

Novembre 2023
Numero 3-2023 46SG

NEWSLATOR

In questo numero

Publicato il regolamento UE che istituisce lo standard sui Green Bond comunitari

Video virali: dove finisce il diritto all'informazione

Tutela dei prodotti di IA generativa: un possibile attrito coi metodi produttivi dell'innovazione digitale?

Il Tribunale di Milano prende nuovamente posizione su fidejussioni specifiche e onere della prova dell'intesa anticoncorrenziale

Publicazioni

Publicato il regolamento UE che istituisce lo standard sui Green Bond comunitari

Promuovere la finanza sostenibile, scoraggiare le imprese che fanno greenwashing e accelerare la transizione ecologica: sono questi gli obiettivi del nuovo regolamento adottato dal Consiglio dell'Unione Europea e approvato dal Parlamento UE lo scorso 5 ottobre 2023.

Il regolamento, primo nel suo genere al mondo, introduce uno standard europeo per le obbligazioni "verdi" e ha il merito di stabilire prescrizioni specifiche e dettagliate per gli emittenti di obbligazioni che hanno intenzione di utilizzare la deno-

minazione "European Green Bond" (EuGB) per la commercializzazione dei loro titoli.

In particolare, le nuove norme mirano a rendere più chiara e strutturata la normativa sui Green Bond europei, che rappresentano uno degli strumenti chiave per finanziare investimenti volti a promuovere la diffusione di tecnologie sostenibili, centrali nel processo di transizione ecologica europea.

In termini di trasparenza, la nuova normativa prevede che le aziende che intendono classificare le loro obbligazioni come "green" devono rispettare precisi criteri e caratteristiche per l'emissione e la commercializzazione dei titoli, quali la diffusione di informazioni esaustive sull'allocazione dei proventi, nonché su come le emissioni di green bond contribuiranno ai



piani di transizione verso l'economia sostenibile dell'azienda nel suo complesso.

In particolare, in base al Regolamento, prima dell'emissione gli operatori del mercato dovranno pubblicare una scheda informativa soggetta alla revisione pre-emissione da parte di un c.d. verificatore esterno accreditato; successivamente, ogni anno e fino alla data dell'allocazione integrale dei proventi, gli emittenti redigeranno una relazione sull'allocazione dei proventi al fine di dimostrare che questi ultimi sono stati assegnati conformemente alle finalità indicate negli articoli da 4 a 8 del Regolamento.

Una delle novità più significative riguarda il sistema di accreditamento e la definizione di un preciso quadro di vigilanza per i verificatori esterni, cioè i soggetti indipendenti che hanno il compito di valutare se gli standard definiti dall'Ue siano rispettati.

La normativa prevede che ci sia un periodo della durata di 18 mesi, dopo il quale le società che hanno intenzione di agire come verificatori esterni per i green bond europei dovranno provvedere a registrarsi direttamente presso l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA). I verificatori saranno tenuti altresì a rispettare una serie di requisiti organizzativi, processi e presidi di governance, anche al fine di evitare conflitti di interesse effettivi o potenziali nelle loro revisioni, nonché a adottare metodologie destinate ad assicurare che le revisioni forniscano un parere sulla base di un'analisi approfondita di tutte le informazioni disponibili, rendendo pubblicamente disponibili i passaggi chiave del ragionamento sotteso all'esito della verifica.

Infine, il legislatore europeo, in attesa che la tassonomia verde europea sia pienamente operativa, ha specificato che gli emittenti di Ue green bond europei dovranno garantire che almeno l'85% dei fondi raccolti dall'obbligazione sia destinato ad attività economiche in linea con i criteri di ecosostenibilità di cui all'art. 3 del Regolamento UE 2020/852, mentre il re-



stante 15% dei proventi potrà essere assegnato ad altre attività economiche, purché l'emittente rispetti i requisiti di comunicazione della destinazione del relativo investimento. Tali obblighi di informativa si pongono l'obiettivo di scoraggiare le imprese e le attività che fanno greenwashing, ossia che usano la denominazione di obbligazioni verdi senza apportare veri e propri cambiamenti per favorire una società sostenibile.

In conclusione, il regolamento sui green bond rappresenta un importante passo avanti nella promozione della finanza sostenibile e dell'economia "verde". Con esso, l'UE mira a rimuovere qualsiasi ostacolo residuo che possa impedire agli emittenti di raccogliere fondi per investire in progetti e attività a impatto ambientale positivo. Vedremo con che risultati (GB).



Video virali: dove finisce il diritto all'informazione

Anche – e soprattutto – nell'era attuale, invasa dai social network e più in generale da internet, si ripropone un "vecchio" tema in chiave moderna: l'uso dell'immagine di una persona che si realizza, ad esempio,

3

quando si crea un video da diffondere in rete.

Vi sono innumerevoli situazioni in cui risulta necessario prestare attenzione all'utilizzo che si può fare dell'immagine altrui senza incorrere nella violazione di diritti appartenenti ai soggetti raffigurati.

In particolare, un esempio calzante riguarda l'utilizzo dell'immagine altrui a fini diversi da quello per il quale si è ottenuto il consenso da parte del soggetto.

Più nello specifico, la questione verte sulla possibilità di utilizzare alcuni estratti di video rappresentanti un artigiano intento nel suo lavoro e realizzati per un'esposizione artistica all'interno di un museo, anche a fini diversi, ovvero sia per la loro pubblicazione in rete a scopi prettamente pubblicitari. Si precisa, inoltre, che in tali estratti non è presente il volto del soggetto bensì solo alcune parti del suo corpo. Questa limitazione autorizza l'utilizzo dell'immagine e pertanto la pubblicazione di tali video prescindendo dal consenso dell'interessato? Quali "regole" si applicano a questi casi?

Nell'ordinamento italiano tra le norme più importanti che disciplinano la questione vi sono anzitutto due disposizioni un po' datate ma tutt'altro che inadeguate: si tratta degli artt. 10 del Codice civile e 96-97 della Legge sul Diritto d'Autore (L. n. 633/41, L.d.A.), secondo cui, in sintesi, l'immagine di un soggetto può essere esposta o pubblicata soltanto nei casi consentiti dalla legge o dal soggetto interessato (sulla base del suo consenso ed entro i limiti dello stesso: v. più avanti).

L'uso dell'immagine altrui al di fuori di detti limiti, costituisce abuso del relativo diritto e legittima il soggetto leso ad agire innanzi all'autorità giudiziaria al fine di ottenere la cessazione di tale abuso da parte di chi ha illecitamente riprodotto l'immagine, oltre al risarcimento del danno.

In particolare, l'art. 96 della L.d.A. introduce nel nostro ordinamento il c.d. "principio del consenso" in forza del quale per riprodurre, esporre o mettere in commercio il ritratto di una persona è sempre necessario ottenere il suo consenso. Sul punto, è bene precisare che per "ritratto" si deve intendere qualsiasi rappresentazione (i.e. un'opera dell'arte figurativa, una fotografia o anche un video) ove appaiano riconoscibili le sembianze di una persona determinata, anche se l'immagine è soltanto parte di una raffigurazione più vasta e complessa (cfr. Cass. Civ., 6 maggio 2010, n. 10957).

L'unica eccezione al principio consensuale è disciplinata dall'art. 97 L.d.A. che consente la libera pubblicazione dell'immagine altrui in assenza di consenso quando: "la riproduzione dell'immagine è giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto, da necessità di giustizia o di polizia, da scopi scientifici, didattici o culturali, quando la riproduzione è collegata a fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico", e sempre purché l'esposizione non rechi pregiudizio all'onore, alla reputazione od anche al decoro della persona.

Poi, il c.d. diritto all'immagine è tutelato anche dalla normativa privacy, dato che l'immagine personale coincide con la definizione di dato personale presente nell'art. 4 del Regolamento Europeo (GDPR), secondo cui è, per l'appunto, un dato personale "[...] qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale [...]".

Inoltre, l'art. 5 del GDPR impone al titolare del trattamento dei dati personali dell'interessato di rispettare i principi di liceità, correttezza e trasparenza, nonché i limiti delle finalità del trattamento stesso, sulla base del consenso manifestato dall'interessato in maniera espressa, libera e specifica.

Sul punto, l'art. 6, comma 1, lettere a) e b), del GDPR, prevede che il trattamento del dato personale (ivi compresa l'immagine, come sopra chiarito) sia lecito solo se, e nella misura in cui, (a) l'interessato abbia espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità, ovvero (b) il trattamento sia necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte.



Ne consegue che un uso del dato personale/immagine per finalità diverse da quelle per cui l'interessato ha espresso il proprio consenso integra un uso non autorizzato e, come tale, illecito.

Emerge dunque che, nel caso concreto precedentemente esposto, un eventuale utilizzo dell'immagine altrui (immagine da intendersi in senso ampio, ossia quale riproduzione delle sembianze, anche indirettamente riconoscibili) per fini diversi da quelli per cui il soggetto raffigurato ha espresso per iscritto il proprio consenso, integrerebbe un'ipotesi di uso non autorizzato della sua immagine ai sensi dei citati artt. 10 Cod. civ. e 96 L.d.A., nonché violazione

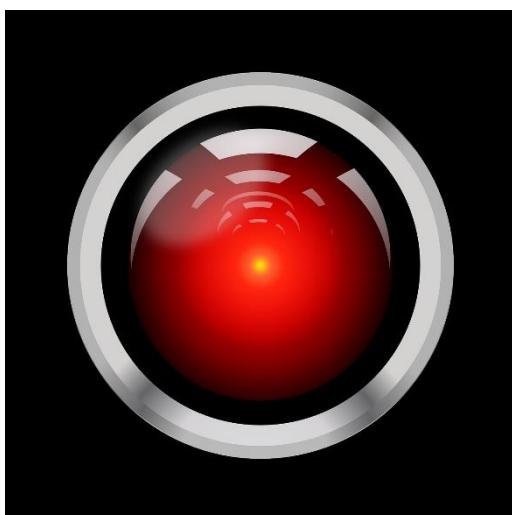
delle norme sul trattamento dei dati personali. Più precisamente, la riproduzione dell'immagine dell'artigiano, anche solo attraverso la rappresentazione di dettagli e/o singoli elementi delle sue sembianze (quali gli strumenti, le mani o altri elementi) che comunque potrebbero ricondurre alla sua identità, per finalità diverse dall'iniziativa artistica, possono esporre a responsabilità l'utilizzatore non autorizzato poiché tali suddetti elementi risultano essere riconducibili al soggetto, alle sue particolari movenze e a parti del suo corpo.

Data l'ampia nozione giuridica di "ritratto" sopra menzionata, non è necessario che la fedeltà della rappresentazione dell'immagine sia assoluta, purché vi siano elementi sufficienti a creare un collegamento con il soggetto effettivamente ritratto, anche se l'immagine rappresentata è soltanto parte di una raffigurazione più vasta.

Innumerevoli sono le decisioni giurisprudenziali in materia che evidenziano una posizione piuttosto severa e restrittiva dei giudici e la loro tendenza a considerare illecito qualsiasi uso dell'immagine altrui che non sia stato espressamente autorizzato (cfr. tra le tante Tribunale di Milano, 6 giugno 2018, n. 6355 e Cass. Civ., sez. I, 29 gennaio 2016, n. 1748).

Tuttavia, ogni caso pratico presenta elementi unici e pertanto necessita di una valutazione precisa e puntuale soprattutto nel contesto di una materia in continuo divenire e toccata dal crescente e smisurato utilizzo della tecnologia.

Molto spesso, infatti, la sfera di riservatezza di ogni soggetto è sempre più esposta a "intrusioni" non autorizzate ed è per questo che la tutela del diritto all'immagine mantiene intatta la sua forza. (FS)



Tutela dei prodotti di IA generativa: un possibile attrito coi metodi produttivi dell'innovazione digitale?

In questi giorni non si fa che sentir parlare dell'uso dell'Intelligenza artificiale (IA) c.d. "generativa" per creare opere d'arte, musica e altri prodotti (c.d. output) e delle problematiche connesse alla tutela della proprietà intellettuale di tali output.

1. Allo stato, la normativa nazionale e internazionale di riferimento non prevede, formalmente, la tutela-

bilità di output generati da sistemi di IA.

In particolare, le normative internazionali prevalenti in materia brevettuale e di copyright, incentrate sulla nozione antropocentrica di inventore e/o autore, pongono alcuni ostacoli "formali" alla brevettabilità e tutelabilità autoriale di ideazioni – tecnologiche e/o artistiche – realizzate attraverso la IA, in particolare, con riferimento al tema della paternità delle stesse.

Alla luce di tali ostacoli formali, per lungo tempo la discussione sul rapporto fra proprietà intellettuale (PI) e innovazione digitale si è quindi sviluppata attorno alla proteggibilità o meno

contro il free riding delle creazioni algoritmiche (intese sia come “mezzi/strumenti”, sia come “risultati”) attraverso brevetti e copyright.

Ora, trattandosi di software la tutelabilità ‘oggettiva’ – sia con brevetto sia con copyright-- deve darsi per scontata.

Il dibattito, si è così incentrato sulla questione della presenza o meno di una ‘mano umana’ creatrice -- soprattutto rispetto a quei prodotti frutto di IA ‘generativa’ (ossia quella che, basata sul c.d. deep learning, “impara e va avanti da sé”, e si “autoistruisce”, ricercando e formando altri dati oltre quelli originariamente immessi dal programmatore).



6

L’ostacolo formale di diritto positivo principale consiste nel fatto che l’ideazione robotica non appare creata dall’uomo e quindi, non potendo il sistema di IA essere designato quale autore della creazione robotica, quest’ultima non potrebbe essere oggetto di tutela autoriale e/o brevettuale. In questa prospettiva, le norme vigenti pongono ostacoli testuali e formali al riconoscimento della “paternità”, e quindi alla attribuzione del titolo al richiedente.

In particolare, in Italia, sebbene la legge sul diritto d’autore non preveda espressamente la necessità che l’autore sia una persona fisica/umana, tuttavia, i requisiti della tutela giuridica (creatività e originalità dell’opera) sono tradizionalmente ancorati alla nozione antropocentrica della creazione dell’opera, intesa come espressione della personalità dell’autore.

Qualche spiraglio di interpretazione evolutiva è dato dalla normativa britannica e cinese:

- in Gran Bretagna, la Section 178 del Copyright design and patent act (CDPA) del 1988 tutela, infatti, espressamente il lavoro generato dal computer, in assenza cioè di qualsiasi autore umano.

Tuttavia, la Section 9 (3) stabilisce che la paternità di tale lavoro è attribuita alla persona che ha intrapreso tutti i preparativi necessari per la creazione dell’opera.

- La normativa cinese (art. 11 del copyright act) e la prassi giurisprudenziale superano invece l’ostacolo della paternità umana prevedendo che, quando un’opera è creata secondo le “intenzioni” e sotto la responsabilità di un’entità giuridica o altra organizzazione, quest’ultima debba essere considerata l’autore di tale opera. E che quando il nome di una persona/entità giuridica/altra organizzazione è menzionato in relazione ad un’opera, questo (sino a prova contraria) si ritiene essere l’autore dell’opera.

In proposito, è nota la decisione del Tribunale di Nanshan del dicembre 2019, nel caso Tencent

– Shenzhen, in particolare in relazione ad un articolo in materia finanziaria dichiaratamente ‘scritto’ da un robot chiamato “Dreamwriter”, e di cui si discuteva l’attribuzione del titolo autoriale. Il Tribunale cinese ha riconosciuto il copyright di detto articolo di giornale osservando che la mano “umana” c’era, ed era quella del team di ingegneri di software che avevano concepito la struttura e il modo di funzionamento del robot, e lo avevano “nutrito” dei dati necessari su cui “lavorare” per raggiungere il risultato voluto e “imposto” dall’uomo. La stessa mano umana che eventualmente attribuisce al robot la capacità di “andarsi a cercare” altri dati ed elaborarli.

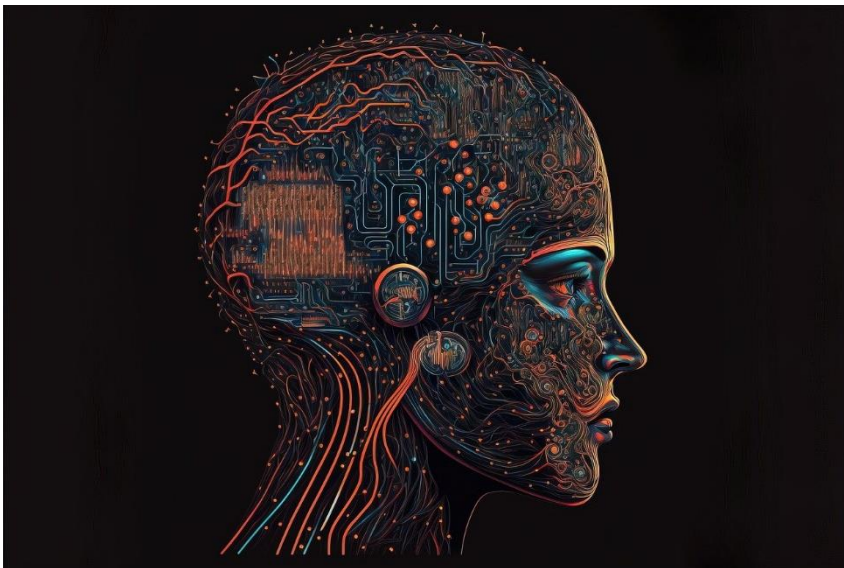
Ebbene, nella sostanza, si tratta di uno pseudo-problema, una volta riconosciuta la realtà del contributo essenziale umano:

a) nel disegnare l’algoritmo in vista di una certa performance funzionale determinata dal programmatore;

b) nel fornire all’algoritmo i dati su cui “lavorare” o cominciare a lavorare.

E, per entrambe tali attività, nel riflettere, gli algoritmi, scelte non solo tecniche bensì pure di valore (bias) dei loro creatori.

2. Il problema, però, si pone, come sopra accennato, con riferimento a quegli algoritmi così sofisticati (c.d. IA generativa, basata su sistemi di deep-learning) che sono in grado di andare a cercare in autonomia ulteriori dati, diversi da quelli selezionati dall’uomo e che su tale base, rielaborandoli, creano un output in autonomia.



Sul punto, è particolarmente interessante la decisione emessa lo scorso 5 settembre dall’Ufficio Copyright Statunitense (USCO) che ha negato la registrabilità e, quindi, il copyright di un’immagine dal titolo “Théâtre D’opéra Spatial” creata dal Sig. Jason Allen mediante l’uso del sistema “Midjourney AI” (uno dei più noti sistemi

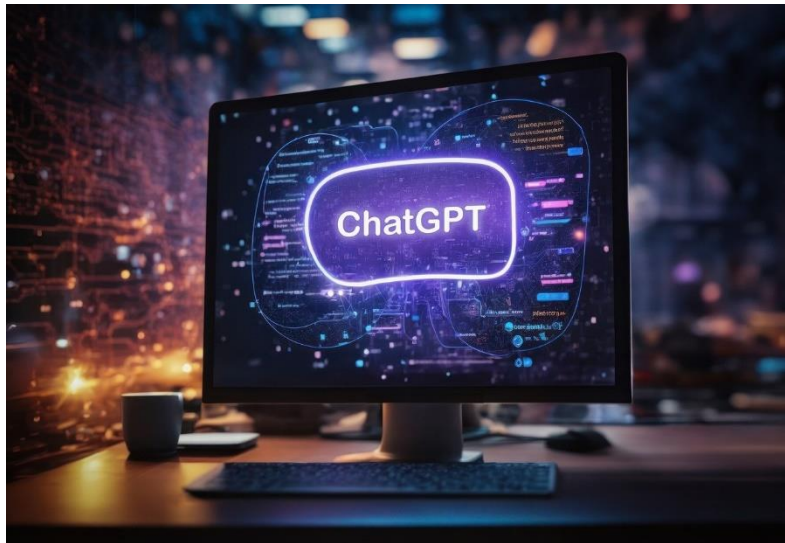
di IA generativa).

In particolare, si tratta di un’immagine che, nel settembre 2022, aveva fatto vincere ad Allen la “Colorado State Fair’s annual fine art competition”.

Ebbene, quando Allen ha presentato domanda di registrazione dell’immagine presso l’USCO (indicando sé stesso quale autore dell’immagine e senza specificare di aver usato Midjourney AI per la sua creazione), l’Ufficio ha chiesto alcune informazioni aggiuntive sull’uso di tale sistema IA, invitandolo inoltre ad escludere dalla richiesta di tutela del copyright le caratteristiche e gli elementi dell’opera che fossero stati generati da Midjourney AI (e che quindi non

erano attribuibili al richiedente Allen).

Sul punto, Allen ha rifiutato di eliminare dalla richiesta gli elementi generati da Midjourney AI e ha affermato di aver contribuito in modo significativo alla creazione di tale immagine, avendo apportato “inputs creativi” consistenti (i) in circa 624 “text prompts” (ossia le stringhe di testo/comandi necessari per indicare al sistema di AI generativa il tipo di output che si desidera), nonché (ii) nella ri-



mozione di difetti e nella creazione di nuovi contenuti visivi mediante l’uso di Photoshop, e nell’ingrandimento dell’immagine mediante l’uso di Gigapixel AI (un altro sistema di IA).

Alla luce di tali osservazioni, il 13 dicembre 2022 l’USCO ha comunque rifiutato la richiesta di registrazione dell’opera “Théâtre D’opéra Spatial”.

Successivamente, il 24 gennaio 2023 Allen ha presentato una richiesta di riesame della propria domanda di registrazione e, sul punto, l’USCO ha, da un lato, confermato la tutela del copyright delle componenti e delle modifiche apportate da Allen, dall’altro lato, ha però ribadito che le caratteristiche dell’immagine generate da Midjourney AI e da Gigapixel AI non potevano essere tutelate.

Il 12 luglio 2023 Allen ha quindi proposto una seconda richiesta di riesame dell’iniziale rigetto della sua domanda di registrazione, fornendo ulteriori argomenti a supporto della stessa, in particolare ribadendo la sussistenza del carattere creativo del suo apporto in fase di elaborazione dell’opera (in quanto espressione della sua personalità) consistente nei predetti inputs e citando la dottrina americana sul “fair use” che autorizza l’uso “trasformativo” di materiale protetto dal diritto d’autore.

Con decisione emessa il 5 settembre 2023 il Review Board dell’USCO ha confermato il rigetto della domanda di registrazione di Allen e quindi la non proteggibilità dell’opera “Théâtre D’opéra Spatial”, chiarendo che:

- (i) "la paternità umana è un fondamento del copyright";
- (ii) nell'analizzare il materiale generato dall'IA, l'Ufficio deve determinare quando un utente umano può essere considerato il creatore dell'output generato dall'IA (richiamando così quanto indicato nelle linee Guida pubblicate nel marzo 2023: cfr. “Copyright registration guide: works containing material generated by artificial intelligence” https://www.copyright.gov/ai/ai_policy_guidance.pdf);
- (iii) l'analisi deve essere condotta caso per caso;
- (iv) il richiedente deve indicare i contenuti generati dall'IA che siano "più che minimi" (c.d.

principio della paternità sufficiente);

(v) il richiedente può indicare ed escludere tale materiale attraverso una breve descrizione del contenuto generato dall'IA, senza essere tenuto a rivelare gli strumenti di IA utilizzati.

Il Review Board dell'USCO ha inoltre riconosciuto che il processo di prompting può comportare creatività, ma questo non significa che fornire suggerimenti testuali a Midjourney AI (anche se in numero elevato come 624 revisioni e suggerimenti testuali) effettivamente costituisce e/o modella le immagini generate.

Nel caso di specie, il rifiuto è stato quindi motivato sulla base del fatto che la quantità e la qualità di contenuti generati dall'IA era "più che minima" e che il richiedente ha cercato di registrare l'intera opera rifiutandosi di dichiarare le parti attribuibili all'IA.

3. La decisione statunitense in esame si pone in linea con la prassi adottata dall'USCO che, già a febbraio 2023, aveva emesso una decisione nel caso "ZARYA of the Dawn", con la quale aveva, da un lato, accordato la tutela prevista dalla locale normativa sul diritto d'autore al testo e all'impaginazione del libro in quanto frutto della mano dell'autrice, ma, dall'altro lato, aveva negato la tutelabilità delle immagini generate con IA.



Infatti, secondo l'Autorità, le illustrazioni create con un software di intelligenza artificiale generano un risultato inaspettato e non prevedibile per chi lo usa. In altre parole, l'uso di Midjourney AI non può essere paragonato, ad esempio, a quello di "Illustrator", dato che il primo genera un'illustrazione che non può essere previ-

sta dal suo autore, a differenza del secondo che, invece, è un mero strumento di disegno, una sorta di tela e di pennelli digitali, che, quindi, rendono sullo schermo ciò che il loro autore sta effettivamente prospettando nella sua mente.

4. Alla luce di quanto sopra, da un punto di vista pratico, quando si utilizzano strumenti di IA generativa, i richiedenti che cercano di ottenere una registrazione del copyright presso l'USCO hanno l'onere di rivelare quali sono i contenuti generati dall'intelligenza artificiale dell'opera e di fornire una breve spiegazione del proprio contributo umano alla sua creazione, eventualmente escludendo dalla domanda di registrazione quelle componenti generate da AI.

5. In proposito, è interessante notare che, in Italia, anche la nostra Corte di cassazione si è espressa con ordinanza n. 1107 del 16 gennaio 2023 (cfr. <https://noiradiomobile.org/wp-content/uploads/2023/01/SENTENZA-copia-non-ufficiale--2-1.pdf>) con la quale, seppur in via incidentale, si è mostrata più aperta rispetto agli Uffici e alle Corti americane.

In particolare, la RAI era stata accusata di essersi impossessata dell'immagine di un fiore realizzata con l'IA da un architetto per utilizzarla per la campagna pubblicitaria e di comunicazione del festival di Sanremo 2016. L'emittente, dopo essere stata condannata dalla Corte territoriale di Genova, ha proposto ricorso per cassazione sostenendo che l'immagine in questione non poteva essere qualificata quale opera dell'ingegno, proprio perché generata dall'IA e non riconducibile all'idea del suo creatore. In altri termini, la RAI ha adottato una linea difensiva che è simile all'interpretazione data dall'Ufficio Copyright statunitense nel caso sopra esaminato.

La Suprema Corte, seppur in via incidentale, ha avuto modo di affrontare il problema, ritenendo che le opere generate con un software di intelligenza artificiale possono essere astrattamente tutelabili dalla normativa sul diritto d'autore.

L'ordinanza in esame, quindi, non esclude che possa sussistere il requisito della creatività per il solo fatto che l'opera consista in una idea o in una nozione semplice o perché l'autore abbia utilizzato un software IA, ma la sua esistenza deve essere verificata caso per caso, accertando, quindi, non l'idea alla base dell'opera, ma "la sua soggettività, presupponendo che l'opera rifletta la personalità del suo autore, manifestando le sue scelte libere e creative". (IA)

Il Tribunale di Milano prende nuovamente posizione su fideiussioni specifiche e onere della prova dell'intesa anti-concorrenziale

Come noto, integra questione vivacemente dibattuta nelle aule giudiziarie quella dell'applicabilità alle fideiussioni

specifiche dei principi sanciti dalle Sezioni Unite della Cassazione con la nota sentenza n. 41994/2021 che, sul presupposto del principio di conservazione del negozio, ha sancito la nullità parziale delle fideiussioni omnibus riprodotte dello schema elaborato dall'ABI, riconoscendo al Provvedimento di Banca D'Italia n. 55 del 2 maggio 2005, nonché agli esiti della relativa istruttoria, il valore di prova privilegiata della condotta anticoncorrenziale. Un interessante spunto di riflessione viene offerto dalla recente sentenza del Tribunale di Milano n. 7526 del 3 ottobre scorso.

Il nodo da sciogliere riguarda l'individuazione dell'ambito oggettivo del Provvedimento n. 55/2005, che aveva stigmatizzato i rischi di un'applicazione uniforme dello schema dei contratti di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI, in particolare evidenziando come l'applicazione uniforme delle clausole di "sopravvivenza", "reviviscenza" e rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c., contenute negli articoli 2, 6 e 8 del modello ABI del 2003, integrasse gli



estremi di un'intesa restrittiva della concorrenza vietata ex art. 2, comma II, lettera a) della Legge n. 287/1990.



Sul tema della prova dell'intesa anticoncorrenziale relativa alle fideiussioni specifiche, l'orientamento sin qui maggioritario esclude la rilevanza della produzione del provvedimento n. 55/2005, sul presupposto per cui il medesimo farebbe esclusivo riferimento allo schema della fideiussione caratterizzato dalla c.d. clausola omnibus e, come tale, non sarebbe automaticamente estensibile,

11

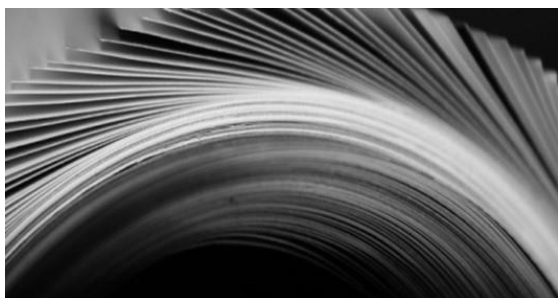
neppure in termini di interpretazione analogica, alle fideiussioni specifiche. Esiste tuttavia una diversa lettura, seppur minoritaria, per cui la nullità parziale sancita dalle Sezioni Unite prescinderebbe dall'ascrivibilità del contratto all'una o all'altra categoria negoziale.

Nel caso di specie, gli attori avevano eccepito, fra l'altro, la nullità di due fideiussioni specifiche per violazione della disciplina antitrust, fra l'altro, invocando l'efficacia di prova privilegiata del provvedimento Bankit.

Secondo il Tribunale milanese, la mera conformità di una fideiussione specifica allo schema ABI non sarebbe tale da confermare la nullità delle corrispondenti clausole in ragione della sussistenza di un'intesa anticoncorrenziale, risultando di per sé inconferente la produzione del provvedimento n. 55/2005 proprio in quanto avente ad oggetto la disamina di un prodotto significativamente diverso (le fideiussioni omnibus).

Di particolare interesse appare l'ulteriore argomento di carattere cronologico offerto nella motivazione della sentenza, per cui risalendo l'istruttoria della Vigilanza al settembre 2004, la sua efficacia di prova privilegiata di intesa anticoncorrenziale non può in alcun modo estendersi oltre la data del provvedimento (maggio 2005), e ciò a maggior ragione nel caso in esame, nel quale le fideiussioni contestate risalivano rispettivamente al 2014 e al 2016.

In conclusione, la sentenza in commento riafferma i principi espressi dal condivisibile orientamento maggioritario, secondo il quale grava interamente sulla parte che ha eccepito la nullità della fideiussione specifica per violazione della normativa antitrust l'onere probatorio relativo all'esistenza di un'intesa illecita anticoncorrenziale all'epoca della stipulazione del relativo contratto. Non è difficile prevedere che il dibattito sul punto avrà un copioso seguito. Ci aggiorneremo. (SM)



Pubblicazioni

Adeguatezza e complicazioni ESG

Sul numero di Fundspeople del settembre 2023 è stato pubblicato un articolo dell'Avv. Emilio Girino, avente ad oggetto le possibili distorsioni derivanti dall'interazione tra adeguatezza degli investimenti e la crescente

complessità legata agli aspetti ESG (Ambientale, Sociale e di Governance). L'analisi si sofferma su due eventi significativi: il primo concerne il ritiro in Louisiana, nell'ottobre 2022, di 800 milioni di dollari dai conti di uno dei più grandi asset manager mondiali (Blackrock), accusato sia di investire eccessivamente in "verde", sia (dai movimenti ambientalisti) di essere troppo "tiepido" rispetto alla causa. Il secondo, è uno studio della Covip del giugno 2023 che rivela la tendenza di molti gestori di fondi pensione italiani ed europei a orientarsi verso prodotti meno ecologici.

L'articolo sottolinea l'impennata normativa legata agli aspetti ESG, inclusi regolamenti UE del 2019 e 2021, linee guida Esmā del 2022 e raccomandazioni del 2023 e la relativa tendenza ad estendere il campo di valutazione dell'adeguatezza, richiedendo ai gestori e ai consulenti di spiegare chiaramente al cliente la differenza tra asset neutrali, asset ecosostenibili e asset sostenibili. Il tutto con la conseguenza di aggiungere al processo valutativo una stima della coerenza dell'operazione con le conoscenze finanziarie, gli obiettivi di investimento e il livello di rischio tollerabile del cliente.

L'Avv. Girino si sofferma altresì sul greenwashing, termine che descrive dichiarazioni o azioni che non rispecchiano correttamente il profilo di sostenibilità di un prodotto finanziario, evidenziando come le autorità europee estendano la responsabilità del rilevamento di tale fenomeno a tutta la filiera, dai produttori ai gestori dei fondi e ai consulenti finanziari e ponendosi alcuni interrogativi sui soggetti deputati a verificarne la sussistenza nel caso concreto, tenuto conto del fatto che gestori e consulenti ritengono di doversi basare sulle dichiarazioni degli emittenti senza subire oneri di due diligence eccessivi. Il tutto evidenziando come l'adeguatezza sia una questione sostanziale, e la protezione del cliente dipenda dalla capacità di gestori e consulenti di agire in modo diligente.

NEWSLATOR © - Testata telematica. Registrazione Tribunale di Milano n. 790 del 18.10.2005. Direttore Responsabile **Prof. Avv. Gustavo Ghidini**. Vicedirettore **Avv. Emilio Girino** - Comitato di redazione: **Avv. Leonardo Gregorini, Avv. Roberto Pavia, Avv. Claudia Signorini, Avv. Giulia Barsi, Avv. Isabella Austoni, Avv. Stefania Morana, Dott. Federica Sala**.

Redazione: Via S. Sofia 12 – 20122 Milano tel 0039258300433 Fax 0039258301508 e-mail segreteria@ghidini-associati.it. Edito da Studio Ghidini, Girino e Associati Via S. Sofia 12 – 20122 Milano tel 0039258300433 Fax 0039258301508 e-mail segreteria@ghidini-associati.it. Tipografia elettronica: www.ghidini-associati.it. Distribuzione gratuita via e-mail. Vietata la vendita. Sono graditi articoli e interventi. Chi desiderasse pubblicarli può trasmettere il testo per e-mail a ghidinilaw@ghidini-associati.it. La Redazione non assume responsabilità per il contenuto degli scritti pubblicati. La Redazione si riserva di non pubblicare i testi ricevuti. La pubblicazione non dà diritto a compenso. Tutti gli articoli pubblicati non possono costituire oggetto di riproduzione anche parziale. La menzione è gradita purché si citi la fonte.