornamento poi chiede periodicamente l'autorizzazione ad effettuare il *download*, effettuato il quale richiede poi periodicamente l'autorizzazione alla installazione.

35. Lo *smartphone* Note 4 è programmato in origine per provvedere a scaricare l'aggiornamento nella modalità automatica. Il consumatore non è avvertito che questa è la modalità già impostata nello *smartphone*.

Qualora il suo possessore ne venga a conoscenza e intenda disabilitarla, può espressamente scegliere l'opzione per l'effettuazione manuale del *download* dell'aggiornamento.

36. Samsung ha fornito, in risposta alle richieste di informazioni²², copia dei messaggi utilizzati per suggerire il *download* e l'installazione FOTA degli aggiornamenti *firmware* rilasciati per il Note 4 a partire dalla sua messa in commercio.

¹⁹ Solo per i modelli più datati, per i quali il servizio di supporto sia stato interrotto, non si suggerisce tale aggiornamento.

²⁰ L'espressione "rilascio" (in inglese "release") è il termine tecnico per indicare la diffusione di una nuova versione di software.

²¹ Da diverso tempo i nomi delle versioni del SO Android procedono in nome alfabetico e ciascuno di essi è il nome di un dolce in lingua.

37. I clienti che abbiano scelto l'effettuazione dell'aggiornamento *firmware* manuale, quando decidono di verificare l'esistenza di nuovi aggiornamenti vengono raggiunti da messaggi FOTA²³ che annunciano *“La versione più recente del software è pronta per il download. Il download con le reti mobili può comportare costi aggiuntivi”*.

In uno solo di tali messaggi si legge *“Sono state aggiunte le funzioni Samsung Cloud. È stata aggiunta la funzione di sincronizzazione di immagini, video e altri file. Sono state aggiunte le funzioni di backup e ripristino per applicazioni, schermata Home (backup solo per Note 4), file musicali, documenti e altri. È stato aggiunto un menù di gestione del cloud”*, mentre tutti gli altri contengono una diversa descrizione che sostanzialmente non cambia da messaggio a messaggio: *“Novità – Ottimizzazione dell'uso della batteria – Prestazioni migliorate con gestione efficiente della memoria – Maggiore sicurezza – È stata migliorata la stabilità per”* (la frase è interrotta senza specificare a cosa si riferisca il miglioramento della stabilità, interruzione peraltro rilevata nelle verifiche interne come si evince dal documento *“Problemi risolti Note 4”*²⁴ dove si legge *“ITALIAN TEXT of FOTA popup contains an incomplete sentence”*).

È poi presente in tali messaggi FOTA l'indicazione generale *“Un aggiornamento software può includere, ma non è limitato a: - Perfezionamento della stabilità del dispositivo, eliminazione di bug. – Nuove e/o migliori caratteristiche. Ulteriore perfezionamento della prestazioni”*.

Segue la raccomandazione *“Per ottenere le migliori prestazioni dal vostro dispositivo, mantenete il dispositivo aggiornato e controllate regolarmente la disponibilità di aggiornamenti software”*.

Tutti i messaggi invitano a scaricare il nuovo aggiornamento, offrendo la sola alternativa fra tre pulsanti virtuali denominati *“Scarica”*, *“Più tardi”* o *“Impostazioni wi-fi”*²⁵, mentre non viene data la possibilità, sottraendosi alle successive ripetizioni del messaggio FOTA, di rifiutare *tout-court* il *download*.

38. Quanto ai messaggi FOTA successivi al *download*²⁶ - che sono la prima occasione in cui il possessore riceve notizia dell'aggiornamento nel caso non abbia preso l'iniziativa di selezionare l'effettuazione del *download* manuale - in due di essi è del tutto assente la descrizione delle peculiarità dello specifico aggiornamento, mentre tale descrizione è sostanzialmente identica in molti degli altri messaggi: *“Novità – Ottimizzazione dell'uso della batteria – Prestazioni migliorate con gestione efficiente della memoria – Maggiore sicurezza – È stata migliorata la stabilità per”*²⁷.

Anche in tali messaggi FOTA è poi presente l'indicazione generale *“Un aggiornamento software può includere, ma non è limitato a: - Perfezionamento della stabilità del dispositivo, eliminazione di bug. – Nuove e/o migliori caratteristiche. Ulteriore perfezionamento della prestazioni”* e segue la

²² Cfr. l'allegato n. 3 alla nota di Samsung Italia prot. n. 28221 del 16 marzo 2018 e gli allegati nn. 2 e 3 alla nota di Samsung Italia prot. n. 50280 del 26 giugno 2018.

²³ Cfr. l'allegato n. 3 alla nota di Samsung Italia prot. n. 50280 del 26 giugno 2018.

²⁴ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 106.

²⁵ Selezionando tale opzione si rinvia il download alla prima occasione in cui l'apparecchio sarà connesso a una rete LAN con connessione wireless senza dover utilizzare la disponibilità di traffico dati dello smartphone.

²⁶ Cfr. l'allegato n. 3 alla nota di Samsung Italia prot. n. 28221 del 16 marzo 2018 e l'allegato n. 2 alla nota di Samsung Italia prot. n. 50280 del 26 giugno 2018.

²⁷ Anche in questo caso, come già precisato per i messaggi che invitano al download, la frase è interrotta senza specificare a cosa si riferisca il miglioramento della stabilità, interruzione peraltro rilevata nelle verifiche interne di Samsung.

raccomandazione “*Per ottenere le migliori prestazioni dal vostro dispositivo, mantenete il dispositivo aggiornato e controllate regolarmente la disponibilità di aggiornamenti software*”.

I messaggi si concludono nelle prime FOTA con un pulsante virtuale denominato “*Installa*”, mentre in alcune di quelle successive si offrono le due alternative “*Installa*” e “*Più tardi*” e nelle più recenti le tre alternative “*Più tardi*”, “*Installa di notte*” e “*Installa ora*”. Queste sono le uniche opzioni offerte al proprietario del cellulare dopo il *download*, mentre non viene data la possibilità di scegliere di cancellare a quel punto il *download* effettuato.

39. Con i messaggi sopra descritti, contenenti una descrizione minimale, Samsung si limita a mettere genericamente in risalto solo alcuni miglioramenti che sono attesi dall’aggiornamento e delle correzioni in esso contenute per suggerire - sia esplicitamente che implicitamente - l’opportunità di effettuare l’aggiornamento proposto.

Si tratta di messaggi che non danno conto di tutte le modifiche contenute nell’aggiornamento né della possibilità che i nuovi aggiornamenti abbiano effetti indesiderati sul funzionamento dell’apparecchio in funzione delle sue caratteristiche *hardware* e dell’usura della batteria, non informano il consumatore sui possibili rischi che gli aggiornamenti possono determinare in termini di minore funzionalità degli apparecchi in relazione anche al loro specifico stato d’uso e non contengono nessuna indicazione sulla cautela con cui il consumatore deve valutare se procedere o meno all’aggiornamento del *firmware*.

40. Dunque, sia che resti selezionata la modalità di aggiornamento c.d. “automatica”, sia nel caso che abbia scelto la modalità di aggiornamento c.d. “manuale”, un consumatore che valuti non opportuno passare alla nuova versione del *firmware* non ha la possibilità di impedire il continuo ripetersi dei messaggi che lo invitano invece a scaricarla ed installarla.

Infatti, i clienti che non abbiano proceduto ad effettuare l’aggiornamento *firmware* vengono sistematicamente raggiunti da messaggi FOTA di contenuto generico che invitano all’aggiornamento, che non può essere rifiutato definitivamente, ma si può solo rinviare con la scelta dell’opzione “*Più tardi*”.

III.2.3. Il rilascio degli aggiornamenti firmware e il loro effetto sulle prestazioni richieste all’hardware e alla batteria

III.2.3.1. Cronologia degli aggiornamenti firmware per il Note 4 e del lancio dei modelli successivi di smartphone Galaxy Note

41. Ad ottobre 2014 inizia in Italia²⁸ la vendita del cellulare “Note 4”, equipaggiato con *firmware* basato sulla versione del sistema operativo Android 4.4.4 KitKat.

42. Dal maggio 2015 Samsung diffonde gli aggiornamenti *firmware* per il Note 4 basati sulla versione Lollipop di Android.

43. Dal maggio 2016 Samsung diffonde in Italia gli aggiornamenti del *firmware* per il Note 4 basati sulla versione 6.0.1 Marshmallow di Android.

Poco dopo, nell’agosto 2016, Samsung mette in commercio in Europa lo *smartphone* Galaxy Note 7, immediato successore del modello Note 4, anch’esso equipaggiato con *firmware* basato sulla versione Marshmallow di Android; tale dispositivo presenta gravi problemi alla batteria, tanto che Samsung lo ritira dal mercato alla fine del 2016.

²⁸ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 73.

44. Nel settembre 2017, viene messo in commercio in Italia il modello seguente, il Galaxy Note 8, equipaggiato con *firmware* basato sulla successiva versione di Android denominata Nougat.

Samsung tuttavia non rilascia per il Note 4 un aggiornamento *firmware* alla versione Nougat di Android.

III.2.3.2. I malfunzionamenti lamentati dai possessori di Note 4

45. L'istruttoria è stata avviata sulla base di numerose segnalazioni²⁹ di consumatori pervenute dal settembre 2017, nelle quali si lamenta che la generalità degli esemplari del prodotto Note 4, proposto da Samsung a partire dalla fine del 2014 come il proprio *smartphone* di punta e contraddistinto da caratteristiche qualitative e di prezzo di fascia alta, avrebbe perso la propria capacità di funzionamento all'incirca dopo due anni di utilizzo, indipendentemente dall'uso fatto e dalla cura prestata dal consumatore, dapprima con continui rallentamenti e riavvi automatici per poi finanche giungere allo spegnimento totale.

46. Quasi tutti i consumatori facevano riferimento ad una presunta "obsolescenza programmata" del prodotto, rilevando che il bene sarebbe divenuto inutilizzabile all'incirca al termine della durata biennale della garanzia legale di conformità. Nelle segnalazioni i consumatori lamentavano, inoltre, che Samsung non avrebbe dato nelle sue comunicazioni commerciali nessuna indicazione su eventuali limiti prevedibili della durata di vita o del numero di utilizzazioni del prodotto. Alcuni consumatori precisavano altresì che i problemi di funzionamento si sarebbero verificati a seguito di operazioni di aggiornamento del *software* del telefono proposte dalla stessa Samsung³⁰. Peraltro, i consumatori davano conto della soluzione prospettata da Samsung per risolvere il problema lamentato, riferendo che il produttore avrebbe richiesto il pagamento di somme ingenti – anche in confronto con il prezzo d'acquisto del bene – per effettuare la sostituzione fuori garanzia di un componente *hardware*³¹.

47. Anche nelle annotazioni registrate nell'ambito della procedura denominata "VOC – Voice Of Customer" per la gestione centralizzata dei reclami ("claim")³², destinata ai soli clienti considerati "critici", si possono leggere le lamentele pervenute nel 2017 e nel 2018 per malfunzionamenti occorsi dopo l'aggiornamento *firmware* ("Si blocca da quando è stato eseguito l'aggiornamento"³³, "dopo un aggiornamento *firmware* del suo prodotto, questo ha iniziato a riscontrare vari problemi di blocchi randomici all'avvio"³⁴, "a seguito dell'ultimo aggiornamento OTA android 6 il proprio terminale ha cominciato funzionare in modo anomalo, con riavvi random, surriscaldamenti e messaggi di errore in

²⁹ Segnalazioni prott. 73207, 73360 e 73381 del 29/09/2017, 73581, 73597, 73606, 73608 e 73614 del 2/10/2017, 75095 e 75208 del 6/10/2017, 75386 del 9/10/2017, 76384 del 12/10/2017, 77177 del 16/10/2017, 78632 del 20/10/2017 e 82735 del 7/11/2017.

³⁰ Cfr. segnalazioni prot. 73581 del 02/10/2017 e prot. 73608 del 02/10/2017.

³¹ Cfr. segnalazioni prot. 73581 del 02/10/2017, prot. 75208 del 06/10/2017 e prot. 73608 del 02/10/2017.

³² Cfr. il documento ispettivo del 31 maggio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 4. In particolare nella procedura denominata "SVC-CC-123 GESTIONE VOC: CLAIM" si legge che "Si intendono VOC: Claim tutte le segnalazioni pervenute da Clienti Finali che dimostrino il loro disappunto e non vi è alcuna possibilità di gestione lato T1". In chiusura del documento si legge: "La procedura di riferimento fornita da Casa Madre è la "Global VOC Operation Guide" presente in GSPN". Infatti l'organizzazione di Samsung prevede che l'assistenza del cliente, e quindi il trattamento delle richieste dei consumatori, siano affidati principalmente alla rete di assistenza articolata nei CAT (Centri di Assistenza Tecnica).

³³ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 55.

³⁴ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 56.

accensione”³⁵, “lamenta che sussista un nesso causale tra l'ultimo aggiornamento firmware ed il fatto che il suo Note 4 abbia smesso di funzionare”³⁶, “dopo l'aggiornamento del firmware non ha più funzionato (...) portato in assistenza alla samsung (ancora in garanzia)”³⁷, “Il telefono è diventato lentissimo, si blocca, a volte se si spegne non si riaccende e scalda, a seguito dell'aggiornamento”³⁸ “portato il prodotto in assistenza a causa dei continui riavvii, e della scarsa durata della batteria. Inoltre compare la schermata “mmc read failed”. Il Centro comunica il FG per decorrenza termini, emettendo un preventivo di 310 euro per sostituzione scheda madre.”³⁹, “Il cliente ci contatta tramite numero dedicato Voc, mi comunica che a seguito di un aggiornamento effettuato a luglio il telefono ha manifestato dei problemi fino a smettere di funzionare”⁴⁰, “Dopo aggiornamento software via foto, il telefono non si accende più.”⁴¹, “a seguito di aggiornamento software il telefono ha cominciato a bloccarsi e riavviarsi di continuo”⁴², “Il cliente segnala che, in seguito all'aggiornamento, il dispositivo non si accende. Autorizzata riparazione in garanzia”⁴³).

III.2.4. Le istruzioni impartite da Samsung

48. Ai fini della problematica in esame, assumono particolare rilevanza le istruzioni impartite da Samsung ai CAT (Centri di Assistenza Tecnica), in quanto l'organizzazione del professionista prevede che l'assistenza del cliente, e quindi il trattamento delle richieste dei consumatori, siano affidati principalmente alla rete di assistenza.

49. Come chiarito da Samsung⁴⁴, sia per le richieste di assistenza considerate coperte dalla garanzia sia per quelle qualificate come fuori garanzia valgono le medesime istruzioni ai CAT in ordine alle modalità con cui procedere alla riparazione dei malfunzionamenti in argomento.

III.2.4.1. Le istruzioni per l'assistenza ai Note 4 impartite dalla metà del 2016

50. A distanza di poche settimane dal rilascio del *firmware* per il Note 4 basato sulla versione Marshmallow di Android, il 19 agosto 2016 Samsung impartisce per la prima volta istruzioni alla propria rete di assistenza (la rete dei CAT) sulle modalità con cui affrontare specificamente la tipologia di richieste di assistenza per “spegnimento e difetto di funzionamento” per il Note 4, in cui si indica di controllare e sostituire la batteria se difettosa e, in caso di permanenza del problema, di verificare la PBA (“*Printed circuit Board Assembled*”), ovvero la Scheda a Circuito stampato sulla quale è assemblata, fra i principali componenti elettronici del Note 4, la memoria flash eMMC⁴⁵ che ne costituisce la RAM.

³⁵ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 59.

³⁶ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 60.

³⁷ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 64.

³⁸ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 65.

³⁹ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 66.

⁴⁰ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 69.

⁴¹ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 72.

⁴² Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 62.

⁴³ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 63.

⁴⁴ Cfr. il verbale in data 19 luglio 2018 di audizione dei rappresentanti di SEI, i quali precisano che “le istruzioni impartite da Samsung Italia non distinguono fra interventi in garanzia e fuori garanzia”.

⁴⁵ L'acronimo eMMC sta a significare “embedded Multi Media Card”.

Tali istruzioni sono contenute nel documento *“Repair guide of SM-N910F No-Power & Reset symptom”*⁴⁶, nel quale si legge *“-No Power& Reset symptom on SM-N910F may be caused by the battery problem. -Check the battery IR (Internal Resistance) status and replace it in case of the defect battery. -If the symptom is reproduced without the battery (in case of using external power from Anyway Jig), check the PBA problem with troubleshooting guide & power current test jig”*.

51. I malfunzionamenti di cui si occupano tali istruzioni di Samsung risultano almeno in parte dipendere dalla maggiore richiesta di risorse causata dai nuovi aggiornamenti *firmware* sia alla batteria sia all’hardware e in particolare alla memoria eMMC saldata sulla c.d. PBA (*“Printed circuit Board Assembled”*), ovvero la Scheda a Circuito stampato sulla quale sono assemblati i principali componenti elettronici del Note 4.

Come chiarito da un addetto del CAT di Roma⁴⁷, *“gli aggiornamenti importanti interagiscono con le app⁴⁸ installate, che a loro volta vengono di norma aggiornate quando avvengono aggiornamenti significativi del firmware. L’interazione reciproca può peggiorare dopo significativi aggiornamenti del firmware sui modelli meno recenti e potenti, portando a degradazioni delle prestazioni del telefono di cui l’aggiornamento potrebbe quindi essere considerato una concausa”*.

Tale chiarimento trova riscontro in quello fornito da un addetto del CAT di Milano⁴⁹: *“la difettosità per spegnimenti randomici è una problematica presente sul modello Note 4 così come su altri modelli di smartphone”* e *“potrebbe essere in parte riconducibile a fattori tecnologici: il Note 4, come altri smartphone, monta come RAM⁵⁰ una memoria flash eMMC⁵¹, che potrebbe andare incontro a stress di funzionamento e a un deterioramento, a seguito del quale il sistema operativo potrebbe non riuscire ad accedere alla RAM⁵², provocando lo spegnimento improvviso. Un altro possibile fattore di spegnimento/riavvio improvviso riguarda l’efficienza e/o lo stato di usura della batteria, che dipendono dall’età della batteria e dalle modalità di utilizzo da parte dell’utente: maggiore l’usura della batteria, maggiore la possibilità di tale fenomeno, per esempio in caso di richiesta di prestazioni di picco”*. Inoltre *“una causa dei malfunzionamenti segnalati all’Autorità e descritti dai funzionari potrebbe essere stata che alcune caratteristiche di Marshmallow (p.es. la nuova interfaccia grafica) e le applicazioni connesse richiedono maggiori risorse rispetto alla versione precedente (Lollipop) rendendo meno fluida l’elaborazione da parte del processore e della memoria eMMC montati sul Note 4”*.

Come in precedenza rappresentato, inoltre, anche nelle segnalazioni di un consumatore al VOC di Samsung si legge che il telefono, nel bloccarsi, aveva mostrato proprio un messaggio di errore di lettura della memoria eMMC.

⁴⁶ Cfr. il documento ispettivo presso il CAT di Roma n. 30 (identico a quello ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 10).

⁴⁷ Cfr. il verbale ispettivo del CAT di Roma.

⁴⁸ Si ricorda che con il termine “app” si intende un programma informatico applicativo destinato soprattutto ad apparecchi quali smartphone e tablet.

⁴⁹ Cfr. l’allegato 3 al verbale ispettivo del CAT di Milano.

⁵⁰ L’acronimo RAM sta a significare “Random Access Memory”.

⁵¹ Si ricorda che l’acronimo eMMC sta a significare “embedded Multi Media Card”.

⁵² Nel Note 4 la RAM sotto forma di una memoria flash eMMC è installata sulla c.d. PBA (*“Printed circuit Board Assembled”*), ovvero la Scheda a Circuito stampato sulla quale sono assemblati i principali componenti elettronici del Note 4.

52. Alle prime istruzioni impartite il 19 agosto 2016 seguono quelle diffuse con una *mail* di Samsung Italia del 23 febbraio 2017⁵³ in cui si informa “*che per il modello SM-N910F con problemi di: 1. No Power (non si accende) 2. Self Reboot (si riavvia) Il problema potrebbe essere: - La batteria Oppure nei casi peggiori – La PBA guasta (..) Vi chiederei di apportare queste modifiche all’interno del vostro laboratorio considerando che questo prodotto risulta essere uno dei prodotti con un più alto numero di rientri*”.

53. Successivamente, come si evince ad esempio da una *mail* interna del CAT di Roma del 15 marzo 2017⁵⁴, Samsung Italia indica di procedere sempre alla sostituzione della batteria nei casi di “*problemi di accensione/spengimento/ricarica*”, oltre che a quella - se necessario - della PBA.

54. In uno scambio di *mail* del 12 maggio 2017⁵⁵ il “*Global CS Center*” di Samsung HQ chiedeva ai *manager* della “*Service Division*” di Samsung Italia chiarimenti riguardo all’elevato numero di riparazioni ripetute (in sigla “*CRRR*”) per il Note 4, che risultava il più alto fra tutti i modelli in Italia (“*Note4 CRRR% is (..) worst model in SEI*”); Samsung Italia rispondeva che i propri CAT utilizzavano la procedura caricata dalla casa madre sul sistema informativo GSPN il 19 agosto 2016, insieme a linee guida più dettagliate in italiano sullo specifico processo di assistenza, e faceva presente che, anche dopo la sostituzione della PBA e della batteria, il prodotto veniva riportato con lo stesso sintomo (“*No power on*” or “*Self reboot*”).

55. Poco dopo venivano date nuove indicazioni per l’assistenza ai Note 4, come si evince in una *mail* di Samsung Italia del 15 maggio 2017⁵⁶, in cui si chiedeva al CAT di Roma “*Confermami, cortesemente, che per i sintomi di RESTART state cambiando la PBA+batteria?*” e in una *mail* interna del CAT di Roma del 16 maggio 2017⁵⁷, in cui si raccomandava al personale che “*al primo ingresso bisogna cambiare SEMPRE i seguenti ricambi: - Cambio PBA – Cambio batteria – Cambio/reintegro accessori*” “*anche se non si riscontra il guasto*” (quest’ultima *mail* sollecitava con molta enfasi a seguire tali istruzioni, sottolineando come anomalie dello stesso CAT il fatto che “*In tanti rientri al primo ingresso è stata cambiata solo la PBA e non la batteria*” e che “*In 5 casi è stato fatto solo l’aggiornamento software al primo ingresso*”).

⁵³ Cfr. il documento ispettivo del 31 maggio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 81.

⁵⁴ Cfr. il documento ispettivo presso il CAT di Roma n. 50, nel quale si legge “su indicazione di Samsung, per il modello N910, nei casi di problemi di accensione/spengimento/ricarica, oltre alla PBA (se necessario), è il caso di cambiare sempre la batteria, anche oltre l’anno di garanzia”.

⁵⁵ Cfr. il documento ispettivo del 31 maggio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 79, in cui si legge:

“SEI’s CRCs is using the procedure uploaded by HQ in GSPN (attached in the email) but seems that not solved the problem and we decided to share with CRC the procedure attached in the SEI Flow char.xlsx (it is in Italian language because is better for all engineer to understand the problem).

In the Procedure for Symptoms: No Power/Self Reboot we requested the following actions:

Tested Accessories and replace them if broken

Battery replace as reported in the bulletin 16-51

History of power off with galaxy MUST

Try the product in SAFE MODE in order to reproduce the issue

Replace a PBA if test above are good

Problem reported by CRC: Even if replace a PBA and Battery the product back again with same symptom “No power on” or “Self reboot”.

⁵⁶ Cfr. il documento ispettivo presso il CAT di Roma n. 47 e il documento ispettivo del 31 maggio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 77.

⁵⁷ Cfr. il documento ispettivo presso il CAT di Roma n. 46.

56. L'11 maggio 2018⁵⁸ Samsung invitava infine la propria rete di assistenza ad applicare ai possessori di Note 4 che lamentavano “riavvi randomici e rallentamenti del prodotto a seguito della scadenza della garanzia” una particolare procedura denominata “Blue ticket”, intesa come uno strumento eccezionale per “convogliare situazioni di reale disagio dei clienti che, se non gestite, potrebbero facilmente tramutarsi in lamentele (VOC: Claim)”⁵⁹.

57. Va inoltre rilevato che, come chiarito da un addetto del CAT di Firenze⁶⁰, “il Note 4 ha una particolarità costruttiva rispetto agli altri smartphone Samsung: la memoria flash (ePOP memory) è saldata sul processore (Application processor), in modo che risultino collegati verticalmente (..) mentre normalmente la memoria flash e il processore sono saldati separatamente sulla PBA e collegati mediante circuiti che si sviluppano in orizzontale” e “data questa situazione, la sostituzione della sola memoria flash è un’operazione lunga e particolarmente delicata, la cui affidabilità è sicuramente minore rispetto alla sostituzione della PBA, che viene quindi preferita” e privilegiata “anche a fronte delle direttive di Samsung (il cui rispetto è severamente monitorato) riguardo al servizio al cliente finale, che prevedono che la riparazione sia effettuata entro un’ora dalla consegna dello smartphone”.

Inoltre, come chiarito da un addetto del CAT di Firenze⁶¹, “il Note 4 ha una batteria estraibile, a differenza dei modelli più recenti, la cui batteria è “embedded” e quindi va sempre sostituita (a carico di Samsung) come misura preventiva in tutti gli interventi che (..) abbiano comportato la rimozione della batteria”.

58. Infine, anche se Samsung ha dichiarato che il ritorno a una versione precedente del *firmware* c.d. “downgrading” è possibile per gli aggiornamenti che non siano considerati di sicurezza “critici”⁶², intesi come quelli necessari a risolvere questioni di sicurezza particolarmente importanti, non ha mai contemplato lo stesso *downgrading* fra le possibili soluzioni da offrire ai possessori di Note 4 che lamentavano i guasti in argomento.

59. Anzi, Samsung esclude *a priori* dalla prestazione della garanzia chiunque abbia effettuato il ritorno ad una versione precedente del *firmware* (c.d. *downgrading*), a prescindere da una specifica valutazione del caso concreto.

Dalla lettura delle annotazioni del call center VOC Samsung, si evince infatti la esclusione dell’assistenza in garanzia in caso di “qualunque manomissione software” che Samsung sembra estendere anche alla modifica del *firmware* effettuata per realizzare il *downgrade* a una versione precedente del sistema operativo: ad esempio per un cliente il call center VOC ha annotato⁶³ “Invito al cliente a consegnare il terminale presso un nostro centro e gli comunico che qualunque manomissione software o danno causato invalideranno la possibilità che Samsung si prenda carico della problematica da lui segnalata. Il cliente mi indica che non considera il *downgrade* firmware una manomissione software e che tale è stata effettuata utilizzando firmware originali Samsung”.

⁵⁸ Cfr. il documento ispettivo presso il CAT di Firenze n. 6 e il documento ispettivo presso il CAT di Milano n.3.

⁵⁹ Cfr. il documento ispettivo presso il CAT di Firenze n. 3.

⁶⁰ Cfr. l’allegato 3 al verbale ispettivo del CAT di Firenze.

⁶¹ Cfr. l’allegato 3 al verbale ispettivo del CAT di Firenze.

⁶² Cfr. il verbale in data 19 luglio 2018 di audizione dei rappresentanti di SEI.

⁶³ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 59.

Al riguardo un addetto di un CAT⁶⁴ ha chiarito che, “*Con riferimento al downgrading, (...) se si riscontra la cosiddetta ‘apertura della root’ (...) rinvenibile attraverso la consultazione di un menu tecnico dello smartphone, la garanzia è considerata invalidata*”⁶⁵. Ciò risulta confermato dalle istruzioni di Samsung⁶⁶, che contemplano la verifica della “root” fra gli elementi da verificare e che assegnano in tal caso la categoria “OOW” (*Out of Warranty*, ovvero Fuori garanzia).

60. Peraltro, oltre che in caso di modifica del *firmware*, Samsung si riserva di non procedere alla riparazione gratuita anche in caso di presenza di danni allo schermo, come si evince anche dalle risposte⁶⁷ fornite da Samsung ai reclami dei clienti, di cui si tratta più ampiamente nel seguito.

III.2.4.2. Il costo dell'assistenza dei Note 4 fuori garanzia

61. Per le richieste di assistenza qualificate come fuori garanzia assumono particolare importanza le istruzioni sopra descritte in ordine alle modalità con cui procedere alla riparazione dei malfunzionamenti in argomento, che soprattutto dalla metà del 2017 richiedono la sostituzione sistematica sia della batteria che della PBA (anche se non si riscontra il guasto).

62. A ciò va aggiunto che i documenti agli atti confermano quanto segnalato dai consumatori in ordine al prezzo elevato richiesto dalla rete di assistenza di Samsung per le riparazioni fuori garanzia, la cui misura si può riscontrare nei prezzi indicati da Samsung nella forma di un listino di prezzi massimi.

Infatti, in data 14 maggio 2017⁶⁸ veniva diffuso da Samsung un listino in cui veniva stabilito in € 295,00 il prezzo (massimo) per la riparazione del malfunzionamento “NON SI ACCENDE/SI BLOCCA” del Note 4; in data 10 ottobre 2017⁶⁹ veniva diffuso un listino in cui il prezzo (massimo) per la riparazione del malfunzionamento “NON SI ACCENDE/SI BLOCCA” del Note 4 veniva fissato in € 260,00.

Presso il CAT di Roma è stato, inoltre, rinvenuto un listino per le riparazioni fuori garanzia indicante come “ultima modifica” la data del 14 novembre 2017⁷⁰, in cui per il Note 4 veniva indicato un prezzo minimo di € 266,00 e massimo di € 298,00 per il ricambio della PBA e un prezzo minimo di € 365,00 e massimo di € 408,00 per il ricambio di “PBA+DISPLAY”.

⁶⁴ Cfr. l'allegato 3 al verbale ispettivo del CAT di Milano.

⁶⁵ Va rilevato che, in assenza di alcuna assistenza da parte di Samsung per riportare il proprio apparecchio alla versione *firmware* precedente, una modalità comunemente utilizzata dai possessori più esperti è quella di acquisire la possibilità di gestire come “Amministratore” il proprio apparecchio, attraverso il processo informatico denominato “rooting”, che permette di superare i limiti impostati sul dispositivo, in modo da poter sostituire il sistema operativo. Come chiarito da Samsung nella propria memoria difensiva, con il termine *rooting* ci si riferisce comunemente a una procedura che consente di accedere a un dispositivo basato su un sistema operativo Android come utente privilegiato (*root*), utilizzando comandi che richiedono diritti di Amministratore in modo da potere modificare le impostazioni di sistema.

⁶⁶ Cfr., ad esempio, il documento ispettivo presso il CAT di Firenze n. 26.

⁶⁷ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 59.

⁶⁸ Cfr. il documento ispettivo del 31 maggio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 72 e il documento ispettivo CAT di Milano n. 18.

⁶⁹ Cfr. il documento ispettivo del 31 maggio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 71 e il documento ispettivo CAT di Milano n. 17.

⁷⁰ Cfr. il documento ispettivo presso il CAT di Roma n. 13.

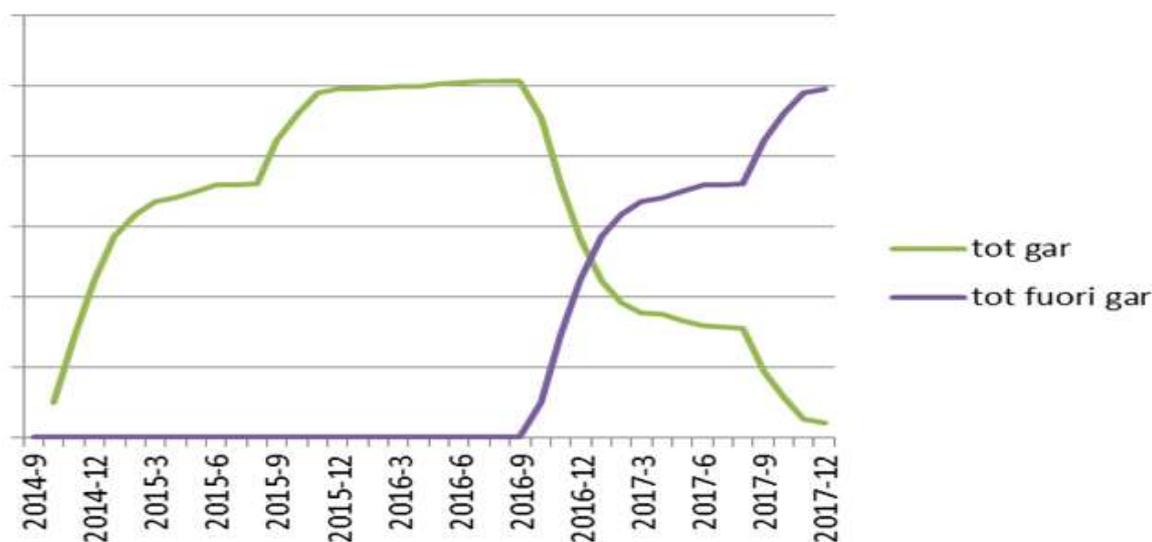
III.2.5. Le condotte di Samsung in ordine ai problemi ed ai guasti lamentati dai consumatori derivanti dagli aggiornamenti firmware alla versione Marshmallow di Android per il Note 4

III.2.5.1. I dati sulle prestazioni di assistenza per i Note 4

64. Come si evince dal seguente grafico, elaborato in base ai dati sulle vendite rappresentati in un documento reperito presso Samsung⁷¹, il rilascio dell'aggiornamento *firmware* alla versione *Marshmallow* avviene a maggio 2016, pochi mesi prima che i primi Note 4 uscissero dalla copertura biennale della garanzia legale. Nei mesi immediatamente successivi si registra una progressiva riduzione del numero dei Note 4 ancora in garanzia, e cresce corrispondentemente quello dei possessori di Note 4 non più coperti da tale garanzia, per i quali i malfunzionamenti in argomento comportavano la necessità per i consumatori di sostenere il costo della riparazione.

A marzo 2017 era arrivato a scadenza il biennio di garanzia legale di conformità per il 64% circa di tutti i Note 4 venduti in Italia e poi ad agosto 2017 per circa il 70% ed alla fine del 2017 per quasi il 96% dei prodotti.

Grafico 1: Andamento delle quantità cumulate di Note 4 in garanzia legale e fuori garanzia legale in base ai dati di vendita mensili



63. Ciò premesso, Samsung ha dichiarato di non essere in possesso di dati relativi alle richieste di assistenza considerate fuori garanzia⁷², mentre ha fornito la misura degli interventi di assistenza prestatati per gli apparecchi considerati coperti dalla garanzia.

A questo riguardo, come indicato da Samsung, la tipologia di malfunzionamenti in argomento - malfunzionamenti lamentati dai consumatori come rallentamenti, riavvii automatici e spegnimento

⁷¹ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 73. L'andamento delle vendite di Note 4 negli anni dal 2014 al 2017 secondo i dati ivi rappresentati è sostanzialmente confermato da quello indicato da Samsung con la propria prima risposta alle richieste di informazioni dell'Autorità (Cfr. la nota di Samsung prot. 27732 del 15 marzo 2018).

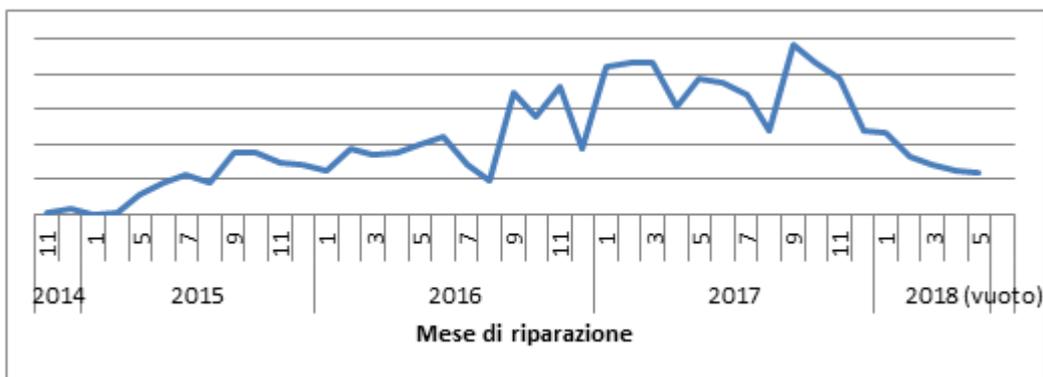
⁷² Cfr. il verbale in data 19 luglio 2018 di audizione dei rappresentanti di SEI.

totale - ha reso necessario effettuare almeno un intervento in garanzia su [15-20] mila* ⁷³ Note 4 dei [250-300] mila venduti da Samsung Italia⁷⁴.

64. Dai dati forniti da Samsung in risposta alle richieste di informazioni dell’Autorità, in base ai quali è stato elaborato il grafico seguente⁷⁵, emerge una crescita sensibile degli interventi di riparazione in garanzia per difetti lamentati dai clienti riconducibili alle specifiche problematiche sopra descritte a partire dalla seconda metà del 2016, dopo l’aggiornamento del *firmware* del Note 4 alla versione Marshmallow di Android e specificamente dopo le istruzioni fornite da Samsung nell’agosto 2016 su come trattare la tipologia di richieste di assistenza per “*spegnimento e difetto di funzionamento*” del Note 4.

Peraltro tale grafico non include i casi in cui, a fronte dei malfunzionamenti sopra richiamati, l’assistenza in garanzia legale ha portato alla sostituzione dell’intero apparecchio, informazione che non era ricompresa fra i dati della specifica banca dati di Samsung relativa agli interventi di riparazione degli apparecchi.

Grafico 2: Interventi di riparazione in garanzia relative ad accensioni/spegnimenti randomici e a problemi con il sistema operativo lamentati dai consumatori (1).



(1) Difetti lamentati dal cliente classificati come: No power, Operating system reset while being used, Operating system locks out / crashes / hangs, Powers up but no operation, Cyclic power on / off, Set switches off by itself, Operating system start-up too slow

65. Il seguente grafico, elaborato sulla base dello stesso database mostra un netto aumento (da [10-20] a quasi [20-30]) degli interventi giornalieri di riparazione connessi ad accensioni/spegnimenti randomici e a problemi con il sistema operativo a partire dal settembre 2016, in concomitanza sia con il diffondersi degli apparecchi aggiornati al nuovo *firmware* basato sulla versione Marshmallow di

* Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

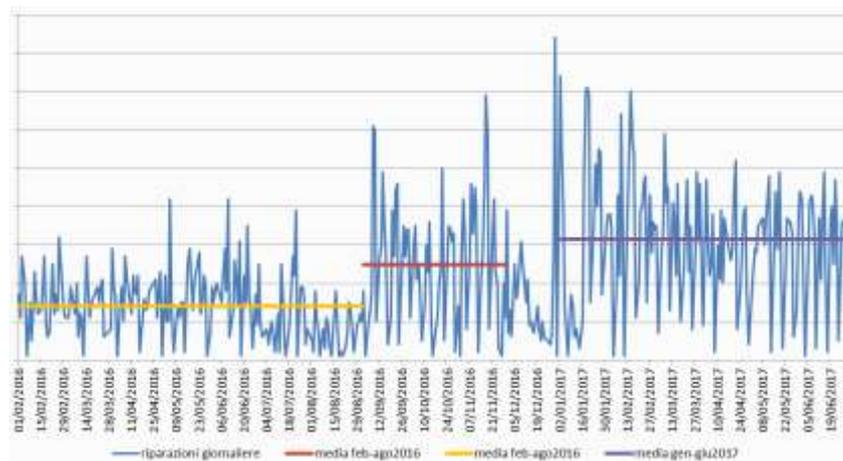
⁷³ Cfr. la memoria difensiva prot. 60821 del 27 agosto 2018, in cui Samsung Italia precisa che “[OMISSIS] Note 4 dei [250-300] mila venduti da SEI non ha avuto alcun Guasto in tutto il periodo interessato”. Peraltro, nella “Memoria economica” allegata alla medesima memoria difensiva del 27 agosto 2018, si indica in [15-20] mila il numero totale delle riparazioni effettuate.

⁷⁴ Dunque, in base a tale dato, poco meno del 6% (per la precisione il 5,89%) di tutti gli apparecchi in argomento ha reso necessario effettuare almeno un intervento in garanzia per i guasti in argomento.

⁷⁵ Fonte: Elaborazione dei dati forniti con l’allegato 1 alla risposta di Samsung alla richiesta di informazioni formulata in sede ispettiva il 31 maggio 2018.

Android (che era stato peraltro aggiornato sia a maggio che ad agosto) sia con l'applicazione delle istruzioni di Samsung da parte dei centri di assistenza. Si ricorda infatti, come già precisato più sopra, che secondo le istruzioni di Samsung gli interventi per i malfunzionamenti in argomento comportavano la sostituzione della batteria e della PBA (dall'agosto 2016 previa verifica dapprima della batteria e poi della PBA, poi dal marzo 2017 sempre della batteria, infine dal maggio 2017 sempre di entrambe).

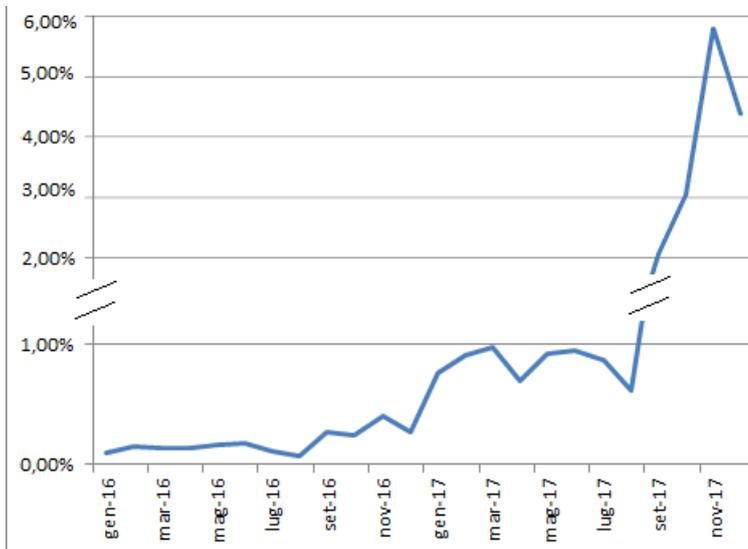
Grafico 3: interventi di riparazione giornalieri, febbraio 2016-giugno 2017



66. L'aumento del numero di interventi dopo l'estate del 2016 e, in particolare, durante tutto il 2017 appare tanto più significativo se si rileva che lo stock di apparecchi in garanzia comincia a calare nel secondo semestre 2016 e nel corso del 2017, così da registrarsi un significativo aumento dell'incidenza di tali riparazioni sullo stock dei prodotti ancora in garanzia.

Il seguente grafico, elaborato sulla base degli stessi dati, rappresenta l'andamento mensile del rapporto fra le riparazioni in garanzia relative ad accensioni/spengimenti randomici e a problemi con il sistema operativo lamentati dai consumatori e le quantità di Note 4 in garanzia legale: esso mostra, a partire dalla seconda metà del 2016, la crescita significativa della percentuale di questi interventi di riparazione sui Note 4 ancora in garanzia.

Grafico 4: Andamento del rapporto mensile fra le riparazioni in garanzia relative ad accensioni/spengimenti randomici e a problemi con il sistema operativo lamentati dai consumatori (1) e le quantità di Note 4 in garanzia legale



(1) Difetti lamentati dal cliente classificati come: No power, Operating system reset while being used, Operating system locks out / crashes / hangs, Powers up but no operation, Cyclic power on / off, Set switches off by itself, Operating system start-up too slow

67. Nell'apprezzare tali dati, va considerato il fatto che essi, oltre ad essere esclusivamente riferiti ai prodotti considerati in garanzia, non riguardano la totalità dei guasti dei Note 4, bensì esclusivamente la numerosità degli interventi per la specifica categoria di malfunzionamenti in argomento (rallentamenti, riavvii automatici e spegnimento totale dell'apparecchio), ovvero per malfunzionamenti particolarmente gravi, tali da rendere praticamente inutilizzabile il prodotto.

Va considerato, inoltre, che nei dati su cui si basano i grafici di cui sopra non sono ricompresi quelli degli interventi in garanzia, relativi alle medesime problematiche, effettuati mediante la sostituzione dell'intero *smartphone*⁷⁶.

68. Il medesimo andamento delle riparazioni mensili si evince anche da un documento acquisito presso Samsung⁷⁷ relativo all'andamento delle riparazioni in garanzia dei Note 4 in Italia, ove si distingue anche fra le principali categorie di intervento⁷⁸.

Nel documento viene offerta la rappresentazione grafica – di seguito riportata – dell'andamento complessivo delle riparazioni in garanzia che evidenzia una drastica crescita delle riparazioni a partire da metà del 2016 ed in generale un andamento molto simile a quello rilevabile dal grafico n. 2 relativo agli interventi di riparazione in garanzia.

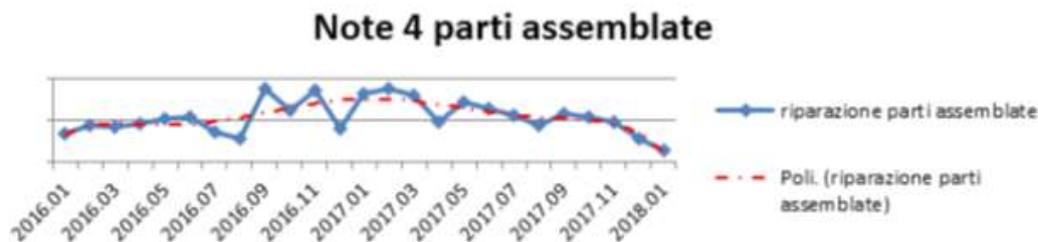
⁷⁶ Secondo quanto dichiarato da Samsung nella memoria difensiva prot. 60821 del 27 agosto 2018, la sostituzione dell'intero *smartphone* è stata adottata per [OMISSIS] interventi in garanzia, ovvero per più dell'1% di tutti i Note 4 venduti.

⁷⁷ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 33 denominato "Repair history Note 4".

⁷⁸ Le categorie nelle quali vengono distinte le riparazioni effettuate in garanzia sui Note 4 sono: "sostituzione accessori", "riparazione a componente", "riparazione tape", "riparazione parti assemblate", "ispezione", "software upgrade".

Grafico 5: Prestazioni di assistenza in garanzia del Note 4.

69. Il grafico seguente⁷⁹, elaborato sulla base dei dati contenuti nel citato documento⁸⁰ relativi alla sola parte di interventi che ha comportato la sostituzione delle parti assemblate, rappresentate principalmente dalla PBA, evidenzia un andamento delle riparazioni più marcato rispetto al grafico n. 5, (andamento anch'esso da riportare al numero decrescente di Note 4 in garanzia).

Grafico 6: Prestazioni di assistenza in garanzia sulle sole parti assemblate del Note 4

70. Va infine tenuto in considerazione che, come Samsung ha precisato⁸¹, anche fra i dati rappresentati negli ultimi due grafici non è ricompresa l'informazione relativa ai casi in cui, a fronte dei malfunzionamenti sopra richiamati, l'assistenza in garanzia legale è stata prestata con la sostituzione dell'intero apparecchio.

Si ricorda, infatti, che - a testimonianza dell'importanza del fenomeno - gli interventi tecnici effettuati per prestare assistenza per i guasti in argomento consistevano o nella sostituzione della scheda madre dell'apparecchio (quello che sarebbe il motore per un'automobile) o nella sostituzione dell'intero *smartphone*.

⁷⁹ Fonte: Elaborazione dei dati contenuti nel documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 33 denominato "Repair history Note 4".

⁸⁰ Le categorie nelle quali vengono distinte le riparazioni effettuate in garanzia sui Note 4 sono: "sostituzione accessori", "riparazione a componente", "riparazione tape", "riparazione parti assemblate", "ispezione", "software upgrade".

⁸¹ Cfr. la nota di Samsung prot. 49816 del 25 giugno 2018 di risposta alla richiesta di informazioni formulata in sede ispettiva il 31 maggio 2018.

III.2.5.2. Le richieste di assistenza considerate fuori garanzia e la negazione della sistematicità del fenomeno

71. Come già detto, Samsung ha dichiarato di non essere in possesso di dati relativi alle richieste di assistenza considerate fuori garanzia, precisando che la propria procedura di raccolta dei dati dalla rete di assistenza non prevede l'acquisizione di informazioni ulteriori rispetto a quelle riferite alla prestazione della garanzia legale di conformità⁸².

72. Nondimeno è possibile trarre una stima dell'ordine di grandezza di tale fenomeno dai dati acquisiti dai CAT di Roma, Firenze e Milano⁸³.

In primo luogo, da tali dati risulta che i malfunzionamenti in argomento costituiscono una parte importante delle richieste di assistenza qualificate come fuori garanzia.

In particolare, risulta che la percentuale dei malfunzionamenti in argomento sul totale delle richieste di assistenza qualificate come fuori garanzia è rispettivamente di circa il 36% nel CAT di Roma, il 33% nel CAT di Firenze e il 57% in quello di Milano.

73. Dagli stessi dati risulta che in una alta percentuale di tali casi i possessori di Note 4 hanno rifiutato il preventivo e il loro apparecchio non è stato perciò riparato.

Infatti in ciascuno dei citati tre CAT circa l'80% dei Note 4 considerati fuori garanzia per i quali venivano lamentati i malfunzionamenti in argomento ed era stata proposta la riparazione risulta non essere stato aggiustato per il rifiuto del preventivo da parte dei consumatori.

74. Tale situazione risulta confermata in uno scambio di mail del maggio 2018⁸⁴, in cui il "Customer Experience Manager" di Samsung Italia chiedeva conferma, ad un fornitore esterno di servizi, delle istruzioni impartite per la gestione delle lamentele della clientela in merito ai malfunzionamenti del Note 4, istruzioni che poi a sua volta il "Customer Experience Manager" di Samsung Italia ribadiva ("mi confermi che istruzioni abbiamo dato al team in caso di clienti che chiamano per problematiche relative al Note 4 con spegnimento e poca durata batteria?"; "Senza altre info ufficiali la risposta fornita agli agenti è di verificare il prodotto, verificare in remoto se il disagio non è risolvibile, se non è risolvibile si suggerisce una verifica in CAT, dove sfortunatamente la maggior parte dei prodotti vengono valutati FG [Fuori Garanzia] per la scheda logica⁸⁵. Dove se si tratta di un cliente critico e il prodotto ha avuto più interventi si procede con VOC. Se ci sono altre informazioni che noi possiamo rilasciare al cliente ti chiedo gentilmente di girarcele in quanto sui forum ce ne sono delle voci sparse e i clienti si puntano a volte su quelle e il cliente diventa critico e richiede l'apertura della VOC"; "continue a lavorare come state facendo, con apertura VOC per clienti critici e invio a CAT per gli altri. Lato nostro lavoreremo con i Centri per gestire al meglio le segnalazioni arrivate a loro").

75. Nel contempo Samsung minimizzava con i clienti la portata del problema e dava riscontro alle loro richieste come se quanto veniva lamentato non rappresentasse un fenomeno comune a molti di loro.

⁸² Cfr. il verbale in data 19 luglio 2018 di audizione dei rappresentanti di SEI.

⁸³ Cfr. i documenti ispettivi CAT Milano n. 25, CAT Firenze n. 1, CAT Roma n. 1 e gli allegati alla risposta a richiesta di informazioni fornita dal CAT di Roma prot. 47444 del 6 giugno 2018.

⁸⁴ Cfr. il documento ispettivo del 31 maggio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 5 relativo alla gestione delle lamentele della clientela in merito ai malfunzionamenti del Note 4.

⁸⁵ Grassetto aggiunto.

Da uno scambio di mail del 2 novembre 2017 fra manager di Samsung Italia emerge che - in risposta alla richiesta da parte del capo della “*Service Division*” di notizie sui principali difetti e sulle misure dell’attività di assistenza in garanzia dei Note 4 in relazione ad una lamentela indirizzata lo stesso giorno da un folto gruppo di consumatori direttamente alla casella di posta “*Email the CEO*” attiva sul sito “*samsung.com*” - viene evidenziata l’esistenza della procedura rilasciata il 19 agosto 2016 da Samsung HQ (“*procedura rilasciata da HQ*”) per le problematiche di “*No power and Self reboot*”, senza commentare sul fatto che la lamentela in argomento proveniva da una collettività di possessori di Note 4 che lamentava “*un malfunzionamento condiviso da molteplici utenti*”⁸⁶.

76. Lo stesso approccio risulta anche dalle lamentele dei clienti e dalle risposte fornite da Samsung registrate nell’ambito della propria procedura denominata “*VOC – Voice Of Customer*” per la gestione centralizzata dei reclami (“*claim*”) destinata ai soli clienti considerati “*critici*”, da cui emergono le istruzioni di Samsung in caso di prodotti fuori garanzia, ai quali si richiedeva il costo della sostituzione della PBA e della batteria, di circa 300 euro, procedura che solo in circostanze eccezionali e di fronte ad una particolare insistenza del consumatore veniva derogata.

77. Secondo quanto si legge nelle annotazioni del *call center* VOC ad alcuni clienti, Samsung rispondeva che sarebbe normale per il prodotto Note 4 un “*naturale decadimento delle funzionalità*” tale da renderne necessaria una riparazione radicale subito dopo la scadenza della garanzia legale e, quando veniva accordata la riparazione gratuita dopo la scadenza della garanzia legale, si sosteneva che si trattava di un caso eccezionale.

In particolare, per un cliente che lamentava il guasto di un Note 4 di poco più di due anni, il *call center* ha annotato⁸⁷: “*È stato più volte spiegato al cliente che il difetto può rientrare nel naturale decadimento delle funzionalità, ma non vuole sentirne e continua a richiedere che si faccia qualcosa*” e “*comunico che il centro ha periziato il dispositivo ed ha emesso un preventivo di 322€+iva. Il cliente ringrazia per il supporto, indica che al momento non accetterà il preventivo e che pagherà il solo costo del preventivo*”.

78. Solo ai clienti che insistevano e chiedevano di sapere quale fosse la tipologia di guasti diffusa per gli apparecchi Note 4, Samsung proponeva l’assistenza gratuita.

In un caso, il cliente⁸⁸ riferiva al *call center* VOC di avere appreso dal CAT che il guasto per il quale “*la scheda madre era da sostituire euro 270,00*” era “*un difetto del Note 4' detto dalla vostra assistenza*” e chiedeva “*scusate se di difetto si tratta perché non mi venite incontro con una sostituzione e/o intervento in garanzia*”.

È simile il caso di un consumatore che aveva portato il proprio Note4 ad un centro Assistenza “*a causa dei continui riavvii, e della scarsa durata della batteria. Inoltre compare la schermata “mmc*

⁸⁶ Cfr. il documento ispettivo del 31 maggio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 80, in cui si legge “Buongiorno, in seguito alla protesta sul web circa i malfunzionamenti del Note 4: <https://www.intopic.it/articolo/264021/> richiedo una maggiore attenzione verso quei consumatori che, seppur con la garanzia terminata, si trovano di fronte ad un’evidente mancanza di rispetto e dei diritti da parte di Samsung. Il device, in causa, mostra un malfunzionamento condiviso da molteplici utenti. Ci siamo riuniti e stiamo preparando il terreno su cui muoverci, senza timore di intraprendere la via legale. Senza il timore di protestare con mezzi pubblici il nostro malcontento. Quello che chiediamo è semplicemente la riparazione di un terminale che si è dimostrato inadeguato alla funzione per cui è stato venduto. Non pretendiamo regali ma che Samsung mostri una reale attenzione al cliente e ci proponga un accordo tale a sollevare entrambi da tale conflitto. Credo che la pessima pubblicità che possa derivare da una nuova causa legale sia maggiormente deleteria che un incontro di questo genere. Al momento siamo circa un centinaio di persone, a voler persistere nella causa. Spero vivamente di incontrare un reale appoggio da Samsung. Grazie”.

⁸⁷ Cfr. il documento ispettivo Samsung n. 67.

⁸⁸ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 68.

read failed". Il Centro comunica il FG per decorrenza termini, emettendo un preventivo di 310 euro per sostituzione scheda madre. La richiesta del Cliente è di procedere con la riparazione in garanzia del prodotto o la sostituzione, sostenendo che il problema è un difetto noto del Note4. Comunico al Cliente che la pratica è in gestione all'Ufficio Reclami e che a seguito di verifica da parte dei Referenti, abbiamo la possibilità di procedere con la riparazione in garanzia del suo dispositivo" ⁸⁹.

Un altro consumatore dichiarava⁹⁰ "portato presso il centro assistenza (...), dove è stato emesso un preventivo di 104€ per F/G. Il cliente riferisce di essersi documentato sulla rete e afferma che il suo problema lo hanno avuto in molti a seguito dell'aggiornamento, pertanto vorrebbe la riparazione in garanzia, non essendo un danno causato da un uso scorretto. (...) Indico al cliente che non ci risulta quanto da lui riferito, ma visto le sue richieste, in via del tutto eccezionale, possiamo procedere con riparazione in garanzia del dispositivo".

In un altro caso si legge⁹¹ "Il clt lamenta che dopo la scadenza della garanzia (...) il prodotto non si è più riaccessibile e rivolgendosi al CAT (...) gli è stato detto che il problema è da imputare alla scheda logica che, in almeno 2/3 dei prodotti di questo modello sono difettose ma, essendo FG, non glielo avrebbero riparato. Il clt richiede la riparazione in garanzia dell'anomalia in quanto gli è stato riferito che la scheda madre del prodotto è difettata (...) A questo punto come da autorizzazione del R.I (S.M) indico al cliente che potremmo procedere con il pickup del prodotto e solo dopo verifica del terminale procedere con la riparazione del prodotto".

79. È emerso, inoltre, che Samsung si riserva di non procedere alla riparazione gratuita (di apparecchi in garanzia o fuori garanzia) in caso di presenza di altri danni (ad esempio allo schermo) e in caso di modifica del *firmware*.

Risulta, infatti, rifiutata la riparazione gratuita in casi di modifica del *firmware* come si evince nelle annotazioni del *call center* VOC, che ha scritto per un cliente⁹² "Invito al cliente a consegnare il terminale presso un nostro centro e gli comunico che qualunque manomissione software o danno causato invalideranno la possibilità che Samsung si prenda carico della problematica da lui segnalata. Il cliente mi indica che non considera il downgrade *firmware* una manomissione software e che tale è stata effettuata utilizzando *firmware* originali samsung" e per un altro cliente⁹³ che lamentava il guasto di un Note 4 di tre anni "Indico al cliente che possiamo procedere con pickup gratuito e perizia presso un nostro centro autorizzato, e qualora non venisse riscontrato danno causato o manomissione software, possiamo procedere con la riparazione", così come in un altro caso⁹⁴ risulta rifiutata la riparazione gratuita precedentemente offerta perché "il centro ha indicato che il software del suo dispositivo risulta manomesso, pertanto, come precedentemente indicato, non si potrà procedere a riparazione in garanzia".

Allo stesso modo la presunta manomissione del *firmware* è stata utilizzata per negare l'assistenza di Note 4 ancora in garanzia legale biennale: "dopo l'aggiornamento del *firmware* non ha più funzionato (...) portato in assistenza alla samsung (ancora in garanzia) prima mi viene mandato un ms.

⁸⁹ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 66.

⁹⁰ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 69.

⁹¹ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 71.

⁹² Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 59.

⁹³ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 70.

⁹⁴ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 68.

dicendomi che per ripararlo ci vogliono € 300,00 perchè ossidato, poi telefono all'assistenza e mi dicono che ho manomesso il software mandandomi una foto ambigua che potrebbe essere di qualsiasi telefono con la schermata del telefono dove dice che stato modificato”⁹⁵.

80. Anche il rifiuto di riparazione gratuita in presenza di un danno allo schermo risulta dalle annotazioni del *call center* VOC riguardo ad una richiesta⁹⁶ di assistenza gratuita: *“indico che il caso è stato esaminato dai nostri referenti e che visto lo storico possiamo offrirgli la sostituzione gratuita della PBA (Parti+manodopera,) a patto che accetti il preventivo per la sostituzione del display danneggiato. Il cliente mi indica che in questo momento non intende pagare per la sostituzione del display, e si riserva di valutare come procedere nei confronti di Samsung, mi richiede risposta scritta alla sua pec. indico al cliente che sarà mia cura rispondere alla sua missiva, che procederemo con la chiusura del claim”.*

Al riguardo nelle apposite istruzioni operative per la gestione di reclami VOC⁹⁷ si legge che *“L’iter corretto è proporre al Cliente IMMEDIATAMENTE la soluzione informandolo semplicemente che laddove si riscontrasse una situazione che esce dalle nostre condizioni di garanzia (es. danno causato, errata installazione, mancata manutenzione) la nostra proposta potrebbe decadere”.*

Analogamente, per i prodotti ancora in garanzia legale, secondo un documento di istruzioni di Samsung del 22 luglio 2016⁹⁸, *“Samsung offre la sostituzione o il rimborso per problemi di qualità per i prodotti IN GARANZIA”*, ma anche tale tipo di offerta viene esclusa in presenza di un qualsiasi tipo di danni, poiché *“Eventuali danni causati dal cliente non sono gestibili in garanzia e pertanto non è possibile richiedere la sostituzione o il rimborso”.*

III.2.5.3. La ricorrenza delle riparazioni ripetute di un apparecchio

81. Dal citato scambio di mail del maggio 2018⁹⁹ in cui il *“Customer Experience Manager”* di Samsung Italia conferma le istruzioni impartite per la gestione delle lamentele della clientela per apparecchi Note 4 *“con spegnimento e poca durata batteria”*, si chiarisce altresì che *“se si tratta di un cliente critico e il prodotto ha avuto più interventi si procede con VOC”*, evidenziando quindi l’esistenza di un ulteriore fenomeno ricorrente, relativo alla necessità di effettuare ripetute riparazioni dei Note 4.

82. Anche da altri documenti ispettivi risulta l’esistenza di molti casi in cui occorrono riparazioni ripetute sullo stesso apparecchio Note 4 per il ripresentarsi dei guasti in argomento, con conseguente aggravio della posizione del possessore, posto nella necessità di rivolgersi più volte all’assistenza¹⁰⁰.

83. Inoltre, dalle annotazioni del *call center* VOC¹⁰¹ per richieste pervenute nel 2017 e nel 2018 si evince il ripetersi dei guasti anche dopo più di una riparazione: *“è la terza volta che viene mandato in*

⁹⁵ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 64.

⁹⁶ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 56.

⁹⁷ Cfr. il documento ispettivo del 31 maggio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 4.

⁹⁸ Cfr. il documento ispettivo del 31 maggio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 3, intitolato *“RICHIESTE DI SOSTITUZIONI E RIMBORSI DI PRODOTTI IN GARANZIA TRAMITE SERVICE ORDER – GSPN”* nella versione del 9 luglio 2016.

⁹⁹ Cfr. il documento ispettivo del 31 maggio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 5 relativo alla gestione delle lamentele della clientela in merito ai malfunzionamenti del Note 4.

¹⁰⁰ Cfr. i documenti ispettivi del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. nn. 43, 44, 45, 46 e 47.

*assistenza per gli stessi problemi*¹⁰²; *“nonostante due interventi ricevuti nel suo Galaxy Note 4 all’interno del periodo di garanzia, questo continua a riscontrare delle problematiche di funzionamento, Si blocca o si riavvia in modo randomico”*¹⁰³; *“per quattro volte in assistenza (..) afferma di non voler spendere ulteriori soldi in assistenza”*¹⁰⁴; *“ha portato il terminale in assistenza 3 volte sempre per lo stesso motivo (..) mi comunica che hanno già cambiato 2 volte la scheda logica sul terminale pertanto la sua unica richiesta è la sostituzione. A questo punto indico al cliente che (come da comunicazione referente S.M), visto quanto da lui riferito e visto lo storico del terminale, inseriremo a sistema una richiesta per la sostituzione, specificandogli che si potrà procedere in tal senso solo dopo approvazione da parte dell’amministrazione”*¹⁰⁵.

III.2.5.4. La politica commerciale Samsung di sostituzione degli apparecchi

84. Dalla documentazione ispettiva emerge che nella politica commerciale di Samsung ha particolare rilevanza per gli *smartphone* di gamma superiore della propria linea Note il processo di sostituzione dei modelli meno recenti con i modelli più nuovi.

85. Ciò si evince ad esempio da un documento¹⁰⁶ in cui, pur prendendo atto dei cambiamenti di mercato degli *smartphone* consistenti nella sua maturazione e nella riduzione delle vendite dei prodotti di punta sia di Samsung che del principale concorrente, si dà atto della forte preferenza dei consumatori per il marchio Samsung ed in particolare delle specifiche caratteristiche degli acquirenti di prodotti della famiglia di prodotti di Samsung denominata “Galaxy Note”, che vengono individuati come coloro col più alto potenziale di spesa nell’arco della vita in confronto con tutti i possessori di *smartphone* ed anche con i possessori dei prodotti del principale concorrente, tanto che rappresentano dei veri e propri ambasciatori del marchio Samsung (“*Galaxy Note provides the highest opportunity for building brand advocates with a high lifetime spend potential*”).

86. Come già sopra illustrato, i documenti agli atti confermano quanto segnalato dai consumatori in ordine al prezzo elevato richiesto dalla rete di assistenza di Samsung per le riparazioni fuori garanzia dei Note 4, ponendo il possessore nella necessità di effettuare riparazioni con una spesa molto alta in proporzione al valore del proprio *smartphone*, il che potrebbe avere indotto diversi consumatori a non procedere con la riparazione e a considerare l’acquisto di un nuovo *smartphone*, probabilmente del modello successivo¹⁰⁷ della stessa famiglia di prodotti di alta qualità Galaxy Note, che sul mercato viene considerato uno dei prodotti di massimo livello qualitativo - e corrispondentemente di prezzo - nella categoria degli *smartphone*.

¹⁰¹ Come meglio chiarito nel seguito, la c.d. “VOC – Voice Of Customer” è una procedura destinata ai clienti considerati “critici” nell’ambito della quale è inclusa anche la funzione della gestione centralizzata delle lamentele (“claim”) dei clienti.

¹⁰² Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 55.

¹⁰³ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 57.

¹⁰⁴ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 58.

¹⁰⁵ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 61.

¹⁰⁶ Cfr. il documento ispettivo del 31 maggio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 72 e il documento ispettivo CAT di Milano n. 32.

¹⁰⁷ Alla fine del 2016, a causa di gravi problemi di riscaldamento e di possibile esplosione della batteria, Samsung ha ritirato dal mercato dopo poche settimane di vendita il cellulare “Note 7”, immediato successore in Europa del modello Note 4. Circa un anno dopo, nel settembre 2017, è stato poi messo in commercio in Italia il modello seguente, il cellulare “Note 8”.

87. Come chiarito da un addetto del CAT di Roma¹⁰⁸, “*Samsung ha recentemente introdotto una procedura secondo la quale i clienti che non accettino il preventivo per la riparazione di un prodotto la cui garanzia è scaduta possono beneficiare di un voucher per l’acquisto online di un prodotto nuovo sul sito Samsung con uno sconto del 25%*”.

Dalla corrispondenza rinvenuta riguardo ad una prima fase di sperimentazione di tale procedura¹⁰⁹ la stessa sembrerebbe essere stata introdotta a metà del 2017, con il riconoscimento ai CAT di un compenso per l’assistenza prestata al cliente “*nell’acquisto del nuovo prodotto utilizzando il ‘desk e-shop’ installato nella propria accettazione*”.

III.3. Le argomentazioni difensive dei professionisti

88. Samsung Electronics Co Ltd non ha partecipato al procedimento se non con nota dell’11 luglio 2018, con la quale, riscontrando le comunicazioni dell’estensione soggettiva e della proroga del termine del procedimento, significava di attendersi una regolare notifica di tali comunicazioni con una adeguata traduzione onde esercitare appieno i propri diritti di difesa.

89. Samsung Electronics Italia S.p.A. ha, invece, partecipato in tutte le fasi del procedimento e presentato una memoria difensiva con comunicazione del 25 agosto 2018, protocollata lunedì 27 agosto 2018, in cui si espone quanto segue.

III.3.1. Asserite carenze dell’istruttoria

90. Il professionista Samsung Electronics Italia S.p.A. rileva preliminarmente che vi sarebbero state carenze nell’attività istruttoria svolta e, ripercorrendo le varie fasi del procedimento, afferma che sarebbe stato posto nell’impossibilità di difendersi, in quanto nella comunicazione di avvio si sarebbe prospettato “*che, nel 2017, la generalità dei Note 4 venduti in Italia da SEI sarebbe stata interessata dai Guasti, causati da un aggiornamento software rilasciato da SEI nel 2017*” e in quanto nel corso della pur lunga istruttoria non vi sarebbe stata alcuna interlocuzione con l’Autorità fino al 19 luglio u.s. e non avrebbe ricevuto prima di tale data alcuna richiesta di informazioni relativa a questioni centrali quali l’effetto sui dispositivi degli aggiornamenti *Marshmallow* del maggio 2016 e seguenti e l’impossibilità di effettuare il *downgrading*.

91. Il professionista denuncia, infine, la concessione di un termine “*capestro*” per le repliche dopo la comunicazione del termine della fase istruttoria del procedimento.

III.3.2. La pratica commerciale

92. Relativamente al merito delle contestazioni mosse dall’Autorità, SEI sottolinea che, a suo dire, la tesi accusatoria “*è stata formulata in assenza di qualsiasi, sia pur minima, indagine, risolvendosi in un mero postulato di principio*”.

Il professionista prosegue rilevando “*l’inesistenza di un fenomeno generalizzato e diffuso di guasti di Note 4*” poiché la maggior parte dei Note 4 venduti a tutto il 2017 risulterebbe non affetta da guasti, sostenendo l’impraticabilità e non profittabilità di qualsiasi strategia di obsolescenza programmata e giudicando inattendibili le analisi condotte dagli Uffici perché “*al rilascio di Marshmallow non è possibile associare alcun effetto statisticamente significativo di variazione nel numero delle riparazioni dei Guasti dei Note4*” e “*l’andamento delle riparazioni dei guasti dei Note 4 è*

¹⁰⁸ Cfr. il verbale ispettivo del CAT di Roma.

¹⁰⁹ Cfr. il documento ispettivo presso il CAT di Milano n. 24.

semplicemente il risultato dell'aumento del numero di dispositivi che potevano essere oggetto di riparazioni e della crescente anzianità d'uso di tali dispositivi".

93. In particolare, SEI ha prodotto una "*memoria economica*"¹¹⁰ volta ad argomentare che:

a) SEI non avrebbe potuto utilizzare gli aggiornamenti per ridurre artificialmente le prestazioni dei propri apparecchi, perché (i) gran parte degli aggiornamenti originavano da Google e non da SEI e (ii) Google ha disegnato Android in maniera flessibile per garantire prestazioni adeguate sul maggior numero di dispositivi possibile;

b) una strategia di obsolescenza programmata non sarebbe stata profittevole, in quanto SEI (i) avrebbe dovuto sostenere ingenti costi di riparazione in garanzia legale, essendo gli aggiornamenti del *firmware* contenenti le versioni di Android Lollipop e Marshmallow avvenuti a meno di due anni dall'immissione in commercio di gran parte dei Note 4, (ii) avrebbe avuto un danno reputazionale che si sarebbe ripercosso negativamente sulle vendite future, (iii) avrebbe avuto profitti molto limitati, considerato che solo poco più di [10.000-20.000] dispositivi sono stati riparati, a fronte dei costi suddetti;

c) gli aggiornamenti non avrebbero avuto effetti sull'andamento delle richieste di riparazione¹¹¹;

d) tenuto conto dell'andamento delle vendite di Note 4 nel tempo, l'andamento del numero di riparazioni apparirebbe spiegato da quello dello stock di apparecchi in garanzia e dalla crescente età degli *smartphone* stessi¹¹².

94. Il professionista ribadisce, inoltre, che la finalità degli aggiornamenti *software* sarebbe unicamente quella di migliorare il funzionamento dei dispositivi e per questo si sarebbe impegnato, a partire dall'ottobre 2015, a rilasciare tali aggiornamenti con cadenza mensile o trimestrale. Peraltro, secondo SEI ciò sarebbe altresì imposto dalla necessità di rispettare le normative europee in tema di riservatezza dei dati e responsabilità da prodotto difettoso.

95. Con riferimento ai controlli effettuati prima del rilascio degli aggiornamenti, Samsung Italia asserisce che ogni tipologia di aggiornamento viene sottoposta prima del suo lancio "*a rigorosi controlli sia da parte di Samsung, sia da parte di Google, in qualità di sviluppatore e titolare dei diritti Android*". Tale procedura sarebbe stata seguita anche per gli aggiornamenti a *Marshmallow*

¹¹⁰ Cfr. Allegato 1 alla memoria difensiva prot. 60821 del 27 agosto 2018.

¹¹¹ Per ciò che concerne in particolare il punto (c), la memoria esamina l'andamento delle richieste giornaliere di riparazione in un periodo di alcune settimane prima e dopo l'introduzione dell'aggiornamento del *firmware* alla versione Marshmallow di Android [OMISSIS], al fine di eliminare i possibili effetti di fattori stagionali sugli andamenti mensili del numero di riparazioni. Secondo SEI, la media delle riparazioni giornaliere nel periodo prima dell'introduzione di Marshmallow ed in quello successivo sarebbero sostanzialmente uguali, [OMISSIS], negando qualsiasi effetto dell'aggiornamento.

¹¹² Riguardo al punto (d), SEI rileva che le richieste di assistenza saranno tanto maggiori quanto maggiori sono state le vendite dello *smartphone* e quanto più ampio lo stock di prodotti in garanzia; inoltre, al crescere dell'anzianità d'uso le richieste di assistenza aumenteranno a causa della naturale usura di alcune parti, dell'esposizione prolungata a virus e malware, di cadute accidentali ed altri shock all'*hardware* del telefono.

A conferma di ciò, SEI (i) da un lato produce dei grafici che mostrano la relazione lineare esistente tra anzianità d'uso e numero di riparazioni e l'andamento sostanzialmente identico dell'anzianità media del venduto in garanzia e dell'anzianità media dei dispositivi riparati; tale similitudine, peraltro, smentirebbe anche la tesi degli Uffici secondo cui i rischi di malfunzionamento crescerebbero in relazione allo stato della batteria e all'uso intensivo di componenti fondamentali dell'*hardware*; (ii) dall'altro lato, presenta i risultati di un'analisi econometrica, volta a testare direttamente l'effetto dell'aggiornamento a Marshmallow (rappresentato da una variabile dicotomica che assume valore 1 a partire dal maggio 2016 e valore zero prima) sul numero di apparecchi riparati ogni mese, tenendo conto dello stock esistente di apparecchi in garanzia e dell'anzianità dell'apparecchio al momento della garanzia; dalla stima con i minimi quadrati ordinari di tale modello emergerebbe che la variabile dicotomica che rappresenta l'impatto di Marshmallow non è statisticamente significativa, l'anzianità dell'apparecchio al momento della garanzia ha un effetto numericamente ridotto ma estremamente significativo statisticamente (all'1%), mentre lo stock di apparecchi in garanzia ha un effetto statisticamente significativo al 5%.

rilasciati fra il 2016 e il 2017¹¹³ e detti test escluderebbero qualsiasi effetto negativo dell'aggiornamento sui Note 4.

96. Relativamente all'aspetto informativo, Samsung Italia afferma che *“le informative sugli aggiornamenti software diffuse direttamente sugli smartphone tramite il servizio FOTA contenevano informazioni adeguate e sufficienti sul contenuto e i miglioramenti consentiti dall'aggiornamento”*.

97. Il professionista rileva altresì che non sussisterebbe nessuna coazione nei confronti dei consumatori a scaricare e installare l'aggiornamento a *Marshmallow*, anche in considerazione del fatto che sarebbero gli stessi consumatori a richiedere un costante rilascio di nuovi aggiornamenti.

Inoltre, a detta di Samsung Italia, le affermazioni circa il *downgrading* contenute nella comunicazione del termine della fase istruttoria confonderebbero tra *downgrading* e *rooting*¹¹⁴ e ipotizzerebbero un rigido divieto di *downgrading* che non sarebbe, in realtà, mai stato applicato ai Note 4 poiché non vi sarebbe alcun divieto del genere, fatta eccezione per i *Security upgrade* c.d. “critici”.

98. Nemmeno potrebbe riscontrarsi un indebito condizionamento del consumatore nelle modalità di diffusione dei messaggi FOTA, essendo – a detta del professionista – sempre lasciata alla libertà del consumatore la scelta di scaricare e installare gli aggiornamenti. Sebbene, infatti, il messaggio FOTA non contenga alcun tasto che consenta di rifiutare *tout court* il *download*, il consumatore potrebbe sempre liberamente uscire dalla schermata senza avviare la sessione di *download*.

SEI puntualizza che il cliente aveva la libertà di attivare in qualsiasi momento nell'apparecchio l'opzione che le operazioni di *download* avvenissero manualmente, ipotesi nella quale il possessore dello *smartphone* avrebbe potuto verificare manualmente l'eventuale presenza di un aggiornamento disponibile, momento in cui il messaggio FOTA sarebbe diventato visibile sul suo dispositivo e dunque: (i) non vi sarebbe alcuna ripetizione dei messaggi FOTA, che il consumatore visualizzerebbe solo se li va intenzionalmente a cercare; (ii) la decisione di scaricare e installare l'aggiornamento sarebbe sempre e solo del consumatore, che, dopo avere cercato e trovato il messaggio FOTA deve, per procedere al *download*, cliccare sul relativo tasto avviando le operazioni di *download*.

SEI rileva, inoltre, che se il cliente non aveva selezionato l'opzione del *download* manuale, l'installazione del *software* scaricato doveva sempre essere confermata dall'utente.

99. Per quanto concerne l'assistenza post vendita, SEI afferma che gli interventi non coperti dalla garanzia legale rientrano tra le prerogative dei CAT, *“i quali sono imprese indipendenti che godono di ampia autonomia al riguardo e ai quali è da ultimo rimessa la decisione in merito alle modalità di svolgimento degli interventi e ai costi applicabili”*.

100. Relativamente alle istruzioni impartite ai CAT per la gestione dei guasti, SEI asserisce di aver diramato linee guida chiare e complete, e si sarebbe preoccupata di verificarne costantemente il rispetto, rilevando che, contrariamente a quanto asserito nella comunicazione del termine di conclusione dell'istruttoria, il bollettino del 19 agosto 2016 *“Repair guide of SM-N910F No-Power & Reset symptom”* non sarebbe stato il primo diramato in merito ai Guasti, essendo stato preceduto da bollettini diramati nel novembre 2014 e nel maggio 2015 (docc. nn. 11 e 12 e rispettivi allegati *sub*

¹¹³ Cfr. Allegati 3 e 4 alla memoria difensiva prot. 60821 del 27 agosto 2018.

¹¹⁴ Nella memoria si afferma che “Con il termine *rooting* ci si riferisce comunemente a una procedura che consente di accedere a un dispositivo basato su un sistema operativo Android come utente privilegiato (*root*), utilizzando comandi che richiedono dritti di Amministratore in modo da potere modificare le impostazioni di sistema. Si tratta di un'operazione molto pericolosa, suscettibile di rendere il dispositivo instabile, maggiormente esposto al rischio di installazione di malware e di perdite di dati, nonché di ridurne la capacità di funzionamento (il *rooting* può, infatti, causare sovra-consumi della batteria o surriscaldamenti delle componenti), fino talvolta a renderlo del tutto inservibile (*bricked*)”.

docc. nn. 2 e 3 e doc. n. 36 e i rispettivi allegati *sub* docc. nn. 20-22 prelevati nel corso dell'ispezione presso la sede di SEI il 18 gennaio 2018).

101. Il professionista rileva, infine, che si sarebbe assunto – pur non essendovi tenuto – larga parte dei costi delle riparazioni dei guasti dei Note 4 fuori garanzia legale e sostiene di avere gestito, secondo rigorosi criteri di diligenza professionale e nel pieno rispetto della normativa sulla garanzia legale, la casistica dei Guasti verificatisi, sottolineando che la stessa rientrava nell'ordinaria fisiologia di qualsiasi prodotto *high tech* e, più in generale, di qualsiasi prodotto di consumo di massa.

102. Samsung Italia ritiene, pertanto, di aver agito nel pieno rispetto del canone di diligenza professionale esigibile in relazione a tale fattispecie, respingendo ogni addebito in tema di ingannevolezza e aggressività.

IV. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

103. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento è stata diffusa a mezzo internet, in data 27 agosto 2018 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 27, comma 6, del Codice del Consumo.

104. Con parere pervenuto in data 20 settembre 2018, la suddetta Autorità ha espresso il proprio parere nel senso che internet è una rete di comunicazione globale in grado di offrire velocemente all'utente una vasta sequenza di potenziali informazioni atte a influenzarne il comportamento.

Con riferimento al caso di specie, l'Autorità di settore ha osservato che il consumatore potrebbe essere stato condizionato ad installare gli aggiornamenti suggeriti dalla casa produttrice ritenendoli indispensabili e idonei a migliorare e non a peggiorare le prestazioni del proprio *smartphone*, sviluppando così in concreto la piena potenzialità promozionale della comunicazione on line.

Alla luce di quanto precede, l'AGCOM ha, pertanto, concluso che, allo stato della documentazione in atti, il mezzo internet sia uno strumento idoneo a influenzare significativamente la realizzazione della pratica commerciale

V. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

105. Oggetto dell'istruttoria è l'insieme dei comportamenti tenuti da Samsung Electronics Co Ltd e Samsung Electronics Italia S.p.A. in occasione del rilascio degli aggiornamenti *firmware* per Note 4 basati sulla versione Marshmallow di Android, dei problemi procurati alla maggior parte degli apparecchi da tali aggiornamenti, nonché dei comportamenti tenuti e delle informazioni fornite ai consumatori successivamente da Samsung.

In particolare, i comportamenti oggetto di valutazione, descritti al punto II del presente provvedimento, configurano un'unica pratica commerciale consistente nella proposta, insistente, ai consumatori in possesso di Note 4, di aggiornamenti del *firmware* basati sulla versione Marshmallow del sistema operativo Android le cui caratteristiche e impatto sulle prestazioni dello *smartphone* sono state descritte in maniera omissiva ed ingannevole e che hanno significativamente ridotto le funzionalità di moltissimi apparecchi, rispetto ai quali Samsung ha prestato assistenza solo per i prodotti coperti dalla garanzia legale – offrendo la sostituzione di rilevanti parti dell'hardware – mentre per i prodotti fuori garanzia veniva richiesto un elevato costo di riparazione (salvo limitate eccezioni), senza offrire alcun mezzo di ripristino dell'originaria funzionalità dell'apparecchio (quali il *downgrading*).

V.1. Rilevi preliminari sul corretto svolgimento dell'istruttoria

106. Prima di procedere alla valutazione nel merito della pratica commerciale esaminata, devono essere affrontate le censure procedurali rappresentate da Samsung e volte a sostenere che gli Uffici non avrebbero chiarito l'oggetto della pratica scorretta.

Al riguardo, si rilevi che sin dalla comunicazione dell'avvio del procedimento è stato chiaramente contestato al professionista che la riduzione della funzionalità dei Note 4 potesse derivare da un aggiornamento *software* senza specificarne il momento del rilascio¹¹⁵, aspetto che è stato precisato nella comunicazione del termine di conclusione della fase istruttoria.

Diversamente da quanto rileva SEI nelle proprie difese, nella comunicazione di avvio le sole indicazioni dell'anno 2017 fanno riferimento alla descrizione delle segnalazioni, che sono pervenute dalla fine del settembre 2017, e alla descrizione del fenomeno dei malfunzionamenti che appunto si sono manifestati per molti Note 4 nel 2017.

Infine, si rileva che la comunicazione di avvio, fungendo da spartiacque tra la fase preistruttoria e quella di vera e propria istruttoria, si limita a indicare gli elementi essenziali della presunta infrazione e non può, per sua stessa natura, contenere in maniera analitica le argomentazioni poste a sostegno dell'accertamento sanzionatorio, che solo al termine dell'istruttoria potranno delinearci nella loro compiutezza.

107. In merito al difetto di istruttoria e alla compressione dei diritti di difesa, si osserva in primo luogo che il procedimento è stato più volte prorogato per esigenze istruttorie, ha richiesto numerosi accertamenti ispettivi e altrettanto ampie richieste di informazioni; elementi che hanno portato alla precisazione delle contestazioni nella Comunicazione del Termine della fase istruttoria, inviata alla Parte il 7 agosto.

Lungo tutto il corso del procedimento SEI ha avuto modo di esercitare pienamente il proprio diritto di difesa, avendo avuto conoscenza degli atti del procedimento, ai quali ha ottenuto più volte l'accesso¹¹⁶, formulando le proprie argomentazioni difensive anche nelle risposte alle richieste di informazioni nel corso del procedimento¹¹⁷, nonché di presentare impegni in merito ai profili che erano stati puntualmente descritti e qualificati in sede di avvio del procedimento.

La parte è stata quindi sentita due volte in audizione e convocata una terza volta prima della conclusione del termine dell'istruttoria, termine rispetto al quale peraltro non ha richiesto alcuna ulteriore proroga.

¹¹⁵ Nel delineare i possibili profili di illiceità dei comportamenti di Samsung, nella comunicazione di avvio del procedimento si faceva riferimento agli stessi come "alcune condotte di Samsung, specificamente evidenziate con riguardo ai telefoni Note 4, che sembrano riassumibili come segue:

- il professionista avrebbe sollecitato, in prossimità dello scadere della garanzia legale, l'esecuzione di un aggiornamento software che avrebbe determinato una riduzione della funzionalità dei propri apparecchi cellulari e in alcuni casi il guasto, dapprima parziale e poi definitivo e irreparabile, di un'importante componente hardware degli stessi;
- il professionista non avrebbe segnalato le conseguenze che tale aggiornamento avrebbe potuto avere in termini di sovraccarico e di possibile guasto di componenti hardware degli apparecchi cellulari;

Samsung avrebbe omesso qualsiasi riconoscimento della ampiezza del fenomeno, che secondo quanto lamentato sarebbe comune alla generalità o comunque ad una vasta porzione degli apparecchi Note4 messi in commercio;

- il professionista avrebbe proposto individualmente a ciascun consumatore, come soluzione del problema, la sostituzione della componente hardware, ponendola a carico del consumatore anche quando il prodotto era ancora in garanzia, eccettuando il venir meno della garanzia in base a contestazioni non strettamente inerenti al difetto lamentato."

¹¹⁶ Gli accessi agli atti sono avvenuti in data 30 gennaio, 10 maggio, 23 luglio e 13 agosto 2018.

¹¹⁷ Nel verbale di ispezione del 31 maggio 2018 si chiedeva di fornire informazioni sui messaggi FOTA, sulle vendite, sulle riparazioni per i Note 4 a partire dalla messa in commercio nel 2014.

108. In merito al difetto di notifica degli atti di estensione e proroga del procedimento a Samsung Electronics Co Ltd si rileva che tali comunicazioni sono state effettuate a mezzo posta elettronica e fax nel rispetto di quanto previsto dall'art. 19 del “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*” adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015 - oltre ad essere state contemporaneamente effettuate via PEC al domicilio legale indicato da Samsung Electronics Italia S.p.A., controllata italiana di Samsung Electronics Co Ltd.

V.2. Imputazione delle condotte poste in essere dalle società del gruppo Samsung

109. Alla luce degli elementi acquisiti e dei rapporti societari\contrattuali emersi nel corso del procedimento, si ritiene che Samsung Electronics Co Ltd e Samsung Electronics Italia S.p.A. devono considerarsi responsabili in solido della pratica oggetto di analisi.

Dalle evidenze agli atti è infatti emerso che il gruppo multinazionale Samsung si compone di varie società che svolgono funzioni diverse nel processo di produzione, distribuzione e vendita.

Samsung HQ fornisce le direttive alla base dell'attività di vendita e di assistenza ed in particolare distribuisce tramite FOTA gli aggiornamenti *firmware* per gli *smartphone* venduti dal gruppo Samsung.

Samsung Italia eroga servizi di supporto alla vendita e marketing di prodotti elettronici e telefonici, sistemi e tecnologie informatiche di altre società facenti parte dello stesso gruppo multinazionale Samsung, rappresentando il punto di riferimento in Italia riguardo a tutta l'attività commerciale ed alle concrete modalità con le quali svolgere le funzioni del gruppo ed in particolare i servizi di assistenza per i prodotti a marchio Samsung e l'attività del *call center*.

Le società in questione rientrano pertanto nella definizione di professionista ai sensi del Codice del Consumo in quanto la pratica in questione non riguarda esclusivamente le modalità di rilascio dell'aggiornamento *firmware*, ma più in generale – come rappresentato più dettagliatamente nel prosieguo - l'intera attività di commercializzazione dei Note 4 e dei servizi di assistenza tecnica per tali prodotti.

110. Samsung Electronics Co Ltd e Samsung Electronics Italia S.p.A. hanno dunque congiuntamente contribuito alla realizzazione delle condotte oggetto del presente provvedimento, dal quale traggono vantaggi reputazionali ed economici, nonché hanno adottato un comportamento sostanzialmente uniforme in tutta la fase di promozione e commercializzazione dei prodotti. Per tale ragione nel presente provvedimento le Parti Samsung Electronics Co Ltd e Samsung Electronics Italia S.p.A. vengono anche congiuntamente indicate come “Samsung”.

V.3. L'impatto degli aggiornamenti del firmware alla versione Marshmallow di Android

111. L'oggetto della pratica in esame è l'insieme dei comportamenti tenuti da Samsung in occasione del lancio dell'aggiornamento *firmware* per Note 4 basati sulla versione Marshmallow di Android in ragione dei problemi procurati ad una significativa parte degli apparecchi, nonché i comportamenti successivamente adottati e le informazioni fornite ai consumatori.

112. Dalle informazioni acquisite agli atti è emerso che Samsung sviluppa e mette in commercio periodicamente nuove versioni dei propri *smartphone* tecnologicamente via via più avanzate, sulle quali installa il proprio *firmware* basato sulla ultima versione disponibile del sistema operativo

Android, realizzando una significativa sinergia fra *hardware* e *software* che ha permesso di offrire sul mercato nuovi dispositivi con sempre maggiori ed innovative caratteristiche e funzionalità.

Proprio la combinazione di *hardware* più performanti e *software* con nuove e/o migliori caratteristiche costituisce l'innovazione tecnologica di prodotto e caratterizza ogni nuovo modello di *smartphone* Samsung.

113. Samsung rilascia inoltre numerosi aggiornamenti software per risolvere problemi di sicurezza ed eliminare *bug* (ad esempio per il Note 4 vi sono stati 17 aggiornamenti del *firmware* basato sulla versione Marshmallow di Android, di cui 12 qualificati come *security update*).

114. Contemporaneamente e parallelamente all'offerta dei nuovi modelli di *smartphone*, Samsung rilascia la nuova versione del *firmware* ai consumatori in possesso di modelli precedenti considerati "compatibili".

Specificamente, Samsung propone a tutti i consumatori che hanno un modello di *smartphone* compatibile, l'installazione gratuita dell'aggiornamento *firmware* predisponendo apposita procedura di scaricamento e installazione e suggerendo sia esplicitamente che implicitamente di procedere in tal senso a fronte dell'utilità dell'aggiornamento stesso e dell'apparente assenza di controindicazioni.

115. Si ricorda che il *firmware* basato sul sistema operativo Android sviluppato dal produttore per un determinato apparecchio, oltre a una selezione (decisa dallo stesso) delle componenti del sistema operativo Android, contiene un ulteriore codice di programmazione elaborato dal produttore stesso e costituito principalmente dalle c.d. "interfacce" personalizzate attraverso le quali l'utilizzatore è messo in grado di sfruttare le funzionalità dell'apparecchio, dai "driver" necessari per far funzionare i particolari *hardware* presenti nel dispositivo, nonché da alcune particolari applicazioni pre-caricate volte a creare un'esperienza d'uso particolare per i propri clienti.

116. Il sistema operativo Android è quindi sviluppato ed aggiornato da Google, che partecipa altresì alle verifiche degli aggiornamenti proposti ai clienti di Samsung, aggiornamenti che prima del rilascio sono sottoposti "a rigorosi controlli sia da parte di Samsung, sia da parte di Google, in qualità di sviluppatore e titolare dei diritti Android".

Samsung, tuttavia, quale produttore e venditore degli *smartphone*, è a conoscenza delle caratteristiche tecniche dell'*hardware* di ciascun apparecchio e delle specifiche interazioni dello stesso con il *firmware*, ed è l'unico responsabile di tutti gli aggiornamenti proposti per lo specifico *firmware* di un determinato apparecchio, e specificamente di quelli rilasciati sulla base delle nuove versioni di Android che appunto modificano il *firmware* originariamente installato su uno *smartphone* aumentandone le funzionalità ma anche sottoponendo l'apparecchio a richieste e sollecitazioni diverse e potenzialmente maggiori.

117. Infatti, il *download* degli aggiornamenti del *firmware* relativi alle nuove versioni di Android in *smartphone* non più recenti determina l'interazione degli aggiornamenti stessi con configurazioni *hardware* che sono meno potenti rispetto a quelle di ultima generazione e che, da un lato, possono non essere in grado di supportare il nuovo *firmware* al fine di rendere le nuove funzionalità attese dallo stesso; dall'altro, possono vedersi ridurre significativamente le prestazioni dell'apparecchio, in particolare in presenza di batterie inefficienti.

118. Per questi motivi, con l'installazione di un nuovo *firmware* per il Note 4, nel caso di specie la nuova versione basata sul sistema operativo Marshmallow, l'*hardware* – pur essendo tecnicamente compatibile con il nuovo sistema operativo – può non essere in grado di supportare adeguatamente il nuovo *firmware*, non solo riguardo all'esecuzione delle nuove funzionalità incluse nel nuovo sistema

operativo, ma anche con riferimento all'esecuzione dei compiti già svolti dal preesistente *firmware*, che potrebbero essere eseguiti con una fluidità/velocità minori a causa del maggior impegno richiesto dal nuovo *firmware* alle limitate risorse dell'hardware disponibile.

L'installazione di un nuovo *firmware* su un *hardware* inferiore a quello di ultima generazione – ancorché compatibile – e con alcuni componenti chiave usurati può dunque determinare una riduzione, anche significativa, delle prestazioni dell'apparecchio.

119. Sulla base delle puntuali evidenze acquisite agli atti, si può affermare che quanto appena descritto si è verificato nel caso del *firmware* per Note 4 basato su Android Marshmallow. Tale aggiornamento ha provocato, in presenza di batterie usurate e di un *hardware* nettamente meno potente di quello del Note 7 per cui era stato ottimizzato, il fenomeno di guasti e disfunzioni.

Sulla base degli elementi acquisiti agli atti è possibile ricostruire la seguente successione di eventi relativi alla condotta di Samsung:

- ottobre 2014, lancio in Italia del Note 4 con *firmware* basato sulla versione KitKat di Android;
- maggio 2015, aggiornamenti *firmware* per il Note 4 alla versione Lollipop di Android;
- maggio 2016, aggiornamenti *firmware* per il Note 4 alla versione Marshmallow di Android poco prima del lancio del Note 7 nell'agosto 2016;
- 19 agosto 2016, istruzioni alla rete dei CAT per affrontare specificamente richieste di assistenza per “*spegnimento e difetto di funzionamento*” del Note 4, in cui si indica di controllare e sostituire la batteria se difettosa e, in caso di permanenza del problema, di verificare la PBA
- dicembre 2016, il Note 4 ritorna ad essere lo *smartphone* di punta di Samsung con il ritiro dal mercato del Note 7;
- 23 febbraio 2017, raccomandazione alla rete dei CAT di modificare il proprio laboratorio per affrontare i problemi di “*1. No Power (non si accende) 2. Self Reboot (si riavvia) dei Note 4 (...) uno dei prodotti con più alto numero di rientri*”, che possono dipendere dalla batteria o dalla PBA guasta;
- 15 marzo 2017, indicazione ai CAT di procedere sempre alla sostituzione della batteria nei casi di “*problemi di accensione/spegnimento/ricarica*“, oltre che a quella - se necessario - della PBA;
- 12 maggio 2017, il “*Global CS Center*” di Samsung HQ chiede a Samsung Italia chiarimenti riguardo all'elevato numero di riparazioni ripetute (in sigla “*CRRR*”) per il Note 4, che risultava il più alto fra tutti i modelli in Italia;
- 15/16 maggio 2017, richiesta al CAT di Roma di confermare che “*per i sintomi di RESTART state cambiando la PBA+batteria*” e mail interna del CAT per raccomandare di cambiare al primo ingresso sempre la PBA e la batteria;
- settembre 2017, lancio in Italia del Note 8, nuovo *smartphone* di punta di Samsung, con *firmware* basato sulla versione Nougat di Android, che non viene rilasciata per il Note 4, di cui ormai oltre il 70% è fuori della garanzia legale biennale;
- settembre 2017, prime segnalazioni dei consumatori all'Autorità;
- 11 maggio 2018, applicazione della particolare procedura denominata “*Blue ticket*” ai possessori di Note 4 che lamentavano “*riavvi randomici e rallentamenti del prodotto a seguito della scadenza della garanzia*”.

120. Come risulta chiaramente dalla ricostruzione dei fatti, ampiamente descritti nelle risultanze istruttorie, il fenomeno di guasti e disfunzioni del Note 4 lamentato dai consumatori appare riconducibile al maggiore sforzo imposto all'hardware (PBA e batteria) in ragione delle maggiori richieste del *firmware* conseguenti all'aggiornamento nel 2016 alla versione Marshmallow di Android.

121. L'aggiornamento a tale versione ha provocato fenomeni di spegnimento/riavvio improvviso in presenza di batterie usurate oltre un certo livello, oltre che maggiori richieste (p.es. la nuova interfaccia grafica) rispetto alla versione precedente (Lollipop), che hanno reso meno fluida l'elaborazione da parte del processore e della memoria eMMC montati sul Note 4 e hanno determinato stress di funzionamento e deterioramento della medesima memoria flash eMMC; quest'ultima ha dovuto essere quindi spesso sostituita – sostituzione effettuata cambiando l'intera PBA, a causa delle peculiarità costruttive del Note4, della necessità di rispettare le tempistiche di riparazione imposte da Samsung e di effettuare un intervento affidabile, minimizzando la probabilità di rientro.

122. Gli elementi raccolti indicano che, a seguito dell'aggiornamento, un numero elevato di consumatori ha lamentato rallentamenti, riavvii automatici inattesi e spegnimenti totali. A queste problematiche Samsung ha risposto con specifiche istruzioni di assistenza impartite ai CAT, con cui dall'agosto 2016 progressivamente segnala che i problemi del Note 4 possono dipendere dalla batteria o dalla PBA guasta, che vanno in quest'ordine verificate e sostituite, poi dispone che vengano sostituite sempre la batteria e se necessario la PBA ed infine raccomanda di sostituire sempre entrambe. Nonostante ciò, il Note 4 risultava a febbraio 2017 il prodotto Samsung con il più alto numero di rientri in assistenza¹¹⁸.

123. In particolare, la presenza di chiare istruzioni diramate dal professionista ai CAT, appena dopo l'aggiornamento in esame¹¹⁹, per la sostituzione di importanti parti *hardware* in caso di spegnimento o malfunzionamento, successivamente ripetute e precisate, comprova – prima e a prescindere da qualsiasi dato numerico – la sussistenza di un nesso di causalità fra i due fenomeni. Rilevano allo stesso modo anche le specifiche attività di monitoraggio del problema adottate da Samsung.

124. Anche le numerose segnalazioni pervenute in Autorità e i reclami a Samsung acquisiti in sede ispettiva, nonché l'elevata incidenza dei malfunzionamenti in argomento sul numero delle richieste di assistenza fuori garanzia – cui peraltro corrisponde nella quasi totalità dei casi il rifiuto del preventivo da parte consumatore – confermano l'esistenza di una chiara relazione fra l'aggiornamento in esame e i problemi lamentati dai consumatori.

125. Infine, anche i dati forniti dal professionista sulle riparazioni effettuate in garanzia legale dopo il rilascio del suddetto aggiornamento confermano indubbiamente tale relazione: dopo gli aggiornamenti al *firmware* basato sulla versione Marshmallow di Android il numero di riparazioni effettuate in media per problemi di accensione/spegnimento randomico e con il sistema operativo è significativamente aumentato (a livello giornaliero è quasi raddoppiato) (cfr. grafici 2 e 3). Tale aumento non è stato istantaneo, ma ha richiesto la diffusione degli aggiornamenti *firmware* tra i possessori di Note 4 e un primo uso del telefono aggiornato; esso inoltre appare avvenire immediatamente dopo la diramazione,

¹¹⁸ Cfr. il documento ispettivo del 31 maggio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 81 in cui si informa “che per il modello SM-N910F con problemi di: 1. No Power (non si accende) 2. Self Reboot (si riavvia) Il problema potrebbe essere: - La batteria Oppure nei casi peggiori - La PBA guasta (...) Vi chiederai di apportare queste modifiche all'interno del vostro laboratorio considerando che questo prodotto risulta essere uno dei prodotti con un più alto numero di rientri”.

¹¹⁹ Riguardo alla affermazione di Samsung che il bollettino del 19 agosto 2016 "Repair guide of SM-N910F No-Power & Reset symptom" non sarebbe stato il primo diramato in merito ai Guasti, essendo stato preceduto da bollettini diramati nel novembre 2014 e nel maggio 2015, va rilevato che i documenti menzionati da Samsung, reperiti in ispezione presso la sede di SEI il 18 gennaio 2018, non riguardano i guasti in argomento; infatti i documenti ispettivi nn. 11 e 12 e i relativi allegati riguardano le istruzioni per l'assistenza del Note 4, ma solo per il processo di “boot recovery” (peraltro il documento ispettivo n. 11 riguarda modelli del Note 4 destinati esclusivamente al mercato dell'estremo oriente), mentre il documento 36 e i relativi allegati contengono istruzioni sotto forma di video guide sulle modalità di sostituzione di componenti del Note 4 diversi dalla PBA (“how to replace the components. - Model : Galaxy Note4 - Component: IC Modem, IC Power, IC Transceiver, IC WLAN”).

nell'agosto 2016, di precise istruzioni sugli interventi di riparazione da effettuare in risposta a questa tipologia di difetti lamentati dai clienti – istruzioni che sono strettamente consequenziali alle difficoltà che l'aggiornamento al nuovo firmware stava provocando e che proponevano come soluzione ai difetti lamentati un intervento di riparazione sulla PBA e/o la batteria.

126. Di particolare rilievo è la crescita percentuale degli interventi di riparazione evidenziata dal grafico 4. Infatti, se è possibile che il progressivo invecchiamento dei Note 4 aumenti la loro probabilità di subire un intervento di riparazione, nondimeno tale fenomeno avrebbe dovuto avere un andamento graduale, con una accelerazione solo quando il telefono è realmente obsoleto – evento che non pare possa verificarsi nell'arco temporale di un biennio.

I dati mostrano invece che – a fronte della costanza e poi della riduzione dello stock di telefoni in garanzia - il numero delle riparazioni in garanzia legale è aumentato nel 2016-17, indicando quindi che, a parità di anzianità, il numero di apparecchi riparati è aumentato nel 2016-17, contestualmente alla diffusione dell'aggiornamento *firmware* alla versione Marshmallow di Android e alle conseguenti azioni di Samsung.

127. Anche l'analisi econometrica contenuta nella “memoria economica”¹²⁰, posta da Samsung a fondamento delle proprie eccezioni, non permette di rivedere le anzidette osservazioni. Al riguardo, si rilevi che le verifiche compiute hanno evidenziato la inaffidabilità delle conclusioni ivi tratte sull'assenza di un impatto degli aggiornamenti *firmware* sul numero di riparazioni del Note 4 al crescere dell'anzianità degli apparecchi¹²¹; infatti dal test effettuato¹²² si evince che l'impatto dell'anzianità degli apparecchi sul numero di apparecchi riparati cambia in corrispondenza del mese di settembre 2016¹²³, confermando quanto mostrano i grafici 2 e 3.

¹²⁰ Cfr. Allegato 1 alla memoria difensiva prot. 60821 del 27 agosto 2018.

¹²¹ Le verifiche compiute hanno fatto emergere come l'andamento della variabile relativa all'anzianità media dei telefonini riparati in ciascun mese – che Samsung ritiene spieghi l'andamento del numero di riparazioni osservato, insieme alla variazione dello stock di Note4 in garanzia - sia replicato abbastanza bene da quello della variabile dicotomica che rappresenta l'impatto dell'aggiornamento del firmware.

E' stato verificato che la variabile dicotomica spiega oltre l'80% della variabile che rappresenta l'anzianità alla riparazione e spiega quasi altrettanto bene dell'anzianità l'andamento del numero di riparazioni.

Tale situazione crea un problema di correlazione tra le variabili esplicative che rende inaffidabili le stime di significatività dei coefficienti che rappresentano l'impatto dell'anzianità e dell'aggiornamento sul numero di riparazioni.

¹²² Si tratta del Chow test di stabilità dei coefficienti della regressione. L'ipotesi nulla di invarianza è stata respinta al livello di significatività dell'1%.

¹²³ Anche se non è stato possibile replicare esattamente i risultati ottenuti da Samsung, perché la Parte non ha fornito né il database utilizzato (presumibilmente basato sui dati in istruttoria da Samsung) né informazioni sulla costruzione delle variabili (il campione, in particolare, è di 38 osservazioni invece che di 44, dato che nel database riparazioni fornito da Samsung i mesi di febbraio e marzo 2015 hanno 0 riparazioni e quindi non è possibile calcolare l'anzianità dei telefoni riparati; di conseguenza, i dati relativi al periodo nov. 2014-gennaio 2015 non hanno potuto essere utilizzati), i risultati essenziali dell'esercizio di Samsung (significatività all'1% della variabile “anzianità media apparecchi riparati” e non significatività della variabile dicotomica connessa all'aggiornamento) sono stati replicati. Si è proceduto quindi a stimare il modello di Samsung senza inserire la variabile dicotomica (a causa dei problemi di correlazione tra le variabili esplicative visti nella nota 121), testando invece se, in corrispondenza degli aggiornamenti firmware, l'impatto della variabile che rappresenta l'anzianità dello smartphone riparato è cambiato (l'andamento dello stock in garanzia è invece indipendente dall'aggiornamento). Il test effettuato (il test di stabilità di Chow, c.d. Chow-test) indica che tale impatto cambia in corrispondenza del mese di settembre 2016, esattamente come mostrano i grafici 1 e 2. In altri termini, l'effetto della maggiore età sul numero di telefonini riparati appare aumentare a seguito dell'aggiornamento firmware.

In altri termini, l'effetto della maggiore età sul numero di telefonini riparato appare aumentare¹²⁴ a seguito dell'aggiornamento firmware.

Quindi, contrariamente a quanto sostenuto da Samsung, ciò è esattamente quanto atteso sulla base dei fatti accertati e degli altri elementi raccolti nelle risultanze istruttorie: l'aggiornamento al *firmware* basato sulla versione Marshmallow di Android ha avuto un impatto sulle componenti *hardware* tale da incidere sensibilmente sulla probabilità di malfunzionamenti quali spegnimenti/riaccensioni improvvise e quindi sulla necessità di interventi di riparazione.

128. Rileva sul punto che il fenomeno delle disfunzioni e guasti ha riguardato un numero elevato di prodotti coperti dalla garanzia legale - quasi [15.000 – 20.000] apparecchi su circa [250.000 – 300.000], per i quali è stata necessaria la riparazione/sostituzione di parti rilevanti dell'hardware.

Tale dato non è peraltro rappresentativo dell'intera dimensione del fenomeno, che ha altresì riguardato un numero crescente di apparecchi che risultavano fuori garanzia (dopo i due anni). Per riparare tali prodotti, secondo le istruzioni di Samsung, i CAT chiedevano un costo molto alto in proporzione al valore residuo del proprio *smartphone* – ciò anche in considerazione della indicazione suggerita da Samsung ai CAT di preferire la sostituzione della intera PBA rispetto a quella del solo componente eMMC – costo che ha indotto molti consumatori a desistere in ultima analisi dall'effettuare tale riparazione.

129. A fronte della possibilità di un impatto negativo degli aggiornamenti sulle prestazioni di taluni apparecchi, cui tali aggiornamenti sono destinati dal produttore e che il produttore invita ad eseguire, spetta al professionista non soltanto individuare dei modelli astrattamente compatibili con un certo aggiornamento *firmware*, ma anche valutare l'impatto degli aggiornamenti rilasciati per i dispositivi già in uso, tenendo conto del possibile stato dell'hardware sul quale il medesimo potrà essere installato (nel caso di specie del livello di usura della batteria e della capacità della memoria *flash* eMMC di far fronte al maggior carico di lavoro richiesto dal nuovo *firmware*, il cui sovraccarico ha portato alla necessità di sostituire la intera PBA del Note 4).

Tale onere non può certamente ricadere sul consumatore cui è stato proposto insistentemente l'aggiornamento del dispositivo atteso che sussiste una totale asimmetria informativa tra Samsung – che disegna l'hardware e il sistema operativo, ed è in grado di individuare *bug* e minacce alla sicurezza e conosce il modo in cui lo stato della batteria influenza le prestazioni dello *smartphone* – e il consumatore, il quale non può che affidarsi alla reputazione di Samsung stessa riguardo all'utilità e necessità di procedere agli aggiornamenti suggeriti dal professionista per la loro capacità di eliminare *bug* e minacce alla sicurezza e di migliorare le prestazioni del proprio Note 4.

130. Se, infatti, l'installazione (perfino automatica) degli aggiornamenti di sicurezza o di risoluzione dei *bug* si giustifica per una corretta e utile assistenza al prodotto, al fine di assicurarne un utilizzo conforme alle sue caratteristiche rappresentate al momento della vendita, con l'installazione di un nuovo *firmware* si cambiano in modo significativo le funzioni dello *smartphone* e dunque si apporta una modificazione sostanziale di un prodotto che è già nel pieno e legittimo possesso del consumatore e viene dallo stesso quotidianamente utilizzato.

¹²⁴ Regredendo l'anzianità media dei telefonini riparati sul numero di telefonini riparati separatamente per il periodo precedente e successivo al settembre 2016, emerge che l'impatto dell'età media dei telefonini riparati sul numero di telefonini riparati nel mese quasi raddoppia, coerentemente con i risultati del Chow-test.

Soprattutto in casi come questo, l'aggiornamento deve essere proposto lasciando al possessore dell'apparecchio una scelta riguardo alla possibilità di mantenere le originarie funzionalità ovvero alle nuove funzioni che possono essere abilitate, in ragione dello stato concreto del proprio apparecchio.

Il consumatore ha infatti il diritto di utilizzare il prodotto con le funzionalità che erano state promesse e che risultavano presenti al momento dell'acquisto, tanto più nel caso di specie, quando esse possono risultare ridotte a seguito di un aggiornamento proposto dal professionista ed effettuato in modo inconsapevole dal consumatore.

131. Appare perciò rientrare nello standard di diligenza che può essere atteso da un professionista quale Samsung, un gruppo *leader* di mercato operante a livello mondiale nel settore dell'alta tecnologia, la preventiva valutazione del rischio che un determinato aggiornamento *firmware* possa provocare uno scadimento delle prestazioni di uno *smartphone* di modello precedente e normalmente usurato. Ove ritenga che tale rischio sia presente ma accettabile – per garantire al consumatore la tecnologia più avanzata e l'esperienza d'uso uniforme dei propri *smartphone* di punta – Samsung dovrebbe comunicare al consumatore sia la possibilità di tale rischio, sia la configurazione *hardware* nella quale tale rischio è verosimilmente minimizzato, al fine di porre il consumatore nella condizione di scegliere consapevolmente se effettuare o meno l'aggiornamento, e di scegliere in tal caso se fruire o meno delle nuove funzionalità, date le condizioni del proprio apparecchio.

132. La necessità di tenere il passo dell'evoluzione tecnologica e la gratuità dell'aggiornamento *firmware* costituiscono elementi che non possono comunque in alcun modo giustificare una condotta che sia idonea anche solo potenzialmente a determinare un danno, sotto forma di un inconveniente o della modifica *in peius* delle caratteristiche funzionali del prodotto, tale da ridurre in maniera sensibile le prestazioni degli apparecchi già venduti e utilizzati quotidianamente da moltissimi consumatori.

In questa prospettiva, non appare pertanto giustificabile un compromesso deciso unilateralmente dal professionista - e non scelto consapevolmente dal consumatore sulla base delle proprie preferenze e dopo essere stato messo in condizione di valutare se il dispositivo sia in grado di fornire tali prestazioni – che sacrifichi la funzionalità attuale del prodotto in cambio di una innovazione tecnologica potenziale; in tale caso, l'aggiornamento *firmware*, interfacciandosi con un *hardware* di architettura precedente, non comporta infatti effettivamente ed automaticamente un miglioramento dell'esperienza d'uso da parte del consumatore.

V.4. Le informazioni omissive ed ingannevoli fornite nei messaggi rivolti ai consumatori per proporre l'installazione degli aggiornamenti firmware

133. Dalle risultanze istruttorie emerge chiaramente che Samsung ha rilasciato gli aggiornamenti *firmware* basati sulla versione Marshmallow di Android ai possessori di tutti i Note 4, presentandoli in maniera generica ed evidenziando solo i miglioramenti di prestazioni e di sicurezza, senza fornire adeguati avvertimenti circa i rischi di possibili riduzioni delle prestazioni e quindi della fruibilità dello *smartphone* in certe condizioni d'uso.

134. In particolare, nei propri messaggi con cui proponeva ai consumatori l'installazione di un nuovo aggiornamento del *firmware* alla versione Marshmallow di Android e in occasione di tutte le modifiche successive, Samsung non ha minimamente avvertito circa i possibili rischi che gli aggiornamenti possono determinare in termini di minore funzionalità degli apparecchi, in relazione sia alle loro caratteristiche *hardware* sia soprattutto al loro specifico stato d'uso, informazioni essenziali

per i consumatori al fine di assumere una decisione consapevole riguardo alla accettazione o meno dell'aggiornamento proposto da Samsung.

135. Samsung non ha neppure modificato tali modalità di presentazione quando si è resa conto dell'esistenza di un serio rischio di malfunzionamenti a seguito dell'installazione del proprio *firmware* per Note 4 basato su Marshmallow di Android, ed ha manifestato tale consapevolezza attraverso la formulazione di una specifica istruzione ai centri di assistenza, mentre ha continuato a promuovere l'installazione del nuovo *firmware* senza informare i consumatori degli inconvenienti in cui avrebbero potuto incorrere effettuandolo.

Nei messaggi con cui proponeva ai consumatori l'installazione delle versioni successive dell'aggiornamento *firmware* sempre relative alla versione Marshmallow non ha fatto menzione del rischio di riavvi automatici, spegnimenti randomici e malfunzionamenti, che pure le erano ben noti avendo diramato specifiche istruzioni di riparazione nell'agosto 2016 e nel febbraio 2017.

Dunque, nonostante la consapevolezza di tali malfunzionamenti, Samsung continuava a sollecitare i possessori di Note 4 ad effettuare l'aggiornamento del *firmware* alla versione Marshmallow di Android.

136. Samsung, nel proporre di procedere all'installazione di nuovi aggiornamenti *firmware* per il Note 4, ha fornito informazioni gravemente incomplete inducendo in errore i consumatori circa il potenziale impatto dell'aggiornamento sulle prestazioni del proprio *smartphone*, poiché non li ha adeguatamente informati sulle caratteristiche degli aggiornamenti, descrivendo esclusivamente le migliori prestazioni che avrebbero permesso e i problemi di sicurezza che avrebbero risolto e invece tacendo i rischi di riduzione delle prestazioni dei loro *smartphone* - in ragione del maggiore carico di lavoro cui sarebbe stato sottoposto l'hardware (e in particolare la scheda eMMC) e del non perfetto stato delle batterie - e le cautele da adottare prima di procedere alla installazione, impedendo quindi loro di assumere una decisione consapevole.

137. Sugerire, per i prodotti già acquistati dai consumatori, l'installazione di *firmware* che ne modificano significativamente le caratteristiche funzionali già ampiamente pubblicizzate, tacendo la possibilità che essi ne riducano in maniera sensibile le prestazioni in determinate condizioni, non appare conforme alla diligenza professionale ragionevolmente esigibile in base ai principi generali di correttezza e di buona fede, doverosa per società di un gruppo leader di mercato operante a livello mondiale nel settore dell'alta tecnologia.

V.5. L'insistente proposizione degli aggiornamenti

138. Come sopra rappresentato, al momento del rilascio di un nuovo aggiornamento del sistema operativo Android e in occasione di tutte le modifiche successive, Samsung comunica a tutti i possessori di *smartphone* - nel caso di specie di Samsung Galaxy Note 4 - la possibilità/opportunità di effettuare l'aggiornamento.

139. Contrariamente a quanto Samsung sembra voler suggerire nelle proprie memorie, lo *smartphone* Note 4 è programmato per provvedere in automatico a scaricare l'aggiornamento ("*download*") e richiedere più tardi l'autorizzazione alla installazione.

Infatti, il consumatore non è informato di tale impostazione automatica ed è perciò improbabile che proceda preventivamente a selezionare la diversa opzione del *download* manuale.

In ogni caso, quando il consumatore ne viene a conoscenza e decide di scegliere l'opzione per l'effettuazione manuale del *download* dell'aggiornamento, lo *smartphone* provvede anche in tale caso,

una volta appurata l'esistenza di un aggiornamento, a chiedere periodicamente l'autorizzazione a scaricarlo, così come ampiamente chiarito nel punto III.2.2. del presente provvedimento.

140. Inoltre, lo *smartphone* invita insistentemente i consumatori ad installare l'aggiornamento *firmware* che è stato scaricato, risollecitando periodicamente il consumatore fino a quando l'aggiornamento non viene installato, non consentendo in alcun modo di evitare tale sollecitazione.

141. Pertanto, sia nel caso in cui è selezionata la modalità di aggiornamento c.d. "automatica", sia nell'ipotesi che il consumatore abbia scelto la modalità di aggiornamento c.d. "manuale" (fatto salvo il caso estremo e non comune in cui un possessore del Note 4 imponi il *download* manuale e decida a priori di non verificare mai se e quali aggiornamenti vengano offerti da Samsung), un consumatore che valuti non opportuno passare alla nuova versione del *firmware* non ha la possibilità di impedire il continuo ripetersi dei messaggi che lo invitano invece a scaricarla ed installarla.

Infatti, l'unica opzione offerta dai messaggi FOTA è quella di scaricare/installare l'aggiornamento o di scaricarlo/installarlo più tardi, per cui il consumatore è costretto a svolgere continuamente un'azione positiva per rimandare il *download* o l'installazione.

142. In tal modo, il consumatore non ha una vera facoltà di aderire alla proposta, ma può invece solo effettuare una scelta di non aderire, peraltro in via temporanea, essendo costretto a rinnovare tale scelta ogni volta che – inesorabilmente – gli viene proposto di scaricare/installare, subito o più tardi.

143. Tale modalità di proposizione dell'aggiornamento software relativo ad una nuova versione *firmware* appare configurare un indebito condizionamento della libertà di scelta dei consumatori in possesso dei Note 4 di aggiornare o meno e in che misura il *firmware* del proprio apparecchio, in considerazione anche dell'asimmetria informativa con il professionista al quale i consumatori si affidano proprio per la sua superiore conoscenza dell'*hardware* e del *software* dei propri dispositivi e specificamente per la necessità di mantenere in sicurezza i propri dispositivi. Tale scelta, proprio in quanto suscettibile di alterare in vario modo la funzionalità dell'apparecchio in possesso del consumatore dopo l'acquisto, è certamente una scelta di natura commerciale, in quanto incide sul valore dell'apparecchio per il consumatore.

144. Il consumatore è stato quindi privato della libertà di continuare ad utilizzare il proprio Note 4 con le sue prestazioni originali, con soltanto gli aggiornamenti *firmware* strettamente necessari per conservarne la originale funzionalità, nonché della possibilità di scegliere quali funzionalità mantenere o modificare del proprio *smartphone* acquistato e utilizzato da svariati mesi, di comprendere se sia effettivamente possibile migliorare le prestazioni o invece sia preferibile continuare a fruirne senza l'aggiunta di ulteriori funzioni e senza subire una riduzione del livello di prestazioni.

145. In tal modo il consumatore è stato condizionato nella libertà di continuare ad utilizzare il proprio *smartphone* per la sua durata naturale e senza interferenze, nonché nella possibilità di scegliere quali prestazioni mantenere o modificare del prodotto acquistato e utilizzato da svariati mesi, di comprendere se era effettivamente possibile migliorare le prestazioni o invece era preferibile continuare a fruirne senza l'aggiunta di ulteriori funzioni e senza subire una riduzione del livello di prestazioni.

146. Alla luce di quanto sopra, la pratica in questione può essere qualificata come aggressiva, atteso che è idonea a causare una indebita pressione sulla libertà di scelta del consumatore, restringendo la sua capacità di adottare una libera decisione in merito all'utilizzo e alle funzionalità del proprio apparecchio e costringendolo a una scelta di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso.

V.6. I comportamenti adottati da Samsung nei confronti dei consumatori a fronte dei guasti e malfunzionamenti dei loro Note 4

147. Samsung ha prestato assistenza esclusivamente ai consumatori coperti dalla garanzia legale di conformità, sostenendo il costo per la riparazione/sostituzione di oltre 1/20 dei Note 4 venduti.

La cronologia degli eventi descritta al par. 5.3. indica appunto come, già pochi mesi dopo il rilascio dell'aggiornamento, Samsung ha impartito precise istruzioni alla rete dei CAT per affrontare specificamente le richieste di assistenza per “*spegnimento e difetto di funzionamento*” del Note 4, in cui si indica di controllare e sostituire la batteria se difettosa e, in caso di permanenza del problema, di verificare la PBA, che ha successivamente ribadito e precisato – con l'indicazione di procedere sempre alla sostituzione della batteria nei casi di “*problemi di accensione/spegnimento/ricarica*” e se necessario della PBA del marzo 2017¹²⁵ e successivamente l'indicazione di procedere sempre alla sostituzione sia della batteria che della PBA nel maggio 2017¹²⁶.

148. L'attento monitoraggio degli interventi è comunque limitato ai Note 4 ancora in garanzia¹²⁷, mentre l'applicazione delle sue istruzioni sulle modalità per l'assistenza ai Note 4 – che come indicato da Samsung ai CAT comporta sempre la sostituzione sia della PBA che della batteria – prevedono una spesa di circa 300 euro per la riparazione, di fronte alla quale moltissimi consumatori hanno rinunciato alla riparazione¹²⁸.

Peraltro, i Note 4 venduti da oltre due anni, e quindi non più coperti dalla garanzia legale, rappresentavano, già pochi mesi dopo il rilascio dell'aggiornamento in questione, la maggior parte dei Note 4 acquistati dai propri clienti: il 50% circa a dicembre 2016, il 70% circa a febbraio 2017.

149. In tutto questo tempo, mentre via via impartiva nuove e più stringenti istruzioni ai CAT su come affrontare i guasti in argomento per i Note 4, Samsung non ha quindi riconosciuto che la minore funzionalità e i guasti lamentati dai consumatori derivavano dall'installazione degli aggiornamenti *firmware* Marshmallow rilasciati dal maggio 2016.

Samsung non ha, quindi, correttamente dato riscontro alle lamentele dei consumatori, sostenendo addirittura che sarebbe normale per il prodotto Note 4 un “*naturale decadimento delle funzionalità*” tale da renderne necessaria una riparazione radicale subito dopo la scadenza della garanzia legale.

150. Di fronte alle molte disfunzioni lamentate, Samsung non ha previsto e consentito alcun mezzo di ripristino dell'originaria funzionalità dell'apparecchio, ad esempio consentendo il c.d. *downgrade* al *firmware* precedente, neppure con apposite cautele o presso i suoi centri di assistenza.

¹²⁵ Cfr. il documento ispettivo presso il CAT di Roma n. 50, nel quale si legge “su indicazione di Samsung, per il modello N910, nei casi di problemi di accensione/spegnimento/ricarica, oltre alla PBA (se necessario), è il caso di cambiare sempre la batteria, anche oltre l'anno di garanzia”.

¹²⁶ Cfr. il documento ispettivo presso il CAT di Roma n. 47 e il documento ispettivo del 31 maggio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 77.

¹²⁷ il 23 febbraio 2017 Samsung dirama una nuova raccomandazione alla rete dei CAT di modificare il proprio laboratorio per i problemi di “1. No Power (non si accende) 2. Self Reboot (si riavvia) dei Note 4 (...) uno dei prodotti con più alto numero di rientri”, che possono dipendere dalla batteria o dalla PBA guasta; poi il 15 marzo 2017 viene data l'indicazione ai CAT di procedere sempre alla sostituzione della batteria nei casi di “problemi di accensione/spegnimento/ricarica”, oltre che a quella - se necessario - della PBA e a maggio 2017 il “Global CS Center” di Samsung HQ chiede a Samsung Italia chiarimenti riguardo all'elevato numero di riparazioni ripetute (in sigla “CRRR”) per il Note 4, che risultava il più alto fra tutti i modelli in Italia e si sollecita il CAT di Roma a confermare “per i sintomi di RESTART state cambiando la PBA+batteria”.

¹²⁸ Si ricorda che in ciascuno dei citati tre CAT circa l'80% dei Note 4 considerati fuori garanzia per i quali venivano lamentati i malfunzionamenti in argomento ed era stata proposta la riparazione risulta non essere stato riparato per rifiuto del preventivo.

Peraltro, il professionista solo formalmente consente il c.d. *downgrade* dei propri aggiornamenti e nel caso in cui il consumatore decida di effettuarlo non riconosce più la garanzia, come risulta dalle sopra descritte annotazioni del *call center* VOC: “*qualunque manomissione software o danno causato invalideranno la possibilità che Samsung si prenda carico della problematica (..) Il cliente mi indica che non considera il downgrade firmware una manomissione software (..) effettuata utilizzando firmware originali samsung*”¹²⁹, “*Indico al cliente che qualora non venisse riscontrato danno causato o manomissione software, possiamo procedere con la riparazione*”¹³⁰, “*il centro ha indicato che il software del suo dispositivo risulta manomesso*”¹³¹, anche per Note 4 ancora in garanzia legale biennale: “*mi dicono che ho manomesso il software*”¹³².

Quindi Samsung non ha indicato, né sostanzialmente consentito, ai consumatori che avevano installato l'aggiornamento *firmware* a Marshmallow nelle sue varie successive versioni sul loro Note 4, alcun rimedio per sottrarsi alle disfunzioni causate dall'aggiornamento, ad esempio permettendo di tornare alla precedente versione di *firmware* o ad una nuova versione emendata con la possibilità di selezionare le funzionalità da abilitare, in modo da ripristinare l'efficienza del proprio apparecchio.

151. In questo contesto, la mancata prestazione di una effettiva assistenza per tutti i Note 4 (ivi compresi quelli fuori garanzia), unitamente agli ostacoli frapposti al *downgrade* del *firmware*, si inserisce nell'ambito di una politica commerciale in cui assume particolare rilevanza il processo di sostituzione dei modelli meno recenti con i modelli nuovi e ha oggettivamente costituito una significativa leva in tal senso. A riprova di quanto appena affermato, basti rilevare che lo stesso professionista ha offerto (da metà del 2017) un *voucher* per l'acquisto online di un prodotto nuovo sul sito Samsung con uno sconto del 25% in caso di mancata accettazione del preventivo per la riparazione, politica che rispondeva all'esigenza dei consumatori di cambiare il loro *smartphone* non più funzionante.

152. Dall'insieme di queste condotte emerge un indebito condizionamento di Samsung che non ha prestato adeguata assistenza per i prodotti fuori garanzia – richiedendo un elevato costo di riparazione e non prevedendo o favorendo il ritorno alla versione precedente del *firmware* – esercitato in forza della posizione di potere commerciale derivante dalla titolarità di un marchio noto ed affermato, in cui i consumatori ripongono fiducia, nonché della posizione di particolare asimmetria informativa che caratterizza i rapporti con i consumatori. In tal modo, è risultato accelerato il processo di sostituzione di tali apparecchi, in un contesto in cui la capacità di scelta dei consumatori risulta limitata anche in considerazione degli *switching cost* connessi al passaggio a *smartphone* del diretto concorrente Apple e basati su un differente sistema operativo, o caratterizzati da un inferiore livello percepito di qualità.

VI.7. Conclusioni

153. Da quanto sopra rappresentato emerge che Samsung ha imposto ai consumatori che avevano acquistato Note 4 l'installazione del nuovo *firmware* basato su Marshmallow, senza informarli degli inconvenienti che tale installazione stava provocando a un gran numero di apparecchi ormai fuori

¹²⁹ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 59.

¹³⁰ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 70.

¹³¹ Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 68.

¹³² Cfr. il documento ispettivo del 18 gennaio 2018 presso Samsung Electronics S.p.A. n. 64.

garanzia e senza provvedere, se non parzialmente con riferimento ai soli prodotti coperti dalla garanzia legale di conformità, a rimedi idonei a superare tali inconvenienti.

Samsung ha potuto indurre i consumatori ad accettare tali aggiornamenti anche grazie all'asimmetria informativa esistente con i consumatori, che sono costretti a riporre la loro fiducia in quanto affermato da Samsung sulla utilità e bontà di tali aggiornamenti.

154. Per i motivi sopra esposti, la pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi degli articoli 20, 21, 22 e 24 del Codice del Consumo, in quanto Samsung ha sviluppato e suggerito aggiornamenti *firmware* per i Note 4 già acquistati dai consumatori che ne modificano le caratteristiche funzionali già ampiamente pubblicizzate, riducendone in maniera sensibile le prestazioni nonché ha impedito ai consumatori di assumere una decisione consapevole riguardo alla scelta di procedere o meno all'installazione di nuovi aggiornamenti *firmware* per i Samsung Galaxy Note 4. Infine, sotto altro profilo, il professionista ha indebitamente condizionato i consumatori in possesso di Note 4, da un lato, inducendoli ad aggiornare il *firmware* mediante l'insistente richiesta di procedere ad effettuare il *download* e l'installazione degli aggiornamenti; dall'altro, non prestando assistenza per i prodotti fuori garanzia – richiedendo un elevato costo di riparazione e non prevedendo o favorendo il ritorno alla versione precedente del *firmware* – in tal modo accelerando il processo di sostituzione di tali apparecchi.

VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

155. Ai sensi dell'art. 27, comma 9, del Codice del Consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

156. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

157. Con riguardo alla gravità delle violazioni, si tiene conto della dimensione economica dei professionisti, nel caso di specie le due società del gruppo multinazionale Samsung coinvolte nelle pratiche in esame, nonché della posizione di mercato dei cellulari della linea Galaxy Note come uno dei prodotti *leader* fra gli *smartphone* di fascia alta.

158. Va tenuto conto della elevata entità del potenziale pregiudizio economico complessivo per il consumatore.

Infatti, la pratica è stata estesa alla generalità dei possessori di Note 4, che ha costituito in tutto il periodo della pratica lo *smartphone* di punta dell'offerta Samsung.

Inoltre, la pratica stessa si è articolata in una pluralità di comportamenti dapprima volti ad indurre i possessori di tali *smartphone* ad installare nuove versioni del *firmware* e poi a nascondere che i malfunzionamenti e i rallentamenti degli apparecchi erano conseguenze della installazione di tali aggiornamenti *firmware* anche allo scopo di indurre i consumatori a sostituire il proprio Note 4 con un nuovo cellulare.

159. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la pratica commerciale è stata posta in essere almeno a decorrere dal maggio 2016 e risulta tuttora in

corso, considerando che il professionista non garantisce adeguata assistenza per la riparazione dell'hardware essendo la quasi totalità dei Note 4 fuori della garanzia legale.

160. Sulla base di tali elementi, tenendo conto della gravità delle condotte in esame e dell'importanza dei professionisti, atteso l'effetto deterrente che devono avere le sanzioni applicate per violazioni del Codice del Consumo, si ritiene di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile ai professionisti del gruppo Samsung per la violazione di cui al punto II nella misura del massimo edittale di 5.000.000 di euro (cinque milioni di euro).

161. Considerato, poi, che le società parti del procedimento svolgono specifiche funzioni riconducibili all'attività commerciale di Samsung, si ritiene necessario applicare in solido le suddette sanzioni

RITENUTO, pertanto, tenuto conto del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, 22 e 24 del Codice del Consumo in quanto contraria alla diligenza professionale per avere sviluppato e suggerito un aggiornamento *firmware* – basato sulla versione Marshmallow di Android – per i Note 4 già acquistati dai consumatori che ne ha modificato le caratteristiche funzionali già ampiamente pubblicizzate e ne ha ridotto in maniera sensibile le prestazioni, idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio nella decisione di procedere all'installazione di nuovi aggiornamenti *firmware* e idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta del consumatore medio per l'insistente richiesta di procedere ad effettuare il *download* e l'installazione degli aggiornamenti *firmware*, mediante il rifiuto in tal caso dell'assistenza in garanzia e la mancanza di un'adeguata assistenza ai consumatori, in tal modo accelerando il processo di sostituzione di tali apparecchi;

RITENUTO, altresì, che, in ragione dei rilevanti effetti sui consumatori delle condotte poste in essere da Samsung, con particolare riferimento al condizionamento della loro scelta commerciale a procedere agli aggiornamenti *firmware* che hanno ridotto la fruibilità e funzionalità dei loro *smartphone* Galaxy Note 4, si rende necessario disporre la pubblicazione di una dichiarazione rettificativa a cura e spese dei professionisti, ai sensi dell'articolo 27, comma 8, del Codice del Consumo, al fine di portare a conoscenza dei medesimi consumatori il provvedimento dell'Autorità e impedire il protrarsi degli effetti delle condotte medesime. In considerazione delle capillari modalità con cui è stata diffusa la pratica commerciale, appare necessario e proporzionato che la pubblicazione della dichiarazione rettificativa avvenga con pubblicazione per venti giorni sulla *home-page* del sito aziendale italiano del gruppo Samsung www.samsung.com/it;

DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II del presente provvedimento, posta in essere da Samsung Electronics Co Ltd e Samsung Electronics Italia S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, 22 e 24 del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

b) di irrogare in solido a Samsung Electronics Co Ltd e Samsung Electronics Italia S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 5.000.000 (cinque milioni di euro) per la violazione di cui alla lettera a);

c) che i professionisti comunichino all'Autorità, entro il termine di 60 giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui al punto a);

La sanzione amministrativa irrogata deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento.

Il pagamento deve avvenire, per i soggetti aventi sede legale in Italia, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. In tal caso il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di home-banking e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito internet www.agenziaentrate.gov.it.

Il pagamento deve avvenire, per i soggetti non aventi sede legale in Italia, tramite bonifico (in euro) a favore dell'Erario, utilizzando il codice IBAN IT04A0100003245348018359214 (codice BIC: BITAITRRENT), che corrisponde alla terna contabile 18/3592/14.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio della documentazione attestante il versamento effettuato.

DISPONE

a) che Samsung Electronics Co Ltd e Samsung Electronics Italia S.p.A. pubblichino, a loro cura e spese, una dichiarazione rettificativa ai sensi dell'articolo 27, comma 8, del Codice del Consumo, secondo le seguenti modalità:

1) il testo della dichiarazione rettificativa è quello riportato in allegato al presente provvedimento;

2) la dichiarazione rettificativa riportata in allegato al presente provvedimento dovrà essere pubblicata entro sessanta giorni dall'avvenuta notificazione dello stesso sui seguenti strumenti telematici:

- sulla *homepage* del sito internet aziendale per l'Italia www.samsung.com/it, visibile dalla prima schermata e di dimensioni pari ad un quinto della stessa; la pubblicazione della dichiarazione rettificativa dovrà permanere per venti giorni.

3) la pubblicazione dovrà ricalcare *in toto* impostazione, struttura e aspetto della dichiarazione rettificativa allegata; i caratteri del testo dovranno essere del massimo corpo tipografico compatibile con lo spazio indicato al punto 2 e le modalità di scrittura, di stampa e di diffusione non dovranno essere tali da vanificare gli effetti della pubblicazione; in particolare, nello spazio di pubblicazione della dichiarazione rettificativa - così come nelle altre pagine *web* del sito aziendale e nello spazio ulteriore del supporto utilizzato - non dovranno essere riportati messaggi che si pongano in contrasto con il contenuto della dichiarazione stessa o che comunque tendano ad attenuarne la portata e il significato;

b) che la pubblicazione della dichiarazione rettificativa dovrà essere preceduta dalla comunicazione all'Autorità della data in cui la stessa avrà luogo e dovrà essere seguita, entro tre giorni, dall'invio all'Autorità di una copia originale di tale pubblicazione contenente la dichiarazione rettificativa pubblicata.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 135, comma 1, lettera *b)*, del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'art. 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

COMUNICAZIONI A TUTELA DEL CONSUMATORE

Le società Samsung Electronics Co Ltd e Samsung Electronics Italia S.p.A.

hanno indotto i consumatori in possesso di smartphone modello Galaxy Note 4 a effettuare il download e l'installazione di un aggiornamento firmware (basato sulla versione Marshmallow del sistema operativo Android) senza fornire adeguate informazioni circa l'impatto di tale scelta sulle prestazioni degli smartphone e senza offrire adeguata assistenza, né la possibilità di ripristinare l'originaria funzionalità degli apparecchi in caso di sperimentata diminuzione delle prestazioni a seguito dell'aggiornamento (ad es. tramite il downgrading).

Tale pratica è stata valutata scorretta, ai sensi degli artt. 20, 21, 22 e 24 del Decreto Legislativo n. 206/2005 (Codice del Consumo).

L'Autorità ha disposto la pubblicazione della presente dichiarazione rettificativa ai sensi dell' articolo 27, comma 8, del Codice del Consumo

(provvedimento adottato nell'adunanza del 25 settembre 2018 e disponibile sul sito www.agcm.it)

PS11039 - APPLE-AGGIORNAMENTO SOFTWARE

Provvedimento n. 27365

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 25 settembre 2018;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la Parte II, Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante “*Codice del Consumo*” e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*” (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015;

VISTO il proprio provvedimento del 10 gennaio 2018, con il quale è stato disposto l'accertamento ispettivo, ai sensi dell'art. 27, commi 2 e 3, del Codice del Consumo, presso le sedi delle società Apple Italia S.r.l. e Apple Retail Italia S.r.l.;

VISTI i propri provvedimenti del 27 giugno e del 6 settembre 2018, con i quali, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento, sono state disposte proroghe del termine di conclusione del procedimento per particolari esigenze istruttorie;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LE PARTI

1. Apple Inc, società di diritto statunitense, è la controllante del gruppo multinazionale Apple. La società, con sede legale a Cupertino (California) negli Stati Uniti d'America, svolge anche in Italia, attraverso le proprie controllate, attività di direzione dell'attività di vendita e di assistenza ed in particolare distribuisce direttamente agli *smartphone* venduti dal gruppo gli aggiornamenti *firmware*. Ha conseguito nell'esercizio concluso il 30 settembre 2017¹ ricavi per circa 229 miliardi di dollari (circa 192 miliardi di euro) e un utile di circa 48 miliardi di dollari (circa 40 miliardi di euro).

2. Apple Distribution International (di seguito anche ADI), società di diritto irlandese, appartiene al gruppo multinazionale Apple. La società, con sede legale a Hollyhill (Cork) nella Repubblica Irlandese, svolge in Italia attività di commercio e prestazione di servizi di assistenza post-vendita di prodotti di elettronica e informatica e ha conseguito nell'esercizio 2017² ricavi per circa 56 miliardi di dollari (circa 47 miliardi di euro).

3. Apple Italia S.r.l. (di seguito anche Apple Italia o AI) appartenente al gruppo multinazionale Apple, con sede legale a Milano, eroga servizi di supporto alla vendita e marketing di prodotti elettronici e telefonici, sistemi e tecnologie informatiche di altre società facenti parte dello stesso gruppo

¹ Cfr. bilancio di esercizio di Apple Inc.

² Cfr. bilancio di esercizio di Apple Distribution International.

multinazionale Apple e ha conseguito nell'esercizio concluso il 30 settembre 2017³ ricavi per circa 46 milioni di euro e un utile di circa 18 milioni di euro al netto delle imposte.

4. Apple Retail Italia S.r.l. (di seguito anche Apple Retail Italia o ARI) appartenente al gruppo multinazionale Apple, svolge in Italia, attraverso proprie sedi locali denominate "Apple Store", attività di commercio e prestazione di servizi di consulenza, manutenzione e assistenza post-vendita di prodotti di elettronica, informatica e telecomunicazioni e ha conseguito nell'esercizio concluso il 30 settembre 2017⁴ ricavi per circa 463 milioni di euro e un utile di circa 7 milioni di euro al netto delle imposte.

5. Associazione Altroconsumo, associazione di consumatori, ammessa a partecipare al procedimento in base ad istanza avanzata ai sensi dell'articolo 10 del Regolamento.

6. Associazione Codici Onlus, associazione di consumatori, ammessa a partecipare al procedimento in base ad istanza avanzata ai sensi dell'articolo 10 del Regolamento.

II. LE PRATICHE COMMERCIALI

7. Il procedimento concerne alcuni comportamenti posti in essere dai professionisti appartenenti al gruppo multinazionale Apple (di seguito individualmente e congiuntamente anche Apple) relativamente alle informazioni fornite ed alle condotte tenute in occasione del rilascio di aggiornamenti del sistema operativo iOS per alcuni modelli di iPhone ed alle informazioni fornite sulle caratteristiche della batteria degli stessi apparecchi.

8. Le pratiche commerciali oggetto del presente procedimento sono le seguenti:

A) la proposta insistente, ai consumatori in possesso di iPhone 6/6plus/6s/6splus, di procedere ad installare il sistema operativo iOS 10 e i successivi aggiornamenti (tra cui iOS 10.2.1) le cui caratteristiche e impatto sulle prestazioni degli *smartphone* stessi sono state descritte in maniera omissiva ed ingannevole, senza offrire (se non in misura limitata o tardiva) alcun mezzo di ripristino dell'originaria funzionalità degli apparecchi in caso di sperimentata diminuzione delle prestazioni a seguito dell'aggiornamento.

In particolare, secondo informazioni acquisite ai fini dell'applicazione del Codice del Consumo e le segnalazioni di alcuni consumatori⁵ pervenute nel dicembre 2017, Apple, in occasione della *release* del sistema iOS 10.1, non ha informato i clienti dei possibili inconvenienti di funzionamento che il nuovo SO avrebbe potuto provocare attesa la configurazione *hardware* degli *smartphone* in cui sarebbe stato installato (ed in particolare del grado di usura della batteria) in determinate condizioni d'uso comune.

Inoltre, in occasione della *release* del sistema iOS 10.2.1, Apple ha omesso di informare preliminarmente i consumatori, in maniera chiara e immediata, che per evitare alcuni rilevanti inconvenienti (quali l'improvviso spegnimento/riaccensione del proprio iPhone) tale *release* includeva un sistema di gestione delle prestazioni dello *smartphone* che avrebbe opportunamente rallentato tali

³ Cfr. bilancio di esercizio di Apple Italia S.r.l.

⁴ Cfr. bilancio di esercizio di Apple Retail Italia S.r.l.

⁵ Cfr. Segnalazioni prot. 93360 del 20 dicembre 2017 e prot. 94388 del 27 dicembre 2017.

prestazioni per evitare lo spegnimento inatteso – sistema mantenuto anche in successivi aggiornamenti di iOS;

B) la mancata informazione sulle caratteristiche della batteria e specificamente in merito alle condizioni per mantenere un adeguato livello di prestazioni degli iPhone, alla sua durata e alle modalità per la sua corretta gestione al fine di rallentarne la naturale usura e, quindi, in merito alla sostituzione della medesima batteria.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

III.1. L'iter del procedimento

9. In relazione ai comportamenti sopra descritti, in data 10 gennaio 2018 è stato comunicato alle Parti Apple Distribution International, Apple Italia S.r.l. e Apple Retail Italia S.r.l. l'avvio del procedimento istruttorio n. PS11039 per possibile violazione degli artt. 20, 21, 22 e 24 del Codice del Consumo.

10. In tale sede, veniva in particolare ipotizzato che il rilascio da parte di Apple di aggiornamenti *software* che determinavano una minore funzionalità dei propri cellulari iPhone potesse rilevare come una pratica scorretta. Apple, quale produttore del dispositivo, avrebbe infatti proposto ai consumatori aggiornamenti senza segnalare le possibili conseguenze in termini di ridotta funzionalità o lentezza nelle prestazioni che gli stessi erano idonei a determinare; in tal modo avrebbe ingannato i consumatori, inducendoli ad effettuare una scelta economica che non avrebbero dovuto/voluto fare, ai sensi degli artt. 21 e 22 del Codice del Consumo.

Inoltre, tenuto conto del contesto e delle modalità dell'invito all'aggiornamento, veniva ipotizzato che la condotta di Apple potesse costituire una violazione dell'articolo 24 del Codice del Consumo in quanto, sfruttando la propria posizione di potere commerciale derivante dalla titolarità di un marchio noto e affermato, in cui i consumatori ripongono fiducia, e la posizione di particolare asimmetria informativa che caratterizza i rapporti con i consumatori, avrebbe limitato notevolmente la capacità di scelta di questi ultimi inducendoli a scaricare un aggiornamento che si è poi rivelato suscettibile di danneggiare o di ridurre la funzionalità del proprio dispositivo.

Veniva altresì ipotizzato che non fosse conforme alla diligenza professionale attesa da un professionista operante a livello mondiale, ai sensi dell'art. 20 del Codice del Consumo, l'aver omesso di fornire agli acquirenti informazioni e procedure per mantenere un adeguato livello di prestazioni dei propri dispositivi cellulari che erano stati, appunto, promossi e acquistati per le loro specifiche ed elevate caratteristiche tecnologiche.

Infine veniva contestata ad Apple la violazione degli artt. 20 e 24 del Codice del Consumo, atteso che le condotte successivamente adottate da Apple nei confronti dei consumatori, consistenti nel mancato riconoscimento della minore funzionalità a seguito dell'aggiornamento *software*, hanno determinato una riduzione delle caratteristiche e funzionalità dei propri apparecchi.

11. In data 17 gennaio 2018 sono stati svolti accertamenti ispettivi presso Apple Italia e Apple Retail Italia.

12. In data 15 febbraio 2018 le società Apple Distribution International, Apple Italia S.r.l. e Apple Retail Italia S.r.l. sono state sentite in audizione.

13. In data 22 febbraio 2018 le società Apple Italia S.r.l. e Apple Retail Italia S.r.l. hanno fatto pervenire informazioni richieste contestualmente alla comunicazione di avvio del procedimento.

14. I professionisti Apple Distribution International, Apple Italia S.r.l. e Apple Retail Italia S.r.l. hanno presentato, ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo, impegni volti a rimuovere i profili di scorrettezza della pratica commerciale oggetto di contestazione, in una prima versione pervenuta in data 3 marzo 2018, poi sostituita con una nuova versione⁶ pervenuta in data 6 marzo 2018.

15. Nella sua adunanza del 5 aprile 2018 l'Autorità ha rigettato tali impegni, sussistendo l'interesse all'accertamento e giudicando gli stessi non idonei a rimuovere i profili di possibile scorrettezza contestati e comunque a rimediare ai danni arrecati ai consumatori.

La decisione è stata comunicata ai professionisti Apple Distribution International, Apple Italia S.r.l. e Apple Retail Italia S.r.l. in data 6 aprile 2018.

16. In data 29 marzo 2018 sono state accolte le istanze di partecipazione al procedimento delle associazioni di consumatori Altroconsumo e Codici Onlus.

17. Con atto del 21 giugno 2018, prot. n. 0049187, il procedimento è stato esteso nei confronti di Apple Inc.

18. In data 14 luglio 2018 le società del gruppo Apple parti del procedimento hanno fatto pervenire una memoria difensiva.

19. In data 7 agosto 2018 è stata comunicata la data di conclusione della fase istruttoria al 26 agosto 2018 ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento, successivamente prorogata al 3 settembre con comunicazioni del 21 agosto 2018.

20. In data 21 agosto 2018 le società comunicavano le misure già adottate per andare incontro a quanto lamentato dai consumatori e poi, in data 3 settembre 2018, ulteriori informazioni e una memoria difensiva.

III.2. Le evidenze acquisite

III.2.1. Premessa

III.2.1.1. Gli apparecchi iPhone

21. Il cellulare iPhone di Apple è offerto ai consumatori come uno dei prodotti di massimo livello qualitativo - e corrispondentemente di prezzo - nella categoria degli *smartphone*⁷, come si evince ad

⁶ La proposta di impegni si incentrava sulla gestione della batteria degli iPhone e contemplava, in sintesi, misure riguardanti: a) funzionalità Power Management disattivata di *default* nel iOS; b) nuove funzioni per migliorare la conoscenza della funzionalità Power Management; c) informazioni ai consumatori sui c.d. UPO ("*Unexpected Power Off*" ovvero spegnimento imprevisto) e sulla attivazione del Power Management; d) introduzione di nuove informazioni diagnostiche nel iOS; e) spiegazioni ai consumatori sulle implicazioni della massima capacità della batteria; f) informazioni ai consumatori sul livello di prestazioni del dispositivo rispetto al massimo; g) informazioni ai consumatori sul verificarsi di un UPO a causa della inadeguata capacità della batteria; h) informazioni sul livello di degrado della batteria nel iOS.

⁷ I c.d. *smartphone* (ovvero "*telefoni intelligenti*") sono telefoni cellulari che, oltre alle normali funzionalità legate alla telefonia (chiamate vocali e messaggi SMS), hanno la capacità di connettersi alla rete internet nonché di svolgere numerose altre funzioni di ampia rilevanza pratica (quali, ad esempio, quelle di fotografare, riprodurre video, gestire documenti di varia natura, ecc.). L'insieme delle componenti fisiche dell'apparecchio vengono denominate complessivamente *hardware* e vengono coordinate e fatte funzionare da programmi informatici (c.d. *software*). Il termine *software*, a sua volta, ricomprende diverse categorie di programmi informatici, fra le quali si ricordano:

- il *firmware*, che è l'insieme del *software* installato dal produttore sul proprio dispositivo, fra cui il c.d. "sistema operativo" (abbreviato in SO, ovvero "*operating system*" abbreviato in OS), un insieme di programmi che fa avviare il dispositivo e fornisce servizi di base agli altri *software* installati sullo stesso;

- le c.d. applicazioni (ovvero, per gli *smartphone*, le c.d. "*App*"), che sono i programmi che possono essere installati ed utilizzati sull'apparecchio grazie alla intermediazione del *firmware*.

esempio dal comunicato stampa⁸ diffuso al momento del lancio del prodotto nei modelli iPhone 6 e iPhone 6 Plus o dagli studi di mercato acquisiti in sede ispettiva⁹.

22. In particolare, i modelli iPhone 6 e 6Plus sono stati commercializzati nell'autunno del 2014 con il sistema operativo iOS 8, un microprocessore "A8" DualCore¹⁰ 64 bit a 1,4 GHz e coprocessore di movimento M8, RAM da 1 Gigabyte e fotocamere da 1,2 (retro) e da 8 (frontale) megapixel, ed i modelli iPhone 6s e 6sPlus sono stati commercializzati nell'autunno del 2015 con il sistema operativo iOS 9, un microprocessore "A9" DualCore 64 bit, rispettivamente a 1,8 e 2 GHz e coprocessore di movimento M9, RAM da 2 Gigabyte e fotocamere da 5 (retro) e da 12 (frontale) megapixel.

Le versioni contrassegnate con il suffisso "Plus" sono caratterizzate da uno schermo più ampio e da una batteria più potente¹¹ dotata, secondo quanto dichiarato da Apple, delle caratteristiche rappresentate nella seguente tabella¹².

Batteria e alimentazione

iPhone 6sPlus	iPhone 6s	iPhone 6Plus	iPhone 6
Autonomia in conversazione Fino a 24 ore su 3G	Autonomia in conversazione Fino a 14 ore su 3G	Autonomia in conversazione Fino a 24 ore su 3G	Autonomia in conversazione Fino a 14 ore su 3G
Autonomia in standby Fino a 16 giorni	Autonomia in standby Fino a 10 giorni	Autonomia in standby Fino a 16 giorni	Autonomia in standby Fino a 10 giorni
Navigazione internet Fino a 12 ore su 3G; fino a 12 ore su 4G LTE; fino a 12 ore su Wi-Fi	Navigazione internet Fino a 10 ore su 3G; fino a 10 ore su 4G LTE; fino a 11 ore su Wi-Fi	Navigazione internet Fino a 12 ore su 3G; fino a 12 ore su 4G LTE; fino a 12 ore su Wi-Fi	Navigazione internet Fino a 10 ore su 3G, fino a 10 ore su 4G LTE, fino a 11 ore su Wi-Fi
Riproduzione video HD Fino a 14 ore	Riproduzione video HD Fino a 11 ore	Riproduzione video Fino a 14 ore	Riproduzione video Fino a 11 ore
Riproduzione audio Fino a 80 ore	Riproduzione audio Fino a 50 ore	Riproduzione audio Fino a 80 ore	Riproduzione audio Fino a 50 ore

⁸ Cfr. il documento ispettivo Apple Retail Italia S.r.l. n. 55 in cui i modelli iPhone 6 e iPhone 6 Plus vengono qualificati come il più grande progresso nella storia degli iPhone ("The Biggest Advancement in iPhone History"), vantandone le caratteristiche esteriori ("thinnest ever, delivering a bigger display in a design that is still comfortable to hold and easy to use"), le tecnologie e le funzionalità innovative in essi contenute, nonché una scheda logica capace di offrire prestazioni più veloci e maggiore efficienza energetica, con la capacità di offrire prolungate più alte prestazioni con una ottima durata della batteria ("offers faster performance and is more energy efficient, delivering higher sustained performance with treat battery life").

⁹ Cfr. per esempio i documenti ispettivi Apple Italia S.r.l. n. 296, "IDC EMEA Mobile Phone Performance Indicators - Q4FY15", n. 94, "GfK Mobile Performance Indicators - October 2016" e n. 296 "IDC EMEA Mobile Phone Performance Indicators - Q4FY17".

¹⁰ "DualCore", in elettronica e nell'informatica, indica un processore ("CPU - Central Processing Unit" ovvero unità logica di elaborazione) composto da 2 "core", ovvero da 2 unità di calcolo ciascuna costituita da un insieme di processori "fisici", montate sullo stesso supporto.

¹¹ I modelli 6 e 6s sono equipaggiati con batterie di capacità rispettivamente 1.810 mAh e 1.715 mAh mentre i modelli 6Plus e 6sPlus sono equipaggiati con batterie di capacità rispettivamente 2.915 mAh e 2.750 mAh.

¹² Cfr la pagina internet "www.apple.com/it/iphone/compare/" al dicembre 2015.

III.2.1.2. Il sistema operativo iOS

23. Gli *smartphone* iPhone sono basati su un sistema operativo proprietario, denominato iOS e contraddistinto da un numero che ne indica la versione¹³, sviluppato da Apple Inc., che ne cura e distribuisce gli aggiornamenti.

Il rilascio di una versione di iOS riguarda il sistema operativo strettamente inteso e ulteriori programmi *software* per la gestione dell'apparecchio e delle App che vengono installate su di esso, come ad esempio i c.d. “*Quadri*”, collezioni di codici *software* che permettono ad un'applicazione di appoggiarsi su dati e funzionalità del dispositivo¹⁴.

24. Nell'ambito del rapporto post-vendita con gli acquirenti dei propri dispositivi, Apple costantemente e ricorrentemente suggerisce a quasi tutti i consumatori in possesso dei diversi modelli di iPhone di procedere all'aggiornamento del *firmware* dei propri dispositivi¹⁵. Specificamente, Apple sviluppa e rilascia¹⁶ con cadenza annuale delle nuove versioni di iOS, il proprio sistema operativo, contenenti nuove funzioni o nuove caratteristiche delle funzioni già presenti nelle precedenti versioni, che vengono sia inserite nei nuovi modelli iPhone che proposte ai possessori dei dispositivi compatibili, invitandoli ad aggiornare iOS all'ultima versione disponibile.

Gli aggiornamenti di maggior rilievo del sistema operativo iOS vengono generalmente rilasciati a settembre di ciascun anno e abbinati alla presentazione di un nuovo modello di iPhone dalle caratteristiche tecnologiche superiori.

25. Ciascuna nuova versione di iOS viene rilasciata per i precedenti modelli di iPhone ritenuti tecnologicamente compatibili, in alcuni casi con un ridotto set di nuove funzionalità.

Al riguardo, Apple ha, infatti, chiarito che “*non tutte le funzionalità di un iOS aggiornato sono necessariamente abilitate su tutti i dispositivi che possono installare l'aggiornamento*”¹⁷ e che stabilisce volta per volta quali di tali funzionalità abilitare su ciascun modello.

Non viene, invece, offerta al consumatore la possibilità di operare una scelta su quali funzionalità di una nuova versione iOS abilitare o meno sul proprio apparecchio.

26. L'installazione di una nuova versione di iOS può in alcuni casi creare riduzioni delle prestazioni dell'iPhone come chiarito dalla stessa Apple¹⁸, che ha precisato che “*questi aggiornamenti spesso non impattano in alcun modo la performance. Alcuni aggiornamenti introducono nuove funzionalità. A seconda della funzionalità e del modello su cui viene eseguito l'aggiornamento dell'iOS, vi possono essere o meno impatti sulla performance*”.

27. Apple rilascia inoltre, nel periodo intercorrente fra una versione e la successiva di iOS molti altri aggiornamenti software, specificamente:

¹³ Dato che per Apple il sistema operativo è proprietario, nel seguito del presente provvedimento i termini *firmware* e *sistema operativo* saranno usati come sinonimo di iOS.

¹⁴ Cfr. la memoria difensiva prot. 61893 del 4 settembre 2018.

¹⁵ Solo per i modelli più datati, per i quali il servizio di supporto sia stato interrotto, non si suggerisce tale aggiornamento.

¹⁶ L'espressione “*rilascio*” (in inglese “*release*”) è il termine tecnico per indicare la diffusione di una nuova versione di *software*.

¹⁷ Cfr. la memoria difensiva prot. 61893 del 4 settembre 2018.

¹⁸ Cfr. la memoria difensiva prot. 61893 del 4 settembre 2018.

a) aggiornamenti *software* aggiuntivi della versione iOS, c.d. “dot”, con lo scopo di correggere i c.d. “bug”¹⁹ e migliorare l’esperienza d’uso di tale SO;

b) aggiornamenti software per risolvere problemi sicurezza.

Dunque, per ogni versione iOS vi sono svariati aggiornamenti intermedi che, ad esempio, sono stati 12 per la versione iOS 10.

III.2.2. Pratica sub A): proposta insistente di aggiornamenti del sistema operativo iOS sulla base di informazioni omissive ed ingannevoli in merito alle caratteristiche e all’impatto dell’aggiornamento sulle prestazioni dello smartphone, senza offrire (se non in misura limitata o tardiva) alcun mezzo di ripristino dell’originaria funzionalità dell’apparecchio

III.2.2.1. Le modalità adottate e le informazioni fornite in occasione del rilascio degli aggiornamenti iOS: specificamente il rilascio di iOS 10 e le successive condotte

28. Negli ultimi anni gli aggiornamenti del *firmware* di tutti gli *smartphone* avvengono direttamente attraverso lo *smartphone* stesso (senza l’ausilio di un *computer*), mediante l’utilizzo della tecnologia “FOTA” (“*Firmware Over-The-Air*”), una tecnologia di gestione del *software* mobile (“*MSM – Mobile Software Management*”) in cui il *firmware* operativo di un dispositivo mobile viene aggiornato in modalità *wireless* dal produttore: i telefoni compatibili FOTA scaricano gli aggiornamenti con un processo che richiede in genere alcuni minuti a seconda della velocità di connessione e della dimensione del file.

29. Ogni nuovo aggiornamento viene proposto a tutti i possessori di iPhone sulla base di una verifica fra due soli possibili stati dell’apparecchio: “aggiornato” o “non aggiornato”, in modo che “*un utilizzatore sa come rimediare allo stato di “non aggiornato” installando un aggiornamento quando sollecitato a fare ciò dall’iPhone*”²⁰. In particolare, al momento del rilascio di un nuovo aggiornamento iOS e in occasione di tutte le modifiche successive, Apple avverte tutti i possessori di iPhone che un aggiornamento è disponibile²¹.

Nella schermata Impostazioni/Aggiornamento Software compaiono il pulsante per scaricare l’aggiornamento e un breve messaggio che descrive il contenuto essenziale dell’aggiornamento stesso.

III.2.2.1.a. Le modalità attraverso le quali Apple rilascia l’aggiornamento del sistema operativo iOS con particolare riferimento alle informazioni fornite ai consumatori e alla impossibilità per gli stessi di ritornare alla versione precedente

30. Come detto, una volta che un aggiornamento sia disponibile, il professionista invia ripetutamente ai consumatori il messaggio che invita a scaricare ed installare l’aggiornamento *software* che è stato rilasciato, risollecitando periodicamente il consumatore fino a quando l’aggiornamento non viene scaricato e non consente in alcun modo di evitare tale sollecitazione.

¹⁹ Come noto, in informatica il termine inglese “bug” identifica un errore nella scrittura del codice sorgente di un programma *software* che può portare a un suo malfunzionamento e, in certi casi, rendere vulnerabile ad attacchi informatici l’apparecchio che ospita il *software*.

²⁰ Cfr. la relazione tecnica allegata alla memoria difensiva prot. 61893 del 4 settembre 2018, in cui si legge “*Their devices are either “updated” or “not updated.” Similarly, a user knows how to remediate the “not updated” state-by applying an update when prompted to do so by their phone*”.

²¹ Mediante un pallino rosso con il numero “1” che compare in altro a destra sull’icona “Impostazioni” della schermata Home dello smartphone.

31. Dall'esame dei messaggi utilizzati da Apple per comunicare la disponibilità di un aggiornamento iOS e le sue caratteristiche essenziali, acquisiti in istruttoria²², emerge come tali messaggi abbiano un formato standardizzato, nel quale la descrizione delle peculiarità dello specifico aggiornamento è molto simile.

Si tratta spesso di messaggi di poche righe contenenti una descrizione minimale dei miglioramenti che sarebbero permessi dall'aggiornamento, ma non danno conto di tutte le modifiche contenute nello stesso, limitandosi a mettere in risalto solo alcuni miglioramenti e correzioni, con espressioni come *"iOS 10.2.1 include correzioni di errori e migliora il livello di sicurezza di iPhone o iPad"*, *"iOS 10.2.1. include correzioni di bug e migliora la sicurezza di iPhone o iPad nonché la gestione dell'alimentazione durante i carichi di lavoro di picco per evitare spegnimenti imprevisti dell'iPhone"* o *"iOS 11.2 introduce Apple Pay Cash, disponibile solo negli Stati Uniti, per inviare, ricevere e richiedere somme di denaro con Apple Pay. Inoltre, l'aggiornamento include ulteriori miglioramenti e correzioni di errori"*.

L'informativa contiene poi l'invito a visitare una pagina internet sui contenuti di sicurezza degli aggiornamenti.

32. Con tali messaggi, Apple segnala dunque soltanto quali siano i miglioramenti attesi, con modalità tali da suggerire fortemente l'opportunità²³ di effettuare l'aggiornamento e quindi invita ad eseguirlo.

Apple non informa il consumatore sui possibili rischi che tali aggiornamenti possono determinare in termini di minore funzionalità degli apparecchi, in relazione sia alle loro caratteristiche *hardware* sia al loro specifico stato d'uso, e dunque sulla cautela con cui il consumatore deve valutare se procedere o meno all'aggiornamento del sistema operativo.

33. I messaggi si concludono con un pulsante virtuale denominato *"Scarica e installa"*, l'unica opzione offerta al proprietario del cellulare, attivando la quale lo *smartphone* procede a scaricare e ad installare la nuova versione del sistema operativo, senza nuovamente chiarire in via preliminare che tale processo è irreversibile.

Solo in alcune situazioni (ad esempio con carica ridotta della batteria) lo *smartphone* provvede a scaricare l'aggiornamento, mentre richiede più tardi l'autorizzazione alla installazione e solo in tale situazione è possibile cancellare dall'apparecchio l'aggiornamento già scaricato. Peraltro, iOS è costruito in modo tale da richiedere insistentemente al consumatore l'installazione dell'aggiornamento una volta scaricato.

34. Inoltre, i clienti che non abbiano proceduto ad effettuare l'aggiornamento *firmware* vengono successivamente raggiunti da messaggi FOTA di analogo contenuto, in risposta ai quali si può solo rinviare l'installazione dell'aggiornamento con la scelta della opzione *"Ricordamelo più tardi"*, mentre non viene data la possibilità di rifiutare definitivamente il *download*, sottraendosi alle successive ripetizioni del messaggio FOTA.

²² Apple ha fornito, con la proprie risposte alle richieste di informazioni, copia di tre messaggi utilizzati nel 2017 per comunicare la disponibilità di aggiornamenti (cfr. allegati A7, A8 e A9 alla risposta alla richiesta di informazioni allegata alla comunicazione di avvio) nonché i messaggi comunicati per tutte le versioni dell'iOS dalla 10.0 alla 10.3.3, indicando altresì la pagina del proprio sito internet (*"support.apple.com/kb/DL1893?viewlocale=it_IT&locale=it_IT"*) in cui sono riportati i messaggi di tale genere utilizzati per le ultime versioni di iOS, che poi ha richiamato nella propria memoria difensiva del luglio 2018.

²³ Cfr. ad esempio gli alla risposta di Apple alla richiesta di informazioni.

Dunque, anche nel caso in cui un consumatore abbia valutato non opportuno passare alla nuova versione di iOS, è impossibile impedire il continuo ripetersi dei messaggi che lo invitano invece a scaricarla ed installarla.

35. Riguardo alla ripetizione dei detti messaggi, Apple ha precisato che gli stessi vengono riproposti al massimo 5 volte in un mese (con una frequenza decrescente in funzione delle volte in cui è stata selezionata l'opzione "*Ricordamelo più tardi*"), secondo una apposita tempistica²⁴.

Secondo tale tempistica, considerato che nel periodo fra settembre 2016 e l'avvio della presente istruttoria nel gennaio 2018 Apple ha distribuito 22 successive versioni di iOS²⁵, la stessa ha sollecitato circa 70 volte in 16 mesi un consumatore che abbia deciso di non effettuare l'installazione di nuove versioni di iOS (in media fra le quattro e le cinque volte al mese).

L'efficacia di tale ripetizione emerge chiaramente dai dati forniti da Apple: secondo quanto riferisce Apple²⁶, infatti, circa tre mesi dopo l'introduzione dell'iOS 11 nel settembre 2017, il 65% dei dispositivi utilizzava tale versione di iOS. Inoltre, a giugno 2018, circa l'81% di tutti gli apparecchi con sistema operativo iOS risultava aggiornato alla sua ultima versione²⁷.

36. Dunque il possessore di un iPhone viene ripetutamente sollecitato con una proposta di aggiornamento scarsamente descritta che sarà indotto ad effettuare.

Una volta effettuato un aggiornamento, poi, Apple non consente il ritorno ad una versione precedente del sistema operativo iOS (c.d. *downgrading*) come chiaramente confermato anche dalle risposte fornite argomentando che "*permettere il downgrade dell'iOS contrasterebbe apertamente con il tipo di esperienza d'uso dell'iPhone concepito da Apple*"²⁸. Nelle istruzioni impartite attraverso il sistema informativo aziendale "GSX"²⁹ si chiarisce al riguardo che sul cellulare iPhone viene visualizzato il messaggio di errore "1015" nel caso in cui si cerchi di installare una versione precedente di iOS ("*you might be trying to install an earlier version of iOS (downgrading)*").

III.2.2.1.b. Il rilascio di iOS 10 nel settembre 2016 in occasione del lancio dell'iPhone 7 e i problemi registrati sui precedenti modelli di iPhone

37. Nel settembre 2016 Apple ha immesso sul mercato i modelli iPhone 7 e 7Plus, dotati di un microprocessore "A10 Fusion" QuadCore 64 bit a 2,3 GHz e coprocessore di movimento M10, RAM rispettivamente da 2 e da 3 Gigabyte e fotocamere da 7 (retro) e da 12 (frontale) megapixel.

²⁴ Cfr. la memoria di Apple del 13 luglio 2018, prot. 53763 del 16 luglio 2018, in cui tale frequenza decrescente viene rappresentata con la seguente tabella:

"Remind Me Later" clicks	Days until the next installation alert
0	1
1	3
2-4	8
5+	30

²⁵ Cfr. la memoria di Apple del 13 luglio 2018, prot. 53763 del 16 luglio 2018.

²⁶ Cfr. la memoria difensiva prot. 61893 del 4 settembre 2018.

²⁷ Cfr. la relazione tecnica allegata alla memoria difensiva prot. 61893 del 4 settembre 2018.

²⁸ Cfr. la memoria di Apple del 13 luglio 2018, prot. 53763 del 16 luglio 2018.

²⁹ Cfr. il documento ispettivo Apple Italia S.r.l. n. 487.

In particolare, mentre i modelli precedenti erano tutti basati su processori DualCore, ovvero con due sole unità di calcolo, questi sono i primi modelli di iPhone in cui viene installato un processore QuadCore, ovvero con quattro unità di calcolo, di cui due con alte prestazioni e maggiore assorbimento energetico che vengono utilizzate solo quando serve e le altre due con prestazioni inferiori e basso assorbimento energetico che vengono utilizzate per tutte le altre funzioni.

Anche la capacità della batteria dei modelli 7/7Plus è significativamente maggiore rispetto a quella delle batterie di quasi tutti i modelli iPhone 6³⁰.

38. I modelli iPhone 7 e 7Plus vengono equipaggiati con il sistema operativo iOS 10, presentato come una versione fortemente innovativa di iOS, caratterizzata da una gestione interattiva delle funzioni Messaggi e Siri, l'introduzione della funzione Memories in Photos per la gestione della libreria fotografica, oltre alle nuove app Home e News, mappe più semplici e intuitive, nonché miglioramenti alla funzione Apple Music.

39. Nello stesso periodo Apple rilascia lo stesso aggiornamento del sistema operativo iOS per tutti i modelli iPhone delle precedenti versioni 5 e 6, ritenuti appunto compatibili.

In particolare, l'installazione del nuovo iOS 10.1 per i modelli iPhone 5/5c non prevede l'attivazione di alcune sue funzionalità quali ApplePay, Safari Content Blockers, TouchID, Night Shift, Pedometer e i significativi miglioramenti nella gestione delle funzioni foto e video.

Per gli iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus invece il nuovo SO contempla quasi tutte le nuove funzionalità previste per i nuovi modelli 7 e 7Plus.

40. Apple procede al rilascio del sistema operativo iOS 10 per i modelli 6/6Plus/6s/6sPlus – dotati, come sopra descritto, di una diversa configurazione *hardware* rispetto ai più recenti modelli 7/7Plus – con l'attivazione sostanzialmente di tutte le nuove funzionalità senza tuttavia fornire alcuna informazione o avvertenza ai consumatori sulle sue maggiori esigenze in termini di prestazioni richieste all'*hardware* e di maggior assorbimento energetico e quindi anche sulla necessità di un buono stato della batteria per supportare i picchi energetici richiesti dalla nuova versione dell'iOS.

41. Tale aggiornamento ha determinato, anche a causa del rapido consumo delle batterie, la minore fruibilità di molti iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus a causa di un inaspettato aumento della frequenza di improvvisi spegnimenti dei loro apparecchi (chiamati “UPO”, ovvero “*Unexpected Power Off*”, da Apple), in presenza di batterie comunque sufficientemente cariche³¹ – un problema peraltro già noto ad Apple almeno dal primo trimestre 2016, come testimoniato dalle istruzioni diramate nell'aprile³² e nel maggio³³ di quell'anno per rispondere ai clienti che lamentavano spegnimenti (*shut-down*) improvvisi dei loro *smartphone* pur in presenza di una batteria carica più del 10%.

³⁰ Il modello 7 è equipaggiato con una batteria di capacità 1.960 mAh, mentre quelle dei modelli 6 e 6s hanno capacità rispettivamente 1.810 mAh e 1.715 mAh; il modello 7Plus ha una batteria di capacità 2.900 mAh, mentre quelle modelli 6Plus e 6sPlus hanno capacità rispettivamente 2.915 mAh e 2.750 mAh.

³¹ Gli UPO sono dovuti all'incapacità della batteria di fornire il picco di potenza richiesto senza provocare una riduzione al di sotto dei livelli minimi della tensione necessaria per il funzionamento di alcuni componenti elettronici. Tale riduzione provoca lo spegnimento improvviso del telefono, anche per salvaguardare l'integrità dei componenti stessi.

³² Cfr. il documento ispettivo Apple Retail Italia S.r.l. n. 51, mail interna dell'11 aprile 2016 ad oggetto “*Battery issue iPhone 6s*” in cui si danno direttive riguardo alle risposte da dare ai clienti che riferiscono di improvvisi spegnimenti nonostante la presenza di una carica rimanente di più del 10%.

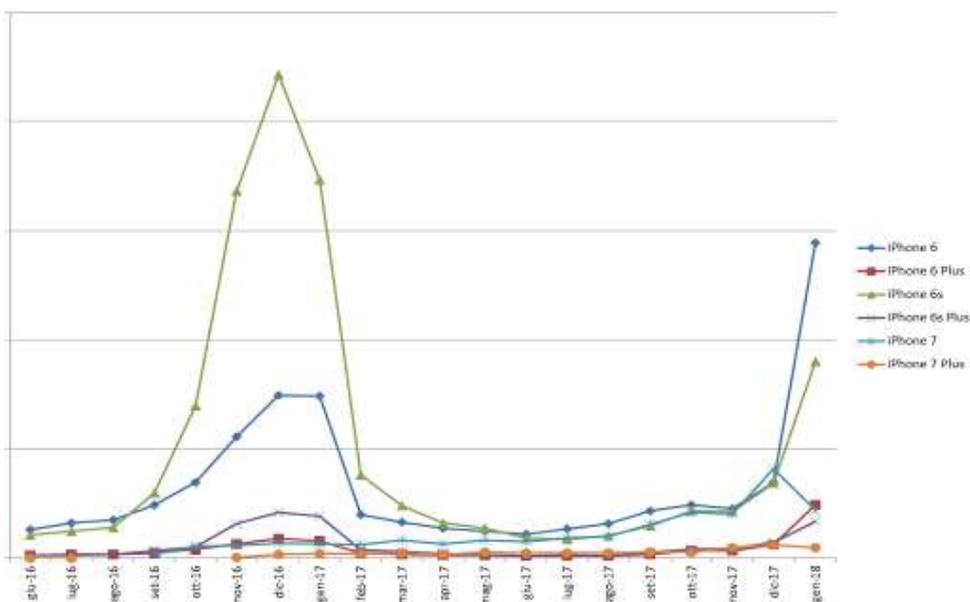
³³ Cfr. il documento ispettivo Apple Retail Italia S.r.l. n. 13, “*blocco 'riavvio' spegnimento inatteso Iphone6*”, contenente le istruzioni diramate tramite il portale interno GSX per affrontare situazioni in cui il dispositivo si riavviava o si spegneva durante l'utilizzo.

42. Dalla presentazione illustrata da Apple nel corso della propria audizione del 15 febbraio 2018, nonché dai dati forniti in risposta alla richiesta di informazioni allegata alla comunicazione di avvio, emerge che iOS 10 ha provocato un peggioramento del problema degli spegnimenti improvvisi sugli iPhone 6 e 6s e un calo delle prestazioni della batteria.

43. I dati forniti da Apple mostrano che, in particolare per i modelli iPhone 6, nell'autunno 2016, dopo il rilascio dell'aggiornamento a iOS 10, si registra un significativo aumento sia delle richieste di assistenza in relazione al rallentamento dei dispositivi iPhone, sia degli interventi di sostituzione della batteria o dell'intero dispositivo per problematiche legate alla vita della batteria, alle prestazioni e agli improvvisi *shut down*.

44. Come risulta dal grafico seguente³⁴, i dati forniti da Apple mostrano per i modelli iPhone 6/6s/6Plus/6sPlus un picco delle richieste di assistenza per problematiche legate alla vita della batteria, alle prestazioni e agli improvvisi *shut down* nell'autunno 2016, dopo l'aggiornamento a iOS 10.1.

Grafico 1: Totale delle richieste di assistenza relative a: Battery Life / Performance, Battery run time too short, Device running slowly, Rep(orted) battery shutdown, Unexpectedly restarted.



45. In particolare, il fenomeno degli UPO è particolarmente evidente per gli iPhone 6s, per i quali Apple a fine novembre lancia una iniziativa di sostituzione gratuita delle batterie avendo riscontrato alcuni difetti di fabbricazione.

Un link segnalato in una mail interna del 9 gennaio 2017³⁵, conduce infatti ad una pagina del sito "apple.com" intitolata "Programma per problemi di spegnimento inatteso di iPhone 6s" aggiornata al

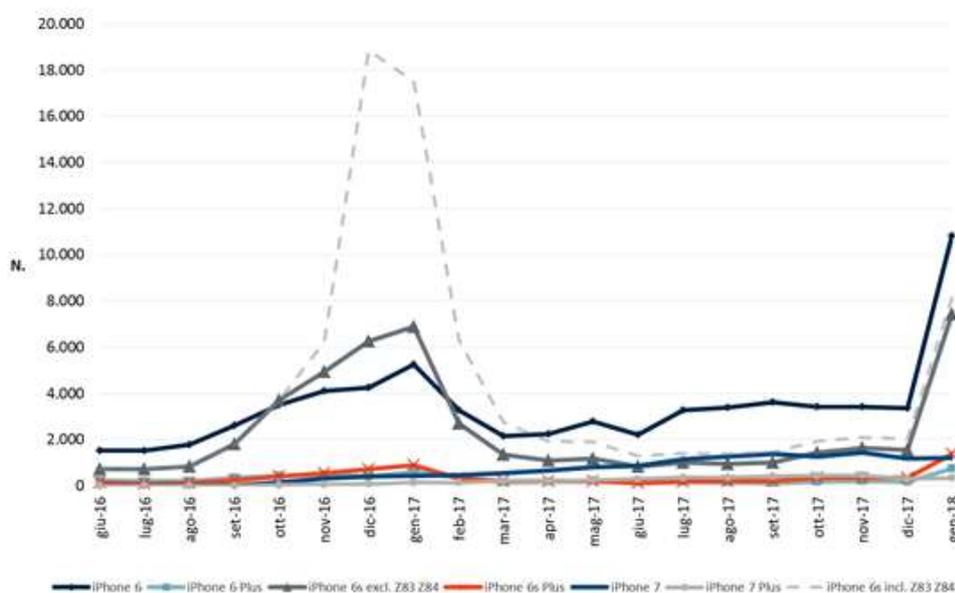
³⁴ Fonte: Elaborazione dei dati forniti con l'allegato A22 alla risposta di Apple alla richiesta di informazioni allegata alla comunicazione di avvio. Lo stesso andamento rappresentato nel grafico emerge anche dai dati di cui agli allegati A23 e A24 relativi alle riparazioni riguardanti la batteria.

³⁵ Cfr. il documento ispettivo Apple Italia S.r.l. n. 1321.

30 novembre 2016³⁶, in cui si informa che: “...un numero limitato di iPhone 6s potrebbe spegnersi in maniera inattesa. Non si tratta di un problema di sicurezza e interessa solo un numero limitato di numeri di serie di dispositivi che sono stati prodotti fra i mesi di settembre e ottobre 2015. I clienti che hanno riscontrato questo problema possono recarsi in uno store o presso un Centro di Assistenza Autorizzato Apple e chiedere che il numero di serie del loro dispositivo venga verificato per confermare l'idoneità alla sostituzione gratuita della batteria. Il programma copre le batterie di iPhone 6s interessate per un periodo di 3 anni dopo la prima vendita retail delle unità.”³⁷. Tale programma risultava ancora in vigore nel giugno 2017 (in modo analogo le istruzioni nel sistema GSX)³⁸.

46. Il grafico seguente, ripreso dalle difese di Apple, evidenzia con la linea tratteggiata la parte degli interventi derivanti dalle richieste di assistenza connesse a delle batterie difettose installate su alcuni iPhone 6s prodotti nel settembre-ottobre 2015.

Grafico 2: Totale degli interventi di sostituzione della batteria per problematiche relative a: Battery Life / Performance, Unexpectedly restarted Rep(orted) battery shutdown



Fonte: memoria finale Apple, elaborazioni su dati degli allegati A23-A24 alla risposta alla richiesta di informazioni allegata alla comunicazione di avvio

47. Anche escludendo gli interventi collegati a tale programma di assistenza sulle batterie difettose – come fa Apple nella sua memoria finale – gli interventi di assistenza per iPhone 6 e 6s relative a spegnimenti improvvisi/reset casuali e a problematiche riconducibili alla batteria appare aumentare

³⁶ Cfr. la pagina internet “www.apple.com/it/support/iphone6s-unexpectedshutdown/”.

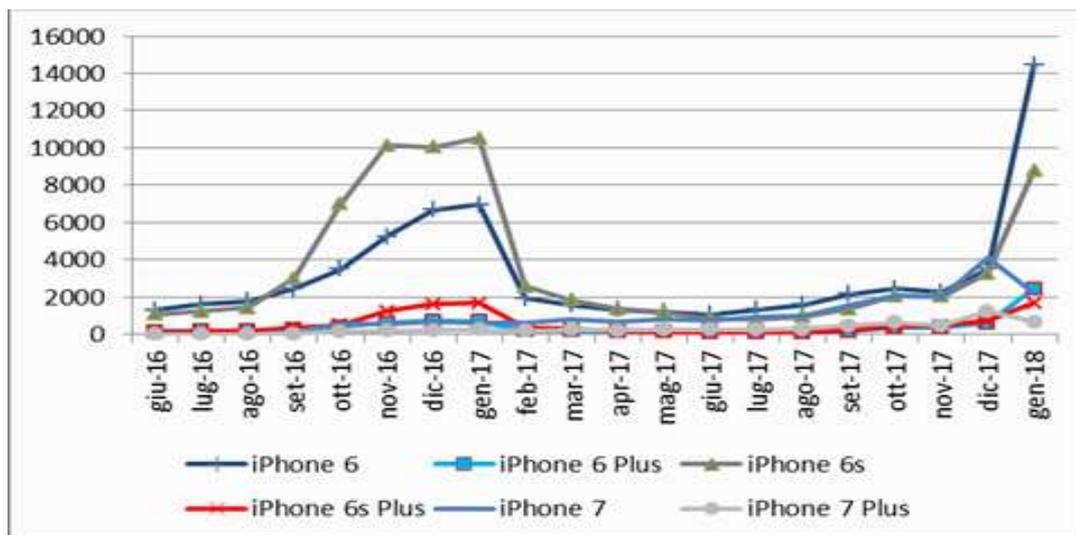
³⁷ Cfr. il documento ispettivo Apple Retail Italia S.r.l. n. 7, “Programma iPhone 6s per problemi di spegnimento inatteso”.

³⁸ Cfr. i documenti ispettivi Apple Italia S.r.l. nn. 521 e 529.

nettamente a partire dal settembre 2016, passando dai circa 2.500 di agosto agli oltre 4.000 di settembre, per raggiungere un picco di circa 12.000 nel gennaio 2017.

Tale andamento si riscontra anche sui modelli Plus – dotati di batterie più grosse: gli interventi passano da poco più di 300 nell’agosto 2016 a oltre 500 nel settembre, per raggiungere un picco di circa 1.500 nel gennaio 2017.

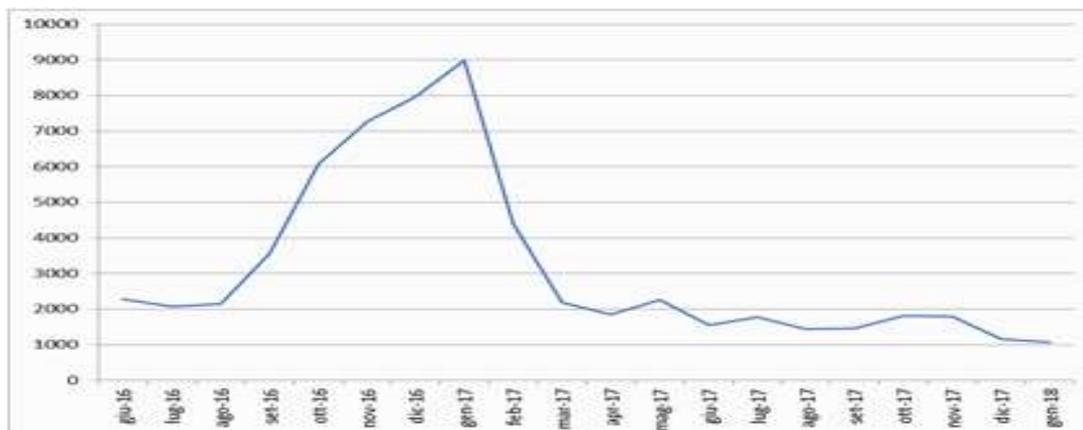
Grafico 3: Totale delle richieste di assistenza ricevute dal Customer Care di Apple in Italia in relazione ai rallentamenti dei dispositivi iPhone 6 e 7



Fonte: elaborazioni su dati dell’allegato A22 (causali: battery life/performance, device running slowly, unexpectedly restarting) alla risposta alla richiesta di informazioni allegata alla comunicazione di avvio

48. Una parte sostanziale di questi interventi sono determinati da spegnimenti improvvisi/reset casuali. Questi interventi aumentano nettamente nel periodo settembre 2016 – gennaio 2017, come emerge dal grafico seguente.

Grafico 4: Interventi in assistenza su iPhone 6-6s (incl. Plus) che presentavano problematiche di spegnimento improvviso / reset casuale



Fonte: elaborazioni su dati degli allegati A23-A24 alla risposta alla richiesta di informazioni allegata alla comunicazione di avvio

III.2.2.1.c. Il rilascio di iOS 10.2.1 nel gennaio 2017

49. Nel dicembre 2016 Apple rilascia quindi l'aggiornamento 10.2 che prevede un'apposita funzionalità diagnostica per comprendere il fenomeno degli UPO.

Quindi, nel gennaio 2017, Apple rilascia l'aggiornamento iOS 10.2.1, che contiene una apposita funzione di "power management", volta a ridurre i picchi di consumo richiesti da iOS 10 e seguenti che possono non essere sopportati dalla batteria, provocando i descritti "UPO".

Lo scopo dell'introduzione di tale aggiornamento e le sue conseguenze sono stati spiegati e descritti da Apple solo nel comunicato del 28 dicembre 2017³⁹, successivo di circa 11 mesi al rilascio di iOS 10.2.1, nei termini seguenti: "Circa un anno fa, con iOS 10.2.1 abbiamo rilasciato un aggiornamento software che migliora la gestione energetica durante i picchi di lavoro, per evitare spegnimenti improvvisi su iPhone 6, iPhone 6 Plus, iPhone 6s, iPhone 6s Plus e iPhone SE. Grazie a questo aggiornamento, iOS calibra dinamicamente le prestazioni di alcuni componenti del sistema, in modo da evitarne lo spegnimento. Questo cambiamento spesso passa inosservato, **ma in certi casi può causare una maggior lentezza nei tempi di apertura delle app e altre riduzioni di performance.** iOS 10.2.1 ha diminuito con successo il numero degli spegnimenti improvvisi, ed è stato accolto con favore dai nostri clienti. Naturalmente, quando una batteria che presenta un invecchiamento chimico viene sostituita con una nuova, e il telefono è utilizzato in condizioni standard, le prestazioni di iPhone tornano normali" (neretto aggiunto).

Al riguardo Apple ha ulteriormente precisato che "nei casi che richiedono forme più estreme di questa gestione e ottimizzazione delle prestazioni, gli effetti (..) possono comportare tempi di avvio delle applicazioni più lunghi, minor numero dei fotogrammi e rallentamento durante lo scorrimento, riduzione della retroilluminazione (che può essere annullata dall'utente), volume dell'altoparlante più basso, graduale riduzione del numero dei fotogrammi in alcune applicazioni o disattivazione del flash della fotocamera" ma che la "Funzionalità di Performance Management non ha alcun impatto su

³⁹ Cfr. i documenti ispettivi Apple Italia S.r.l. nn. 415, 416, 417, 418.

tutta una serie di altre importanti funzionalità, tra cui la qualità delle chiamate, le prestazioni del flusso del collegamento in rete, la qualità delle foto e dei video; le prestazioni del GPS; la precisione della localizzazione, i sensori come il giroscopio, il barometro e l'accelerometro, e l'Apple Pay⁴⁰.

50. Il messaggio che descriveva le caratteristiche essenziali dell'aggiornamento in questione nel gennaio 2017 non menzionava la funzionalità di gestione dell'alimentazione (cfr. fig. 1 seguente), mentre quello successivo del febbraio 2017 parlava di tale funzionalità sottolineandone l'utilità con specifico riferimento alla capacità di evitare gli spegnimenti improvvisi (cfr. fig. 2 seguente), ma senza fornire alcuna informazione sul fatto che il sistema di *power management* avrebbe rallentato gli iPhone riducendone le prestazioni, in particolare quelle degli iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus con batteria non perfettamente efficiente.

Fig. 1: schermata con cui veniva proposto a gennaio 2017 l'aggiornamento a iOS 10.2.1



⁴⁰ Cfr. la memoria difensiva prot. 61893 del 4 settembre 2018.

Fig. 2: schermata con cui veniva proposto a febbraio 2017 l'aggiornamento a iOS 10.2.1

51. Neppure nelle istruzioni fornite agli operatori dell'assistenza Apple (Sistema informativo GSX) si trova alcuna informazione o avvertenza sulla riduzione delle prestazioni degli iPhone che l'aggiornamento iOS 10.2.1 avrebbe potuto provocare, nonostante tale riduzione fosse stata osservata dagli utenti persino sui modelli più recenti⁴¹.

52. Nel novembre-dicembre 2017 venivano diffuse sulla stampa e sulla rete internet notizie in merito ad una condotta adottata da Apple, consistente nella proposta di aggiornamenti del sistema operativo che rallentavano le prestazioni dei propri *smartphone* per prevenire lo spegnimento del dispositivo nel caso in cui un picco di sforzo richiedesse troppa potenza alla batteria, che nel corso del tempo va riducendo le proprie prestazioni per l'usura legata al suo utilizzo⁴².

53. In particolare, in un post su Reddit⁴³ si mostrava che cambiando la batteria di un iPhone 6s si ottenevano punteggi assai maggiori nel test Geekbench 4 (un test delle prestazioni del processore) e in alcuni risultati pubblicati su Geekbench.com⁴⁴ si mostrava come la performance del processore nell'iPhone 6s sembrava cambiare passando da iOS 10.2 a iOS 10.2.1, suggerendo che *"Apple introduced a change to limit performance when battery condition decreases past a certain point."*

Peraltro, la documentazione acquisita in ispezione mostra la forte preoccupazione di Apple rispetto al modo in cui era stato recepito il *"Geekbench study"* e alle risposte ufficiali da fornire, la prima delle

⁴¹ Cfr. segnalazione del 20/12/2017, prot. 93360, in cui un consumatore lamentava la riduzione di circa il 40% della durata della batteria a seguito dell'effettuazione di un aggiornamento del *software* del proprio iPhone 7, acquistato nel corso del 2017.

⁴² Cfr. ad esempio le pagine internet *"www.geekbench.com/blog/2017/12/iphone-performance-and-battery-age"*, *"motherboard.vice.com/it/article/3k5bdw/apple-rallenta-gli-iphone-che-hanno-batterie-vecchie-e-non-lhai-mai-detto-a-nessuno"*, *"reddit.com/r/Android/comments/7140xo/discussion_apple_slow_down_older_iphones_to"*, *"www.mobileworld.it/2017/12/21/iphone-downclock-iphone-6-6s-7-batteria-1399161"*, *"www.apple.com/iphone-battery-and-performance/"* e *"www.ilsole24ore.com/art/tecnologie/2017-12-29/iphone-lenti-le-batterie-apple-chiede-scusa-etaglia-prezzi-sostituzioni-075359.shtml?uuid=&refresh_ce=1"*.

⁴³ Cfr. la pagina internet *"www.reddit.com/r/Android/comments/7140xo/discussion_apple_slow_down_older_iphones_to"*.

⁴⁴ Cfr. la pagina internet *"www.geekbench.com/blog/2017/12/iphone-performance-and-battery-age/"*.

quali è affidata ad un commento su *Techcrunch.com* del 20 dicembre 2017, basato sulle dichiarazioni ufficiali rilasciate da un manager Apple⁴⁵.

54. Successivamente ad alcune iniziative giudiziarie che hanno avuto un'ampia eco mediatica, assunte nel dicembre 2017 negli Stati Uniti e in Francia - specificamente la presentazione della istanza per una *class action* negli Stati Uniti e di una istanza per l'apertura di un procedimento per obsolescenza programmata in Francia - il 28 dicembre 2017 Apple ha diffuso sul proprio sito un comunicato⁴⁶ nel quale (i) ha riconosciuto l'esistenza delle limitazioni tecniche delle batterie al litio utilizzate, che con il tempo riducono le proprie prestazioni, provocando il fenomeno degli spegnimenti improvvisi, (ii) ha dichiarato di avere introdotto con iOS 10.2.1 un sistema di gestione energetica dei picchi di lavoro di iPhone 6, iPhone 6 Plus, iPhone 6s, iPhone 6s Plus e iPhone SE (esteso con iOS 11.2 anche alla gamma iPhone 7) che può rallentare il funzionamento degli apparecchi in modo da limitarne il consumo energetico e impedire così che vengano richiesti a batterie non più nuove dei picchi di energia che queste non sarebbero in grado di fornire, (iii) ha offerto la possibilità di cambiare la batteria di iPhone 6 e modelli successivi a prezzo di costo (riducendo il prezzo da 79 a 29 euro) per tutti i consumatori che lo avessero richiesto entro il 31 dicembre 2018.

Nel comunicato in questione si riporta tuttavia che i rallentamenti sarebbero emersi solo dal settembre 2017 - invece che dal gennaio/febbraio 2017 -, come di seguito riportato:

“Questo autunno abbiamo cominciato a ricevere segnalazioni da parte di nostri clienti che notavano un rallentamento delle prestazioni in alcune circostanze. In base alla nostra esperienza, inizialmente pensavamo che la causa fosse la combinazione di due fattori: prima di tutto un normale e temporaneo calo di performance dovuto all'aggiornamento del sistema operativo, quando iPhone installa il nuovo software e aggiorna le applicazioni. E in secondo luogo la presenza, nella release iniziale, di piccoli bug poi eliminati. Ora siamo convinti che anche il prolungato invecchiamento chimico delle batterie abbia influito negativamente sulle prestazioni degli iPhone 6 e iPhone 6s più vecchi, molti dei quali ancora utilizzano la loro batteria originale”.

55. L'offerta della possibilità di cambiare la batteria di iPhone 6 e modelli successivi a 29 euro vale per tutti i consumatori indipendentemente dal risultato delle verifiche diagnostiche effettuate.

In particolare dall'aggiornamento delle istruzioni fornite da Apple a tutta la propria rete di assistenza (sistema GSX), si evince che Apple, in una prima comunicazione del 28 dicembre 2017⁴⁷, avvisa della riduzione del prezzo per la sostituzione delle batterie e successivamente fornisce istruzioni più precise sull'assistenza da fornire in una seconda comunicazione del 31 dicembre⁴⁸, ove si precisano le due causali per le quali è offerta assistenza ai clienti e la sostituzione della batteria al nuovo prezzo, istruzioni poi ribadite in una terza comunicazione del 5 gennaio 2018⁴⁹:

Fig. 3: comunicazione GSX del 5 gennaio 2018

⁴⁵ Cfr. il documento ispettivo Apple Italia S.r.l. n. 1262 *“Geekbench comment & background points”*.

⁴⁶ Cfr. i documenti ispettivi Apple Italia S.r.l. nn. 415, 416, 417, 418.

⁴⁷ Cfr. il documento ispettivo Apple Italia S.r.l. n. 536.

⁴⁸ Cfr. il documento ispettivo Apple Italia S.r.l. n. 538.

⁴⁹ Cfr. il documento ispettivo Apple Retail Italia S.r.l. n. 8

2. Offrire l'assistenza per la batteria nei seguenti casi:

- La diagnostica indica che è necessaria una riparazione della batteria.
- Il cliente richiede una batteria sostitutiva o esprime preoccupazione in merito ai problemi di prestazioni di iOS (indipendentemente dal risultato della diagnostica).

3. Diagnostica: i sistemi di assistenza sono stati aggiornati per consentire la sostituzione della batteria indipendentemente dal risultato della diagnostica. Eseguire la diagnostica per confermare la funzionalità di iPhone prima dell'intervento di assistenza.

56. Riguardo al risultato ottenuto con il rilascio della versione iOS 10.2.1, Apple ha precisato⁵⁰ che *“per gli utenti che erano stati interessati da casi di spegnimento improvviso, c’era stata una riduzione degli spegnimenti pari a più dell’80% per gli iPhone 6s e a più del 70% per gli iPhone 6”*. Apple precisa al riguardo che *“nei casi che richiedono forme più estreme di questa gestione e ottimizzazione delle prestazioni, gli effetti (...) possono comportare tempi di avvio delle applicazioni più lunghi, minor numero dei fotogrammi e rallentamento durante lo scorrimento, riduzione della retroilluminazione (che può essere annullata dall’utente), volume dell’altoparlante più basso, graduale riduzione del numero dei fotogrammi in alcune applicazioni o disattivazione del flash della fotocamera”* ma che *“in alcuni casi, un utente potrebbe non notare alcuna differenza nelle prestazioni ordinarie del dispositivo”*.

III.2.2.2. la condotta e le informazioni fornite da Apple in ordine ai problemi ed ai guasti lamentati dai consumatori derivanti dagli aggiornamenti software iOS 10 e iOS 10.2

57. Come sopra evidenziato, per fronteggiare i problemi causati dall’aggiornamento iOS 10 Apple ha rilasciato una nuova versione del sistema operativo (iOS 10.2.1) contenente una funzione di *power management* che rallentava la funzionalità dei cellulari con batteria non perfettamente efficiente.

58. Apple ha operato tale scelta unilateralmente e non ha offerto ai consumatori alcun mezzo alternativo di ripristino dell’originaria funzionalità dell’apparecchio, ad esempio, attraverso la possibilità di riportarlo nello stato precedente agli aggiornamenti con il *downgrade* del sistema operativo iOS o con la riduzione delle nuove funzionalità attivate sul proprio iPhone.

Apple non ha dunque permesso ai possessori degli *smartphone* in argomento di scegliere un bilanciamento alternativo tra le prestazioni che l’apparecchio era in grado di fornire e le proprie necessità, e ciò anche a fronte dei problemi riscontrati dai consumatori, che li avevano chiaramente descritti e denunciati ad Apple anche con reclami che sono stati acquisiti nel corso degli accertamenti ispettivi.

In alcuni reclami ricevuti da Apple e acquisiti in ispezione si lamentano, ad esempio: i) blocco della macchina fotografica, una linea verticale sulle foto, consumo anomalo della batteria e spegnimento quando la batteria segnava ancora un livello non marginale, difetti che l’Apple Store attribuisce a un utilizzo non corretto dell’iPhone⁵¹; ii) un rapido abbassamento della carica della batteria⁵²; iii) ripetuti spegnimenti e riaccensioni automatici da parte del cellulare dopo l’aggiornamento iOS 11, per

⁵⁰ Cfr. la memoria di Apple del 13 luglio 2018, prot. 53763 del 16 luglio 2018.

⁵¹ Cfr. il documento ispettivo Apple Italia S.r.l. nn. 1312 (reclamo del 21 ottobre 2016), 131 (reclamo del 12 novembre 2017).

⁵² Cfr. il documento ispettivo Apple Italia S.r.l. nn. 1310 (reclamo del 22 ottobre 2015), 137 (reclamo del 15 novembre 2017).

i quali la soluzione proposta dall'Apple store era una riparazione a carico del consumatore dal costo di 350 euro⁵³.

Si legge, ad esempio, nel reclamo di un consumatore del 5 ottobre 2017⁵⁴ *“Qualcuno, da voi, si è reso conto che con la penultima release avete bloccato tutti gli iPhone 6 in circolazione? Speravo che l'ultima servisse a risolvere il problema, ma non è così.”*

Inoltre, come accennato in una mail interna del 29 dicembre 2017⁵⁵, il precedente aggiornamento iOS aveva comportato anche problemi di funzionamento del c.d. *“tethering”*⁵⁶.

59. Apple era consapevole fin dal primo trimestre 2016 dei problemi che l'usura delle batterie stava procurando ai possessori di iPhone e ciononostante continuava a sollecitare l'aggiornamento del sistema operativo iOS.

In una mail interna dell'11 aprile 2016⁵⁷ ad oggetto *“Battery issue iPhone 6s”* si danno direttive riguardo alle risposte da dare ai clienti che riferiscono di improvvisi spegnimenti nonostante la presenza di una carica rimanente di più del 10%, suggerendo di mantenere aggiornato il software del cellulare con le frasi *“Explain to the customer that we are aware of this issue and it is being investigated. You may use positioning similar to ‘Keep your software up-to-date. You may also want to check the support website from time to time for possible updates about this issue’”*.

60. Anche il programma di sostituzione delle batterie degli iPhone 6s viene approvato a fine novembre 2016, dopo il rilascio di iOS 10, quando si registra un incremento assolutamente anomalo di richieste di assistenza derivanti da un altrettanto anomalo fenomeno di UPO. Ancora una volta l'informazione fornita dal professionista ai consumatori è relativa esclusivamente al problema di fabbricazione.

61. Solo nel marzo 2017 Apple fornisce gli Apple Store di una apposita diagnostica per l'individuazione dello stato della batteria, da utilizzare qualora un cliente avesse segnalato problemi di scarsa durata della batteria del proprio dispositivo⁵⁸ e dalle istruzioni per l'uso di tale diagnostica emerge che sugli iPhone che avevano installato iOS 10.2.1 o una versione successiva sarebbe potuto comparire un avviso in cui si consigliava di far verificare la batteria.

In particolare, i risultati della verifica effettuata sarebbero stati descritti da un indicatore di diverso colore:

- Verde: nessun problema;

- Giallo: batteria esaurita; in tal caso *“la batteria è ancora funzionante, ma probabilmente sta perdendo la sua capacità di mantenere la carica”* e sarebbe stato opportuno sostituirla; la sostituzione era a carico del cliente a meno che egli non avesse sottoscritto l'AppleCare Protection Plan (APP) o l'AppleCare Plus (AC+);

⁵³ Cfr. il documento ispettivo Apple Italia S.r.l. n. 130 (reclamo del 4 ottobre 2017).

⁵⁴ Cfr. il documento ispettivo Apple Italia S.r.l. n.1320 (reclamo del 5 ottobre 2017).

⁵⁵ Cfr. il documento ispettivo Apple Italia S.r.l. n. 31.

⁵⁶ Il c.d. *tethering* (traducibile con "incatenamento") consiste nell'uso di un telefono cellulare (o di un altro dispositivo mobile con connessione Internet) come porta di accesso alla rete internet ad altri dispositivi che sono sprovvisti di tale possibilità. La connessione tra i due dispositivi può avvenire via wireless (Bluetooth o Wi-Fi) o in maniera cablata (USB).

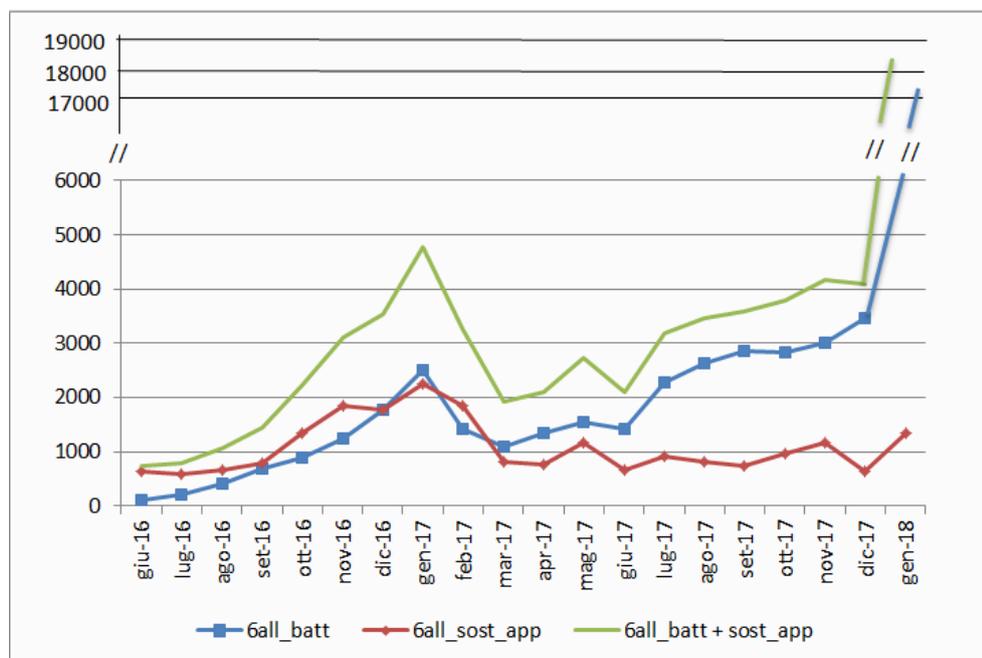
⁵⁷ Cfr. il documento ispettivo Apple Retail Italia S.r.l. n. 51.

⁵⁸ Cfr. il documento ispettivo Apple Retail Italia S.r.l. n. 5 *“Comprendere i risultati sullo stato di salute della batteria in Mobile genius GSX”*.

- Rosso: batteria difettosa, che andava sostituita; la sostituzione era gratuita nel primo anno dall'acquisto dell'iPhone oppure entro i due anni dall'acquisto se il cliente aveva sottoscritto l'AppleCare Protection Plan (APP) o l'AppleCare Plus (AC+).

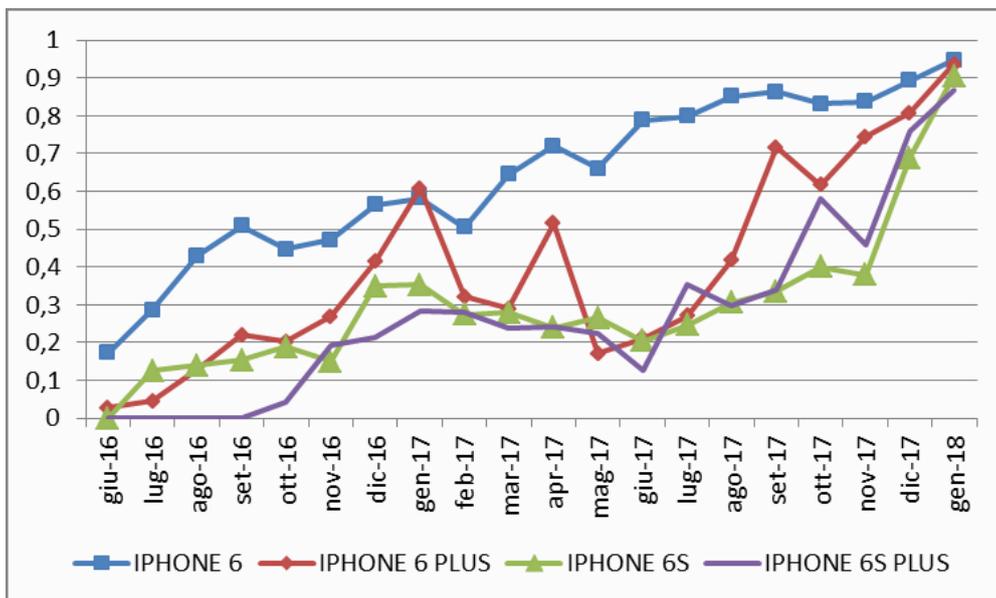
62. I dati forniti da Apple in risposta alla richiesta di informazioni⁵⁹ relativi agli interventi di assistenza a pagamento collegabili a problemi della batteria effettuati nel periodo giugno 2016 – gennaio 2018 per tutti i modelli di iPhone 6 (6, 6 Plus, 6S e 6S Plus) evidenziano nuovamente sia il picco nel periodo ottobre 2016- marzo 2017, sia la prevalenza fino a marzo 2017 della sostituzione dell'intero dispositivo (a giugno 2016 tale percentuale è oltre il 70% delle richieste di assistenza) per crollare poi nel gennaio 2018 a seguito delle direttive⁶⁰ impartite alla rete di assistenza in merito alla sostituzione delle batterie, come si evince per ciascuno dei suddetti modelli iPhone dai due grafici seguenti (il primo in numeri assoluti, il secondo in percentuali).

Grafici 5 e 6: numerosità e proporzione di iPhone fuori garanzia nei quali, a fronte di problematiche riscontrate sulla batteria (vita/prestazioni, spegnimento improvviso), è stata effettuata la sostituzione della batteria invece che dell'intero apparecchio



⁵⁹ Fonte: Elaborazione dei dati forniti con gli allegati A23 e A24 alla risposta di Apple alla richiesta di informazioni allegata alla comunicazione di avvio.

⁶⁰ Cfr. i documenti ispettivi Apple Italia S.r.l. nn. 8, 536 e 538.



Fonte: allegati A23-A24 alla risposta alla richiesta di informazioni, soli interventi OW (*out of warranty*)

63. I grafici mostrano come Apple, a fronte di problematiche classificate come dipendenti dalla batteria, nel caso di interventi a pagamento fuori garanzia non abbia proceduto, fino a marzo 2017, a suggerire e quindi a procedere in maniera sistematica con la sostituzione della batteria piuttosto che dell'intero *smartphone*.

Tale condotta appare particolarmente evidente per gli iPhone 6s e 6s plus, per i quali, fino a ottobre 2017, in meno della metà dei casi veniva sostituita la batteria. Essa si riscontra, seppur con oscillazioni, anche per l'iPhone 6plus. Per tutti e tre questi modelli si riscontra un deciso aumento del tasso di sostituzione della batteria nell'autunno 2017, che culmina in una percentuale del 95% circa di interventi di sostituzione dopo l'annuncio di Apple del dicembre 2017.

Per l'iPhone 6, la proporzione di interventi nei quali è sostituita la batteria invece che l'intero telefono ha un andamento leggermente meno accentuato nel corso del periodo considerato; la sostituzione della batteria avveniva già per il 50% nel periodo fra settembre 2016 e febbraio 2017. Anche in questo caso, si riscontra tuttavia un progressivo aumento a partire da marzo 2017, che diventa più marcato tra novembre 2017 e gennaio 2018.

64. D'altro canto, l'esistenza di una consapevolezza, all'interno delle strutture Apple, delle problematiche legate alle batterie e agli aggiornamenti di iOS sembra indirettamente confermata dai ripetuti inviti del management ad evitare qualsiasi commento o speculazione sulla situazione dopo la comunicazione del 28 dicembre 2017.

Nelle istruzioni operative diffuse alla rete attraverso il sistema informativo aziendale GSX riguardo alle richieste di sostituzione della batteria a prezzo ridotto, si raccomanda di non discutere su ulteriori dettagli con i clienti (*"do not speculate about additional details with customers"*)⁶¹.

⁶¹ Cfr. il documento ispettivo Apple Italia S.r.l. n. 537 e l'allegato A11 alla risposta di Apple alla richiesta di informazioni allegata alla comunicazione di avvio.

Analogamente, nella pubblicazione interna “*Genius&Forum Journal*” trasmessa con una mail del 7 gennaio 2018⁶² si raccomanda “*soprattutto evitiamo di farci impegnare in discorsi che ci portano sui piani surreali/esistenziali/ontologici del perché e per come di tutta questa situazione*” e nelle istruzioni diffuse in data 14 gennaio 2018⁶³ su come “*gestire le chiamate per ‘sostituzione batteria’*” si impartisce come prima direttiva di “*Non usare considerazioni personali sulla questione ‘batteria’*”. Infine, dopo la diffusione a fine dicembre 2017 delle citate notizie giornalistiche sui problemi provocati da iOS, in una mail del 12 gennaio 2018⁶⁴ si riferisce della redazione in corso di una risposta scritta standard da utilizzare per i reclami individuali e poi in una mail interna del 15 gennaio 2018⁶⁵ si dà notizia che è stata centralizzata la gestione dei reclami relativi alla efficienza del sistema operativo iOS, mentre sono state impartite direttive agli Apple Store di non interloquire su qualsiasi argomento collegato a questioni di obsolescenza programmata.

65. Apple non ha, dunque, riconosciuto che la minore funzionalità e i guasti lamentati dai consumatori rappresentavano un fenomeno indotto dagli aggiornamenti software iOS 10 e iOS 10.2.1 che comportavano una maggiore richiesta energetica e che tale fenomeno era relativo ad una vasta porzione degli apparecchi messi in commercio; ciò è accaduto quantomeno dall’autunno del 2016⁶⁶ fino al dicembre 2017.

66. È infatti solo nel dicembre 2017 che Apple ha ammesso l’esistenza di un problema della batteria e favorito la sua sostituzione con una significativa riduzione del loro prezzo di vendita, misura pur già adottata per alcuni esemplari di iPhone 6s. Anche allora, però, Apple, ha subordinato la sostituibilità della batteria alla integrità dello schermo, che va rimosso per effettuare la sostituzione, e dunque alla riparazione dello schermo danneggiato a carico del consumatore⁶⁷.

III.2.2.3. La politica commerciale di Apple di sostituzione degli apparecchi

67. Apple offre ai propri clienti una vasta scelta di “App” offerta attraverso la funzione “*AppleStore*” e una vasta scelta di musica offerta attraverso la funzione “*iTunes*”, un ambiente completo di prodotti elettronici compatibili su ciascuno dei quali il cliente può utilizzare tutti i propri documenti (ad es. video ed audio), cui si affiancano servizi come quello di *cloud storage* dei documenti dell’utente, gratuito fino a una capacità di 5 Gigabyte e a pagamento oltre tale misura, e il servizio di pagamento online “*iPay*”.

In tale contesto, gli acquirenti di iPhone, che spesso hanno acquistato anche altri apparecchi elettronici di marca Apple per avvantaggiarsi della facile trasferibilità di contenuti fra tali apparecchi, possono essere indotti a sostituire il proprio iPhone con un modello successivo piuttosto che con uno

⁶² Cfr. il documento ispettivo Apple Retail Italia S.r.l. n. 60.

⁶³ Cfr. il documento ispettivo Apple Retail Italia S.r.l. n. 63.

⁶⁴ Cfr. il documento ispettivo Apple Italia S.r.l. n. 34.

⁶⁵ Cfr. il documento ispettivo Apple Italia S.r.l. n. 32 in cui si legge “*(..) is managing all individual claims re iOS performance*” e “*I have told the stores not to engage on anything related to planned obsolesce arguments*”.

⁶⁶ I dati forniti da Apple negli allegati A22, A23 e A24 della risposta alla richiesta di informazioni formulata con la comunicazione di avvio dell’istruttoria mostrano un picco delle richieste di assistenza per problematiche legate alla vita della batteria, alle prestazioni e agli improvvisi *shutdown* da settembre 2016, subito dopo il rilascio dell’aggiornamento a iOS 10.

⁶⁷ Cfr. ad esempio la memoria di Apple del 13 luglio 2018, prot. 53763 del 16 luglio 2018 e la segnalazione prot. 21094 del 15 febbraio 2018, cui è allegata una comunicazione di Apple in cui si richiamano le “*limitazioni all’intervento di sostituzione della batteria in presenza di danno accidentale, che rendono, di fatto, non idonei al cambio batteria gli iPhone affetti da questo tipo di eventi*”.

smartphone di un diverso produttore basato su un diverso sistema operativo, perché in tal caso possono incontrare difficoltà nella fruizione di alcuni archivi costruiti su *software* proprietari Apple (ad esempio, le librerie musicali di iTunes) e perdere il vantaggio della facile trasferibilità di contenuti fra l'insieme dei propri apparecchi elettronici.

68. Dalla documentazione ispettiva emerge che nella politica commerciale di Apple ha particolare rilevanza il processo di sostituzione degli iPhone vecchi con i modelli nuovi.

Risulta infatti che il piano delle vendite annuali dipende in maniera crescente dagli acquisti di consumatori che procedono alla sostituzione di vecchi iPhone (*upgraders*) e in misura percentualmente minore da nuovi consumatori che scelgono di acquistare un iPhone (*switchers*).

Ciò trova peraltro conferma nel dato relativo alla fedeltà alla marca, una percentuale molto elevata pari a circa il 70%.

69. L'importanza attribuita da Apple al c.d. *upgrade selling* si coglie anche dal rilievo ad esso attribuito nei suoi documenti interni, in particolare nel documento "ECF – Confidential Minutes" (verbale della "Employee Consultation Forum Conference" del giugno 2017)⁶⁸ si dà conto dell'obiettivo di compressione del ciclo di rinnovo degli iPhone con un "duro lavoro in corso" con le compagnie telefoniche, volto a mitigare l'allungamento del ciclo di rinnovo dovuto alla diffusione di offerte telefoniche non contemplanti la fornitura degli apparecchi telefonici, attraverso l'introduzione di programmi annuali di rinnovo degli stessi.

70. Anche altri elementi indicano l'importanza per Apple della durata dei prodotti, che incide sui volumi di vendita derivanti dalla sostituzione dei modelli da parte di consumatori già possessori di iPhone (c.d. "*upgrade selling*"). In un documento aziendale del novembre 2016 fra gli ostacoli da superare per il raggiungimento degli obiettivi di vendita in Italia viene indicato al primo posto il ciclo di vita degli iPhone⁶⁹ e fra le iniziative principali da assumere nei confronti delle compagnie telefoniche viene indicata per prima la compressione del ciclo di vita degli iPhone mediante un miglioramento delle offerte del programma annuale di sostituzioni con modelli successivi di iPhone (c.d. "*Annual Upgrade Program*").

Anche in un altro documento del 2017, inoltre, il programma annuale di sostituzioni viene indicato come una delle principali priorità commerciali per far fronte al registrato allungamento di vita dei prodotti, presentato come un pericolo per i risultati aziendali⁷⁰.

71. Nello stesso documento⁷¹ si dà conto del lancio nel marzo 2017 di un apposito programma di rinnovo dei prodotti Apple e di un specifico programma di permuta, nell'ambito del quale la zona c.d. "EMEIA" ("*Europe, Middle East, India & Africa*") ha presentato il più alto tasso di rinnovo dei

⁶⁸ Cfr. il documento ispettivo Apple Italia S.r.l. n. 22, in cui si legge "*Telco Strategy - There are several components to this strategy starting with compressing the upgrade cycle. There are significant number of iPhones in use across Western Europe. Historically the phone market was subsidised by the contract market. The market has shifted over 4-5 years to the sim-only market therefore carriers have stopped providing a phone as part of deal. This is elongating the upgrade cycle as customers purchase their phone separately. To mitigate against this we are working hard with the carriers to introduce annual upgrade programmes.*".

⁶⁹ Cfr. il documento ispettivo Apple Italia S.r.l. n. 167 in cui al primo posto fra le risposte alla domanda "*Which obstacles on the road to 1m Ambition?*" si indica "*- iPhone lifecycle*" e si indica come uno degli obiettivi principali "*Compress iPhone lifecycle - Improve Annual Upgrade Offers*".

⁷⁰ Cfr. il documento ispettivo Apple Italia S.r.l. n. 166 in cui si legge "*Annual Upgrade programs are key as average tenure of iPhone keeps increasing*".

⁷¹ Cfr. il documento ispettivo Apple Italia S.r.l. n. 166.

prodotti attraverso la permuta di iPhone danneggiati: “*the Switchers programme which was launched in the T5 countries in March 2017. (...)At the same time the **Damage Trade-In programme was also launched globally and EMEA are again leading the way with the highest attach rate as result of damaged iPhones being traded in***” (neretto aggiunto).

72. Dalla documentazione istruttoria risulta quindi che obiettivo di Apple è mantenere e incrementare un elevato tasso di sostituzione degli apparecchi in possesso dei consumatori con apparecchi nuovi e che in questo contesto Apple applica e favorisce una politica di “*trade in*” dei prodotti rispetto alla loro semplice riparazione, anche diramando istruzioni restrittive sull’ammissibilità della riparazione e sul costo da sostenere, come si evince da una delle segnalazioni pervenute dopo l’avvio dell’istruttoria, in cui si lamenta proprio tale comportamento⁷².

73. Apple è stato il primo produttore a proporre uno *smartphone* la cui batteria non può essere rimossa e sostituita dal proprietario se non con l’intervento di un tecnico qualificato. In aggiunta, la struttura dell’apparecchio è realizzata in modo tale da rendere necessario rimuoverne prima il sottile e fragile schermo per poterne sostituire la batteria, con la conseguenza che se lo schermo – pur funzionante – ha riportato piccoli danni che ne possono rendere dannosa la rimozione, allora la sostituzione della batteria diventa praticamente impossibile senza sostituire anche lo schermo.

74. Ciò premesso, dalla documentazione ispettiva emerge come, con riferimento alle istruzioni per le riparazioni, le indicazioni contenute nel sistema informativo aziendale GSX appaiono infatti restrittive e volte comunque a rendere costosa la riparazione del prodotto o la sostituzione di sue parti fondamentali.

Ad esempio, viene impartita la direttiva⁷³ che se il danneggiamento della parte esterna dell’apparecchio impedisce la sostituzione della batteria al cliente deve essere addebitato il costo per la sostituzione del prodotto (“*if damage to the enclosure prevents access to replacing the battery, the customer will be responsible for the whole unit replacement cost*”).

A parziale mitigazione di tale esclusione nello stesso sistema informativo aziendale GSX risulta solo la previsione di un particolare programma di sostituzione del prodotto⁷⁴ in casi di danni dovuti al rigonfiamento della batteria.

Infine, come si evince da un esempio di scheda di assistenza compilato presso un Apple Store di Roma⁷⁵, Apple rifiuta la sostituzione della batteria a chi abbia già effettuato precedentemente un cambio batteria presso un centro assistenza non autorizzato.

III.2.3. Pratica sub B): La mancata informazione sulla durata delle batterie e sulla loro corretta gestione, al fine di rallentarne la naturale usura e per mantenere un adeguato livello di prestazioni dei propri dispositivi cellulari

75. Apple già dedicava alle batterie agli ioni di litio alcune pagine del proprio sito internet⁷⁶, nelle quali ne vantava le caratteristiche⁷⁷, informava su come ottimizzare autonomia e ciclo di vita della

⁷² Cfr. Segnalazione prot. 20404 del 13 febbraio 2018.

⁷³ Cfr. il documento ispettivo Apple Italia S.r.l. n. 523.

⁷⁴ Cfr. il documento ispettivo Apple Italia S.r.l. n. 511.

⁷⁵ Cfr. il documento ispettivo Apple Retail Italia S.r.l. n. 17.

⁷⁶ Cfr. i documenti ispettivi Apple Retail Italia S.r.l. nn. 2, 3 e 4.

⁷⁷ Cfr. il documento ispettivo Apple Retail Italia S.r.l. n. 4.

batteria per far “rendere al massimo il tuo dispositivo”⁷⁸, avvisava che “Dopo un certo numero di ricariche la capacità diminuisce”⁷⁹, che “Tutte le batterie ricaricabili hanno un ciclo di vita limitato” e che “alla lunga potrebbe essere necessario rivolgersi a un servizio di assistenza”, e precisava che per l’apparecchio iPhone “La batteria è progettata per conservare fino all’80% della capacità originale per 500 cicli di carica completi”⁸⁰, dove “completi un ciclo ogni volta che consumi il 100% della capacità della batteria”⁸¹.

76. Nel frattempo, la problematica delle prestazioni delle batterie e del suo impatto sulle prestazioni dell’iPhone, definita “annosa” in una mail interna del 2017⁸², era nota al professionista almeno dal 2015.

In un reclamo del 25 dicembre 2015⁸³ acquisito in ispezione, un consumatore si lamenta infatti che il proprio cellulare iPhone 5 sarebbe rientrato in un programma di sostituzione delle batterie proposto da Apple entro i tre anni dall’acquisto, ma che per pochi giorni non ne ha potuto fruire, non essendo stato informato da Apple “di avere acquistato un prodotto fallato”.

77. Come già descritto, inoltre, nel corso del 2016, dalla corrispondenza aziendale e dal sistema informativo aziendale risulta che Apple aveva altresì appurato il verificarsi di spegnimenti inattesi di alcuni iPhone 6s a causa proprio di batterie non sufficienti e aveva predisposto un limitato programma di sostituzione gratuita delle batterie.

Il problema degli Shut Down improvvisi (UPO) riguardava tuttavia un insieme ben più ampio di dispositivi – come testimoniato anche dalle segnalazioni⁸⁴ ricevute dall’Autorità -, al punto da spingere Apple a rilasciare un aggiornamento software per ridurre la richiesta di picchi energetici (cfr. *supra*).

78. Inoltre, come già ricordato, almeno dal marzo 2017 gli Apple Store avevano una apposita diagnostica per l’individuazione dello stato della batteria, da utilizzare qualora un cliente avesse segnalato problemi di scarsa durata della batteria del proprio dispositivo e dalle istruzioni per l’uso di tale diagnostica emerge che sugli iPhone che avevano installato iOS 10.2.1 o una versione successiva sarebbe potuto comparire un avviso in cui si consigliava di far verificare la batteria.

79. Non risulta tuttavia che Apple, almeno fino agli ultimi giorni di dicembre 2017, abbia fornito ai propri clienti alcuna informazione sull’esistenza di una chiara correlazione fra lo stato delle batterie e le prestazioni degli iPhone, istruzioni per la loro ottimizzazione, informazioni sul loro invecchiamento, sulla possibilità che una batteria non efficiente sia causa di spegnimenti inattesi del

⁷⁸ Cfr. il documento ispettivo Apple Retail Italia S.r.l. n. 3.

⁷⁹ Cfr. il documento ispettivo Apple Retail Italia S.r.l. n. 4.

⁸⁰ Cfr. il documento ispettivo Apple Retail Italia S.r.l. n. 2.

⁸¹ Cfr. il documento ispettivo Apple Retail Italia S.r.l. n. 4.

⁸² Cfr. il documento ispettivo Apple Retail Italia S.r.l. n. 64 (mail interna del 30 dicembre 2017), in cui si legge che “il 28 dicembre 2017, Apple ha rilasciato un comunicato riguardante la ‘annosa’ questione delle performance dei nostri dispositivi con batteria esaurita”.

⁸³ Cfr. il documento ispettivo Apple Italia S.r.l. n. 1309 (reclamo del 25 dicembre 2015).

⁸⁴ Cfr. segnalazione del 27/12/17, prot. 94388, in cui un consumatore lamenta lo spegnimento del proprio iPhone e le difficoltà incontrate nell’ottenere un intervento sul prodotto ai sensi della garanzia legale di conformità e faceva presente che lo spegnimento improvviso degli iPhone 6s risultava essere un fenomeno diffuso ben oltre l’insieme dei dispositivi oggetto dell’annuncio del novembre 2016, considerato che il proprio iPhone aveva presentato proprio tali problemi, pur non rientrando fra le serie indicate da Apple fra quelle per le quali offriva la sostituzione gratuita della batteria.

dispositivo o di riduzioni delle prestazioni, sull'opportunità in ultima analisi di controllare lo stato della batteria nonché di procedere ad una sua sostituzione.

80. Nel dicembre 2017 Apple pubblica sul proprio sito una nuova pagina dedicata alla batteria e al suo uso, come risulta dal comunicato del 28 dicembre 2017 nel quale si afferma: *“Per aiutare i nostri clienti a saperne di più sulla batteria di iPhone e su tutti i fattori che influenzano le sue prestazioni, abbiamo pubblicato un nuovo articolo: Batteria e prestazioni di iPhone”*.

In tal articolo si legge che *“Aspetti importanti di tale tecnologia sono la batterie e le prestazioni. Le batterie ... a loro volta incidono sulle prestazioni di iPhone ... Tutte le batterie ricaricabili hanno un ciclo di vita limitato perciò con il tempo la capacità e le prestazioni diminuiscono... Questo può portare a variazioni nelle prestazioni di iPhone”* per le quali si forniscono informazioni ed istruzioni.

Nel paragrafo relativo a *Ottimizzare le prestazioni della batteria* si chiarisce la distinzione fra *“durata della batteria”* – e cioè le ore di autonomia prima di dover essere ricaricata – e *“ciclo di vita”* – durata complessiva della batteria – *“che dipende dalla sua “età chimica”, che non corrisponde solo all’età cronologica e tiene conto di diversi fattori, come il numero di cicli di ricarica e come è stata trattata la batteria”*; seguono poi suggerimenti per prolungare il ciclo di vita.

Nel paragrafo relativo all'*Invecchiamento chimico delle batterie* si chiarisce che può diminuire non solo *“la capacità di mantenere la carica”* ma anche *“la sua capacità di fornire energia in tempi rapidi”*; *“per il corretto funzionamento del telefono, i componenti elettronici devono essere in grado di attingere dall’energia istantanea della batteria”* e *“quando il sistema di gestione dell’energia non è più in grado di garantire il funzionamento del dispositivo, il sistema si spegne ... Tale spegnimento, intenzionale dal punto di vista del dispositivo, potrebbe risultare inatteso per l’utente”*.

Nel paragrafo *Evitare lo spegnimento inatteso* si precisa che quando la batteria ... *“ha un’età chimica elevata ...è più probabile che si verifichino spegnimenti inattesi”* e *“in casi estremi, possono verificarsi con più frequenza, al punto da rendere il dispositivo non affidabile o inutilizzabile”*.

Si evidenziano altri possibili effetti quando è necessario una gestione dell’energia più incisiva, quali: avvio più lento delle app, riduzione della frequenza delle immagini, del volume degli altoparlanti, la disabilitazione di alcune funzioni e l’aggiornamento delle app in *background*.

Infine, nel paragrafo conclusivo *Maggiori informazioni* si conclude che *“se la batteria del dispositivo ha raggiunto una certa età chimica, le variazioni nella gestione dell’energia potrebbero perdurare ... Se si riscontrano questi comportamenti e si desidera migliorare le prestazioni del dispositivo, potrebbe essere utile sostituire la batteria”*⁸⁵.

81. Tali nuove informazioni poi si affiancavano al programma di sostituzione delle batterie al prezzo speciale di 29 euro proprio per venire incontro alle doglianze dei consumatori.

82. Comunque, le informazioni messe a disposizione attraverso il sito internet aziendale sia prima che dopo la già descritta lettera aperta - pubblicata il 28 dicembre 2017⁸⁶ - tendono a minimizzare quanto avvenuto, evidenziando la limitatezza del ciclo di vita della batteria degli iPhone come qualcosa di normale in quanto dipendente dal fatto che *“Tutte le batterie ricaricabili diventano meno efficienti con l’invecchiamento chimico”* e sottolineando il pregio dell’aggiornamento iOS 10.2.1 rilasciato a gennaio 2017 *“per evitare lo spegnimento inatteso”*⁸⁷, ed indicano suggerimenti per prolungarne il

⁸⁵ Cfr. il documento ispettivo Apple Retail Italia S.r.l. n. 1.

⁸⁶ Cfr. i documenti ispettivi Apple Retail Italia S.r.l. nn. 1 e 3.

⁸⁷ Cfr. il documento ispettivo Apple Retail Italia S.r.l. n. 1.

ciclo di vita, *in primis* quello di aggiornare il *software* all'ultima versione ("assicurati di avere sempre la versione più recente di iOS")⁸⁸.

III.2.4. Modifiche delle condotte successivamente all'avvio del procedimento

83. Apple ha informato di avere dato attuazione alle misure proposte all'Autorità quali impegni e di avere anche adottato altre iniziative per porre rimedi "ad ogni eventuale disagio teoricamente patito dagli utenti"⁸⁹, operando come segue.

84. In relazione al presunto rallentamento della *performance* dei modelli interessati a seguito dell'inserimento della nuova funzionalità di gestione energetica ("*Power Management*") prevista nell'aggiornamento 10.2.1, Apple ha reso disponibili⁹⁰ attraverso la versione 11.3 del sistema operativo iOS:

- 1) sostanziali modifiche all'operatività della predetta funzionalità;
- 2) informazioni aggiuntive in merito ad essa;
- 3) informazioni aggiuntive relativamente allo stato della batteria. In particolare, Apple Inc. ha:
 - a) apportato modifiche alla funzionalità di *Power Management* in modo tale che la stessa come modalità *default* sia disattivata;
 - b) apportato modifiche alla funzionalità di *Power Management* in modo tale che, quando essa si attiva, in caso di spegnimento improvviso del dispositivo ("*Unexpected power off – UPO*"), l'utente avrà la possibilità di disattivare la funzionalità;
 - c) fornito agli utenti informazioni chiare ed adeguate in merito alla funzionalità di *Power Management* e agli UPO. A titolo esemplificativo, l'informativa aggiuntiva comprende:
 - i. avvisi sullo schermo del dispositivo volti ad informare gli utenti che gli UPO possono avvenire laddove una batteria degradata non sia in grado di fornire l'alimentazione necessaria a supportare picchi di *performance* ("*Peak Performance*");
 - ii. informazioni aggiuntive relative alle probabili conseguenze in caso di disattivazione della funzionalità di *Power Management* (ad esempio, maggior rischio di spegnimenti inaspettati).
 - d) fornito ai consumatori informazioni chiare ed adeguate in relazione allo stato della propria batteria, quali:
 - i. nuovi avvisi a video sulla capacità massima della batteria rispetto a quando era nuova;
 - ii. informazioni aggiuntive in relazione alla misurazione della capacità massima della batteria;
 - iii. informazioni aggiuntive di diagnostica relativamente al *Peak Performance* (ad esempio, una schermata per avvisare se il *Peak Performance* del dispositivo rientri nei parametri normali ovvero se si sia invece verificato uno spegnimento improvviso - UPO);
 - iv. avvisi in merito alla necessità di sostituire la batteria (ad esempio, se la batteria è talmente degradata da compromettere le prestazioni del dispositivo ai parametri normali, sullo schermo apparirà un avviso per informare l'utente che potrebbe essere necessario sostituire la batteria).

85. Apple inoltre ha adottato⁹¹ le seguenti misure per attenuare le ripercussioni economiche che i consumatori possano aver patito come risultato delle presunte violazioni:

⁸⁸ Cfr. il documento ispettivo Apple Retail Italia S.r.l. n 3.

⁸⁹ Cfr. la memoria difensiva prot. 61893 del 4 settembre 2018.

⁹⁰ Cfr. la nota di Apple prot. 60309 del 22 agosto 2018.

⁹¹ Cfr. la nota di Apple prot. 60309 del 22 agosto 2018.

a) il “*Battery Replacement Program*”, che consente alla generalità dei possessori dei modelli interessati di acquistare una batteria nuova al prezzo scontato di euro 29, invece che di euro 89 - fino al 31 dicembre 2018 - con conseguente riduzione al minimo del rischio di spegnimento improvviso (UPO) e con conseguente ripristino dello stato di performance del dispositivo ai livelli del prodotto appena acquistato;

b) il credito di euro 60, che Apple ha offerto ai propri clienti che hanno sostituito la batteria fuori garanzia, a prezzo pieno, prima del lancio del “*Battery Replacement Program*”; la somma viene accreditata ai possessori di batterie acquistate per dispositivi iPhone 6 o per tutte le versioni successive, tra il 1° gennaio 2017 e il 28 dicembre 2017 su *apple.com* o presso un Apple Store, un Apple Repair Center oppure presso un rivenditore o un centro di assistenza tecnica autorizzato Apple.

III.3. Le argomentazioni difensive dei professionisti

86. I professionisti hanno rappresentato le proprie argomentazioni difensive nelle comunicazioni del 14 luglio, del 21 agosto e del 3 settembre 2018.

III.3.1. Pratica sub A)

87. Apple evidenzia anzitutto l’innovatività del prodotto iPhone al momento del suo lancio nel 2007 come una piattaforma integrata di *hardware*, *software* e servizi, di cui ogni modello successivo avrebbe rappresentato un notevole progresso e che sarebbe ancora riconosciuto come prodotto leader nell’industria di settore.

Apple fornirebbe supporto per i propri prodotti per tempi maggiori rispetto ai diretti concorrenti e interromperebbe gli aggiornamenti del sistema operativo solo per i modelli di iPhone il cui *hardware* non è più in grado di supportarne le richieste. Gli aggiornamenti apporterebbero soltanto benefici, migliorando la sicurezza e aggiungendo nuove funzionalità per offrire prestazioni migliori e più a lungo.

Apple rileva poi l’insussistenza di una politica commerciale di obsolescenza programmata e che le successive versioni del sistema operativo iOS offrirebbero gratuitamente ai possessori di iPhone in grado di supportare tali aggiornamenti nuove funzionalità e miglioramenti.

In ogni caso, Apple avrebbe già posto rimedio a eventuali violazioni della disciplina del Codice del Consumo tramite le iniziative già intraprese, quali il lancio dell’iOS 11.3, l’implementazione del Programma di Sostituzione della Batteria a Prezzo Ridotto e il rimborso retroattivo per gli utenti che avevano già sostituito la batteria a prezzo pieno.

III.3.1.1. L’assenza di malfunzionamenti provocati da iOS 10

88. Relativamente alla contestazione che i malfunzionamenti sono stati cagionati dall’iOS 10, Apple ritiene che essa sarebbe fondata su un’errata interpretazione dei dati, in quanto nei grafici contenuti nella Comunicazione del termine della fase istruttoria si ometterebbe di considerare i dati concernenti altre possibili cause del picco di richieste di assistenza per problematiche legate alla batteria seguito al lancio dell’iOS 10.

A giudizio del professionista, il grafico rappresentato nella propria memoria difensiva e ripreso come Grafico 2 nel presente provvedimento, realizzato distinguendo gli interventi effettuati nell’ambito del Programma di Sostituzione della Batteria dell’iPhone 6s per un difetto di fabbricazione che avrebbe appunto interessato le batterie di tale modello, dimostrerebbe che il picco di richieste di intervento sarebbe unicamente ricollegabile all’adesione a detto Programma.

89. Pertanto, l'aumento che comunque si registra – seppur in misura minore - negli interventi di assistenza degli iPhone 6 e 6s alla fine del 2016 anche secondo il Grafico elaborato da Apple sarebbe dovuto al concorso di una pluralità di fattori disomogenei, tra cui “l'ordinario *aumento temporaneo delle richieste di assistenza in occasione del lancio dell'aggiornamento dell'iOS*”, e “l'ordinario *degrado della batteria dovuto al normale invecchiamento chimico*”.

90. Anche sotto un profilo puramente statistico non si ravviserebbe, secondo Apple, alcun nesso causale tra l'installazione dell'iOS 10 e i malfunzionamenti registrati negli iPhone 6 e 6s. Invero, i professionisti rilevano che in coincidenza con il picco massimo di interventi di assistenza a gennaio del 2017 si conta un numero di interventi irrilevante rispetto alla quantità di modelli in circolazione. Inoltre, fra i dispositivi interessati dall'aggiornamento solo gli iPhone 6 e 6s sarebbero stati interessati da anomalie.

91. Per quanto riguarda le dichiarazioni rese da Apple all'audizione del 15 febbraio u.s., i professionisti precisano che in tale sede avrebbero solamente ammesso che nell'autunno 2016 alcuni iPhone erano stati interessati da un aumento del fenomeno degli UPO, senza però ricollegare ciò all'iOS 10, ma ad altri fattori rilevati a esito di apposite indagini quali: “*temperature, state of charge, battery impedance, and device workload combined caused shut downs for certain users*”.

III.3.1.2 . Le informazioni fornite sugli aggiornamenti

92. Riguardo alle informazioni fornite sugli aggiornamenti iOS, Apple ritiene che le stesse sarebbero state fornite attraverso i messaggi di presentazione dei FOTA (c.d. note “*ReadMe*”) e attraverso il sito *apple.com*, sul quale sono disponibili ulteriori informazioni sui contenuti relativi alla sicurezza e sugli aggiornamenti iOS attraverso le note “*ReadMe*”.

III.3.1.3 . La funzionalità di Performance Management

93. Nell'autunno del 2016 Apple avrebbe ricevuto segnalazioni di spegnimenti improvvisi e avrebbe implementato un *software* di diagnostica nell'aggiornamento iOS 10.2 per conoscere le cause di tale fenomeno, per poi includere nell'aggiornamento iOS 10.2.1 il software per la gestione dell'utilizzo delle prestazioni e dell'energia della batteria (c.d. “*Performance Management*”). Tale funzionalità opera sulla base di una combinazione di fattori (temperatura, stato di carica della batteria, livello di impedenza della batteria). Se viene raggiunta la soglia di attenzione per tali variabili, l'iOS si attiva per gestire la massima prestazione di alcune componenti di sistema e prevenire il fenomeno degli UPO.

94. A giudizio di Apple, proprio l'implementazione di detta funzionalità costituirebbe prova della diligenza dei professionisti, in quanto il Performance Management avrebbe effettivamente ridotto il fenomeno degli UPO dell'80% per gli iPhone 6s e del 70% per gli iPhone 6.

95. Apple rileva, infine, che in risposta alle preoccupazioni sollevate dagli utenti riguardo alla predetta funzionalità, si è scusata con comunicato del dicembre 2017 e ha altresì sviluppato l'iOS 11.3, con cui la Performance Management è stata resa opzionale e disabilitata in modalità *default*.

III.3.1.4 L'assenza di un piano di obsolescenza programmata

96. Apple sostiene che non vi sarebbero prove dirette riguardo una strategia di obsolescenza programmata. Al contrario, il piano di sostituzione annuale di Apple – rispondente ad una sua libera scelta commerciale e attuato principalmente attraverso appositi accordi con gli operatori telefonici –

mirerebbe unicamente ad allettare la clientela con nuovi modelli e non vi sarebbe alcuna coartazione della volontà dei consumatori che scelgono di optare per la permuta annuale del proprio dispositivo.

97. Il calo nella percentuale di dispositivi integralmente sostituiti a inizio 2018 rilevato nella comunicazione del termine della fase istruttoria sarebbe unicamente dovuto all' "enorme successo del Programma di Sostituzione della batteria a Prezzo Ridotto" annunciato alla fine del 2017 e non a politiche di assistenza ostili attuate da Apple. Invero, le tre specifiche eccezioni – riferite al danneggiamento del display e/o della scocca oppure ad alterazioni del dispositivo - cui è sottoposta la partecipazione al Programma sarebbero limitate a casi in cui gli iPhone sono talmente danneggiati che sarebbe poco sicuro sostituire la batteria.

98. Nemmeno le istruzioni impartite da Apple al personale di evitare congetture su una possibile strategia di obsolescenza programmata proverebbero alcunché, essendo volte a evitare la diffusione di informazioni scorrette, in vista di una risposta formale da parte dei professionisti.

99. Apple evidenzia inoltre che, nel periodo dal giugno 2016 al gennaio 2018, il graduale calo del numero di sostituzioni gratuite dei modelli interessati - cui peraltro non si accompagna un aumento di quelle a pagamento - sarebbe collegato al progressivo esaurimento della garanzia. Inoltre, il grande numero di sostituzioni gratuite nel periodo considerato testimonierebbe la volontà di Apple di favorire l'accesso degli utenti a un dispositivo nuovo, anche oltre la durata della garanzia.

100. Infine, Apple sottolinea che le contestazioni formulate in esito all'istruttoria avrebbero dovuto essere suffragate da un'analisi economica volta a esaminare la posizione dei professionisti nel mercato rilevante, per rintracciare un'eventuale posizione dominante. Anche la conservazione del valore degli iPhone nel mercato dei prodotti di seconda mano, dimostrerebbe la mancanza di prove circa l'esistenza di una strategia di obsolescenza programmata.

III.3.1.5 L'impossibilità di permettere il downgrade dell'iOS

101. Apple ha affermato che non sarebbe né desiderabile, né tecnicamente possibile consentire di effettuare il *downgrading* da iOS. Sul punto le Parti rimandano al *Technical Report* redatto da un esperto, che confermerebbe l'inopportunità di tale opzione. La scelta di non consentire agli utenti il *downgrade* sarebbe dettata da ragioni di sicurezza degli apparecchi, né sarebbe desiderabile per i consumatori tornare alle versioni precedenti di un SO. L'impreparazione dell'utente medio e l'inconsapevolezza dei rischi cui si esporrebbe in caso di mancato aggiornamento, renderebbero necessario sollecitare i consumatori a decidere se aggiornare i propri sistemi.

III.3.1.6 L'impatto degli aggiornamenti dell'iOS sui modelli più vecchi

102. Apple afferma che gli aggiornamenti iOS proteggerebbero gli iPhone dall'obsolescenza. Come precisato nel Report, essi costituirebbero un elemento essenziale per continuare a fruire dei dispositivi più vecchi, limitando i rischi rispetto a un iPhone non aggiornato.

Per valutare l'impatto dell'aggiornamento sulle prestazioni del dispositivo sarebbero comunque necessari appositi *test*, in assenza dei quali non sarebbe possibile concludere nel senso che un incremento delle richieste di assistenza sia indicativo di un problema legato all'aggiornamento.

Inoltre sulla performance inciderebbero molti fattori diversi (le condizioni di rete, le configurazioni software, le abitudini di utilizzo, le nuove pagine web, differenze ambientali)

Infine, Apple precisa che non tutte le funzionalità di un iOS aggiornato sono abilitate su tutti i dispositivi.

III.3.1.7 L'assenza di aggressività della condotta

103. A giudizio di Apple difetterebbero i presupposti per qualificare come aggressiva la condotta dei professionisti, in quanto gli argomenti prospettati nella comunicazione del termine della fase istruttoria non integrerebbero tale fattispecie, non potendo ritenersi aggressivi il divieto di *downgrade* e il *reminder* dell'aggiornamento.

Sarebbe pertanto in contrasto con il principio di proporzionalità una decisione che incida sulle scelte aziendali di Apple relativamente all'impossibilità di *downgrade*, così come sulle limitazioni alla sostituzione delle batterie.

104. Relativamente all'architettura dell'iPhone, Apple sottolinea che questa sarebbe concepita unicamente per garantirne la gradevolezza estetica e la leggerezza, non certamente a renderne più difficoltosa la riparazione. Pertanto, l'impostazione prospettata nella comunicazione del termine della fase istruttoria condurrebbe all'adozione di un provvedimento che influirebbe pesantemente e indebitamente sulle scelte aziendali dei professionisti.

III.3.1.8 La carenza degli elementi di ingannevolezza della pratica

105. Apple rileva che non vi sarebbe stato a suo carico alcun obbligo informativo circa i rischi derivanti dall'installazione di iOS 10, in quanto non sarebbe mai esistito alcun pericolo di peggioramento delle prestazioni dei dispositivi interessati da tale aggiornamento. Quanto ai rischi connessi alla funzionalità di *Performance Management* – sulla quale comunque è stata poi resa un'informativa - questi non avrebbero raggiunto la soglia minima per dar luogo a un obbligo di informazione secondo le norme del Codice del Consumo.

III.3.1.9. L'inidoneità ad alterare il comportamento del consumatore medio

106. Apple sostiene inoltre che, anche ove fosse dimostrata una carenza informativa o una condotta omissiva da parte dei professionisti, difetterebbe l'idoneità ad alterare il comportamento economico del consumatore medio, sia potenzialmente che in concreto. Apple ritiene al riguardo che l'istruttoria non avrebbe svolto alcuna analisi circa gli effetti della condotta contestata sul consumatore medio dell'iPhone, il quale è consapevole di acquistare un prodotto dinamico e altamente tecnologico. Pertanto, questi avrebbe aggiornato l'iOS anche “*in mancanza di quella incompletezza informativa che però a ben guardare non c'è stata*”, poiché ciò risponderebbe alle sue esigenze e aspettative.

III.3.1.10 La mancanza di un vantaggio economico per Apple

107. Apple afferma che il sistema operativo iOS sia offerto gratuitamente ai consumatori nonostante comporti ingenti investimenti. Per questa ragione, non vi sarebbe alcun ritorno economico nella sollecitazione e diffusione degli aggiornamenti. Né vi sarebbero altre possibilità di trarre vantaggi economici, in mancanza di una strategia di obsolescenza programmata, ipotesi che non godrebbe del supporto di prove dirette, in mancanza di riscontri tecnici.

III.3.1.11 La durata della presunta infrazione

108. Secondo Apple la condotta contestata non potrebbe ritenersi ancora in corso per il semplice fatto che sia impossibile il *downgrade* alla versione di iOS 9.2.3, in quanto i professionisti hanno dato agli utenti la possibilità di disabilitare la Funzionalità di *Performance Management* con l'iOS 11.3. Pertanto, al più la pratica sarebbe da ritenersi cessata al lancio di iOS 11.3 nel marzo 2018, dal

momento dell'implementazione del programma di sostituzione delle batterie a prezzo ridotto (e del rimborso a chi le ha sostituite a prezzo pieno).

III.3.2 Pratica sub B)

109. Apple ritiene inoltre che la seconda pratica contestata sarebbe insussistente poiché essa avrebbe provveduto sin dal 2014 a fornire sul proprio sito le informazioni relative alla durata utile delle batterie, alle modalità con cui ottimizzarne l'autonomia e al funzionamento del ciclo di carica delle stesse.

110. Riguardo alle informazioni fornite, chiarisce che *“sebbene Apple fornisca ai propri clienti una previsione sulla durata della batteria, ossia una mera stima della capacità della batteria, da tale dato non è comunque possibile dedurre una stima sulle prestazioni della batteria né sulla sua durata”* e perciò *“Apple rende noto ai propri clienti che la durata della batteria e i cicli di ricarica variano in base all'uso e alle impostazioni e che la durata della batteria diminuisce nel corso del tempo”*.

Apple sottolinea, inoltre che *“Dopo aver verificato che la nuova funzionalità di gestione e ottimizzazione dell'energia riusciva effettivamente ad evitare gli spegnimenti improvvisi, a febbraio 2017 Apple ha aggiornato le informazioni dell'iOS 10.2.1 illustrando espressamente che tale aggiornamento “migliora la gestione dell'alimentazione durante i picchi di carico di lavoro per evitare spegnimenti improvvisi”*”.

III.3.3 Sull'imputabilità delle pratiche commerciali contestate

111. Apple, infine, sottolinea la necessità di distinguere la posizione dei vari professionisti coinvolti. Stante che le contestazioni non riguarderebbero i modelli di iPhone in sé ma questioni concernenti il sistema operativo, Apple evidenzia che alla luce del ruolo che svolgono, ADI, AI e ARI non potrebbero aver contribuito all'implementazione delle pratiche contestate, non potendo intervenire nella progettazione dell'iOS o dell'architettura degli iPhone. Né sarebbero coinvolte nella gestione della sezione del sito web di Apple dedicata alle batterie.

112. Secondo i professionisti, nemmeno Apple Inc. potrebbe essere qualificato come “professionista” nel caso di specie, poiché non potrebbe aver tratto alcun vantaggio economico né dal lancio delle diverse versioni dell'iOS – distribuito gratuitamente – né da un'eventuale strategia di obsolescenza programmata poiché mancherebbe la prova che Apple abbia potuto trarre vantaggi in termini di maggiori ricavi dalla vendita dei modelli iPhone 7, 7 Plus, 8, 8 Plus e X o dalla vendita di batterie, avendo invece Apple aumentato la longevità dei dispositivi nell'arco temporale oggetto dell'istruttoria.

IV. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

113. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento è stata diffusa attraverso internet e altri mezzi di telecomunicazione, in data 4 settembre 2018 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 27, comma 6, del Codice del Consumo.

114. Con parere pervenuto in data 20 settembre 2018, la suddetta Autorità ha espresso il proprio parere nel senso che internet è una rete di comunicazione globale e che le notifiche inviate direttamente tramite *smartphone* sono in grado di raggiungere capillarmente la base clienti di Apple.

Con riferimento al caso di specie, l'Autorità di settore ha osservato che il consumatore potrebbe essere stato condizionato ad installare gli aggiornamenti suggeriti dalla casa produttrice ritenendoli

indispensabili e idonei a migliorare e non a peggiorare le prestazioni del proprio *smartphone*, sviluppando così in concreto la piena potenzialità promozionale della comunicazione on line. Alla luce di quanto precede, l'AGCOM ha, pertanto, concluso che, allo stato della documentazione in atti, il mezzo internet sia uno strumento idoneo a influenzare significativamente la realizzazione della pratica commerciale.

VI. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

115. I comportamenti oggetto di valutazione adottati da Apple Inc., Apple Distribution International, Apple Italia S.r.l. e Apple Retail Italia S.r.l., descritti al punto II del presente provvedimento, configurano due distinte pratiche commerciali relative a:

A) proposta insistente, ai consumatori in possesso di iPhone 6/6plus/6s/6splus, del sistema operativo iOS 10 e dei successivi aggiornamenti (tra cui iOS 10.2.1) le cui caratteristiche e impatto sulle prestazioni degli *smartphone* stessi sono state descritte in maniera omissiva ed ingannevole, senza offrire (se non in misura limitata o tardiva) alcun mezzo di ripristino dell'originaria funzionalità dell'apparecchio in caso di sperimentata diminuzione delle prestazioni (quali il *downgrading* o la sostituzione della batteria a costi ragionevoli);

B) la mancata informazione sulle caratteristiche delle batterie degli iPhone, specificamente in merito alla sua rilevanza per mantenere nel tempo un adeguato livello di prestazioni dei propri dispositivi cellulari, in relazione alla sua durata e alle modalità per la corretta gestione e il suo controllo e, inoltre, alle istruzioni relative alla sua sostituzione.

VI.1. Imputazione delle condotte poste in essere dalle società del gruppo Apple

116. Alla luce degli elementi acquisiti e dei rapporti societari\contrattuali emersi nel corso del procedimento, si ritiene che devono considerarsi responsabili in solido della pratiche analizzate Apple Inc., Apple Distribution International, Apple Italia S.r.l. e Apple Retail Italia S.r.l.

Dall'istruttoria è infatti emerso che il gruppo multinazionale Apple è strutturato in varie società che svolgono funzioni diverse nel processo di produzione, distribuzione e vendita.

Apple Inc fornisce le direttive in base alle quali vengono svolte l'attività di vendita e di assistenza anche in Italia ed in particolare distribuisce tramite FOTA gli aggiornamenti *firmware* per gli *smartphone* Apple, da essa stessa sviluppati.

Apple Distribution International vende direttamente -attraverso il sito *apple.com* - e indirettamente - attraverso vari canali - i prodotti Apple e i servizi di assistenza APP.

Apple Retail Italia gestisce i punti vendita Apple (c.d. Apple Store in Italia), vendendo direttamente prodotti Apple e servizi di assistenza aggiuntiva APP e fornisce assistenza su tali prodotti.

Apple Italia svolge, infine, servizi di supporto a favore delle altre società del gruppo in Italia, rappresentando il punto di riferimento in Italia per tutta l'attività commerciale e per le concrete modalità con le quali svolgere in Italia tutte le funzioni del gruppo ed in particolare i servizi di assistenza per i prodotti a marchio Apple e l'attività del call center.

117. Tutti i soggetti sopradescritti hanno congiuntamente contribuito alla realizzazione delle condotte oggetto del presente provvedimento nonché hanno adottato un comportamento sostanzialmente uniforme in tutta la fase di promozione e commercializzazione dei prodotti iPhone.

Diversamente da quanto affermato dalle Parti nelle memorie difensive, infatti, le pratiche oggetto di attenzione non attengono esclusivamente alle modalità di gestione del sistema operativo ma, più in

generale – come rappresentato più dettagliatamente nel prosieguo – afferiscono all’intera attività di commercializzazione dei prodotti iPhone e dei servizi di assistenza tecnica per tali prodotti.

Le società in questione rientrano pertanto nella definizione di professionista ai sensi del Codice del Consumo in quanto hanno contribuito attivamente alla realizzazione delle pratiche commerciali in esame, dalle quali traggono vantaggi reputazionali ed economici. Per tale ragione nel presente provvedimento le Parti Apple Inc, Apple Distribution International, Apple Italia e Apple Retail Italia vengono anche congiuntamente indicate come “Apple”.

VI.2. Pratica sub A)

118. Oggetto della pratica in esame è l’insieme dei comportamenti tenuti da Apple in occasione del lancio della *release* 10 di iOS e dell’aggiornamento iOS 10.2.1 in ragione dei problemi procurati ad una significativa parte degli apparecchi, nonché i comportamenti e le informazioni successivamente fornite ai consumatori.

Più nel dettaglio, Apple ha indotto insistentemente i consumatori in possesso di iPhone 6/6plus/6s/6splus alla installazione del sistema operativo iOS 10 e successivi aggiornamenti, senza fornire adeguate informazioni circa l’impatto di tale scelta sulle prestazioni degli smartphone e senza offrire (se non in misura limitata o tardiva) alcun mezzo di ripristino dell’originaria funzionalità degli apparecchi in caso di sperimentata diminuzione delle prestazioni a seguito dell’aggiornamento (quali il downgrading o la sostituzione della batteria a costi ragionevoli). Per tale via, Apple ha dunque condizionato e forzato, anche sulla base di informazioni lacunose, la scelta del consumatore medio rispetto alla necessità dell’aggiornamento del sistema operativo e ai risultati ottenibili dallo stesso, generando un potenziale limite all’utilizzo dei dispositivi e, in tal modo, accelerando la sostituzione con modelli di iPhone più recenti.

119. Dalle informazioni acquisite agli atti è emerso che Apple rilascia molti aggiornamenti *software* ai possessori di iPhone:

- nuove versioni di iOS, il SO degli iPhone, con cadenza annuale;
- nel corso di ogni anno, aggiornamenti aggiuntivi della medesima versione iOS, c.d. “*dot*”, con lo scopo di correggere i bug e migliorare l’esperienza d’uso di tale SO;
- numerosi aggiornamenti software per risolvere problemi sicurezza di tale SO.

Dunque per ogni versione iOS vi sono distinti aggiornamenti intermedi (ad esempio sono stati 12 per la versione iOS 10).

120. Ogni anno, in combinazione con un nuovo modello di iPhone Apple sviluppa una nuova versione del proprio sistema operativo iOS, predisposta e realizzata per sfruttare sinergicamente il nuovo *hardware*.

121. Contemporaneamente e parallelamente all’offerta dei nuovi modelli iPhone, Apple rilascia la nuova versione del sistema operativo iOS alla vasta platea di consumatori già in possesso dei precedenti modelli iPhone considerati dalla stessa Apple come “compatibili”.

Specificamente, Apple propone a tutti i consumatori in possesso di un modello iPhone compatibile l’installazione gratuita della nuova versione di iOS come in grado di migliorare la sicurezza e le prestazioni degli iPhone già in loro possesso, suggerendo l’utilità dell’aggiornamento stesso e l’assenza di controindicazioni.

Per alcuni modelli compatibili, la nuova versione iOS che viene rilasciata non ha tutte le nuove funzionalità ma solo un sottoinsieme delle stesse.

122. Gli iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus ritenuti compatibili sono tuttavia apparecchi che avevano in dotazione *ab origine* un diverso sistema operativo iOS, il cui *hardware* – che come sopra descritto era notevolmente diverso rispetto a quello dei più recenti modelli 7/7Plus – era stato concepito e realizzato per interagire con tale e meno potente sistema operativo.

Si tratta, inoltre, di apparecchi che sono già stati utilizzati dai consumatori per molti mesi, finanche qualche anno (i modelli compatibili con le nuove versioni di iOS si riferiscono ad apparecchi messi in commercio anche da 4/5 anni), le cui componenti – in particolare, la batteria, elemento essenziale dell'apparecchio – possono essere usurate e quindi meno performanti.

In questo modo, le nuove versioni di iOS devono interagire con configurazioni *hardware* meno potenti e performanti rispetto a quelle per le quali sono state concepite e con componenti essenziali già usurate.

123. Come emerge dagli atti, con l'installazione di un nuovo sistema operativo, nel caso di specie la nuova versione di iOS, l'*hardware* – pur essendo tecnicamente compatibile con il nuovo sistema operativo - può non essere in grado di supportare adeguatamente il nuovo *firmware*, non solo riguardo all'esecuzione delle nuove funzionalità incluse nel nuovo sistema operativo – profilo riconosciuto da Apple quando limita alcune delle funzionalità del nuovo iOS per i modelli più vecchi -, ma anche con riferimento all'esecuzione dei compiti già svolti dal preesistente sistema operativo.

In altre parole, il dispositivo dopo l'aggiornamento potrebbe svolgere compiti con una minore fluidità/velocità a causa del maggior impegno delle limitate risorse dell'*hardware* disponibile, richiesto dal nuovo sistema operativo.

Di talché, l'installazione di un nuovo sistema operativo su un *hardware* inferiore – ancorché compatibile – e con alcuni componenti chiave usurati può generare una minore funzionalità del dispositivo e una riduzione, anche significativa, delle prestazioni dell'apparecchio. Tale riduzione di operatività, come emerso dagli atti, può addirittura compromettere l'idoneità del dispositivo all'uso.

124. Sulla base delle puntuali evidenze acquisite agli atti, si può affermare che quanto appena descritto si è verificato in occasione del lancio di iOS 10: l'aggiornamento dei vari modelli di iPhone 6 e 6s a tale versione del sistema operativo ha provocato, in presenza di batterie usurate oltre un certo livello e di un *hardware* nettamente meno potente di quello dell'iPhone7 per cui era stato ottimizzato, un aumento della frequenza di spegnimenti improvvisi, fenomeno denominato come "UPO".

125. Sulla base degli elementi acquisiti agli atti è possibile ricostruire la seguente successione di eventi della condotta di Apple:

- a settembre 2014 lancio iPhone 6/6plus con nuova versione iOS 8;
- a settembre 2015 lancio iPhone 6s/6splus con nuova versione iOS 9;
- nel settembre 2016 Apple invita i possessori di iPhone 6/6plus/6S/6SPlus ad installare sui propri apparecchi la nuova versione di iOS 10 che è stata sviluppata in abbinamento ai nuovi iPhone 7/7Plus che presentano nuove caratteristiche *hardware* (chip A10, batteria maggiorata);
- a seguito della installazione di iOS 10 molti consumatori in possesso dei modelli di iPhone 6/6plus/6S/6SPlus cominciano a lamentare spegnimenti improvvisi (i cc.dd. "UPO" appunto), a causa della incapacità della batteria dei loro dispositivi di sostenere le maggiori richieste di energia rese necessarie dal nuovo sistema operativo; i dati raccolti in istruttoria evidenziano chiaramente il significativo incremento delle richieste di assistenza per i 4 modelli interessati;
- a fine novembre 2016, per alcune serie del modello iPhone 6s Apple introduce un programma di sostituzione delle batterie per riscontrati difetti di fabbricazione;

- nel dicembre 2016, con la release 10.2, Apple introduce un software di diagnostica per raccogliere e valutare i dati relativi al detto fenomeno degli spegnimenti improvvisi;
- nel gennaio 2017 Apple invita i possessori di iPhone 6/6plus/6S/6SPlus ad installare sui propri apparecchi la nuova versione di iOS 10.2.1, nella quale è stato introdotto un *software* che riduce le prestazioni del dispositivo (c.d. “Power Manager”) quando lo stesso è a rischio di subire uno spegnimento improvviso;
- a seguito della installazione di iOS 10.2.1 sui detti modelli di iPhone i consumatori cominciano a lamentare il fenomeno del rallentamento delle prestazioni dei propri apparecchi;
- a marzo 2017 viene fornita agli Apple Store una diagnostica per verificare lo stato della batteria degli iPhone;
- alla fine del 2017 la notizia dei rallentamenti e delle minori funzionalità degli iPhone 6/6plus/6S/6SPlus viene resa pubblica con la pubblicazione di un apposito studio realizzato da una rivista online di settore;
- nel dicembre 2017 Apple ammette il problema dei rallentamenti e delle minori funzionalità attribuendolo ai limiti della batteria dell’iPhone ed offre un significativo sconto per la sostituzione della batteria;
- Apple subordina la sostituzione della batteria alle condizioni promesse a stringenti condizioni sull’effettività della sostituzione stessa, quali l’assenza di danni al vetro dell’apparecchio; i consumatori lamentano che, in presenza di danni anche minimi al vetro dello smartphone è stata richiesta la sostituzione del vetro, a spese del consumatore, per procedere alla sostituzione della batteria.

126. Come risulta chiaramente dalla ricostruzione dei fatti, il fenomeno degli UPO lamentato dai consumatori nell’autunno del 2016 per gli iPhone 6/6plus/6S/6SPlus si manifesta in conseguenza dell’aggiornamento al sistema operativo iOS 10, a causa della incapacità della batteria di molti dei modelli di precedente concezione – e già ampiamente utilizzati dai consumatori - di sostenere le maggiori richieste energetiche del nuovo sistema operativo e delle sue numerose nuove funzionalità.

Si tratta, come dimostrato, di un fenomeno generalizzato e non riconducibile, come sostenuto da Apple, ad una pluralità di altri e diversi elementi che potrebbero avere influenzato solo apparecchi in talune specifiche situazioni (quali ad esempio temperature particolari, livello di carica, impedenza della batteria, carico di lavoro).

Risulta, infatti, che il problema degli UPO emerge dapprima per gli iPhone 6s, per i quali il professionista lancia un programma di sostituzione gratuita delle batterie per alcuni specifici lotti produttivi.

Per fronteggiare tale problema rispetto a tutti i modelli iPhone interessati, Apple dapprima introduce un sistema di diagnostica (con l’aggiornamento 10.2) e poi sviluppa e rilascia (con l’aggiornamento iOS 10.2.1) la funzionalità *power management*, che ha come effetto di ridurre le richieste di energia del dispositivo e quindi ridurre il fenomeno degli UPO: come Apple ha precisato⁹² che “*per gli utenti che erano stati interessati da casi di spegnimento improvviso, c’era stata una riduzione degli spegnimenti pari a più dell’80% per gli iPhone 6s e a più del 70% per gli iPhone 6*”.

⁹² Cfr. la memoria di Apple del 13 luglio 2018, prot. 53763 del 16 luglio 2018.

127. I dati forniti da Apple di cui ai grafici al punto III.2.2.1.b. confermano appunto i problemi causati dall'aggiornamento iOS 10, in particolare ai consumatori che avevano i modelli iPhone 6/6s⁹³. Nell'autunno 2016, si registra, infatti, sia un significativo aumento delle richieste di assistenza per problemi alla batteria, sia un significativo incremento degli interventi fuori garanzia volti alla sostituzione dell'intero dispositivo/batteria per problematiche legate alla vita della batteria, alle prestazioni e agli improvvisi *shut down*.

128. Anche il picco di richieste di assistenza per gli iPhone 6s risulta riconducibile ai malfunzionamenti verificatisi ad esito dell'aggiornamento installato dai consumatori.

In proposito, come detto, Apple ha lanciato a fine novembre 2016, ossia dopo due mesi dal rilascio di iOS 10, una iniziativa di sostituzione gratuita delle batterie. Si noti che anche tale iniziativa, che riguardava specifiche richieste di assistenza riferite a dispositivi prodotti in un arco temporale ristretto (fra i mesi di settembre e ottobre 2015), era stata assunta per porre rimedio all'incremento di UPO che per tale modello si erano verificate.

In ogni caso, anche escludendo gli interventi collegati a tale programma, le richieste di assistenza per problematiche riconducibili alla batteria risultano aumentare nettamente a seguito del rilascio di iOS 10, ossia a partire da settembre 2016 e nei mesi successivi, e si presentano in misura significativa anche per gli altri modelli iPhone.

129. Parimenti, i rallentamenti lamentati dai consumatori nel corso del 2017 sono conseguenti alle modifiche introdotte dall'aggiornamento del sistema operativo iOS 10.2.1, e specificamente all'introduzione della funzione di *power management*, che interviene rallentando le prestazioni complessive del dispositivo per evitare che il picco di richiesta di energia innescato da una certa operazione effettuata dal consumatore riduca i livelli di tensione al di sotto di quelli richiesti per un corretto funzionamento dello *smartphone*, provocando lo *shut-down* dell'apparecchio.

130. Al riguardo, deve osservarsi che grava sul professionista non soltanto l'onere di individuare dei modelli astrattamente compatibili con un determinato aggiornamento *firmware* ma, soprattutto, valutare e ponderare l'impatto degli aggiornamenti rilasciati per i dispositivi già in uso, tenendo conto del possibile stato dell'hardware sul quale il medesimo potrà essere installato (nel caso di specie il livello di usura della batteria).

Tale onere non può certamente ricadere sul consumatore cui è stato proposto insistentemente l'aggiornamento del dispositivo. Questo perchè sussiste una totale asimmetria informativa tra Apple – che disegna l'hardware e il sistema operativo, ed è in grado di individuare *bug* e minacce alla sicurezza e conosce il modo in cui lo stato della batteria influenza le prestazioni dello *smartphone* – e il consumatore, il quale non può che affidarsi alla conoscenza tecnica e alla reputazione di Apple stessa. Ciò riguardo all'utilità e necessità di procedere agli aggiornamenti suggeriti dal professionista per la loro capacità di eliminare *bug* e minacce alla sicurezza e di migliorare le prestazioni del proprio iPhone.

131. Se, infatti, gli aggiornamenti di sicurezza o di risoluzione dei *bug* si giustificano per una corretta e utile assistenza al prodotto, al fine di assicurarne un utilizzo conforme alle sue caratteristiche rappresentate al momento della vendita, con l'installazione di una nuova versione iOS si modificano significativamente le funzioni dell'iPhone e dunque si apporta una modificazione sostanziale di un

⁹³ Come evidenziato al paragrafo 22 delle risultanze istruttorie, i modelli 6Plus/6sPlus sono dotati di batterie più potenti rispetto a quelle dei modelli 6/6s.

prodotto che è già nel pieno e legittimo possesso del consumatore e viene dallo stesso quotidianamente utilizzato.

Soprattutto in casi come questo, l'aggiornamento deve essere proposto lasciando al possessore dell'apparecchio la possibilità di mantenere le originarie funzionalità, ad esempio consentendo di scegliere in merito alle nuove funzioni che possono essere abilitate, in ragione dello stato concreto del proprio apparecchio.

Appare perciò rientrare nello standard di diligenza che può essere atteso da un professionista quale Apple, un gruppo *leader* di mercato operante a livello mondiale nel settore dell'alta tecnologia, la preventiva valutazione del rischio che un determinato aggiornamento possa provocare uno scadimento delle prestazioni di un modello precedente e normalmente usurato. Ove ritenga che tale rischio sia presente ma accettabile – per garantire al consumatore la tecnologia più avanzata e l'esperienza d'uso uniforme degli iPhone – Apple dovrebbe quindi comunicare al consumatore sia l'esistenza di tale rischio, sia la configurazione *hardware* nella quale tale rischio è verosimilmente minimizzato. Ciò al fine di porlo nella condizione di scegliere consapevolmente se effettuare o meno l'aggiornamento, e di scegliere in tal caso se fruire o meno delle nuove funzionalità, date le condizioni del proprio iPhone.

132. Se quindi l'evoluzione tecnologica e la gratuità dell'aggiornamento iOS costituiscono elementi portanti della politica commerciale di Apple, anche dopo la scadenza della garanzia legale, per garantire la tecnologia più avanzata e l'esperienza d'uso uniforme degli iPhone, tali aspetti non possono in alcun modo giustificare una condotta che possa anche solo potenzialmente determinare un danno, sotto forma di un inconveniente o della modifica *in peius* delle caratteristiche funzionali del prodotto, tale da ridurre in maniera sensibile le prestazioni degli iPhone già venduti e utilizzati quotidianamente da moltissimi consumatori.

In questa prospettiva, non appare pertanto giustificabile una soluzione di compromesso decisa unilateralmente dal professionista - e non scelta consapevolmente dal consumatore sulla base delle proprie preferenze e dopo essere stato messo in condizione di valutare se il dispositivo sia in grado di fornire tali prestazioni - che sacrifichi la funzionalità attuale del prodotto in cambio di una innovazione tecnologica potenziale; in tale caso, il nuovo SO, interfacciandosi con un *hardware* di architettura precedente e una batteria già usurata, non comporta infatti effettivamente ed automaticamente un miglioramento dell'esperienza d'uso.

VI.2.1. Le informazioni omissive ed ingannevoli fornite nei messaggi rivolti ai consumatori per proporre l'installazione di iOS 10 e 10.2.1

133. Dalle risultanze istruttorie emerge chiaramente che Apple ha rilasciato l'aggiornamento iOS 10 ai possessori di tutti gli iPhone – compresi i modelli precedenti – presentandoli in maniera generica ed evidenziando solo i miglioramenti di prestazioni e di sicurezza, con gli elenchi delle caratteristiche migliorate per “*Fotocamera e Foto*”, “*Mappe*”, “*Messaggi*”, “*Apple Watch*” e “*Ulteriori miglioramenti e correzioni di errori*” senza fornire adeguate informazioni sul fatto che si trattava della sostituzione del SO con una nuova versione iOS dotata di maggiori funzioni che avrebbero richiesto maggiori prestazioni energetiche alla batteria e senza alcun avvertimento circa i rischi di possibili riduzioni delle prestazioni e quindi della fruibilità dello *smartphone* in certe condizioni d'uso.

134. In particolare, nei propri messaggi con cui ha proposto l'installazione dell'aggiornamento iOS 10 Apple non ha avvertito circa il diverso e maggiore consumo energetico che il nuovo SO avrebbe potuto richiedere e la conseguente necessità di controllare quale fosse lo stato della batteria e specificamente il livello richiesto per sopportare la richiesta energetica della nuova versione di iOS (in

particolare degli iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus), informazioni essenziali per i consumatori al fine di assumere una decisione consapevole riguardo alla accettazione o meno dell'aggiornamento proposto da Apple.

135. Tale omissione appare tanto più grave se si considera che l'aggiornamento in questione era un aggiornamento innovativo, relativo ad un nuovo SO con molte nuove funzionalità, e non uno dei molti che Apple rilascia nel corso della vita di un prodotto, come quelli di sicurezza e di soluzione dei *bug*. Non evidenziando tale specificità - che il consumatore medio, a causa dell'asimmetria informativa con Apple, non era in grado di apprezzare - Apple ha omesso di segnalare al consumatore l'opportunità di verificare con maggiore attenzione le caratteristiche e l'impatto possibile di tale aggiornamento sul proprio dispositivo, al fine di poter effettuare una scelta consapevole.

136. Apple non ha modificato tali modalità di presentazione neppure quando si è resa conto dell'esistenza di un serio rischio di *shut down* inattesi in presenza di batterie non perfettamente efficienti specificamente per i modelli iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus, continuando a promuovere l'installazione di iOS 10 senza informare i consumatori degli inconvenienti in cui avrebbero potuto incorrere.

Senza informare i consumatori, Apple ha incluso nell'aggiornamento iOS 10.2. un *software* di diagnostica attraverso il quale intendeva studiare proprio il fenomeno degli UPO osservando il comportamento degli apparecchi degli ignari consumatori ed ha poi proposto l'aggiornamento 10.2.1. introducendo una funzione di *power management* per ridurre la richiesta di prestazioni energetiche, senza indicare chiaramente cosa stava succedendo e permettere ai consumatori di effettuare una scelta consapevole.

137. Allo stesso modo, nei messaggi con cui proponeva ai consumatori l'installazione dell'aggiornamento iOS 10.2.1, Apple solo nel febbraio 2017 ha iniziato a menzionare il problema degli spegnimenti improvvisi (e non nei messaggi che accompagnavano la proposta di aggiornamento nel gennaio 2017) e non ha mai evidenziato la possibilità di sperimentare su iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus riduzioni delle performance (rallentamenti) dovuti al sistema di gestione energetica contenuto in tale versione e in quelle seguenti.

138. Specificamente, il c.d. "*Power Manager*" era in grado soltanto di limitare, ma non di eliminare, il fenomeno degli UPO (come affermato dalla stessa Apple, "*per gli utenti che erano stati interessati da casi di spegnimento improvviso, c'era stata una riduzione degli spegnimenti pari a più dell'80% per gli iPhone 6s e a più del 70% per gli iPhone 6*"), mentre il prezzo in termini di rallentamento delle prestazioni poteva essere consistente, riguardando "*tempi di avvio delle applicazioni più lunghi, minor numero dei fotogrammi e rallentamento durante lo scorrimento, riduzione della retroilluminazione (che può essere annullata dall'utente), volume dell'altoparlante più basso, graduale riduzione del numero dei fotogrammi in alcune applicazioni o disattivazione del flash della fotocamera*".

139. Fino a dicembre 2017, Apple non ha mai riconosciuto nelle comunicazioni rivolte ai consumatori che gli UPO e la minore funzionalità e i guasti lamentati dai consumatori in possesso di iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus rappresentavano un fenomeno che poteva derivare dall'installazione degli aggiornamenti software iOS 10 e iOS 10.2.1.

Solo nel dicembre 2017 Apple ha ammesso di avere proposto ai consumatori di installare la versione iOS 10.2.1 avendo deciso che fosse nel loro interesse accettare il rallentamento e la minore funzionalità dei propri apparecchi a fronte del rischio di *shut-down*, sempre senza riconoscere che il fenomeno degli *shut down* inattesi sperimentati dai consumatori in possesso di iPhone

6/6Plus/6s/6sPlus rappresentava un fenomeno generale derivante dall'installazione dell'aggiornamento del sistema operativo iOS 10.

140. Dunque Apple, nel proporre di procedere all'installazione di nuovi aggiornamenti *firmware* per gli iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus, ha fornito informazioni gravemente incomplete inducendo in errore i consumatori circa il reale impatto dell'aggiornamento sulle prestazioni del proprio smartphone, poiché non li ha adeguatamente informati sulla natura e sulle caratteristiche degli aggiornamenti (presentati per le loro migliori prestazioni e ragioni di sicurezza), tacendo sui rischi di spegnimenti improvvisi e di riduzione delle prestazioni dei loro iPhone e sulle cautele da adottare prima di procedere alla installazione, impedendo dunque loro di assumere una decisione consapevole.

141. Apple, in particolare, ha omesso di evidenziare chiaramente che:

a) il primo di tali aggiornamenti *firmware* era sì tale da mettere a disposizione nuove funzionalità ma comportava una superiore richiesta energetica e dunque necessitava di una preventiva verifica dello stato della batteria, per evitare inconvenienti che avrebbero svantaggiato e non migliorato l'esperienza d'uso del consumatore;

b) il secondo di tali aggiornamenti era sì tale da evitare lo spegnimento improvviso dell'apparecchio, ma in ragione della maggiore richiesta hardware e del non perfetto stato delle batterie poteva determinare una riduzione delle caratteristiche di velocità e potenza di calcolo dei dispositivi già ampiamente pubblicizzate e per le quali il consumatore aveva effettuato l'acquisto del proprio iPhone, anche in questo caso con ripercussioni negative sull'esperienza d'uso del consumatore.

142. Suggestire, per i prodotti già acquistati dai consumatori aggiornamenti, l'installazione di *firmware* che ne modificano significativamente le caratteristiche funzionali già ampiamente pubblicizzate, tacendo anche la possibilità di ridurre in maniera sensibile le prestazioni in determinate condizioni, non appare conforme alla diligenza professionale ragionevolmente esigibile in base ai principi generali di correttezza e di buona fede, doverosa per tale società appartenente a un gruppo *leader* di mercato, operante a livello mondiale nel settore dell'alta tecnologia.

VI.2.2. Le misure di assistenza ai consumatori dopo l'installazione di iOS 10 e 10.2.1

143. Dalle evidenze agli atti è emerso che Apple ha solo tardivamente predisposto dei limitati rimedi alle riduzioni di prestazioni degli *smartphone* meno recenti e/o più usurati provocate dagli aggiornamenti, che non risultavano più coperti dalla garanzia legale di conformità.

In particolare, come descritto in fatto, a novembre 2016 ha introdotto un programma di sostituzione della batteria per alcune serie di iPhone 6s e, solo a dicembre 2017, ha comunicato ai consumatori la propria offerta di sostituzione della batteria a prezzo scontato.

144. Tuttavia, per le richieste di assistenza fuori garanzia di iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus pervenute nel periodo ottobre 2016 - dicembre 2017, Apple non ha invece riconosciuto forme di assistenza gratuita, procedendo alla sostituzione del prodotto o alla sostituzione della batteria a carico del consumatore e solo a marzo 2017 ha dotato gli Apple Store di uno strumento di diagnostica delle batterie, momento dal quale risulta più frequente la sostituzione delle batterie rispetto a quella dell'intero prodotto.

145. Apple ha continuato, inoltre, ad applicare le ordinarie procedure che escludono la sostituzione della batteria nel caso di schermo anche solo leggermente danneggiato (salvo il solo caso di danni dovuti al rigonfiamento della batteria), ponendo a carico dei consumatori le conseguenze in termini di precoce esaurimento della batteria dovute alle dette maggiori richieste energetiche imposte dagli aggiornamenti iOS in argomento.

146. Al riguardo si consideri che Apple non ha offerto alcun mezzo di ripristino dell'originaria funzionalità dell'apparecchio, ad esempio consentendo il c.d. *downgrade* alla precedente versione iOS, né ha previsto la possibilità di selezionare quali funzionalità attivare/disattivare fra quelle proposte dalla nuova versione iOS. Per tale via, il professionista ha quindi indebitamente ridotto le funzionalità che erano state promesse al consumatore in fase d'acquisto del dispositivo.

147. Con riferimento alla possibilità di effettuare il *downgrade*, è irrilevante quanto sostenuto nel Technical Report allegato alla memoria difensiva di Apple, secondo il quale non sarebbe desiderabile per i consumatori tornare alle versioni precedenti di un SO per l'impreparazione dell'utente medio e l'inconsapevolezza dei rischi cui si esporrebbe in caso di mancato aggiornamento.

Infatti se, come afferma la stessa Apple, il consumatore è libero di scegliere se effettuare o meno l'installazione, costituisce una grave limitazione impedirgli di tornare alla precedente versione iOS; tale limitazione risulta maggiormente accentuata dalla circostanza che la scelta non risulta reversibile, non potendo il consumatore scegliere di ritornare alla precedente versione.

Inoltre, anche a voler ritenere che la possibilità di *downgrade* alla versione iOS precedente possa essere rischiosa, Apple non ha comunque previsto e consentito altre misure equivalenti che fossero così in grado di ripristinare l'uso e la fruibilità dei vecchi iPhone (ad esempio, il *downgrade* con apposite cautele, eventualmente presso i suoi negozi o i suoi centri di assistenza, ovvero una nuova versione iOS senza le nuove funzionalità).

148. Dai dati raccolti in istruttoria emerge che gli interventi fuori garanzia per problemi alla batteria per i modelli iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus - almeno fino a marzo 2017 quando si sono dotati gli Store di un'apposita diagnostica - non venivano normalmente risolti con la sostituzione della batteria che invece, a dicembre 2017, dopo la comunicazione di Apple e il particolare prezzo applicato, è diventata la regola riguardando il 95% degli interventi effettuati.

Quindi, pur sapendo che i due aggiornamenti in esame avevano evidenziato una criticità della batteria dei vecchi modelli, Apple non ha previsto e offerto, almeno fino a dicembre 2017, una misura di assistenza proporzionata e relativa appunto alla sostituzione solo di tale componente.

149. In questo contesto, i disagi subiti dagli utenti (nella specie, rallentamenti, riduzioni di funzionalità degli iPhone determinati dal rilascio di aggiornamenti *firmware*), unitamente all'omessa informativa e alla carente assistenza post vendita, si inseriscono nell'ambito di una politica commerciale in cui assume particolare rilevanza il processo di sostituzione dei modelli meno recenti con i nuovi modelli.

Dai documenti acquisiti emerge infatti chiaramente che, nelle politiche di vendita di nuovi iPhone, il processo di sostituzione dei vecchi smartphone assume un'assoluta e sempre crescente rilevanza per i volumi di vendita, in quanto l'accresciuta concorrenza, una minore innovazione tecnologica e la maturità stessa del mercato rendono estremamente difficile acquisire nuovi consumatori.

Specificamente, la politica commerciale di Apple prevede un ruolo centrale per il processo di anticipata sostituzione (*upgrade selling*) con i modelli iPhone più recenti, che generalmente hanno batterie usurate (in ragione del loro utilizzo) e minori capacità *hardware*, processo che ha una rilevanza assoluta e viene pianificato sia con gli operatori delle telecomunicazioni sia nell'ambito delle vendite dirette.

150. Né dall'accertamento della scorrettezza della pratica in esame deriva, come sostiene impropriamente Apple, una limitazione dell'esercizio della propria libertà commerciale di adottare

programmi volti alla incentivazione dei propri clienti alla sostituzione degli apparecchi con modelli più recenti di iPhone, in particolare nei rapporti con i propri *partner* commerciali.

Nel caso in esame, infatti, la valutazione dell’Autorità non impone alcun particolare modello di *business*, né afferisce alle libere scelte imprenditoriali. Vengono invece in rilievo condotte commerciali puntualmente individuate, quali il rilascio di aggiornamenti *firmware* che possono ridurre la funzionalità dei vecchi iPhone (come appunto è avvenuto con iOS 10 e 10.2.1), presentati come innovazione tecnologica e miglioramento del prodotto, nonché la mancata prestazione di assistenza e di misure idonee a ripristinare la funzionalità degli iPhone; tutte condotte che hanno una sicura valenza commerciale e che, nell’ambito di una politica commerciale in cui assume particolare rilevanza il processo di sostituzione dei modelli più vecchi di iPhone, hanno oggettivamente costituito una significativa leva in tal senso.

151. Dall’insieme di queste condotte emerge un indebito condizionamento di Apple, esercitato in forza della posizione di potere commerciale derivante dalla titolarità di un marchio noto ed affermato, in cui i consumatori ripongono fiducia, nonché della posizione di particolare asimmetria informativa che caratterizza i rapporti con i consumatori. In tal modo, è risultato accelerato il processo di sostituzione dei modelli iPhone6/6Plus/6s/6sPlus non più coperti da garanzia legale, in un contesto in cui la capacità di scelta dei consumatori risulta limitata anche in considerazione degli *switching cost* connessi al passaggio a smartphone di un diverso produttore basati su un sistema operativo diverso da iOS, o caratterizzati da un inferiore livello percepito di qualità.

VI.2.3. L’insistente proposizione degli aggiornamenti

152. Come sopra rappresentato, al momento del rilascio di un nuovo aggiornamento iOS e in occasione di tutte le sue modifiche successive – che come detto sono molto numerose nel corso di ciascun anno –, Apple comunica a tutti i possessori di iPhone per i quali l’aggiornamento è compatibile che il loro dispositivo non è più aggiornato e la disponibilità di un nuovo aggiornamento. In particolare, Apple invia insistentemente un messaggio recante la necessità di aggiornare il dispositivo, di scaricare ed installare l’ultimo aggiornamento disponibile – comprensivo delle versioni precedenti –, risollecitando periodicamente il consumatore fino a quando l’aggiornamento stesso non viene scaricato, senza consentire in alcun modo di evitare tale sollecitazione.

153. Le evidenze istruttorie mostrano che, anche nel caso in cui i consumatori desiderino rifiutare l’offerta proposta da Apple di effettuare l’installazione degli aggiornamenti del sistema operativo iOS, agli stessi non viene data altra scelta se non quella di posticipare tale installazione.

154. L’unica opzione offerta dai messaggi FOTA è quella di installare l’aggiornamento o di posticiparlo, per cui il consumatore è costretto a svolgere continuamente un’azione positiva per rimandare l’installazione. Inoltre, la scelta di installare più tardi deve essere ripetuta, perché dopo il primo *click* si apre un’altra schermata in cui il consumatore viene invitato ad inserire il suo codice per un aggiornamento automatico e solo in calce alla stessa vi è di nuovo la scelta di posticipare l’aggiornamento.

In tal modo, il consumatore non ha una vera facoltà di aderire o meno alla proposta di aggiornamento di Apple, potendo solo effettuare una doppia scelta di non aderire, peraltro in via temporanea, da rinnovare ogni volta che – inesorabilmente – gli viene riproposto di installare, subito o più tardi.

155. Con riferimento all'insistenza di tale procedura, dalle informazioni fornite da Apple, risulta che tale messaggio si ripete insistentemente nel primo mese, (tre giorni dopo il primo click, a distanza di 8 giorni tra il 2° e 4° click) e solo dopo la 5° volta ogni 30 gg.

Tuttavia, va considerato che tale procedura si rinnova ad ogni aggiornamento successivo che corregge un *bug* o risolve problemi di sicurezza in quanto con essi si propone anche l'aggiornamento del dispositivo alla versione più aggiornata del SO. Quindi, nel caso in cui non si sia fatto il precedente aggiornamento, con tale aggiornamento viene installata anche la nuova versione di iOS.

Essendo gli aggiornamenti correttivi e di sicurezza molto frequenti nel corso dell'anno – circa 10/12 – è evidente che il consumatore viene continuamente sollecitato a procedere all'aggiornamento della nuova versione iOS.

156. Nel periodo considerato, da settembre 2016 a gennaio 2018 i consumatori in possesso di iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus che avevano deciso di non aggiornare il proprio dispositivo, scegliendo l'opzione di posticiparlo, hanno ricevuto dal professionista una continua e insistente sollecitazione a procedere in tal senso, con circa 70 richieste di procedere ad effettuare il download e l'installazione degli aggiornamenti *firmware*.

157. In effetti, i dati forniti da Apple confermano che circa tre mesi dopo l'introduzione dell'iOS 11 nel settembre 2017, il 65% dei dispositivi utilizzava tale versione di iOS e a giugno 2018 circa l'81% di tutti gli apparecchi con sistema operativo iOS risultava aggiornato alla sua ultima versione.

158. Tale modalità di proposizione dell'aggiornamento *software* relativo alla nuova versione iOS 10 e 10.2.1, che veniva insistentemente rinnovata in occasione di tutti gli aggiornamenti successivi e lasciava al consumatore la scelta solo di rinviare l'aggiornamento, ha indebitamente condizionato la libertà di scelta dei consumatori in possesso degli iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus. Ciò in considerazione anche dell'asimmetria informativa esistente con il professionista al quale i consumatori si affidano proprio per la sua superiore conoscenza della parte *hardware* e *software* dei propri dispositivi e specificamente per la necessità di mantenere in sicurezza i propri dispositivi.

159. In tal modo il consumatore è stato condizionato nella libertà di continuare ad utilizzare senza interferenze il proprio iPhone per la sua durata naturale, nonché nella possibilità di scegliere quali prestazioni mantenere o modificare del proprio iPhone acquistato e utilizzato da svariati mesi, oltre che nella possibilità di comprendere se era effettivamente possibile migliorare le prestazioni o invece era preferibile continuarne a fruirne senza l'aggiunta di ulteriori funzioni e senza subire una riduzione del livello di prestazioni.

160. Alla luce di quanto sopra, la pratica in questione può essere qualificata come aggressiva, atteso che è idonea a causare una indebita pressione sulla libertà di scelta del consumatore, restringendo la sua capacità di adottare una libera decisione in merito all'utilizzo e alle funzionalità del proprio apparecchio e costringendolo a una scelta di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso.

VI.2.4. Conclusioni

161. Da quanto affermato in precedenza emerge che ai consumatori che avevano acquistato iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus è stato insistentemente proposto l'aggiornamento del sistema operativo iOS 10 e del successivo aggiornamento 10.2.1, senza che fossero adeguatamente informati degli inconvenienti che tali installazioni avrebbe potuto comportare e senza provvedere, se non tardivamente ed in maniera limitata, a rimediare a tali inconvenienti.

Apple ha potuto indurre i consumatori ad accettare tali aggiornamenti anche grazie all'asimmetria informativa esistente con essi, che porta tali consumatori a essere costretti a riporre la loro fiducia in quanto affermato da Apple sulla utilità e bontà di tali aggiornamenti.

162. Per i motivi sopra esposti, la pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, 22 e 24 del Codice del Consumo, in quanto Apple ha sviluppato e suggerito aggiornamenti *firmware* iOS 10 e 10.1.2 per gli iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus già acquistati dai consumatori che ne modificano le caratteristiche funzionali già ampiamente pubblicizzate e ne riducono in maniera sensibile le prestazioni, nonché ha indotto in errore i consumatori nella decisione di procedere all'installazione di tali aggiornamenti. Infine, sotto altro profilo, il professionista ha indebitamente condizionato i consumatori, da un lato, inducendoli ad aggiornare il *firmware* mediante l'insistente richiesta di procedere ad effettuare il *download* e l'installazione degli aggiornamenti, dall'altro, non prestando un'adeguata assistenza ai consumatori per ripristinare la funzionalità preesistente dei loro apparecchi, in tal modo accelerando il processo di sostituzione di tali apparecchi con nuovi modelli di iPhone.

VI.3. Pratica sub B): La mancata informazione sulle caratteristiche della batteria, sulla sua rilevanza per le prestazioni degli iPhone, sul ciclo di vita, sulla corretta ottimizzazione e istruzioni per la sua sostituzione

163. La seconda pratica commerciale consiste nella mancata ed insufficiente informazione su alcune caratteristiche essenziali delle batterie, quali la vita media e deteriorabilità delle batterie e la loro correlazione con le prestazioni degli iPhone, specificamente con riferimento alle batterie degli iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus. Essa riguarda inoltre la mancata indicazione di corrette procedure per verificare e/o mantenere un adeguato livello di prestazioni della batteria e quindi dei propri dispositivi cellulari, della necessità di procedere alla sostituzione della stessa in relazione alle modalità di utilizzo e alle eventuali maggiori richieste degli aggiornamenti iOS. Tali informazioni sono state fornite dal professionista solo a partire dagli ultimi giorni di dicembre 2017.

164. Va considerato che la batteria costituisce una delle principali caratteristiche del prodotto, la cui durata e prestazione incide direttamente sulla funzionalità e fruibilità nel tempo del cellulare.

Inoltre, deve rilevarsi che Apple è stato il primo produttore a proporre uno *smartphone* la cui batteria non può essere rimossa e sostituita dal proprietario, se non con l'intervento di un tecnico qualificato e previa rimozione dello schermo. Di conseguenza, in alcuni casi, come in presenza di lesioni allo schermo, risulta impossibile la sostituzione della batteria senza sostituire anche lo schermo.

165. Dunque, la batteria costituisce un elemento essenziale dell'iPhone, che influisce in modo sensibile alla durata della vita utile dell'intero apparecchio.

In particolare, il consumatore, in mancanza di informazioni che lo avvertano della necessità di apposite cautele per prolungare la vita o sostituire la batteria del proprio iPhone, può essere indotto ad attribuire i difetti che dovesse riscontrare all'apparecchio nella sua interezza, piuttosto che alla sola parte *hardware* costituita dalla batteria.

166. Fino a dicembre 2017 le informazioni fornite da Apple per le batterie dei iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus evidenziavano tendenzialmente in positivo le caratteristiche delle batterie al litio, quali la loro lunga durata (cfr. par. 75).

167. Nondimeno, era ben noto che le batterie degli iPhone fossero un punto debole del dispositivo, sia per la sua durata intesa come ciclo di vita, che per il peggioramento delle sue prestazioni (capacità di fornire energia in tempi rapidi).

Dai documenti ispettivi emerge che già nel 2015 la durata delle batterie è definita una questione annosa. Con il rilascio di iOS 10 e 10.2 emerge ancor più chiaramente come la batteria possa costituire l'anello debole del prodotto.

La tematica delle batterie è stata pertanto monitorata fra le cause di richiesta di assistenza.

168. Dagli elementi acquisiti in istruttoria risulta che solo a partire dagli ultimi giorni di dicembre 2017 Apple abbia fornito ai propri clienti un'informazione adeguata: della rilevanza centrale della batteria per le prestazioni degli iPhone; sulle caratteristiche delle batterie in termini di ciclo di vita e sulla loro capacità di fornire energia in tempi rapidi; sulla necessità di controllare cautelativamente lo stato della batteria in occasione del rilascio di nuovi aggiornamenti *software*; sul momento in cui potrebbe rendersi necessario procedere alla sostituzione della batteria, informazioni necessarie al fine di consentire un corretto uso e mantenere un adeguato livello di prestazioni dei propri dispositivi cellulari e, soprattutto, consentire un'appropriata durata di vita del prodotto coerente con le richieste e le preferenze dei consumatori (cfr. paragrafo 80).

169. Invero, le caratteristiche della batteria costituiscono elementi informativi essenziali, relativi ad una delle principali componenti del prodotto che incide direttamente e specificamente sulla durata e fruibilità nel tempo del cellulare, la cui conoscenza è necessaria per effettuare una scelta di acquisto consapevole di *smartphone* che, appunto, vengono promossi ed acquistati dai consumatori per le loro specifiche ed elevate caratteristiche tecnologiche.

Tali informazioni rilevano, inoltre, anche in un momento successivo all'acquisto, dopo che il consumatore ha utilizzato il dispositivo per svariati mesi, nel momento in cui questo risulti meno performante o presenti specifici problemi, quali appunto gli spegnimenti improvvisi, per comprendere correttamente quale possa essere la causa di tali disfunzioni e decidere quale tipo di intervento effettuare (ossia, sostituire la batteria e prolungare la vita del prodotto o procedere alla sua sostituzione).

170. Le informazioni relative alla vita media e deteriorabilità delle batterie degli iPhone e alle corrette procedure per mantenerne un adeguato livello di prestazioni nonché il suggerimento di procedere alla loro sostituzione rappresentano, dunque, elementi importantissimi per la corretta gestione dell'iPhone da parte dei consumatori e, specificamente, per assicurare la migliore funzionalità nell'uso del dispositivo e la scelta circa la sostituzione della batteria rispetto a quella dell'intero apparecchio.

171. Le informazioni in argomento riguardano quindi aspetti essenziali del dispositivo ed avrebbero dovuto essere rese disponibili ai consumatori conformemente alla diligenza professionale doverosa per società di un gruppo leader di mercato operante a livello mondiale nel settore dell'alta tecnologia.

172. Pertanto, le omissioni e carenti informazioni sulle batterie degli iPhone da parte di Apple fino a dicembre 2017, risultano integrare una pratica commerciale scorretta ai sensi dell'art. 22 del Codice del Consumo per aver indotto in errore i consumatori sia nella decisione di acquisto che, soprattutto, in quella di corretta fruizione e sostituzione degli apparecchi iPhone omettendo informazioni essenziali relative ad una delle principali caratteristiche del prodotto che ne condizionavano le prestazioni e la durata del prodotto.

VII. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

173. Ai sensi dell'art. 27, comma 9, del Codice del Consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

174. In caso di procedimento che abbia ad oggetto una pluralità di illeciti amministrativi accertati, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire come in presenza di una pluralità di condotte dotate di autonomia strutturale e funzionale, ascritte alla responsabilità dei professionisti, si applica il criterio del cumulo materiale delle sanzioni, in luogo del cumulo giuridico (cfr. tra le altre, Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 209 del 19 gennaio 2012).

175. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

176. Con riguardo alla gravità delle violazioni, si tiene conto della dimensione economica dei professionisti, nel caso di specie le quattro società del gruppo multinazionale Apple coinvolte nelle pratiche in esame, nonché della posizione di mercato dell'iPhone come uno dei prodotti *leader* fra gli *smartphone* di fascia alta e del notevole livello di fidelizzazione al marchio Apple da parte dei possessori di iPhone.

177. Per quanto riguarda la violazione di cui al punto II, lettera A), va tenuto conto della elevata entità del potenziale pregiudizio economico complessivo per il consumatore. Infatti, la pratica è stata estesa alla generalità dei possessori di iPhone 6/6plus/6S/6SPlus. Inoltre la pratica stessa si è articolata in una pluralità di comportamenti, dapprima volti ad indurre i possessori di tali *smartphone* ad installare nuove versioni del sistema operativo iOS e, poi, a nascondere che i malfunzionamenti e i rallentamenti degli apparecchi erano conseguenze della installazione di tali aggiornamenti *firmware* in tal modo accelerando la sostituzione degli iPhone con modelli più recenti.

178. Anche per quanto riguarda la violazione di cui al punto II, lettera B), va tenuto conto della elevata entità del potenziale pregiudizio economico complessivo per il consumatore. Infatti la pratica è stata estesa alla generalità degli acquirenti di iPhone.

Inoltre, la pratica stessa risulta particolarmente grave per i suoi effetti sui possessori di iPhone 6/6plus/6S/6SPlus, perché – in assenza di informazioni essenziali per valutare l'importanza della usura della batteria degli apparecchi - si sono ritrovati più esposti ai problemi di malfunzionamenti e rallentamenti provocati dagli aggiornamenti iOS in argomento.

179. Per quanto riguarda la durata della prima pratica, dagli elementi disponibili in atti risulta che essa è stata posta in essere almeno a decorrere dal settembre 2016 e risulta tuttora in corso, considerando che è preclusa ai possessori di iPhone la possibilità di riportare il proprio apparecchio nella sua originaria funzionalità e che Apple rifiuta l'accesso alla propria offerta di sostituzione a prezzo scontato della batteria in caso di lesioni allo schermo dell'iPhone, ponendo a carico del consumatore la sostituzione dello schermo.

Con riferimento alla durata della seconda pratica, essa si è realizzata quantomeno dalla fine del primo trimestre 2016, quando sono emerse le problematiche legate all'improvviso spegnimento degli iPhone

6s con batteria rimanente al di sopra del 10%¹⁹⁴, e fino alla fine del dicembre 2017, quando Apple ha reso disponibili sul proprio sito internet le informazioni sulla durata delle batterie e istruzioni per il corretto mantenimento di tale parte essenziale dei dispositivi.

180. Sulla base di tali elementi, con riferimento alla pratica scorretta di cui al punto II, lettera A), pur considerando le misure adottate nel corso del procedimento volte ad attenuare e parzialmente idonee a far cessare la pratica, occorre tenere conto della massima gravità della stessa e dell'importanza dei professionisti al fine di assicurare l'effetto deterrente delle sanzioni applicate per violazioni del Codice del Consumo.

Si ritiene, pertanto, di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile ai professionisti del gruppo Apple per la violazione di cui al punto II, lettera A), nella misura del massimo edittale di 5.000.000 euro (cinque milioni di euro).

181. Anche con riferimento alla pratica scorretta di cui al punto II, lettera B), pur considerando il fatto che la seconda violazione è stata interrotta prima dell'avvio del procedimento, occorre tenere conto della massima gravità della stessa e dell'importanza dei professionisti al fine di assicurare l'effetto deterrente delle sanzioni applicate per violazioni del Codice del Consumo.

Si ritiene, pertanto, di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile ai professionisti del gruppo Apple per la violazione di cui al punto II, lettera B), nella misura del massimo edittale di 5.000.000 euro (cinque milioni di euro).

182. Considerato, poi, che le società parti del procedimento svolgono specifiche funzioni riconducibili all'attività commerciale di Apple, si ritiene necessario applicare in solido le suddette sanzioni.

RITENUTO, pertanto, tenuto conto del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la prima pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, 22 e 24 del Codice del Consumo in quanto contraria alla diligenza professionale per avere sviluppato e suggerito l'installazione di aggiornamenti *firmware* per gli iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus già acquistati dai consumatori che ne modificano le caratteristiche funzionali già ampiamente pubblicizzate e ne riducono in maniera sensibile le prestazioni, idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio se procedere o meno all'installazione di nuovi aggiornamenti *firmware*, nonché a limitare considerevolmente la sua libertà di scelta per l'insistente richiesta di procedere ad effettuare l'installazione degli aggiornamenti *firmware*, l'impedimento del ritorno alla versione precedente del sistema operativo e la mancanza di un'adeguata assistenza ai consumatori, in tal modo accelerando il processo di sostituzione di tali apparecchi con nuovi modelli di iPhone;

RITENUTO, inoltre, tenuto conto del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la seconda pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi dell'art. 22 del Codice del Consumo in quanto idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio trattandosi di una caratteristica essenziale nella decisione di procedere all'acquisto degli iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus, nonché per valutare se procedere alla sostituzione della batteria prolungando la vita del dispositivo rispetto alla sostituzione del dispositivo medesimo;

⁹⁴ Che spingono Apple a dare, con una mail interna dell'11 aprile 2016¹ intitolata "Battery issue iPhone 6s", direttive su cosa dire ai clienti che lamentano questo problema.

RITENUTO, altresì, che, in ragione dei rilevanti effetti sui consumatori delle condotte poste in essere da Apple, con particolare riferimento al condizionamento della loro scelta commerciale a procedere agli aggiornamenti iOS che hanno ridotto la fruibilità e funzionalità dei loro iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus, si rende necessario disporre la pubblicazione di una dichiarazione rettificativa a cura e spese dei professionisti, ai sensi dell'articolo 27, comma 8, del Codice del Consumo, al fine di portare a conoscenza dei medesimi il provvedimento dell'Autorità e impedire il protrarsi di tali effetti della condotta medesima. In considerazione delle capillari modalità con cui è stata diffusa la pratica commerciale, appare necessario e proporzionato che la pubblicazione della dichiarazione rettificativa avvenga con pubblicazione per venti giorni sulla *home-page* del sito aziendale italiano del gruppo Apple www.apple.com/it;

DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II, lettera A), del presente provvedimento, posta in essere da Apple Inc, Apple Distribution International, Apple Italia S.r.l. e Apple Retail Italia S.r.l., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, 22 e 24 del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

b) che la pratica commerciale descritta al punto II, lettera B), del presente provvedimento, posta in essere da Apple Inc, Apple Distribution International, Apple Italia S.r.l. e Apple Retail Italia S.r.l., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi dell'art. 22 del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

c) di irrogare in solido a Apple Inc, Apple Distribution International, Apple Italia S.r.l. e Apple Retail Italia S.r.l. una sanzione amministrativa pecuniaria di 5.000.000 € (cinque milioni di euro) per la violazione di cui alla lettera a)

d) di irrogare in solido a Apple Inc, Apple Distribution International, Apple Italia S.r.l. e Apple Retail Italia S.r.l. una sanzione amministrativa pecuniaria di 5.000.000 € (cinque milioni di euro) per la violazione di cui alla lettera b);

e) che i professionisti comunichino all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui al punto a).

Le sanzioni amministrative irrogate devono essere pagate entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento.

Il pagamento deve avvenire, per i soggetti aventi sede legale in Italia, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. In tal caso il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito internet www.agenziaentrate.gov.it.

Il pagamento deve avvenire, per i soggetti non aventi sede legale in Italia, tramite bonifico (in euro) a favore dell'Erario, utilizzando il codice IBAN IT04A0100003245348018359214 (codice BIC: BITAITRRENT), che corrisponde alla terna contabile 18/3592/14.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio della documentazione attestante il versamento effettuato.

DISPONE

a) che Apple Inc, Apple Distribution International, Apple Italia S.r.l. e Apple Retail Italia S.r.l. pubblicino, a loro cura e spese, una dichiarazione rettificativa ai sensi dell'articolo 27, comma 8, del Codice del Consumo, secondo le seguenti modalità:

- 1) il testo della dichiarazione rettificativa è quello riportato in allegato al presente provvedimento;
- 2) la dichiarazione rettificativa riportata in allegato al presente provvedimento dovrà essere pubblicata entro sessanta giorni dall'avvenuta notificazione dello stesso sui seguenti strumenti telematici:
 - sulla *homepage* del sito internet aziendale per l'Italia www.apple.com/it, visibile dalla prima schermata e di dimensioni pari ad un quinto della stessa; la pubblicazione della dichiarazione rettificativa dovrà permanere per venti giorni;
- 3) la pubblicazione dovrà ricalcare *in toto* impostazione, struttura e aspetto della dichiarazione rettificativa allegata; i caratteri del testo dovranno essere del massimo corpo tipografico compatibile con lo spazio indicato al punto 2 e le modalità di scrittura, di stampa e di diffusione non dovranno essere tali da vanificare gli effetti della pubblicazione; in particolare, nello spazio di pubblicazione della dichiarazione rettificativa - così come nelle altre pagine *web* del sito aziendale e nello spazio ulteriore del supporto utilizzato - non dovranno essere riportati messaggi che si pongano in contrasto con il contenuto della dichiarazione stessa o che comunque tendano ad attenuarne la portata e il significato;

b) che la pubblicazione della dichiarazione rettificativa dovrà essere preceduta dalla comunicazione all'Autorità della data in cui la stessa avrà luogo e dovrà essere seguita, entro tre giorni, dall'invio all'Autorità di una copia originale di tale pubblicazione contenente la dichiarazione rettificativa pubblicata.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 135, comma 1, lettera *b*), del Codice del processo amministrativo (decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'art. 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *ff.*
Gabriella Muscolo

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

COMUNICAZIONI A TUTELA DEL CONSUMATORE

Le società Apple Inc, Apple Distribution International, Apple Italia S.r.l. e Apple Retail Italia S.r.l.

hanno indotto i consumatori in possesso di iPhone 6/6plus/6s/6splus alla installazione del sistema operativo iOS 10 e successivi aggiornamenti, senza fornire adeguate informazioni circa l'impatto di tale scelta sulle prestazioni degli *smartphone* e senza offrire (se non in misura limitata o tardiva) alcun mezzo di ripristino dell'originaria funzionalità degli apparecchi in caso di sperimentata diminuzione delle prestazioni a seguito dell'aggiornamento (quali il *downgrading* o la sostituzione della batteria a costi ragionevoli).

Tale pratica è stata valutata scorretta, ai sensi degli artt. 20, 21, 22 e 24 del D.Lgs. n. 206/2005 (Codice del Consumo) dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

L'Autorità ha disposto la pubblicazione della presente dichiarazione rettificativa ai sensi dell'*articolo 27, comma 8, del Codice del Consumo*

(provvedimento adottato nell'adunanza del 25 settembre 2018 e disponibile sul sito www.agcm.it)

PS11063 - AUCHAN-LA VITA IN BLU

Provvedimento n. 27379

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 10 ottobre 2018;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTA la Parte II, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante “*Codice del Consumo*” e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*” (di seguito, Regolamento), adottato dall’Autorità con delibera del 1° aprile 2015;

VISTA la comunicazione, pervenuta in data 26 marzo 2018, così come integrata in data 26 giugno 2018, con la quale la società Auchan S.p.A. ha presentato impegni ai sensi dell’art. 27, comma 7, del Codice del Consumo e dell’art. 9 del Regolamento;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LE PARTI

1. Auchan S.p.A. (di seguito, anche Auchan), in qualità di professionista, ai sensi dell’art. 18, lettera b), del Codice del Consumo. Tale società è attiva nel settore della grande distribuzione organizzata di prodotti alimentari e di beni di largo consumo (c.d. *food e non food*) attraverso una catena di numerosi supermercati e ipermercati.

2. Movimento di difesa dei consumatori, in qualità di associazione dei consumatori segnalante.

II. LA PRATICA COMMERCIALE OGGETTO DEL PROCEDIMENTO

3. Il procedimento concerne le modalità di pubblicizzazione, presso i punti vendita Auchan nonché attraverso il sito internet *www.auchan.it*, dell’iniziativa commerciale denominata “*La vita in blu*”.

L’iniziativa, proposta da Auchan nell’ambito di un “*progetto benessere*”, consiste nell’apposizione di un bollino a forma di cuore di colore blu (di seguito, “*Bollino Blu*”) su determinati prodotti alimentari oggetto di una selezione effettuata dallo stesso professionista, attraverso l’utilizzo di un algoritmo ed avvalendosi della consulenza di un proprio “*collegio di esperti*”, al fine di fornire ai consumatori informazioni nutrizionali di immediata percepibilità circa i prodotti selezionati, con l’obiettivo dichiarato di aiutare i consumatori stessi a “*mangiare meglio*”.

In particolare, i cd. “*Prodotti blu*”, selezionati nell’assortimento dei punti vendita Auchan, sarebbero quelli che, secondo le informazioni fornite dal professionista sul proprio sito, mostrano “*il migliore equilibrio nutrizionale tra le sostanze nutritive che devono essere presenti nella dieta (proteine) e sostanze nutritive la cui assunzione va tenuta sotto controllo (zuccheri, grassi saturi e sale)*”.

Nel sito del professionista, all’indirizzo web *auchan.it/lavitainblu*, nell’illustrare il contenuto e gli obiettivi salutistici dell’iniziativa, quanto alle modalità di selezione dei prodotti (“*Come viene fatta la selezione*”), vengono indicati tre criteri: “*Rifutando sostanze controverse: OGM, olio di palma,*

aspartame nei prodotti dedicati ai bambini"; *"Mettendo al centro il valore nutrizionale - Apporto energetico, proteine, lipidi, glucidi, grasso, sale, zucchero"*; *"Premiando i prodotti virtuosi - Testati periodicamente, con meno additivi, conservanti o allergenici"*.

Nello stesso contesto, inoltre, sono presenti dei *link* in cui si richiamano le informazioni contenute in tre documenti, consistenti nel Regolamento relativo alla selezione "*Prodotti Blu*", nel Regolamento interno sul Collegio degli Esperti e nel Manifesto Progetto Benessere "*La vita in blu*" che illustrano in modo generico le finalità del programma, le modalità di selezione dei prodotti ed il ruolo del Comitato di Esperti.

4. Con riferimento a tali affermazioni pubblicitarie, Auchan avrebbe posto in essere una pratica commerciale scorretta fornendo, in relazione alla campagna "*La vita in blu*", un quadro informativo omissivo, idoneo ad alterare la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole di acquisto. Inoltre, la selezione delle referenze con l'apposizione del *bollino blu* è effettuata dal professionista attraverso l'utilizzo di un algoritmo e la costituzione di un "collegio di esperti" senza che siano resi noti ai consumatori con la necessaria chiarezza i criteri di selezione, nonché le verifiche svolte per garantire la posizione di indipendenza e terzietà del collegio, né garantita l'accessibilità dei parametri e l'oggettività delle valutazioni sottese al rilascio del *bollino blu*.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO: LA PRESENTAZIONE DEGLI IMPEGNI

1) *L'iter del procedimento*

Attività preistruttoria

5. In data 14 dicembre 2017 sono stati realizzati rilievi d'ufficio sul sito internet del professionista *www.auchan.it* e acquisite agli atti del procedimento le relative pagine *web*¹.

6. Al fine di disporre degli elementi conoscitivi necessari allo svolgimento dei compiti attribuiti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dal Codice del Consumo, in data 18 dicembre 2017 sono state richieste informazioni al professionista che vi ha dato riscontro il 29 gennaio 2018².

7. In data 6 febbraio 2018 sono stati realizzati ulteriori rilievi d'ufficio sul sito internet del professionista *www.auchan.it* e acquisite agli atti del procedimento le relative pagine *web*³.

Attività istruttoria

8. In relazione alla condotta sopra descritta, a seguito della richiesta di intervento del Movimento di Difesa del Consumatore del 15 dicembre 2017, in data 8 febbraio 2018 è stato avviato il procedimento istruttorio n. PS11063 nei confronti di Auchan S.p.A..

In tale sede è stato ipotizzato che la condotta della società Auchan fosse suscettibile di integrare una violazione degli articoli 20, 21, comma 1, lettere *b*) e *c*) e 22 del Codice del Consumo, in quanto, *prima facie*, contraria alla diligenza professionale e idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio in ordine alle caratteristiche ed ai vantaggi dei prodotti connotati dal *bollino blu*, nonché ai risultati salutistici connessi all'iniziativa promozionale "*La vita in blu*".

¹ Cfr. rilevazioni effettuate d'ufficio all'indirizzo web <https://www.auchan.it/it-IT-it/static/lavitaainblu.aspx> (doc. n. 2 del fascicolo istruttorio).

² Cfr. doc. n. 5 del fascicolo istruttorio.

³ Cfr. rilevazioni effettuate d'ufficio sul sito internet del professionista *www.auchan.it* (doc.n.6 del fascicolo istruttorio).

9. In data 14 febbraio 2018, il professionista ha effettuato l'accesso agli atti del fascicolo.
10. In data 28 febbraio 2018, il professionista ha fornito riscontro alla richiesta di informazioni formulata nella comunicazione di avvio del procedimento.
11. In data 16 marzo 2018 il professionista è stato sentito in audizione.
12. In data 26 marzo 2018 Auchan ha presentato una proposta di impegni, ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo e dell'art. 9 del Regolamento, fornendo in data 26 giugno 2018 una integrazione degli stessi secondo l'invito formulato in data 15 giugno 2018 dall'Autorità ai sensi dell'art. 9, comma 2, lettera *b*) del Regolamento.
13. In data 5 luglio 2018 è stata comunicata alle Parti la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.
14. In data 17 luglio 2018 è pervenuta una ulteriore nota del professionista.

2) Gli elementi acquisiti e gli impegni del professionista

15. Con memoria del 28 febbraio 2018, il professionista ha sostenuto la correttezza delle affermazioni pubblicitarie che caratterizzavano l'iniziativa "La vita in blu".

16. Come sopra indicato, in data 26 marzo, Auchan ha presentato una proposta di impegni, ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo e dell'art. 9 del Regolamento, integrandola in data 26 giugno 2018 secondo l'invito formulato al riguardo dall'Autorità ai sensi dell'art. 9, comma 2, lettera *b*) del Regolamento.

17. In particolare, tali impegni, che nella loro versione definitiva sono allegati al presente provvedimento e ne costituiscono parte integrante, hanno ad oggetto le seguenti modifiche:

1. Con riguardo agli aspetti comunicazionali del programma:

➤ Auchan intende intensificare una campagna di informazione per i consumatori, attraverso molteplici canali di comunicazione, incentrata sulla spiegazione del Programma "La Vita in Blu". In particolare, sarà sottolineata la circostanza che, con il programma in questione, Auchan intende fornire un servizio al cliente, in questo dando un profilo commerciale all'iniziativa. Più precisamente, i profili comunicazionali saranno connotati "*maggiormente nel senso per l'appunto del servizio al cliente, da intendersi come facilitazione nella lettura e comparazione dei contenuti nutrizionali e degli ingredienti risultanti dall'etichettatura dei prodotti*".

Inoltre, nel fornire questo servizio al cliente, verrà sottolineato come i criteri di selezione siano il risultato di una scelta di Auchan.

➤ In esecuzione di queste due integrazioni alla comunicazione, Auchan svilupperà ogni mezzo comunicazionale (cartellonistica, *leaflet* esplicativo, volantini, sito *web*, *social*, ecc.) nel senso di sottolineare la natura di servizio al cliente ed evidenzierà la natura meramente soggettiva della Selezione "La Vita in Blu" modificando il simbolo dell'iniziativa: al logotipo "La Vita in Blu" sarà aggiunta la frase "*scelto da noi*". Auchan ritiene che siffatta integrazione abbia una valenza comunicativa molto forte, in quanto sottolinea la natura soggettiva della selezione e precisa che i prodotti sono stati "scelti da noi" (Cfr. Fig. 1).



➤ In aggiunta, Auchan intende inserire nel *Regolamento* relativo al programma “La Vita in Blu” e nel *Manifesto* dello stesso un preambolo volto a chiarire, anche nei suddetti documenti essenziali dell’iniziativa, gli aspetti di servizio alla clientela e di soggettività dei criteri uniformi posti dal professionista alla base della selezione. Questa integrazione sarà oggetto di specifica pubblicità al fine di portarla a conoscenza della clientela. Nel dettaglio, il preambolo preciserà che « *Auchan, primaria azienda di distribuzione internazionale, nel quadro del proprio posizionamento “Militante del buono, del sano e del locale” ha deciso di offrire ai propri clienti un nuovo servizio, evidenziando quei prodotti che, in ogni categoria e sulla base dei valori nutrizionali e degli ingredienti dichiarati in etichetta, sono stati selezionati secondo principi scelti da Auchan ed uniformemente applicati, al fine di venire incontro alle necessità dei clienti. Essi hanno così la possibilità di usufruire di un servizio che Auchan offre per semplificare la comparazione delle etichette durante il loro percorso di spesa anche al fine di aumentare la sensibilità e l’attenzione a quei gesti quotidiani che, come l’alimentazione, sono alla base del benessere umano. Auchan vuole così mostrarsi attenta ad una tendenza di mercato sempre più importante e socialmente rilevante come il benessere dei clienti e collaboratori*»;

2. con riguardo ai **criteri di selezione** dei cd. *Prodotti blu*: il primo sarà modificato nel senso di semplificare la lista degli ingredienti che, in quanto ritenuti critici dal punto di vista della sicurezza alimentare, configurano un primo sbarramento, eliminando gli OGM; ciò in quanto, secondo le precisazioni di Auchan, di tali organismi si fa un limitatissimo utilizzo negli alimenti destinati al consumo umano e, quindi, il potenziale rischio per la salute umana risulta marginale. Inoltre, il terzo filtro verrà abolito e pertanto, nel caso in cui ci siano degli *ex aequo* fra prodotti selezionati all’interno di ogni categoria, non verranno più valorizzati gli elementi facoltativi contenuti in etichetta per determinare il prodotto da contrassegnare con il “Bollino Blu”, ma tutti i prodotti di pari merito entreranno nella selezione “La Vita in Blu”;

3. con riguardo al **collegio degli esperti**: Auchan prevede di aggiungere ai membri già previsti - ovvero cinque membri esterni al professionista (un pediatra, un medico nutrizionista, un tossicologo, un medico del lavoro ed un rappresentante di una associazione di consumatori), nonché quattro rappresentanti aziendali di Auchan (il responsabile del progetto, il nutrizionista interno di Auchan, il direttore Qualità e il direttore delle Risorse umane) - altri tre membri esterni di comprovata esperienza

in materia di nutrizione che determineranno la presenza di un soggetto istituzionale, di uno specialista e di un'altra associazione dei consumatori. Si tratterà, in particolare, di un dirigente di struttura pubblica o membro di un'Autorità con esperienza nell'ambito dell'igiene e la sicurezza degli alimenti e la nutrizione o informazioni ai consumatori; di un professionista con esperienza di attività didattica/scientifica in ambito medico con *focus* sulle scienze dell'alimentazione umana; e di un altro rappresentante di associazioni di consumatori. Inoltre, al fine di ribadire l'autonomia decisionale del collegio, il regolamento interno di funzionamento dello stesso sarà modificato (cfr. nuovo art. 4, comma 1, rubricato *Procedure decisionali*) nel senso di prevedere, per la validità delle decisioni, la presenza della maggioranza dei membri in carica, che includa la maggioranza dei membri esterni; nonché, ai fini dell'adozione della delibera, la maggioranza assoluta di voti dei partecipanti che includa il voto favorevole dei membri esterni del collegio.

L'implementazione degli impegni prospettati sarà completata, oltre che con le modifiche in rete (sito *Internet, Instagram, Facebook*), con la messa a disposizione del materiale informativo cartaceo alla rete di vendita, dopo la notifica del provvedimento di accettazione e compatibilmente con i tempi tecnici di produzione e di distribuzione.

IV. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

18. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento è stata diffusa attraverso mezzi di telecomunicazione, in data 17 luglio 2018 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 27, comma 6, del Codice del Consumo.

Con parere pervenuto in data 2 agosto 2018, la suddetta Autorità ha ritenuto che il mezzo *Internet* sia uno strumento idoneo a influenzare significativamente la realizzazione della pratica commerciale oggetto del procedimento, considerato che il consumatore potrebbe essere stato condizionato all'acquisto dalla presenza di comunicazioni *online* sul sito *web* del professionista.

V. VALUTAZIONE DEGLI IMPEGNI

19. Nella comunicazione di avvio del presente procedimento si contestava che l'iniziativa pubblicizzata da Auchan apparisse connotata da elementi di scorrettezza metodologica e da scarsa trasparenza suscettibili di indurre in errore i consumatori. Da un lato, infatti, la presentazione dell'iniziativa dal punto di vista della metodologia impiegata ai fini della selezione dei prodotti appariva carente delle necessarie garanzie di oggettività scientifica e trasparenza delle valutazioni sottese al rilascio del *bollino blu*. Dall'altro, essa, per la sua prospettazione comunicazionale complessiva, poteva indurre il consumatore medio a ritenere che quelle presentate da Auchan fossero scelte di consumo alimentare salutistiche in senso assoluto e che il *prodotto blu* potesse altresì essere considerato il "migliore" della sua categoria a discapito dei prodotti non selezionati da Auchan.

20. L'Autorità ritiene che gli impegni proposti dal professionista, come da ultimo integrati, siano idonei a sanare i possibili profili di illegittimità della pratica commerciale contestati nella comunicazione di avvio.

21. Gli impegni di Auchan, infatti, insistendo prevalentemente sugli aspetti comunicazionali dell'iniziativa, sono idonei a rimuovere tutti i richiami ai presunti aspetti scientifici del progetto e, pertanto, rappresentano una misura adeguata a superare i profili censurati in avvio.

Il programma “La Vita in Blu”, infatti, non sarà più presentato come il risultato oggettivo di un procedimento valutativo imperniato su criteri scientifici, bensì come una iniziativa commerciale basata su criteri autonomamente e soggettivamente definiti dall’azienda: ciò anche grazie alla revisione generale della terminologia impiegata dal professionista che sottolinea ripetutamente che i prodotti blu sono “*scelti da noi*”.

22. In questo senso, le modifiche sul piano comunicazionale contribuiscono al superamento delle criticità relative ai parametri di selezione su cui, peraltro, Auchan interviene anche modificando il primo criterio di sbarramento (con l’eliminazione degli OGM), nonché il terzo filtro nel senso di mantenere nella selezione anche gli alimenti cui venga attribuito un punteggio *ex aequo*.

23. Nella stessa ottica vanno apprezzati gli impegni relativi al collegio degli esperti che consistono nell’ampliamento del numero dei membri, nella modifica dei *quorum* validi per la costituzione del collegio e per l’adozione delle relative decisioni, nonché nell’aggiunta, in seno al collegio, di un referente istituzionale.

24. In generale, la campagna pubblicitaria è oggetto di una complessiva revisione in quanto Auchan intende epurarla di qualsivoglia riferimento a una presunta valenza scientifica del progetto e ascriverne in modo trasparente il fondamento alle proprie valutazioni soggettive condotte sulla base di criteri scelti autonomamente, sottolineando la dimensione commerciale di una iniziativa pensata al servizio del cliente. Il ripensamento dei termini di presentazione del programma - anche nel preambolo dei documenti fondamentali dello stesso - ha portato il professionista ad attenuare i toni utilizzati per descrivere l’iniziativa, al fine di renderla coerente con la sua effettiva natura commerciale.

25. In conclusione, le modifiche proposte dal professionista risultano idonee a fornire ai consumatori un quadro informativo più completo ed accurato circa il carattere commerciale dell’iniziativa di Auchan e la natura dell’iniziativa basata su criteri di scelta dei *Prodotti blu* definiti da Auchan.

26. Alla luce delle suesposte considerazioni, si ritiene che gli impegni presentati soddisfino i requisiti previsti dall’art. 27, comma 7, del Codice del Consumo.

RITENUTO, pertanto, che gli impegni presentati dalla società Auchan S.p.A., nei termini sopra esposti, siano idonei a far venir meno i possibili profili di scorrettezza della pratica commerciale oggetto di istruttoria;

RITENUTO, di disporre l’obbligatorietà dei suddetti impegni nei confronti della società Auchan S.p.A.;

RITENUTO, pertanto, di poter chiudere il procedimento senza accertare l’infrazione;

DELIBERA

a) di rendere obbligatori, nei confronti della società Auchan S.p.A., ai sensi dell’art. 27, comma 7, del Codice del Consumo e dell’art. 9, comma 2, lettera a), del Regolamento, gli impegni dalla stessa società proposti in data 26 marzo e 26 giugno 2018, come descritti nella dichiarazione allegata al presente provvedimento;

b) di chiudere il procedimento senza accertare l’infrazione, ai sensi dell’art. 27, comma 7, del Codice del Consumo e dell’art. 9, comma 2, lettera a), del Regolamento;

c) che la società Auchan S.p.A., entro sessanta giorni dalla data di notifica della presente delibera, informi l'Autorità dell'avvenuta attuazione degli impegni.

Ai sensi dell'art. 9, comma 3, del Regolamento, il procedimento potrà essere riaperto d'ufficio, laddove:

- a) il professionista non dia attuazione agli impegni;
- b) si modifichi la situazione di fatto rispetto ad uno o più elementi su cui si fonda la decisione;
- c) la decisione di accettazione di impegni si fondi su informazioni trasmesse dalle Parti che siano incomplete, inesatte o fuorvianti.

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *ff.*
Gabriella Muscolo

CONFLITTO DI INTERESSI

SI911D - GIAN LUCA GALLETTI - MINISTRO DELL'AMBIENTE E DELLA TUTELA DEL TERRITORIO E DEL MARE – PARERE POST CARICA

Roma, 11 ottobre 2018

Oggetto: *richiesta di parere relativamente al regime delle incompatibilità post carica ai sensi dell'art. 2, comma 4, della legge 20 luglio 2004, n. 215, recante "Norme in materia di risoluzione dei conflitti di interessi", pervenuta in data 14 giugno 2018*

Illustre Dottore,

in relazione a quanto da Lei richiesto con lettera pervenuta in data 21 settembre 2018, in merito alla possibilità di assumere la carica di componente del Collegio Sindacale in Officine Maccaferri S.p.A., l'Autorità, nella riunione del 10 ottobre 2018, ha deliberato il seguente parere.

La fattispecie in esame è da ricondurre all'articolo 2, comma 1, lettera c) della legge 20 luglio 2004, n. 215, disposizione richiamata dall'articolo 2, comma 4, della medesima legge, in base al quale *"l'incompatibilità prevista dalle disposizioni di cui alle lettere b), c) e d) del comma 1 perdura per dodici mesi dal termine della carica di governo nei confronti di enti di diritto pubblico, anche economici, nonché di società aventi fini di lucro che operino prevalentemente in settori connessi con la carica ricoperta"*.

Al riguardo, l'Autorità ha costantemente ritenuto che la disposizione in esame sia essenzialmente intesa ad escludere in radice anche la mera eventualità che l'esercizio delle attribuzioni inerenti la carica di governo possa essere influenzato o distorto dall'interesse del titolare a preconstituirsì benefici futuri, ad esempio in termini di incarichi successivi alla cessazione della carica governativa. In questo senso, l'elemento di discontinuità introdotto dal legislatore nei rapporti tra gli ex titolari di carica e gli enti o le società che operino prevalentemente nei settori interessati dalle specifiche funzioni esercitate nel corso del mandato governativo, è finalizzato a salvaguardare l'imparzialità dell'azione pubblica, che rappresenta il principio cardine della disciplina sul conflitto di interessi.

L'indagine sugli elementi della connessione e della prevalenza, di cui all'articolo 2, comma 4, secondo periodo, della legge 20 luglio 2004, n. 215, è finalizzata a verificare quali siano i settori di attività prevalente delle società o degli enti a favore dei quali o presso i quali dovrà essere svolto l'incarico, indagando se sussistano, per tali attività, profili di connessione con le funzioni e le competenze istituzionali del titolare di carica.

La valutazione si concentra sull'analisi astratta delle attribuzioni della carica governativa, accertandone l'idoneità a coinvolgere quegli stessi settori nei quali la società o l'ente opera in via prevalente, verificando altresì se possa sussistere, in fatto, un legame fra le attribuzioni del titolare di carica e l'ente o la società interessata (attraverso, ad esempio, il potere di nominare i vertici oppure per effetto di pregressi rapporti contrattuali della società o dell'ente con il dicastero interessato).

Nei numerosi precedenti condotti dall'Autorità in tema di divieti post carica, i requisiti della connessione e della prevalenza sono stati ampiamente approfonditi. Con riferimento alla connessione, è stato ritenuto che l'analisi non può esaurirsi nell'accertamento della mera coincidenza di materie, ma

deve essere condotta anche avendo riguardo all'eventuale esercizio di poteri pubblici e di funzioni esercitate sulla società o nei settori in cui essa opera, nonché ai rapporti giuridici ed economici intercorrenti tra le parti. Con riguardo alla prevalenza, l'analisi deve invece essere effettuata considerando il peso delle attività connesse rispetto al complesso delle attività societarie.

Nel caso di specie, con riferimento alla richiesta circa la possibilità di assumere la carica di componente del Collegio Sindacale in Officine Maccaferri S.p.A. (C.F. 00795700152), deve preliminarmente rilevarsi che la disposizione di riferimento richiamata dalla sopra citata norma di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), si applica anche ai componenti degli organi di controllo, sia in ragione del carattere omnicomprensivo del riferimento a "*cariche o uffici*" contenuto nella disposizione, sia in virtù dell'espresso riferimento alle attività di controllo contenuto nell'articolo 3 del Regolamento sul conflitto di interessi¹.

Nel merito, la richiamata disposizione di cui all'articolo 2 comma 4 della legge 20 luglio 2004, n. 215 circoscrive il divieto di assunzione di cariche sociali, per i dodici mesi successivi alla cessazione dalla carica di governo, alle sole ipotesi in cui la società in considerazione "*operi prevalentemente in settori connessi con la carica ricoperta*".

Allo stato non risulta, secondo i criteri sopra richiamati, che Officine Maccaferri S.p.A. (C.F. 00795700152), operi prevalentemente in settori connessi con la carica di Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. Non si ravvisano, pertanto, impedimenti all'assunzione della carica di componente del Collegio Sindacale nella richiamata società.

Si rappresenta, tuttavia, che tale conclusione si fonda sugli elementi acquisiti dal Registro delle Imprese, secondo i quali la società in questione risulta svolgere esclusivamente funzioni di supporto e coordinamento rispetto alle attività operative esercitate dalle società controllate. Le attività complessivamente esercitate in via prevalente dal Gruppo di appartenenza, presentano invece profili di connessione con le competenze istituzionali del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, con la conseguenza che per tutte le società del Gruppo che siano o che dovessero divenire direttamente operative in tali settori di attività, deve ritenersi integrato il presupposto di cui all'articolo 2, comma 4 della legge 20 luglio 2004, n. 215 e, per l'effetto, preclusa, per i dodici mesi successivi alla cessazione dalla carica governativa, l'assunzione di qualsiasi carica sociale.

Si rende noto che il presente parere, ai sensi dell'articolo 23, secondo comma del Regolamento sul conflitto di interessi, è soggetto alla pubblicazione sul bollettino dell'Autorità, salve "*eventuali esigenze di riservatezza motivatamente rappresentate*".

Si chiede pertanto alla S.V. di comunicare a questa Autorità, entro il termine di 15 giorni dal ricevimento del parere, la sussistenza di eventuali esigenze di riservatezza, motivandone le specifiche ragioni.

Distinti saluti.

IL SEGRETARIO GENERALE

Filippo Arena

¹ Delibera AGCM 16 novembre 2004, n. 13779 e s.m.i..

*Autorità garante
della concorrenza e del mercato*

Bollettino Settimanale
Anno XXVIII- N. 40 - 2018

Coordinamento redazionale

Giulia Antenucci

Redazione

Sandro Cini, Valerio Ruocco, Simonetta Schettini,
Manuela Villani
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Ufficio Statistica e Applicazioni Informatiche
Piazza Giuseppe Verdi, 6/a - 00198 Roma
Tel.: 06-858211 Fax: 06-85821256

Web: <http://www.agcm.it>

Realizzazione grafica

Area Strategic Design
