

PS12170 - AVV. FECHNER - PHOTOCCLAIM - RISARCIMENTO DANNI PER FOTOGRAFIE ONLINE

Provvedimento n. 30304

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 settembre 2022;

SENTITO il Relatore Professor Michele Aini;

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 4 maggio e del 12 luglio 2022, con i quali, ai sensi dell'articolo 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, per particolari esigenze istruttorie;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LE PARTI

1. L'avvocato Robert Fechner (nel prosieguo anche "avv. Fechner") in qualità di professionista, ai sensi dell'articolo 18, comma 1, lettera b), del Codice del Consumo. L'avv. Fechner, del foro di Berlino, opera, tra l'altro, nel settore della tutela dei diritti d'autore sulle fotografie.

2. Photoclaim sp.zo.o. (nel prosieguo anche "Photoclaim") in qualità di professionista, ai sensi dell'articolo 18, comma 1, lettera b), del Codice del Consumo. La società, con sede a Varsavia (Polonia), presta servizi di consulenza per la tutela dei diritti d'autore *on line* sulle fotografie. Photoclaim opera a livello internazionale, assistendo i fotografi nella rimozione delle fotografie illegittimamente utilizzate su *internet* e nell'ottenimento del risarcimento del danno cagionato da tale utilizzo.

3. Photoclaim ha dichiarato di aver realizzato nel 2021 un fatturato di oltre 40.000 euro riguardo alle vertenze con soggetti residenti in Italia, pari al 7% del fatturato globale per il 2021.

L'avv. Fechner ha dichiarato di aver realizzato nel 2021 rispetto a soggetti italiani un fatturato di oltre 11.000 euro (al netto di quanto corrisposto a Photoclaim), pari al 4,96% del suo fatturato totale per il 2021.

II. LA PRATICA COMMERCIALE

4. Il procedimento concerne l'invio massivo a micro-imprese italiane, da parte dell'avv. Robert Fechner e di Photoclaim sp.zo.o., di richieste di risarcimento standardizzate e formulate con modalità aggressive per asserite violazioni dei diritti d'autore causate dall'indebita utilizzazione *on line* di fotografie protette¹.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) L'iter del procedimento

5. Sulla base della segnalazione di una micro-impresa² e di informazioni acquisite ai fini dell'applicazione del Codice del Consumo³, in data 22 novembre 2021 è stato avviato nei confronti dei professionisti il procedimento istruttorio PS12170 volto a verificare la sussistenza di una pratica commerciale scorretta, rivolta anche a micro-imprese italiane di cui all'articolo 18, comma 1, lettera d-bis) del Codice del Consumo, in violazione degli artt. 20, comma 2, 24 e 25, dello stesso Codice⁴.

6. Photoclaim, in data 15 febbraio 2022, ha inviato una memoria difensiva in lingua polacca⁵.

7. Con comunicazione del 12 aprile 2022, è stato attribuito ai professionisti l'onere della prova⁶.

¹ [Photoclaim avrebbe ricevuto da singoli fotografi l'incarico di assisterli nell'inibitoria dell'indebita utilizzazione *on line* delle loro opere e nel recupero delle somme dovute.]

² [Cfr. prot. n. 44693 del 13 maggio 2021.]

³ [Cfr. il verbale di acquisizione agli atti del procedimento del 20 ottobre 2021.]

⁴ [La comunicazione di avvio risulta correttamente notificata all'avv. Fechner in base al diritto tedesco il 3 gennaio 2022 e a Photoclaim tramite l'Ambasciata d'Italia a Varsavia il 25 gennaio 2022 (cfr. rispettivamente i prott. nn. 15897 del 28 gennaio 2022 e 16894 del 2 febbraio 2022).]

⁵ [Cfr. prot. n. 20190.]

8. In data 4 maggio e 12 luglio 2022 sono state comunicate alle Parti le proroghe di sessanta giorni del termine di conclusione del procedimento ai sensi dell'articolo 7, comma 3, del Regolamento⁷.

9. L'avv. Fechner, in data 11 maggio 2022, ha inviato una memoria difensiva in lingua tedesca. In pari data è pervenuta una comunicazione in lingua polacca di Photoclaim⁸.

10. In data 16 e 17 giugno 2022, è stata rispettivamente inviata a Photoclaim e all'avv. Fechner la comunicazione del termine di conclusione della fase istruttoria fissato al 15 luglio 2022, ai sensi dell'articolo 16, comma 1, del Regolamento⁹.

11. In data 18 luglio 2022, l'avv. Fechner ha fatto pervenire le proprie difese in lingua tedesca in risposta alla comunicazione del termine di conclusione della fase istruttoria¹⁰.

12. In data 18 luglio 2022, è pervenuta una richiesta di accesso formulata dall'avv. Fechner. Con comunicazione del 1° agosto 2022, cui l'avv. Fechner ha risposto il 19 agosto, lo stesso è stato invitato ad effettuare l'accesso agli atti in modalità telematica tramite la condivisione dei documenti su *cloud* nel corso di una videoconferenza. Detto accesso si è svolto il 29 agosto 2022. Nelle more della risposta del professionista, il 10 agosto 2022 i documenti del fascicolo PS12170 sono stati inviati all'avv. Fechner per via ordinaria tramite l'Autorità tedesca competente¹¹.

13. In data 30 agosto 2022, è pervenuta una comunicazione di Photoclaim, con la quale il professionista ha chiesto di accedere agli atti del procedimento e di avere un periodo di tempo più lungo per rispondere alle contestazioni dell'Autorità.

Il professionista ha avuto accesso agli atti in modalità telematica tramite la condivisione dei documenti su *cloud* nel corso di una videoconferenza in data 5 settembre 2022.

14. In data 9 settembre 2022, è pervenuta la memoria dei professionisti¹².

2) Le evidenze acquisite

15. La collaborazione tra l'avv. Fechner e Photoclaim rispetto alla condotta in esame è dimostrata da quanto riportato alla pagina <https://photoclaim.com/en/cease-and-desist-abmahnung-filipp-bickel-robot-fechner/>, ove si precisa che la Società collabora anche con l'avv. Fechner e che le richieste ricevute a firma dello stesso legale sono autentiche¹³. Inoltre, nella prima lettera di contestazione inviata alla segnalante, lo stesso Fechner afferma che il suo cliente è stata avvisato da Photoclaim dell'avvenuta pubblicazione di una sua fotografia sul sito della segnalante¹⁴.

Photoclaim e l'avv. Fechner chiedono il pagamento di un compenso per i loro servizi solo in caso di esito positivo dell'azione legale. In particolare, Photoclaim riceve dal fotografo una percentuale compresa tra il 35% ed il 45% della somma corrisposta a titolo di risarcimento dei danni, nonché il 50% della somma corrisposta a titolo di spese legali. L'avv. Fechner riceve il restante 50% delle spese legali¹⁵.

16. L'avv. Fechner, per conto di Photoclaim, ha inviato a micro-imprese italiane pressanti richieste di pagamento di somme asseritamente dovute per le violazioni dei diritti d'autore *on line* contestate, proponendo nel contempo l'adesione a una proposta transattiva contenente clausole particolarmente onerose. In tali comunicazioni il legale rappresenta che, in caso di mancata adesione alla proposta, le micro-imprese saranno citate davanti alla giustizia tedesca e avvisa che i costi complessivi potranno essere molto più alti, quantificando le probabili spese processuali in migliaia di euro¹⁶.

17. Le richieste di pagamento non riportano precise evidenze riguardo alla titolarità delle fotografie in capo agli autori mandanti, alla proteggibilità delle immagini ai sensi della disciplina del diritto d'autore e dei diritti connessi e alla definizione dell'ammontare del risarcimento in base alle circostanze dei singoli casi¹⁷.

⁶ [La comunicazione di attribuzione dell'onere della prova risulta correttamente notificata all'avv. Fechner in base al diritto tedesco il 3 maggio 2022 e a Photoclaim tramite l'Ambasciata d'Italia a Varsavia il 4 maggio 2022 (cfr. rispettivamente i prott. nn. 41173 e 41259 del 16 maggio 2022).]

⁷ [Cfr. i prott. nn. 38816 e 38822, 54215 e 54224.]

⁸ [Cfr. rispettivamente i prott. nn. 40289 e 40325.]

⁹ [La comunicazione del termine di conclusione della fase istruttoria è stata ricevuta da Photoclaim in data 28 giugno 2022 (cfr. la comunicazione dell'Ambasciata d'Italia a Varsavia del 6 luglio 2022, prot. n. 52756) ed è stata notificata all'avv. Fechner in base al diritto tedesco in data 29 giugno 2022 (cfr. il prot. n. 65535 del 30 agosto 2022).]

¹⁰ [Prot. n. 55771. La e-mail dell'avv. Fechner è pervenuta in data 15 luglio 2022 ed è stata protocollata il successivo 18 luglio.]

¹¹ [Prot. n. 62781.]

¹² [Prot. n. 68719.]

¹³ ["Currently Photoclaim cooperates with the lawyers [...] Robert Fechner [...] If you've received a claim via e-mail by those lawyers, you can be almost certain that it's a legitimate claim and not a scam. Both are registered in the bar association of Berlin [...]."]

¹⁴ ["My client was made aware by www.photoclaim.com that you have published a photograph taken by my client on the website under the URL" riconducibili alla segnalante.]

¹⁵ [Cfr. la memoria del 9 settembre 2022.]

¹⁶ [Cfr. la segnalazione del 13 maggio 2021, prot. n. 44693.]

¹⁷ [Cfr. la segnalazione del 13 maggio 2021, prot. n. 44693.]

18. La transazione proposta comprende una "*Declaration of Cease and Desist*" ("Dichiarazione di cessazione e desistenza") e contiene clausole che prevedono: (i) la quantificazione dei danni in base alle tariffe tedesche del settore definite nelle tabelle MFM "*Mittelstandsgemeinschaft-Foto-Making*", (ii) una penale contrattuale di elevato importo per la violazione, nonché (iii) l'applicazione della legge e la giurisdizione tedesca¹⁸.

19. In proposito, appare paradigmatico il caso della micro-impresa segnalante, che lamenta di aver ricevuto dall'avv. Fechner la richiesta di pagare circa 3.200 € per i danni asseritamente causati dall'utilizzazione sul sito aziendale di una fotografia¹⁹. Con successive comunicazioni, l'avv. Fechner afferma, con toni perentori, che in mancanza di pagamento potrà agire davanti al Tribunale di Berlino o al Giudice nazionale del convenuto e che i costi per la micro-impresa potrebbero essere molto più alti, quantificando le probabili spese processuali in 3.050 € e che sulle somme richieste sono dovuti gli interessi di mora²⁰. La segnalante ha concluso dunque una transazione che prevede il versamento sul conto corrente dell'avvocato di 2.000 €, a fronte della definizione della vicenda, e ha rimosso la fotografia contestata dal suo sito, ritenendo in tal modo di aver diligentemente adempiuto quanto è nella sua disponibilità operativa²¹.

20. Successivamente, l'avv. Fechner ha inviato una nuova richiesta di pagare ulteriori 6.000 € a titolo di penale, sostenendo che la micro-impresa avesse violato la transazione. In proposito, il legale sostiene che, in base alla legge tedesca, per adempiere alla "*Declaration of Cease and Desist*"²², non sia sufficiente la rimozione della fotografia dal sito, ma sia necessaria la sua completa cancellazione dalla *service data collection* e che gli URL originariamente contestati non siano più rinvenibili *on line* tramite motori di ricerca o inserimento manuale²³. Anche in questo caso, l'avvocato chiede di definire la vicenda con un nuovo accordo stragiudiziale, che comporta il pagamento della penale e la sottoscrizione di una seconda "*Declaration of Cease and Desist*".

Non avendo ricevuto il pagamento, l'avv. Fechner ha nuovamente minacciato la micro-impresa di adire la giustizia tedesca, quantificando le probabili spese processuali in circa 3.700 €.

21. A metà novembre 2021, la Società segnalante ha concluso una nuova transazione con l'ulteriore versamento di 1.000 € a chiusura definitiva e incondizionata della vicenda, in cui non sono riprodotte le clausole sulla quantificazione dei danni in base alle tariffe MFM, sulla penale contrattuale, nonché sull'applicazione della legge e della giurisdizione tedesca²⁴.

22. Secondo quanto documentato dalla segnalante, la licenza per l'utilizzazione di una fotografia del tutto simile a quella il cui utilizzo è contestato dai professionisti sarebbe stata acquistabile sul sito *alamy.com* ad un prezzo compreso tra 9,99 € e 360 €.

23. La rilevante diffusione delle condotte dei professionisti risulta da informazioni rinvenibili su diversi siti *internet*, ivi compresi quelli di avvocati specializzati²⁵. In particolare, dette pagine *web* riferiscono di richieste di pagamento rivolte dai professionisti a numerosi soggetti italiani e di contenziosi in atto. Inoltre, i professionisti hanno affermato²⁶ di aver sottoscritto accordi con 49 soggetti residenti in Italia nel corso del 2020 e del 2021.

3) L'onere della prova

24. Poiché nel corso del procedimento è stata rilevata l'assenza di elementi probatori sufficienti a valutare in maniera esaustiva la pratica commerciale contestata, con comunicazione del 12 aprile 2022, è stato attribuito ai professionisti l'onere della prova, ai sensi dell'articolo 27, comma 5, del Codice del Consumo.

A tal fine, i professionisti sono stati invitati, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, a produrre idonea documentazione relativa alle azioni intraprese nell'anno 2021 nei confronti di microimprese italiane volta a dimostrare:

- la titolarità delle fotografie contestate in capo agli autori mandanti e la proteggibilità delle immagini ai sensi della disciplina italiana sul diritto d'autore e sui diritti connessi;
- l'esistenza del mandato dei titolari dei diritti sulle fotografie ai fini delle richieste di risarcimento;
- la congruità delle richieste di risarcimento rispetto alle specifiche violazioni contestate a ogni singola microimpresa.

¹⁸ [Cfr. la segnalazione del 13 maggio 2021, prot. n. 44693.]

¹⁹ [Secondo la segnalante, in base al sito *alamy.com* il corrispettivo per l'utilizzazione di una fotografia del tutto simile a quella contestata sarebbe stimato tra € 9,99 e 360. All'indirizzo <https://www.alamy.com/about-us/> si legge "Noi vendiamo immagini. Aggiungiamo oltre 100.000 nuove immagini ogni giorno, provenienti da fotografi e agenzie fotografiche di 173 paesi".]

²⁰ [Sulle somme richieste sarebbe applicato l'interesse-base stabilito dalla Banca centrale tedesca maggiorato del 5%.]

²¹ [In base al testo dell'accordo «the Debtor signs a "Declaration of Cease and Desist" enforced by a penalty in case of breach and with a jurisdiction clause for Berlin, Germany [...] By making this agreement, all claims arising from the original warning letter [...] are compensated. [...] Jurisdiction for all disputes arising from this agreement is Berlin, Germany. Only German law applies».]

²² [Secondo l'avv. Fechner la "*Declaration of Cease and Desist*" impone che la fotografia contestata "should be removed in any way possible".]

²³ [La segnalante afferma di aver rimosso la fotografia dalla *service data collection* del proprio sito.]

²⁴ [Cfr. la memoria del 9 settembre 2022.]

²⁵ [Cfr. ad esempio le affermazioni contenute alle pagine <https://www.polimeni.legal/blog/photoclaim-e-tutto-irregolare/>, <https://giovannifranchini.info/2020/02/01/avvisi-copyright-infringement-photoclaim-fechner-picirights-copytrack-licenza-immagini/> e <http://www.gardenal.it/avvisi-violazione-copyright-photoclaim-alza-tiro-va-tribunale-berlino-difendersi/>.]

²⁶ [Cfr. memoria del 9 settembre 2022.]

25. A seguito dell'attribuzione dell'onere della prova, i professionisti hanno inviato documentazione riferita esclusivamente alla posizione della Società segnalante.

4) Le argomentazioni difensive delle Parti

26. I professionisti, con le richiamate comunicazioni del 15 febbraio, 11 maggio e 18 luglio 2022, hanno contestato la competenza dell'Autorità ad accertare l'illiceità della condotta contestata.

In particolare, l'avv. Fechner ha affermato di richiedere alle micro-imprese italiane solo il risarcimento dei danni causati ai titolari dei diritti dal fatto che le fotografie contestate siano accessibili su *internet* anche dal territorio tedesco, in base alla sentenza della Corte di giustizia del 22 gennaio 2015, causa C-441/13²⁷. Per tale motivo, le presunte violazioni poste in essere dalle micro-imprese italiane sarebbero disciplinate dal diritto tedesco.

27. L'avv. Fechner, nelle proprie memorie, ha altresì sostenuto l'inapplicabilità nel caso di specie della normativa a tutela dei consumatori, di non aver potuto esercitare il proprio diritto di difesa nel procedimento, di non aver inviato richieste di pagamento massive e formulate secondo modalità aggressive alle micro-imprese italiane in quanto l'importo di tali richieste sarebbe stato definito in relazione ai singoli casi.

28. I professionisti hanno affermato di non aver risposto alla richiesta di informazioni di cui all'avvio e di non aver inviato la documentazione richiesta con l'attribuzione dell'onere della prova per motivi di riservatezza, ai sensi del regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali.

29. Photoclaim, nella propria comunicazione del 30 agosto, ha motivato la propria "delayed response" con la circostanza che il professionista "needed time to obtain an additional legal opinion on the case (as to the jurisdiction of the Office over PhotoClaim Sp. z o.o. operations and applicable law in the current proceeding)".

30. Con la memoria del 9 settembre 2022, le Parti hanno sostenuto la correttezza delle loro condotte, anche con riferimento alla Società segnalante, che consisterebbero soltanto nell'attività di definizione stragiudiziale delle violazioni di diritti d'autore e di diritti connessi di fotografie diffuse su *internet*. In particolare, le microimprese destinatarie delle richieste di pagamento non sarebbero indebitamente condizionate ad aderire alla "Declaration of Cease and Desist", poiché l'avv. Fechner nel trasmetterla avrebbe utilizzato le espressioni "you are at liberty to use" e "you are, of course, free to draft your own declaration".

Inoltre, i professionisti hanno ribadito la sussistenza della giurisdizione tedesca e l'inapplicabilità alle condotte contestate del Codice del Consumo, ai sensi della citata pronuncia della Corte di giustizia del 22 gennaio 2015, dell'articolo 5 nn. 1) e 2) della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche²⁸ e dell'articolo 8 del Regolamento (CE) n. 864/2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali²⁹.

IV. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

31. Il presente procedimento concerne l'illiceità dei comportamenti posti in essere dai professionisti in relazione alla tutela di asserite violazioni dei diritti d'autore e dei diritti connessi causate dall'indebita utilizzazione *on line* di fotografie protette.

1) Questioni preliminari

32. Benché la memoria del 9 settembre 2022 sia pervenuta tardivamente, in quanto i professionisti "non avevano pienamente compreso il ruolo dell'[...] Autorità e l'importanza del presente procedimento" prima di consultare i legali italiani, essa sarà comunque esaminata nel merito per dimostrare l'infondatezza di quanto sostenuto.

33. In via preliminare, riguardo all'eccezione di incompetenza sollevata dalle Parti, si rileva che l'Autorità può accertare pratiche commerciali scorrette poste in essere da professionisti stranieri nei confronti di soggetti italiani i cui effetti si producono in Italia, come avviene nel caso in esame³⁰.

²⁷ [Secondo la citata pronuncia "L'articolo 5, punto 3, del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, deve essere interpretato nel senso che, nel caso di un'asserita lesione ai diritti d'autore e ai diritti connessi al diritto d'autore garantiti dallo Stato membro del giudice adito, quest'ultimo è competente, in base al criterio del luogo in cui il danno si è concretizzato, a conoscere di un'azione per responsabilità per la lesione di tali diritti in conseguenza della messa in rete di fotografie tutelate su un sito Internet accessibile nell'ambito territoriale della sua giurisdizione. Tale giudice è esclusivamente competente a conoscere del solo danno cagionato nel territorio dello Stato membro al quale appartiene".]

²⁸ ["1) Nei Paesi dell'Unione diversi da quello di origine dell'opera gli autori godono, relativamente alle opere per le quali sono protetti in forza della presente Convenzione, dei diritti che le rispettive leggi attualmente conferiscono o potranno successivamente conferire ai nazionali, nonché dei diritti conferiti specificamente dalla presente Convenzione.

2) Il godimento e l'esercizio di questi diritti non sono subordinati ad alcuna formalità e sono indipendenti dall'esistenza della protezione nel Paese d'origine dell'opera. Per conseguenza, al di fuori delle clausole della presente Convenzione, l'estensione della protezione e i mezzi di ricorso assicurati all'autore per salvaguardare i propri diritti sono regolati esclusivamente dalla legislazione del Paese e nel quale la protezione è richiesta".]

²⁹ ["La legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale che deriva da una violazione di un diritto di proprietà intellettuale è quella del paese per il quale la protezione è chiesta".]

³⁰ [Cfr. in proposito Consiglio di Stato, 2 dicembre 2019, n. 8227, secondo cui ai fini dell'accertamento di una pratica commerciale scorretta posta in essere da una società straniera, rileva la competenza dell'"autorità del paese in cui si producono gli effetti della pratica" (v. altresì TAR Lazio, 2 maggio 2019, n. 5524, per cui gli interventi dell'Autorità perseguono l'"obiettivo della tutela dei

Inoltre, si ritiene che la decisione della Corte di giustizia del 22 gennaio 2015, citata dall'avv. Fechner, sia irrilevante. Detta pronuncia, infatti, riguarda la giurisdizione per la violazione dei diritti d'autore e dei diritti connessi *on line*, mentre il presente procedimento attiene all'applicazione delle norme del Codice del Consumo a tutela delle micro-imprese.

Parimenti irrilevanti sono i richiami al Regolamento (CE) 864/2007 e alla citata Convenzione di Berna che riguardano, rispettivamente, la risoluzione dei conflitti di leggi per le obbligazioni extracontrattuali in materia civile e commerciale (articolo 1) e l'estensione agli autori stranieri delle tutele assicurate a quelli nazionali.

34. Risulta, inoltre, privo di fondamento l'argomento secondo cui la normativa a tutela dei consumatori non sarebbe applicabile alla fattispecie in esame. Si osserva altresì che, in base all'articolo 19, comma 1, del Codice del Consumo, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette è chiaramente applicabile alle condotte oggetto del procedimento, in quanto rivolte anche a microimprese³¹.

35. Deve inoltre rigettarsi l'eccezione sulla preclusione al diritto di difesa, dal momento che le comunicazioni di avvio del procedimento, di attribuzione dell'onere della prova e del termine di conclusione della fase istruttoria, nonché i documenti presenti nel fascicolo del procedimento, sono stati regolarmente inviati all'avv. Fechner tramite la competente Autorità tedesca. Peraltro, il professionista, con la memoria del 18 luglio 2022, ha puntualmente preso posizione sul contenuto della comunicazione del termine di conclusione della fase istruttoria³² e in data 29 agosto 2022 si è svolto l'accesso agli atti del procedimento in modalità da remoto.

36. Da ultimo, si rileva che l'istanza di proroga presentata da Photoclaim il 30 agosto 2022 appare tardiva, essendo pervenuta circa un mese e mezzo dopo la scadenza del termine di conclusione della fase istruttoria.

Essa appare inoltre meramente dilatoria, poiché il professionista, a ridosso della conclusione del procedimento (peraltro già prorogato due volte anche per permettere alle Parti di esercitare i propri diritti di difesa)³³, chiede un termine aggiuntivo per presentare osservazioni, quando ha già avuto ampia possibilità di farlo nel corso del procedimento, anche con riferimento all'attribuzione dell'onere della prova.

In ogni caso, con la memoria del 9 settembre 2022, le Parti hanno ampiamente preso posizione sulle contestazioni sollevate dall'Autorità.

2) Valutazioni nel merito

37. Dalle risultanze istruttorie emerge che l'avv. Fechner e Photoclaim hanno effettuato un invio massivo di pressanti richieste di risarcimento standardizzate per la violazione di diritti morali e patrimoniali d'autore sulle fotografie, contenenti minacce di costose azioni legali davanti alla giustizia tedesca e finalizzate alla conclusione di onerose transazioni.

38. Circa la contestazione relativa all'effettiva massività dell'invio, avanzata dall'avv. Fechner, si osserva che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia e quella amministrativa italiana, "[l]a circostanza che la condotta [...] sia stata tenuta un numero limitato di volte o abbia interessato un numero contenuto di consumatori [o di micro-imprese] (al limite anche uno solo) è del tutto irrilevante al fine di escluderne l'illiceità", poiché la normativa europea e nazionale non richiedono la reiterazione della condotta o il coinvolgimento di più consumatori o micro-imprese³⁴, attesa anche la natura dell'illecito considerato come di mero pericolo³⁵.

In ogni caso, nel corso del procedimento sono stati acquisiti elementi comprovanti la rilevante diffusione della condotta da parte dei professionisti³⁶.

39. I contenuti e le modalità con cui sono formulate le richieste in questione sono volte ad indurre i destinatari a aderire all'onerosa transazione proposta nel timore di esporsi a maggiori spese per una contestazione non

consumatori italiani" e TAR Lazio, 8 giugno 2015, n. 8030, secondo cui rileva che la pratica commerciale sia orientata verso i consumatori italiani).

³¹ *"Il presente titolo si applica alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto, nonché alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese. Per le microimprese la tutela in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145".*

³² *[Secondo Tar Lazio, 23 dicembre 2015, n. 14508, "Alcuna lesione del diritto di difesa del professionista può ritenersi integrata nell'ipotesi in cui [...] a seguito dell'avvio del procedimento il professionista abbia prodotto una nota in cui erano evidenziati gli elementi a discolpa per tutti i capi di imputazione a dimostrazione del fatto che era a piena conoscenza dei rilievi mossi dall'Autorità".]*

³³ *[Proroghe regolarmente notificate a Photoclaim.]*

³⁴ *[Cfr. Consiglio di Stato, 27 febbraio 2020, n. 1425; conformemente v. Corte di giustizia UE 16 aprile 2015, causa C-388/13, secondo cui (punto primo del dispositivo) "La direttiva 2005/29/CE [...] dev'essere interpretata nel senso che la comunicazione, da parte di un professionista a un consumatore, di un'informazione errata [...] dev'essere qualificata come «pratica commerciale ingannevole», ai sensi di tale direttiva, anche qualora tale comunicazione abbia riguardato un solo consumatore" e Consiglio di Stato, 14 ottobre 2019, n. 6984.]*

³⁵ *[Sulla natura di mero pericolo dell'illecito consumeristico v., ad esempio, Consiglio di Stato, 15 luglio 2019, n. 4976.]*

³⁶ *[Oltre alla segnalazione del 13 maggio 2021, prot. n. 44693, si veda quanto affermato alle pagine <https://www.polimeni.legal/blog/photoclaim-e-tutto-irregolare/>, <https://giovannifranchini.info/2020/02/01/avvisi-copyright-infringement-photoclaim-fechner-picrights-copytrack-licenza-immagini/>, <https://giovannifranchini.info/2021/01/18/avvisi-copyright-infringement-photoclaim-fechner-copytrack-picrights/> e <http://www.gardenal.it/avvisi-violazione-copyright-photoclaim-alza-tiro-va-tribunale-berlino-difendersi/>. Si noti che pure pagine internet straniere riferiscono delle richieste di pagamento inviate dai professionisti (cfr. ad esempio <https://sos-recht.de/abmahnung/en/robert-fechner-warning-letter/> e <https://www.fechner-legal-letters.com/>).*

adeguatamente circostanziata, in una giurisdizione straniera. Essi risultano contrari alla diligenza professionale e idonei a condizionare la libertà di scelta, anche tramite un'interpretazione strumentale delle norme sostanziali e processuali sui diritti d'autore e sui diritti connessi.

40. A tale riguardo rilevano il carattere pressante e perentorio delle richieste di pagamento non accompagnate dal mandato del titolare dei diritti sulle fotografie né dalla prova della titolarità delle fotografie contestate e della sussistenza delle condizioni di tutela come opera fotografica³⁷ o fotografia semplice³⁸.

41. Inoltre, l'indebito condizionamento delle micro-imprese è altresì rinvenibile nei contenuti della transazione e della "Declaration of Cease and Desist", che impongono loro un'ammissione di responsabilità e l'adesione a clausole che determinano un significativo squilibrio degli obblighi contrattuali a loro carico, prevedendo una penale di importo manifestamente eccessivo, il riferimento alle tabelle MFM utilizzate in Germania, nonché l'applicazione della legge e della giurisdizione tedesca, senza adeguatamente chiarire i requisiti che questa prescrive per la cessazione della asserita violazione.

In proposito, le espressioni "you are at liberty to use" e "you are, of course, free to draft your own declaration", utilizzate dall'avv. Fechner riguardo alla "Declaration of Cease and Desist", appaiono di mero stile, essendo invece rilevanti nel condizionare indebitamente la libertà di scelta delle microimprese le affermazioni per cui le clausole sull'applicabilità della giurisdizione e della legge tedesca costituirebbero una "prassi comune", il rimborso dei danni e delle spese legali è un "obbligo legale" e una diversa formulazione della dichiarazione eventualmente proposta dalla micro-impresa potrebbe risultare erronea o inadeguata e, dunque, non sufficiente a impedire il rischio di recidiva³⁹.

42. Ulteriormente, l'insidiosità della pratica per le microimprese italiane è confermata proprio dalla vicenda della Società segnalante che, solo grazie all'intervento di diversi legali, è riuscita a ottenere riduzioni delle somme richieste e, in un caso, l'esclusione dalla transazione delle onerose clausole sull'elevata penale contrattuale, sul riferimento alle tabelle MFM, nonché sull'applicazione della legge e della giurisdizione tedesca.

43. Da ultimo, le richieste di pagamento appaiono sproporzionate, non essendo definite secondo criteri oggettivi, riferiti ai singoli casi (ad esempio natura di opera fotografica o fotografia semplice dell'immagine, mezzo di diffusione, profitti ottenuti⁴⁰ e dimensioni economiche del danneggiante) e debitamente documentati. Inoltre, la quantificazione delle somme richieste potrebbe risentire delle percentuali percepite dai professionisti sulle somme corrisposte dalle micro-imprese a titolo di risarcimento danni e spese legali.

Ad esempio, riguardo alla micro-impresa segnalante, i professionisti hanno chiesto il pagamento di 3.200 € per l'illecita utilizzazione di una singola fotografia sul suo sito e poi di ulteriori 6.000 € come penale per l'asserita violazione della transazione, nonostante la fotografia in questione fosse stata rimossa dal sito, mentre, secondo quanto documentato dalla segnalante, la licenza per l'utilizzazione di una fotografia del tutto simile a quella in questione sarebbe stata acquistabile al più ad un costo pari a circa un decimo della somma inizialmente richiesta.

44. I professionisti, a seguito dell'attribuzione dell'onere della prova, ai sensi dell'articolo 27, comma 5, del Codice del Consumo, hanno fornito la documentazione richiesta solo con riferimento alla Società segnalante⁴¹. Non è stata prodotta, invece, alcuna documentazione riguardo alle altre vertenze con soggetti residenti in Italia nel corso del 2021. Pertanto, la correttezza delle azioni intraprese dai professionisti nell'anno 2021 nei confronti di microimprese italiane per asserite violazioni dei diritti d'autore deve considerarsi non provata, ai sensi dell'articolo 27, comma 5, del Codice del Consumo e dell'articolo 15, del Regolamento.

45. Alla luce di quanto sopra esposto, le richieste di pagamento inviate dall'avv. Fechner, per conto di Photoclaim, non appaiono conformi all'elevato grado di diligenza esigibile da professionisti del settore della tutela legale dei diritti d'autore *on line* e risultano idonee a limitare considerevolmente la libertà di scelta delle micro-imprese destinatarie e a indurle ad assumere decisioni di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso. Tali condotte integrano dunque una pratica commerciale scorretta, in violazione degli artt. 20, comma 2, 24 e 25, del Codice del Consumo.

³⁷ [Ad esempio, secondo gli artt. 1 e 2 n. 7, l. 633/1941 "Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo [...] e in particolare "le opere fotografiche [...] sempre che non si tratti di semplice fotografia"]

³⁸ [Secondo l'art. 90 della legge sul diritto d'autore, per essere protetti "[g]li esemplari della fotografia [semplice] devono portare le seguenti indicazioni: 1) il nome del fotografo, o [...] della ditta da cui il fotografo dipende o del committente; 2) la data e dell'anno di produzione della fotografia; 3) il nome dell'autore dell'opera d'arte fotografata".]

³⁹ ["A jurisdiction clause and a clause determining the applicable law is common practice goes beyond the notified infringement. The reimbursement of damages and legal fees is a legal obligation and the placement thereof in the declaration also goes beyond the infringement notified. [...] You are, of course, also free to draft your own declaration to cease and desist. I would, however, draw your attention to the risk that an incorrectly or inadequately formulated declaration may not be sufficient to obviate the risk of reoffending".]

⁴⁰ [Secondo l'art. 158, comma 2, l. 633/1941, "Il lucro cessante è valutato dal giudice ai sensi dell'articolo 2056, secondo comma, del codice civile, anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto".]

⁴¹ [Il mancato invio degli altri documenti richiesti con l'attribuzione dell'onere della prova non può certo essere giustificato dai motivi di riservatezza adottati dai professionisti. Secondo l'art. 6, par. 1, lett. e), e 3, del Regolamento UE 2016/679, il trattamento dei dati è lecito ove sia "necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento", sia stabilito dal diritto dell'Unione europea o di uno Stato membro e sia proporzionato allo scopo, come nel caso in esame. Cfr., altresì, nel diritto nazionale, l'art. 2-ter, comma 1-bis, del "Codice in materia di protezione dei dati personali" (d.lgs. n. 196/2003), secondo cui "il trattamento dei dati personali da parte di un'amministrazione pubblica di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ivi comprese le autorità indipendenti [...] è anche consentito se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri ad esse attribuiti".]

V. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

46. Ai sensi dell'articolo 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.

47. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'articolo 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'articolo 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.

48. Con riferimento alla dimensione economica dei professionisti, Photoclaim, nella memoria del 9 settembre 2022, ha dichiarato di aver realizzato nel 2021 un fatturato di oltre 40.000 euro riguardo alle vertenze con soggetti residenti in Italia, pari al 7% del fatturato globale per il 2021.

L'avv. Fechner, nella memoria del 9 settembre 2022, ha dichiarato di aver realizzato nel 2021 rispetto a soggetti italiani un fatturato di oltre 11.000 euro, pari al 4,96% di quello totale.

49. Riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto della sua diffusione, che ha interessato numerose micro-imprese italiane, nonché della natura della pratica commerciale, consistente nell'indurre all'adesione ad una onerosa proposta transattiva tramite la minaccia di costose azioni legali in un paese estero e nella richiesta di pagamenti anche dopo l'effettiva rimozione dai siti delle opere ritenute protette, nonché del rilevante pregiudizio economico che le micro-imprese destinatarie possono subire.

50. Riguardo alla gravità della violazione da parte di Photoclaim, rileva altresì l'omessa vigilanza sulle condotte tenute dall'avv. Fechner, del cui supporto professionale si è avvalsa. Tale circostanza configura dunque a suo carico un ulteriore profilo di non conformità alla diligenza professionale a titolo di *culpa in vigilando*⁴².

51. Infine, si rileva l'insufficiente collaborazione dei professionisti nel corso del procedimento, che si sono sostanzialmente limitati a negare la competenza dell'Autorità e l'applicabilità del Codice del Consumo alle condotte in esame. Solo il 9 settembre 2022 essi hanno tardivamente inviato una memoria recante altresì le informazioni richieste con la comunicazione di avvio.

52. Riguardo alla durata della violazione, dagli elementi acquisiti in atti, risulta che le suddette condotte sono state poste in essere dai professionisti nei confronti di micro-imprese italiane quantomeno a decorrere da settembre 2020⁴³ e siano tuttora in corso.

53. Sulla base di tali elementi, si ritiene di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile all'avv. Robert Fechner nella misura di 10.000 € (diecimila euro).

54. Sulla base di tali elementi, si ritiene di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Photoclaim sp.zo.o. nella misura di 35.000 € (trentacinquemila euro).

RITENUTA la tardività e l'insufficienza di motivazione dell'istanza di Photoclaim di proroga dei termini del procedimento, pervenuta il 30 agosto 2022;

RITENUTO, pertanto, sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale in esame risulta scorretta, ai sensi degli artt. 20, comma 2, 24 e 25, del Codice del Consumo, in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta delle micro-imprese italiane destinatarie di richieste di pagamento per asserite violazioni *on line* dei diritti d'autore sulle fotografie;

DELIBERA

a) di rigettare l'istanza di proroga di Photoclaim;

b) che la pratica commerciale descritta al punto II del presente provvedimento, posta in essere dall'avv. Robert Fechner e dalla società Photoclaim sp.zo.o., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta, ai sensi degli artt. 20, comma 2, 24 e 25, del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

c) di irrogare all'avv. Robert Fechner una sanzione amministrativa pecuniaria di 10.000 € (diecimila euro);

d) di irrogare alla società Photoclaim sp.zo.o. una sanzione amministrativa pecuniaria di 35.000 € (trentacinquemila euro);

⁴² [Sulla responsabilità del professionista che si sia avvalso di legali esterni, cfr., ad esempio, Tar Lazio, 11 settembre 2018, n. 9269, secondo cui "la mancata predisposizione di adeguati strumenti di controllo [...] rappresenta comunque una condotta non conforme al normale grado della specifica diligenza, competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono" da un professionista del settore.]

⁴³ [Cfr. la segnalazione del 13 maggio 2021, prot. n. 44693.]

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 b).

Le sanzioni amministrative irrogate devono essere pagate entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, tramite bonifico (in euro) a favore dell'Erario, utilizzando il codice IBAN IT04A0100003245348018359214 (codice BIC: BITAITRENT), 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'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.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio della documentazione attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Ai sensi dell'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza al provvedimento, 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.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. 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, 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
Guido Stazi

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli