

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

Sede Amministrativa del Dottorato di Ricerca

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA
UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE - MILANO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA – LA SAPIENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA – TOR VERGATA

Sedi Convenzionate

**XX Ciclo del
Dottorato di ricerca in
Diritto dell'Unione europea**

ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE E RIFIUTO DI CONCEDERE IN LICENZA DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE

Settore scientifico-disciplinare: Diritto dell'Unione europea (IUS/14)

DOTTORANDA
Manuela Bandera

COORDINATORE DEL COLLEGIO DEI DOCENTI
Chiar.mo Prof. Stefano Amadeo
Università degli Studi di Trieste

RELATORE
Chiar.mo Prof. Luca G. Radicati di Brozolo
Università Cattolica del Sacro Cuore - Milano

ANNO ACCADEMICO 2007/2008

La tesi è aggiornata al 6 marzo 2009

INDICE

CAPITOLO PRIMO

L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE NELLA NORMATIVA COMUNITARIA

1. Premessa: l'articolo 82 del Trattato CE.	1
2. La definizione di mercato rilevante.	3
2.1. Il mercato rilevante del prodotto.....	6
2.1.1. La sostituibilità del prodotto dal lato della domanda.	9
2.1.2. La sostituibilità del prodotto dal lato dell'offerta.....	13
2.1.3. Ulteriori criteri per la definizione di mercato rilevante del prodotto.....	15
2.2. Il mercato geografico rilevante.....	17
2.2.1. Le caratteristiche della domanda.....	18
2.2.2. Le caratteristiche dell'offerta.....	20
2.2.3. Le caratteristiche del prodotto.....	22
2.2.4. Le caratteristiche del mercato.....	23
2.3. Osservazioni conclusive sulla definizione di mercato rilevante	24
3. La nozione di posizione dominante	25
3.1. I criteri strutturali.....	28
3.1.1. Le quote di mercato.....	28
3.1.2. Le barriere all'ingresso e all'espansione nel mercato rilevante.....	31
3.1.3. I potere degli acquirenti nel mercato.....	35

3.2. I criteri comportamentali.....	36
4. La posizione dominante collettiva.....	37
4.1. I fattori rilevanti per l'accertamento della posizione dominante collettiva.....	40
5. La parte sostanziale del mercato comune.....	43
6. Lo sfruttamento abusivo della posizione dominante.....	45
6.1. La nozione di abuso e i criteri di individuazione del comportamento abusivo.....	47
6.2. I caratteri dello sfruttamento abusivo.....	51
7. Le principali pratiche abusive.....	55
7.1. Le pratiche abusive sui prezzi.....	55
7.2. Il rifiuto di contrarre (rinvio)	62
7.3. Le pratiche abusive discriminatorie.....	63
7.4. Le pratiche di gemellaggio (cd. "tying").....	65
7.5. Altre pratiche abusive.....	67
8. Il pregiudizio al commercio tra Stati membri.....	69

CAPITOLO SECONDO

UNA PARTICOLARE PRATICA ABUSIVA: IL RIFIUTO DI CONTRARRE

1. Premessa.....	73
2. Il rifiuto di contrarre con clienti esistenti.....	76
2.1. Il rifiuto di contrarre con effetto escludente "diretto".....	77
2.2. Il rifiuto di contrarre con effetto escludente "indiretto".....	80
2.3. Riflessioni sul rifiuto di contrarre con clienti esistenti	82
3. Il rifiuto di contrarre con nuovi clienti.....	85
3.1. I prodromi della dottrina delle "essential facilities": i casi <i>London European / Sabena e British Midland / Aer Lingus</i>	86
3.2. La dottrina delle "essential facilities" nell'esperienza della giurisprudenza americana.....	89
3.3. La dottrina delle "essential facilities" nel diritto comunitario.....	93
3.3.1. La dottrina delle "essential facilities" nelle decisioni della Commissione... 94	

3.3.2. La dottrina delle “ <i>essential facilities</i> ” nel processo di liberalizzazione dei mercati (cenni).....	98
3.3.3. Considerazioni sull’approccio della Commissione nei confronti della dottrina delle “ <i>essential facilities</i> ”	101
3.3.4. La dottrina delle “ <i>essential facilities</i> ” nella giurisprudenza comunitaria	103
3.4. Valutazioni conclusive sul trattamento del rifiuto di contrarre con nuovi clienti..	107
3.5. Novità della dottrina delle “ <i>essential facilities</i> ”?.....	110
3.6. Considerazioni critiche relative all’applicazione della dottrina delle “ <i>essential facilities</i> ”	112

CAPITOLO TERZO

DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

1. Premessa.	115
2. Il rapporto tra diritti di proprietà intellettuale e disciplina della concorrenza ...	118
2.1. Il criterio dell’uso “normale”o“ragionevole” del diritto di proprietà intellettuale.	121
2.2. Il criterio dell’ “esistenza” e dell’ “esercizio” del diritto di proprietà intellettuale	122
2.3. Il criterio dell’ “oggetto specifico” del diritto di proprietà intellettuale	124
3. Diritti di proprietà intellettuale e abuso di posizione dominante.....	127
3.1. Diritti di proprietà intellettuale e mercato rilevante.....	128
3.2. Diritti di proprietà intellettuale e posizione dominante	131
3.3. Diritti di proprietà intellettuale e abuso	133
3.3.1. Diritti di proprietà intellettuale e prezzi eccessivi	136
3.3.2. Diritti di proprietà intellettuale e pratiche discriminatorie	137
3.3.3. Diritti di proprietà intellettuale e pratiche di gemellaggio	138
3.3.4. Altre ipotesi di abuso in presenza di diritti di proprietà intellettuale	140

CAPITOLO QUARTO

IL RIFIUTO DI CONCEDERE IN LICENZA I DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE

1. Premessa.....	141
2. L'analisi del rifiuto di licenze mediante i principi del diritto della proprietà intellettuale: le sentenze <i>Volvo</i> e <i>Renault</i>	144
3. Nuovi strumenti di disciplina del rifiuto di licenze: la sentenza <i>Magill</i>	148
3.1. Il caso <i>Magill</i> e la sentenza della Corte di giustizia	149
3.2. Riflessioni critiche sulla sentenza <i>Magill</i>	154
3.2.1. L'analisi del rifiuto di licenze mediante i principi del diritto <i>antitrust</i>	155
3.2.2. Applicabilità della dottrina delle <i>essential facilities</i> anche ai rifiuti di licenze di diritti di proprietà intellettuale?	157
3.2.3. L'utilizzabilità delle licenze obbligatorie nel caso di rifiuto di licenze di diritti di proprietà intellettuale.....	161
3.2.4. Valutazioni conclusive: reale portata innovativa della sentenza <i>Magill</i> ?	164
4. La rilettura delle “circostanze eccezionali” della sentenza <i>Magill</i>: il caso <i>Ladbroke</i>.....	165
4.1. La vicenda <i>Ladbroke</i> e la sentenza del Tribunale di primo grado	166
4.2. Una nuova disciplina per il rifiuto di licenze di diritti di proprietà intellettuale?..	169
5. La teorizzazione della disciplina applicabile al rifiuto di licenze: la sentenza <i>IMS</i>	172
5.1. La vicenda <i>IMS</i> e la sentenza della Corte	172
5.2. Un test di abusività del rifiuto di licenze: il test <i>IMS</i>	179
5.2.1. I criteri di abusività del test <i>IMS</i> : rivisitazione ed ampliamento delle “circostanze eccezionali”	182
5.2.1.1. (segue) L'esclusione della concorrenza nel mercato derivato e il fattore del “doppio mercato”	182
5.2.1.2. (segue) L'ostacolo alla comparsa di un “prodotto nuovo”.....	185
5.3. Valutazioni conclusive: l'ultima parola sulla disciplina del rifiuto di licenze?	188
6. Una nuova interpretazione del test <i>IMS</i>: la sentenza <i>Microsoft</i>	189
6.1. La vicenda <i>Microsoft</i> e la sentenza del Tribunale	190
6.2. Il test di abusività del rifiuto di licenze secondo la sentenza <i>Microsoft</i>	198

6.2.1. L' indispensabilità del bene richiesto: verso una valutazione di tipo soggettivo?	200
6.2.2. L'eliminazione della concorrenza nel mercato vicino: rilevanza del "rischio"	202
6.2.3. L'ostacolo alla comparsa del "prodotto nuovo" come espressione della "limitazione allo sviluppo tecnico"	204
6.2.4. La giustificazione oggettiva del rifiuto di licenze	207

CAPITOLO QUINTO

PROSPETTIVE FUTURE PER IL TRATTAMENTO DEL RIFIUTO DI CONCEDERE IN LICENZA I DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE

1. Premessa.	209
2. Il Documento di discussione della Commissione sull'applicazione dell'art. 82 TCE agli abusi di esclusione	211
2.1. La proposta di un nuovo approccio nell'applicazione dell'art. 82 TCE.....	212
2.2. Il trattamento del rifiuto di licenze	214
3. La Comunicazione della Commissione sugli abusi di esclusione	218
3.1. Una rilettura più prudente del nuovo approccio nell'applicazione dell'art. 82 TCE.....	219
3.2. L'ennesima nuova proposta di trattamento per il rifiuto di licenze?	221

CONCLUSIONI.....	231
-------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	237
--------------------------	------------

CAPITOLO PRIMO

L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE NELLA NORMATIVA COMUNITARIA

1. Premessa: l'articolo 82 del Trattato CE - 2. La definizione di mercato rilevante - 2.1. Il mercato rilevante del prodotto - 2.1.1. La sostituibilità del prodotto dal lato della domanda - 2.1.2. La sostituibilità del prodotto dal lato dell'offerta - 2.1.3. Ulteriori criteri per la definizione di mercato rilevante del prodotto - 2.2. Il mercato geografico rilevante - 2.2.1. Le caratteristiche della domanda - 2.2.2. Le caratteristiche dell'offerta - 2.2.3. Le caratteristiche del prodotto - 2.2.4. Le caratteristiche del mercato - 2.3. Osservazioni conclusive sulla definizione di mercato rilevante - 3. La nozione di posizione dominante - 3.1. I criteri strutturali - 3.1.1. Le quote di mercato - 3.1.2. Le barriere all'ingresso e all'espansione nel mercato rilevante - 3.1.3. Il potere degli acquirenti nel mercato - 3.2. I criteri comportamentali - 4. La posizione dominante collettiva - 4.1. I fattori rilevanti per l'accertamento della posizione dominante collettiva - 5. La parte sostanziale del mercato comune - 6. Lo sfruttamento abusivo della posizione dominante - 6.1. La nozione di abuso e i criteri di individuazione del comportamento abusivo - 6.2. I caratteri dello sfruttamento abusivo - 7. Le principali pratiche abusive - 7.1. Le pratiche abusive sui prezzi - 7.2. Il rifiuto di contrarre (rinvio) - 7.3. Le pratiche abusive discriminatorie - 7.4. Le pratiche di gemellaggio (cd. "tying") - 7.5. Altre pratiche abusive - 8. Il pregiudizio al commercio tra Stati membri

1. PREMESSA: L'ARTICOLO 82 DEL TRATTATO CE

La Comunità europea ha tra i suoi obiettivi quello di promuovere al suo interno "uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche".¹

A tale scopo, il Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE) prevede il coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri così da pervenire, tra

¹ V. art. 2 TCE.

l'altro, alla creazione “di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno”.²

In questo contesto si colloca l'articolo 82 del Trattato destinato a disciplinare le fattispecie di abuso di posizione dominante. Esso stabilisce che “è incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo”.³

Tale sfruttamento abusivo può consistere in condotte tese ad eliminare i concorrenti allo scopo di monopolizzare il mercato a pregiudizio dei consumatori (cd. *abusi di esclusione*) oppure a realizzare profitti ultra competitivi a danno dei propri clienti (cd. *abusi di sfruttamento*).

In via esemplificativa, l'art. 82 precisa che sono considerate pratiche vietate quelle che si sostanziano, in particolare:

“a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi di acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;

b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;

c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;

d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte di altri contraenti di prestazioni supplementari, che per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi”.⁴

Ad una prima analisi dell'art. 82 si rileva che ciò che la norma vieta non è la detenzione o l'acquisizione di una posizione dominante sul mercato di riferimento, ma piuttosto l'abuso di tale posizione.

In altri termini, l'ordinamento attribuisce all'impresa o alle imprese (qualora siano più d'una) dotate di un significativo potere di mercato la speciale responsabilità di non approfittare della posizione di dominio detenuta e di non ostacolare così lo sviluppo di un sano ambiente concorrenziale nel mercato unico.⁵

² V. art. 3, lett. g) TCE.

³ Cfr. art. 82, co. 1 TCE.

⁴ V. art. 82, co. 2 TCE.

⁵ Per l'attribuzione di tale “speciale responsabilità” v. uno dei *leading cases* in materia di art. 82 TCE, Corte di giustizia, 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commissione delle*

Tra gli abusi di posizione dominante vietati rientra anche la condotta consistente nel rifiuto di contrarre e, al suo interno, la pratica dei dinieghi di concedere in licenza diritti di proprietà intellettuale che costituisce oggetto del presente studio.

Per l'analisi di tale fattispecie di abuso è in primo luogo necessario esaminare il disposto dell'art. 82 TCE.

In questo capitolo, avente funzione introduttiva, si procederà quindi a delineare in termini generali il divieto di abuso di posizione dominante nei suoi elementi costitutivi. Dopo aver esaminato il mercato rilevante, l'attenzione si concentrerà sul concetto di dominanza e, in particolare, sui criteri strutturali e comportamentali utilizzata per identificarla. Lo studio dei caratteri generali della nozione di "sfruttamento abusivo" è completato da una breve rassegna delle principali fattispecie di abuso che, benché non direttamente afferente all'oggetto del presente lavoro, sarà utile per comprendere l'approccio comunitario nel trattamento di questa fattispecie. L'analisi del criterio del pregiudizio al commercio tra Stati membri conclude il capitolo.⁶

2. LA DEFINIZIONE DI MERCATO RILEVANTE

Prima di qualsiasi verifica circa la sussistenza di condotte vietate realizzate da imprese detentrici di una posizione di dominanza è indispensabile definire il mercato in cui il potere economico dell'impresa si manifesta (cd. *mercato rilevante*).⁷

Comunità europee, causa C-322/81, in Racc.1983, 3461 (cd. "*Michelin P*"), par. 57: "*La constatazione dell'esistenza della posizione dominante non comporta di per sé alcun addebito nei confronti dell'impresa interessata, ma significa solo che questa indipendentemente dalle cause di tale posizione è tenuta in modo particolare a non compromettere con il suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune*".

⁶ Non sarà oggetto di specifica trattazione di questo scritto la nozione di impresa, visto che questa coincide integralmente con la definizione fornite nelle altre branche del diritto *antitrust*. Al tal fine basti sapere che con "impresa" si intende qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che svolga, con o senza scopo di lucro, un'attività economica consistente nella fornitura di beni e servizi su un determinato mercato di riferimento. A titolo di es. v. Corte di giustizia, 18 giugno 1998, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, causa C-35/96, in Racc. 1998, I-3851, par. 36.

⁷ La dottrina italiana ed internazionale ha più volte sottolineato la rilevanza fondamentale dell'individuazione del mercato; per quella italiana, v. ad es. BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, in *Temi e Problemi*, a cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Roma, 1995, p. 12: "*a livello normativo non è esplicitamente imposto che venga individuato un mercato rilevante come stadio distinto del processo di valutazione (...) di un presunto comportamento abusivo (...); tuttavia, esiste un ampio numero di riferimenti indiretti da cui emerge l'opportunità di fare riferimento, nell'analisi dei casi, ad una nozione di mercato ben definita. In particolare, indicatori strutturali quali le quote di mercato detenute dalle imprese o il grado di concentrazione dell'offerta sono necessariamente individuati «rispetto ad un mercato». Laddove, come generalmente è il caso, viene attribuita importanza all'analisi di queste variabili nell'ambito del processo di valutazione della fattispecie, diviene indispensabile definire il contesto economico di riferimento*". V. anche PAPPALARDO, *Concorrenza, intese, concentrazioni, posizioni dominanti nel diritto della concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, AA. VV., Torino, 1987, p. 372: "*la nozione di posizione*

Specificando il settore in cui si esplica il potere dell'impresa si può stabilire la struttura del mercato coinvolto, la posizione dell'impresa interessata e le pressioni concorrenziali alle quali questa è sottoposta. Sulla base del mercato così individuato, possono essere dunque identificati i concorrenti, effettivi o potenziali, in grado di condizionare il comportamento dell'impresa in esame e di impedire a questa di operare in modo indipendente, concorrenti, quindi, la cui assenza o presenza è indispensabile per stabilire l'esistenza di una posizione di dominanza capace di produrre alterazioni anticompetitive sul mercato in questione.

La corretta definizione di mercato rilevante si pone dunque come condizione imprescindibile per una corretta valutazione dei comportamenti dei soggetti attivi nel mercato interno, tanto che un'identificazione inesatta del mercato conduce ad una visione alterata degli effetti prodotti dalla condotta dell'impresa in questione con conseguenze negative sull'intera realtà concorrenziale in cui i soggetti interessati operano. Una definizione di mercato rilevante che sia troppo ristretta, infatti, può condurre al divieto di comportamenti che in un mercato più ampio risulterebbero innocui o, addirittura, pro competitivi. Una definizione di mercato troppo estesa, d'altro canto, potrebbe portare a sottovalutare il potere di alcune imprese e la pericolosità dei relativi atteggiamenti che sarebbero invece evidenti in confini di mercato più limitati.

Nonostante le disposizioni comunitarie non richi amino il concetto di mercato rilevante, l'indicazione dei criteri utili alla sua individuazione e non facciano riferimento alla necessità di una sua preventiva precisazione, la prassi applicativa è nel tempo venuta via via riconoscendo l'essenzialità della sua definizione.⁸

Ai primi riconoscimenti da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia⁹ è seguita la codifica nel formulario CO, limitatamente al settore delle

dominante evoca (...) una situazione di mercato nella quale un'impresa non è soggetta ad un grado di concorrenza sufficiente a condizionare la sua strategia e i suoi risultati. Si tratta di una nozione relativa che si definisce rispetto ad un ambito entro il quale il dominio si esercita. Questo ambito è il mercato, la cui delimitazione costituisce una tappa preliminare alla constatazione dell'esistenza (o dell'inesistenza) di una posizione dominante".

⁸ E' da notare che il mercato rilevante cui si fa riferimento è il mercato in cui l'impresa in esame detiene la posizione dominante e non quello in cui si tiene il comportamento abusivo. Nella generalità dei casi, la condotta abusiva produce i suoi effetti nello stesso mercato in cui l'impresa è dominante. Vi fanno eccezione certi comportamenti realizzati nei mercati connessi: alcune pratiche abusive possono essere poste in essere nel mercato dominato al fine di estendere il proprio potere in un mercato collegato oppure in un mercato non dominato per tutelare la posizione dominante in mercato connesso e già dominato. Per l'analisi della definizione del mercato rilevante nel caso di mercati connessi, v. *infra*, nt. 47.

⁹ V. Corte di giustizia, 21 febbraio 1973, *Europemballage Corporation e Continental Can Company c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-6/72, in Racc. 1973, 215, (cd. sentenza "Continental Can"), par. 32: "ai fini della valutazione (...) della posizione dominante (...), ha importanza essenziale la delimitazione del mercato di cui trattasi"; nonché Tribunale di primo grado, 10 marzo 1992, *Società*

concentrazioni tra imprese¹⁰, e poi definitivamente nella Comunicazione della Commissione che costituisce la *summa* del metodo seguito dalla Commissione per la definizione del *relevant market* e che è applicabile ad ogni settore del diritto della concorrenza.¹¹

Vale tuttavia la pena di sottolineare tuttavia che, pur essendo l'individuazione del mercato un'operazione che deve obbligatoriamente precedere tanto l'esame di un'intesa, di un abuso di posizione dominante, di una concentrazione tra imprese o, in generale, di ogni atteggiamento che si pretende anticoncorrenziale, il diverso orizzonte temporale di tali valutazioni fa sì che i criteri utilizzati per definire l'ambito economico di queste situazioni non siano esattamente sovrapponibili. Mentre nel caso di concentrazioni la Commissione è chiamata ad esprimere un giudizio prognostico su futuri possibili comportamenti concorrenziali che le imprese coinvolte saranno in grado di tenere all'esito dell'operazione, nei casi di collusione ed, in particolare, di abuso di posizione dominante l'organo giudicante deve infatti valutare condotte passate, cioè già poste in essere da imprese che hanno concluso un cartello vietato ex art. 81 TCE o che, già detenendo una posizione dominante, hanno tenuto un comportamento in violazione dell'art. 82 TCE.

Fatte tali doverose premesse, si deve precisare che l'individuazione del mercato rilevante consiste in un duplice accertamento: il primo ha per oggetto l'identificazione dei beni e dei servizi nella cui fornitura è attiva l'impresa interessata nonché di quegli ulteriori beni e servizi che sono in concorrenza con quest'ultimi (cd. *mercato rilevante del prodotto*); il secondo concerne la selezione delle imprese che, in ragione della loro ubicazione geografica, stanno in rapporto di concorrenzialità con

Italiana Vetro (SIV) e a. c. Commissione delle Comunità europee, cause riunite T-68/89, T-77/89 e T-78/89, in Racc. 1992, II-1403, (cd. sentenza "*Vetro piano*"), par. 159: "*la definizione adeguata del mercato di cui trattasi [è] una condizione necessaria e preliminare a qualsiasi giudizio su un comportamento assertivamente anticoncorrenziale*".

¹⁰ Il Formulário CO relativo alla notificazione delle operazioni di concentrazione fu pubblicato nella vigenza del vecchio Reg. 4064/89, dapprima nel 1990, nel 1994 e nel 1998. La versione ora in vigore è quella in allegato al *Regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione del 7 aprile 2004 di esecuzione del Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*, in G.U.U.E. 30 aprile 2004, L 133, p. 1 ss. Sul modello della definizione di mercato adottata nel Formulário CO era stato pubblicato anche il Formulário A/B, ora non più in vigore, allegato al *Regolamento (CE) n. 3385/94 della Commissione, del 21 dicembre 1994, relativo alla forma, al contenuto e alle altre modalità delle domande e delle notificazioni presentate in forza del regolamento n. 17 del Consiglio*, in G.U.C.E. 31 dicembre 1994, L 377, p. 28 ss.

¹¹ V. *Comunicazione della Commissione sulla definizione di mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, in G.U.C.E. 9 dicembre 1997, C 372, p. 5 ss., di seguito "*Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*".

l'impresa in esame nello stesso settore merceologico (cd. *mercato geografico rilevante*).¹²

2.1. IL MERCATO RILEVANTE DEL PRODOTTO

Il mercato rilevante del prodotto è solitamente definito come comprendente: “(...) tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso cui sono destinati”.¹³

Sul modello di quanto previsto dalla consolidata esperienza statunitense, la nozione chiave per l'individuazione del mercato merceologico è l'intercambiabilità (o sostituibilità) dei beni o dei servizi commercializzati dall'impresa in esame con altri prodotti o servizi considerati ad essi equivalenti.

La sostituibilità del prodotto può essere considerata sia dal punto di vista della domanda, qualora si misuri la tendenza dei clienti di un dato bene a passare al consumo di un altro ad esso analogo, sia punto di vista dell'offerta, qualora si valuti la facilità con cui i produttori di beni simili ad un dato prodotto possano passare alla produzione di quest'ultimo, se peculiari condizioni di mercato lo rendano conveniente. Accanto all'intercambiabilità dei beni prodotti, costituisce ulteriore fattore di

¹² A tale duplice accertamento, in alcuni casi si affianca anche il cd. *mercato temporale rilevante* che fa riferimento alla dimensione temporale del mercato coinvolto. Con tale concetto si è soliti identificare il mercato in cui le condizioni di concorrenza subiscono delle modifiche in relazione ai vari momenti temporali dell'anno, della settimana della giornata. Per quanto non preso mai esplicitamente in considerazione, tale nozione sembra aver influito sulla sentenza Corte di giustizia, 14 febbraio 1978, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-27/76, in Racc. 1978, 207, (cd. sentenza “*United Brands*”) dove la Corte ha distinto il mercato delle banane da quello dell'altra frutta fresca, tra l'altro, in ragione del fatto che la banana era disponibile tutto l'anno a differenza degli altri frutti che costituivano valide alternative alla banana solo in certe stagioni dell'anno. Sembra che il fattore temporale sia stato esaminato anche nel precedente caso Corte di giustizia, 29 giugno 1978, *BP e altri c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-77/77, in Racc. 1978, 1513, che ha esaminato un asserito abuso commesso da alcune compagnie petrolifere nei Paesi Bassi, durante il periodo della crisi petrolifera a cavallo tra il 1973 e 1974. Ad ogni modo, per quanto importante, il fattore temporale non pare possa essere decisivo ai fini della definizione del mercato rilevante. V. a tale proposito quanto sostenuto da FURSE, *Competition Law*, Oxford, 2004, p. 241.

¹³ V. *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 7. La definizione è ripresa nel Formulario CO, Sezione 6, punto I, dove alla definizione riportata nel testo si aggiunge “*Un mercato del prodotto rilevante può in qualche caso essere composto di una serie di prodotti e/o servizi distinti che presentano caratteristiche fisiche o tecniche in gran parte simili e sono pienamente intercambiabili*”. La prassi della Commissione e della Corte di giustizia avevano già in precedenza elaborato una definizione di mercato del prodotto molto simile a quanto indicato nella Comunicazione e nel Formulario, v. ad es. sentenza *United Brands*, cit., par. 10; 13 febbraio 1979, *Hoffmann – La Roche c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-85/76, in Racc. 1979, 461, par. 21, di seguito, sentenza “*Hoffmann – La Roche*”; sentenza C-322/81, *Michelin c. Commissione*, cit., par. 23-37.

delimitazione del mercato la presenza di un'eventuale concorrenza potenziale che può esercitare pressioni sul comportamento dell'impresa in esame.¹⁴

Tra i criteri di determinazione del mercato sopra specificati, solo la sostituibilità dal lato della domanda rappresenta un fattore efficace ed autosufficiente. I criteri della sostituibilità dell'offerta e della concorrenza potenziale, infatti, oltre ad essere di più difficile individuazione, normalmente richiedono l'analisi di elementi complementari; pertanto detti criteri sembrano svolgere un ruolo più significativo durante la fase di valutazione del comportamento anticoncorrenziale piuttosto che nella fase di delimitazione del mercato in cui l'impresa dominante è attiva.¹⁵

Concettualmente la nozione di sostituibilità dal lato della domanda è particolarmente semplice; la sua valutazione in concreto invece dà vita a problemi di non sempre facile soluzione.

Alla luce dell'esperienza delle autorità *antitrust* americane, la Commissione ha affrontato la questione della sostituibilità tra prodotti prevalentemente attraverso lo strumento econometrico della cd. "elasticità incrociata" della domanda.

In economia, l'elasticità è un parametro che consente di mettere in relazione due variabili: l'elasticità della domanda del bene A rispetto al suo prezzo, in particolare, indica il rapporto esistente tra la variazione percentuale della domanda di tale bene e la variazione percentuale del prezzo di tale bene.

La domanda del bene A è elastica se la variazione percentuale della quantità domandata è maggiore della variazione percentuale di prezzo eventualmente operata sul bene; è invece anaelastica (o rigida) se la variazione percentuale della quantità domandata è minore della variazione percentuale di prezzo.

L'elasticità incrociata della domanda, per contro, indica il rapporto che intercorre tra le variazioni percentuali della quantità domandata di un bene A e le variazioni percentuali del prezzo di un diverso bene B.

¹⁴ La concorrenza potenziale, di fatto, è una forma più attenuata di sostituibilità sul versante dell'offerta. Pur costituendo un vincolo concorrenziale significativo, diversamente dalla sostituibilità dell'offerta, l'esistenza di una concorrenza potenziale non rappresenta una possibilità di ingresso sul mercato da parte di operatori concorrenti così immediata da influire sulla determinazione del mercato rilevante. Critici nei confronti della prassi della Commissione di escludere la concorrenza potenziale dai fattori utili a delineare il mercato rilevante, VAN DEN BERGH – CAMESASCA, *European Competition Law and Economics, A Comparative Perspective*, London, 2006, pp. 128 e 129.

¹⁵ V. *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 14. Questo, d'altro canto, è stato l'approccio costante anche della prima giurisprudenza della Corte di giustizia; v. ad es. la sentenza *Continental Can*, cit., par. 32, *United Brands*, cit., par. 12, sentenza *Hoffmann – La Roche*, cit., par. 25-30; sentenza 11 dicembre 1980, *NV L'Oréal e SA L'Oréal c. PVBA "De Nieuwe AMCK"*, causa C-31/80, in Racc. 1980, 3775, par. 25; sentenza C-322/81, *Michelin c. Commissione*, cit., par. 37.

Per misurare tale variabile normalmente si utilizza un esercizio teorico in cui si ipotizza una piccola variazione, non transitoria, del prezzo del bene considerato per poi valutare le possibili reazioni dei clienti a tale variazione e quindi la modifica della domanda di tale bene (è il metodo noto come *SSNIP test*).¹⁶ In altre parole, dopo aver individuato il bene fabbricato dall'impresa considerata¹⁷, si tratta di supporre un piccolo ma significativo e non momentaneo, aumento del prezzo di tale bene¹⁸ e di esaminare il presumibile comportamento dei consumatori marginali¹⁹; se l'aumento del prezzo determina uno spostamento di detti consumatori verso un altro prodotto, di un'entità tale da non rendere profittevole l'aumento di prezzo, allora tale prodotto (cd. *next best substitute*) va compreso nel mercato del prodotto iniziale, in quanto suo valido sostituto. L'operazione va così ripetuta fino a quando non si selezioni un gruppo di prodotti rispetto ai quali l'impresa in questione sia in grado di imporre, questa volta con margini di profitto, un aumento del prezzo del bene fabbricato.

L'insieme dei prodotti individuati come intercambiabili tra loro costituisce il mercato merceologico rilevante.²⁰

Il *price test* per quanto estremamente valido, tuttavia, potrebbe generare risultati fuorvianti in mercati in cui le condizioni della concorrenza risultino già alterate: in presenza, ad esempio, di un prezzo già di per sé sovracompetitivo, l'applicazione di

¹⁶ SSNIP è un acronimo in lingua inglese che sta per “*Small but non Significant Non-transitory Increase in Price*”, noto anche come *Hypothetical Monopolist Test*. Tale metodo di valutazione dell'elasticità incrociata della domanda è stato utilizzato per la prima volta negli USA nelle *Horizontal Merger Guidelines* del US Department of Justice and Federal Trade Commission del 1992, poi riviste nel 1997 (reperibili al sito internet: <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer/shtm>). Prima di allora tale strumento aveva fatto la sua comparsa nelle *Merger Guidelines* del 1984 del Department of Justice e nello *Horizontal Merger Statement* della FTC del 1982. La Commissione Europea aveva già fatto uso di tale test in alcune decisioni precedenti la Comunicazione del 1997: v. per es., seppure in tema di concentrazioni tra imprese, Commissione, 22 luglio 1992, *Nestlé/Perrier*, caso IV/M.190, par. 13 e 4 dicembre 1996, *Saint Gobain/Wacker-Chemie/Nom*, caso IV/M.774, par. 64, 72-73 e 79-80.

¹⁷ Affinché il test funzioni si deve ipotizzare che l'impresa interessata operi nella produzione del bene in regime di monopolio. Le *Horizontal Merger Guidelines*, cit., par. 1.12. fanno riferimento infatti a “*a hypothetical profit-maximizing firm that was the only present and future seller of those products ("monopolist")*”.

¹⁸ V. *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 17, dove l'incremento del prezzo è stimato intorno al 5-10% del prezzo originario. Anche le autorità *antitrust* americane fanno riferimento ad aumenti di prezzo che si aggirano tra il 5 e il 10%, normalmente su un arco di tempo di almeno un anno.

¹⁹ Con tale termine si indicano i consumatori che, a fronte dell'aumento del prezzo applicato dall'ipotetico monopolista, sono disposti a rivolgersi verso il prodotto sostituto. Essi si differenziano dai consumatori cd. *captive* che rimangono fedeli al prodotto, essendo caratterizzati da preferenze piuttosto rigide o anaelastiche. In generale, per l'influenza delle preferenze dei consumatori nella definizione di mercato, v. *infra*, par. 2.1.1.

²⁰ V. *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 15-18, dove si cita l'esempio di individuazione del mercato in un caso di concentrazione tra imprese produttrici di bevande analcoliche.

tale strumento porterebbe a rilevare un'elasticità della domanda più consistente ed un mercato più ampio di quello reale.²¹

Una definizione di mercato che facesse riferimento esclusivamente a tale parametro sarebbe dunque inappropriata.²²

Nell'ambito della prassi sviluppata negli anni di applicazione dell'art. 82 TCE, la Commissione pertanto, in aggiunta all'elasticità della domanda, ha avuto modo di utilizzare altri criteri utili a dare una visione più completa del mercato merceologico coinvolto nei casi in esame.

Di quelli più significativi se ne fornisce una breve rassegna nel paragrafo seguente.

2.1.1. LA SOSTITUIBILITÀ DEL PRODOTTO DAL LATO DELLA DOMANDA

Accertato che la segmentazione del mercato del prodotto si fonda *in primis* sull'analisi della sostituibilità dei prodotti dal punto di vista della domanda, la prassi della Commissione e della Corte di giustizia ha identificato una serie di fattori per verificare tale intercambiabilità.

Tra gli elementi utili a definire il mercato merceologico spiccano innanzitutto le caratteristiche dei prodotti, i loro prezzi e l'uso cui questi sono destinati.²³

²¹ Si fa riferimento al problema noto come "*Cellophane fallacy*", sconosciuto alla regolamentazione delle concentrazioni tra imprese, dove lo SSNIP test è stato concepito, e che può invece presentarsi in caso di individuazione del mercato nelle ipotesi di abuso di posizione dominante. Il problema nasce dal prezzo originario del bene da utilizzarsi per applicare l'ipotetico aumento del *price test*: nella sentenza della Corte Suprema americana, *United States v. E.I. DuPont de Nemours and Co.*, 351 US 377 (1956), meglio nota come caso *Cellophane*, la decisione di un numero considerevole di consumatori di scegliere prodotti sostituti a seguito dell'incremento del prezzo del cellophane derivava dal fatto che tali utenti pagavano prezzi già elevati che consentivano all'impresa di realizzare prodotti monopolistici. Lo spostamento di un consistente numero di clienti verso i sostituti non rispecchiava quindi l'elasticità della domanda, ma una "fuga" dal mercato del cellophane il cui prezzo era già ritenuto eccessivamente alto. A seguito di tale vicenda ci si è interrogati circa la misura corretta del prezzo da utilizzare nello SSNIP test e su cui operare l'ipotetico aumento di prezzo: da una parte, se si usasse il prezzo in vigore, si rischierebbe di definire un mercato più ampio di quello reale, perché si includerebbero anche prodotti che non sono reali sostituti; dall'altra, se si utilizzasse il prezzo concorrenziale, si rischierebbe di dare una definizione di mercato "in vitro", avulsa dalla realtà economica del caso concreto. La Commissione, conscia del problema, suggerisce di prendere in considerazione il prezzo osservato, salvo che esso sia stato fissato in un contesto già anticoncorrenziale, v. *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 19. Per un'analisi della *Cellophane fallacy*, v. VAN DEN BERGH – CAMESASCA, *European Competition Law and Economics*, cit., p. 130.

²² V. la decisione della Commissione, 14 luglio 1999, *Virgin/British Airways*, caso COMP/34.780, par. 70, dove non si è ritenuto opportuno applicare lo SSNIP test, ritenendo questo funzionale solo a "*spiegare il concetto di un mercato rilevante*".

Il primo passo da compiere nel processo di determinazione del mercato rilevante è quindi lo studio delle qualità specifiche del bene o del servizio in questione, nonché dell'utilizzo finale cui questo è preposto.

Se due prodotti sono fisicamente differenti in modo tale che non possono essere di fatto utilizzati per il medesimo scopo, tali beni non possono essere considerati sostituibili e, quindi, ciascuno di essi costituisce un mercato di riferimento separato. Viceversa, più due prodotti sono simili, più è probabile che facciano parte del medesimo mercato rilevante.²⁴

Raramente tuttavia lo studio delle caratteristiche dei prodotti è sufficiente per delimitare in via definitiva il mercato; in alcuni casi un'analisi di tal genere, considerata da sola, può persino essere fuorviante. Non è escluso infatti che prodotti qualitativamente diversi possano essere considerati come alternativi dagli utenti²⁵, così come è possibile che prodotti tra loro molto simili rispondano al soddisfacimento di esigenze diverse.²⁶ A ciò si aggiunga che individuare lo scopo cui alcuni beni sono destinati non è sempre un'operazione così scontata. Così succede spesso che la

²³ V. infatti la definizione di mercato rilevante del prodotto, in *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 6.

²⁴ V. a titolo di esempio, la sentenza *United Brands*, cit., par. 31 dove il mercato delle banane venne considerato un mercato distinto dal mercato del resto della frutta fresca in genere, per le caratteristiche peculiari di tale frutto (aspetto, sapore, consistenza polposa, assenza di semi, maneggevolezza, regolarità di produzione) e l'uso specifico che di tale frutto sono solite fare alcune specifiche fasce della popolazione, come bambini, anziani e malati. Lo stesso approccio può essere utilizzato per la definizione del mercato dei servizi.

²⁵ V. tra i casi più recenti, le decisioni della Commissione, seppure in caso di concentrazioni tra imprese: 26 aprile 2004, *Sanofi Synthelabo/Aventis*, caso COMP/M.3354, par. 14-115 che riprende l'impostazione del caso del 26 febbraio 1999, *Astra/Zeneca*, caso IV/M.1403, par. 7-44, che ha considerato come facenti parte del medesimo mercato del prodotto farmaci aventi le stesse finalità terapeutiche; 11 febbraio 2004, *Air France/KLM*, caso COMP/M.3280, par. 42-135 che ingloba nello stesso mercato del prodotto, in ragione della stessa destinazione d'uso, i servizi di trasporto ferroviario ad alta velocità e il trasporto aereo su tratte brevi per passeggeri *non time sensitive*.

²⁶ Tra i moltissimi casi, v. tra i più risalenti, Corte di giustizia, causa C-322/81, *Michelin c. Commissione*, cit., par. 38 e 46-52, che ha distinto i pneumatici nuovi di prima dotazione dai pneumatici nuovi di sostituzione, sull'assunto che i primi sono venduti alle case automobilistiche e i secondi ai distributori professionali, nonché i pneumatici nuovi da quelli rigenerati, posto che i pneumatici rigenerati sono considerati generalmente meno sicuri e quindi non sostituibili con quelli nuovi; sentenza C-85/76, *Hoffmann – La Roche c. Commissione*, cit., par. 21-30, dove il mercato delle vitamine C ed E è stato distinto a seconda dell'uso cui dette vitamine erano destinate (impieghi bio-nutritivi - cioè per l'industria farmaceutica, per l'alimentazione animale o umana - o impieghi tecnologici - antiossidanti agenti di fermentazione o additivi); Commissione, 18 luglio 1988, *Napier Brown/British Sugar*, caso IV/30178, dove la Commissione ha distinto il mercato dello zucchero cd. industriale (venduto in sacchi da 50 Kg all'industria) da quello dello zucchero cd. al dettaglio (venduto in sacchi da 1kg al consumatore finale). Tra i più recenti, v. ad es. Commissione, 22 giugno 2005, *Coca-Cola*, caso COMP/39.116, par. 20-22, dove il mercato delle bibite analcoliche gassate è stato ritenuto distinto da quello dell'acqua e dei succhi di frutta.

considerazione delle caratteristiche dei prodotti costituisca solo uno dei plurimi fattori che devono essere presi in esame per definire i confini del mercato merceologico.²⁷

A parità di caratteristiche e di funzione svolta o di bisogno finale soddisfatto, un altro fattore di delimitazione del mercato è il prezzo, dato che alla sostituibilità da un punto di vista funzionale non sempre corrisponde anche una sostituibilità dal punto di vista commerciale.²⁸ Forti differenze di prezzo, qualora mantenute per un periodo di tempo prolungato, sono significative di uno scarso grado di sostituibilità tra i prodotti considerati.²⁹

Tuttavia, come già osservato per il criterio delle caratteristiche dei prodotti, anche il principio delle differenze di prezzo solleva serie difficoltà all'atto della sua applicazione pratica. In primo luogo la definizione della consistenza dell'eventuale differenza di prezzo tra prodotti, così come del periodo di tempo minimo durante il quale detta difformità debba valutarsi non possono che essere stabilite in via arbitraria. Inoltre, un'analisi di mercato che si basasse esclusivamente sui differenziali di prezzo ignorerebbe il fatto che spesso tali diversità riflettono differenze, effettive o percepite, della qualità degli stessi e correrebbe pertanto il rischio di sovrastimare il grado di sostituibilità dei prodotti.³⁰ D'altro canto, similitudini di prezzo tra beni possono essere determinate da fattori diversi dalla semplice sostituibilità tra i medesimi, potendosi

²⁷ V. *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 36. Per un'analisi dei difetti di tale metodo, per quanto riferiti alla definizione di mercato in caso di concentrazioni tra imprese, v. ALONSO, *Market Definition in the Community's Merger Control Policy*, in *European Competition Law Review*, 1994, pp. 198 e 199, dove l'autore sostiene che "The main risk in assessing substitution on the basis of product characteristics alone is that it involves an essentially subjective value judgment. Consciously or unconsciously, the individuals involved in a case may define the market on the basis of the characteristics they themselves consider relevant, rather than on the basis on what consumers value". Un ulteriore problema che indebolisce l'efficacia di tale criterio è la carenza di informazioni di questo genere che provengono dai clienti o dai concorrenti.

²⁸ Si consideri questo semplice esempio: uno Swatch e un Rolex svolgono esattamente la stessa funzione, se non dal punto di vista sociale, quanto meno da un punto di vista tecnico. Tuttavia difficilmente nel caso di un elevato aumento di prezzo del primo orologio, gli acquirenti abituali di Swatch passerebbero all'acquisto di un Rolex, visto l'elevato differenziale di prezzo esistente tra i due.

²⁹ Costituiscono esempi di utilizzo di questo criterio, tra i casi di concentrazione, i casi Commissione, 2 ottobre 1991, *Aérospatiale/Alenia/De Havilland*, caso IV/M.53, par. 10 (differenze di prezzo tra velivoli); *Nestlé/Perrier*, caso IV/M.190, cit., par. 13 (differenze tra prezzi al dettaglio di acqua e delle altre bevande analcoliche); 31 gennaio 2002, *HP/Compaq*, caso COMP/M.2609, par. 19-23 (differenze di prezzo tra *servers*).

³⁰ Si pensi ad esempio a due beni identici, uno di marca e l'altro privo di un marchio conosciuto. V. in questo senso, in un caso di concentrazione, Commissione, 16 gennaio 1996, *Kimberly-Clark/Scott*, caso IV/M.623, par. 48-52, dove carta igienica dotata di una marca conosciuta e carta igienica distribuita con il marchio del produttore sono state considerate appartenere a mercati distinti, benché prodotti dalla stessa impresa e, quindi in sostanza, identici.

presentare somiglianze di prezzo tra prodotti appartenenti a mercati evidentemente separati.³¹

Bisogna infine tener presente che la reazione di un consumatore al prezzo di un bene o di un servizio, dipende dal costo che esso rappresenta per il compratore: se questo costituisce una parte poco significativa rispetto alle disponibilità economiche del consumatore, si può presumere che la sensibilità al prezzo sia tendenzialmente bassa; viceversa, se il prezzo del prodotto è rilevante rispetto alle capacità finanziarie, anche un piccolo aumento può portare il consumatore a sostituire quel bene con altri considerati meno dispendiosi.

Tali considerazioni inducono a trattare un ulteriore criterio utilizzato nell'ambito della definizione del mercato rilevante del prodotto, ovvero quello delle preferenze dei consumatori.³²

E' evidente infatti che, in relazione ad un dato bene o servizio non tutti gli operatori pongono in essere le stesse scelte: a fronte dell'aumento di prezzo operato dall'ipotetico monopolista, alcuni clienti decideranno di rivolgersi ad un prodotto sostituito (cd. consumatori marginali), altri invece rimarranno legati al prodotto originario, non ritenendo che l'incremento di prezzo possa giustificare un cambiamento nelle loro abitudini di consumo (cd. consumatori prigionieri o "captive").³³

E' possibile quindi che alcuni prodotti che si presentano sostituibili in termini di caratteristiche fisiche, di uso finale cui sono destinati e di prezzo possano ciò nonostante costituire in realtà mercati merceologici distinti, se le preferenze dei consumatori nella scelta di prodotti alternativi siano particolarmente significative e sottendano un basso grado di elasticità incrociata della domanda rispetto al prezzo.³⁴

³¹ Similitudini di prezzo tra beni diversi potrebbero essere dovute all'utilizzo delle medesime materie prime o al fatto che la domanda dei medesimi è soggetta ai medesimi flussi di stagione: ad esempio, i prezzi della benzina e dei quotidiani potrebbero presentare simili correlazioni in ragione dell'utilizzo in entrambe del petrolio così come il prezzo dei gelati potrebbe subire andamenti simili a quello dei costumi da bagno in ragione di maggiori richieste di entrambi in estate, piuttosto che in altri periodi dell'anno. Tuttavia né la benzina e i quotidiani, né i gelati ed i costumi da bagno fanno evidentemente parte dei medesimi mercati. Per un'analisi critica del criterio del prezzo quale elemento di delimitazione del mercato e della cd. *price correlation analysis*, v. VAN DEN BERGH – CAMESASCA, *European Competition Law and Economics*, cit., pp. 133-136.

³² V. *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 41.

³³ Esempi classici di consumatori "captive" sono le persone anziane o invalide per cui gli acquisti per corrispondenza o su cataloghi non sono sostituibili, visto l'impossibilità di tali consumatori di recarsi nel negozio al dettaglio, oppure gli acquirenti di beni di marca per cui l'equivalente non "griffato" non costituisce una valida alternativa.

³⁴ Si noti infatti che non è sufficiente la semplice presenza di consumatori a preferenze rigide per delineare mercati distinti. Ciò che deve essere valutato è il rapporto tra consumatori marginali e consumatori prigionieri: quando lo spostamento di consumatori marginali verso prodotti alternativi è tale da non rendere profittevole l'aumento di prezzo, l'esistenza di consumatori "captive" non è d'ostacolo

Le preferenze dei consumatori tuttavia non sono mai state considerate come l'unico fattore di rilievo per l'individuazione del mercato e le difficoltà nella misurazione della cd. “*consumer loyalty*” in termini oggettivi ha fatto sì che, nella prassi decisionale della Commissione e della Corte, tale elemento abbia giocato un ruolo di rilievo solo quando supportato da forti evidenze empiriche o da un elevato grado di stabilità delle scelte.³⁵

Da ultimo, utile per stabilire la sostituibilità dei prodotti dal lato della domanda è la valutazione di eventuali costi e barriere associati allo spostamento delle scelte dei consumatori verso i prodotti alternativi. Tanti più sono alti i costi che il cliente è chiamato a sostenere per modificare i suoi acquisti verso il sostituto, tanto è meno probabile che i beni considerati possano rientrare nello stesso mercato.³⁶

2.1.2. LA SOSTITUIBILITÀ DEL PRODOTTO DAL LATO DELL'OFFERTA

In alcuni casi, la Commissione e la Corte hanno ritenuto opportuno completare la definizione di mercato merceologicamente rilevante anche mediante l'esame della sostituibilità dal lato dell'offerta.³⁷

alla definizione di un unico mercato che comprenda tutti i prodotti considerati sostituibili. Per un'applicazione del criterio, v. la più volte citata sentenza C-322/81, *Michelin c. Commissione*, cit., par. 47 e 49, dove la limitata intercambiabilità tra pneumatici nuovi e pneumatici rigenerati è stata ricavata, tra l'altro, dal fatto che un certo numero di utilizzatori aveva espresso riserve in relazione all'utilizzo di pneumatici rigenerati.

³⁵ Non molto distante dal criterio esaminato è il principio che permette di separare differenti mercati del prodotto in funzione delle diverse categorie di consumatori in esse operanti. L'esistenza di utilizzatori con caratteristiche diverse nei cui confronti il produttore può operare discriminazioni di prezzo impone di suddividere il mercato relativo allo stesso prodotto in tanti mercati distinti quante sono le diverse classi di consumatori. V. la decisione nel caso IV/30178, *Napier Brown/British Sugar*, cit, dove la Commissione ha distinto il mercato dello zucchero venduto in sacchi da 50 Kg destinato all'industria da quello dello zucchero venduto in sacchi da 1kg destinato al consumatore al dettaglio. Per un'analisi dettagliata delle caratteristiche degli utilizzatori ai fini della definizione di mercato, v. inoltre, BLASELLE, *Traité du droit européen de la concurrence*, I, 2002, Paris, pp. 473-477.

³⁶ V. *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 42 che tra i costi associati allo spostamento cita, *inter alia*, ostacoli normativi, necessità di investimenti specifici, incertezza circa la qualità e la reputazione di fornitori sconosciuti etc.

³⁷ Per lungo tempo, in sede di individuazione del mercato di riferimento, si è preferito concentrarsi esclusivamente sul tradizionale concetto di sostituibilità dal lato della domanda. Si noti infatti che nella definizione di mercato fornita nel 1990 dal Formulario CO per la notificazione alla Commissione delle operazioni di concentrazione era del tutto assente qualsiasi riferimento alla sostituibilità sul versante dell'offerta. A partire dagli anni novanta, poi, la Commissione ha modificato il proprio approccio: dapprima in modo più attenuato, v. *XIII Relazione sulla politica della concorrenza*, 1993, p. 183, dove è precisato che: “*la Commissione deve talvolta determinare anche se nella definizione del mercato del prodotto vada integrata anche la sostituibilità sul versante dell'offerta (...). Si tratta (...) di un elemento di cui si tiene talvolta conto in sede di delimitazione del mercato del prodotto, anche se generalmente non costituisce una condizione sufficiente per estendere la definizione di mercato rilevante*”. Poi, in modo più deciso, nella *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante* dove la *supply side substitutability* è

Con la nozione di sostituibilità sul versante dell'offerta si fa riferimento alla capacità per le imprese realizzatrici di un altro prodotto di fornire, in tempi brevi e senza significativi rischi o costi aggiuntivi, il bene o il servizio in questione in caso di incremento di prezzo di quest'ultimo da parte dell'ipotetico monopolista. Se tale possibilità esiste, in forza di detto criterio, i due prodotti possono essere considerati come appartenenti allo stesso mercato merceologico.³⁸

La ragione che giustifica l'utilizzo della sostituibilità dal punto di vista dell'offerta è facilmente comprensibile: la produzione aggiuntiva di un dato prodotto, qualora venga immessa sul mercato, genera infatti sul comportamento dell'impresa in posizione dominante effetti equivalenti a quelli prodotti dall'eventuale spostamento della domanda verso beni alternativi a seguito del supposto incremento dei prezzi.³⁹

Tuttavia, affinché nella definizione di mercato merceologico rilevante la sostituibilità dell'offerta abbia, in termini di efficacia ed immediatezza, effetti paragonabili a quelli della sostituibilità sul versante della domanda, devono essere verificate due condizioni. La produzione deve essere disponibile ai consumatori in tempi relativamente ristretti,⁴⁰ in secondo luogo, lo spostamento delle imprese verso la

stata equiparata alla sostituibilità dal lato della domanda nei casi in cui abbia effetti equivalenti a quest'ultima in termini di immediatezza ed efficacia: v. *supra*, par. 2.1. Sintomo di questo mutamento di approccio è rinvenibile nello stesso Formulario CO che nella versione oggi in vigore cita tra "gli altri fattori pertinenti alla definizione del mercato del prodotto", in alcuni casi la "sostituibilità sul versante dell'offerta". Tale atteggiamento favorevole ad un più ampio utilizzo di detto fattore era già stato in alcune occasioni anticipato dalla giurisprudenza della Corte: v. sentenza *Continental Can*, cit., par. 33-36, e C-322/81, *Michelin c. Commissione*, cit., par. 7 e 37; e da alcune decisioni della stessa Commissione, 24 luglio 1991, *Tetra Pak II*, caso IV/31043, par. 41 e 44 e caso IV/M.53, *Aérospatiale/Alenia/De Havilland*, cit., par. 14.

³⁸ V. *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 20. In applicazione dello SSNIP test, con la sostituibilità dal lato dell'offerta si intende verificare se a fronte di un piccolo ma durevole incremento del prezzo di un dato bene, vi siano imprese che, anche se attive nella produzione di beni non fungibili, sono tuttavia in grado di produrre il bene di riferimento, convertendo la propria capacità produttiva in un breve periodo e senza affrontare eccessivi investimenti.

³⁹ L'esigenza di procedere ad una definizione di mercato rilevante in un'ottica di sostituibilità anche dal lato dell'offerta deriva dalla constatazione che alcuni prodotti, non sostituibili gli uni con gli altri, debbano essere considerati appartenenti al medesimo mercato a causa delle somiglianze esistenti nelle rispettive condizioni di produzione. Così si è ritenuto che sarebbe artificioso distinguere tanti mercati di scarpe per ogni misura anche se è assolutamente corretto considerare che per gli utilizzatori le scarpe di una misura non sono intercambiabili con quelle di un'altra: v. FRIGNANI, WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, p. 241.

⁴⁰ Nell'ambito del controllo delle operazioni di concentrazione, la Commissione ha identificato il periodo di tempo per valutare la sostituibilità dal lato della domanda in un anno, v. Commissione, 9 dicembre 1991, *Lucas/Eaton*, caso IV/M 149, par. 21; v. anche la decisione nel caso IV/M.53, *Aérospatiale/Alenia/De Havilland*, cit., par. 14, dove un periodo di 3-4 anni, necessario alla conversione della produzione di diversi velivoli è stato giudicato troppo lungo per poter essere utilizzato ai fini della sostituibilità dell'offerta.

produzione di beni alternativi non deve comportare per i nuovi produttori costi o rischi ingenti.⁴¹

Se invece il passaggio di produzione da un dato bene ad un altro richiede tempi lunghi e comporti la necessità di modificare le immobilizzazioni materiali ed immateriali, di procedere ad investimenti aggiuntivi, di prendere decisioni strategiche, la sostituibilità dal lato dell'offerta ha effetti sostanzialmente diversi e non può essere presa in considerazione per la delimitazione del mercato. In tal caso, il criterio della sostituibilità dell'offerta assume importanza nella fase successiva di valutazione del potere di mercato dell'impresa sospettata di dominanza. In questo contesto le imprese capaci di spostare, seppur non a brevissimo termine, la loro produzione sul bene o sul servizio in esame, sono prese in considerazione come concorrenti potenziali, cioè soggetti in grado di influire, se non sulla delimitazione del mercato rilevante, quanto meno sulla definizione della posizione che l'impresa interessata in esso detiene.⁴²

2.1.3. ULTERIORI CRITERI PER LA DEFINIZIONE DI MERCATO RILEVANTE DEL PRODOTTO

Accanto ai tradizionali fattori di delimitazione del mercato studiati finora, nella loro prassi decisionale la Commissione e le corti comunitarie fanno talvolta uso di criteri aggiuntivi. Spesso, tuttavia, il valore di questi fattori si limita a quello di prove a sostegno di una definizione di mercato già individuata sulla base dell'analisi principale compiuta sui dati relativi alla sostituibilità dal lato della domanda e dell'offerta.

Tra questi fattori si deve menzionare, innanzitutto la prova di un eventuale sostituzione di prodotti avvenuta in un passato recente. Se i prezzi hanno subito mutamenti già in passato, i dati relativi alle reazioni che a tali modifiche sono seguite

⁴¹ V. *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 21 e 22, dove la Commissione ha precisato che tali situazioni si presentano in genere quando le imprese vendono una vasta gamma di varietà o qualità del medesimo prodotto. La Commissione cita, ad esempio, il caso della carta, commercializzata in diverse tipologie, dalla carta per scrivere *standard*, alla carta di elevata qualità, utilizzata ad esempio per i libri d'arte. Mentre dal punto di vista della domanda non è possibile utilizzare per un determinato uso un qualsiasi tipo di carta, le cartiere sono attrezzate per produrre diversi generi di carta, cosicché la produzione può essere convertita in tempi brevi ed a costi decisamente contenuti. Per questo motivo è possibile considerare il mercato della carta come un unico grande mercato del prodotto.

⁴² Per quanto nel settore del controllo delle concentrazioni, v. la decisione resa nel caso IV/M.190, *Nestlé/Perrier*, cit., par. 15 e 18 (la cui fattispecie è citata dalla Commissione in *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 23) che costituisce un esempio di come la possibilità tecnica di produrre un certo bene non sia sufficiente per allargare il mercato sulla base della sostituibilità dal lato dell'offerta. Se, in principio, da un punto di vista tecnico i produttori di bibite potevano passare alla produzione di acqua minerale, dal punto di vista dei costi e dei tempi di preparazione (in termini di pubblicità, test dei prodotti e distribuzione) tale passaggio si presentava come più impegnativo: per questo, i due tipi di prodotti furono considerati appartenere a mercati distinti.

posso essere la prova, *ceteris paribus*, di un'intercambiabilità non solo teorica tra i beni in questione.⁴³

Ulteriore elemento utilizzato dalla Commissione e della Corte a sostegno di una determinata definizione di mercato del prodotto è quello relativo alle *opinioni* ed ai *punti di vista* che i clienti o i concorrenti dell'impresa in esame abbiano eventualmente espresso a proposito.⁴⁴ E' evidente infatti che i migliori soggetti in grado di stabilire se un bene sia un valido sostituto di un altro non possono che essere coloro che lo utilizzano e lo acquistano.

Benché in apparenza semplice, tale criterio presta il fianco ad alcune riserve: non esistendo un consumatore-tipo, l'intercambiabilità tra due prodotti che si basi su questo fattore finisce per dipendere dalle particolari e personali esigenze, gusti, disponibilità finanziarie del soggetto interpellato. Per questo motivo, l'utilizzo di detto criterio risulta più funzionale in mercati caratterizzati da un numero di clienti limitato, tendendo a divenire meno utile e significativo nei mercati di massa.

Anche se poco utilizzato, non meno importante è il criterio di definizione del mercato sulla base di catene di sostituzione tra prodotti. In tal caso due beni, tra loro astrattamente non sostituibili, di fatto sono considerati appartenere allo stesso mercato di riferimento in ragione dell'esistenza di una serie di prodotti intermedi, tra loro intercambiabili, che finiscono per mettere in relazione anche i due prodotti originari.⁴⁵

Un aiuto alla definizione dei distinti mercati del prodotto, infine, può venire anche dalle classificazioni dei prodotti operate a livello di industrie, settori merceologici o associazioni professionali.⁴⁶

In conclusione alla panoramica dei criteri utilizzati per la definizione del mercato rilevante del prodotto, si può affermare che nessuno dei fattori sopra analizzati

⁴³ Tuttavia, la Commissione ha potuto far uso di tale criterio solo raramente, vista la disponibilità limitata di questo tipo di dati. Si può ottenere una prova analoga dall'analisi delle reazioni del mercato a seguito del lancio di un nuovo prodotto, quando è possibile stabilire i prodotti le cui vendite sono diminuite a seguito dell'ingresso sul mercato del bene o del servizio in questione. Per l'analisi di questo criterio, v. *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 38.

⁴⁴ V. *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 33 e 40.

⁴⁵ V. BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante*, cit., pp. 40-41, che esemplifica l'uso di detto criterio: "Anche nel caso in cui non esistesse alcun consumatore per cui i panini consumati al bar costituiscono un diretto sostituto di un pranzo più raffinato della città, potrebbe teoricamente accadere (...) che la catena delle possibilità di sostituzione (la sostituzione tra i panini consumati al bar e il pranzo in un ristorante self-service, quest'ultima e il pranzo in un ristorante economico e così via) porti a collocare i due prodotti sullo stesso mercato". V. anche *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 57 e 58.

⁴⁶ Tipico ambito dove è largamente usato tale fattore è il settore farmaceutico.

è di per sé solo determinante per la delimitazione del mercato di riferimento.⁴⁷ Solo attraverso una valutazione di insieme che tenga conto del complesso dei vari indici di sostituibilità è possibile affermare con ragionevole certezza che due beni sono tra loro intercambiabili e fissare così lo scenario dove l'asserito abuso dell'impresa dominante ha prodotto i suoi effetti anticoncorrenziali.⁴⁸

2.2. IL MERCATO GEOGRAFICO RILEVANTE

L'individuazione del mercato rilevante, oltre che sotto il profilo merceologico, deve essere effettuata anche dal punto di vista geografico al fine di determinare il territorio entro il quale l'abuso di posizione dominante ha comportato un'alterazione delle condizioni concorrenziali.

Come già la definizione di mercato rilevante del prodotto, anche la nozione di mercato geografico rilevante non ha una fonte normativa. Qualche indicazione può ricavarsi da quanto contenuto nella Comunicazione della Commissione che definisce il mercato geografico come: "l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche

⁴⁷ Tra l'altro, la definizione di mercato rilevante è operata con modalità leggermente diverse con riferimento ai mercati connessi (detti anche "collegati", "complementari" o con terminologia inglese "aftermarkets"). Con il termine di prodotti connessi o complementari si intendono beni o servizi che, pur non essendo diretti sostituti del prodotto rilevante, sono ad esso collegati da un particolare rapporto, nel senso che l'acquisto del bene complementare o secondario presuppone l'acquisto del bene principale o primario. Il problema che si pone con riferimento ai mercati connessi è comprendere se i beni o servizi che vi fanno parte debbano essere considerati compresi in un'unica entità merceologica o essere distinti in mercati separati dal mercato principale nonché dal mercato degli altri beni complementari. Per una trattazione del problema, v. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2000, pp. 162-163, nonché Corte di giustizia, 31 maggio 1979, *Hugin Kassaregister AB e a. c. Commissione delle Comunità europee*, causa 22/78, in *Racc.* 1979, 1869, dove erano coinvolti beni principali (registratori di cassa Hugin) e relativi pezzi di ricambio; Tribunale di primo grado, 12 dicembre 1991, *Hilti c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-30/89, in *Racc.* 1991, II-1439 (poi esaminata anche da Corte di giustizia, 2 marzo 1994, causa C-53/92 P, in *Racc.* 1994, I-667) relativa a beni principali (pistole sparachiodi) e beni complementari (caricatori e chiodi); Corte di giustizia, 13 novembre 1975, *General Motors Continental c. Commissione delle Comunità europee*, causa C 26/75, in *Racc.* 1975, 1367 e 11 novembre 1986, *British Leyland c. Commissione delle Comunità europee*, causa C 226/84, in *Racc.* 1986, 3263 relativa a beni primari (autovetture importate) e servizi correlati all'acquisto (rilascio di certificati di conformità), 6 marzo 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite 6 e 7/73, in *Racc.* 1974, 223, dove il mercato delle materie prime fu ritenuto distinto da quello del prodotto finito. La sentenza "*Commercial Solvents*" è ampiamente trattata, *infra*, Cap. 2.

⁴⁸ Benché si riferisca ad un caso di concentrazione tra imprese, significativa di questo approccio è la decisione della Commissione IV/M.190, *Nestlé/Perrier*, cit., par. 8-20, dove si è fatto uso, tra gli altri, del criterio delle caratteristiche fisiche del prodotto, dell'utilizzo finale, delle preferenze dei consumatori, delle differenze di prezzo, della diversa evoluzione di questi ultimi nel tempo nonché della sostituibilità dal lato dell'offerta.

contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse".⁴⁹

Il mercato geografico coincide in sostanza con le aree dove si registrano le stesse condizioni di concorrenza per tutte le imprese produttrici di un dato bene o servizio.⁵⁰

Gli strumenti utilizzati per definire l'estensione geografica del mercato non sono diversi da quelli descritti per individuare il mercato del prodotto.

In particolare, la Commissione e le corti si avvalgono di un duplice ordine di considerazioni: da una parte, analizzando le caratteristiche della domanda, si valuta la possibilità per i consumatori di rivolgersi verso produttori situati in una diversa zona geografica, nel caso in cui venga praticato un ipotetico aumento di prezzo del bene da parte dell'impresa in questione; dall'altra, analizzando le caratteristiche dell'offerta, si considera la possibilità per le imprese appartenenti a zone geografiche distinte di entrare in tempi brevi e a costi ragionevoli, nel mercato geografico dove si verifica l'abuso, qualora l'incremento del prezzo considerato lo renda particolarmente conveniente.⁵¹

La distinzione delle fasi di indagine del mercato geografico come sopra prospettata, tuttavia, non può essere che teorica; nella realtà alle considerazioni relative alla domanda e all'offerta, spesso si aggiungono valutazioni più limitate relative al singolo prodotto o più ampie circa il mercato nel complesso. I diversi fattori presi in considerazione spesso si confondono e si combinano tra loro per dar vita ad un'analisi del mercato geografico variegata e complessa.

2.2.1. LE CARATTERISTICHE DELLA DOMANDA

Anche l'individuazione del mercato geografico rilevante sulla base delle caratteristiche della domanda può essere condotta per mezzo del già citato metodo dell'ipotetico, piccolo, significativo e non transitorio, aumento del prezzo del bene considerato e della successiva analisi delle reazioni dei consumatori (cd. *SSNIP test*).⁵²

⁴⁹ Cfr. *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 8.

⁵⁰ L'omogeneità delle condizioni di concorrenza tra diverse zone geografiche al fine di definire un unico mercato geografico rilevante, d'altro canto, era già stata presa in considerazione dalla Corte di giustizia nella sentenza *United Brands*, cit., par. 44 e 53. Si noti, a riguardo, che non è richiesto che le condizioni di concorrenza all'interno del mercato geografico di riferimento siano perfettamente omogenee; basta che esse siano simili o sufficientemente omogenee. Per un approfondimento sulla nozione di omogeneità, v. FRIGNANI, WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, cit., p. 243.

⁵¹ Si tratta, *mutatis mutandis*, dei criteri della sostituibilità dal lato della domanda e dal lato dell'offerta. Cfr. *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 28-31.

⁵² V. *supra*, par. 2.1.

In virtù di tale principio, occorre chiedersi se in presenza di un ipotetico incremento di carattere permanente del prezzo del prodotto in esame nella zona considerata, i clienti dell'impresa in questione si rivolgerebbero a fornitori situati in altre aree. Se la percentuale di sostituzione è tale da rendere profittevole l'aumento di prezzo, all'area geografica nella quale opera il produttore esaminato si aggiungono altre aree finché non si identifica una zona geografica nella quale il supposto incremento di prezzo non sarebbe più vantaggioso per il produttore a causa della riduzione delle vendite. La zona così individuata costituisce il mercato geografico rilevante nel quale, quindi, andrà valutato l'eventuale comportamento anticoncorrenziale.⁵³

Come già visto a proposito del mercato rilevante del prodotto, anche l'individuazione dell'estensione geografica del *relevant market* dipende da una pluralità di fattori, ciascuno dei quali può incidere in modo ed in misura differente a seconda del singolo caso esaminato.

Nell'ambito delle caratteristiche della domanda, l'esistenza di forti preferenze dei consumatori può influenzare significativamente la delimitazione del mercato geografico da prendere in considerazione. Dove i consumatori di una certa area geografica abbiano specifiche preferenze per i prodotti conosciuti o di provenienza prevalentemente nazionale o locale è difficile che prodotti provenienti da altre zone e di minore notorietà possano costituire una reale alternativa.⁵⁴

A tale proposito, però, è opportuno precisare che se, da una parte, la Commissione e i giudici comunitari hanno dimostrato di attribuire alle preferenze dei consumatori per prodotti nazionali o locali un ruolo di rilievo, dall'altra, autorevole dottrina ha espresso qualche riserva circa l'utilizzo di tale criterio dai forti connotati soggettivi.⁵⁵

La lingua, la cultura e gli stili di vita costituiscono ulteriori elementi che caratterizzano la domanda e che contribuiscono a definire i confini del mercato

⁵³ Così come la definizione del mercato del prodotto, anche quella del mercato geografico trae ampio spunto dalle *Horizontal Merger Guidelines* del US Department of Justice and Federal Trade Commission, cit., spec. par. 1.21.

⁵⁴ V. Corte di giustizia, 16 dicembre 1975, *Suiker Unie e a. c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C 40-48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114/73 in Racc. 1975, 1663, par. 371-372.

⁵⁵ V. FRIGNANI, WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, cit., p. 245, dove gli autori sostengono che: "nella misura in cui si tratta di circostanze puramente soggettive scaturenti dalla libera scelta dei consumatori, sembra difficile considerarle come pertinenti quando si tratta di fissare i limiti del mercato geografico. Per contro se la preferenza dei consumatori risulta da circostanze obiettive comportanti una limitazione reale delle loro possibilità di scelta, tali che essi escludono dal loro raggio di scelta i prodotti ai quali non sono abituati, è permesso prenderla in considerazione quando si determina l'estensione geografica del mercato."

geografico rilevante.⁵⁶ E' chiaro infatti come per determinati prodotti e servizi, i fattori culturali e linguistici possono creare gravi ostacoli alla penetrazione tra economie.⁵⁷

L'estensione geografica degli scambi che si realizzano sul mercato può essere infine condizionata dalle pratiche di acquisto e di approvvigionamento che caratterizzano determinati prodotti.⁵⁸

2.2.2. LE CARATTERISTICHE DELL'OFFERTA

A differenza di quanto visto a proposito della definizione di mercato rilevante del prodotto, concentrata quasi esclusivamente sull'esame delle proprietà della domanda, l'individuazione del mercato geografico di riferimento risulta fortemente influenzata dallo studio delle caratteristiche dell'offerta.

Quando si parla di analisi dell'offerta in questo ambito, si suole fare riferimento alla possibilità per imprese situate in aree geograficamente distinte di entrare nel mercato in cui opera l'impresa in posizione dominante in tempi limitati ed a costi ragionevoli, alla luce di fattori strutturali indicativi dell'esistenza di ostacoli alla produzione o all'offerta dei prodotti o dei servizi considerati.

Uno dei primi elementi di cui è necessario tener conto nell'esame dell'offerta è fornito quindi dall'eventuale presenza di barriere all'entrata del mercato in questione ovvero di ogni ostacolo rilevante che ogni nuovo entrante deve superare per insediarsi nel mercato considerato. Tali barriere sono solitamente distinte in due tipi: le barriere di natura normativa e la barriere di natura distributiva.⁵⁹

⁵⁶ V. *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 46.

⁵⁷ Tali elementi sono particolarmente rilevanti nel settore dei media (v. ad es. le considerazioni svolte in Tribunale di primo grado, 10 luglio 1991, *Radio Telefis Eireann (RTE) c. Commissione*, causa T-69/89, in Racc. 1991, II-485, par. 64 – la sentenza del Tribunale nel caso “*Magill*”, così come la successiva sentenza della Corte sarà oggetto di ampia analisi *infra*, Cap. 4), di alcuni prodotti di consumo (per comprendere la rilevanza dei fattori linguistici e culturali nell'ambito del commercio di beni di consumo, si pensi alla necessità di tradurre le confezioni, i manuali di istruzioni o, ancora, all'esigenza di disporre di personale di assistenza che conosca la lingua del cliente) e dei servizi bancari o finanziari, dove i consumatori tendono ad essere fedeli alle società nazionali dal nome più conosciuto (benché relativi a casi di concentrazione tra imprese, v. ad es., Commissione, 20 novembre 1996, *Kesko/Tuko*, caso IV/M.784, spec. par. 21-23 con riferimento ai beni di consumo; 12 gennaio 2000, *Generali/INA*, caso COMP/M.1712, spec. par. 42 con riferimento ai servizi assicurativi).

⁵⁸ Nel mercato della distribuzione al dettaglio, ad esempio, il consumatore tende a rivolgersi al punto vendita a lui più vicino e più comodo, confinando così il mercato geografico ad una dimensione locale o, al più regionale; al contrario, il mercato della distribuzione all'ingrosso, dove l'acquirente è disposto a rivolgersi anche a fornitori provenienti da zone geografiche diverse, assume generalmente dimensioni più ampie. V. *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 48.

⁵⁹ Considerazioni circa le caratteristiche dell'offerta sono espresse in *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 30 e 50. Cfr. BLASELLE, *Traité du droit européen de la concurrence*, cit., p. 480, che preferisce distinguere tra “*insubstituabilités naturelles ou spontanées*” e “*insubstituabilités artificielles ou volontaires*”. Tra le prime rientrano in generale tutti costi di adattamento che

Tra le prime, si possono citare le previsioni normative e i sistemi legislativi dei diversi Stati membri che possono costituire degli ostacoli nel prevenire il commercio tra diversi paesi e aree geografiche; diversi regimi fiscali, le restrizioni quantitative alle importazioni, i dazi doganali, ad esempio, permettono di configurare l'esistenza di diversi mercati geografici all'interno del territorio della Comunità, ognuno dei quali corrisponde grosso modo ai singoli mercati nazionali.⁶⁰ L'esempio più evidente di tali barriere è costituito dalla presenza di monopoli legali per determinate attività che, di fatto, esclude la penetrazione nel mercato da parte di concorrenti provenienti da altre zone geografiche.⁶¹ Inoltre, pur senza che vi sia una preclusione *ex lege* all'operare di soggetti di zone diverse, l'esistenza di sistemi di supervisione da parte del soggetto pubblico attraverso meccanismi regolamentari fa sì che l'estensione del mercato geografico rilevante sia ricondotta al territorio nazionale.⁶²

Nell'ambito delle barriere di natura normativa in grado di limitare il mercato geografico nell'ambito di un solo paese, possono esser incluse anche le eventuali autorizzazioni che ogni singolo Stato richieda per la commercializzazione del prodotto o, ancora, le norme relative agli standard qualitativi o alla composizione dei prodotti sul mercato.

Le barriere regolamentari nella definizione dei confini del mercato possono assumere un'ulteriore forma, qualora le decisioni di acquisto per i prodotti siano il risultato di politiche di approvvigionamento da parte del settore pubblico, tendenzialmente orientato all'acquisto di prodotti nazionali.

Con riferimento infine alle barriere di tipo distributivo si deve osservare che quando la natura del prodotto o la specificità della clientela impone una presenza *in loco* dell'impresa, la necessità di instaurare un canale distributivo, di creare un efficiente sistema di marketing, nonché l'esigenza di sostenere i costi connessi a tali operazioni

l'imprenditore entrante in un nuovo mercato è chiamato a sopportare, quindi costi di investimento nella ricerca e sviluppo, nei macchinari, nella formazione del personale, nell'immagine dei nuovi prodotti nonché i costi legati al rischio finanziario ed economico. Le seconde sono la conseguenza di un intervento sul mercato degli operatori economici, potendo derivare ad esempio dall'esistenza di un brevetto o da un accordo di esclusiva. Accanto alle barriere già menzionate, l'autore cita infine le "*insubstituabilités institutionelles*", ovvero le barriere di accesso al mercato di origine legale o regolamentare.

⁶⁰ Si deve precisare, tuttavia, che tale tipo di ostacoli è destinato a divenire sempre meno rilevante in ragione della sempre maggior integrazione dei mercati in atto nella Comunità.

⁶¹ V. Commissione, 17 giugno 1998, *Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato*, caso COMP/36.010, par. 1-11 e 28-29, nonché Tribunale di primo grado, 21 ottobre 1997, *Deutsche Bahn c. Commissione delle Comunità europee*, caso T-229/94, in Racc. 1997, II-1869 par. 58.

⁶² Detti meccanismi includono ad esempio la necessità di adeguarsi a regolamenti di carattere tecnico (si pensi a speciali norme sul confezionamento dei prodotti) che comportano costi di adattamento alle richieste dei diversi mercati geografici.

costituiscono fattori che rendono evidentemente più difficile l'ingresso sul mercato vicino da parte del potenziale concorrente.⁶³

2.2.3. LE CARATTERISTICHE DEL PRODOTTO

Tra le caratteristiche del prodotto atte ad incidere sulla delimitazione dell'area geografica di riferimento deve essere annoverata la deperibilità del bene considerato. Più il prodotto in questione deve essere consumato "fresco" o necessita di particolari modalità di conservazione, tanto minore è la possibilità per i consumatori di rivolgersi a zone geografiche distanti, con il conseguente restringimento del mercato da prendere in considerazione.

Considerazioni simili si impongono anche con riferimento ai costi di trasporto, specie dove tali costi influenzino pesantemente il prezzo del prodotto esaminato. Più il valore del bene è basso in rapporto al suo volume o al suo peso, più l'incidenza delle spese di trasporto tende a limitare l'area in cui il bene può essere venduto in modo proficuo.⁶⁴

Tuttavia, il dato dei costi di trasporto difficilmente può avere un valore determinante nell'individuazione dell'area geografica di riferimento; i limiti di tale criterio si colgono, in particolare, nel caso in cui ad esso si affianchino altri fattori che smentiscano definizioni regionali o nazionali del mercato in questione o che in generale permettano di considerare non così improbabile l'ingresso in tempi brevi, di nuovi produttori provenienti da aree geografiche diverse.⁶⁵

⁶³ In questo senso, significativa ai fini della definizione del mercato geografico rilevante, può essere la presenza sul territorio dei servizi di assistenza (cd. servizi *after-sales*). Cfr. a proposito, Commissione, 20 giugno 2001, *PO/Michelin*, caso COMP/36.041, par. 119-131, (cd. "*Michelin IP*") dove la presenza di una rete di distribuzione e di commercializzazione degli pneumatici di ricambio di carattere prettamente nazionale ha permesso di individuare la Francia quale mercato geografico rilevante.

⁶⁴ Per prodotti ad alta tecnologia o dai costi elevati, il mercato geografico di riferimento ha vocazione ad assumere una dimensione sopranazionale, se non mondiale (v. ad es., seppur riferito ad un caso di concentrazione, Commissione, 28 aprile 2005, *Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio*, caso COMP/M.3680, par. 51 relativo al mercato geografico dei satelliti). Nel caso di prodotti a basso valore (v. Commissione, 7 dicembre 1988, *Vetro piano*, caso IV/31906, relativo al vetro, nonché caso *Napier Brown/British Sugar*, cit., relativo allo zucchero) o difficilmente trasportabili (v. Commissione, 13 settembre 2004, *Repsol YPF/Shell Portugal*, caso COMP/M.3516, par. 13 relativo al caso del bitume che deve essere trasportato ad alte temperature) il mercato tende ad assumere una dimensione locale.

⁶⁵ V. *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit. par. 50, dove si sottolinea come gli inconvenienti di natura logistica, quali gli alti costi di trasporto, possono essere compensati da costi più vantaggiosi in altri ambiti, quali quelli della manodopera e delle materie prime. Cfr. BLASELLE, *Traité du droit européen de la concurrence*, cit., p. 486.

2.2.4. LE CARATTERISTICHE DEL MERCATO

Per concludere l'esame dei fattori utili a definire il mercato geografico rilevante, è necessario ricordare che in alcuni casi i confini dell'area geografica di riferimento sono stati determinati in ragione di indicatori ricavati dall'analisi delle condizioni e delle caratteristiche dei mercati da cui si potesse desumere l'esistenza di barriere all'entrata pur non potendosi accertare il tipo e la natura.⁶⁶ Elementi significativi sono stati considerati ad esempio rilievi empirici quali l'assenza di marche a livello europeo, o per la soluzione opposta, ovvero per la definizione del mercato in termini soprannazionali, la presenza di tutti i maggiori produttori europei in ciascuno Stato membro.

Inoltre, l'identificazione di elevati differenziali di prezzo per prodotti simili rilevata in aree diverse ma confinanti è stata spesso considerata come espressione significativa dell'esistenza di barriere all'entrata e quindi di un mercato con un'estensione geografica più limitata.⁶⁷

Le medesime considerazioni valgono per le differenze in termini di quote di mercato detenute dalle imprese nelle diverse aree geografiche, che sono considerate espressione dell'esistenza di distinti mercati nazionali.⁶⁸

In questo quadro spicca per importanza quale ulteriore elemento capace di contribuire alla delimitazione del mercato geografico rilevante, lo studio dei flussi di scambio tra due o più aree (cd. *trade flows*). L'individuazione di importanti flussi di importazione da una zona all'altra è manifestazione palese della tendenziale assenza di barriere all'entrata e quindi di un mercato aperto che si estende oltre i confini nazionali o, addirittura, comunitari.⁶⁹ Il livello delle esportazioni e delle importazioni di un prodotto, però, è estremamente mutevole nel tempo e su di esso possono influire variabili economiche determinate dal generale andamento del commercio

⁶⁶ Il valore di tali fattori, tuttavia, si limita per lo più a quello di prove a sostegno di una definizione geografica già individuata grazie all'ausilio di altri criteri: per questo motivo, la dottrina li identifica con il nome di "*relevant evidences*".

⁶⁷ V. ad es. Commissione, 22 novembre 2004, *Piaggio/Aprilia*, caso COMP/M.3570, par. 23 nonché, più di recente, 25 agosto 2005, *Johnson & Johnson/Guidant*, caso COMP/M.3687, par. 68 d). Occorre precisare, tuttavia, che questo criterio risulta particolarmente efficace per la delimitazione geografica del mercato quando le divergenze di prezzo non trovino giustificazioni oggettive in eventuali dazi, fluttuazioni monetarie o elevati costi di trasporto: viceversa, l'analisi delle differenze di prezzo appare inadeguata, se non ingannevole, in presenza di prodotti qualitativamente non comparabili.

⁶⁸ A questo proposito, cfr. per es. Commissione, 24 gennaio 2006, *Adidas/Reebok*, caso COMP/M.3942, par. 22 e il già citato caso *Johnson & Johnson/Guidant*, cit., par. 68 f).

⁶⁹ V., anche se in ambito di concentrazioni tra imprese, Commissione, 28 giugno 2006, *Sonae Industria/Hornitex*, caso COMP/M.4165, par. 13 e 12 giugno 2006, *Sonae Industria/Tarkett*, caso COMP/M.4048, par. 17.

internazionale. Risulta, quindi comprensibile che la Commissione si sia dimostrata particolarmente cauta nell'utilizzo di tale criterio.⁷⁰

Tra i fattori rilevanti per la delimitazione dell'area geografica di riferimento è necessario menzionare anche il ruolo delle opinioni e dei punti di vista dei consumatori e dei concorrenti espressi a proposito dell'estensione del mercato geografico colpito dell'eventuale abuso di posizione dominante.⁷¹ Analogamente, l'esame di dati relativi ad eventuali spostamenti della clientela verso produttori situati in altre zone geografiche avvenuti in passato può integrare l'analisi del mercato.⁷²

A conclusione di questo studio, occorre sottolineare che una definizione di mercato che voglia essere rispondente alla reale situazione economica e coerente con gli obiettivi di tutela effettiva della concorrenza, non può limitarsi allo studio dei fattori rilevanti solo in chiave statica. Un ulteriore elemento che non si può ignorare è infatti costituito dalle dinamiche del mercato influenzate, in particolare, per quanto riguarda l'Europa, dagli effetti del processo di integrazione dei mercati nella Comunità. La prospettiva di una graduale scomparsa delle barriere e degli ostacoli che si frappongono all'ingresso di nuovi soggetti impone di dare una definizione più ampia del mercato rilevante. La prassi tende, quindi, sempre più spesso ad esaminare fattori quali l'integrazione del mercato unico, l'armonizzazione delle normative degli Stati membri nonché, in generale, i progressi in ambito tecnologico come elementi in grado di espandere mercati tradizionalmente regionali o nazionali a livello europeo e, in qualche caso, mondiale.⁷³

2.3. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE SULLA DEFINIZIONE DI MERCATO RILEVANTE

Dall'analisi effettuata si può rilevare che a dispetto di una definizione teorica semplice, l'individuazione in concreto del mercato può presentarsi particolarmente

⁷⁰ V. infatti *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit. par. 49. Anche la dottrina ha espresso parecchie perplessità circa la reale utilità di detto criterio: per una panoramica sul dibattito, cfr. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, cit., pp. 182-184.

⁷¹ V. *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 47.

⁷² *Ibidem*, par. 45.

⁷³ Considerazioni in chiave prospettica sono evidentemente più significative in materia di concentrazioni, dove la Commissione è chiamata a valutare gli effetti futuri di un'operazione, al momento dell'esame, solo progettata. Per riflessioni circa l'influsso dell'integrazione dei mercati nella definizione del mercato geografico, v. *Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante*, cit., par. 32 nonché MONTI, *Market definition as a cornerstone of EU Competition Policy*, Speech n. 01/439, *Workshop on market definition – Helsinki Fair Center*, 5 ottobre 2001, rinvenibile al sito internet <http://www.europa.eu>, spec. pp. 12-13.

complessa e, soprattutto, ricca di elementi di discrezionalità se non, in qualche caso, persino arbitraria.

In genere, le decisioni relative al mercato, nonostante le indicazioni fornite sopra, sembrano ispirate a valutazioni contingenti: conseguentemente, risultano assai difficili da prevedere.

Spesso la prassi e la giurisprudenza comunitaria non distinguono nemmeno le fasi di definizione di mercato e di valutazione del comportamento abusivo, cosicché la prima risulta il mero riflesso del test dell'indipendenza comportamentale dell'impresa sotto esame. Non è meno raro il caso in cui la Commissione o le corti abbiano evitato del tutto di affrontare la questione del mercato, rilevando che qualunque fosse stata la decisione sul punto non vi sarebbero state conseguenze sulla decisione finale circa il comportamento abusivo della impresa sotto esame.

Quando invece hanno preso una posizione sul mercato, lo hanno fatto circoscrivendolo in confini molto ridotti.⁷⁴

Non manca pertanto chi, lamentando la scarsa prevedibilità delle decisioni della Commissione nonché un'eccessiva artificiosità delle definizioni date dalla prassi comunitaria, propone modelli di definizione del mercato più vicini alla realtà e fondati preferibilmente su rilievi quantitativi ed econometrici.⁷⁵

3. LA NOZIONE DI POSIZIONE DOMINANTE

Presupposto per l'applicazione del divieto di cui all'art. 82 TCE è la detenzione da parte di una o più imprese di una "posizione dominante" (detta anche "dominanza" o, in inglese, "*dominance*").

Una volta individuato il mercato di riferimento, quindi, occorre verificare se la posizione che l'impresa interessata vi occupa sia qualificabile come "dominante" oppure se questa, al contrario, sia sottoposta alle pressioni dei concorrenti.

⁷⁴ Per citare alcuni esempi, v. Commissione, 29 luglio 1987, *BBI/Boosey & Hawkes*, caso IV/32279, dove il mercato rilevante venne definito come "il mercato degli strumenti musicali in ottoni utilizzati nelle orchestre di ottoni di stile britannico". Per una panoramica relativa a definizioni di mercato particolarmente ristrette v. RITTER, BRAUN, *European Competition Law A practitioner's Guide*, The Hague, 2004, pp. 390-392. Per un'analisi di casi di definizione del mercato rilevante in termini particolarmente restrittivi, specie nei casi in cui sono coinvolti diritti di proprietà intellettuale, v. *infra*, Cap. 3, par. 3.1.

⁷⁵ In questo senso v., *inter alios*, VAN DEN BERGH – CAMESASCA, *European Competition Law and Economics*, cit., spec. pp. 119-125, 127-140 e, in conclusione, 147-150.

Né all'art. 82, né altrove nel Trattato tuttavia si definisce cosa debba intendersi con tale espressione; di conseguenza, il significato del concetto di *dominance* va colto nei precedenti della Commissione e delle corti comunitarie.⁷⁶

Adottando una nozione ampia che recepisce le principali teorie economiche in materia⁷⁷, la Commissione e i giudici della Comunità sono soliti identificare la posizione dominante come: “una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”.⁷⁸

Tale definizione si incentra quindi sull'indipendenza comportamentale del soggetto dominante che consente a quest'ultimo di decidere autonomamente la propria

⁷⁶ Il concetto di posizione dominante rileva anche con riferimento al *Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*, (in G.U.U.E. 29 gennaio 2004, L 24, p. 1 ss) che all'art. 2 stabilisce che: “*Le concentrazioni che non ostacolino in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate compatibili con il mercato comune*” (sottolineato aggiunto). Anche nel Regolamento Concentrazioni tuttavia manca una definizione di “posizione dominante”. Si noti, tuttavia che, per quanto l'art. 82 TCE e il Reg. 139/2004 utilizzino la medesima terminologia, la valutazione della posizione dominante ai sensi del primo persegue un metodo e uno scopo differente rispetto a quello dell'esame ex art. 2 del Reg. Concentrazioni. L'art. 82 TCE è uno strumento designato al controllo dei comportamenti sul mercato: esso non vieta il semplice possesso di una posizione di dominio, di per sé legittimo, ma solo l'abuso che eventualmente quella società possa farne. Il test si riferisce ad abusi e a posizioni dominanti già esistenti sul mercato, per cui il metodo di analisi utilizzato non può essere che retrospettivo. Il Regolamento d'altra parte, è diretto al controllo dell'assetto strutturale dei mercati: esso sanziona la sola possibilità che una concentrazione conduca alla creazione o al rafforzamento di una posizione di dominio sul mercato. Inoltre, riferendosi ad un'operazione solo progettata, presuppone un esame in chiave quasi esclusivamente prospettica. Quanto detto non esclude che la prassi sviluppata in sede di controllo di fattispecie concentrative possa rivestire una qualche rilevanza anche nell'analisi svolta nell'ambito del divieto di condotte abusive e viceversa.

⁷⁷ Operando un'estrema semplificazione, a livello economico, possono identificarsi due nozioni di posizione dominante: la prima, spesso individuata anche con la nozione di “potere di mercato”, indica la capacità dell'impresa di fissare i prezzi a livello sovraconcorrenziale o, in alternativa, di ridurre la produzione e di provocare, di conseguenza, un rialzo generalizzato dei prezzi. La seconda teoria, meno diffusa, definisce il dominio sul mercato sulla base della posizione posseduta dall'impresa rispetto a fornitori e concorrenti. Per un'analisi economica del concetto di posizione dominante, v. FAULL, NIKPAY, *EC Competition Law*, 2007, Oxford, p. 54 ss.

⁷⁸ V. sentenza *United Brands*, cit. par. 65. La definizione è ripresa, pressoché pedissequamente, anche nei casi successivi: cfr., solo a titolo esemplificativo, sentenza C-85/76, *Hoffmann – La Roche c. Commissione*, cit., par. 38; sentenza C-31/80, *L'Oréal c. PVBA “De Nieuwe AMCK”*, cit., par. 26; sentenza C-322/81, *Michelin c. Commissione*, cit., par. 30. Il riferimento all'indipendenza nei comportamenti da parte dell'impresa dominante trova alcuni precedenti nella prassi della Commissione: v. *Memorandum sul problema delle concentrazioni nel Mercato Comune*, rapporto di uno studio della Commissione sulle concentrazioni tra imprese, pubblicato in *Rivista delle Società*, 1966, p. 1182 ss, spec. 1200), in alcune decisioni (v. Commissione CE, 9 dicembre 1971, *Continental Can Company*, caso IV/26811) nonché in alcune sentenze della stessa Corte di giustizia (25 ottobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-26/76, in Racc. 1977, 1875, par. 17).

strategia commerciale, senza subire condizionamenti da parte degli altri operatori del mercato, *in primis*, dai concorrenti, dai fornitori e, infine, dai clienti. La dominanza evidentemente non esclude il mantenimento di un certo grado di concorrenza sul mercato; piuttosto, mette l'impresa che la possiede in grado di influire sul modo in cui la concorrenza stessa si svolge, al punto di permetterle in certi casi di operare senza doverne tener conto.⁷⁹ In altri termini, l'assenza di pressione concorrenziale sul soggetto dominante fa sì che, in tale contesto, la concorrenza non svolga il suo abituale ruolo di regolatrice del mercato.⁸⁰

Per valutare se un'impresa detenga una posizione di dominio su un dato mercato ci si avvale solitamente di due tipologie di analisi: un'analisi di tipo *strutturale* od *oggettiva*, diretta a studiare il mercato di riferimento e la posizione in esso occupata dall'impresa interessata ed un'analisi di tipo *comportamentale* o *sogettiva*, avente ad oggetto la condotta tenuta dall'impresa e dai suoi concorrenti.⁸¹

In merito alla prevalenza dell'una o dell'altra tipologia di valutazione ai fini dell'individuazione della posizione dominante sono state espresse teorie contrastanti. La tendenza sembra quella di considerare come primari i criteri di natura strutturale, lasciando a quelli di tipo comportamentale uno spazio residuale, nei soli casi in cui l'esame condotto a livello di struttura non abbia portato a risultati certi e significativi.⁸²

⁷⁹ V. sentenza C-85/76, *Hoffmann – La Roche c. Commissione*, cit., par. 39: “*siffatta posizione, a differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, non esclude l'esistenza di una certa concorrenza, ma pone l'impresa che la detiene in grado, se non di decidere, almeno di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza e, comunque, di comportarsi sovente senza doverne tenere conto e senza che, per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio*”.

⁸⁰ La nozione di posizione dominante è diversa da quella di “dipendenza economica”. Con tale termine si individua piuttosto un potere di mercato “relativo”, che si esercita solamente nei confronti di una o, comunque, di poche specifiche imprese. L'effetto generato dalla dipendenza economica è l'obbligo in capo alle imprese “satelliti” di contrattare con l'impresa dotata di potere economico che diviene pertanto “partner obbligato” di ogni loro relazione commerciale (a tal proposito, si parla infatti di “*teoria del partner obbligato*”). In ambito comunitario, tenuto conto dell'assenza di una espressa previsione normativa sulla questione e viste le analogie esistenti con la nozione di posizione dominante, i comportamenti posti in essere in danno di imprese economicamente dipendenti, specie dalla Commissione, sono stati ricondotti nell'ambito del divieto di cui all'art. 82 TCE. Ciò, tuttavia, rischia di portare ad una forzatura nell'analisi della situazione economica realmente esistente nonché ad una deviazione dagli originali intenti di tutela presupposti dall'art. 82 TCE. Basti rilevare, a questo proposito, che il fatto che un'impresa sia partner obbligato di un'altra non esclude che essa sia soggetta alla pressione concorrenziale per altre sue attività o nei confronti di altri soggetti. Si esprime in questi termini, FRIGNANI, *La concorrenza*, in *Trattato di diritto europeo*, (a cura di Frignani, Pardolesi), Torino, 2007, pp. 188-189.

⁸¹ Circa la necessità di procedere allo studio di diversi fattori, v. sentenza *United Brands*, cit., par. 66: “*L'esistenza di una posizione dominante deriva in generale dalla concomitanza di più fattori, che presi isolatamente non sarebbero necessariamente decisivi*”, ripreso da ultimo anche da Commissione CE, caso COMP/34.780, *Virgin/British Airways*, cit., par. 87.

⁸² Cfr. infatti, sentenza C-27/76, *United Brands*, cit., par. 67-68: “*Per stabilire se la UBC sia un'impresa in posizione dominante sul mercato di cui trattasi, occorre esaminare anzitutto la sua struttura, indi la situazione concorrenziale su detto mercato. In questo esame può essere utile prendere eventualmente in*

Al di là di qualche affermazione teorica e di principio, tuttavia, la stessa prassi sembra confermare un utilizzo congiunto delle due analisi che spesso nei singoli casi concreti si fondono l'una nell'altra, determinando di fatto l'impossibilità pratica di distinguerle.⁸³

3.1. I CRITERI STRUTTURALI

Sono i fattori strutturali a fornire la prima e più importante chiave di lettura ai fini dell'accertamento della sussistenza di una posizione dominante sul mercato di riferimento. Tra gli elementi strutturali sui quali la Commissione e le corti comunitarie hanno, in particolare, concentrato la loro analisi figurano la posizione nel mercato dell'impresa interessata e delle concorrenti (individuate principalmente mediante l'esame delle rispettive quote di mercato)⁸⁴, la configurazione del mercato, l'eventuale esistenza di barriere all'ingresso del medesimo e la presenza di clienti e consumatori dotati di ampio potere contrattuale e in grado di influenzare le condotte dei principali operatori del settore (cd. "buyer power").⁸⁵

3.1.1. LE QUOTE DI MERCATO

Tra i criteri strutturali utilizzati ai fini dell'identificazione della posizione dominante, l'indicatore più importante è la quota di mercato detenuta dall'impresa oggetto di indagine.⁸⁶

Il largo uso che trova detto fattore si basa sulla considerazione che un soggetto può essere considerato in posizione di dominio sul mercato solo se di questo riesce a controllare una porzione rilevante.⁸⁷

Esistono diversi metodi per calcolare le quote di mercato che un'impresa detiene: la Commissione e le corti comunitarie sono soliti far uso, alternativamente, del criterio del fatturato, del volume delle vendite o, infine del valore del volume d'affari

considerazione atti addebitati alla ricorrente come comportamenti abusivi, senza che venga loro necessariamente riconosciuta tale natura" (sottolineato aggiunto).

⁸³ Per le riserve circa l'utilizzo di soli fattori di tipo comportamentale ai fini dell'accertamento della sussistenza della posizione dominante, v. *infra*, par. 3.2.

⁸⁴ Si veda *infra*, paragrafo seguente.

⁸⁵ V. *infra*, par. 3.1.3.

⁸⁶ A testimonianza dell'importanza conferita ai risultati derivanti dall'analisi di tale fattore, basti esaminare la sentenza resa nel caso C-85/76, *Hoffmann – La Roche c. Commissione*, cit., par. 39: "(...) nell'ambito di detti fattori (i fattori da cui si ricava l'esistenza della *dominance*, n.d.a.), la detenzione di cospicue quote di mercato è molto significativa".

⁸⁷ Cfr. sentenza C-27/76, *United Brands*, cit., par. 107, dove la Corte afferma "Un operatore non può detenere una posizione dominante sul mercato di un prodotto se non è riuscito ad accaparrarsi una parte non trascurabile del mercato stesso".

realizzato dall'impresa nel caso i precedenti metodi fossero poco significativi a causa delle profonde differenze di prezzo esistenti tra i beni commercializzati dall'impresa.⁸⁸

Quanto alla consistenza della quota di mercato detenuta dall'impresa interessata, quote molto alte, comprese tra il 100% e l'80% del mercato, sono considerate indici di per sé sufficienti a dimostrare l'esistenza di una posizione di dominio.⁸⁹ Va da sé che l'impresa che sia monopolista sul mercato di riferimento è da considerarsi, per definizione, dominante sul mercato di cui costituisce l'unica operatrice.⁹⁰

Quote intermedie, grossomodo comprese tra il 40% e l'80% del mercato, fanno presumere la sussistenza di una posizione dominante, se non è data prova contraria da parte dell'impresa interessata⁹¹, o se, in alternativa, vengono forniti dati aggiuntivi, atti a rafforzare il potere di mercato dell'impresa stessa.⁹²

⁸⁸ V. decisione IV/M.190, *Nestlé/Perrier* cit., par. 40, dove la Commissione ha ritenuto che le quote di mercato espresse in valore monetario esprimessero meglio la potenza reale sul mercato che non le quote in volume. In particolari mercati, specie dove non è possibile "immagazzinare" l'offerta eccedente, quali ad esempio nel settore dei trasporti, è stata presa in considerazione anche la capacità di offerta: v. ad es. Commissione CE, 1 aprile 1992, *French-West African Shipowners' Committees*, caso IV/32450, dove, ai fini del calcolo della quota di mercato è stata utilizzata la capacità di stiva e il numero di partenze dei mezzi dell'impresa considerata.

⁸⁹ Cfr. quanto affermato nella sentenza C-85/76, *Hoffmann – La Roche c. Commissione*, cit., par. 41: "(...) si può ritenere che quote molto alte costituiscano di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante". Si vedano ad es. Corte di giustizia, 14 novembre 1996, *Tetra Pak International SA c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-333/94 P, in Racc. 1996, I-5951, (quota compresa tra il 90 e il 95% nel settore dei cartoni asettici); 16 marzo 2000, *Compagnie Maritimes Belge Transports e a. c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-395 e 396/96 P, in Racc. 2000, I-1365 (quota del 90% del mercato); si vedano anche Tribunale di primo grado, 23 ottobre 2003, *Van den Bergh Foods c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-65/98, in Racc. 2003, II-4653, par. 90 e 154 (quota di mercato parti all'89%) (confermata da Corte di giustizia, 28 settembre 2006, *Unilever Bestfoods c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-552/03 P, in Racc. 2006, I-9091). Si noti che con riferimento a questi casi, taluno suole parlare di "super-dominance" cui corrisponderebbero responsabilità più gravi rispetto a quelle gravanti sulle imprese in "semplice" posizione dominante. Per l'utilizzo di questo termine, v. Avv. generale. Fenelly, Conclusioni in *Compagnie Maritimes Belge c. Commissione*, in Racc. 2000, I-1365, par. 136, il cui concetto sembra essere ripreso anche in Commissione CE, 24 marzo 2004, *Microsoft*, caso COMP/37.792, par. 435. Sull'uso di tale nozione nella decisione della Commissione e sul suo ruolo nell'ambito della disciplina delle cd. essential facilities (su cui *infra*, Cap. 2), v. APPELDOORN, *He Who Spareth his Rod, Hateth his Son? Microsoft, Super-dominance and Article 82 EC*, in *European Competition Law Review*, 2005, p. 653 ss.

⁹⁰ Se infatti, come si è visto, la sussistenza di una posizione dominante non comporta necessariamente l'esistenza di un monopolio, viceversa, l'esistenza di un monopolio determina l'esistenza di una posizione dominante. Si noti che l'art. 82 TCE è applicabile sia che si tratti di monopolio di diritto (sia cioè dovuto a disposizioni legislative e regolamentari che escludono la concorrenza dal mercato) sia che si tratti di monopolio di fatto (cioè sia imputabile a meriti dell'impresa). Con riferimento a casi di esclusive legali, v. ad es. Corte di giustizia, 23 aprile 1991, *Höfner e Elser c. Macrotron*, caso C-41/90, in Racc. 1991, I-1979, par. 24 o 10 dicembre 1991, *Merci convenzionali Porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli*, caso C-179/90, in Racc. 1991, I-5889, par. 23. Se il monopolio, poi è detenuto da un'impresa ex art. 86, co. 2 TCE, il divieto di abuso ex art. 82 TCE opera a meno che non si dimostri che tale divieto sarebbe incompatibile con lo svolgimento del compito affidato all'impresa stessa (si veda, al riguardo, la storica sentenza della Corte di giustizia, 30 aprile 1974, *Sacchi*, caso C-155/73, in Racc. 1974, 409).

⁹¹ V. sentenza C-322/81, *Michelin c. Commissione*, cit., par. 52 (quota di mercato compresa tra il 57% e il 65%) e, più di recente, Tribunale di primo grado, 30 settembre 2003, *Atlantic Container Line e a. c.*

Quote molto basse infine permettono in genere di concludere per un'assenza di dominanza.⁹³

La verifica delle quote di mercato, in ogni caso, non va effettuata in termini assoluti, ma nell'ambito di una valutazione comparativa che consideri anche la posizione dei concorrenti. E' evidente infatti che, a parità di quota di mercato dell'impresa asseritamente dominante, il potere che essa può esercitare è diverso nel caso di un mercato costituito da pochi altri operatori con quote di mercato equiparabili a quello del soggetto dominante rispetto a quello in cui la parte del mercato non appartenente al soggetto in posizione di dominio è polverizzata in una congerie di concorrenti di piccole dimensioni. In altri termini, tanto è più grande la differenza tra *market share* dell'impresa interessata e quello dei suoi più vicini concorrenti, tanto è più convincente l'indizio che la prima possa comportarsi autonomamente dai secondi.⁹⁴

Un altro fattore di cui si deve tener conto in sede di accertamento della posizione dominante è la rilevanza temporale di detta posizione, ovvero la solidità della quota di mercato detenuta e, di conseguenza, della stessa dominanza. Se da un lato, quote di mercato costanti possedute per un arco temporale prolungato possono essere indice di una posizione di dominio dall'altro, quote instabili e volatili, benché alte, non possono essere ritenute indizio di una stabile forza di mercato dell'impresa interessata. Non esiste un periodo minimo su cui valutare la stabilità della quota: i giudici comunitari, a tale riguardo, hanno considerato sufficiente al fine di individuare una

Commissione delle Comunità europee, cause riunite T-191/98, 212 - 214/98, in Racc. 2003, II-3275, par. 908 (quota del 60%).

⁹² V. sentenza C-27/76, *United Brands*, cit., par. 108-109 (dove la Corte ha affermato l'esistenza di una posizione dominante sulla base di una quota di mercato compresa tra il 40% e il 45% nonché di altri fattori).

⁹³ V. sentenza C-26/76, *Metro c. Commissione*, cit., par. 17 (nessun dominio con quote di mercato comprese tra 5 e il 10% e il 6-7%) o ancora 11 ottobre 1983, *Demo-Studio Schmidt c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-210/81, in Racc. 1983, 3045, par. 21 (quota di mercato di appena l'1%). In questo senso si veda anche il considerando n. 32 del Reg. 139/04 in materia di controllo di concentrazioni che, con una regola *de minimis*, prevede una presunzione di compatibilità delle concentrazioni qualora la quota di mercato delle imprese interessate non sia superiore al 25 %.

⁹⁴ Si pensi ad un'impresa che possiede ad esempio il 40% del mercato. La sua posizione varia decisamente a seconda che il restante 60% sia posseduto in parti uguali da due imprese (ciascuna titolare del 30%) piuttosto che da dodici imprese (ciascuna titolare del 5%). V. sentenza C-27/76, *United Brands*, cit., par. 111 (quota di mercato dell'impresa leader molto superiore rispetto ai concorrenti); sentenza C-85/76, *Hoffmann – La Roche c. Commissione*, cit., par. 50 (dominio in presenza di una quota del 47% contro le quote del 27%, 18%, 7% e 1% dei concorrenti) e infine, Tribunale di primo grado, 17 dicembre 2003, *British Airways c. Commissione delle Comunità europee*, caso T-219/99, in Racc. 2003, II-5917, spec. par. 211 (le quote di mercato possedute dalla British Airways nelle vendite complessive di biglietti aerei costituiscono un multiplo delle quote di mercato di ognuna delle cinque principali compagnie concorrenti della British Airways operanti sul mercato britannico dei servizi di agenzia di viaggi aerei); la sentenza è stata confermata da Corte di Giustizia, 15 marzo 2007, *British Airways c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-95/04 P, in Racc. 2007, I-2331.

situazione di dominanza un lasso di tempo pari a cinque anni, salvo ammettere che possa essere utilizzato un periodo temporale inferiore in presenza di *market share* particolarmente consistenti.⁹⁵

A conclusione di tale analisi, è comunque opportuno precisare che l'esclusivo utilizzo della quota di mercato quale indicatore della potenza economica di un'impresa, per quanto ampiamente impiegato, può condurre a risultati fuorvianti. Esso infatti, per sua natura, è incapace di tenere in debito conto le future dinamiche del mercato e, quindi, la pressione operata sull'impresa dalla concorrenza potenziale.⁹⁶ Per tali ragioni, nell'esame del *market power*, a tale criterio deve affiancarsi lo studio di altre variabili capaci di dare un quadro economicamente più credibile dell'eventuale situazione di vantaggio sui concorrenti in cui versa l'impresa di cui si intende accertare la posizione dominante: in *primis*, la presenza di barriere all'ingresso di nuovi entranti sul mercato nonché l'assenza di clienti che godono di un significativo potere di acquisito nei confronti dell'impresa considerata.

3.1.2. LE BARRIERE ALL'INGRESSO E ALL'ESPANSIONE NEL MERCATO RILEVANTE

Nell'ambito dei criteri strutturali, oltre all'analisi del potere di mercato detenuto dall'impresa interessata e del *market share* detenuto dai concorrenti, assume notevole importanza la valutazione dell'eventuale esistenza di barriere all'ingresso o all'espansione nel mercato di riferimento.⁹⁷

⁹⁵ V. Corte di giustizia, 3 luglio 1991, *Akzo Chemie c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-62/86, in Racc. 1991, I-3359, par. 59-60, dove una quota di più del 50% del mercato detenuta stabilmente da almeno 3 anni ha fatto presumere l'esistenza di una posizione dominante. Si noti che, d'altro canto, un ridimensionamento delle quote di mercato nel tempo non può essere di per sé significativo dell'insussistenza della posizione di dominio sul mercato: v. Tribunale di primo grado, 8 ottobre 1996, *Compagnie Marittime Belge Transports e a. c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-24/93, in Racc. 1996, II-1201, par. 77 (dove la diminuzione della quota di mercato della conferenza marittima Cewal in pochi anni dal 90% all'80% e poi al 70% non è stata ritenuta la prova dell'insussistenza della posizione dominante).

⁹⁶ Sono di questo parere, BELLAMY, CHILD, *European Community Law of Competition*, (ed. by Roth and Rose), Oxford, 2008, par. 10.022. Auspicano una lettura più attenta alle variabili economiche anche VAN BAEL, BELLIS, *Competition Law of the European Community*, The Hague, 2005 p. 130.

⁹⁷ Si è visto che l'esame delle barriere all'ingresso è elemento importante anche in sede di individuazione del mercato, v. *supra*, par. 2.2.2. Tuttavia, mentre per l'individuazione del mercato geografico ci si basa, in gran parte, sulle condizioni concorrenziali esistenti in una data area, allorché si accerta l'eventuale esistenza di una *dominance*, si dà più spazio all'analisi della concorrenza potenziale. La distinzione delle due fasi, più significativa in sede di valutazione di concentrazioni dove per accertare il potere di mercato dell'entità concentrata si verifica la durabilità dei fattori che hanno permesso l'individuazione di quel dato mercato geografico, è meno tangibile in sede di controllo di abuso di posizioni dominanti.

Con il termine di barriere all'ingresso o all'entrata ci si riferisce generalmente ad "ostacoli" di varia natura che rendono difficile, o addirittura impossibile, ad eventuali nuovi entranti l'accesso al mercato o la permanenza in esso a condizioni competitive.⁹⁸ Da queste si distinguono le barriere all'espansione con cui si è soliti, invece, identificare gli ostacoli che si frappongono ad un aumento delle quote di mercato da parte di imprese già presenti sul mercato stesso.

Se le barriere all'ingresso o alla crescita nel mercato considerato sono limitate di modo che nuovi soggetti possono entrare in tempi rapidi e i soggetti già presenti espandersi senza grosse difficoltà, la concorrenza potenziale esercita una forte pressione competitiva sul mercato, rendendo quasi impossibile la costituzione di una posizione dominante. Se, infatti, all'aumento dei prezzi di un prodotto, corrisponde l'incremento di offerta del medesimo da parte di altri operatori, l'impresa leader si vedrà costretta o ad abbassare nuovamente i prezzi o a perdere quote di mercato mettendo in dubbio la sua dominanza. Viceversa, se gli ostacoli all'ingresso e allo sviluppo sono alti, l'impresa dominante potrà operare sul mercato in modo autonomo, senza temere che altri soggetti, nuovi o già esistenti, possano introdursi a prezzi più concorrenziali.

Un primo ordine di barriere riguarda gli ostacoli di natura legale, amministrativa o regolamentare (cd. barriere di diritto). Essi solitamente sono rappresentati da normative, in genere nazionali, che limitano o rendono particolarmente oneroso l'accesso o l'espansione di nuovi operatori nel mercato di riferimento: ne sono un esempio la presenza di monopoli legali, di diritti di proprietà industriale ed

⁹⁸ La nozione di barriere all'ingresso adottata dalla Commissione e dalle corti comunitarie non coincide con quella solitamente utilizzata dagli economisti né con quella proposta da una certa dottrina: v. ad es. DENOZZA, *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988, p. 54 che, dando un'interpretazione restrittiva, identifica le barriere all'entrata come "quelle condizioni che impongono ai nuovi entranti costi di lungo periodo più elevati di quelli sopportati dalle imprese già presenti. Questa definizione si propone di escludere dal novero delle barriere all'ingresso quelle caratteristiche che l'impresa già presente ha acquisito sopportando dei costi che un'altra impresa può egualmente acquisire sopportando dei costi analoghi". L'analisi della prassi comunitaria, invece, dimostra l'adozione di un concetto di barriere all'ingresso estremamente ampio, comprensivo di tutti i costi che il potenziale entrante deve sopportare (inclusi quelli già a suo tempo sopportati dall'impresa già presente). V. ad es. sentenza C-27/76, *United Brands*, cit., par. 122.

intellettuale⁹⁹ o di eventuali autorizzazioni richieste per la commercializzazione di determinati prodotti.¹⁰⁰

Più varia è l'identificazione delle cd. barriere di fatto che ineriscono normalmente al funzionamento dello specifico mercato considerato. Esse possono essere distinte in barriere tecniche e barriere economiche. Tra le prime possono comprendersi la disponibilità di *know-how*, il grado di conoscenza ed esperienza tecnica richiesta¹⁰¹, le eventuali difficoltà di accesso alle materie prime¹⁰² o la necessità di usufruire di una struttura essenziale.¹⁰³

Tra le barriere di stampo più propriamente economico i costi per entrare sul mercato costituiscono il fattore chiave per valutare la facilità di accesso o di sviluppo di altri soggetti nel medesimo: il livello dei costi iniziali, la necessità di raggiungere determinate economie di scala¹⁰⁴, il prevedibile ritorno sugli investimenti sono elementi centrali in questa valutazione.¹⁰⁵ Non meno importante è la struttura della domanda che caratterizza il mercato: l'esistenza di sovraccapacità, per esempio, costituisce un disincentivo all'accesso e all'espansione di nuovi concorrenti sul mercato;¹⁰⁶ inoltre, in contesti maturi l'ingresso è già di per sé scoraggiato dalle limitate prospettive di crescita della domanda e dagli scarsi vantaggi che potrebbero derivare da eventuali innovazioni

⁹⁹ Tra questi figurano brevetti (v. Tribunale di primo grado, 6 ottobre 1994, *Tetra Pak c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-83/91, in Racc. 1994, II-755, conosciuto anche come “*Tetra Pak IP*”; l'impugnazione della sentenza del Tribunale è stata poi rigettata dalla Corte di giustizia con sentenza C-333/94, cit.), diritti d'autore (v. sentenza Tribunale di primo grado, *RTE c. Commissione*, cit., par. 63) o, i marchi (v. ad es. sentenza T-65/98, *Van den Bergh Foods*, cit., par. 156). Questi ultimi più che costituire in sé una barriera, qualora godano di un'ampia reputazione contribuiscono a rendere inelastica la domanda (v. *infra*, in questo paragrafo).

¹⁰⁰ V. Commissione CE, 20 aprile 2001, *DSD*, caso COMP 34.493, par. 77 dove, *inter alia*, le autorizzazioni richieste da parte delle autorità amministrative sono state considerate una barriera all'ingresso nel mercato dell'organizzazione e della gestione del sistema privato del recupero degli imballaggi usati.

¹⁰¹ V. ancora la più volte citata sentenza C-27/76, *United Brands*, cit., par. 82-84.

¹⁰² Cfr. C-27/76, *United Brands*, cit., par. 72-74 e la decisione della Commissione nel caso IV/M.30178, *Napier Brown/British Sugar*, cit., par. 53 dove l'impossibilità di accedere al mercato delle barbabietole da zucchero venne considerata una barriera all'ingresso di nuovi entranti nel mercato dello zucchero.

¹⁰³ Ciò introduce al problema delle cd. “*essential facilities*”, su cui *infra*, cap. 2. Solo a titolo di esempio, v. la prima decisione in cui è stata richiamata espressamente detta dottrina: Commissione CE, 21 dicembre 1993, *Sea Containers/Sealink*, caso IV/34.689, dove l'accesso al porto di Holyhead costituiva condizione essenziale per l'entrata nel mercato dei servizi di traghetto auto e passeggeri nel corridoio centrale tra Regno Unito ed Irlanda.

¹⁰⁴ Cfr. ancora C-27/76, *United Brands*, cit., par. 122.

¹⁰⁵ L'ampia disponibilità di risorse finanziarie e i vantaggi nei costi di reperimento dei capitali (cd. “*deep pocket*”) è solitamente considerato un elemento significativo per accertare l'esistenza di una posizione di dominio. V., infatti, sentenza C-27/76, *United Brands*, cit., par. 122-124. Detto vantaggio viene spesso ricollegato alla contestuale presenza dell'impresa su più mercati, in modo tale che l'impresa possa effettuare sussidi incrociati, godendo così di vantaggi finanziari sui concorrenti: v. a tale riguardo Tribunale di primo grado, 20 marzo 2002, *UPS Europe c. Commissione*, in Racc. 2002, II-1915, par. 51-64.

¹⁰⁶ V. sentenza C-85/76, *Hoffmann – La Roche c. Commissione*, cit., par. 51 e 55.

tecnologiche. Viceversa, in mercati in via d'espansione, la potenziale crescita della richiesta di un prodotto costituisce un notevole incentivo per l'entrata di nuove imprese sul mercato e per l'aumento degli investimenti da parte di soggetti che già vi sono presenti. Ulteriori considerazioni utili a cogliere le pressioni esercitate sull'impresa in posizione di dominio da un'eventuale concorrenza potenziale sono il livello di elasticità della domanda, la presenza di specifiche preferenze dei consumatori così come la scarsa propensione degli acquirenti a cambiare i propri fornitori, dovuta alla reputazione consolidata dei relativi prodotti, alla relativa immagine e alla fedeltà a particolari marchi.¹⁰⁷

Nell'elenco dei criteri necessari a valutare l'indipendenza comportamentale delle imprese, con riferimento ad eventuali barriere imposte ad altri concorrenti, rilevano infine anche dati relativi alle caratteristiche dell'offerta di un dato prodotto, quali, ad esempio, la necessità di disporre di adeguate strutture per la distribuzione ed il marketing¹⁰⁸ o, ancora, l'elevato grado di integrazione verticale presente sul mercato interessato.¹⁰⁹

Non costituiscono generalmente barriere all'ingresso né l'efficienza dell'impresa considerata dominante¹¹⁰ né l'eventuale ampia gamma di prodotti che

¹⁰⁷ V. sentenza C-27/76, *United Brands*, cit., par. 91 nonché la decisione della Commissione nel caso COMP. 39.116, *Coca-cola*, cit., par. 25.

¹⁰⁸ V. ancora sentenza C-27/76, *United Brands*, cit., par. 80-81 e 91, nonché più di recente la sentenza T-65/98, *Van den Bergh Foods*, cit., par. 156, dove il fatto che l'impresa interessata fosse l'unico fornitore di gelati nel 40% dei punti vendita facenti parte del mercato considerato fu ritenuto fattore essenziale ai fini dell'individuazione della posizione dominante.

¹⁰⁹ E' ancora la sentenza C-27/76, *United Brands*, cit., par. 70-96, a fornire un significativo precedente dell'utilizzo di questo criterio. V. tuttavia, FRIGNANI, *La concorrenza*, cit., p. 186, dove l'autore avverte di evitare generalizzazioni a questo riguardo. Il fatto che un'impresa sia integrata a monte o a valle non aumenta da sé solo il potere di un'impresa sul mercato. L'effetto di esclusione nei confronti di altri operatori si produrrà solo nella misura in cui tale integrazione riduce la possibilità per i terzi di accedere alle attività in questione. L'autore, a sostegno di quanto affermato, richiama l'esempio riportato da un autore tedesco (BADEN FULLER, in *Art. 86: Economic analysis of the existence of a dominant position*, in *European Law Review*, 1979, p. 440, nt. 12), per cui il fatto che il produttore di una trappola per topi in legno possieda una foresta aumenta il suo *market power* solo se esistono barriere all'entrata nel mercato dell'acquisto delle foreste.

¹¹⁰ Se è vero che profitti ultra-competitivi possono essere associati a imprese in posizione dominante, non è escluso, infatti che anche imprese che non godono di un tale potere risultino particolarmente redditizie a causa di una superiorità in termini di innovazione ed efficienza (v. a riguardo quanto affermato da Corte di giustizia nella sentenza C-27/76, *United Brands*, cit., par. 125-128). D'altro canto, si è ritenuto che un margine di profitto modesto e finanche delle perdite temporanee non siano incompatibili con una situazione di dominanza sul mercato (v. Corte di giustizia, sentenza C-322/81, *Michelin c. Commissione*, cit., par. 59 e Tribunale di primo grado, 7 ottobre 1999, *Irish Sugar c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-228/97, in Racc. 1999, II-2969, par. 102 (l'impugnazione della sentenza del Tribunale è stata poi rigettata dalla Corte di giustizia con sentenza, 10 luglio 2001, causa C-497/99 P, in Racc. 2001, I-5333).

questa sia in grado di offrire sul mercato¹¹¹, essendo questi più che altro solo indici della dominanza dell'impresa.

Occorre infine osservare che affinché la concorrenza potenziale possa esercitare un'effettiva pressione sul comportamento commerciale dell'impresa dominante, l'ingresso o la crescita dei nuovi operatori debba avvenire in tempi brevi.¹¹²

3.1.3. IL POTERE DEGLI ACQUIRENTI NEL MERCATO

Per accertare se l'impresa abbia una posizione dominante, le autorità comunitarie, all'analisi del potere di mercato detenuto dai produttori concorrenti, effettivi o potenziali, spesso affiancano considerazioni in merito all'influenza che i clienti dell'impresa possono esercitare sulla sua libertà di azione. In particolare, la presenza di un notevole potere di acquisto dei consumatori (cd. "*buyer power*") nei confronti dell'impresa riduce significativamente la capacità dei produttori di agire autonomamente nel mercato. Acquirenti di notevoli dimensioni, fortemente concentrati e dotati di un considerevole potere finanziario possono infatti essere in sé sufficienti a neutralizzare in modo efficace la posizione di un fornitore potenzialmente dominante, proprio perché in grado di mantenere alta la pressione competitiva sui prezzi o di incentivare l'ingresso sul mercato di nuovi operatori al mutare delle condizioni concorrenziali.¹¹³

¹¹¹ V. sentenza C-85/76, *Hoffmann – La Roche c. Commissione*, cit., par. 44. La produzione di una gamma più ampia rispetto ai concorrenti è indice di dominanza, invece, se la varietà di prodotti forniti consente di realizzare economie di scala in materia di costi di produzione o di distribuzione o permette al produttore di vendere, come un unico insieme, l'intera gamma di beni, consentendo di ridurre i costi di fornitura e di ottimizzare le spese di promozione (tale effetto è conosciuto con l'espressione inglese di "*portfolio effect*"). V. ad es. Corte di giustizia, sentenza C-322/81, *Michelin c. Commissione*, cit., par. 55 e sentenza C-62/86, *Akzo c. Commissione*, cit., par. 58 e, più di recente, Tribunale di primo grado, in T-65/98, *Van den Bergh Foods*, cit., par. 156 dove l'ampia gamma di prodotti offerti dall'impresa, rispetto a quelli forniti dai concorrenti è stata considerata un fattore atto ad influenzare l'esistenza di una posizione dominante.

¹¹² La brevità dei tempi di reazione dei potenziali nuovi concorrenti è più significativa nell'ambito dell'analisi di eventuali abusi di posizione dominante ex art. 82 TCE rispetto a quanto lo sia nel controllo delle concentrazioni tra imprese, altro settore in cui si fa largo uso di tale fattore. Come si è già fatto notare nel testo infatti, l'esame ex art. 82 TCE ha per oggetto i fattori di pressione concorrenziale esistenti al momento in cui si realizza l'asserito abuso: questi quindi possono includere la pressione esercitata da potenziali concorrenti solo se questa è tale da avere effetti in tempi brevi capaci di influenzare la libertà dell'impresa di usare il proprio potere di mercato.

¹¹³ Decisamente più utilizzato nell'ambito delle attività di controllo delle concentrazioni tra imprese, il criterio del potere degli acquirenti è stato preso in considerazione anche in alcuni casi di abuso di posizione dominante; v. per es. Tribunale di primo grado, causa T-68/89, *SIV e a. c. Commissione* (cd. caso "Vetro Piano"), cit., par. 366 (dove il Tribunale censura la decisione della Commissione, *inter alia*, per non aver tenuto in debito conto il potere economico dell'acquirente Fiat che avrebbe potuto neutralizzare quello dei tre produttori di vetro detentori di una posizione dominante sul mercato di riferimento) nonché Corte di giustizia, 15 dicembre 1994, *Gøttrup Klim e a. Grovvarforeninger c. Dansk*

I clienti che godono di un potere di acquisto tale da limitare la condotta dei loro fornitori sono, in genere, grandi gruppi industriali, imprese del settore pubblico o soggetti che godono di un potere cd. monopsonistico.¹¹⁴ Gli stessi effetti a livello concorrenziale possono essere prodotti inoltre dalla capacità di autoproduzione di cui eventualmente dispongano gli acquirenti dell'impresa interessata.

3.2. I CRITERI COMPORTAMENTALI

Ai fini dell'accertamento della sussistenza di una posizione dominante in capo all'impresa, accanto ai fattori di natura "strutturale", si fa talvolta uso anche di elementi di tipo comportamentale, aventi cioè ad oggetto le concrete condotte manifestate dall'impresa, di cui, in un momento successivo occorrerà valutare l'eventuale carattere abusivo.

L'argomento che giustifica l'utilizzo di un tale genere di criteri da parte delle autorità è in sé ineccepibile: se è stato possibile per l'impresa interessata tenere un comportamento abusivo, cioè tipico di chi è in posizione dominante, ciò significa che l'impresa ha effettivamente una dominanza sul mercato.¹¹⁵

E'altrettanto evidente però che un'analisi siffatta rischia di tradursi in un circolo vizioso dove, da una parte, la dominanza dell'impresa, presupposto per la valutazione della condotta abusiva da questa realizzata, è dedotta proprio dal comportamento dell'impresa e, dall'altra, il carattere abusivo del comportamento è derivato dal fatto che tale atteggiamento è posto in essere da un'impresa dotata di dominanza.¹¹⁶

Per questo motivo i criteri comportamentali non sono mai stati considerati da sé soli determinanti ai fini dell'individuazione della posizione dominante dell'impresa, essendo piuttosto utilizzati quali indizi complementari o per confermare i risultati

Landbrugs Grovvarseselskab, causa C-250/92, in Racc. 1994, I-5641, par. 32: "le operazioni delle cooperative di consumo possono, in funzione del numero dei loro soci, costituire un importante contrappeso al potere contrattuale dei grandi produttori e facilitano una concorrenza più efficace".

¹¹⁴ In opposizione al mercato monopolistico, in cui esiste un unico fornitore di un dato prodotto, in un mercato monopsonistico, esiste un unico compratore di un dato bene.

¹¹⁵ I fattori comportamentali sono stati presi in considerazione dalla Corte già nella sentenza C-27/76, *United Brands*, cit. par. 67-68, dove si è sottolineata la necessità di valutare la situazione del mercato, precisando che "in questo esame può essere utile prendere eventualmente in considerazione fatti addebitati alla ricorrente (UBC n.d.a.) come comportamenti abusivi, senza che venga loro necessariamente riconosciuta tale natura".

¹¹⁶ La dottrina è unanime nel rilevare il rischio di un ragionamento "circolare": si vedano, a titolo di esempio, FAULL, NIKPAY, *EC Competition Law*, cit., par. 4.93; VAN BAEL, BELLIS, *Competition Law of the European Community*, cit., p. 132 e RITTER, BRAUN, *European Competition Law A practitioner's Guide*, cit., pp. 406-407.

raggiunti a seguito dell'analisi strutturale o per integrare i dati ottenuti da tale primo esame quando questo non abbia permesso di giungere a soluzioni certe.¹¹⁷

4. LA POSIZIONE DOMINANTE COLLETTIVA

Si è visto che l'art. 82 TCE vieta, nella misura in cui possa arrecare danno al commercio intracomunitario, lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante detenuta da una o *più* imprese.

Una posizione di dominio sul mercato può quindi essere posseduta anche da un insieme di imprese che, seppur tra loro indipendenti¹¹⁸, collettivamente detengono un potere economico che permette loro di operare indipendentemente dal comportamento e dalle reazioni dei propri concorrenti, clienti e, in ultima istanza, dei propri consumatori.

Tale potere, proprio perché esercitato da un intero gruppo di imprese tra loro autonome, è solitamente identificato con la nozione di “posizione dominante collettiva”.¹¹⁹

Presupposto affinché si possa individuare una posizione dominante collettiva in capo a diversi soggetti è che questi si presentino economicamente come un'unica entità in grado di adottare un'identica linea di azione.¹²⁰ Tale comune condotta può

¹¹⁷ Cfr. comunque con FRIGNANI, *La concorrenza*, cit. p. 187: “*il contrasto tra i due metodi (strutturale e comportamentale, n.d.a.) è più apparente che reale, tenuto conto delle strette interferenze che esistono tra comportamento e struttura, che fanno sì che un comportamento indipendente si può concepire soltanto se chi lo adotta possiede una posizione sufficientemente importante sul mercato*”.

¹¹⁸ Fino al caso “Vetro Piano” (cit. *supra*, nt. 9), l'espressione di “più imprese” di cui all'art. 82 TCE, veniva riferita esclusivamente ad imprese facenti parte del medesimo gruppo industriale, con ciò però contraddicendo l'usuale interpretazione del diritto della concorrenza comunitario che vuole il gruppo industriale considerato come unica “impresa”. Per una riflessione più approfondita su tale aspetto, v. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, cit., pp. 83-84.

¹¹⁹ In alternativa, “posizione dominante congiunta” o, con un termine inglese, “*joint dominance*”. Il concetto di posizione dominante collettiva è stato pressoché ignorato fino all'inizio degli anni '90. E' solo nella sentenza T-68/89, *SIV e a. c. Commissione* (cd. caso “Vetro Piano”), cit., par. 358, che il TPG, per la prima volta, dichiara: “*Non si può escludere in via di principio che due o più entità economiche indipendenti siano, su un mercato specifico, unite da tali vincoli economici che, per tale motivo, esse detengono insieme una posizione dominante rispetto agli altri operatori dello stesso mercato*”. Il medesimo concetto è ripreso qualche anno più tardi dalla Corte di giustizia nelle sentenze 5 ottobre 1995, *Centro Servizi Spediporto c. Spedizione Marittima del Golfo*, causa C-96/94, in Racc. 1995, I-2883, par. 32-33, 17 ottobre 1995, *DIP e a. c. Comune di Bassano del Grappa e a.*, cause riunite C-140/94, 141/94, 142/94, in Racc. 1995, I-3257, par. 25-26 e infine, sentenza C-395/96, *Compagnie Maritimes Belge Transports e a. c. Commissione*, cit. par. 35-59, su cui più ampiamente, *infra*, nt. 121.

¹²⁰ V. in questo senso, Corte di giustizia, 27 aprile 1994, *Comune di Almelo e a. c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*, causa C-393/92, in Racc. 1994, I-1477, par. 42: “*Tale posizione dominante collettiva presuppone tuttavia che le imprese del gruppo siano sufficientemente legate tra loro per adottare una linea d'azione comune sul mercato*”. Si noti tuttavia che il mantenimento di un limitato grado di concorrenza tra le imprese detentrici collettivamente del potere di mercato non esclude l'accertamento di una posizione dominante congiunta: v. a tale proposito, la sentenza resa nelle cause riunite T-191/98, 212/98 e 214/98, *Atlantic Container Line e a. c. Commissione*, cit., par. 654.

originare, a seconda dei casi, da un coordinamento esplicito, instaurato tramite legami contrattuali o strutturali esistenti tra le imprese (cd. posizione dominante collettiva “concertata”), o da una collusione tacita e da vincoli di interdipendenza economica agevolati dalla struttura oligopolistica del mercato di riferimento (cd. posizione dominante collettiva “spontanea”).

La forma più evidente di posizione dominante collettiva è quella generata dall'esistenza di vincoli contrattuali con cui le imprese coinvolte decidono espressamente di adottare la medesima condotta commerciale sul mercato. Costituiscono legami contrattuali, ad esempio, gli accordi di cooperazione orizzontale (si pensi ad esempio alle conferenze marittime)¹²¹, i contratti verticali di fornitura o di distribuzione (in presenza dei quali, taluno parla di posizione dominante collettiva “verticale”)¹²², gli accordi per lo scambio di informazioni o di conoscenze tecniche.¹²³

Anche intese rilevanti ai sensi dell'art. 81 TCE possono costituire forme di coordinamento significative ai fini dell'individuazione di una posizione dominante collettiva, anche se non è sufficiente l'accertamento di una violazione del divieto di intese per derivare l'esistenza di una *joint dominance* sul mercato da parte dei soggetti che hanno concluso l'accordo vietato.¹²⁴

La creazione di una posizione dominante collettiva concertata può essere poi agevolata da eventuali legami strutturali, personali o anche solo finanziari tra imprese.

¹²¹ V. ad es. la sentenza C-395/96, *Compagnie Maritimes Belges Transports e a. c. Commissione*, cit. par. 48-49. Per “conferenza marittima” si intende un gruppo di due o più trasportatori armatori che assicura servizi internazionali di linea per il trasporto di merci su una o più linee, entro limiti geografici determinati e in base ad accordi o intese di qualunque natura, nell'ambito dei quali essi gestiscono in comune, applicando tassi di nolo uniformi o comuni e ogni altra condizione concordata nei riguardi della fornitura di detti servizi di linea. All'epoca, le conferenze marittime erano regolate dal Regolamento (CEE) n. 4056/86 del 22 dicembre 1986 (v. in G.U.C.E. 31 dicembre 1986, L 378, p. 4 ss.) che prevedeva, ad alcune condizioni, un'esenzione dal divieto di cui all'art. 85. Nello stesso Regolamento, all'art. 8., tuttavia si prevedeva il divieto di abuso di posizione dominante da parte delle conferenze marittime. Il Reg. 4056/86 è stato tuttavia di recente abrogato dal Regolamento (CE) n. 1419/2006 del 25 settembre 2006 (G.U.U.E. 28 settembre 2006, L 269, p. 1 ss.).

¹²² Cfr. sentenza T-228/97, *Irish Sugar c. Commissione*, cit., par. 61-63, dove il Tribunale ha confermato che l'esistenza di accordi verticali tra un fornitore di zucchero ed il suo principale distributore attribuiva ai due soggetti il potere di adottare una medesima linea di azione sul mercato.

¹²³ V. sentenza T-68/89, *SIV e a. c. Commissione* (cd. caso “Vetro Piano”), cit., par. 358.

¹²⁴ V. infatti quanto riportato dalla sentenza del Tribunale di primo grado nella caso T-68/89, *Vetro piano*, cit., par. 360: “Occorre tuttavia sottolineare che per dimostrare una violazione dell' art. 86 (oggi art. 82, n.d.a.) del Trattato, non è sufficiente, come ha sostenuto l' agente della Commissione all' udienza, “riciclare” i fatti costitutivi di un' infrazione all' art. 85 (oggi art. 81, n.d.a.), traendone la constatazione che le parti di un accordo o di una pratica illecita detengono insieme una parte di mercato rilevante, che per questo solo fatto esse detengono una posizione dominante collettiva e che il loro comportamento illecito costituisce un abuso di questa posizione.”

L'esistenza di partecipazioni azionarie incrociate, *joint ventures* in compartecipazione¹²⁵ o, ancora, *interlocking directorates* sono solo alcune tra le modalità che agevolano il controllo collettivo del mercato di riferimento.

Il legame tra le imprese necessario per verificare l'esistenza di una posizione dominante collettiva, tuttavia, può derivare anche dalla stessa struttura del mercato rilevante: in particolare, in mercati di tipo oligopolistico, un numero limitato di imprese detentrici di alte quote di mercato, può trovare più conveniente allineare la propria condotta a quella dei concorrenti più prossimi, piuttosto che adottare atteggiamenti competitivi nei loro confronti.¹²⁶ Riconoscendo l'interdipendenza dei loro comportamenti commerciali, tale gruppo di imprese può, tramite una collusione tacita, aumentare i prezzi al di sopra del livello concorrenziale ed incrementare così, a lungo termine, i profitti.¹²⁷

¹²⁵ In questo senso, cfr. in materia di concentrazioni tra imprese, Tribunale di primo grado, 25 marzo 1999, *Gencor c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-102/96, in Racc. 1999, II-753, par. 169-180.

¹²⁶ Il coordinamento tra imprese può assumere diverse forme: normalmente esso consiste nel mantenimento dei prezzi al di sopra del livello concorrenziale; in altri casi, esso mira a limitare la produzione o il volume di nuova capacità da immettersi sul mercato, in altri ancora, a ripartire il mercato per aree geografiche, per tipologia di clienti o aggiudicandosi a turno i contratti nei mercati fondati su gare.

¹²⁷ In tal caso il comportamento parallelo non è frutto di un accordo espresso tra le parti, bensì di un atteggiamento spontaneo. Il riconoscimento della possibilità che si crei una posizione dominante oligopolistica anche in assenza di legami strutturali è bene espresso in Tribunale di primo grado, sentenza T-102/96, *Gencor c. Commissione*, cit., par. 276, dove si afferma: “*Del resto, sul piano giuridico o economico, non esiste alcuna ragione per escludere dalla nozione di legame economico la relazione di interdipendenza esistente tra i membri di un oligopolio ristretto all'interno del quale questi ultimi, su un mercato di caratteristiche adeguate, in particolare in termini di concentrazione del mercato, di trasparenza e di omogeneità del prodotto, sono in grado di prevedere i loro reciproci comportamenti e sono pertanto fortemente incentivati ad allineare il loro comportamento sul mercato in modo da massimizzare il loro profitto comune riducendo la produzione al fine di aumentare i prezzi.*” La nozione di posizione dominante “spontanea” si è sviluppata con riferimento alla regolamentazione delle operazioni di concentrazione tra imprese. Considerando tuttavia che il concetto di posizione dominante di cui all'art. 2 del Reg. n. 139/2004 non è diverso da quello citato ex art. 82 TCE, quanto affermato in sede di valutazione delle concentrazioni in mercati oligopolistici può essere analogamente riferito ai casi di divieto di abuso di posizione dominante. Rimane ferma un'unica differenza di approccio: mentre ai fini della negazione di autorizzazione ai sensi del Reg. Concentrazioni è sufficiente che l'operazione programmata accresca le probabilità di creazione di una collusione tacita tra gli oligopolisti, ai sensi del divieto ex art. 82 non è sufficiente la creazione di una posizione dominante oligopolistica *ex se*, essendo richiesto che di tale posizione dominante sia commesso un abuso. Per i *leading cases* nel settore delle concentrazioni, v. Corte di giustizia, 31 marzo 1998, *Repubblica francese e Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) e Entreprise minière et chimique (EMC) contro Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-68/94 e C-30/95, in Racc. 1998, I- 1375 (noto come caso “*Kali und Salz*”) e Tribunale di primo grado, sentenza T-102/96, *Gencor c. Commissione*, cit. e 6 giugno 2002, *Airtours c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-342/99, in Racc. 2002, II-2585. Per l'analisi dell'approccio della Commissione nei confronti di posizioni dominanti oligopolistiche nel settore delle concentrazioni tra imprese, v. anche gli *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del Regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*, in G.U.U.E. C 31 del 5 febbraio 2004, p. 5 ss., spec. par. 39-57.

4.1. I FATTORI RILEVANTI PER L'ACCERTAMENTO DELLA POSIZIONE DOMINANTE COLLETTIVA

Stabilito dunque cosa si intenda per posizione dominante collettiva, occorre analizzare quali sono i criteri usati per valutare l'esistenza di un mercato oligopolistico di tipo collusivo. Come visto per l'accertamento della posizione dominante individuale, una lista solo indicativa di questi elementi può essere ricavata dalla prassi della Commissione e delle corti, sviluppata specialmente nell'ambito del controllo delle concentrazioni.

In via preliminare, si può dire che una posizione dominante collettiva, concertata o spontanea, presuppone un mercato oligopolistico e concentrato, in cui è evidentemente più semplice raggiungere un'interpretazione comune circa i termini del coordinamento tra le imprese.

Tuttavia, affinché la collusione sia sostenibile a lungo termine, sono necessarie altre tre condizioni.

Innanzitutto, le imprese che detengono la posizione dominante collettiva devono essere in grado di verificare se le condizioni del coordinamento siano rispettate da parte di tutti i soggetti del tacito accordo. Nel mercato di riferimento devono essere praticabili meccanismi deterrenti in grado di punire le eventuali deviazioni degli oligopolisti dal comportamento parallelo. Da ultimo, le eventuali reazioni dei soggetti esterni alla collusione, quali concorrenti, attuali o potenziali, o clienti, non devono essere tali da pregiudicare i profitti derivanti dal coordinamento.¹²⁸

Il primo indicatore di una struttura di mercato oligopolistica è la concentrazione di una significativa quota di mercato nelle mani di poche imprese. Le forme più frequenti di oligopolio comprendono infatti due, tre o, al massimo, quattro imprese che insieme arrivano a detenere quote pari al 60-80% del mercato rilevante.¹²⁹

¹²⁸ Queste tre condizioni sono state indicate, per la prima volta, nella sentenza T-342/99, *Airtours c. Commissione*, cit., par. 62; per tale motivo sono note con il termine di "*Airtours criteria*". Tali fattori sono stati richiamati in un caso ex art. 82 TCE, da Tribunale di primo grado, 26 gennaio 2005, *Piau c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-193/02, in Racc. 2005, II-209, par. 111, (l'impugnazione della pronuncia del Tribunale è stata poi rigettata dalla Corte di giustizia con sentenza 23 febbraio 2006, causa C-171/05 P, in Racc. 2006, I-37) (si noti tuttavia che, in questo caso, i legami esistenti tra le imprese che detenevano la posizione dominante collettiva -i club delle società calcistiche- erano in realtà di natura contrattuale), nonché da Tribunale di primo grado, 13 luglio 2006, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-464/04, in Racc. 2006, II-2289, par. 247, che annulla una decisione della Commissione in materia di concentrazioni tra imprese (Commissione, 19 luglio 2004, *Sony/BMG*, caso COMP/M.3333).

¹²⁹ V. ad es. la decisione resa nel caso IV/M.190, *Nestlé/Perrier*, cit., par. 38-48 e 118 in cui le due società esaminate avevano una quota di mercato complessiva pari all'82%. V. anche sentenza T-102/96, *Gencor c. Commissione*, cit., par. 293-298.

Più un gruppo di imprese è ampio, infatti, più le quote di mercato delle imprese partecipanti sono disperse, e più è difficile che tale gruppo possa impegnarsi in modo stabile in una collusione di mercato.¹³⁰

L'incentivo a mettere in atto condotte anticompetitive parallele aumenta, inoltre, in considerazione della simmetria del potere di mercato detenuto dalle imprese. E' più probabile, infatti, che un oligopolio cui partecipano società con una forza di mercato paragonabile (cd. oligopolio simmetrico) dia luogo ad una posizione dominante collettiva,¹³¹ difficilmente, invece, un mercato che coinvolge imprese con diverse quote di mercato, capacità produttive o finanziarie, o gradi di integrazione verticale (cd. oligopolio asimmetrico) può dare origine a forme di collusione.¹³²

La possibilità di porre in essere condotte parallele da parte del gruppo di oligopolisti è poi legata alle caratteristiche dei prodotti che formano il mercato merceologico in cui le imprese operano. Prodotti omogenei, dalle strutture di costi simili e, per di più, difficilmente innovabili, rendono più probabile l'esistenza di una posizione dominante collettiva.¹³³

Analogamente il coordinamento tra le imprese è più semplice in presenza di alcune caratteristiche del mercato. Una domanda anaelastica¹³⁴ e condizioni di offerta stabili, favorite dall'esistenza di alte barriere all'ingresso¹³⁵, dalla maturità del mercato e da un limitato livello di crescita e di innovazione favoriscono l'indipendenza comportamentale del gruppo di imprese dominanti.¹³⁶ Viceversa, quote di mercato

¹³⁰ Si veda, infatti, Commissione CE, 20 maggio 1998, *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*, caso IV/M.1016, par. 113, dove si è precisato: "*collective dominance involving more than three or four suppliers is too complex and unstable to persist over time*". Si noti, infatti, che il più delle volte, la Commissione ha individuato la posizione dominante collettiva in presenza di duopoli: il caso *Airtours*, citato sopra, è stato il primo in cui si è individuato il dominio congiunto di tre imprese sul mercato.

¹³¹ Cfr. sentenza T-102/96, *Gencor c. Commissione*, cit., par. 207 e 208 (le due imprese partecipanti al duopolio detenevano ciascuna il 35% del mercato rilevante).

¹³² V., sempre nell'ambito del controllo delle operazioni di concentrazioni, Commissione CE, 22 ottobre 1998, *Renault/Iveco*, caso IV/M.1202, par. 55 dove la creazione di una posizione dominante collettiva nel mercato europeo dei costruttori di autobus è stata ritenuta improbabile, *inter alia*, poiché "*la répartition des parts de marché entre ces constructeurs est asymétrique, tant au travers des différents pays, qu'au travers des différents concurrents*".

¹³³ V. T-102/96, *Gencor c. Commissione*, cit., par. 159 e 218-222. Cfr. invece con Commissione CE, 22 settembre 1999, *Airtours /First Choice*, caso IV/M.1524, par. 88-91, dove il dominio congiunto fu rinvenuto anche in presenza di prodotti differenti (si noti che la decisione della Commissione fu poi annullata dal Tribunale di primo grado con la sentenza T-342/99, *Airtours c. Commissione*, cit.)

¹³⁴ V. decisione della Commissione nel caso IV/M.190, *Nestlé/Perrier*, cit., par. 60.

¹³⁵ Per la valutazione delle barriere all'ingresso come indice della possibilità di formazione di un dominio collettivo v. Commissione CE, 24 aprile 1996, *Gencor/Lonrho*, caso IV/M.619, par. 141 b) e 154.

¹³⁶ V. Commissione CE, 31 ottobre 2001, *SCA/Metsä Tissue*, caso COMP/M.2097, par. 148, dove la creazione di una posizione dominante collettiva nel mercato finlandese della carta "tissue" venne ritenuta probabile visto la maturità, le prospettive di crescita limitate e la scarsa innovazione tecnica caratterizzanti il mercato.

volatili sono generalmente indice di instabilità e, conseguentemente, fonte di pressioni concorrenziali sulle imprese operanti sul mercato, la cui autonomia è quindi generalmente limitata.¹³⁷

Una certa rilevanza a questi fini ha anche la tipologia di transazioni che caratterizzano il mercato considerato: scambi frequenti e standardizzati, infatti, rendono più prevedibili gli atteggiamenti degli oligopolisti e quindi l'adozione di condotte parallele; ciò, invece, non si verifica in presenza di transazioni sporadiche e non uniformi.¹³⁸

La trasparenza dei mercati e, in particolare, delle politiche di prezzo è un ulteriore importante fattore costitutivo di una organizzazione di mercato di tipo oligopolistica. Solo in un contesto merceologico dove vi sia disponibilità pubblica di informazioni chiave o sia possibile lo scambio di tali informazioni, è possibile accordarsi, espressamente o tacitamente, sui termini del coordinamento a danno del mercato.

La trasparenza e la semplicità delle strutture di mercato è inoltre fattore chiave che consente di adottare efficaci sistemi di monitoraggio sul mercato. Le imprese che partecipano al coordinamento, infatti, sono spesso tentate di incrementare il loro potere di mercato, dissociandosi dai termini della collusione, vuoi abbassando i prezzi, offrendo sconti segreti, aumentando la qualità del prodotto o la capacità di produzione al fine di accaparrarsi una più ampia clientela. Una minaccia credibile di rappresaglie tempestive e sufficienti dissuade gli oligopolisti dal deviare dal comportamento concordato.¹³⁹

Perché una posizione dominante collusiva possa esistere stabilmente nel tempo è quindi necessario che le imprese congiuntamente dominanti possano porre in essere un valido ed efficace *sistema di punizione o di deterrenza* nei confronti degli oligopolisti che deviano dal comportamento parallelo.¹⁴⁰ In altri termini, le imprese

¹³⁷ Alla stabilità delle quote di mercato è dato ampio spazio in T-342/99, *Airtours c. Commissione*, cit., par. 109-120.

¹³⁸ V. in particolare, *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali*, cit., par. 50 che precisa che la trasparenza è presumibilmente più elevata nei mercati in cui le transazioni avvengono in una borsa pubblica o mediante un'asta alle grida, mentre sarà più bassa nei mercati in cui le transazioni avvengono in base a trattative riservate e bilaterali tra venditori ed acquirenti.

¹³⁹ V. ancora la sentenza T-102/96, *Gencor c. Commissione*, cit., par. 227. Cfr. per es., anche Commissione CE, 20 dicembre 2001, *Shell/DEA*, caso COMP/M.2389, par. 112-125 e 20 dicembre 2001, *BP/E.On*, caso COMP/M.2533, par. 102 -115.

¹⁴⁰ La ritorsione può assumere le forme più svariate. Cfr. *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali*, cit., par. 55 che, tra gli strumenti di ritorsione, cita ad esempio il ritiro da un'impresa comune o da altre forme di collaborazione o, ancora la vendita da parte di uno o più

dell'oligopolio devono essere nella condizione di reagire sistematicamente e tempestivamente alle condotte devianti e di controbilanciare i vantaggi economici che l'azienda "traditrice" abbia ottenuto, contravvenendo all'accordo di gruppo.¹⁴¹

Affinché il coordinamento abbia successo, infine, il mercato deve caratterizzarsi dall'assenza di concorrenti esterni alla collusione dotati di potere di mercato e di acquirenti con un forte contropotere contrattuale. Se, infatti alla riduzione della produzione o all'aumento dei prezzi operato dagli oligopolisti corrisponde la perdita di significative quote di mercato, in ragione dell'aumento dell'offerta del prodotto a prezzi concorrenziali da parte dei restanti concorrenti, comportamenti paralleli sono svantaggiosi e, pertanto, improbabili.¹⁴² Allo stesso modo, la presenza di grandi acquirenti può facilmente rendere instabile il coordinamento, inducendo le imprese del gruppo a dissociarsi al fine di aggiudicarsi una più ampia quota di mercato derivante dall'instaurazione di rapporti contrattuali con gli acquirenti più influenti del mercato.¹⁴³

5. LA PARTE SOSTANZIALE DEL MERCATO COMUNE

L'art. 82 TCE vieta lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante detenuta "sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo".

concorrenti di azioni in società di proprietà comune. Cfr. a questo riguardo, la sentenza T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 466 ("In linea di principio, infatti, è sufficiente la semplice esistenza di meccanismi di dissuasione efficaci, dato che, se i membri dell'oligopolio si conformano alla politica comune, non occorre fare ricorso a misure sanzionatorie. Inoltre (...) il mezzo di dissuasione più efficace è quello che non occorre utilizzare"). Si noti che la sentenza è stata annullata sul punto per assenza di prove da Corte di giustizia, 10 luglio 2008, *Bertelsmann e Sony Corporation of America c. Impala*, causa C-413/06 P, al momento inedita, par. 117 ss.

¹⁴¹ V. ancora la sentenza T-102/96, *Gencor c. Commissione*, cit., par. 276. Capacità finanziarie, tali da poter adottare, nel breve, guerre dei prezzi, piuttosto che una certa sovraccapacità di produzione in capo alle imprese interessate può rendere più agevole la punizione da parte del gruppo e, di conseguenza, più conveniente per il potenziale contravventore adeguarsi al comportamento collusivo.

¹⁴² V. a titolo esemplificativo, Commissione CE, 18 ottobre 1995, *ABB/Daimler Benz*, caso IV/M.580, par. 87: "the intensity of competition inside the duopoly will also be affected by the intensity outside it: if there is a structural basis for significant internal competition, that competition may be strengthened by outside competition which would be not in itself be considered significant, making anticompetitive parallel conduct on the part of the duopolist economically impossible, or at least, so unlikely that a lack of competition inside the duopoly can no longer be predicted with the requisite degree of probability".

¹⁴³ V. a questo riguardo, Commissione CE, 25 novembre 1998, *Enso /Stora*, caso IV/M.1225 dove la presenza di un compratore (Tetra Pak) avente una quote di mercato del 60/80% sul mercato delle produzioni di confezioni per liquidi, ha portato a concludere la Commissione per l'esistenza di un "countervailing buying power" sul mercato tale da escludere la probabilità della creazione di una posizione dominante a seguito della concentrazione tra Enso e Stora, nonostante le alte quote di mercato detenute dalle due imprese nel settore delle produzioni della carta per il confezionamento di liquidi.

Scopo di tale requisito, con quello del pregiudizio al commercio tra Stati membri¹⁴⁴, è di limitare l'applicazione della disciplina del Trattato CE a casi che abbiano una effettiva rilevanza comunitaria e non puramente locale.

L'individuazione di cosa si intenda per "mercato comune" non genera particolari difficoltà. Tale ipotesi, tuttavia, si verifica assai raramente.¹⁴⁵

Più complesso è cogliere il significato di "parte sostanziale" del mercato comune. La stessa prassi delle autorità comunitarie ha adottato decisioni altalenanti, riconducendo il fattore talora ad un criterio economico, talora ad un criterio esclusivamente geografico.

Sotto il primo aspetto, sono stati considerati elementi essenziali, ai fini della definizione del carattere "sostanziale" del mercato, fattori di tipo quantitativo, quali il volume e l'organizzazione della produzione di un bene, il consumo del medesimo, le abitudini e le possibilità economiche di venditori ed utilizzatori.¹⁴⁶ Nei casi relativi al settore dei trasporti, in particolare, si è data rilevanza al volume del traffico, al quantitativo di passeggeri e di merci movimentato, arrivando a riconoscere quali parti sostanziali del mercato comune aree portuali¹⁴⁷ o aeroporti¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Per l'analisi di detto requisito, v. *infra* par. 8. Si tenga conto che i due fattori considerati non vanno necessariamente di pari passo: non è escluso infatti che la condotta di un'impresa con posizione dominante meramente locale possa pregiudicare il commercio intracomunitario e non essere coperta, ciononostante, dal divieto ex art. 82 TCE (si pensi ad es. ad un'impresa con potere economico modesto che sia situata alla frontiera tra due Stati membri).

¹⁴⁵ V. ad es. sentenza C-62/86, *Akzo c. Commissione*, cit., par. 61 (Akzo era leader mondiale nel mercato dei perossidi organici) sentenza T-30/89, *Hilti c. Commissione*, cit., par. 81 o ancora, T-83/91, *Tetra Pak II*, par. 98, dove la posizione dominante delle imprese in questione fu ritenuta sussistere in tutta la Comunità economica europea. Cfr. infine la decisione nel caso COMP/37.792, *Microsoft*, cit., par. 427 (posizione dominante detenuta nel mercato mondiale).

¹⁴⁶ V. spec. C-40/73, *Suiker Unie e a. c. Commissione*, cit., par. 371, dove si è discusso, *inter alia*, se il Belgio e il Lussemburgo, su cui una delle imprese coinvolte deteneva una posizione dominante per la produzione di zucchero, potessero essere considerati parte sostanziale del mercato comune. La Corte diede risposta affermativa a tale quesito, tenuto conto che la produzione di zucchero in Belgio rappresentava circa il 10% del totale comunitario, mentre il consumo costituiva poco più del 5% di tutta l'Unione. A sostegno della lettura economica di tale requisito ex art. 82 TCE, v. le parole dell'Avv. generale Mayras nell'ambito della causa decisa da Corte di giustizia, 27 marzo 1974, *BRT/SABAM*, causa C-127/73, in Racc. 1974, 313, (consultabili in BELLAMY, CHILD, *European Community Law of Competition*, cit., par. 10.014, nt. 46): "What is essential is the quantitative assessment of the common market in relation to the whole market, that is to say its relative economic importance. For this purpose one must consider above all the density of population, the level of its resources and the extent of its purchasing power".

¹⁴⁷ Cfr. sentenza C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli*, cit., par. 15 (il porto di Genova, in Italia), Commissione, 21 dicembre 1993, *Port of Rødby*, caso 94/119/CE, par. 7-9 (il porto di Rødby in Danimarca) e caso IV/34689, *Sea Containers/Sealink*, cit., par. 77 (il porto di Holyhead in Gran Bretagna).

¹⁴⁸ Cfr. Commissione CE, 14 gennaio 1998, *FAG Flughafen Frankfurt/Main AG*, caso IV/34.801, par. 57-58, 11 giugno 1998, *Alpha Flight Services/Aéroport de Paris*, caso IV/35.613, par. 77-82.

Sotto il secondo profilo, il territorio di un intero Stato membro (compresi quelli di piccole dimensioni¹⁴⁹) è di per sé generalmente considerato parte sostanziale del mercato comune¹⁵⁰, così come sono ritenuti tali anche regioni più limitate, che però presentino caratteristiche di estensione o di densità abitativa notevoli.¹⁵¹

Dall'analisi delle decisioni della Commissione e delle sentenze delle corti, quindi, non è dato di ricavare un criterio certo e univoco.¹⁵² A tale proposito, tuttavia, vi è da dire che, se da un lato, la prassi consolidata di ritenere i singoli Stati membri frazioni rilevanti del mercato comune potrebbe subire qualche revisione alla luce degli ultimi e sostanziali allargamenti subiti dall'Unione Europea, dall'altro, l'esclusivo ricorso a fattori di tipo geografico e non economico rischia di sottoporre alle autorità comunitarie casi che in concreto non hanno alcun effetto intracomunitario che, dunque, sarebbe più opportuno demandare alle autorità nazionali.¹⁵³

6. LO SFRUTTAMENTO ABUSIVO DELLA POSIZIONE DOMINANTE

Per l'applicazione dell'art. 82 TCE occorre che l'impresa detentrici di una posizione dominante sul mercato abbia posto in essere una condotta qualificabile come abusiva.

Si è già visto che la normativa comunitaria non vieta l'esistenza di una posizione dominante in sé, bensì il solo sfruttamento abusivo che di tale posizione di

¹⁴⁹ Cfr. T-228/97, *Irish Sugar c. Commissione*, cit., par. 99, in cui l'Irlanda fu considerata parte sostanziale del mercato comune, anche se copriva solo l'1,4% del mercato europeo dello zucchero.

¹⁵⁰ V. ad es. Commissione CE, 19 dicembre 1974, *General Motors Continental*, caso IV/28851, par. 7: "la *General Motors Continental*, in virtù della legislazione belga e del mandato conferitole dalla Opel, ha conseguito una posizione dominante nel Belgio e pertanto in una parte sostanziale del mercato comune".

¹⁵¹ V. C-40/73, *Suiker Unie e a. c. Commissione*, cit., par. 445-448, che, alla luce della popolazione e del volume di produzione di zucchero, ha considerato la parte meridionale della Germania (Baviera, Baden-Württemberg, e parte dell'Assia) parte sostanziale del mercato unico europeo. Più di recente, v. anche Corte di giustizia, 25 ottobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, causa C-475/99, in Racc. 2001, I-8089, par. 38, dove la regione della Renania-Palatinato è stata considerata parte sostanziale del mercato, visti la sua estensione (20.000 Km²) e il suo numero di abitanti.

¹⁵² Non è mai stato specificato quali siano le soglie quantitative minime per poter ritenere sostanziale un dato mercato. Tale valutazione presenta i limiti di un'analisi puramente quantitativa; a tale proposito, v. quanto affermato da Avv. generale Warner nel caso C-77/77, *BP c. Commissione*, cit. (riportato in JONES, SUFRIN, *EC Competition Law*, Oxford, 2004, p. 268): "there is in my opinion in this kind of field a danger in focusing attention exclusively on percentages. The opposite of "substantial" is "negligible", and what seem negligible when looked in the terms of a percentage may seem otherwise when looked at in absolute terms".

¹⁵³ Ciò anche alla luce della cd. modernizzazione del diritto *antitrust* comunitario, diretto a decentralizzare l'applicazione della disciplina a protezione della concorrenza a favore delle autorità e dei tribunali nazionali. Critico di fronte tale atteggiamento della Commissione e delle corti comunitarie è PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, 2007, p. 441, spec. nt. 108.

mercato può essere realizzato da parte di una o più imprese.¹⁵⁴ La detenzione di dominio sul mercato di riferimento, infatti, può essere frutto di più avanzate abilità tecniche e produttive nonché di maggiore efficienza dell'impresa rispetto ai concorrenti che, se condannate, penalizzerebbero lo sviluppo tecnologico e disincentiverebbero gli investimenti dei migliori soggetti imprenditoriali del mercato. Ciò che si proibisce all'impresa dominante è di approfittare della sua posizione per porre in essere comportamenti anticompetitivi nei confronti di concorrenti, clienti o utilizzatori finali.

L'impresa leader di mercato, in altri termini, è gravata da una "speciale responsabilità" che le impedisce di abusare del proprio potere economico e le vieta di attuare condotte che, benché lecite per le altre imprese o comunque economicamente razionali, potrebbero essere sanzionate come abusive, proprio in quanto poste in essere da un soggetto dominante.¹⁵⁵

Come già visto per il concetto di posizione dominante, le norme del Trattato non definiscono cosa deve intendersi per "sfruttamento abusivo", né forniscono elementi per distinguere detto comportamento dall'uso del potere legittimamente acquisito dall'impresa in posizione di dominio.¹⁵⁶

L'art. 82 TCE si limita a fornire un elenco, peraltro di natura esemplificativa e non tassativa¹⁵⁷, di pratiche che, se poste in essere da un soggetto dominante, sono suscettibili di integrare un abuso.

Anche il concetto di sfruttamento abusivo deve essere pertanto ricostruito con l'aiuto della prassi e della giurisprudenza comunitaria.

¹⁵⁴ Cfr., a titolo meramente esemplificativo le sentenze rese nelle cause C-322/81, *Michelin c. Commissione*, cit., par. 57 e C-179/90 *Merci convenzionali Porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli*, cit., par.16.

¹⁵⁵ V. spec. sentenza C-322/81, *Michelin c. Commissione*, cit., par. 57, dove il giudice comunitario ha precisato: "la constatazione dell'esistenza di una posizione dominante non comporta di per sé alcun addebito nei confronti dell'impresa interessata, ma significa solo che questa, indipendentemente dalle cause di tale posizione, è tenuta in modo particolare a non compromettere con il suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune". Con riferimento alle imprese dotate di potere di monopolio o di quasi monopolio per cui taluno ha parlato di "superdominanza", potrebbero sorgere obblighi di condotta più stringenti, con la conseguenza che un medesimo comportamento potrebbe essere considerato vietato a seconda del grado di dominanza di cui gode l'impresa che lo attua. Per una valutazione della nozione di "superdominanza", cfr. *supra*, nt. 89.

¹⁵⁶ A tale riguardo, vale la pena sottolineare che non è semplice distinguere comportamenti abusivi anticoncorrenziali e comportamenti, invece, legittimi e proconcorrenziali, specie se si considera che questi ultimi sono spesso diretti a causare un pregiudizio ai concorrenti. Il rischio insito in una valutazione errata è quindi quello di confondere la *ratio* della normativa *antitrust*, finendo così per tutelare i concorrenti, anziché, come si dovrebbe, la concorrenza.

¹⁵⁷ In questo senso, v. sentenza C-6/72, *Continental Can*, cit., par. 26. Da ultimo, v. anche Tribunale di primo grado, 17 settembre 2007, *Microsoft c. Commissione*, causa T-201/04, in Racc. 2007, II-3601, par. 860.

6.1. LA NOZIONE DI ABUSO E I CRITERI DI INDIVIDUAZIONE DEL COMPORTAMENTO ABUSIVO

Ai fini dello studio del concetto di “sfruttamento abusivo” ex art. 82 TCE occorre premettere che tale espressione non individua una nozione univoca.

Se, in via astratta, l'abuso di posizione dominante può in generale essere identificato con l'utilizzo dei mezzi che la situazione di dominio conferisce per derivarne una restrizione della concorrenza sul mercato, in concreto, possono essere individuate diverse specie di abuso.

Solitamente, la prassi e la dottrina distinguono gli abusi compiuti nell'ambito delle relazioni orizzontali dell'impresa, diretti a pregiudicare i propri concorrenti effettivi o potenziali (cd. abusi di esclusione o abusi-monopolizzazioni) dagli abusi posti in essere nell'ambito dei rapporti verticali, atti a danneggiare, a monte, i propri fornitori o, a valle, i propri utilizzatori (cd. abusi di sfruttamento).¹⁵⁸

Gli abusi di esclusione, in particolare, identificano le condotte commerciali finalizzate ad eliminare i concorrenti dal mercato di riferimento o a precludere l'ingresso ai nuovi in via diretta, ostacolando gli approvvigionamenti o gli sbocchi, o in via indiretta, praticando vendite sottocosto; il tutto allo scopo di controllare il mercato e di ottenerne rendite monopolistiche.¹⁵⁹

Sono considerati abusi di esclusione anche le pratiche, quali le fusioni, le acquisizioni e le *joint ventures* realizzate dall'impresa dominante che alterano la struttura del mercato e che possono ridurre il grado di concorrenza effettiva presente a vantaggio del potere detenuto dall'impresa leader. Dette condotte, per lo specifico

¹⁵⁸ La distinzione corrisponde a quanto affermato dalla Corte di giustizia già nella sentenza C-6/72, *Continental Can*, cit., par. 26. Per quanto utile ed immediata, però, questa classificazione non è sempre efficace: spesso, infatti, la stessa condotta abusiva produce effetti pregiudizievoli tanto nei rapporti orizzontali quanto in quelli verticali. Si pensi, ad esempio alla pratica delle cd. vendite sottocosto che danneggiano in prima battuta i concorrenti, costretti ad operare con profitto, limitato o addirittura inesistente e, poi, gli utilizzatori o i consumatori che, laddove la manovra abbia effettivamente prodotto l'estromissione dei concorrenti cui era destinata, saranno costretti a pagare all'impresa dominante un prezzo sovracompetitivo diretto a coprire le perdite subite in precedenza. Non molto diversi sono gli effetti prodotti dalle cd. pratiche leganti (note altresì con l'espressione di “tying”) in cui gli utilizzatori sono obbligati ad acquistare un determinato prodotto dal soggetto dominante anziché dai suoi concorrenti e i concorrenti, di conseguenza, si trovano impossibilitati a vendere il bene agli utilizzatori. Per tali riflessioni, v. ad es. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, cit., pp. 203-204.

¹⁵⁹ Il divieto di tale di specie di abusi risponde direttamente alla realizzazione dell'obiettivo espresso all'art. 3, lett. g) TCE che, come si è visto, consiste nella realizzazione di un “regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune” (corsivo nostro).

effetto generato sulla conformazione del mercato rilevante, sono dette anche abusi strutturali.¹⁶⁰

Gli abusi di sfruttamento, d'altro canto, integrano quei comportamenti per mezzo dei quali l'impresa dominante sfrutta il proprio potere di mercato nei confronti dei clienti per ricavarne profitti sovracompetitivi, ad esempio applicando prezzi particolarmente alti o praticando condotte inique e discriminatorie verso gli utilizzatori.¹⁶¹

Dalla varietà delle differenti fattispecie di abuso si coglie quindi che una definizione che volesse ricomprendere tutte le ipotesi di comportamento abusivo sotto un unico denominatore comune sarebbe impossibile o comunque troppo generica per essere utile ai fini dell'investigazione condotta dalla Commissione e dai giudici comunitari.

Pur presentando talune caratteristiche costanti, pertanto, l'accertamento dello sfruttamento abusivo presuppone valutazioni differenti a seconda che si tratti di comportamenti posti in essere nei confronti dei concorrenti o di atteggiamenti diretti verso i fornitori e gli acquirenti.¹⁶² Lo studio delle pronunce della Commissione e delle corti comunitarie fornisce una chiara rassegna dei criteri normalmente utilizzati ai fini dell'identificazione degli abusi.

Con riguardo agli abusi di esclusione, in particolare, la Corte di giustizia ha precisato che essi individuano "il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura del mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi fondata sulla prestazione degli operatori economici, la conservazione

¹⁶⁰ Il primo caso di applicazione dell'art. 82 TCE ad operazioni di concentrazione tra imprese è stato il già citato caso C-6/72, *Continental Can*, cit., par. 25-26, in cui la Corte ha addotto tale giustificazione: "L'alterazione della concorrenza, vietata quando deriva dai comportamenti contemplati dall'art. 85 (ora art. 81, n.d.a.) non può divenire lecita qualora detti comportamenti riescano, grazie all'azione di un'impresa dominante, a concretarsi in una compenetrazione fra le imprese. In mancanza di espresse disposizioni non si può ritenere che il Trattato, il quale vieta all'art. 85 talune decisioni di semplici associazioni di imprese che alterino la concorrenza senza eliminarla, ammetta tuttavia all'art. 86 (ora art. 82, n.d.a.) come lecito il fatto che determinate imprese, collegandosi in un'unità organica possano raggiungere una posizione dominante tale da escludere in pratica qualsiasi seria possibilità di concorrenza". Il fatto che una concentrazione tra imprese possa determinare l'ampliamento di una posizione di dominio sul mercato, peraltro, risultava *de plano* dal precedente Reg. 4064/89 e, ora, dal Reg. 139/2004 che, all'art. 2, par. 2 e 3, vieta, le concentrazioni tra imprese idonee ad ostacolare la concorrenza effettiva, *in particolare* mediante la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato comune o su una sua parte sostanziale.

¹⁶¹ Si noti che tutti gli esempi citati all'art. 82 TCE sono casi di abuso di sfruttamento.

¹⁶² E' di questo avviso FRIGNANI, *La concorrenza*, cit., p. 200: "avendo la nozione di abuso una doppia faccia, non si potrebbe applicarle un criterio unico".

del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza”.¹⁶³

Nelle relazioni orizzontali pertanto il criterio utile per distinguere i comportamenti ammissibili da quelli abusivi si basa sul tipo di prestazione offerta dall'impresa in posizione dominante¹⁶⁴ e sulla “normalità” dei mezzi usati da quest'ultima per raggiungere risultati ad essa economicamente favorevoli.¹⁶⁵ In altri termini, se la condotta tenuta dall'operatore dominante è espressione di strumenti che ogni impresa generalmente utilizza per guadagnare potere di mercato, quindi una maggiore efficienza, una qualità superiore del servizio offerto, un più proficuo grado di innovazione, una migliore capacità di rispondere alle esigenze della clientela, e, in generale, ogni altra migliore prestazione dovuta ai meriti commerciali dell'impresa, tale condotta deve ritenersi pienamente compatibile con il mantenimento di un sistema concorrenziale di mercato e di conseguenza, lecita.¹⁶⁶ Viceversa, la condotta è abusiva, e quindi vietata, se essa ha quale unico effetto di impedire l'accesso al mercato o di produrre l'estromissione dei concorrenti dal medesimo, senza trovare alcuna motivazione in una migliore *performance* offerta dall'impresa dominante.

¹⁶³ V. sentenza C-85/76, *Hoffmann – La Roche c. Commissione*, cit., par. 91. Tale definizione di abuso è stata poi costantemente ripresa nelle sentenze successive, dalle più risalenti (v. ad es. sentenza C-31/80, *L'Oréal c. PVBA “De Nieuwe AMCK”*, cit., par. 27) alle più recenti delle corti (v. ad es. sentenza T-219/99, *British Airways c. Commissione*, cit. par. 241) e della Commissione (v., a titolo esemplificativo, decisioni nei casi COMP/36.041, *PO/Michelin*, cit., par. 172 e COMP/37.792, *Microsoft*, cit., par. 428).

¹⁶⁴ Il criterio fatto proprio a livello comunitario è quello di “*competition on the merits*”. Il concetto non sembra essere molto diverso da quello usualmente utilizzato dalle autorità *antitrust* americane del “*no economic sense test*” che valuta la razionalità economica delle condotte esaminate, considerando lecite le pratiche che hanno una giustificazione economica oggettiva e che sono dirette a migliorare le prestazioni dell'impresa a favore anche dei consumatori e condannando invece i comportamenti che non abbiano altra motivazione razionale che non sia quella di danneggiare la concorrenza. Altri criteri cui fa riferimento talvolta la dottrina americana per identificare le pratiche abusive, che paiono però sostanzialmente estranei alla logica sviluppata a livello comunitario, sono quelli del *sacrifice test* (di cui il *no economic sense test* è una variante) per cui una condotta è abusiva se, per porla in essere, l'impresa dominante deve fare fronte nel breve a perdite di profitto; *l'as efficient competitor test*, secondo il quale il comportamento è vietato se provoca l'eliminazione di un concorrente efficiente quanto l'impresa leader di mercato (si osservi che tale criterio è stato espressamente richiamato dalla Commissione nella *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, su cui v. *infra*, Cap. 5) e, infine il *consumer welfare test*, ai sensi del quale la condotta costituisce un abuso di mercato se gli effetti anticoncorrenziali non trovano una compensazione in vantaggi per i consumatori.

¹⁶⁵ Si noti che con mezzi “normali” di concorrenza, la giurisprudenza comunitaria si riferisce ad una concorrenza che sia *fondata su migliori prestazioni*. Se si desse al concetto di “normalità” un significato diverso da questo si rischierebbe infatti di considerare normali e quindi lecite alcune condotte che se poste in essere dall'impresa dominante sarebbero evidentemente abusive: si pensi alla pratica delle clausole di esclusiva, degli sconti fedeltà, dei prezzi differenziati, delle prestazioni gemellate o ancora delle fusioni e acquisizioni che non hanno, in sé, nulla di “anormale” e potrebbero essere adottate da imprese non dominanti per rafforzare la loro posizione sul mercato. Cfr. FRIGNANI, *La concorrenza*, cit., p. 199.

¹⁶⁶ Significativo è il passaggio della decisione della Commissione nel caso IV/32.279, *BBI/Boosey & Hawkes*, cit. par. 19, dove si è affermato che l'abuso è “*il comportamento di un'impresa in posizione dominante per estromettere un concorrente dal mercato grazie a mezzi diversi dalla concorrenza legittima fondata sui meriti*” (sottolineato aggiunto).

Il criterio della “concorrenza fondata” sui meriti dell’impresa, idoneo a definire un abuso-monopolizzazione, tuttavia, non è adeguato per individuare un abuso di sfruttamento. Con riferimento alle condotte tenute nei confronti degli utilizzatori o dei fornitori si fa piuttosto uso del criterio di proporzionalità.

In forza di tale principio, i comportamenti tenuti nei rapporti verticali dall’impresa in posizione dominante sono da considerarsi abusivi quando detti comportamenti siano assolutamente sproporzionati rispetto alle finalità perseguite dall’impresa o rispetto a quanto è generalmente posto in essere nella normale pratica commerciale per realizzare il medesimo obiettivo. Se i mezzi predisposti dall’impresa dominante per la tutela delle proprie ragioni commerciali sono eccessivi, la condotta sarà abusiva. Se invece gli strumenti utilizzati per preservare i propri interessi di mercato non siano sproporzionati rispetto all’obiettivo atteso, l’atteggiamento dell’impresa, invece, è pienamente lecito.¹⁶⁷

Ciò detto, è da precisarsi che in sede applicativa l’individuazione di abusi di sfruttamento anche con l’ausilio del criterio di proporzionalità, molto più che l’identificazione di quelli di esclusione, genera numerose difficoltà da un punto di vista sia tecnico sia di politica della concorrenza. In primo luogo, l’accertamento del carattere “eccessivo” di una condotta presuppone la determinazione di un parametro di riferimento, inevitabilmente discrezionale, su cui misurare la “sproporzione” della condotta stessa. In secondo luogo, l’applicazione arbitraria del divieto di pratiche di sfruttamento del potere di mercato può produrre effetti troppo invasivi sul mercato, con il rischio di scoraggiare l’iniziativa di imprese efficienti e la loro stessa competitività. Per tali motivi, sembra sia da preferirsi una attuazione piuttosto limitata del divieto di tali abusi.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Per l’utilizzo di tale criterio, si veda, ad esempio, la sentenza C-127/73, *BRT/SABAM*, cit., dove l’abuso venne individuato nella previsione di alcune clausole, contenute nei contratti tra una società di gestione collettiva dei diritti d’autore e i suoi membri, che restringevano la libertà degli autori più di quanto fosse necessario per una gestione efficiente dei loro diritti. V. anche la sentenza C-27/76, *United Brands*, cit., par. 189-190, dove è riconosciuta alle imprese dominanti la facoltà di preservare i propri interessi commerciali, specie quando siano minacciati, purché però l’eventuale reazione “sia proporzionata alla minaccia”.

¹⁶⁸ Per questi motivi, nei più avanzati ordinamenti *antitrust*, tra cui quello statunitense, i casi di abusi di sfruttamento non figurano nemmeno tra le fattispecie sanzionabili. V. per tali riflessioni, MARCHETTI – UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 2007, p. 2490.

6.2. I CARATTERI DELLO SFRUTTAMENTO ABUSIVO

Per quanto ampiamente diversificata e caratterizzata da specifici elementi distintivi propri delle singole tipologie di abuso, la nozione di sfruttamento abusivo presenta alcuni importanti caratteri comuni, utili per interpretare i diversi casi di comportamento abusivo individuati nel tempo dalla prassi e dalla giurisprudenza comunitaria.

Innanzitutto, la nozione di abuso ha contenuto esclusivamente oggettivo, con la conseguenza che per accertare l'esistenza di un atteggiamento abusivo non è richiesta la sussistenza, in capo all'impresa, né della volontà di danneggiare né tanto meno di una condotta soggettivamente rimproverabile.¹⁶⁹ La sussistenza dell'abuso è di per sé sufficiente ad azionare il divieto ex art. 82 TCE, senza che debba provarsi che l'abuso sia stato intenzionalmente o colposamente commesso dall'operatore dominante. L'esistenza di uno specifico elemento psicologico soggiacente alla condotta può essere tutt'al più, in alcuni casi dubbi, solo un fattore ulteriore utile a far propendere l'organo comunitario per la qualificazione del comportamento in termini di liceità o di illiceità.¹⁷⁰

Del pari irrilevante è il carattere effettivo della pratica posta in essere.¹⁷¹ Per la prova della natura abusiva di una condotta non occorre dimostrare l'esistenza di effetti anticoncorrenziali che si siano prodotti quali conseguenza dalla stessa, ma è sufficiente accertare la potenzialità abusiva del comportamento e quindi la semplice idoneità a provocare gli effetti di esclusione o di sfruttamento sul mercato.¹⁷²

¹⁶⁹ La connotazione esclusivamente oggettiva dell'abuso è stata da tempo affermata dalla giurisprudenza comunitaria: v., a titolo di esempio la sentenza C-6/72, *Continental Can*, cit., par. 29 per cui il rafforzamento della posizione dominante su un determinato mercato, idonea a svantaggiare il consumatore, integra un abuso "a prescindere dalla colpa" e C-85/76, *Hoffmann – La Roche c. Commissione*, cit., par. 91 (lo sfruttamento abusivo è "una nozione oggettiva").

¹⁷⁰ Cfr. le sentenze C-62/86, *Akzo c. Commissione*, cit., par. 72 (nel caso di imposizione di prezzi inferiori alla media dei costi totali, ma superiori alla media dei costi variabili, che di per sé non sono illeciti, è necessario provare l'esistenza di un disegno inteso ad eliminare un concorrente; per la pratica dei prezzi predatori, v. *infra*, par.8.1) e T-228/97, *Irish Sugar c. Commissione*, cit., par. 114. L'elemento psicologico, tuttavia, ha rilevanza con riferimento alle ammende che possono essere emesse ai sensi del Reg. 1/2003, che saranno più onerose nel caso di una condotta intenzionale e più lievi in caso di una pratica solo colposa: cfr. a riguardo quanto affermato ai par. 28-29 degli *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23 paragrafo 2 lettera a), del Regolamento (CE) n. 1/2003*, pubblicati in G.U.U.E. 1 settembre 2006, C 210, p. 2 ss.

¹⁷¹ Per quanto detto sopra, ciò non toglie che la condotta abusiva, benché inefficace, debba comunque essersi verificata in concreto. In caso contrario si punirebbe l'impresa per il solo fatto di detenere la posizione dominante sul mercato che è in contrasto a quanto costantemente affermato dalla prassi comunitaria, v. *supra*, par.6.

¹⁷² Anche il carattere esclusivamente potenziale dell'abuso è stato oggetto di costante riferimento da parte della prassi comunitaria: v. per es. il significativo passaggio in Commissione, 20 luglio 1999, *Coppa del Mondo di calcio 1998*, caso COMP/36.888, par. 100: "l'applicazione dell'art. 82, pur esigendo spesso una valutazione degli effetti del comportamento dell'impresa su un dato mercato, non può essere esclusa nell'ipotesi in cui tali effetti non sussistano. (...) l'art. 82 può essere applicato a situazioni in cui il

Idealmente, quindi, anche tattiche vessatorie o minacce di intimidazione che non raggiungano alcun effetto diretto ad incidere sulla concorrenza e sul mercato potrebbero integrare infrazioni dell'art. 82 TCE.¹⁷³

Se poi il comportamento vietato ha generato degli effetti, non rileva quanto sia sensibile l'eventuale restrizione prodotta sulle condizioni competitive del contesto di riferimento. L'esistenza di una posizione dominante sul mercato è già di per sé tale da indebolire il grado di concorrenza esistente sullo stesso: da ciò deriva che, diversamente da quanto previsto per le intese per cui è esclusa l'applicazione per i casi *de minimis*¹⁷⁴, ogni comportamento abusivo, anche di ampiezza limitata, è in grado di recare pregiudizio alla concorrenza sul mercato ed è pertanto passibile del divieto di cui all'art. 82 TCE.¹⁷⁵

Inoltre, l'art. 82 non presuppone obbligatoriamente la sussistenza di un nesso di causa-effetto tra la posizione dominante e lo sfruttamento abusivo.¹⁷⁶ L'unico legame di causalità richiesto è quello tra il potere di mercato detenuto e gli effetti, attuali o potenziali, che la condotta potrebbe generare sul medesimo. In altri termini, la norma non vieta esclusivamente gli atteggiamenti che, per loro natura, solo un'impresa in

comportamento di un'impresa dominante danneggia direttamente i consumatori pur non esplicando effetti sulla concorrenza" o, ancora, in T-24/93, *Compagnie Marittime Belge Transports e a. c. Commissione*, cit., par. 149 : "(...) qualora una o più imprese in posizione dominante attuino effettivamente una pratica il cui fine sia l'estromissione di un concorrente, il fatto che il risultato atteso non si realizzi non è sufficiente ad escludere la qualifica di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 86 (ora art. 82, n.d.a.) del Trattato". Il concetto è stato ribadito anche in due importanti sentenze più recenti del Tribunale di primo grado: T-219/99, *British Airways c. Commissione*, cit., par. 293 e 30 settembre 2003, *Manufacture Française des Pneumatiques Michelin c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-203/01, in Racc. 2003, II-4071, par. 239 e 241 258, cd. "*Michelin II*".

¹⁷³ A titolo di esempio di atto restrittivo sanzionato ex art. 82 TCE, pur non producendo alcun effetto sul mercato, può essere richiamato la sentenza C-62/86, *Akzo c. Commissione*, cit., par. 76-82, dove la Corte di giustizia ha considerato come condotta abusiva il fatto che Akzo avesse solo minacciato di realizzare una guerra dei prezzi sul mercato degli additivi per farine nei confronti di ECS, se questa avesse deciso di entrare nel mercato delle plastiche in concorrenza con la stessa Akzo.

¹⁷⁴ V. infatti *Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea (de minimis)* in G.U.C.E. 22 dicembre 2001, C 368, p. 13 ss.

¹⁷⁵ Cfr. quanto affermato in C-85/76, *Hoffmann – La Roche c. Commissione*, cit., par. 123, dove pur essendo l'effetto restrittivo della condotta abusiva di Hoffmann-La Roche in alcuni casi prodotto su una quota del 2% delle vitamine del mercato di riferimento, la Corte ha affermato: "*Quando si tratta del comportamento di un'impresa in posizione dominante sul mercato nel quale, di conseguenza, la struttura concorrenziale è già indebolita, qualsiasi ulteriore restrizione di detta struttura concorrenziale può costituire sfruttamento abusivo di posizione dominante*". Cfr. anche, FAULL, NIKPAY, *EC Competition Law*, cit., par. 4.163, dove si analizzano alcuni casi in cui la Corte di giustizia, ai fini dell'accertamento dell'abuso sembra aver richiesto la produzione di effetti sensibilmente diversi.

¹⁷⁶ V. sentenza C-6/72, *Continental Can*, cit., par. 13, per cui "*il problema (...) del nesso di causalità che dovrebbe esistere (...) tra la posizione dominante e il suo sfruttamento è irrilevante: il rafforzamento della posizione occupata dall'impresa può essere abusivo e vietato dall'art. 86 (ora art. 82, n.d.a.) del Trattato, indipendentemente dai mezzi utilizzati a tal fine*".

posizione di dominio può porre in essere¹⁷⁷, ma anche le pratiche che potrebbero essere realizzate da un'impresa qualsiasi, in grado però di generare nel caso concreto un effetto anticoncorrenziale rafforzato proprio perchè il loro autore detiene già una posizione dominante.¹⁷⁸

Può essere considerata abusiva ex art. 82 TCE anche la condotta che un'impresa ponga in essere in un mercato diverso rispetto a quello in cui questa possiede la posizione dominante.¹⁷⁹ Perché le conseguenze anticoncorrenziali prodotte sul mercato non dominato siano effetto dello sfruttamento abusivo della posizione dominante, occorre che il primo mercato sia strettamente connesso con quello dominato.¹⁸⁰

In conclusione a questa rassegna, è opportuno evidenziare un altro importante aspetto proprio del concetto di sfruttamento abusivo elaborato dalle autorità comunitarie, ovvero quello delle eventuali *giustificazioni oggettive* addotte dall'impresa dominante cui sia contestata la condotta abusiva.

Si è visto che l'art. 82 TCE, diversamente dall'art. 81 relativo alle intese, non prevede alcuna forma di esenzione dal divieto di abuso di potere di mercato. Di conseguenza, un'impresa potrebbe essere potenzialmente condannata per sfruttamento abusivo di posizione dominante anche qualora la sua condotta abbia prodotto, contestualmente ad effetti anticoncorrenziali o di sfruttamento, ulteriori conseguenze benefiche per il mercato. Allo stesso modo, una pratica potrebbe essere vietata in quanto abusiva, anche se posta in essere dall'impresa dominante per il perseguimento di un legittimo scopo di tipo commerciale.¹⁸¹

¹⁷⁷ Si pensi ad esempio alla cd. pratica dei prezzi eccessivi che di per sé è più facilmente realizzabile da parte di imprese che abbiano un notevole potere di mercato.

¹⁷⁸ Si ipotizzi ad esempio una semplice riduzione dei prezzi rispetto a quelli praticati dagli altri operatori del mercato, espressione normale di concorrenza.

¹⁷⁹ V. infatti, la sentenza nei casi C-6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Commissione*, cit., par. 21-22 (posizione dominante detenuta nel mercato del nitropropano e dell'aminobutanolo e abuso commesso nel mercato dell'etambutolo), C-62/86, *Akzo c. Commissione*, cit., par. 35-45 (posizione dominante detenuta nel mercato dei perossidi organici e abuso commesso nel mercato degli additivi per farine), e C-333/94, *Tetra Pak c. Commissione*, cit., par. 21-33, (posizione dominante detenuta nel mercato dei cartoni asettici e abuso commesso nel mercato dei cartoni non asettici), Tribunale di primo grado, 12 dicembre 2000, *Aéroport de Paris c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-128/98, in Racc. 2000, II-3929, (l'impugnazione della sentenza del Tribunale è stata poi rigettata da Corte di giustizia, 24 ottobre 2002, *Aéroport de Paris c. Commission delle Comunità europee*, causa C-82/01 P, in Racc. 2002, I-9297), par. 164: "There is no doubt, therefore, that an abuse of a dominant position on one market may be censured because of effects which it produces on another market."

¹⁸⁰ *Ibidem*, par. 164-165.

¹⁸¹ Si pensi ad esempio al caso in cui l'impresa dominante decida di ridurre la propria produzione per specifiche ragioni commerciali diverse dall'eliminazione dei concorrenti o ancora all'ipotesi in cui

Ciò nonostante, nel tempo, le autorità comunitarie hanno sviluppato, anche nell'ambito dell'abuso di posizione dominante, il concetto di "giustificazione oggettiva" per distinguere le condotte che integrano indubbiamente uno sfruttamento abusivo ex art. 82 TCE e le pratiche che, pur presentando le caratteristiche astratte di un comportamento vietato, comportano benefici da un punto di vista concorrenziale o sono destinate esclusivamente a proteggere gli interessi commerciali dell'operatore dominante e non possono pertanto essere qualificate come abusi.¹⁸²

La creazione della nozione di giustificazione oggettiva di origine prettamente giurisprudenziale spiega il motivo per il quale non ne esista una classificazione generale ed applicabile *a priori*, bensì solo singole figure definite di volta in volta e caso per caso.¹⁸³

A ben guardare, la vaghezza di questa nozione altro non è che espressione della stessa genericità del concetto di abuso e dei caratteri essenziali di quest'ultimo così come delineati dalla casistica della prassi comunitaria e sopra riportati. Per tale scarsità di contenuti, che non è andata esente dalle critiche di una certa dottrina¹⁸⁴, nell'applicazione del divieto di abusi un ruolo di primo piano è assegnato, più che al concetto generale di sfruttamento abusivo di posizione dominante, alle singole figure

l'impresa leader si rifiuti di contrarre con un determinato operatore a fronte di reiterati inadempimenti contrattuali di quest'ultimo.

¹⁸² In pratica il bilanciamento dei costi e dei benefici concorrenziali di una condotta nell'ambito dell'art. 82 TCE, diversamente da quanto avviene per le intese dell'art. 81 TCE, non viene scisso nelle due fasi logicamente successive del divieto e dell'esenzione: se una pratica comporta dei benefici concorrenziali o se ha una giustificazione oggettiva che le impedisca di essere valutata come anticompetitiva, ciò implica che non si tratta a priori di un abuso. In questi termini, in particolare, si è espresso l'Avv. generale Jacobs nelle sue conclusioni presentate il 28 ottobre 2004, causa C-53/03, *Synetairismos Farmakopion Aitolias & Akarnasias (Syfait) e altri c. GlaxoSmithKline AEVE*, par. 72. Occorre comunque tenere presente che l'impresa che voglia invocare una giustificazione oggettiva, è tenuta a dimostrare di avere adottato, tra tutte le misure potenzialmente idonee a raggiungere lo scopo, la meno restrittiva, v. sul punto Tribunale di primo grado, 16 settembre 1998, *International Express Carrier Conference c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite T-133/95 e T-204-95, in Racc. 1998, II-3645, par. 102 (la sentenza è stata oggetto di impugnazione davanti alla Corte di giustizia: cfr. sentenze Corte di giustizia, 11 maggio 2000, *Deutsche Post c. IECC e Commissione delle Comunità europee*, causa C-428/98 P, in Racc. 2000, I-3061 e 17 maggio 2001, *IECC c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-450/98 P, in Racc. 2001, I-3947, entrambe di rigetto).

¹⁸³ V. in ogni caso, il tentativo di una parziale classificazione operato da RITTER, BRAUN, *European Competition Law A practitioner's Guide*, cit., pp. 424-425, dove gli autori, nell'ambito dei casi normalmente non considerati come abusi, distinguono le ipotesi di "trivial cases", di circostanze di mercato eccezionali (quali la crisi petrolifera dei primi anni settanta del secolo scorso) e quelli espressamente richiamati ex art. 86, par. 2, TCE ed applicabile alle imprese incaricate di servizi di interesse economico generale. La nozione di giustificazione oggettiva si evolve nel tempo fino a trovare una trattazione sistematica (accanto alla cd. *efficiency defense*) per la prima volta nel *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, pubblicato dalla Commissione nel 2005 su cui v. *infra* Cap. 5.

¹⁸⁴ V. FURSE, *Competition Law*, cit., pp. 252-253 che richiama le critiche di chi considera troppo ampi i criteri di individuazione della fattispecie di sfruttamento abusivo di posizione dominante.

sintomatiche di quest'ultimo, di cui si cercherà di dare una breve e sintetica rassegna nei paragrafi seguenti.¹⁸⁵

7. LE PRINCIPALI PRATICHE ABUSIVE

L'art. 82 del Trattato dopo aver sancito l'incompatibilità con il mercato comune dello sfruttamento abusivo di una posizione dominante, detenuta nel medesimo o in una sua parte sostanziale, al comma 2 fornisce alcuni esempi di comportamenti che, se posti in essere dall'impresa in posizione di dominio, integrano gli estremi dell'abuso.

L'elenco considerato alle lettere da a) a d) dell'art. 82 TCE, però, è espressione solo di una minima parte delle pratiche che vengono generalmente ritenute abusive, le quali, in concreto, possono assumere forme assai diversificate.

Allo scopo di semplificare la trattazione e l'individuazione delle varie condotte vietate, la dottrina ha proposto numerose classificazioni delle fattispecie di abuso. Tra queste, appare particolarmente utile quella che considera le diverse ipotesi di sfruttamento a seconda del mezzo utilizzato per realizzare l'abuso.

Da tale punto di vista, si è soliti distinguere le pratiche abusive sui prezzi, le condotte che si sostanziano in un rifiuto di contrarre, i comportamenti discriminatori, le pratiche di gemellaggio nonché una serie di altri atteggiamenti dannosi e difficilmente classificabili in un unico *genus*.

Si deve precisare tuttavia che, per quanto valida, anche tale classificazione non è perfetta. Tracciare una linea di demarcazione netta tra una categoria di abuso e l'altra è, infatti, praticamente impossibile, dal momento che le diverse condotte esaminate integrano spesso fattispecie complesse con connotati riferibili contemporaneamente ad una pluralità di pratiche vietate.

7.1. LE PRATICHE ABUSIVE SUI PREZZI

Un sistema economico perfettamente concorrenziale determina una riduzione dei prezzi a favore degli utilizzatori e una migliore allocazione delle risorse. In contesti dove la concorrenza è falsata, invece, i prezzi sono fissati a livelli artificialmente elevati in modo da avvantaggiare le imprese con maggior potere di

¹⁸⁵ La tradizionale distinzione tra diverse tipologie di pratiche abusive verrà messa in discussione nell'attività di riflessione sorta a livello comunitario attorno al *Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, su cui v. più ampiamente *infra*, Cap. 5.

mercato e da escludere i concorrenti più deboli. Non è un caso, pertanto, che tra le più frequenti pratiche abusive siano annoverate le condotte che operano sui prezzi dei prodotti o dei servizi forniti dall'impresa in posizione dominante.

L'art. 82, co. 2, lett. a), TCE, in particolare, ravvisa una pratica abusiva: “nell'imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque”.

Tipico esempio di tale condotta abusiva è la cd. *pratica dei prezzi eccessivi* realizzata dall'impresa dominante portando i prezzi ad un livello superiore a quello che le sarebbe consentito in un mercato concorrenziale e mantenendo, per contro, invariata la produzione.¹⁸⁶

In particolare, sussiste abuso quando il prezzo praticato dall'impresa dominante è fissato a livelli esageratamente più alti rispetto al valore economico del bene o della prestazione fornita.¹⁸⁷ Per verificare l'iniquità del prezzo imposto, si fa ricorso ad una dettagliata analisi dei costi strutturata, innanzitutto, sul confronto tra il prezzo di vendita del prodotto e il costo di produzione nonché su una comparazione tra il prezzo del prodotto e quello praticato dai prodotti concorrenti.¹⁸⁸

Benché apparentemente semplice, la valutazione in merito alla congruità del prezzo fissato dal produttore è soggetta a numerose variabili quali, la tipologia dei prodotti o dei servizi in questione, le caratteristiche del mercato di riferimento e la posizione dei concorrenti.¹⁸⁹

¹⁸⁶ In tal modo, l'impresa dominante si appropria così di un sovrapprofitto, la cd. “rendita del monopolista”.

¹⁸⁷ V. sentenza C-27/76, *United Brands*, cit., par. 250-252.

¹⁸⁸ Tale approccio all'analisi della pratica dei prezzi eccessivi trae origine dal pluricitato caso C-27/76, *United Brands*, par. 235-268. Nell'analisi della vicenda, la Commissione aveva rilevato che i prezzi imposti dalla United Brands Corporation (UBC) ai clienti tedeschi, danesi, olandesi, belgi e lussemburghesi erano notevolmente più alti di quelli praticati ai clienti irlandesi (talvolta in misura superiore al 100%). Senza analizzare la struttura dei costi dell'impresa e ritenendo indicativi i prezzi operati in Irlanda, la Commissione aveva considerato eccessive le differenze di prezzo praticate dalla UBC nel resto dell'Europa ed aveva pertanto condannato quest'ultima per abuso mediante prezzi eccessivi. In sede di appello della decisione della Commissione, la Corte ha riformato il giudizio, precisando che la Commissione avrebbe dovuto procedere ad un esame dei costi sostenuti dalla UBC per la vendita delle banane ai maturatori-distributori europei e ad una comparazione dei prezzi con quelli utilizzati dagli altri operatori nel mercato di riferimento. Così facendo, la Corte ha ricavato che i prezzi della UBC erano superiori a quelli dei concorrenti di una percentuale massima del 7% (mentre la Commissione aveva valutato tale differenza in una quota compresa del 30/40%) ed ha pertanto annullato l'addebito di abuso per prezzi eccessivi precedentemente indirizzato alla UBC.

¹⁸⁹ Di tale complessità è conscia anche la Corte di giustizia: cfr. quanto affermato nella sentenza C-27/76, *United Brands*, cit., par. 254, dove essa parla di “difficoltà non trascurabili, e talora enormi”. Tale difficoltà è resa evidente anche di recente dai due casi relativi al porto di Helsingborg, dove la valutazione del carattere iniquo delle tariffe imposte per i servizi di traghetti era resa difficile dalla mancanza di elementi di comparazione utili, v. infatti Commissione, 23 luglio 2004, *Scandlines Sverige AB c. Porto di Helsingborg*, caso COMP/36.568, e *Sundbusserne c. Porto di Helsingborg*, caso COMP/36.570. Si veda

Quando possibile, perciò, le autorità comunitarie hanno fatto riferimento a criteri di valutazione già preventivamente fissati (tariffe, prezzi fissati da autorità in settori regolamentati, studi di costo realizzati da organismi terzi etc.).¹⁹⁰

A ciò si aggiunga che il perseguimento di tale pratica abusiva presenta il forte rischio di risolversi nell'imposizione di un prezzo astrattamente "giusto" e nell'individuazione di margini di profitto "adeguati" per l'impresa dominante e, conseguentemente, nell'adozione da parte delle autorità comunitarie di atteggiamenti di tipo regolatorio ed invasivo rispetto all'autonomia di cui deve godere l'impresa nella sua organizzazione economica.

Da qui una certa ritrosia da parte delle autorità *antitrust* ad applicare tale disciplina al di fuori di rare occasioni in cui la fissazione del prezzo, oltre che gravosa, appare evidentemente irrazionale.

La pratica dei prezzi elevati, quando accertata, spesso si accompagna ad altre forme di abuso (si pensi alle pratiche discriminatorie o di gemellaggio) e si inserisce in complesse strategie di sfruttamento del mercato: se perseguita da sola oltre il breve periodo, rischia anzi di provocare un aumento della concorrenza sul mercato, dovuto all'ingresso di nuovi soggetti attirati dagli alti prezzi e della buona redditività riscontrata nel settore.¹⁹¹

anche l'interessante analisi di MELI, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante l'imposizione di prezzi non equi*, Milano, 1989, p. 137.

¹⁹⁰ V. ad es. la sentenza C-27/76, *United Brands*, cit., par. 255, che richiama uno studio effettuato dalla Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo relativa alla produzione delle banane; la sentenza della Corte di giustizia, 11 aprile 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen e.a. c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, causa C-66/86, in Racc. 1989, 803, punto c), dove per valutare il carattere eccessivo della tariffa imposta da un'impresa di trasporto aereo agli altri vettori aerei destinati a coprire la stessa rotta, la Corte ha fatto uso della direttiva 87/601/CEE relativa le linee di condotta da seguire da parte delle autorità aeronautiche in materia di approvazione delle tariffe; 17 luglio 1997, *GT-Link A/S c. De Danske Statsbaner*, causa C-242/95, in Racc. 1997, I-4449, par. 38-40, dove la Corte ha rimandato la determinazione dell'iniquità delle tasse applicate dall'impresa proprietaria di un porto commerciale ai servizi di traghetto, al giudice nazionale.

¹⁹¹ Si noti infine che i principi riferibili alla pratica dei prezzi eccessivi sono in generale trasponibili anche alle condotte caratterizzate dall'imposizione di condizioni contrattuali inique. V. ad es. caso C-127/73, *BRT/SABAM*, cit., par. 6-15, in cui una società in posizione dominante incaricata dello sfruttamento dei diritti d'autore richiedeva ai propri membri di cedere globalmente tutti i diritti d'autore, presenti e futuri, senza distinguere tra le diverse forme di sfruttamento normalmente riconosciute, o ancora il caso 5 ottobre 1988, *Alsatel c. Novasam*, causa C-247/86, in Racc. 1988, 5987, par. 10, dove l'imposizione nei contratti di affitto di materiale telefonico di una clausola che consentiva a Alsatel di aumentare unilateralmente il canone di affitto e di prolungare automaticamente a 15 anni la durata dell'affitto è stata considerata eccessiva.

Un'altra condotta riconducibile alla pratica dei prezzi non equi consiste al contrario nell'applicazione di prezzi eccessivamente bassi di vendita o fornitura dei beni e servizi (cd. *pratica dei prezzi predatori* o delle *vendite sottocosto*).¹⁹²

Con tale espressione ci si riferisce all'atteggiamento dell'impresa che deliberamente decide di vendere i propri prodotti ad un prezzo non proficuo con lo scopo, dopo avere eliminato la concorrenza, di recuperare le perdite subite mediante l'imposizione di un prezzo sovra concorrenziale.

Come nel caso dei prezzi eccessivamente elevati, anche l'analisi della pratica dei prezzi predatori, impone di individuare un parametro minimo, superato il quale un prezzo è da considerarsi eccessivamente basso e quindi abusivo.

Sulla scia di quanto sostenuto dalla dottrina economica¹⁹³, le autorità comunitarie hanno sviluppato in materia alcuni principi che identificano tre differenti casi.¹⁹⁴

Se il prezzo praticato dall'impresa dominante è inferiore alla media dei costi variabili (ovvero i costi dell'impresa che cambiano in relazione alle quantità di bene prodotte), esso deve ritenersi abusivo. La vendita di ogni singolo pezzo, praticata a queste condizioni, comporta infatti una perdita netta che comprende i costi fissi (quelli che rimangono invariati indipendentemente dalla quantità di beni prodotti) e parte dei costi variabili. Va da sé che l'unico interesse che potrebbe avere l'impresa a imporre un tale livello di prezzo è evidentemente quello di eliminare i concorrenti per poi aumentare i prezzi ad un tasso di prezzo monopolistico e coprire le perdite sopportate.

Se il prezzo praticato dall'impresa in posizione dominante è superiore alla media dei costi variabili ma comunque inferiore alla media dei costi totali (quindi ai costi fissi più i costi variabili), questo deve ritenersi abusivo solo qualora sia provata la

¹⁹² Si parla anche di prezzi di esclusione o, con terminologia inglese, di "*predatory price cutting*".

¹⁹³ La regola recepita dalla prassi comunitaria è la cd. "Areeda & Turner rule" dal nome dei suoi ideatori.

¹⁹⁴ La disciplina in materia di prezzi predatori trova le sue origini nella sentenza della Corte C-62/86, *Akzo c. Commissione*, cit., par. 71 e 72. I medesimi principi hanno trovato applicazione nei casi C-333/94, *Tetra Pak c. Commissione*, cit., par. 41-43 e nel giudizio della Commissione 16 luglio 2003, *Wanadoo Interactive*, caso COMP/38.233, par. 256 ss. (la decisione è stata oggetto di ricorso avanti al Tribunale di primo grado che l'ha confermata: cfr. Tribunale di primo grado, 30 gennaio 2007, *France Télécom c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-340/03, in Racc. 2007, II-107; al momento, la sentenza del Tribunale è oggetto di impugnazione avanti alla Corte di Giustizia, causa C- 202/07 P). Un parametro diverso è stato invece usato nella decisione della Commissione, 20 marzo 2001, *Deutsche Post AG*, caso COMP/35.141, par. 35-36, dove si è fatto uso della nozione di "costo incrementale" ovvero del costo che l'impresa deve sostenere per produrre ogni nuova unità; si noti che, vista la novità del parametro utilizzato, la Commissione non ha ritenuto opportuno applicare ammende nel caso di specie (cfr. par. 47).

volontà di eliminare, mediante tale sistema, i concorrenti¹⁹⁵. Tale pratica infatti può estromettere dal mercato tutte quelle imprese che, benché altrettanto efficienti rispetto all'impresa leader di mercato, non hanno risorse finanziarie tali da poter resistere a lungo termine a tale regime di costi.¹⁹⁶

Infine, i prezzi fissati al di sopra dei costi medi totali generalmente non sono da considerarsi predatori.

La prova della possibilità per l'impresa dominante di recuperare le perdite dopo la vendita sottocosto, invece, non è considerata un requisito essenziale per il riconoscimento della natura abusiva della condotta.¹⁹⁷

Ciò non esclude tuttavia che, affinché la condotta predatoria possa anche solo potenzialmente produrre i suoi effetti, è necessaria la presenza di alte barriere all'entrata del mercato (quali ad es. forti economie di scala, una notevole differenziazione dei prodotti, la necessità di provvedere ad ingenti investimenti), in mancanza delle quali, al momento del rialzo dei prezzi da parte dell'impresa dominante si produrrebbe l'ingresso di nuovi operatori con il vanificarsi della possibilità di realizzare profitti anticompetitivi da parte dell'impresa dominante. Allo stesso modo, affinché una tale pratica possa avere successo, l'impresa leader deve disporre di notevole capacità produttiva se vuol far fronte alla crescente domanda del bene prodotto, la cui richiesta è destinata ad aumentare con la riduzione del prezzo al di sotto del livello di costo: se così non fosse i consumatori per rifornirsi sarebbero costretti a rivolgersi comunque alla concorrenza permettendone così la sopravvivenza.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Si è in presenza quindi di un'eccezione rispetto alla regola della nozione oggettiva di "sfruttamento abusivo", v. *supra*, par. 6.2.

¹⁹⁶ Nonostante quanto affermato, nella sentenza C-62/86, *Akzo c. Commissione*, cit., par. 106-109 (dove i prezzi considerati erano superiori ai costi variabili medi ma inferiori ai costi totali medi), la Corte, dopo aver escluso la natura predatoria dei prezzi praticati da Akzo sulla base di una valutazione di tipo oggettivo, con un ragionamento circolare, ha finito per dedurre l'intento predatorio proprio dal livello dei prezzi applicati. In ogni caso, il dossier analizzato comprendeva significative prove di minacce nei confronti di ECS, la principale concorrente alla cui eliminazione era destinato il piano, e note della direzione di Akzo con progetti dettagliati delle misure da prendere nel caso in cui ECS non avrebbe desistito dal fare concorrenza etc.(v. par. 76-82). V. anche la sentenza del Tribunale in T-340/03, *France Télécom c. Commissione*, cit., par. 195-216.

¹⁹⁷ V. quanto sostenuto nella sentenza C-333/94, *Tetra Pak c. Commissione*, cit., par. 44 dove la Corte non ha ritenuto opportuno: "esigere anche, come prova supplementare, la dimostrazione del fatto che la Tetra Pak disponeva di un'effettiva possibilità di recupero delle perdite incorse. Infatti, una pratica di prezzi predatori deve potersi sanzionare non appena sussista il rischio di eliminazione dei concorrenti." Ciò, perché "l'obiettivo perseguito che è quello di preservare una concorrenza non falsata non consente di aspettare che una strategia del genere pervenga all'effettiva eliminazione dei concorrenti". Cfr. anche la sentenza del Tribunale in T-340/03, *France Télécom c. Commissione*, cit., par. 224-228.

¹⁹⁸ Forti critiche sulla razionalità di una tale pratica predatoria sono espresse dagli studiosi sia italiani che stranieri: v. per il dibattito esistente in materia, BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, cit., p. 280 ss. Si deve segnalare, altresì, che la pratica delle vendite sottocosto risponde a volte ad esigenze legittime

Possono essere ricondotte alla pratica dei prezzi predatori alcune altre pratiche abusive sui prezzi, meno diffuse, ma non meno importanti.

Si tratta delle ipotesi dei cd. *sussidi incrociati* (o *cross-subsidiation*), tipiche dei casi in cui un'impresa attiva in due o più mercati geografici o del prodotto "carica" tutti o parte dei costi sul bene offerto nel mercato dominato per alleggerire il prezzo dei prodotti offerti su altri mercati, dove può così rafforzare la sua posizione a scapito dei concorrenti.¹⁹⁹

Un'ulteriore pratica abusiva vietata è quella dei cd. "prezzi forbice", meglio conosciuta con il termine inglese di "*price squeeze*". Con tale espressione si identifica l'ipotesi in cui un'impresa, che ha una posizione dominante sul mercato di un prodotto-base ed utilizza una parte della sua produzione nella fabbricazione di un bene più elaborato mentre rivende l'altra parte sul mercato, fissa i prezzi a cui rivende la produzione ai terzi ad un livello tale che questi non possono rimanere competitivi sul mercato del prodotto finito.²⁰⁰

Tra le condotte abusive sui prezzi, infine, possono essere annoverate anche le *pratiche degli sconti fidelizzanti*.

e non perseguibili ai fini *antitrust*: si pensi ai casi delle vendite promozionali, alla vendita di prodotti che stanno per divenire tecnologicamente superati o a casi di sovra capacità che impongono all'impresa di smaltire gli stock in eccedenza. Non è escluso, infine che, in alcuni casi limite, la vendita sottocosto può avere persino risultati benefici per la concorrenza e per gli utilizzatori in genere, consentendo di fatto l'eliminazione dal mercato dei concorrenti meno efficienti e più costosi.

¹⁹⁹ Usualmente i casi di *cross-subsidiation* sono stati analizzati in ipotesi di monopolio o comunque di mercati riservati: v. ad es. la decisione della Commissione nel caso COMP/35.141, *Deutsche Post AG*, cit. dove la Commissione condannò Deutsche Post per aver offerto il proprio servizio di inoltro pacchi (soggetto alla concorrenza) sottocosto, sovvenzionandolo attraverso gli utili derivanti dal settore (riservato) di recapito postale. Tra l'altro l'attività di sussidi incrociati è espressamente vietata negli *Orientamenti relativi all'applicazione delle regole di concorrenza al settore delle telecomunicazioni*, della Commissione, par. 102-110 in G.U.C.E. 6 settembre 1991, C 233, nonché nella *Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza al settore postale e sulla valutazione di alcune misure statali relative ai servizi postali*, par. 3, in G.U.C.E. 6 febbraio 1998, C 39, p. 2 ss.

²⁰⁰ V. per una definizione di tale condotta, Tribunale di primo grado, 30 novembre 2000, *Industrie des Poudres Sphériques SA c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-5/97, in Racc. 2000, II-3755, par. 178. V. per degli altri esempi, Commissione, 21 maggio 2003, *Deutsche Telekom AG*, casi COMP/37.451, 37.578 e 37.579, par. 102 ss., dove si è appurato che Deutsche Telekom applicava ai concorrenti prezzi all'ingrosso per l'accesso al "local loop" più alti dei prezzi praticati al dettaglio ai suoi abbonati privati (la decisione è stata peraltro confermata da Tribunale di primo grado, 10 aprile 2008, *Deutsche Telekom AG c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-271/03, al momento inedita; la sentenza del Tribunale è ora oggetto di impugnazione avanti alla Corte di giustizia, *Deutsche Telekom AG c. Commissione delle Comunità europee*, procedimento C-280/08 P). Più di recente, si veda anche la decisione della Commissione, 4 luglio 2007, *Wanadoo Espana c. Telefonica*, caso COMP/38.784, spec. par. 285 ss., dove la compagnia telefonica nazionale spagnola è stata condannata per aver applicato prezzi di accesso alla rete internet a banda larga molto più alti ai propri competitors rispetto a quelli applicati ai suoi abbonati privati, con l'evidente finalità di escludere i concorrenti dal mercato finale di fornitura di servizi internet a banda larga (la decisione è al momento oggetto di ricorso avanti al Tribunale di primo grado, *Regno di Spagna c. Commissione delle Comunità europee*, procedimento T-398/07).

Gli sconti accordati ai clienti da un'impresa in posizione dominante integrano una fattispecie abusiva qualora siano predisposti in modo da fidelizzare il cliente e a creare un rapporto di esclusiva che impedisce o rende più oneroso l'accesso al mercato degli altri concorrenti.²⁰¹

Tra le pratiche scontistiche si annoverano gli *sconti di fedeltà puri* (cd. “*fidelity*” o “*loyalty rebates*”) sono accordati in cambio dell'impegno del cliente a non rifornirsi presso le imprese concorrenti.²⁰²

Gli *sconti sugli obiettivi di vendita* (cd. *sconti target*), invece, sono gli sconti praticati dall'impresa dominante ai clienti distributori in funzione del volume degli acquisti effettuati in un dato periodo di riferimento, nell'ipotesi in cui detti acquisti raggiungano gli obiettivi fissati dal fornitore.²⁰³

Rientrano tra gli sconti vietati anche gli sconti selettivi ovvero i ribassi riconosciuti selettivamente solo ad alcuni dei propri clienti, quando siano praticati per

²⁰¹ L'effetto di chiusura del mercato alla concorrenza generato dai rapporti di esclusiva viene solitamente identificato con il termine inglese di “*foreclosure*”. Per tale effetto, le pratiche di sconti fidelizzanti vengono per lo più ricondotte al divieto ex art. 82, co. 2, lett. b), TCE, per cui le condotte abusive vietate possono consistere: “*nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori*”. In taluni casi possono essere fatte rientrare nel caso sub art. 82, co. 2, lett. c) TCE, ovvero nell'ambito delle pratiche discriminatorie.

²⁰² Tali pratiche hanno un evidente intento escludente, poiché mirano ad ostacolare l'accesso agli sbocchi sul mercato da parte delle altre imprese sul mercato (v. quanto espresso nella sentenza C-40/73, *Suiker Unie e a. c. Commissione*, cit., par. 518, dove la Corte ha affermato che lo sconto fedeltà “*mira ad impedire, mediante la concessione di un vantaggio finanziario, che i clienti si riforniscano presso i produttori concorrenti*”). In più, esse non hanno alcuna giustificazione economica razionale, non essendo dovute al trasferimento sul cliente di risparmi di economie di scala o di transazione.

²⁰³ La prassi più utilizzata consiste nell'applicare tali sconti retroattivamente sulla base dei dati degli acquisti realizzati nel periodo concordato. La Commissione e i giudici comunitari hanno individuato una serie di fattori che, se presenti, sono suscettibili di rendere abusiva tale pratica: tra i più significativi, si possono citare: i) l'utilizzo, ai fini dell'applicazione dello sconto di un periodo di riferimento lungo rispetto a quanto normalmente praticato nel settore (cfr. caso C-322/81, *Michelin c. Commissione*, cit., dove il periodo per la concessione dello sconto era di un anno, par. 81: “*qualsiasi sistema di sconti concessi in funzione delle quantità vendute nel corso di un periodo di riferimento relativamente lungo esercita necessariamente, alla fine del periodo di riferimento, una maggior pressione sull'acquirente, che è spinto ad acquistare il quantitativo necessario per ottenere il vantaggio o per non subire la perdita prevista per l'intero periodo*”). Gli sconti, tuttavia, sono stati considerati abusivi anche se previsti su periodi più brevi, cfr. caso T-219/99, *British Airways c. Commissione*, cit. - periodo di un 1 mese); ii) il richiamo ad obiettivi di vendita progressivamente crescenti rispetto a quanto previsto per il periodo precedente; iii) la progressione “geometrica” dei tassi di sconto accordati rispetto agli obiettivi realizzati (cfr. caso T-219/99, *British Airways c. Commissione*, cit., par. 272-273); iv) la mancata trasparenza del sistema scontistico (si veda ancora la sentenza C-322/81, *Michelin c. Commissione*, cit., par. 83 “*per effetto della mancanza di trasparenza di tutto il sistema degli sconti della NBIM (Michelin, n.d.a.), le cui modalità del resto sono più volte cambiate nel corso del periodo di cui trattasi, e del fatto che né la scala degli sconti, né gli obiettivi di vendita ed i relativi sconti erano comunicati per iscritto ai rivenditori, questi si trovavano in una situazione di incertezza e non potevano generalmente prevedere con sicurezza le conseguenze del conseguimento o del mancato conseguimento dei loro obiettivi*”). Si noti che è stato considerato quale ulteriore indice del carattere abusivo della pratica scontistica, l'applicazione degli sconti alla totalità del fatturato anziché all'incremento ottenuto rispetto al target di acquisto (v. la decisione della Commissione nel caso COMP/39.116, *Coca-Cola*, cit., par. 32).

fidelizzare alcuni di essi ed estromettere così i principali concorrenti.²⁰⁴ Così, sono stati considerati incompatibili con il mercato comune anche i cd. “*top-slices rebates*”.²⁰⁵

Sono invece generalmente leciti gli *sconti quantitativi*, ovvero gli sconti concessi in misura proporzionale ai volumi acquistati dai clienti. Se applicati in modo non discriminatorio, essi infatti sono destinati a distribuire pro quota i risparmi di efficienza realizzati in funzione delle quantità prodotte dall'impresa dominante.²⁰⁶

7.2. IL RIFIUTO DI CONTRARRE (RINVIO)

Tra le fattispecie vietate di cui all'art. 82, co. 2 lett. b) rientra il cd. *rifiuto di contrarre* (o “*refusal to deal*”).

Con tale espressione si identifica il caso in cui un'impresa titolare in esclusiva, o comunque dominante sul mercato di una risorsa indispensabile per la produzione di un bene secondario, rifiuti di fornire, o continuare a fornire, tale risorsa alle imprese produttrici del prodotto derivato.

Lo scopo perseguito dall'impresa è evidentemente quello di escludere i concorrenti e monopolizzare così il mercato secondario.

Nell'ambito del rifiuto a contrarre rientra anche la cd. dottrina delle “*essential facilities*”, teoria elaborata nel diritto *antitrust* americano secondo cui commette un abuso di posizione dominante l'impresa detentrica di un'infrastruttura essenziale (cd. “*essential facility*”), il cui accesso da parte di imprese terze è indispensabile per operare nel mercato a valle, che neghi tale accesso ai concorrenti su detto mercato secondario o imponga a questi ultimi condizioni particolarmente gravose ed inique.

²⁰⁴ V. la decisione della Commissione, 14 maggio 1997, *Irish Sugar*, casi IV/34.621 e IV/35.059 dove è stato considerato abusivo il comportamento di Irish Sugar che aveva praticato alcuni sconti speciali a dettaglianti stabiliti al confine con l'Irlanda del Nord, allo scopo di dissuaderli dall'importare zucchero da quelle zone dove notoriamente il prezzo dello zucchero era più basso di quello praticato nell'Eire. Per una valutazione critica del caso, v. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, cit., pp. 268-272.

²⁰⁵ Tali forme di sconto si praticano nei mercati in cui gli acquirenti sono soliti acquistare gran parte dei prodotti utili alla produzione dei propri beni presso un unico fornitore dominante; le restanti parti, spesso secondarie, utili alla produzione del bene (cd. “*top slice*”) sono acquistate altrove. In tali casi il fornitore dominante può commettere un abuso qualora induca gli acquirenti a rifornirsi delle parti *top slices* praticando su di essi speciali sconti.

²⁰⁶ La base di tale assunto si trova nella cd. “*teoria del grande cliente*” secondo la quale le riduzioni di prezzo praticate a chi effettua ordini ingenti e costanti, tali da determinare una riduzione dei costi di fabbricazione del prodotto, e non invece a chi non garantisce una domanda analoga, non può essere considerata abusiva. Si noti, tuttavia, che anche gli sconti quantitativi, di per sé solitamente leciti, possono risultare abusivi qualora assumano le caratteristiche degli sconti target (ad es. periodi di riferimento per il calcolo dello sconto particolarmente lunghi, l'opacità del sistema scontistico, versamento tardivo degli sconti, tale da creare un incentivo al rinnovo dell'impegno di acquisto per il periodo successivo etc.). Cfr. a riguardo, sentenza T-203/01, *Michelin c. Commissione*, cit., par. 48-114.

Il rifiuto di contrarre è diffusamente analizzato nel capitolo successivo.

7.3. LE PRATICHE ABUSIVE DISCRIMINATORIE

L'art. 82, co. 2, lett. c), TCE, considera abusive le cd. *pratiche discriminatorie*, consistenti “nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza”.²⁰⁷

Perché vi sia discriminazione da parte dell'impresa dominante occorre si verifichino due condizioni.

In primo luogo, è necessario siano state applicate “condizioni dissimili per prestazioni equivalenti”²⁰⁸; in secondo luogo, che in ragione della condotta tenuta dall'impresa in posizione egemone, si sia prodotto uno svantaggio competitivo in capo al soggetto discriminato.²⁰⁹

La valutazione dell'equivalenza tra due o più prodotti o servizi è un'operazione fortemente discrezionale: escludendo che con tale termine si intenda uguaglianza tra prestazioni, nell'esame del concetto di equivalenza sono state utilizzate numerose variabili, quali, ad esempio, la composizione dei prodotti, la qualità, varietà, i tempi di consegna, i costi di commercializzazione (i costi pubblicitari o di imposta) etc. Il metodo più semplice per concludere che due beni sono tra loro equivalenti è, di solito, quello di dimostrare che i costi di produzione o di fornitura dei due prodotti sono analoghi.

²⁰⁷ Si noti che le pratiche discriminatorie possono essere annoverate sia tra gli abusi di sfruttamento (si pensi ad esempio al caso di un'impresa dominante che applichi prezzi diversi a tipologie di clienti che hanno un grado di referenza differente rispetto ad un certo prodotto: v. C-27/76, *United Brands*, cit., par. 204-234) sia tra gli abusi di esclusione (si ipotizzi ad esempio il caso di un'impresa dominante che adotti un atteggiamento differenziato nei confronti dei suoi clienti in un mercato a valle, con l'intento di entrare in quest'ultimo e di monopolizzarlo, v. ad es. Commissione, 2 giugno 2004, *Clearstream*, caso COMP/38.096 par. 303-337).

Esistono diverse forme di discriminazione: la prima si basa sulle diverse forme di manifestazione della discriminazione – (i) trattamento diseguale di fattispecie uguali; (ii) trattamento uguale di fattispecie diseguale; (iii) trattamento diseguale di fattispecie diseguali, nel caso in cui la disuguaglianza di trattamento non sia proporzionale alla disuguaglianza tra fattispecie; un'altra si basa sugli effetti provocati dalla condotta discriminatoria, a seconda che siano prodotti: (i) tra l'impresa dominante e i concorrenti (*primary-line competition*); tra l'impresa discriminata e i suoi concorrenti (*secondary-line competition*); (iii) fra gli acquirenti dei discriminati (*third-line competition*).

²⁰⁸ Ovvero, in alternativa, condizioni equivalenti per prestazioni diverse.

²⁰⁹ A ciò si aggiunga, per quanto non specificato, all'art. 82, co. 2, lett. c), che affinché la pratica discriminatoria abbia successo devono esistere diversi gruppi di clienti, la cui domanda è caratterizzata da una diversa elasticità e tra i quali non sia possibile alcuna forma di arbitraggio. Un autore fa notare che l'utilizzo del termine “contraenti” da parte dell'art. 82 TCE non deve trarre in inganno: può succedere infatti che il discriminato sia un “partner mancato proprio perché a causa della discriminazione non ha voluto (...) o potuto (...) concludere il contratto”: v. FRIGNANI, *La concorrenza*, cit., p. 215.

Ai sensi dell'art. 82 TCE, inoltre, la pratica discriminatoria deve essere suscettibile di creare uno svantaggio concorrenziale sugli altri operatori di mercato. Non c'è discriminazione, invece, se, a seguito del vantaggio concordato ad un determinato cliente, non si produce alcun danno in capo ai concorrenti. Le autorità comunitarie, tuttavia, non sembrano aver dato mai troppa importanza a tale secondo requisito: in alcuni casi, infatti, esso è stato completamente ignorato²¹⁰, in altri è stato ritenuto sussistere *in re ipsa*.²¹¹

Tra le fattispecie discriminatorie più diffuse si annoverano la *discriminazione sui prezzi*, destinata ad applicare prezzi diversi o per clienti differenti o per aree geografiche diverse²¹², e la *discriminazione basata sulla nazionalità dei contraenti*.²¹³

²¹⁰ Cfr. ad es. C-27/76, *United Brands*, cit.

²¹¹ V. ad es. T-228/97, *Irish Sugar c. Commissione*, cit., par. 170.

²¹² La condanna di tale tipo di condotta ha, in tal caso, l'ulteriore scopo di evitare la segmentazione dei mercati e quindi ogni impedimento alla formazione del mercato unico. Per i casi più importanti di discriminazione sui prezzi praticata su basi geografiche, si vedano sentenza C-27/76, *United Brands*, cit., in cui la Corte ha rilevato che UBC vendeva banane ai maturatori – distributori dei diversi Paesi membri a prezzi considerevolmente diversi, senza che tali differenze fossero giustificate da differenze di qualità del prodotto, diverse condizioni di vendita o diversi costi di trasporto (i porti tramite i quali le banane arrivavano in Europa erano sempre Bremerhaven o Rotterdam). Si veda anche caso IV/31.043, *Tetra Pak II*, cit., dove la Commissione (e poi, il Tribunale di primo grado nella sentenza resa nel caso T-83/91, cit.), ha condannato, in quanto discriminatoria, l'applicazione da parte di Tetra Pak di prezzi di vendita per i suoi cartoni estremamente diversi a seconda degli Stati membri. Con riferimento a tali *leading cases* in materia di discriminazione sui prezzi, cfr. tra gli altri, FAULL, NIKPAY, *EC Competition Law*, cit., par. 4.406. Cfr. comunque con quanto affermato nel caso ex art. 81 TCE, Tribunale di primo grado, 27 settembre 2006, *GlaxoSmithKline Services c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-168/01, in Racc. 2006, II- 2969, par. 177: “dalla giurisprudenza alla quale fa riferimento la Commissione emerge che l'art. 82, lett. c), CE non osta a che un'impresa in posizione dominante fissi prezzi differenziati nei vari Stati membri, in particolare quando le differenze di prezzo siano giustificate da variazioni nelle condizioni dello smercio e nell'intensità della concorrenza, ma le vieta di praticare differenze di prezzo artificiali nei vari Stati membri tali da comportare uno svantaggio per i suoi clienti e da falsare la concorrenza, nel contesto di una compartimentazione artificiale dei mercati nazionali”. La sentenza è al momento oggetto di impugnazione davanti alla Corte di Giustizia: *GlaxoSmithKline Services c. Commissione delle Comunità europee*, procedimento C-501/06 P, *Commissione delle Comunità europee c. GlaxoSmithKline Services*, procedimento C-513/06 P, *EAEPC c. GlaxoSmithKline Services*, procedimento C-515/06 P, *Aseprofar c. GlaxoSmithKline Services*, procedimento C-519/06 P.

²¹³ Quest'ultima pratica, in particolare, oltre a contravvenire alle disposizioni previste a tutela di un sano assetto concorrenziale sul mercato unico, viola anche una disposizione generale del Trattato, l'art. 12, per cui, nell'ambito della Comunità, è vietata ogni discriminazione basata sulla nazionalità. Si veda il recente caso affrontato dalla Corte di giustizia, 29 marzo 2001, *Portogallo c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-163/99, in Racc. 2001, I-2613, spec. 48-60, dove il sistema di riduzione delle tasse aeroportuali fondato sul numero di atterraggi negli aeroporti portoghesi è stato considerato una forma di discriminazione nei confronti dei voli provenienti da Paesi diversi dal Portogallo, pratica che di fatto si traduceva nell'applicazione di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti. Per un altro caso di discriminazione basata sulla nazionalità, v. anche Commissione, caso COMP/36.888, *Coppa del Mondo di calcio 1998*, cit., par. 89-91 e 94-97.

7.4. LE PRATICHE DI GEMELLAGGIO (CD. “*TYING*”)

Si definisce *vendita gemellata* (altrimenti nota con il termine di “*tying*”), la pratica attraverso la quale l’impresa subordina la vendita di un bene, solitamente quello nella cui produzione ha una posizione dominante (cd. bene legante o “*tying*”), alla condizione che il compratore acquisti un altro prodotto o servizio (cd. bene legato o “*tied*”) che sia economicamente separabile dal primo e senza che esista un collegamento tra beni “legati”.²¹⁴

Tale pratica è espressamente vietata dall’art. 82, co. 2, lett. d) del Trattato, ai sensi del quale sono abusive le condotte consistenti “nel subordinare la conclusione di contratti all’accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l’oggetto dei contratti stessi”.

Alla base delle pratiche di gemellaggio sta la teoria della leva (cd. “*leverage theory*”) secondo la quale l’impresa che ha un importante potere sul mercato del prodotto A può facilmente estenderlo anche a quello del prodotto B, subordinando la vendita del prodotto A all’acquisto del prodotto B.²¹⁵

Tale condotta ha effetti distorsivi della concorrenza, specie nel *tied market*, perché marginalizza o elimina del tutto i concorrenti attivi esclusivamente nella fornitura del bene legato.²¹⁶

²¹⁴ Le forme più comuni di *tying* riguardano le vendite gemellate di: (i) un prodotto e i suoi accessori; (ii) prodotti tra loro complementari (si pensi ad una tavola da surf venduta insieme alla vela per praticare windsurf); (iii) un prodotto e i servizi correlati (acquisto di un bene e il relativo trasporto al destinatario); (iv) più prodotti appartenenti alla medesima tipologia (si pensi alla fornitura di un range di vitamine prodotte dall’impresa dominante); (v) più prodotti venduti in paesi diversi. Tra le pronunce più significative in materia di pratiche gemellate, si possono citare la decisione della Commissione, 22 dicembre 1987, *Eurofix-Bauco/Hilti*, casi IV/30.787 e 31.488 (poi confermato sia dal Tribunale sia dalla Corte) dove Hilti, attiva nella vendita di pistole sparachiodi e relativi accessori (caricatori e chiodi), è stata condannata per *tying* per aver subordinato la vendita dei propri caricatori all’acquisto dei propri chiodi e aver cercato dunque di eliminare la concorrenza sul mercato della produzione di questi ultimi, nonché la decisione nel caso IV/31.043, *Tetra Pak II*, cit., dove la Commissione ha ritenuto che l’imposizione da parte di Tetra Pak ai propri clienti di utilizzare per i macchinari acquistati o concessi in affitto solo i materiali di imballaggio prodotti dalla stessa Tetra Pak fosse vietato ai sensi dell’art. 82 TCE. Da ultimo, si veda anche il caso *Microsoft*, *infra*, nt. 219.

²¹⁵ La teoria della leva è stata oggetto di forti critiche, specie da parte della cd. scuola economica di Chicago che ha contrapposto la teoria dell’invarianza o del cd. “fixed sum argument”. Per tale dibattito, si rimanda a BASTIANON, *L’abuso di posizione dominante*, cit., pp. 253-255.

²¹⁶ Da questo punto di vista, tale pratica presenta profili di esclusione. Ciò vale, evidentemente, sul presupposto che gli acquirenti del prodotto legato siano anche acquirenti del prodotto legante. Se non è questo il caso, le imprese attive sul *tied market* potranno continuare ad operare nei confronti di coloro che non necessitano del prodotto legante. Essa tuttavia può essere fatta rientrare anche tra gli abusi di sfruttamento, dal momento che l’impresa dominante, di fatto, costringe i clienti ad accettare un prodotto (il prodotto legato) che essi non desiderano o che comunque desiderano acquistare altrove.

Ai fini dell'accertamento dell'abusività delle pratiche leganti, tuttavia, è necessario si realizzino alcune condizioni.

In primo luogo, la fattispecie vietata dall'art. 82 TCE presuppone che i beni legati non abbiano tra loro alcun tipo di connessione, nel senso che i beni venduti congiuntamente sono chiaramente diversi e commerciabili separatamente. Se viceversa i due beni costituiscono un insieme indissociabile, la vendita gemellata è legittima.²¹⁷ I criteri per accertare l'artificialità della vendita combinata sono normalmente dati dall'analisi della natura dei beni in questione e degli usi commerciali che permettono di valutare se i due beni di norma sono commercializzati congiuntamente o meno.²¹⁸

Nei settori dove l'analisi si fa più complessa in ragione dell'assenza di pratiche mercantili consolidate (si pensi ad esempio alla vendita di prodotti tecnologici di nuova concezione), si è soliti, invece, condurre un'analisi di tipo prospettico, o, in alternativa, valutare l'esistenza o meno di ragioni oggettive che giustifichino la vendita congiunta a discapito di una maggior libertà di scelta degli acquirenti.²¹⁹

Per essere illecita, la pratica in esame, inoltre, deve consistere nella "subordinazione" della vendita del primo prodotto all'acquisto del secondo. In altre parole, la condotta dell'impresa dominante deve avere natura coercitiva e forzare, pertanto, i clienti all'acquisto del prodotto legato. Tale coercizione può esercitarsi, nel caso più semplice, tramite il rifiuto esplicito da parte dell'impresa dominante di vendere i prodotti separatamente, oppure, mediante l'esclusione da vantaggi, sconti, premi o benefici di altra natura di chi decide di acquistare i prodotti in modo separato.²²⁰

Infine, una pratica gemellata può considerarsi abusiva solo in assenza di legittimi motivi di sicurezza, qualità, garanzia di buon funzionamento del prodotto, o,

²¹⁷ Si pensi al caso di scuola spesso riportato in dottrina, della vendita di un paio di scarpe: il produttore non può essere obbligato a vendere separatamente la scarpa sinistra dalla scarpa destra anche ai clienti con una gamba sola.

²¹⁸ Quest'analisi permetterebbe di arrivare probabilmente alla conclusione che l'automobile e gli pneumatici di dotazione, così come, d'altra parte, il viaggio aereo e il pranzo servito a bordo sono probabilmente un unico prodotto. Viceversa considererebbe l'unità operativa del computer e lo schermo come due prodotti separati e vendibili singolarmente.

²¹⁹ Per un esempio di tying applicato al settore delle nuove tecnologie si veda il caso deciso dal Tribunale di primo grado, T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, cit., par. 814 ss., dove è stata qualificato abusivo l'uso di Microsoft di abbinare Windows Media Player, il proprio programma di lettura di file musicali su cui doveva affrontare la concorrenza, a Windows il proprio sistema operativo per personal computer sul cui mercato Microsoft detiene un quasi monopolio. Microsoft è stata di recente nuovamente destinataria di una lettera di addebito della Commissione per una pratica di tying avente ad oggetto l'abbinamento a Windows del web browser Internet Explorer (v. infatti Memo/09/15 del 17 gennaio 2009, reperibile sul sito internet <http://www.europa.eu>).

²²⁰ Se non c'è coercizione, si è in presenza del fenomeno lecito del cd. *bundling*. In tal caso, il venditore offre due o più prodotti sia separatamente sia congiuntamente, accordando in tale ultimo caso una riduzione di prezzo rispetto alla somma dei prezzi dei singoli prodotti venduti separatamente.

più in generale, di efficienza produttiva o distributiva che giustificano la vendita combinata.²²¹

7.5. ALTRE PRATICHE ABUSIVE

Accanto alle pratiche abusive, per così dire, “tipiche”, esistono numerosi altri comportamenti individuati dalla prassi comunitaria, non sempre facilmente riconducibili all'elenco esemplificativo fornito all'art. 82 del Trattato, ma ugualmente lesivi della concorrenza.

Tra i più significativi devono essere menzionati, in primo luogo, gli *accordi di esclusiva*, ovvero gli accordi che obbligano l'acquirente a rifornirsi in esclusiva presso l'impresa in posizione dominante. Tale tipo di condotta è abusivo in quanto ostacola la concorrenza attuale o potenziale nella distribuzione dei prodotti o servizi, generando un effetto di chiusura nel mercato in cui è attiva l'impresa leader (cd. effetto di *foreclosure*).²²²

²²¹ Si deve precisare, tuttavia, che nei casi in cui sono state adottate tali giustificazioni, ne è stata sempre data una lettura decisamente restrittiva; inoltre, anche laddove sono state accolte, il *tying* è stato considerato lecito solo se reputato la misura meno dannosa per garantire la qualità, la sicurezza o l'efficienza dei beni venduti. V., ad es. Commissione, caso IV/31.043, *Tetra Pak II*, cit., par. 119, a fronte dei motivi di sicurezza addotti da Tetra Pak a giustificazione della vendita combinata di macchinari per il confezionamento e cartoni per il confezionamento stesso, la Commissione ha ribattuto che tali esigenze “*si pongono in tutti i casi in cui è implicato un processo di produzione che utilizza attrezzature ed accessori di origine diversa (...). Per questo tipo di problemi, correnti e noti agli utilizzatori, esistono soluzioni tecniche adeguate (pubblicazione delle norme e delle specifiche da rispettare) e un contesto giuridico (...) il cui oggetto è proprio di risolvere problemi che potrebbero insorgere dall'inosservanza delle soluzioni tecniche da parte delle controparti*”.

²²² E' il cd. “monomarchismo” generato da accordi di non concorrenza in forza dei quali gli acquirenti, distributori o rivenditori si impegnano ad acquistare presso un fornitore in posizione dominante gran parte o tutto il proprio fabbisogno per un determinato mercato. Con riferimento a tale tipo di condotta, v. ad es. sentenza C-85/76, *Hoffmann – La Roche c. Commissione*, cit., par. 89-90 o T-65/98, *Van den Bergh Foods*, cit., par. 159-160 che analizza e condanna una forma di esclusiva “di fatto”: nei contratti di distribuzione HB offriva anche refrigeratori dove riporre i gelati, imponendo la condizione che nei refrigeratori dovessero essere riposti esclusivamente gelati di produzione HB. L'impossibilità dei dettaglianti di disporre di più refrigeratori nei propri locali imponeva, di fatto, un'esclusiva a favore di HB.

Allo stesso modo, un accordo di acquisto in esclusiva da parte di un operatore dominante rispetto all'unica fonte di approvvigionamento esistente sul mercato può essere considerato abusivo: v. ad es. Commissione, 22 febbraio 2006, *De Beers*, caso COMP/38.381, spec. par. 28-32 (la decisione è stata annullata da Tribunale di Primo Grado, 11 luglio 2007, *Alrosa c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-170/06, in Racc. 2007, II-2601). Medesimi effetti degli accordi di esclusiva ha l'inserimento nei rapporti verticali tra produttore e distributore/rivenditore della cd. “clausola inglese” che prescrive all'acquirente di riferire al fornitore eventuali migliori offerte ricevute da parte dei concorrenti e gli consente di accettarle solo qualora il fornitore dominante non sia in grado di uguagliarle. Cfr. Commissione, *Linee direttrici sulle restrizioni verticali*, in G.U.C.E. n. C-291 del 13 ottobre 2000, pp. 1 ss., spec. par. 152. V. anche la sentenza della Corte nel caso C-85/76, *Hoffmann – La Roche c. Commissione*, cit., par. 102-108, spec. 107.

Parimenti, costituisce un abuso la *limitazione della produzione e dello sviluppo tecnico* che cagiona un danno ai consumatori. A questo riguardo, le autorità sono solite rilevare un abuso in presenza di un livello di produzione o di innovazione tecnologica inferiore a quello che sarebbe stato riscontrabile in un mercato con un'organizzazione di tipo concorrenziale. Ad esempio, è stata ritenuta commettere tale tipo di abuso l'impresa che, senza che nessuna ragione oggettiva potesse giustificarlo, aveva cessato di fornire un bene per cui continuava a sussistere forte richiesta sul mercato.²²³ O ancora, è stata condannata per violazione dell'art. 82 TCE per limitazione della produzione o dello sviluppo tecnico, l'impresa che con la sua offerta si era rivelata incapace di coprire l'intera domanda esistente per il bene prodotto.²²⁴ A tale nozione si è fatto ampiamente riferimento nei casi più recenti di rifiuto di contrarre e di fornire informazioni tecnologiche utili per operare nei mercati a valle.²²⁵

Infine, sono reputate abusive le condotte rientranti nella pratica del cd. "*raising rival's costs*", ovvero tutti i comportamenti dell'impresa dominante destinate a determinare un aumento dei costi sostenuti dai concorrenti e generare in capo agli stessi un indebolimento concorrenziale, senza per forza estrometterli dal mercato.²²⁶ Un'ipotesi particolare rientrante nella fattispecie generale del "*raising rival's costs*" è l'abuso compiuto mediante l'instaurazione di azioni legali (cd. "*legal harrasment*"). Vista l'esistenza, anche in ambito comunitario, del principio generale che garantisce a

²²³ V. caso C-226/84, *British Leyland c. Commissione*, cit., par. 12-21, dove British Leyland deteneva una posizione dominante sul mercato del rilascio di certificati di conformità di veicoli "Metro" per la messa in circolazione di questi in Gran Bretagna. Tale certificato veniva rilasciato da BL, in qualità di costruttore del modello in base al certificato di omologazione nazionale del modello di autoveicolo (certificato "NTA"). BL fu condannata per aver abusato della sua posizione dominante per aver fatto scadere il certificato NTA per gli autoveicoli Metro con guida a sinistra che si era fatta rilasciare dalla messa sul mercato di tale modello. Il mancato rinnovo si spiegava tra l'altro unicamente con la volontà di BL di ostacolare le reimportazioni di "Metro" dal continente dove le auto venivano commerciate a prezzi inferiori, e di proteggere così la sua rete di distribuzione interna.

²²⁴ La Corte ha applicato tale tipo di criterio nei confronti di imprese incaricate da parte degli Stati membri di fornire alcuni servizi in regime di monopolio legale: si vedano ad es. i casi C-41/90, *Hofner e Helser c. Macrotron*, cit., par. 31 (dove la Corte rilevò che il *Bundesanstalt für Arbeit*, che deteneva il monopolio in Germania per la fornitura di servizi di collocamento all'impiego aveva abusato della sua posizione dominante in quanto non era riuscito a soddisfare l'intera domanda esistente per i suoi servizi) e C-179/90 *Merci convenzionali Porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli*, cit., par. 19 (dove la Corte ritenne che l'impresa titolare in esclusiva delle operazioni di imbarco, sbarco, trasbordo, deposito e movimento in genere delle merci e di ogni altro materiale nel porto di Genova aveva abusato della sua posizione dominante, perché rea di utilizzare tecnologie obsolete che per gli utilizzatori si traducevano in costi elevati e tempi prolungati). Il criterio è stato utilizzato anche dalla Commissione nel caso 12 aprile 1999, *P&I Clubs*, caso COMP/30.373 spec. par. 128-133, dove i P&I Clubs sono stati condannati per aver abusato della loro posizione dominante nel mercato delle assicurazioni marittime, per aver limitato il livello di copertura assicurativa offerto lasciando insoddisfatta una notevole parte della domanda.

²²⁵ Cfr. *in primis*, la vicenda *Microsoft*, su cui più diffusamente *infra*, Cap. 5.

²²⁶ Si deve notare tuttavia che, vista la genericità dei tratti costitutivi, tali condotte risultano spesso assimilabili ad una o più tipologie di pratiche già descritte.

tutti il diritto di ricorrere alla vie legali per vedere tutelati i propri diritti, l'accertamento di tale genere di abuso non può che essere un caso eccezionale. Secondo quanto affermato nei pochi casi finora riscontrati, perché l'instaurazione di un procedimento giudiziale da parte di un'impresa in posizione dominante nei confronti di un suo concorrente possa risultare anticompetitiva è quindi necessario che questa sia strumentale e defatigatoria e che abbia quale unico evidente scopo quello di eliminare dal mercato il concorrente convenuto in giudizio.²²⁷

8. IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO TRA STATI MEMBRI

Dopo aver accertato l'esistenza di una condotta abusiva da parte di un'impresa dominante, occorre verificare se lo sfruttamento abusivo constatato è idoneo a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri.

La nozione di pregiudizio al commercio intracomunitario, per quanto configuri un semplice inciso nella lettera della norma, riveste un ruolo centrale nell'ambito del divieto di abuso di posizione dominante: essa separa infatti il campo di applicazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza da parte delle autorità comunitarie e, nel nuovo sistema di modernizzazione, da parte delle autorità nazionali da quello delle legislazioni dei singoli Stati membri.²²⁸

²²⁷ V. il *leading case* per tale forma di abuso, Tribunale di primo grado, 17 luglio 1998, *ITT Promedia c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-111/96, in Racc. 1998, II-2937 par. 55-56, 60-61, 72-73. Nello stesso caso, il Tribunale affermò che anche la richiesta di adempimento di un'obbligazione contrattuale avrebbe potuto integrare un abuso, purché la richiesta si presentasse come eccessiva rispetto a quanto previsto dal contratto o rispetto a quanto era prevedibile dalle parti al momento della sottoscrizione dello stesso (v. par. 140). Per una fattispecie di abuso che viene fatta rientrare in tale tipologia, v. anche il caso deciso dalla Commissione il 15 giugno 2005, *AstraZeneca*, caso COMP/37.507 (al momento, oggetto di appello avanti al Tribunale di primo grado, *AstraZeneca c. Commissione delle Comunità europee*, procedimento T-321/05) dove la Commissione ha condannato la società farmaceutica anglosvedese per aver fornito dolosamente all'autorità nazionali in materia di brevetti informazioni false allo scopo di prolungare la durata dei brevetti concessi sul Losec (farmaco per la cura di ulcere e disturbi gastrointestinali sul cui mercato aveva la posizione dominante) ed impedire così l'entrata sul mercato dei farmaci generici. L'abuso da parte di AstraZeneca della legislazione esistente in materia di protezione dei brevetti è stato pertanto condannato ex art. 82 TCE.

²²⁸ Come si è visto sopra, l'ambito di applicazione della disciplina del Trattato è altresì delimitato dall'esigenza che la posizione dominante di cui si fa uno sfruttamento abusivo sia detenuta "nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso" (v. *supra*, par. 5). Vista la centralità del concetto di "pregiudizio al commercio tra Stati membri", nell'ambito del cd. "pacchetto modernizzazione", la Commissione ha emanato una comunicazione interpretativa diretta a chiarire la nozione mediante la sintesi della giurisprudenza e della prassi sviluppate in materia, v. Commissione CE, *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in G.U.U.E. 27 aprile 2004, C 101, p. 81 ss.

In applicazione di tale principio, affinché una pratica abusiva sia vietata ex art. 82 TCE, è necessario che questa abbia effetti transfrontalieri, idonei a danneggiare la struttura del concorrenza su un mercato che coinvolga almeno due Stati membri.²²⁹

L'idoneità di una fattispecie ad incidere sugli scambi intracomunitari va verificata in relazione ad una serie di fattori di tipo "qualitativo", come la natura della pratica oggetto della valutazione e dei beni interessati (si pensi ad abuso perpetrato in più Stati concernente prodotti o servizi oggetto di scambi transfrontalieri), nonché a dati di tipo "quantitativo", quali la posizione e l'importanza nel mercato dell'impresa coinvolta, il tutto tenendo conto del contesto giuridico ed economico in cui la pratica ha avuto luogo.²³⁰

In questo senso, pregiudizio al commercio tra Stati membri non indica necessariamente un'alterazione in senso negativo dello stesso (quindi un effetto di riduzione dei commerci), essendo sufficiente, affinché detto effetto si verifichi, che si realizzi una modifica alla struttura naturale degli scambi (quindi, anche un aumento degli stessi) che non si sarebbe concretizzata in assenza della condotta abusiva dell'impresa dominante, che però abbia un'incidenza negativa sui mercati.²³¹

La valutazione dell'effetto di pregiudizio si fonda su fattori oggettivi e probabilistici: non è richiesta infatti l'esistenza di una volontà soggettiva in capo all'impresa interessata, così come non è necessario stabilire se la pratica abbia avuto un effettiva incidenza sul commercio, essendo sufficiente verificare anche la sola idoneità a produrre un effetto di tal genere.²³²

L'incidenza sugli scambi può essere dimostrata facendo ricorso sia agli effetti diretti della pratica abusiva, sia ad eventuali effetti indiretti generati sulle attività economiche transfrontaliere di imprese che dipendono dai prodotti cui si applica la

²²⁹ L'orientamento prevalente della giurisprudenza della Corte di giustizia configura detto pregiudizio quando: "*in base ad un complesso di elementi di fatto o di diritto, appaia probabile che essi sono atti ad esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sugli scambi tra Stati membri, in un modo tale da far temere che possano nuocere al conseguimento di un mercato unico fra Stati membri. Tale influenza deve inoltre essere significativa*". Cfr. Corte di giustizia, 28 aprile 1998, *Lavico c. Yves Saint Laurent Parfums*, causa C-306/96, in Racc. 1998, I-1983, par. 16 e, più di recente, causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, cit., par. 48. Tale chiarimento è stato fornito originariamente nella sentenza della Corte del 30 giugno 1966, *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm*, causa C-56/65, in Racc. 1966, 262, punto 2 del dispositivo. Si noti, tra l'altro che la nozione di pregiudizio al commercio non coincide con la definizione dei mercati geografici rilevanti: il commercio tra Paesi membri può essere danneggiato anche nei casi in cui il mercato geografico rilevante è nazionale o anche sub-nazionale.

²³⁰ V. *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio*, cit., par. 28-32.

²³¹ *Ibidem*, par. 34.

²³² *Ibidem*, par. 25 e 26.

pratica.²³³ Allo stesso modo, per provare il pregiudizio al commercio intracomunitario rilevano tanto eventuali effetti attuali quanto effetti anche meramente potenziali, purché prevedibilmente realizzabili e non remoti ed ipotetici.²³⁴

Va infine accertata l'apprezzabilità degli effetti pregiudizievoli: affinché la pratica abusiva sia vietata è necessario infatti che la condotta abbia un'incidenza sugli scambi quantitativamente sensibile; se l'influenza fosse invece trascurabile, la pratica sarebbe del tutto legittima.²³⁵

In sintesi, volendo ricavare alcune generalizzazioni circa la rilevanza dell'effetto pregiudizievole nell'ambito delle pratiche realizzate nel territorio degli Stati membri, si è accertato che qualora l'impresa dominante commetta un abuso in una pluralità di Paesi della Comunità, questo per sua natura è generalmente idoneo a pregiudicare il commercio intracomunitario.²³⁶

Se la pratica abusiva riguarda invece il territorio di un singolo Paese membro, questa avrà effetti dannosi sulla struttura concorrenziale del mercato comune, solo qualora sia idonea a produrre una chiusura del mercato nazionale ed evitare pertanto la penetrazione del medesimo da parte dei concorrenti situati in altri Stati membri.²³⁷ In tal caso, anche l'abuso realizzato in una parte del mercato comune che non abbia effetti puramente locali e sia realizzato da un'impresa dominante almeno in una parte sostanziale del mercato comune, può integrare una condotta pregiudizievole ai sensi dell'art. 82 TCE.²³⁸

²³³ *Ibidem*, par. 37-39. Con riferimento agli effetti diretti, la Commissione cita ad esempio il caso di un fornitore che accordi sconti ai distributori solo per i prodotti venduti all'interno dello Stato, con la conseguenza di rendere più alto il prezzo relativo dei prodotti destinati alle esportazioni e di renderle meno attraenti e competitive. Con riguardo agli effetti indiretti si può ipotizzare ad esempio il caso in cui la pratica abusiva riguardi una materia prima, o anche un prodotto intermedio, che non è oggetto di commercio e che viene utilizzato esclusivamente per la produzione di un bene finale che invece viene commercializzato.

²³⁴ *Ibidem*, par. 40-43.

²³⁵ Ai fini della valutazione di tale dato, la prassi è solita fare riferimento al potere di mercato dell'impresa dominante, considerato sia in assoluto, in termini di fatturato, sia in relazione agli altri operatori del mercato di riferimento, mediante il calcolo del *market share* (v. *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio*, cit., par. 44-49). Così si presume che una pratica abusiva possa incidere sul mercato intracomunitario quando il fatturato delle parti coinvolte superi i 40 milioni di Euro oppure queste coprano una quota complessiva superiore al 5% del mercato rilevante (*ibidem*, par. 53).

²³⁶ *Ibidem*, par. 73-76. Ciò anche qualora l'impresa commetta un abuso nei confronti di un concorrente operante in più Stati membri

²³⁷ *Ibidem*, par. 93-96. Cfr. anche causa C-322/81, *Michelin c. Commissione*, cit., par. 103 dove la Corte ha precisato che "quando l'impresa in posizione dominante chiuda l'accesso al mercato a dei concorrenti, è indifferente che questo comportamento abbia luogo unicamente sul territorio di un solo Stato membro se esso può avere ripercussioni sulle correnti commerciali e sulla concorrenza del mercato comune".

²³⁸ V. *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio*, cit., par. 97-99. Per quanto riguarda la detenzione della posizione dominante in una parte sostanziale del mercato comune, v. *supra*, par. 5.

Si noti infine che quanto detto non esclude nemmeno che il divieto ex art. 82 TCE sia applicabile anche nei confronti di imprese situate in Stati terzi: ciò, evidentemente, purché dette imprese abbiano una posizione dominante nella Comunità o in una sua parte rilevante e purché o le pratiche siano poste in essere nella Comunità o abbiano proprio prodotto effetti pregiudizievoli agli scambi all'interno di essa.²³⁹

²³⁹ *Ibidem*, par. 100-103.

CAPITOLO SECONDO

UNA PARTICOLARE PRATICA ABUSIVA: IL RIFIUTO DI CONTRARRE

1. Premessa – 2. Il rifiuto di contrarre con clienti esistenti – 2.1. Il rifiuto di contrarre con effetto escludente “diretto” – 2.2. Il rifiuto di contrarre con effetto escludente “indiretto” – 2.3. Riflessioni sul rifiuto di contrarre con clienti esistenti – 3. Il rifiuto di contrarre con nuovi clienti - 3.1. I prodromi della dottrina delle “*essential facilities*”: i casi *London European / Sabena* e *British Midland / Aer Lingus* 3.2. La dottrina delle “*essential facilities*” nell’esperienza della giurisprudenza americana - 3.3. La dottrina delle “*essential facilities*” nel diritto comunitario - 3.3.1. La dottrina delle “*essential facilities*” nelle decisioni della Commissione - 3.3.2. La dottrina delle “*essential facilities*” nel processo di liberalizzazione dei mercati (cenni) – 3.3.3. Considerazioni sull’approccio della Commissione nei confronti della dottrina delle “*essential facilities*” - 3.3.4. La dottrina delle “*essential facilities*” nella giurisprudenza comunitaria - 3.4. Valutazioni conclusive sul trattamento del rifiuto di contrarre con nuovi clienti – 3.5. Novità della dottrina delle “*essential facilities*”?- 3.6. Considerazioni critiche relative all’applicazione della dottrina delle “*essential facilities*”.

1. PREMESSA

Tra le fattispecie di abuso di posizione dominante ha attirato, in particolare, l’attenzione della dottrina e della prassi il cd. “rifiuto di contrarre” o “di contrattare” (in inglese, “*refusal to deal*” o “*refusal to supply*”).¹

Per inquadrare i tratti caratterizzanti di tale pratica è necessario premettere che anche il sistema comunitario di diritto della concorrenza riconosce ad ogni impresa la libertà di scegliere i propri partners commerciali. Di conseguenza, ogni impresa è

¹ Si noti che tale pratica abusiva, diversamente dalle altre analizzate al capitolo precedente, difficilmente può essere inquadrata in una tipologia “tipica” richiamata all’art. 82 TCE dalla lett. a) a d). Cerca di dare una spiegazione del carattere “trasversale” del rifiuto di contrarre MELI, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003, pp. 1-10.

libera di decidere autonomamente, nel perseguimento delle proprie strategie di mercato, con quali controparti negoziare e concludere contratti, per quali prodotti o servizi, per quali quantità e per quale durata.²

Tale libertà subisce tuttavia una limitazione per l'impresa in posizione dominante. Infatti, la speciale responsabilità quanto al mantenimento di un certo grado di concorrenzialità nel mercato che spetta alle imprese dominanti³ comporta che, in presenza di determinate condizioni, sia loro imposto l'obbligo di contrarre anche con soggetti con cui, in assenza di tale costrizione non avrebbero contrattato.

Conseguentemente, il rifiuto di concludere un contratto, che sarebbe del tutto legittimo se opposto da una qualsiasi impresa sul mercato, può integrare i tratti dell'abuso vietato ex art. 82 TCE, se opposto dall'impresa dominante.

D'altra parte, proprio perché determina un'evidente limitazione alla libertà di iniziativa economica delle imprese, si ritiene che l'obbligo di contrarre possa trovare applicazione solo in ipotesi eccezionali, quando cioè sia necessario per garantire la concorrenzialità del mercato di riferimento a tutela del benessere della collettività e dei consumatori.

Accanto alla figura più "classica" del rifiuto di contrarre puro, che può avere ad oggetto rispettivamente la somministrazione di beni o servizi, la fornitura di informazioni, la concessione di licenze o dell'accesso ad infrastrutture essenziali, sono fatte rientrare nell'ambito di questa fattispecie abusiva anche le condotte con cui l'impresa dominante accetta di concludere un contratto a condizioni tali da risolversi di fatto in un rifiuto di negoziare: si pensi ai casi di un'impresa che proponga di concludere un contratto sul presupposto di svolgere un controllo sulla destinazione del prodotto finito⁴, oppure a condizioni inique o discriminatorie⁵, o, infine, sulla base di

² Cfr. Tribunale di primo grado, 26 ottobre 2000, *Bayer AG c. Commissione*, caso T-41/96, in Racc. 2000, II-3383 (la sentenza è stata impugnata davanti alla Corte di giustizia la quale ha rigettato il ricorso con provvedimento 6 gennaio 2004, *BAI c. Bayer e Commissione*, cause riunite C-2 e 3/01, in Racc. 2004, I-23), par. 180 : "la giurisprudenza della Corte riconosce indirettamente l'importanza della tutela della libertà d'impresa nell'applicazione delle regole in materia di concorrenza del Trattato allorché ammette espressamente che anche un'impresa in posizione dominante può, in determinati casi, rifiutarsi di vendere o mutare la sua politica di consegna o d'approvvigionamento senza cadere nel divieto dell'art. 86 (ora 82, n.d.a.)". A questo riguardo, v. anche SUBIOTTO, O'DONOGHUE, *Defining the scope of the duty of dominant firm to deal with existing customers under article 82 EC*, in *European Competition Law Review*, 2003, p. 683 ss., spec. 683.

³ V. *supra*, cap. 1, par. 6.

⁴ V. Commissione CE, *Polaroid c. SSI Europe*, in *XIII Relazione sulla politica di concorrenza*, 1984, p. 95, dove la Commissione ha ritenuto equivalente ad un rifiuto di contrarre l'atteggiamento di Polaroid che, temendo l'esportazione parallela di suoi prodotti, forniva il materiale richiesto a SSI a condizione di conoscere la destinazione dei beni o l'identità dei clienti finali.

vincoli che sa essere inaccettabili per la controparte⁶. Lo stessa imposizione di prestazioni supplementari, non domandate dal contraente, cui si subordini la fornitura del bene contrattato (cd. “*tying*”) può essere inquadrata di fatto come un rifiuto di contrarre con riferimento al solo prodotto richiesto.⁷

Tralasciando l’analisi di queste ultime condotte abusive, i cui tratti essenziali sono già stati delineati sopra⁸, e concentrandosi invece sul rifiuto di contrarre puro, va precisato che la prassi comunitaria fa una distinzione tra tipologie di rifiuto in funzione della relazione esistente tra l’impresa dominante che oppone il rifiuto e l’impresa destinataria dello stesso. Si differenziano così i casi di rifiuto di contrarre dell’impresa dominante diretto a clienti già esistenti, normalmente affrontati dalla giurisprudenza più risalente, dai casi di rifiuto rivolto a clienti nuovi, oggetto dell’attenzione delle autorità a partire dagli anni novanta del secolo scorso. Il diverso approccio tenuto dalla prassi comunitaria riguardo a queste due tipologie di abusi non solo riflette le differenze di fattispecie oggetto dei singoli giudizi, ma è altresì espressione dell’evoluzione interpretativa degli strumenti e delle finalità di politica di concorrenza nell’ambito dello sviluppo del mercato comune.

Dei differenti criteri e delle diverse fasi evolutive dell’esperienza comunitaria, espresse nell’ambito del trattamento di questa fattispecie abusiva più che in altre, si cercherà di dare conto nei paragrafi successivi.

⁵ Cfr. Commissione CE, caso IV/28.841, *ABG/Oil Companies*, cit. La discriminazione nelle forniture resa inevitabile dalla crisi petrolifera è stata comunque considerata giustificata, e quindi non abusiva, dalla Corte di giustizia (v. caso C-77/77, *BP c. Commissione*, cit.) V. anche 27 agosto 2003, *GVG/FS*, caso COMP/37.685, par. 123, dove un ingiustificato ed indebito ritardo a riscontrare una richiesta di accesso è stato considerato equivalente ad un rifiuto di contrarre.

⁶ V. Commissione CE, caso IV/M. 30.178, *Napier Brown/British Sugar*, cit., par. 61, nel quale British Sugar è stata condannata, tra l’altro, per aver risposto ad una richiesta di Napier Brown per 30.000 tonnellate di zucchero industriale con l’offerta di 30.000 tonnellate di zucchero a grana speciale ad un prezzo talmente elevato da renderne impossibile l’utilizzo da parte di Napier Brown. V. anche Corte di giustizia, 3 ottobre 1985, *Centre Belge d’études de marché (CBEM) c. Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion (CLT) e Information Publicité Benelux (IPB)*, (cd. sentenza “*Télémarketing*”), causa C-311/84, in Racc. 1985, 3261: il caso *Télémarketing*, *leading case* nell’ambito della fattispecie abusiva del rifiuto di contrarre, infatti, non è un caso di rifiuto di contrarre puro; per lo studio della fattispecie e del ruolo della sentenza nell’analisi di questa fattispecie abusiva, v. *infra*, paragrafo seguente.

⁷ Per un’illustrazione delle diverse forme di rifiuto di contrarre, v. Commissione CE, 16 settembre 1998, *Trans-Atlantic Conference Agreement*, caso IV/35.134, par. 553.

⁸ Per l’analisi di queste fattispecie, v. *supra*, cap. 1, par. 7 ss., spec. par. 7.3 e 7.4.

2. IL RIFIUTO DI CONTRARRE CON CLIENTI ESISTENTI

I casi di rifiuto di contrarre con clienti già esistenti rientrano tra le fattispecie abusive aventi finalità di esclusione.⁹ Per natura, il rifiuto di contrarre è attuato nei confronti di un soggetto verticalmente collegato all'impresa dominante che chiede accesso al prodotto o al servizio offerto da quest'ultima.

Nella maggior parte delle ipotesi, l'impresa destinataria del rifiuto di contrarre è proprio il soggetto che l'impresa dominante vuole escludere dal mercato, anche se non mancano casi in cui il rifiuto è rivolto ad un'impresa che non costituisce il reale obiettivo dell'impresa dominante, la cui azione è destinata ad eliminare indirettamente dal mercato di riferimento un soggetto terzo.

Il primo genere di rifiuto è diretto a indebolire la concorrenza in un mercato posto a valle rispetto a quello in cui l'impresa detiene la posizione dominante e che quest'ultima intende monopolizzare o riservare ad una propria consociata; appartengono a tale genere, i casi in cui un'impresa dominante sul mercato di una risorsa indispensabile per la produzione o l'offerta di un bene secondario (ad es. materie prime, pezzi di ricambio, elementi complementari) rifiuta di cedere tale risorsa al produttore o fornitore di tale secondo prodotto, con l'obiettivo di integrarsi verticalmente.

Il secondo tipo di rifiuto, pur operando formalmente nei confronti di un soggetto attivo a valle, è invece destinato a pregiudicare la concorrenza nel medesimo mercato in cui l'impresa è già leader, eliminando da questo i concorrenti orizzontali dell'impresa dominante.

La prima tipologia di condotte può qualificarsi come rifiuto di contrarre avente un effetto escludente "diretto", la seconda come rifiuto di contrarre avente un effetto escludente "indiretto".¹⁰

⁹ Per la distinzione tra "abusi di esclusione" e "abusi di sfruttamento", v. *supra*, cap. 1, par. 6.1.

¹⁰ Appartengono alla prima categoria le fattispecie esaminate nei casi *Commercial Solvents*, *Hugin*, *Napier Brown* e, con riferimento allo specifico rifiuto di fornire servizi, il caso *Télémarketing*. Sono annoverate nella seconda, invece, le fattispecie esaminate nei casi *United Brands* (dove l'abuso è esercitato nei confronti della concorrenza attuale) e *BBI/Boosey and Hawkes* (abuso nei confronti della concorrenza potenziale). Fornisce una breve rassegna di una parte di tale giurisprudenza, SUBIOTTO, *The right to deal with whom one pleases under EEC competition law: a small contribution to a necessary debate*, in *European Competition Law Review*, 1992, p. 234 ss, spec. 234-237.

2.1. IL RIFIUTO DI CONTRARRE CON EFFETTO ESCLUDENTE “DIRETTO”

La prima pronuncia che ha qualificato come quale pratica abusiva vietata ai sensi dell'art. 82 TCE un rifiuto di fornire opposto ad un cliente è *Commercial Solvents*.¹¹ In questo caso si era in presenza del rifiuto opposto dal gruppo farmaceutico statunitense Commercial Solvents, per il tramite della propria controllata italiana ICI, Istituto Chemioterapico Italiano, di continuare a fornire nitropropano e aminobutanolo, materie prime nella cui produzione deteneva una posizione dominante, alla Zoja, che le utilizzava per la produzione di etambutolo, prodotto derivato adottato nella terapia della tubercolosi polmonare. La decisione di ICI di limitare e poi cessare del tutto le forniture a Zoja era stata presa in concomitanza con la scelta di Commercial Solvents di avviare la preparazione e vendita in proprio dell'etambutolo e aveva evidentemente lo scopo di facilitare il proprio ingresso sul mercato dei prodotti finiti. La Corte di giustizia ha ritenuto che “il detentore di una posizione dominante sul mercato delle materie prime che, nell'intento di riservare tali materie prime alla propria produzione di prodotti finiti, rifiuti di rifornire un proprio cliente, anche esso fabbricante di prodotti finiti, con il rischio di eliminare del tutto dal mercato il cliente e concorrente, ai sensi dell'art. 86 (ora 82, n.d.r.) sfrutta in modo abusivo la propria posizione dominante”.¹²

Dal ragionamento della Corte si desume che il rifiuto di proseguire nelle forniture ad un cliente esistente opposto da un'impresa dominante nel mercato della materia prima può integrare un abuso qualora sia il risultato della volontà di entrare nel mercato a valle e rischi di eliminare la concorrenza su tale mercato da parte di *quel* concorrente. La Corte non fa nessun riferimento alla situazione concorrenziale generale del mercato del prodotto finito o ad eventuali efficienze e vantaggi che l'integrazione verticale di Commercial Solvents avrebbe potuto produrre nel mercato a valle.

¹¹ V. casi C-6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Commissione*, cit., che ha confermato la decisione della Commissione CE, 14 dicembre 1972, *Zoja c. Istituto Chemioterapico Italiano – Commercial Solvents*, caso IV/26.911.

¹² Cfr. casi C-6 e 7/73, *Commercial Solvents*, cit., par. 25. Una vicenda simile si è riproposta di recente nel caso deciso con la sentenza Corte di giustizia, 16 settembre 2008, *Sot. Lélos kai Sia EE e a. c. GlaxoSmithKline AEVE*, cause riunite da C-468/06 a C-478/06, non ancora pubblicata in Raccolta (v. i riferimenti al dispositivo in G.U.U.E., 22 novembre 2008, C 301, pp. 6-7). In tale ultimo caso, la GlaxoSmithKline (GSK) aveva interrotto le forniture di alcuni farmaci a dei grossisti greci con il proposito di riorganizzare la distribuzione di detti farmaci attraverso il proprio distributore in Grecia. Dopo alcuni mesi, la GSK aveva ripreso le forniture, anche se in quantità limitata (cfr. spec. par. 34, dove la sentenza *Commercial Solvents* è espressamente richiamata dalla Corte) La similitudine con il caso esaminato nella sentenza *Commercial Solvents* era già riconosciuta nelle conclusioni dell'Avv. generale Ruiz-Jarabo Colomer, rese il 1 aprile 2008, par. 41, non ancora pubblicate in Raccolta.

L'argomentazione della sentenza *Commercial Solvents* è ripresa dalla Commissione nel caso molto simile, *Hugin*.¹³ Hugin, produttrice di registratori di cassa e dominante nel mercato dei pezzi di ricambio originali a marca Hugin¹⁴, aveva rifiutato di continuare a fornire questi ultimi a Liptons, ed in generale ai distributori indipendenti, allo scopo di riservare ai distributori ufficiali della casa madre la prestazione dei servizi di assistenza tecnica, manutenzione, riparazione, locazione e revisione dei registratori di cassa a marca Hugin. Liptons, che acquistava pezzi di ricambio da Hugin da oltre 12 anni e che aveva sviluppato grazie agli stessi un'importante attività di manutenzione, riparazione, noleggio e rivendita di registratori, in cui, tra l'altro, aveva investito notevoli capitali, nell'impossibilità di disporre dei pezzi di ricambio Hugin e non potendo riconvertire i propri investimenti, si trovava impossibilitata ad operare.¹⁵ Poiché avrebbe comportato l'eliminazione di un importante concorrente in un mercato a valle, il rifiuto opposto da Hugin, è stato ritenuto integrare gli estremi dell'abuso di posizione dominante ex art. 86 (ora 82) TCE. Anche in tal caso, il giudizio della Commissione sembra essere stato determinato esclusivamente dall'esistenza di una relazione contrattuale con l'impresa dominante e dalla probabilità di un'uscita dal mercato del concorrente cui si è opposto il rifiuto.¹⁶

La Corte è tornata a pronunciarsi su un caso di rifiuto di contrarre con finalità escludenti dirette nel caso *Télémarketing* relativo ad una fornitura di servizi.¹⁷ In questa sentenza la Corte sembra abbandonare l'atteggiamento di analisi concentrata

¹³ V. caso IV/29.132, *Hugin/Liptons*, cit. (decisione riformata dalla Corte di giustizia in *Hugin c. Commissione*, causa 22/78, cit.). La Corte ha annullato la decisione della Commissione non ritenendo sussistente nel caso di specie il requisito del "pregiudizio al commercio tra Stati membri" e non ha avuto modo di pronunciarsi sull'abuso. In ogni caso, non ci sono motivi per ritenere che la Corte si sarebbe discostata da quanto affermato a riguardo dalla Commissione.

¹⁴ Con pronunce molto controverse, sia la Commissione che la Corte riconobbero che mercato di riferimento in questo caso non era il mercato dei registratori di cassa (in cui Hugin, con una quota del 13% non era affatto dominante) bensì quello dei pezzi di ricambio a marca Hugin, in cui questa non poteva che detenere un monopolio; v. caso 22/78, *Hugin c. Commissione*, cit., par. 3-8.

¹⁵ Queste le argomentazioni della Commissione: "*Liptons is now no longer in a position to buy the necessary spare parts for the maintenance and repair of Hugin cash registers for customers requiring that service, nor to undertake that service in respect of new machines it might wish to rent to its customers, nor, to a large extent, to meet its commitments to existing customers. In addition Liptons is severely restrained in the business it had carried on for over 12 years in reconditioning Hugin cash registers for resale. Liptons has accordingly been forced gradually to withdraw from these businesses in which it had invested time and money and had established a strong basis for profitable expansion*" (v. caso IV/29.132, *Hugin/Liptons*, cit., par. 67-68).

¹⁶ La Commissione sembra aver esaminato considerazioni di più ampia portata là dove ha sottolineato che l'atteggiamento di Hugin avrebbe probabilmente pregiudicato i compratori e gli utilizzatori precludendo loro la possibilità di rifornirsi presso altri distributori (v. caso IV/29.132, *Hugin/Liptons*, cit., par. 65). Non sembra tuttavia che tali considerazioni siano state decisive ai fini della decisione finale.

¹⁷ V. caso C-311/84, *Centre Belge d'études de marché (CBEM) c. Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion (CLT) e Information Publicité Benelux (IPB)*, cit.

esclusivamente sugli effetti anticoncorrenziali della condotta abusiva prodotti nei confronti dei contraenti attuali dell'impresa dominante e, per la prima volta, esamina in modo più ampio le potenzialità lesive delle pratiche tenute da quest'ultima. Questa la vicenda: CBEM aveva concluso un contratto di *télémarketing* con la IPB, esclusivista della pubblicità diffusa sulla rete televisiva belga RTL (rete gestita dalla società collegata CLT che deteneva una posizione dominante nel mercato dell'annuncio pubblicitario televisivo destinato al pubblico belga francofono). In forza del contratto, CBEM avrebbe messo il proprio numero telefonico, la propria centralina ed i propri operatori a disposizione della rete televisiva per lo svolgimento delle operazioni di *télémarketing*: nel corso di appositi spazi pubblicitari nell'ambito della programmazione quotidiana, il numero di telefono di CBEM sarebbe stato comunicato ai telespettatori per avere maggiori informazioni sui prodotti reclamizzati o per acquistarne determinati quantitativi. Alla scadenza del contratto IPB decideva di modificarne le condizioni, imponendo l'utilizzo del numero e della centrale telefonica di IBP, di fatto precludendo a CBEM di continuare a svolgere il servizio. Interrogata sulla legittimità del comportamento di IBP, la Corte ha affermato che costituisce un abuso di posizione dominante il fatto che l'impresa che detenga una posizione dominante su un determinato mercato si riservi o riservi ad un'impresa appartenente allo stesso gruppo, e senza necessità obiettiva, un'attività ausiliaria, che *potrebbe* essere svolta da una terza impresa nell'ambito delle sua attività su un mercato vicino, ma distinto, con il rischio di eliminare qualsiasi concorrenza da parte di *detta* impresa. Sebbene l'utilizzo del condizionale potrebbe essere stato causato principalmente dalla formulazione del quesito pregiudiziale cui la Corte rispondeva¹⁸, la sentenza *Télémarketing* pare, con esso, ampliare il dovere di contrarre, finora riconosciuto nei confronti di clienti esistenti, anche a nuovi clienti. D'altro canto, ciò che rende abusivo il rifiuto dell'impresa dominante, anche in *Télémarketing* come nei casi precedenti, continua ad essere un danno concorrenziale limitato all'eliminazione dal mercato di una singola impresa,

¹⁸ La formulazione del secondo quesito pregiudiziale sottoposto alla Corte dal Tribunal de Commerce di Bruxelles era la seguente: "(...) *se si debba interpretare il comportamento di detta impresa (l'impresa in posizione dominante, n.d.a.) comportamento che consiste nel riservarsi o nel riservare ad un'affiliata che essa controlla, ad esclusione di qualsiasi altra impresa, un'attività ausiliaria che potrebbe essere esercitata da una terza impresa nell'ambito delle proprie attività come abuso di posizione dominante*" (v. sentenza *Télémarketing*, cit., par. 8).

mancando una valutazione più ampia del complessivo effetto concorrenziale generato dal rifiuto.¹⁹

2.2. IL RIFIUTO DI CONTRARRE CON EFFETTO ESCLUDENTE “INDIRETTO”

Un secondo gruppo di pronunce comunitarie riguarda le ipotesi di rifiuto di fornire attuato dall’impresa dominante, più che per espandere il potere economico in mercati verticalmente collegati, per tutelare i propri interessi commerciali e per consolidare la propria posizione nell’ambito dei rapporti concorrenziali orizzontali.

La più celebre pronuncia a questo proposito è *United Brands*.²⁰ Tra le diverse pratiche che si rimproveravano alla UBC vi era, infatti, la sospensione della fornitura di banane verdi al suo maggior maturatore-distributore danese, Olesen, come azione punitiva per essere quest’ultimo diventato distributore in esclusiva delle banane prodotte dal principale concorrente di UBC e per aver partecipato ad una campagna promozionale organizzata dal medesimo.

La Corte ha affermato che “un’impresa la quale detenga una posizione dominante per la distribuzione di un dato prodotto – che goda del prestigio di un marchio noto ed apprezzato dai consumatori – non ha la facoltà di sospendere le forniture ad un vecchio cliente, ligio agli usi commerciali, se gli ordini di detto cliente non presentano nulla di anomalo”.²¹ A dire della Corte, un comportamento di questo genere avrebbe potuto limitare gli sbocchi e provocare una discriminazione che poteva spingersi fino l’eliminazione di *un* concorrente dal mercato considerato. Dal punto di vista dei giudici comunitari, il rifiuto opposto da UBC avrebbe infatti avuto un effetto deterrente, potendo dissuadere i distributori dall’intrattenere rapporti contrattuali con altri produttori concorrenti, pregiudicando la libertà di azione delle piccole e medie

¹⁹ Non sono mancati casi in cui un rifiuto di contrarre è stato considerato legittimo: cfr. per es. la decisione della Commissione CE nel caso IV/32.426 *Filtrona Espanola/Tabacalera*, cit. in cui Filtrona sosteneva che Tabacalera, detentrica di una posizione dominante per l’acquisto di filtri per sigarette aveva abusato della sua posizione dominante, passando a produrre dal 44 % al 100% del proprio fabbisogno di filtri, quindi cessando gli acquisti da Filtrona. La Commissione ha tuttavia escluso l’abuso, poiché ha ritenuto la condotta di Tabacalera una normale pratica commerciale, giustificata da economie di scala e da una riduzione dei costi di produzione, e priva di qualsiasi intento escludente. In altri casi, invece è stato ripreso, il medesimo ragionamento sviluppato nella sentenza *Commercial Solvents*, v. Commissione CE, caso IV/M. 30.178, *Napier Brown/British Sugar*, cit., par. 64 in cui British Sugar è stata ritenuta aver “abusato della propria posizione dominante rifiutando di fornire lo zucchero industriale a NB (Napier Brown, n.d.a.) senza necessità obiettiva, con l’intento o la conseguenza prevedibile di accelerare il ritiro di NB dal mercato britannico dello zucchero destinato al dettaglio, riducendo in tal modo la concorrenza su tale mercato”.

²⁰ Cfr. Corte di giustizia, sentenza *United Brands*, cit.

²¹ *Ibidem*, par. 182.

imprese nei confronti dell'impresa in posizione dominante, e lasciando sopravvivere in definitiva solo le aziende dipendenti dall'impresa dominante. In altri termini, pur essendo impresa dominante libera di adottare le pratiche più opportune a protezione dei propri interessi, specie se messi in pericolo, dette pratiche non dovrebbero risultare inique e sproporzionate alla minaccia cui rispondono. Per quanto emessa in un contesto diverso rispetto alle pronunce considerate in precedenza, ciò che si ricava dalla sentenza *United Brands* è l'obbligo da parte di un'impresa dominante di mantenere le relazioni contrattuali con i contraenti esistenti, visto che altrimenti dette imprese dovrebbero rivolgersi ad altri operatori meno significativi con conseguenti perdite di immagine e di fatturato. La sentenza *United Brands* affronta inoltre per la prima volta la questione dell'eventuale giustificazione obiettiva del rifiuto, giudicandola ammissibile nei limiti della proporzionalità.

Una situazione non molto diversa è, infine, quella affrontata dalla Commissione nel successivo caso *BBI/Boosey&Hawkes*.²² Boosey&Hawkes, leader mondiale nella produzione e nella vendita di strumenti a fiato in ottone, aveva intrapreso una serie di misure dirette ad ostacolare l'ingresso sul mercato della BBI, che intendeva commercializzare vecchi modelli di Boosey&Hawkes su cui si erano estinti i diritti di esclusiva. Per fare ciò aveva, tra l'altro, rifiutato di fornire strumenti e parti di ricambio a due vecchi clienti, GHH e RCN, rispettivamente un rivenditore e un riparatore di strumenti Boosey&Hawkes, rei di essere i fondatori della potenziale concorrente BBI. La decisione della Commissione, pur richiamandosi ai precedenti della Corte, supera quanto fino ad allora affermato in materia di rifiuto di contrarre con clienti esistenti: da una parte, come già nella quasi contemporanea *Télémarketing*, ampliando la tutela contro gli effetti dell'abuso anche nei confronti dell'impresa concorrente solo in via potenziale ("Il pregiudizio alla concorrenza sarebbe ancora più grave se (come si afferma nel caso di specie) l'oggetto dichiarato dell'azione è indirettamente quello di impedire l'accesso sul mercato di un concorrente potenziale del produttore dominante");²³ dall'altro, e in direzione opposta, limitando quel diritto dell'impresa cliente a continuare ad essere approvvigionata, nei limiti di un comportamento conforme agli usi commerciali e di ordini non anormali, che sembrava essere stato sancito in via assoluta nella sentenza *United Brands* ("Un produttore dominante non è tenuto a sovvenzionare i suoi concorrenti. Qualora un cliente trasferisca le sue attività

²² V. Commissione CE, caso IV/32.279, *BBI/Boosey & Hawkes*, cit.

²³ *Ibidem*, par. 19.

principali alla promozione di una marca concorrente, anche un produttore dominante potrebbe avere la facoltà di riesaminare le sue relazioni commerciali con tale cliente e, dopo un preavviso sufficiente, interrompere ogni relazione speciale”).²⁴

Il dovere dell'impresa dominante di continuare a soddisfare gli ordinativi aventi un carattere normale è stato di recente nuovamente ribadito dalla Corte nella sentenza *Sot. Lèlos Kai*.²⁵

2.3. RIFLESSIONI SUL RIFIUTO DI CONTRARRE CON CLIENTI ESISTENTI

Dall'analisi dei casi sopra esaminati possono trarsi alcune considerazioni generali.²⁶

Da essa si deduce chiaramente il principio secondo cui il rifiuto di un'impresa dominante di continuare a fornire un cliente già esistente che decida di produrre o commercializzare un prodotto concorrente costituisce un abuso, a meno che tale rifiuto non sia oggettivamente giustificato. Con tale rifiuto, infatti, l'impresa dominante sfrutta il proprio potere per rafforzare la propria posizione sul mercato di riferimento o per estenderla in un mercato vicino, in genere verticalmente collegato, dal quale elimina i principali concorrenti.

Solitamente, perché tale condotta sia considerata vietata basta si verifichi un danno lieve al sistema concorrenziale coinvolto. Infatti, solo in alcuni dei casi sopra esaminati e qualificati come illeciti, il rifiuto delle forniture opposto dall'impresa dominante avrebbe causato la completa eliminazione del concorrente dal mercato;²⁷ in altri, invece, il soggetto destinatario del rifiuto avrebbe potuto comunque disporre di fonti di approvvigionamento alternative che ne avrebbero garantito la sopravvivenza.²⁸

²⁴ *Ibidem*, par. 19.

²⁵ V. Corte di giustizia, cause riunite da C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lèlos kai Sia EE e a. c. GlaxoSmithKline AEVE*, cit. In precedenza la Corte sulla stessa vicenda aveva pronunciato la sentenza 31 maggio 2005, *Synetairismos Farmakopion Aitolias & Akarnasias (Syfait) e altri c. GlaxoSmithKline AEVE*, causa C-53/03, in Racc. 2005, I-4609; in questo caso, tuttavia, la Corte non aveva pronunciato sul merito della questione e si era limitata ad affermare l'inammissibilità dei quesiti sottoposti dall'autorità garante della concorrenza greca, non qualificabile come organo "giurisdizionale" ex art. 234 TCE.

²⁶ Cfr. SUBIOTTO, O'DONOGHUE, *Defining the scope of the duty of dominant firm to deal with existing customers under article 82 EC*, cit., p. 686 ss., dove gli autori, nello sforzo di comprendere la prassi comunitaria in materia, sottolineano: "The duty of dominant firms to deal with third parties does not have a clear or consistent rationale in EC competition law".

²⁷ V. a titolo di esempio, il caso *Télémarketing o BBI/Boosey&Hawkes*.

²⁸ V. sentenza *Commercial Solvents*, cit., par. 10-15: dall'analisi della sentenza sembra infatti che fosse possibile ricavare sia le materie prime sia il prodotto finito con metodi di produzione alternativi. Per una valutazione parzialmente diversa, v. SUBIOTTO, O'DONOGHUE, *Defining the scope of the duty of dominant firm to deal with existing customers under article 82 EC*, cit., pp. 687-688.

La sussistenza di un rapporto contrattuale già avviato tra impresa dominante e cliente rende invece più difficile dimostrare, quanto meno se fondata su esclusive ragioni commerciali, l'esistenza di una giustificazione oggettiva della cessazione delle vendite.

Dalla prassi comunitaria in materia di rifiuto di contrarre si ricava quindi una nozione di abuso ampia, che tende a punire il rifiuto in sé, a prescindere dagli effetti generati sul sistema concorrenziale del mercato.²⁹

Sembra che si condanni l'intento di monopolizzare più che l'effettiva eliminazione della concorrenza dal mercato di riferimento.³⁰ Pare inoltre che oggetto del divieto sia il recesso da una relazione contrattuale esistente o la correttezza (o *fairness*) con cui questo sia esercitato nei confronti del cliente più debole: tematiche queste che paiono relative alla tutela dell'affidamento contrattuale regolata dal diritto interno degli Stati membri, più che questioni risolvibili per il tramite del diritto della concorrenza.³¹

Il rifiuto è vietato in quanto tale, anche quando si limiti a creare un semplice disagio economico nel soggetto destinatario³², quando il prodotto rifiutato non sia indispensabile ed esistano soluzioni alternative utilizzabili dal concorrente per continuare ad operare sul mercato.³³

²⁹ Sono di questo avviso, tra gli altri, KAUPER, *Article 86, excessive prices, and refusal to deal*, in *Antitrust Law Journal*, vol. 59, 1991, p. 441 ss., spec. p. 451 e NIKOLINAKOS, *EU competition law and regulation in the converging telecommunication, media and IT sectors*, 2006, Alphen aan den Rijn, pp. 70-72.

³⁰ V. sentenza *Commercial Solvents*, cit., par. 25, dove si sottolinea “nell'intento di riservare [le] materie prime alla propria produzione di prodotti finiti”, nonché sentenza *Hugin*, cit., par. 11.

³¹ Tale atteggiamento è riscontrabile sia nel caso *Commercial Solvents* (avente ad oggetto un rapporto contrattuale di 4 anni), in *Hugin* (rapporto di 12 anni) e in *United Brands* (Olesen, il soggetto destinatario del rifiuto era il più importante importatore di banane “Chiquita” in Danimarca ed aveva instaurato un duraturo rapporto contrattuale con la UBC). Propongono che tali questioni siano disciplinate attraverso il diritto privato dei singoli Paesi membri, quali mere questioni di diritto contrattuale, SUBIOTTO, O'DONOGHUE, *Defining the scope of the duty of dominant firm to deal with existing customers under article 82 EC*, cit., p. 684.

³² E' particolarmente significativo al riguardo il caso *Hugin* dove sembrano aver giocato un ruolo importante per rinvenire l'abuso gli investimenti che Liptons aveva effettuato e che la rendevano dipendente da Hugin nonché le difficoltà che la prima avrebbe incontrato nel riconvertire la sua attività: v. Commissione CE, caso IV/29.132, *Hugin/Liptons*, cit., par. 67-68.

³³ V. in particolare, sentenza *Commercial Solvents*, cit., par. 9 ss., dove CSC e ICI avevano prodotto alla Corte documentazione atta a comprovare la possibilità di produrre l'aminobutanolo, il nitroprano e lo stesso etambutolo mediante altri processi produttivi, utilizzati da altre imprese. La Corte tuttavia ha liquidato le argomentazioni delle parti stabilendo che “il problema sembra però di scarsa rilevanza pratica, dal momento che si tratta di metodi sperimentali, non ancora realizzati su scala industriale e dai quali si possono ricavare, in ogni caso, quantità di etambutolo relativamente modeste” e che “al riguardo non si tratta di accertare se la Zoja, modificando i propri impianti ed i propri sistemi di produzione, sarebbe eventualmente stata in grado di continuare a produrre etambutolo da altre materie prime”(par. 15); essa poi ha concluso “la soluzione di questo problema è infatti irrilevante ai fini della valutazione del comportamento delle ricorrenti” (par. 26). Per cambio di prospettiva, v. quanto stabilito successivamente nella sentenza *Bronner*, par. 3.3.4.

Nelle sentenze della Corte e nelle decisioni della Commissione, mancano del tutto considerazioni relative al danno alla concorrenza che il rifiuto può provocare, ad esempio in termini di innalzamento dei prezzi o di riduzione della produzione, essendo sufficiente perché la condotta sia vietata il rischio di eliminare *un* concorrente, tra l'altro, spesso indipendentemente dal ruolo e dell'importanza rivestiti da questo sul mercato.³⁴

Sul versante opposto, sono del tutto assenti valutazioni relative agli eventuali effetti benefici e ai vantaggi per i consumatori che l'eliminazione del concorrente potrebbe comportare.³⁵ Quando sono state oggetto di attenzione della Corte (si pensi alla necessità di tutela delle piccole e medie imprese, richiamata nella sentenza *United Brands*)³⁶, queste valutazioni si sono tradotte in generiche affermazioni di principio di tipo "meta-concorrenziale", non approfondite nel caso concreto.

In definitiva, la prassi comunitaria in materia di rifiuto di contrarre con clienti esistenti sembra diretta ad assicurare la sopravvivenza dei concorrenti sul mercato piuttosto che a garantire la permanenza di una concorrenza efficace nel medesimo.

Tale posizione subisce, tuttavia, una leggera evoluzione nei casi *Télémarketing* e *BBI/Boosey&Hawkes*.

Con tali pronunce, preparatorie all'avvento della dottrina delle "*essential facilities*", la Corte di giustizia e la Commissione tendono a restringere la nozione di abuso: il rifiuto di contrarre, in questi casi, non è punito in quanto scorretto recesso dai rapporti contrattuali in corso, ma in quanto manifestazione di una strategia concorrenziale considerata scorretta, consistente nel riservare all'impresa dominante o ad una sua controllata un'attività che potrebbe essere svolta da terzi. Ciò che pare essere considerato abusivo non è più solo l'eliminazione del cliente-concorrente dal mercato,

³⁴ V. quanto sostenuto da MELI, *Rifiuto di contrattare*, cit., p. 46, con riferimento al caso *Commercial Solvents*.

³⁵ Cfr. sentenza *Commercial Solvents*, cit., par. 23, nel quale si riferisce che il mutamento di politica da parte di CSC, sarebbe stato ispirato dal vantaggio che le sarebbe derivato dall'integrazione verticale. L'argomento non viene però considerato dalla Corte. Un'argomentazione più ampia è accennata anche nella decisione *Hugin*, cit., par. 65, nella quale, riferendosi alla politica di Hugin diretta a non rifornire distributori indipendenti, la Commissione sostiene: "*Purchasers and users are thereby prevented from purchasing such spare parts from any other source and are in addition thereby also deprived of their freedom to choose where they will obtain the maintenance and repair of their machines*". Non sembra però che la riflessione abbia poi avuto un ruolo determinante nel rinvenimento dell'abuso. Sottolineano l'assenza di valutazione di specifiche *efficiencies*, anche in chiave comparatistica con il diritto *antitrust* statunitense, JEBSEN, STEVENS, *Regulation of competition under EU Art. 86*, in *Antitrust Law Journal*, 1996, Vol. 64, p. 443 ss., spec. p. 506 ss.

³⁶ Cfr. sentenza *United Brands*, par. 192-193.

ma altresì la preclusione dell'accesso al medesimo da parte di terzi potenziali concorrenti.³⁷

Le pronunce sembrano quindi abbandonare il principio della tutela in sé dell'impresa concorrente per introdurre come criterio di giudizio il più ampio effetto anticoncorrenziale del rifiuto. Ciò detto, occorre rilevare che in queste pronunce i concetti sopra formulati rimangono espressi solo a livello embrionale: anche in tali ipotesi, infatti, a determinare la decisione di divieto nel caso concreto è stata ancora una volta la cessazione della sopravvivenza della concorrenza da parte della *specificata impresa coinvolta nel caso di specie*.³⁸ Sarà solo con lo sviluppo della giurisprudenza successiva che tale impostazione verrà modificata.

3. IL RIFIUTO DI CONTRARRE CON NUOVI CLIENTI

Accanto alle fattispecie di rifiuto di contrarre rivolto nei confronti di clienti già esistenti, a partire dalla fine degli anni ottanta - inizi anni novanta del secolo scorso, la prassi della Commissione e poi della Corte si è via via andata concentrando su casi di rifiuto opposto a soggetti con cui l'impresa dominante non aveva, prima di allora, intrattenuto alcun rapporto commerciale. Tale sviluppo della prassi si realizza in concomitanza con l'evoluzione del ruolo e delle finalità perseguite dalla politica di concorrenza nella legislazione comunitaria. L'avvenuta instaurazione del mercato comune, sancita nell'ambito del Trattato di Maastricht, svincola infatti la tutela della concorrenza dalle contingenti esigenze di creazione del mercato unico, per attribuirle una portata più generale quale mezzo deputato alla realizzazione degli obiettivi comunitari.³⁹

³⁷ V. in part. decisione *BBI/Boosey & Hawkes*, cit., par. 19.

³⁸ V. sentenza *Télémarketing*, cit. par. 27, dove si afferma che “*costituisce abuso ai sensi dell'art. 86 il fatto che l'impresa che detenga una posizione dominante su un determinato mercato si riservi o riservi ad un'impresa appartenente allo stesso gruppo (...) un'attività ausiliaria che potrebbe essere svolta da una terza impresa nell'ambito delle sue attività su un mercato vicino, ma distinto, con il rischio di eliminare qualsiasi concorrenza da parte di detta impresa*” (sottolineato aggiunto). Sul senso dell'utilizzo del condizionale “potrebbe” da parte della Corte, v. *supra* par. 2.1. Punto di partenza del giudizio reso nella sentenza *Télémarketing* (cfr. par. 25), d'altro canto, è ancora la sentenza *Commercial Solvents*.

³⁹ Il Trattato di Maastricht inserisce infatti, tra gli obiettivi della Comunità indicati all'art. 2 TCE, accanto all'instaurazione di un mercato comune, la realizzazione di un'unione economica e monetaria. La tutela della concorrenza, oltre a ritrovarsi all'art. 3, lett. g), in termini sostanzialmente identici a quelli di cui al precedente art. 3, lett. f) (dove la “*costituzione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno*” assurge a mezzo per la realizzazione dei fini della Comunità medesima), assume ora il ruolo di principio informatore della politica economica comune all'art. 4, co. 1 e 2 TCE. Allo stesso modo, l'instaurazione di mercati aperti e concorrenziali è l'indirizzo ispiratore della nuova azione comune della Comunità in materia di politica industriale (cfr. infatti art. 157, co. 2 e 4 TCE).

E' in questo contesto che si sviluppa, in particolare, la discussa disciplina delle c.d. “*essential facilities*”, diretta a teorizzare l'accesso alle risorse essenziali detenute da un'impresa dominante, da parte di soggetti nuovi entranti nel mercato, dottrina presa a prestito dall'esperienza *antitrust* statunitense e poi sviluppata secondo i canoni tipici della regolazione comunitaria della concorrenza.

Il sistema di analisi del rifiuto di contrarre si trasforma quindi da uno strumento di censura di comportamenti dell'impresa dominante nell'ambito di relazioni contrattuali già in atto e tendenzialmente diretti a sanzionare condotte genericamente qualificabili come “unfair”, a mezzo di coinvolgimento dei detentori del potere di mercato in un disegno di incremento della concorrenza, attraverso la configurazione a carico degli stessi di obblighi positivi nei confronti dei concorrenti, siano essi già esistenti o semplicemente potenziali.

Come già sottolineato, tale passaggio concettuale è graduale e ad esso non sono del tutto estranee le istanze di liberalizzazione di alcuni settori, in precedenza regolamentati, di importanza strategica nell'economia europea.⁴⁰

3.1. I PRODROMI DELLA DOTTRINA DELLE “ESSENTIAL FACILITIES” IN EUROPA: I CASI LONDON EUROPEAN / SABENA E BRITISH MIDLAND / AER LINGUS

Due decisioni emesse dalla Commissione a cavallo degli anni ottanta e novanta, entrambe relative a servizi attinenti al trasporto aereo, possono qualificarsi come prodromiche agli sviluppi della disciplina delle *essential facilities* in sede comunitaria: il caso *London European/Sabena*, deciso nel 1988⁴¹, e *British Midland/Aer Lingus* del 1992⁴². Dette decisioni presentano elementi di originalità rispetto al passato e anticipano argomentazioni che saranno sviluppate successivamente nella prassi della Commissione. D'altro canto, in queste pronunce, le riflessioni proposte rimangono solo ad uno stato embrionale di sviluppo, così da non consentire di ascriverle pienamente al nuovo corso della prassi decisionale comunitaria.

⁴⁰ In via preliminare, occorre comunque precisare che parte della dottrina, forte dell'atteggiamento della stessa giurisprudenza, nega che la prassi comunitaria degli anni novanta corrisponda allo sviluppo di metodologie nuove per il trattamento del rifiuto abusivo e considera solo nominalistico il riferimento alla disciplina delle *essential facilities* che, di fatto, riassumerebbe quanto teorizzato in passato con riferimento alle fattispecie di rifiuto di contrarre con clienti esistenti. Per un'esposizione di tale pensiero, v. *infra* par. 3.5.

⁴¹ V. Commissione CE, 4 novembre 1988, *London European/Sabena*, caso IV/32.318.

⁴² V. Commissione CE, 26 febbraio 1992, *British Midland/Aer Lingus*, caso IV/33.544.

Nel primo caso, la compagnia aerea belga Sabena è stata ritenuta responsabile di aver violato l'allora art. 86 (ora 82) TCE, per aver sostanzialmente rifiutato alla compagnia London European Airways l'accesso al sistema informatizzato "Saphir", che gestiva in via esclusiva. Tale sistema consentiva alle agenzie di viaggio di consultare tutte le informazioni sui voli delle compagnie inseritevi, orari, tariffe, disponibilità dei posti, nonché di effettuare le relative prenotazioni. Nel caso di specie, Sabena aveva richiesto al concorrente tariffe particolarmente elevate e subordinato l'accesso al sistema di prenotazione computerizzato alla conclusione di un contratto diretto ad affidare a Sabena la fornitura dei servizi di assistenza a terra (cd. *handling*).

Ciò che accomuna il caso *London European* alle successive decisioni in materia di *essential facilities* è la definizione di due separati mercati: quello del servizio di prenotazione (quindi, di fornitura della *facility*), su cui l'impresa detiene la posizione dominante, come distinto e strumentale rispetto a quello (a valle) del trasporto aereo. Fanno invece apparire la decisione ancora lontana da quelli che saranno i successivi sviluppi della prassi e più vicina ai casi precedenti, la carenza del carattere di essenzialità riscontrabile nel sistema di prenotazione rispetto al servizio di trasporto aereo cui il primo è semplicemente funzionale, nonché l'assenza nella decisione di una valutazione circa l'effetto del comportamento abusivo sulle generali condizioni di concorrenza nel mercato considerato.

Per di più, in *London European*, il rifiuto di contrarre non si presenta allo stato "puro", bensì come elemento di condotte più ampie, quali quelle dell'imposizione di prezzi non equi o di *tying*, condotte nella cui valutazione, come si è visto, si utilizzano principi in parte differenti e difficilmente trasferibili in sede di rifiuto di contrarre.⁴³

Nel successivo caso *British Midland /Aer Lingus*, la compagnia di bandiera irlandese aveva deciso di porre fine all'accordo di *interlining* con la British Midland da

⁴³ Il caso *London European/Sabena* è molto simile al successivo caso deciso negli Stati Uniti, *Alaska Airlines v. United Airlines and others*, (948, F.2d 536 – 9th Cir. 1991), richiamato da SIRAGUSA, BERETTA, *La dottrina delle essential facilities nel diritto comunitario e italiano della concorrenza*, in *Contratto e Impresa, Europa*, 1999, p. 260 ss., spec. 282, nt. 40. In questo caso la United Airlines e alcune altre compagnie aeree avevano imposto all'Alaska Airlines condizioni di accesso al sistema computerizzato di prenotazione eccessivamente onerose. A fronte delle rimostranze della Alaska Airlines che sosteneva che tale sistema costituisse un' *essential facility* cui aveva diritto di accedere a condizioni ragionevoli, la Corte di appello del 9° circuito è giunta ad una conclusione diversa da quella adottata in Europa dalla Commissione: "under section 2 of the Sherman Act, a corporation unilateral conduct to control an essential facility is not prohibited unless it has the power to eliminate competition in the downstream market, exercises that power and thus monopolies the market". Non ritenendo esistente il rischio di monopolizzazione del mercato di riferimento le compagnie aeree non furono ritenute responsabili della violazione della Section 2.

quando questa aveva iniziato ad operare sulla rotta Londra (Heathrow) – Dublino, su cui la prima aveva una posizione dominante. Tale accordo, cui partecipa la maggior parte delle compagnie aeree mondiali, permette alle agenzie di viaggio di emettere un unico biglietto comprensivo di percorsi parziali da effettuarsi con compagnie diverse e ai passeggeri di cambiare prenotazione, percorso o compagnia, senza necessità di riemissione del biglietto. L'esclusione da tale pratica quindi rappresentava per la compagnia aerea un notevole svantaggio economico e commerciale.⁴⁴ Per tale motivo, la Commissione ha condannato Aer Lingus a concedere l'accesso al sistema, anche se per un periodo limitato.

La decisione della Commissione, pur non essendo ancora riconducibile alla successiva linea interpretativa della prassi comunitaria, presenta notevoli punti di distacco con le precedenti pronunce comunitarie.

A tal fine, basti rilevare che qui la sussistenza di un preesistente rapporto di clientela tra l'impresa dominante e la British Midland non è posto a fondamento dell'abusività del rifiuto, come avveniva nella prima giurisprudenza comunitaria, bensì come elemento idoneo a confutare l'esistenza di una giustificazione oggettiva accettabile a sostegno del rifiuto opposto da Aer Lingus.⁴⁵ Ancora, l'intento di svantaggiare il concorrente, richiamato dalla compagnia Aer Lingus quale motivazione dell'atteggiamento tenuto nei confronti di British Midland, non è considerato di per sé elemento per constatare l'esistenza dell'abuso, bensì solo quale giustificazione inidonea ad impedire la valutazione di illiceità della condotta.⁴⁶ Infine, dalla decisione pare di capire che la liceità del rifiuto vada valutata con riferimento all'impatto che questo può produrre sul mantenimento e lo sviluppo della concorrenza in quanto tale.⁴⁷

⁴⁴ La fattispecie oggetto del caso concreto presenta numerose analogie con il precedente deciso dalla Commissione nel caso *BBI/Boosey&Hawkes*: anche in quest'ultimo si era in presenza di una preesistente relazione commerciale tra l'impresa in posizione dominante, un suo riparatore e un suo rivenditore; dal momento in cui questi ultimi avevano deciso di entrare nel medesimo mercato dell'impresa dominante questa aveva negato loro le forniture. Per le differenze con la decisione resa nel caso concreto, però, v. *supra*, par. 2.2.

⁴⁵ V. Commissione CE, caso IV/33.544, *British Midland/Aer Lingus*, cit., par. 26: una possibile giustificazione obiettiva atta a motivare il rifiuto potrebbe essere l'esistenza di dubbi sulla solvibilità della controparte.

⁴⁶ *Ibidem*, par. 7, 25 e spec. 30 dove si legge “*Il suo (di Aer Lingus, n.d.a.) desiderio di evitare una diminuzione della sua quota di mercato, il fatto che si tratta di una rotta di importanza vitale per la compagnia e che i suoi margini di utile saranno in diminuzione non rende legittimo il suo comportamento nei riguardi di un nuovo operatore*”.

⁴⁷ Ciò si nota in particolare al par. 26 della decisione: “*Il rifiuto di autorizzare nuovi interlining o la revoca di quelli esistenti possono entrambi, a seconda delle circostanze, ostacolare il mantenimento o lo sviluppo della concorrenza. Se esiste un obbligo di interlining dipende dagli effetti sulla concorrenza del relativo rifiuto*” (sottolineato aggiunto). La portata di tale affermazione è tuttavia ridimensionata da quella immediatamente successiva che pare ancora concentrarsi sulle conseguenze del rifiuto prodotte sul

Non mancano inoltre alcuni concetti introduttivi alla dottrina dell'*essential facilities*, oltre ad una terminologia ed un modo di argomentare che richiama le decisioni successive: la circostanza che l'impresa vittima dell'abuso fosse un soggetto nuovo entrante, almeno nel mercato di riferimento, quindi più esposta ai costi di un eventuale rifiuto di accedere al sistema di *interlining*, infatti, sembra abbia giocato un ruolo importante nell'argomentazione della Commissione.⁴⁸ Il fatto stesso che Aer Lingus continuasse a fornire servizi di *interlining* ad altre compagnie comunque presenti sulla medesima tratta, sollevava anche questioni di discriminazione all'accesso, questioni che la successiva giurisprudenza farà rientrare nella trattazione dei casi di *essential facilities*.⁴⁹

Sul versante opposto mancano, invece, nella decisione alcuni tratti caratterizzanti di questa dottrina; non è dato rinvenire la definizione di un mercato di fornitura della risorsa (*interlining*) distinto da quello del servizio cui la risorsa è essenziale: l'unico mercato preso in considerazione è quello del trasporto aereo nella tratta Londra (Heathrow) – Dublino.⁵⁰ La stessa "essenzialità" dell'*interling* appare dubbia, risolvendosi la mancata partecipazione all'accordo come un semplice "handicap" e non come condizione indispensabile per la sopravvivenza della compagnia cui è stato opposto il rifiuto.⁵¹

Sembra poi che sull'esito finale della decisione abbia influito la nascente spinta alle liberalizzazioni nel settore del trasporto aereo.⁵²

3.2. LA DOTTRINA DELLE "ESSENTIAL FACILITIES" NELL'ESPERIENZA DELLA GIURISPRUDENZA AMERICANA

Prima di trovare applicazione in ambito comunitario, la disciplina delle infrastrutture essenziali (meglio conosciuta come dottrina delle "*essential facilities*")

concorrente opposto: "*L'obbligo esiste in particolare quando il rifiuto o la revoca dell'interlining da parte di un'agenzia in posizione dominante può avere un impatto significativo sulla capacità dell'altra compagnia di iniziare un nuovo servizio o di mantenere un servizio esistente (...)*" (sottolineato aggiunto). Per tale ultimo aspetto, v. anche par. 30 della decisione dove si sottolineano gli svantaggi prodotti dal rifiuto sui costi e sulle entrate del soggetto rifiutato.

⁴⁸ V. Commissione CE, caso IV/33.544, *British Midland/Aer Lingus*, cit. par. 26-27.

⁴⁹ Aer Lingus manteneva infatti il rapporto di *interlining* con British Airways e con Dan Air che operavano sulla rotta Londra (Heathrow) – Dublino.

⁵⁰ V. Commissione CE, caso IV/33.544, *British Midland/Aer Lingus*, cit. par. 16.

⁵¹ *Ibidem* par. 6, 27 e 28. La non essenzialità del servizio di *interlining*, d'altro canto sarebbe provata dal fatto che a seguito del rifiuto, British Midland è rimasta operativa sulla rotta considerata (cfr. par. 29 della decisione).

⁵² V. JONES, SUFRIN, *EC Competition Law*, cit. p. 479 che cita quanto affermato dalla XXII Relazione sulla politica di concorrenza a riguardo. Cfr. anche NIKOLINAKOS, *EU competition law*, cit., p. 80.

nasce e si sviluppa nell'esperienza *antitrust* americana.⁵³ Essa riguarda il rifiuto di contrarre avente ad oggetto beni considerati essenziali per l'accesso *ex novo* ad un determinato mercato.

Tale dottrina (spesso denominata in senso figurato delle “*bottleneck facilities*”, a sottolineare lo “stretto passaggio” controllato dal soggetto dominante) trova i suoi fondamenti in numerose pronunce delle corti di merito statunitensi, mentre è tuttora sostanzialmente ignorata dalla Corte suprema.

La stessa dottrina l'ha resa spesso oggetto di forti critiche, tanto da farla apparire come tra le teorie più controverse del diritto *antitrust* americano.⁵⁴

Punto di partenza è la Section 2 dello Sherman Act che vieta gli atti finalizzati o comunque idonei a produrre l'effetto di costituire o rafforzare una posizione di monopolio.⁵⁵ Tale divieto costituisce l'eccezione al principio generalmente riconosciuto dal diritto *antitrust* statunitense, imperniato intorno ad una libertà di impresa quasi assoluta, secondo cui i produttori e i venditori sono normalmente ritenuti liberi di gestire le proprie attività commerciali e di scegliere così i soggetti con cui contrarre.⁵⁶

⁵³ Tra le numerose ricostruzioni dell'esperienza giurisprudenziale americana in materia, v. con riferimento alla dottrina americana, PITOFSKY, PATTERSON, HOOKS, *The essential facilities doctrine under U.S. antitrust law*, in *Antitrust Law Journal*, 2002, p. 443 ss. e FACEY, ASSAF, *Monopolization and abuse of dominance in Canada, the United States and the European Union: a survey*, *ibidem*, p. 559 ss. Con riferimento alla dottrina europea, v. ad es. GASL, *Essential Facilities doctrine in EC anti-trust law: a contribution to the current debate*, in *European Competition Law Review*, 1994, p. 306 ss., spec. 307-308, FURSE, *The 'Essential Facilities' doctrine in Community law*, *ibidem*, 1995, p. 469 ss., spec. 469-471; DOHERTY, *Just what are essential facilities?*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 397 ss., nonché BAVASSO, *Essential Facilities in EC law: the rise of an 'epithet' and the consolidation of a doctrine in the communication sector*, in *Yearbook of European Law*, Oxford, 2002, p. 63 ss. Per la dottrina italiana, v. in part. GUGLIELMETTI, “*Essential Facilities*”, *rifiuto di accesso e abuso di posizione dominante: prime decisioni dell'Autorità Garante e prospettive*, in *Concorrenza e mercato*, 1996, p. 393 ss., spec. 402-405; VASQUEZ, *Essential Facilities doctrine: dalla giurisprudenza statunitense alle norme comunitarie e nazionali sull'abuso di posizione dominante spunti problematici*, *ibidem*, 1998, p. 407 ss. e *Infrastruttura essenziale e diritto di accesso, nota a CGCE, 26 nov 1998, C-7/97, Bronner*, in *Foro Italiano*, 1999, IV, p. 51 ss. Si veda anche l'intervento della Federal Trade Commission statunitense in *The essential facilities concept*, a cura dell' OCSE, 1996, p. 81 ss.

⁵⁴ Tra le aspre critiche alla dottrina, si ricordi, tra tutti, il celebre intervento di AREEDA, *Essential Facilities: an epithet in need of limiting principles*, in *Antitrust Law Journal*, 1990, p. 841 ss.

⁵⁵ La section 2 dello Sherman Act così prevede: “*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof shall be punished by fine (...) or by imprisonment (...) or by both said punishments, in the discretion of the court*” (richiamato in DOHERTY, *Just what are essential facilities?*, cit., nt. 6). Si noti la differenza tra tale norma e l'art. 82 TCE: il primo disciplina le modalità con cui un soggetto acquista/rafforza un potere monopolistico, il secondo regola le modalità con cui l'impresa sfrutta o esercita detto potere (v. per tale aspetto, FURSE, *The 'Essential Facilities' doctrine*, cit., p. 470).

⁵⁶ Tale interpretazione è sancita nella celebre pronuncia della Corte Suprema, *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 39 S. Ct. 465 (1919) (richiamato, tra gli altri, in JONES, SUFRIN, *EC Competition Law*, cit., p. 514).

Dopo una serie di pronunce con cui la Corte suprema ha riconosciuto l'obbligo di garantire accesso a diverse *public utilities*, senza però mai teorizzare una separata dottrina e limitandosi a sviluppare i principi già esistenti in materia di *refusal to deal*,⁵⁷ la disciplina del rifiuto di contrarre avente ad oggetto risorse essenziali acquista una compiuta ed autonoma definizione nel diritto americano con il *leading case*, *MCI Communication Corp. v. AT&T*⁵⁸.

Ai sensi di tale sentenza, che ha il merito di sistematizzare quanto già implicitamente definito da altre precedenti pronunce, la dottrina delle *essential facilities*, quale deroga alla libertà di contrarre, è applicabile in presenza di quattro presupposti.

Il primo richiede il controllo da parte del monopolista di una *essential facility*. Un'infrastruttura è considerata avere le caratteristiche di essenzialità tutte le volte in cui essa è strumento indispensabile per l'accesso ad un mercato, nel senso che i concorrenti non possono validamente operare in esso senza la disponibilità della *facility*.

Il secondo requisito impone l'impossibilità tecnica e pratica da parte del concorrente di duplicare la *facility*; tale induplicabilità è da intendersi tenendo conto di un criterio di ragionevolezza, comparando, ad esempio, il valore dell'attività che si intende realizzare mediante l'utilizzo dell'infrastruttura e il costo che si deve sostenere

⁵⁷ La prima decisione in cui si pone un problema d'accesso ad un'*utility* essenziale è la sentenza *United States v. Terminal Railroad Association*, 224 U.S. 383 (1912), in cui la Corte Suprema ha imposto ad alcune compagnie di trasporto, proprietarie di un'importante snodo ferroviario diretto alla città di Saint Louis, di ammettere all'uso dello stesso anche altre compagnie concorrenti interessate al traffico attraverso lo snodo. Tra le pronunce successive meritano attenzione anche la sentenza *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945) (come la pronuncia precedente, applicazione della Section 1 dello Sherman Act che vieta le intese e le associazioni di imprese), nonché le successive rese in *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100, (1948) e *Otter Tail Power Co. v. United States* 410 U.S. 366 (1973). Per una breve analisi di questi casi, v. DOHERTY, *Just what are essential facilities?*, cit., pp. 398-402. Tali precedenti riprendono in parte principi già esistenti nella disciplina del *refusal to deal*, quali quello del cd. "*intent test*", del cd. "*monopoly leveraging*" o della cd. "*legitimate business purpose*": v. VASQUEZ, *Essential Facilities doctrine*, cit., pp. 410-417, nonché VENIT, KALLAUGHER, *Essential facilities: a comparative law approach*, in *Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute*, 1994, New York, p. 315 ss.

⁵⁸ *MCI Communication Corp. v. AT&T*, 708 F.2d 1081, 1132-1133 (7th Cir. 1983) (richiamato in VASQUEZ, *Infrastruttura essenziale e diritto di accesso*, cit., pp. 51-52). MCI, impresa operante nel settore delle telecomunicazioni, lamentava che AT&T aveva negato l'interconnessione alla rete telefonica fissa che questa gestiva su base nazionale e che detto rifiuto era illegale dal momento che tale interconnessione era indispensabile per competere con AT&T sul mercato delle chiamate telefoniche internazionali. Nella sentenza la Corte aveva sostenuto che: "*A monopolist's refusal to deal under these circumstances is governed by the so-called essential facilities doctrine. Such a refusal may be unlawful because of a monopolist's control of an essential facility (sometimes called bottleneck) can extend monopoly power from one stage of production to another, And from one market into another. Thus the antitrust laws have imposed on firms controlling an essential facilities the obligation to make the facility available on a non discriminatory terms*".

Pur essendo il caso *MCI Communication Corp.* il primo in cui è stata di fatto teorizzata la dottrina delle *essential facilities*, il primo caso in cui è stata effettivamente nominata detta dottrina risale a qualche anno prima ed è *Hecht v. Pro-Football, Inc.*, 570 F.2d 982, 992-93 (D.C. Cir. 1977) cert. denied, 436 U.S. 956 (1978), richiamato tra gli altri in VENIT, KALLAUGHER, *Essential facilities*, cit., nt. 12.

per l'eventuale riproduzione della medesima. Ciò detto, a sostenere l'induplicabilità della *facility* non basta addurre che l'accesso alla medesima sia eccessivamente costoso, se gli operatori sono comunque posti nelle condizioni di poter operare sul mercato.

Affinché trovi applicazione la disciplina delle *essential facilities* è poi necessario che il detentore della risorsa rifiuti l'uso della medesima a danno del concorrente; il diniego d'accesso può evidentemente derivare anche da atteggiamenti ostruzionistici o dal rifiuto di contrarre a condizioni ragionevoli.

La fornitura dell'infrastruttura, infine, può essere imposta solo se questa è tecnicamente accessibile da parte dei terzi richiedenti. In altri termini, deve esistere una quota di capacità inutilizzata disponibile per i terzi e l'attività di questi ultimi deve essere tale da non intralciare o impedire l'operatività dell'impresa dominante.

In presenza di tali presupposti, il rifiuto di fornire un bene essenziale sulla cui produzione o fornitura si abbia il controllo, è illecito se non giustificato da specifici motivi tecnici o commerciali o da ragioni di efficienza produttiva.

Nata nel settore delle reti, per garantire l'accesso a risorse di pubblico interesse detenute nell'ambito di mercati monopolistici, dalla sua ideazione, la teoria delle *essential facilities* ha conosciuto un'applicazione amplissima visto che sono state considerate "infrastrutture essenziali" tanto beni materiali che beni immateriali⁵⁹: a partire dal caso capostipite relativo a un terminal ferroviario, sono state considerate *essential facilities* cui applicare la relativa disciplina, reti di telecomunicazioni, di energia elettrica e, persino, uno stadio o un abbonamento per sciare.⁶⁰

Il risultato di tale tendenza interpretativa delle corti di merito è stata l'estensione ingiustificata di questa disciplina cui la dottrina ha costantemente cercato di porre limiti in nome del rispetto del diritto di proprietà e della libera iniziativa economica del monopolista contro un eccessivo interventismo da parte dei giudici federali.⁶¹

⁵⁹ V. ad es. *Bellsouth Advertising & Publishing Corp. v. Donnelley Information Publishing*, 719 F. Supp. 1551 (S.D. Fla.) (riportato in VASQUEZ, *Infrastruttura essenziale e diritto di accesso*, cit., p. 53) dove alcuni dati relativi alla classificazione delle attività commerciali sono state considerati essenziali per entrare nel mercato degli elenchi aventi ad oggetto tali attività. La Corte, in questa occasione ha affermato: "although the doctrine of essential facilities has been applied predominantly to tangible assets, there is no reason why it could not apply, as in this case, to information wrongly withheld. The effect in both situations is the same: a party is prevented from sharing in something essential to compete".

⁶⁰ V. la sentenza *Fishman v. Estate of Wirtz*, 807 F.2d 520 (7th Cir. 1986) (riportato in VASQUEZ, *Infrastruttura essenziale e diritto di accesso*, cit., pp. 53-54), dove il Chicago Stadium fu considerato un'infrastruttura essenziale. Per un caso simile, v. anche la sentenza *Hecht*, cit. *supra*, nt. 58.

⁶¹ A titolo di esempio, basti esaminare i principi sviluppati nel celebre studio di AREEDA, *Essential Facilities: an epithet in need of limiting principles*, cit., spec. pp. 852-853.

La stessa Corte suprema americana non ha mai riconosciuto l'esistenza della teoria. Pur prendendone atto, prima nella sentenza *Aspen* poi, più di recente, in *Trinko*, la Corte l'ha infatti considerata ininfluenza ai fini della constatazione di una violazione concreta ai sensi della Section 2 dello Sherman Act.⁶² Se, da una parte, ciò ha permesso a taluno di affermare la "fine" della teoria dell'*essential facilities*,⁶³ dall'altra tali pronunce hanno suscitato una rinnovata attenzione sul tema, specie sugli sviluppi che questo è destinato ad avere sull'altra sponda dell'Atlantico, dove, con alcune modifiche che si analizzeranno di seguito, questo è stato recepito.

3.3. LA DOTTRINA DELLE "ESSENTIAL FACILITIES" NEL DIRITTO COMUNITARIO

Sul modello di quanto sviluppato dalle corti e delle autorità statunitensi, la disciplina delle infrastrutture essenziali (o delle "*essential facilities*", come è ugualmente denominata al di qua dell'oceano) fa la sua prima comparizione in Europa in alcune decisioni della Commissione rese in materia di infrastrutture portuali.

Complice uno specifico retroterra economico caratterizzato dalla diffusione di numerosi monopoli statali in settori strategici e un contemporaneo processo di ampia liberalizzazione, la dottrina delle *essential facilities* subisce in Europa notevole diffusione e sviluppi, a volte anche molto limitanti della libera iniziativa economica delle imprese detentrici di risorse essenziali.

Mai riconosciuta come dottrina autonoma ed, anzi fortemente circoscritta, dalla Corte di giustizia, la portata e l'autonomia di tale disciplina costituisce ancor oggi oggetto di notevole dibattito in dottrina ed in giurisprudenza.

⁶² V. sentenza *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.* 472 U.S. 585 (1985), dove la Corte Suprema, rilevato che il comportamento del convenuto (che aveva rifiutato di emettere un unico Ski-pass per l'intero comprensorio sciistico di Aspen di cui controllava 3 impianti su 4) costituiva un chiaro esempio di monopolizzazione ai sensi della Section 2 dello Sherman Act, ha relegato il riferimento alla dottrina dell'*essential facilities* in una nota a piè di pagina, nella quale ha precisato di non ritenere necessario valutarne la rilevanza. Si veda, più di recente, anche la sentenza *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 682, (2004) dove, dopo aver richiamato gli scritti critici di Areeda relativamente alla disciplina delle *essential facilities* ("*crafted by some lower courts*"), la Corte ha affermato "*We have never recognized such a doctrine (...) and we find no need either to recognize it or to repudiate it here*". Per un'analisi del caso *Trinko*, anche in un'ottica comparatistica con il diritto comunitario, v. GERADIN, *Limiting the scope of Article 82: what can the EU learn from the U.S. Supreme court's Judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom?*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 1519 ss.

⁶³ V. ad es. quanto sostenuto da STRATAKIS, *Comparative Analysis of the US and EU approach and enforcement of the essential facilities doctrine*, in *European Competition Law Review*, 2006, p. 434 ss. spec. 437-438.

Degli elementi essenziali di questa disciplina dalla nascita ad oggi si cercherà di dar conto brevemente nei prossimi paragrafi.

3.3.1. LA DOTTRINA DELLE “*ESSENTIAL FACILITIES*” NELLE DECISIONI DELLA COMMISSIONE

Il primo espresso riferimento al concetto di *essential facilities* nel diritto comunitario risale alla decisione resa dalla Commissione nel 1992, nel caso *B&I/Sealink Holyhead*.⁶⁴ B&I era una compagnia armatoriale che gestiva un servizio di traghetti tra Dublino e il porto di Holyhead in Galles. Sealink era invece proprietaria del porto nonché, essa stessa, operatore di traghetti sulla medesima rotta. Visto il punto di attracco assegnatole dall'autorità portuale a ridosso della stretta imboccatura del porto, dove il passaggio dei traghetti provocava un forte moto ondoso, B&I era costretta ad interrompere le operazioni di carico e scarico ogni qualvolta le imbarcazioni di Sealink entravano o uscivano dal porto. Alla comunicazione di una possibile riorganizzazione degli orari dei traghetti, che avrebbe aumentato il passaggio delle imbarcazioni di Sealink e di conseguenza i disagi di B&I, quest'ultima si è rivolta alla Commissione, ottenendo l'adozione di misure provvisorie dirette ad impedire l'entrata in vigore dei nuovi orari.

Per quanto, nel caso di specie, la Commissione non abbia adottato una decisione formale, essendo le parti nel frattempo giunte ad un accordo, la pronuncia sulle misure cautelari contiene *in nuce* i principi che si ritroveranno nelle decisioni successive in materia di *essential facilities*. Si fa riferimento per la prima volta al concetto di “infrastruttura essenziale” definita come “un'attrezzatura o un'infrastruttura senza accesso alla quale i concorrenti non possono fornire i propri servizi ai clienti”.⁶⁵ Al soggetto che controlla una tale infrastruttura sono imposte obbligazioni molto ampie: ad esso è fatto obbligo di concedere l'accesso e di garantirlo a condizioni non discriminatorie ai concorrenti che glielo richiedono. La negazione dell'accesso in tali circostanze costituirebbe un abuso ex art. 82 TCE. L'impresa dominante infatti, a dire

⁶⁴ Per l'analisi della decisione, non pubblicata, v. JONES, SUFRIN, *EC Competition Law*, cit. pp. 479-480 e, più in particolare, MALBY, *Restrictions on Port Operators: Sealink/ B&I – Holyhead*, in *European Competition Law Review*, 1993, p. 223 ss. Taluno fa notare come il riferimento alla nozione di *essential facility* risalga invero alla sentenza *United Brands*, cit.: v. SIRAGUSA, BERETTA, *La dottrina delle essential facilities*, cit., nt. 10. Tuttavia all'epoca la dottrina dell'*essential facilities* era ancora stata formulata, nemmeno negli Stati Uniti (la sentenza *MCI Communications* è del 1983).

⁶⁵ V. decisione *B&I/Sealink*, cit., par. 41. Si noti che il primo riferimento alla dottrina delle infrastrutture essenziali è fatto in un caso relativo ad un rapporto preesistente tra i soggetti in causa.

della Commissione, è tenuta a comportarsi in modo da non determinare uno svantaggio competitivo in capo ai concorrenti;⁶⁶ da tale obbligo non sarebbe esentata nemmeno qualora, con un eventuale rifiuto, intendesse realizzare delle maggiori efficienze di mercato.⁶⁷

La prima decisione formale a nominare esplicitamente il concetto di “infrastruttura essenziale” è invece la di poco successiva *Sea Containers/Stena Sealink*, relativa al medesimo porto (il porto di Holyhead in Galles) e alla medesima autorità portuale (Sealink Holyhead, che nel frattempo aveva mutato la sua denominazione in Stena Sealink) coinvolti nella decisione precedente.⁶⁸ Sea Container, società che intendeva avviare un nuovo servizio di traghetti veloci tra Holyhead e Dublino, denunciava alla Commissione l’ostruzionismo con cui Sealink continuava a negarle con diversi pretesti l’accesso alle infrastrutture portuali indispensabili per lanciare la nuova attività.

La Commissione, dopo aver constatato che Sealink deteneva una posizione dominante nel mercato della fornitura delle infrastrutture portuali di Holyhead e che l’accesso a tali strutture era essenziale per la richiedente vista la non duplicabilità del porto stesso, stabiliva che un’impresa che sia contemporaneamente proprietaria e utente di tali infrastrutture e che rifiuti l’accesso alle medesime (ovvero lo conceda a condizioni meno favorevoli di quelle che riserva ai propri servizi) pone in essere, alla presenza delle altre condizioni previste, un abuso ai sensi dell’art. 82 TCE.⁶⁹ L’obbligo di garantire l’accesso a condizioni non discriminatorie è infatti necessario per consentire

⁶⁶ Il riferimento a tale obbligo sembra poi ripreso nella successiva decisione *Sea Containers/Stena Sealink*, dove si impone all’impresa in posizione dominante di comportarsi come farebbe un’autorità indipendente. V. *infra*, in questo paragrafo.

⁶⁷ V. decisione *B&I/Sealink*, cit., par. 42. V. il commento di FURSE, *The ‘Essential Facilities’ doctrine*, cit., p. 472 che sottolinea come, a differenza dei casi decisi in precedenza in sede comunitaria, non sembra che in questo caso sia stata valutata un’eventuale intenzione dell’impresa dominante di nuocere al concorrente.

⁶⁸ V. Commissione CE, 21 dicembre 1993, *Sea Containers / Stena Sealink*, caso IV/34.689. Si noti che, nelle more del procedimento avanti alla Commissione, la Sea Containers aveva accettato le offerte di Stena Sealink. La Commissione ha ritenuto comunque opportuno emanare una decisione sul caso di specie perché questa avrebbe potuto “fornire dei criteri per la soluzione del caso specifico e di situazioni analoghe in futuro” (v. par. 47). E’ evidente la volontà della Commissione di enunciare una regola in materia.

⁶⁹ *Ibidem*, par. 66. Anche in questa sede, l’*essential facility* è definita come “un’attrezzatura o un’infrastruttura alla quale devono avere accesso i concorrenti per poter servire i propri servizi ai clienti”. Si noti che alla base della decisione, la Commissione richiama tutta la precedente prassi comunitaria in materia di rifiuto di contrarre (tra cui le sentenze *Commercial Solvents*, *Télémarketing* e le decisioni *London European*, *British Midland*).

l'ingresso di *nuovi* operatori sul mercato⁷⁰, nei cui confronti l'impresa dominante ha, addirittura, il dovere di operare come un'autorità indipendente e *super partes*.⁷¹

Considerazioni analoghe la Commissione ha svolto nella decisione, resa nella stessa giornata, nel caso *Installazioni del porto di Rødby*.⁷² In questa decisione, adottata ai sensi del combinato disposto degli artt. 90, co. 1 e 86 (ora artt. 86 e 82) del Trattato, il governo danese è stato condannato per aver rifiutato l'accesso alle infrastrutture portuali di Rødby alla società svedese Euro-Port A/S, allo scopo di mantenere la posizione dominante detenuta sul mercato dei servizi di trasporto via traghetto dall'impresa pubblica ivi operante.⁷³ La decisione, oltre a ribadire una serie di concetti già sviluppati in passato (quali la ripartizione dei mercati, la definizione di *essential facility*)⁷⁴, presenta un certo interesse poiché fornisce per la prima volta alcune indicazioni circa il tipo di giustificazioni idonee a motivare un eventuale rifiuto di concedere l'accesso ad un'infrastruttura essenziale.

Queste non possono essere né la protezione delle imprese che già utilizzano l'infrastruttura, né l'eventuale saturazione dell'infrastruttura stessa: per la Commissione, infatti, “persino in un mercato saturo, il miglioramento della qualità dei prodotti o dei servizi offerti, oppure la diminuzione dei prezzi che possono derivare dall'introduzione della concorrenza possono costituire un vantaggio evidente per i consumatori”;⁷⁵ anzi,

⁷⁰ *Ibidem*, par. 67. Da tale punto di vista la fattispecie considerata si distingue da quella analizzata in *B&I/Sealink*, dove non si trattava di permettere l'accesso di un nuovo entrante sul mercato bensì di evitare la modifica in senso peggiorativo di un accesso all'infrastruttura già accordato.

⁷¹ *Ibidem*, par. 76.

⁷² V. Commissione CE, 21 dicembre 1993, *Decisione relativa al rifiuto di accesso alle installazioni del porto di Rødby (Danimarca)*, caso 94/119/CE.

⁷³ DSB era un'impresa pubblica contemporaneamente proprietaria del Porto di Rødby e, al contempo, titolare di un servizio di collegamenti marittimi via traghetto tra la Danimarca e i paesi vicini. L'utilizzazione dei terminali del porto era però soggetta all'autorizzazione del ministero dei trasporti. Questo con due successive lettere aveva, prima, rifiutato di autorizzare la società svedese a costruire un nuovo porto privato nelle vicinanze del porto di Rødby, poi, respinto la domanda della società di operare all'interno delle installazioni del porto pubblico di Rødby. La fattispecie considerata non è quindi molto diversa da quella esaminata nel caso precedente *Sea Containers / Stena Sealink*. Ciò che differenzia questo caso dal precedente è invece il comportamento abusivo (qui si tratta di un vero e proprio rifiuto, nel caso sopra esaminato di un accesso concesso a condizioni discriminatorie) e il coinvolgimento nel caso *Installazioni del porto di Rødby* dell'autorità pubblica e, conseguentemente, dell'applicazione dell'art. 86 (ex art. 90) TCE.

⁷⁴ V. Commissione CE, *Installazioni del porto di Rødby*, cit., par. 7-9 (il mercato dell'organizzazione dei servizi portuali è distinto da quello dei servizi di trasporto marittimo tra Rødby e Puttgarten) e par. 12 (come nelle decisioni precedenti, la definizione di installazione essenziale è: “un'installazione o un'infrastruttura senza la quale i suoi (dell'impresa dominante, n.d.a.) concorrenti non possono offrire servizi ai loro clienti”).

⁷⁵ *Ibidem*, par. 16. L'affermazione è fortemente criticata dalla dottrina: v. ad es. MELI, *Rifiuto di contrattare*, cit., p. 101, nonché BISHOP, WALKER, *The economics of EC competition law*, London, 2002, p. 243 per cui “If there is no spare capacity on the asset in question, then mandating access does not increase the level of competition in the market. Any product sold by the new entrant using the asset would merely be substituting for product previously sold by the asset owner. This means that the total supply of

ad un'eventuale incremento della domanda che potrebbe derivare dall'ingresso di nuovi operatori, l'impresa dominante dovrebbe rispondere attivandosi ed eventualmente realizzando investimenti aggiuntivi volti all'ingrandimento dell'infrastruttura giunta a saturazione.⁷⁶

Particolarmente interessante ai fini della ricostruzione della posizione della Commissione in materia di *essential facilities* è, infine, la decisione *Irish Continental Group/CCI Morlaix*.⁷⁷ Essa riguarda misure provvisorie adottate nei confronti della Camera di Commercio di Morlaix, rea di aver rifiutato l'accesso al porto di Roscoff alla compagnia marittima irlandese Irish Continental Group, che intendeva fornire un servizio di trasporto passeggeri e veicoli tra l'Irlanda e la Bretagna.

Tale decisione è di particolare interesse e si differenzia rispetto alle precedenti pronunce sotto due profili. Innanzitutto, in questo caso, l'impresa che controllava l'infrastruttura e a cui è stato imputato l'abuso di posizione dominante non era presente nei due mercati dell'infrastruttura e dei servizi a valle, ma solamente nel primo.⁷⁸ In secondo luogo, dopo aver ribadito il diritto di accesso di un nuovo operatore

the product would not have been increased and so price would not have fallen. Accordingly, there would have been no improvement in the level of competition in the market". V. per completezza, anche quanto indicato dalla Commissione CE nel contributo dal titolo, *Defining what is the legitimate competition in the context of companies' duties to supply competitors and to grant access to essential facilities*, in *The essential facilities concept*, cit. p. 98.

⁷⁶ Le medesime considerazioni sono sviluppate e portate all'estremo, nella successiva decisione, Commissione CE, 14 gennaio 1998, *Flughafen Frankfurt/Main AG*, caso IV/34.801. Il caso nasceva dalla denuncia di alcune compagnie aeree cui la FAG, società proprietaria ed esercente dell'aeroporto di Francoforte, aveva negato l'autorizzazione ad effettuare servizi di assistenza su rampa, rimanendo in tal modo unico prestatore di quel genere di servizi nell'aeroporto. A giustificazione del suo comportamento, FAG aveva dedotto che il suo rifiuto era motivato in ragione delle limitate dimensioni dell'aeroporto, del rischio di congestione dello stesso e di effetti dannosi sul sistema di sicurezza che avrebbe provocato l'ingresso di nuovi operatori. La Commissione, tuttavia, ha affermato che la difesa svolta dalla FAG, oltre che non fondata nei fatti, non era in ogni caso "tale da costituire una giustificazione oggettiva, ai sensi della giurisprudenza della Corte di Giustizia, perché esistono soluzioni che consentono di superare un'eventuale mancanza di spazio" (v. par. 86-88). A dire della Commissione, la FAG avrebbe potuto attivarsi diligentemente ed ovviare a tale situazione creando o salvaguardando spazi supplementari a garanzia dell'ingresso di nuovi operatori sul mercato.

Non sembra infondato ritenere che l'ampiezza degli obblighi imposti all'impresa dominante nei casi *Installazioni Porto di Rodby* e *Flughafen Frankfurt/Main* sia dovuto anche al fatto che l'impresa detentrica della *facility* fosse un soggetto pubblico, quindi, chiamato a rispondere ad interessi ulteriori rispetto a quelli richiesti ad un soggetto privato.

⁷⁷ Commissione CE, 16 maggio 1995, *Irish Continental Group/CCI Morlaix*, in *XXV Relazione sulla politica della concorrenza*, par. 43.

⁷⁸ La Camera di Commercio in realtà deteneva una piccola partecipazione azionaria nella Brittany Ferries, l'unica compagnia che all'epoca svolgeva servizi di traghetto Irlanda-Bretagna dal porto di Roscoff. La circostanza, tuttavia, sembra non aver avuto alcuna rilevanza nel giudizio. V. MELI, *Rifiuto di contrattare*, cit., p. 103 che sottolinea che l'azione della Camera di Commercio non sia stata valutata come diretta alla monopolizzazione del secondo mercato (sul modello di un'azione di *leveraging*); al contrario, si è ritenuto che la Camera di Commercio avesse commesso l'abuso, in proprio, in quanto mero gestore del porto. Tale aspetto non sembra riproporsi nei casi successivi ascrivibili alla dottrina delle cd. *essential facilities*: cfr. infatti la sentenza della Corte nel caso *Bronner* (sui cui *infra*, par. 3.3.4) e la decisione della Commissione

concorrente ad un'installazione essenziale su base non discriminatoria, la Commissione ha affrontato il problema della corretta determinazione della tariffa d'accesso nonché quello, già sfiorato in Rødby, relativo all'obbligo a carico di chi controlla l'infrastruttura di procedere ad investimenti aggiuntivi per permettere l'accesso ai nuovi concorrenti.⁷⁹

Dalle decisioni della Commissione, deriva un'applicazione delle discipline delle *essential facilities* ampia ed onerosa. In tale ricostruzione, la nozione del comportamento abusivo consistente nella fattispecie del rifiuto di contrarre assume un significato particolarmente dilatato, tanto da limitare all'impresa dominante le prerogative normali che si riconoscono usualmente ad ogni soggetto economico, e, in alcuni casi, da imporre addirittura l'obbligo di porre in essere comportamenti di cooperazione con i suoi stessi concorrenti. Lo sviluppo di questa prassi, tuttavia, non può essere compreso in pieno, se non inserito nel momento storico in cui la Commissione ha cominciato ad operare in relazione ai casi di *essential facilities*, ovvero il periodo delle cd. liberalizzazioni.

3.3.2. LA DOTTRINA DELLE “ESSENTIAL FACILITIES” NEL PROCESSO DI LIBERALIZZAZIONE DEI MERCATI (CENNI)

Come si è anticipato, il principio che impone alle imprese dominanti di garantire l'accesso alle proprie infrastrutture essenziali a condizioni non discriminatorie ha rivestito un ruolo di particolare importanza anche in alcuni settori dell'industria europea, tradizionalmente sottoposti a regimi di privativa a favore dello Stato o di altri enti collegati all'ambito pubblico. In questi contesti, la dottrina dell'*essential facilities* è stata utilizzata quale principio ispiratore di interventi strutturali di tipo legislativo, diretti ad aprire alla concorrenza alcuni mercati di speciale rilevanza strategica per l'economia europea.

In tali settori, la centralità del ruolo dell'accesso all'*essential facility* ha comportato l'intervento delle istituzioni comunitarie, non più in veste di semplici

nel caso *GVG/FS* (su cui *infra*, nt. 104), dove l'impresa dominante titolare dell'infrastruttura era contemporaneamente operante nel mercato del servizio a valle: v. BELLAMY, CHILD, *European Community Law of Competition*, cit., par. 10.140.

⁷⁹ Oltre a quelli citati, un altro caso relativo ad *essential facilities* in materia di installazioni portuali è quello relativo all'accesso del Porto di Elsinore del 30 maggio 1996, relativo al rifiuto da parte del governo danese di concedere l'accesso al porto alla compagnia Mercandia che intendeva svolgere il servizio di trasporto tra Elsinore e Helsinborg. Del caso esiste solo un comunicato stampa, IP/96/456. Per un richiamo, v. DONOGHUE, PADILLA, *The law and economics of article 82 EC*, Oxford, 2006, p. 425, nt. 64.

controllori della corretta applicazione della disciplina in materia di abuso di posizione dominante, bensì in quella di legislatori chiamati a trasporre, questa volta in chiave regolatoria, i principi sviluppati dalla prassi decisionale della Commissione.⁸⁰

I settori maggiormente interessati da tali provvedimenti legislativi sono stati quelli caratterizzati dai cd. monopoli naturali, connessi a sistemi di rete: in essi, in particolare, si è avvertita l'esigenza di limitare il potere di iniziativa economica del monopolista, imponendogli *ab origine* l'ingresso di soggetti terzi all'infrastruttura l'accesso alla quale risulta essenziale per operare in altri mercati.

A partire dagli anni novanta, il fenomeno delle liberalizzazioni ha così coinvolto il settore delle telecomunicazioni⁸¹, del trasporto ferroviario⁸², di quello aereo⁸³, così come il settore postale⁸⁴ e delle forniture di energia elettrica⁸⁵ e gas⁸⁶.

⁸⁰ Approfondiscono il ruolo della dottrina delle *essential facilities* in sede di disciplina di liberalizzazione dei mercati, tra gli altri, GASL, *Essential Facilities doctrine in EC anti-trust law*, cit., p. 311 ss., BERTI, *Le essential facilities nel diritto della concorrenza comunitario*, in *Concorrenza e mercato*, p. 355 ss., spec. 362 ss. e SIRAGUSA, BERETTA, *La dottrina delle essential facilities*, cit., pp. 292-299.

⁸¹ Tra l'amplessima normativa di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni, vale la pena di citare la celebre *Direttiva CE n. 90/387 del Consiglio del 28 giugno 1990, sull'istituzione del mercato interno per i servizi delle telecomunicazioni mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (Open Network Provision – ONP)* in G.U.C.E. 24 luglio 1990, L 192, p. 1 ss., nonché la *Direttiva CE n. 92/44 del Consiglio del 5 giugno 1992 sull'applicazione della fornitura di una rete aperta (ONP) alle linee affittate*, in G.U.C.E. 19 giugno 1992, L 165, p. 27 ss., la *Direttiva CE n. 95/62, del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 1995 sull'applicazione di un regime di fornitura di una rete aperta (ONP) alla telefonia vocale*, in G.U.C.E. 30 dicembre 1995, L 321, p. 6, la *Direttiva CE n. 97/33 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997, sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni e finalizzata a garantire il servizio universale e l'interoperabilità attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta (ONP)*, in G.U.C.E. 26 luglio 1997, L 199, p. 32 ss. e, infine, la *Direttiva CE n. 98/10 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 1998, sull'applicazione del regime di fornitura di rete aperta (ONP) alla telefonia vocale e sul servizio universale delle telecomunicazioni in un ambiente concorrenziale*, in G.U.C.E. 1 aprile 1998, L 101, p. 24 ss. Si veda in part. *Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni*, in G.U.C.E. 22 agosto 1998, C 265, pp. 2 ss., par. 87 ss. nonché i commenti in materia, tra cui si vedano a titolo esemplificativo, NIKOLINAKOS, *EU competition law*, cit., pp. 83-85; BARTOSH, *Ec Competition and Telecommunication Law*, (ed. by KOENIG, BARTOSH, BRAUN), 2002, The Hague, p. 138 ss. e BELLODI, *Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario*, 1999, Napoli, p. 128 ss.

⁸² Tra i primi interventi più significativi in materia, v. ad es. la *Direttiva CE n. 91/440 del Consiglio del 29 luglio 1991, relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie*, in G.U.C.E. 24 agosto 1991, L 237, p. 25 ss. e la *Direttiva CE n. 95/19, riguardante la ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e la riscossione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura*, in G.U.C.E. 27 giugno 1995, L 143, p. 75 ss.

⁸³ Tra i primi interventi più significativi in materia, v. ad es. il *Regolamento CE n. 3652/93 della Commissione del 22 dicembre 1993, relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del Trattato Ce ad alcune categorie di accordi fra imprese sui sistemi telematici di prenotazione per i servizi di trasporto aereo*, in G.U.C.E. 31 dicembre 1993, L 333, p. 37 ss.; il *Regolamento CE n. 95/93 del Consiglio del 18 gennaio 1993, relativo a norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità*, in G.U.C.E. 22 gennaio 1993, L 14, p. 1 ss.; la *Direttiva CE n. 96/67 del Consiglio del 15 ottobre 1996, relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità*, in G.U.C.E. 25 ottobre 1996, L 272, p. 36 ss.

⁸⁴ Tra i primi interventi più significativi in materia, v. ad es. la *Direttiva CE n. 97/67 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997, relativa a regole comuni per lo sviluppo dei servizi postali comunitari e al miglioramento della qualità del servizio*, in G.U.C.E. 21 gennaio 1998, L 15, p. 14 ss.

Per quanto fortemente variegate a seconda dell'ambito di intervento, le regolamentazioni citate si propongono così, mediante l'utilizzo dei principi sviluppati in materia di *essential facilities*, di introdurre in via legislativa meccanismi che favoriscano a potenziali concorrenti l'accesso, l'interconnessione e la fruibilità di dati acquisiti dal monopolista nella propria posizione dominante detenuta *ex lege*. A tale penetrante intervento regolamentativo si aggiunge spesso una dettagliata disciplina in materia di tariffe per garantire l'accesso alla rete a condizioni effettivamente non discriminatorie.

In tale contesto normativo, tuttavia, i principi sviluppati nella prassi della Commissione non hanno avuto solo funzione di ispirazione: ad essi infatti è stato riconosciuto anche un ruolo di tipo sussidiario e complementare.⁸⁷

Sotto il primo profilo, la dottrina delle *essential facilities* ha inteso, infatti, assicurare l'effettività stessa degli interventi di liberalizzazione, visto che molti di questi avrebbero potuto essere vanificati da comportamenti escludenti da parte delle imprese monopoliste che, grazie al controllo dell'infrastruttura specie nelle prime fasi di liberalizzazione, hanno mantenuto comunque una posizione privilegiata sul mercato.

Sotto il secondo aspetto, la dottrina dell'*essential facilities*, e quindi le norme sull'abuso di posizione dominante, sono state chiamate a svolgere un ruolo complementare alla disciplina di regolamentazione là dove questa non esisteva ancora. Disponendo di una portata applicativa più ampia rispetto alle misure di liberalizzazione e rivolgendosi a qualsiasi tipo di settore economico, la disciplina *antitrust* infatti si è potuta applicare per obbligare il monopolista a consentire l'accesso alla *facility* essenziale, anche quando tale obbligo non fosse già stato chiaramente imposto dall'autorità di regolamentazione del settore.⁸⁸

nonché la *Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza al settore postale e in particolare alla valutazione di alcune misure statali relative ai servizi postali*, in G.U.C.E. 6 febbraio 1998, C 39, p. 2 ss.

⁸⁵ Tra i primi interventi più significativi in materia, v. ad es. la *Direttiva CE n. 96/92 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 dicembre 1996, concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*, in G.U.C.E. n. L 27 del 30 gennaio 1997, p. 20 ss.

⁸⁶ V. ad es. la *Direttiva CE n. 98/30 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998, concernente norme comuni per il mercato interno del gas naturale*, in G.U.C.E. n. L 204 del 21 luglio 1998, p. 1 ss. (successivamente abrogata dalla *Direttiva 2003/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2003 relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE*, in G.U.C.E. 15 luglio 2003, L 176, p. 57 ss.).

⁸⁷ V. a questo proposito, BERTI - BIANCARDI, *Essential Facility e disciplina della concorrenza: osservazioni e note critiche*, in *Concorrenza e mercato*, 1996, p. 423 ss., spec. 429-430.

⁸⁸ Il ruolo di sussidiarietà e complementarità della disciplina a tutela della concorrenza in tale ambito è riconosciuto espressamente al considerando n. 4 della *Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni*, cit., dove si legge "Nel settore delle telecomunicazioni la legislazione in materia di liberalizzazione e di armonizzazione consente alle imprese comunitarie, attraverso procedure

Risultato di tale utilizzo della disciplina delle infrastrutture essenziali è stato l'ulteriore ampliamento del suo ambito applicativo e l'arricchimento nella medesima di connotati di tipo eminentemente regolatorio e di finalità di regolamentazione economica, di per sé del tutto estranee ad una disciplina *antitrust* pura.⁸⁹

3.3.3. CONSIDERAZIONI SULL'APPROCCIO DELLA COMMISSIONE NEI CONFRONTI DELLA DOTTRINA DELLE "ESSENTIAL FACILITIES"

L'analisi della prassi della Commissione e del contesto normativo in cui si sviluppa la disciplina dell'*essential facilities* in Europa permette di effettuare alcune prime e brevi osservazioni sulle modalità di applicazione di tale dottrina nella Comunità, specie in raffronto a quanto avviene negli Stati Uniti, dove tale dottrina ha trovato i suoi natali.

Come si è avuto modo di riscontrare, infatti, la disciplina delle infrastrutture essenziali recepita dalla Commissione vuole essere essenzialmente la trasposizione del principio delle *bottleneck facilities* originatosi negli Usa; tale trasposizione, tuttavia, in Europa genera effetti decisamente più ampi ed invasivi.⁹⁰

Parte della ragione della diversa portata che assume la disciplina sulle due sponde dell'Atlantico sta nella stessa formulazione delle norme deputate a regolamentare la fattispecie del rifiuto di contrarre nei due ordinamenti giuridici.⁹¹ Mentre la Section 2 dello Sherman Act disciplina le modalità di acquisizione del monopolio, vietando il *refusal to deal* solo qualora questo sia ascrivibile ad una

semplificate, di intraprendere senza troppe difficoltà nuove attività all'interno di nuovi mercati, offrendo di conseguenza agli utenti i vantaggi apportati da una maggiore concorrenza. Tali vantaggi non devono essere messi a repentaglio da pratiche restrittive o da abusi ad opera delle imprese: le regole comunitarie in materia di concorrenza sono quindi essenziali per consentire il completamento di questa evoluzione" (sottolineato aggiunto).

⁸⁹ Sottolinea tale aspetto con riferimento al ruolo giocato dalla dottrina delle "*essential facilities*" nell'ambito del fenomeno delle cd. liberalizzazioni, BASTIANON, *A proposito della dottrina delle essential facilities. Tutela della concorrenza o tutela dell'iniziativa economica*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, p. 149 ss., spec. 162-163.

⁹⁰ V. a titolo esemplificativo quanto sostenuto da VENIT, KALLAUGHER, *Essential facilities*, cit., p. 325: "*The obligation under Article 86 of the Treaty of Rome on dominant firms to deal with customers would appear to go far beyond that recognized under section 2 of the Sherman Act*". Analizzano il diverso atteggiamento assunto negli Usa e in Europa, STRATAKIS, *Comparative Analysis of the US and EU approach and enforcement of the essential facilities doctrine*, cit., pp. 434-436 e FURSE, *The 'Essential Facilities' doctrine*, cit., p. 473.

⁹¹ Cfr. con BASTIANON, *A proposito della dottrina delle essential facilities*, cit., p. 149, per cui la dottrina delle *essential facilities* rappresenta, sia in Usa che in Europa, la "cartina al tornasole" delle varie anime del diritto *antitrust* e degli obiettivi di volta in volta attribuiti agli organi preposti alla tutela della concorrenza e del mercato.

specificata volontà di creare o mantenere una posizione di monopolio o qualora sia funzionale all'acquisizione di un vantaggio su altri mercati, l'art. 82 TCE disciplina le modalità di esercizio del solo potere dominante, vietando di fatto una serie di comportamenti tipizzati e ritenuti presuntivamente dannosi per le dinamiche di mercato, indipendentemente dall'esistenza della volontà o, meglio, della stessa possibilità di monopolizzazione del mercato a valle.

Il diverso atteggiamento delle autorità americane rispetto a quelle comunitarie deriva anche dal differente contesto di cultura economica in cui si inserisce la valutazione dei comportamenti vietati: negli Usa le autorità tendono ad intervenire il meno possibile nella regolamentazione dei mercati e la stessa disciplina delle *essential facilities* nasce e si sviluppa come eccezione alla regola generale, affermata nel celebre caso *Colgate*, che riconosce ad ogni impresa la libertà di scegliere la propria controparte contrattuale. In Europa, le imprese che detengono una posizione dominante sul mercato sono invece onerate di alcuni speciali responsabilità che impongono loro particolari obblighi positivi e lo stesso recepimento della disciplina delle *essential facilities* è una concretizzazione di uno di questi obblighi.

Infine, in sede nord-americana è riscontrabile un'attenzione maggiore alle valutazioni in termini di efficienza: il rifiuto di contrarre è infatti considerato lecito fintanto che abbia una valida giustificazione economica (le cd. *business reasons*), anche se questo atteggiamento può limitare la concorrenza sul mercato; in sede comunitaria, invece, l'impresa è sottoposta ad un pesante obbligo di contrarre a prescindere dalla valutazione di un'eventuale economicità del suo comportamento. A parziale giustificazione dell'atteggiamento della prassi comunitaria a tale riguardo, peraltro, vi è da dire che in Europa le posizioni dominanti originano il più delle volte da concessioni degli Stati membri e non sono pertanto premiabili quale frutto di una maggiore efficienza o capacità dell'impresa.

Ciò che risulta dall'interpretazione della disciplina delle *essential facilities* della Commissione è quindi l'imposizione, in via quasi automatica, all'impresa detentrici dell'infrastruttura (riconosciuta in posizione dominante nel mercato relativo per il solo fatto di esserne in possesso) dell'obbligo di contrarre a condizioni eque con chiunque gliene faccia richiesta; ciò, persino nel caso in cui tale obbligo non sia finalizzato a tutelare il livello di concorrenza del mercato a valle, ma solo ad evitare che il detentore dell'infrastruttura applichi condizioni eccessivamente onerose o discriminatorie oppure limiti la facoltà di operare di una singola impresa, anche quando

dall'entrata di quel nuovo operatore non deriverebbe alcun beneficio competitivo nel mercato a valle.

Nei casi più "eclatanti", la Commissione accanto all'obbligo di garantire l'accesso alla *facility* arriva addirittura ad imporre all'impresa leader il compito di attivarsi e di creare le condizioni per rendere più competitivo il mercato, come se all'impresa fosse attribuito un ruolo di regolamentazione paternalistica del medesimo. Atteggiamento, questo, che sottopone l'utilizzo della normativa *antitrust* al rischio, se non alla certezza, di derive regolatorie, estranee ai suoi obiettivi originari ed agli stessi compiti delle autorità di concorrenza chiamate ad applicarla.

3.3.4. LA DOTTRINA DELLE "ESSENTIAL FACILITIES" NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

All'interpretazione eccessivamente estensiva data alla dottrina delle *essential facilities* dalla Commissione hanno cercato di porre dei limiti alcune sentenze delle corti comunitarie: dapprima il Tribunale di Primo Grado con la sentenza *European Night Services*, poi la Corte di giustizia nella celebre sentenza *Bronner*.

Nella prima⁹², adottata in realtà ai sensi dell'art. 81 TCE, il Tribunale di Primo grado ha annullato una decisione con cui la Commissione aveva garantito un'esenzione, ex art. 81, co. 3 TCE, all'accordo per la costituzione di una joint venture (la ESN) tra le società ferroviarie francese, inglese, tedesca e olandese, destinata a fornire servizi di trasporto notturno passeggeri tra la Gran Bretagna e il continente tramite l'Eurotunnel. La Commissione aveva ritenuto valido l'accordo, a condizione che le imprese partecipanti garantissero la fornitura di locomotive e di personale viaggiante a chiunque volesse competere sul medesimo mercato.

L'imposizione di tale condizione tuttavia è stata successivamente annullata dal Tribunale, sulla base della considerazione che l'obbligo di fornire l'accesso alle locomotive così come quello di garantire l'utilizzo del personale viaggiante a terzi soggetti, nuovi concorrenti sul mercato, avrebbe potuto essere imposto alla ESN solo nel caso in cui a dette risorse fosse riconosciuta la qualità di *essential facilities*. Mancando la prova dell' "essenzialità" di tali forniture ai fini dell'espletamento del servizio di trasporto e ritenendo non sufficiente a giustificare l'accesso il semplice vantaggio economico in tal modo garantito al nuovo entrante, il Tribunale ha

⁹² V. Tribunale di primo grado, 15 settembre 1998, *European Night Services e a. c. Commissione*, cause riunite T-374, 375, 384/94, in Racc. 1998, II-3141, spec. par. 215-221.

annullato l'obbligo imposta a ESN dalla Commissione. Il giudice comunitario ha quindi escluso che per l'azionabilità del diritto di accesso ad un'infrastruttura possa essere sufficiente il solo vantaggio economico che da questo potrebbe derivare in capo al nuovo entrante.

Tali principi, abbozzati in *European Night Services*, sono stati poi oggetto di sviluppo nel celebre caso *Bronner*, considerato il *leading case* dell'approccio comunitario in materia di *essential facilities*.⁹³

La controversia che da luogo a questa pronuncia deriva dalla pretesa della Oscar Bronner GmbH, editore del quotidiano austriaco "Der Standard", di utilizzare, dietro versamento di un equo compenso, il sistema di recapito a domicilio creato, in alternativa al meno veloce ed efficiente sistema di recapito via posta, da Mediaprint, impresa concorrente ed editrice di due quotidiani di più ampia tiratura.⁹⁴ La Oscar Bronner, a fronte del rifiuto opposto dalla concorrente, aveva invocato a fondamento della propria richiesta proprio la dottrina delle *essential facilities*, fino ad allora mai esplicitamente portata all'attenzione della Corte.⁹⁵ In particolare, l'attore aveva sostenuto che il rifiuto da parte di Mediaprint di consentire l'accesso al sistema privato di distribuzione doveva considerarsi abusivo in quanto detto accesso era indispensabile per competere con l'impresa dominante e il sistema di recapito non duplicabile, in quanto la predisposizione di un sistema paragonabile non sarebbe risultata remunerativa per un piccolo operatore del settore con tiratura molto inferiore a quella di Mediaprint.

I giudici comunitari, tuttavia, evitando di far riferimento alla dottrina delle *essential facilities*, ma anzi, richiamando la giurisprudenza sviluppata dalla Corte nell'ambito delle fattispecie di rifiuto di contrarre, dal caso *Commercial Solvents* in

⁹³ V. Corte di giustizia, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e a.*, causa C-7/97, in Racc. 1998, I-7791, di seguito sentenza "Bronner". Occorre precisare che la sentenza è particolarmente influenzata da quella resa nel caso *Magill*, intervenuto nel frattempo in materia di rifiuto di concedere in licenza un diritto di proprietà intellettuale; per l'esame di tale pronuncia, v. *infra*, cap. 4.

⁹⁴ La sentenza *Bronner* trae origine da due quesiti pregiudiziali posti alla Corte ai sensi dell'art. 177 (ora 234) TCE. Si noti che la questione posta all'attenzione della Corte era puramente interna e non riguardava alcuna norma del Trattato bensì solo l'art. 35 del Kartellgesetz relativo all'abuso di posizione dominante nell'ordinamento austriaco e redatto in termini identici all'art. 86 (ora 82) TCE. La Corte ha tuttavia risolto i dubbi sulla ricevibilità del rinvio ammettendo che il giudice nazionale può rinviare all'interpretazione della Corte circa alcune norme del Trattato non solo quando i chiarimenti sono richiesti per una diretta applicazione di tali norme ma anche quando queste hanno la funzione di favorire un'uniforme applicazione delle norme comunitarie a tutela della concorrenza con le omologhe norme nazionali. V. sentenza *Bronner*, cit. par. 12-22 e, per una breve riflessione, DURANTE, MOGLIA, NICITA, *La nozione di essential facility tra regolamentazione e antitrust. La costruzione di un test*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2001, p. 257 ss, spec. 261, nt.10.

⁹⁵ V. sentenza *Bronner*, cit., par. 24.

poi⁹⁶, respingono la tesi sostenuta dalla Bronner. Perché un rifiuto di contrarre posto in essere da un'impresa in posizione dominante possa essere considerato abusivo è infatti essenziale che questo: (i) non sia oggettivamente giustificabile⁹⁷, (ii) sia tale da eliminare *del tutto* la concorrenza nel mercato a valle dell'infrastruttura essenziale e (iii) che l'accesso all'infrastruttura negata sia *indispensabile* per l'esercizio dell'attività del concorrente e che quindi sia impossibile da duplicare, sostituire o, eventualmente, reperire altrove⁹⁸. A tal fine – sostiene la Corte - non basta ritenere che la realizzazione di una seconda infrastruttura non sia economicamente redditizia a causa della bassa tiratura del quotidiano da distribuire, essendo invece necessario provare che ciò che non è economicamente redditizio è la creazione di un secondo sistema di recapito per la distribuzione di quotidiani aventi tiratura paragonabile a quella dei quotidiani distribuiti con il sistema di consegna esistente.⁹⁹

Escludendo di citare ed inquadrare la propria valutazione nella struttura della dottrina delle *essential facilities* sviluppata dalla Commissione¹⁰⁰, la Corte se ne

⁹⁶ *Ibidem*, par. 38-41, dove la Corte richiama i casi *Commercial Solvents*, *Télémarketing* e *Magill*. Un'analoga e più ampia ricostruzione della precedente giurisprudenza in materia di rifiuto di contrarre è richiamata anche nelle Conclusioni dell'Avv. Gen. Jacobs, presentate il 28 maggio 1998, par. 35 ss. Tracciando tale linea di continuità, la Corte pare quindi voler ascrivere i casi di *essential facilities* alla precedente giurisprudenza e a confonderli con essi, come se non esistessero differenze tra la precedente prassi e il nuovo corso dei giudici comunitari. A chi scrive pare tuttavia che tale operazione di assimilazione dimentichi una serie di differenze notevoli tra le diverse sentenze della Corte e tra i contesti di politica economica in cui Corte di giustizia e Commissione si sono trovate nel tempo a pronunciarsi. Per un'analisi di tale atteggiamento della Corte e dell'Avv. generale Jacobs, v. in part. SIRAGUSA, BERETTA, *La dottrina delle essential facilities*, cit., nt. 36 e MELI, *Rifiuto di contrattare*, cit., p. 18. Trova elementi di continuità con la precedente giurisprudenza, tanto da far apparire la dottrina dell'*essential facilities* già contenuta nei precedenti orientamenti della giurisprudenza della Corte, NIKOLINAKOS, *EU competition law*, cit., pp. 74-75. Tale continuità pare essere condivisa anche dalla stessa Commissione: v. infatti quanto sostenuto in *Defining what is the legitimate competition*, in *The essential facilities concept*, cit., p. 94: "*Essential facility*" cases are not exception to normal rules, but specialized examples of general rules about discriminations and handicaps created by dominant companies; the concept may be merely a useful label for some types of cases rather than an analytical tool". Per una riflessione sulla continuità con i precedenti comunitari, v. *infra*, par. 3.5.

⁹⁷ L'argomentazione della Corte sul punto non è particolarmente estesa, limitandosi, sul punto, a questa affermazione. Essa non prende in considerazione le difese richiamate da Mediaprint circa il notevole investimento amministrativo e finanziario richiesto per la realizzazione del sistema di recapito e i limiti di capacità del medesimo (v. sentenza *Bronner*, cit., par. 9)

⁹⁸ *Ibidem*, par. 41.

⁹⁹ *Ibidem*, par. 44-46. La Corte riprende quanto già aveva concluso a questo riguardo l'Avv. generale Jacobs, v. infatti, le sue Conclusioni, par. 66.

¹⁰⁰ Nelle sue Conclusioni, l'Avv. generale Jacobs ricostruisce sinteticamente lo stato della giurisprudenza statunitense in materia di *essential facilities* (v. par. 45-47), senza però poi richiamare tale dottrina in sede di definizione del suo giudizio: v. infatti il significativo passaggio al par. 65 "*a me sembra che un intervento di questo tipo (la concessione dell'accesso all'infrastruttura, n.d.a.), venga esso interpretato come applicazione della dottrina delle infrastrutture essenziali o, più tradizionalmente, come reazione al rifiuto di fornire beni o servizi, possa essere giustificato (...) soltanto nei casi in cui l'impresa dominante detenga un'effettiva posizione di supremazia nel mercato vicino*" (sottolineato aggiunto). Analizza le conclusioni dell'Avv. generale Jacobs, specie in questa parte, TREACY, *Essential Facilities – Is the Tide Turning?*, in *European Competition Law Review*, 1998, p. 501 ss.

allontana e fa rientrare la valutazione di abusività del rifiuto di contrarre entro termini decisamente più limitati.¹⁰¹ Nella consapevolezza, almeno implicita, che la libertà di contrarre costituisca principio essenziale del diritto comunitario e che un'imposizione indiscriminata di concedere l'accesso alle infrastrutture dell'impresa dominante possa determinare nel lungo termine seri danni specie in materia di investimenti da parte della stessa, la Corte circoscrive l'obbligo di accesso all'infrastruttura ai casi di *essenzialità* (e quindi di conseguente induplicabilità) della risorsa e ai casi in cui dal rifiuto possa derivare *l'esclusione totale* della concorrenza a valle.

Sotto il primo profilo, se nei primi casi, la Corte si concentrava esclusivamente sulla correttezza del comportamento del soggetto dominante nei confronti dei concorrenti, ignorando di fatto la possibilità che questi potessero reperire altrove l'infrastruttura o la materia prima loro negata, ora l'essenzialità e l'insostituibilità di queste ultime costituiscono fattori decisivi per l'imposizione o meno dell'obbligo di contrarre. Tale criterio è da intendersi poi in senso oggettivo, dovendo l'infrastruttura ritenersi essenziale per tutti i concorrenti in generale e non per la singola impresa, che non può invocare le proprie esigenze soggettive ai fini di vedersi garantito l'accesso.

Sotto il secondo profilo, il rifiuto eventualmente opposto ad un concorrente, seppur gravemente pregiudizievole per quest'ultimo, non può essere ritenuto illecito se lascia spazi di concorrenza sul mercato in cui l'impresa è attiva. Solo l'eliminazione totale dei concorrenti o, tutt'al più un grave pregiudizio alla generalità degli stessi, può giustificare una misura così invasiva come l'obbligo d'accesso.¹⁰²

Ne risulta una lettura decisamente più circoscritta, più attenta alla tutela della concorrenza in generale che non ai singoli concorrenti.¹⁰³

La giurisprudenza *Bronner*, che sino ad ora non sembra aver subito ulteriori sviluppi o ripensamenti quanto meno nell'ambito del rifiuto di contrarre in generale (fa eccezione infatti il rifiuto di concedere in licenza diritti di proprietà industriale ed

¹⁰¹ E' quanto sostiene GERADIN, *Limiting the scope of Article 82*, cit., p. 1539 dove, facendo un parallelo con il caso *Trinko*, sostiene: "In sum, as in US antitrust law, there does not seem to be an "essential facilities" doctrine formally recognized by the ECJ".

¹⁰² La Corte riprende quanto chiaramente sostenuto dall'Avv. generale Jacobs nelle sue Conclusioni, par. 58: "(...) il fine principale dell'art. 86 (ora 82, n.d.a.), è prevenire distorsioni della concorrenza – e in particolare tutelare gli interessi dei consumatori – piuttosto che proteggere la posizione dei singoli concorrenti".

¹⁰³ Per una valutazione positiva della sentenza *Bronner*, v. EVRARD, *Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond*, in *Columbia Journal of European Law*, 2004, p. 1 ss., spec. 28-29. Per una lettura critica, v. STOTHERS, *Refusal to supply as abuse of a dominant position: essential facilities in the European union*, in *European Competition Law Review*, 2001, p. 256 ss., spec. 258-259.

intellettuale)¹⁰⁴ lascia tuttavia una serie di interrogativi ancora irrisolti. Ciò che rimane più incerta è, in particolare, la portata residua dell'obbligo di contrarre riconosciuto in presenza delle condizioni riferite nella sentenza *Bronner*: se la concorrenza è soddisfatta dalla presenza di un certo numero di imprese ma, al contempo, all'impresa dominante non può essere imposto di fare accedere chiunque alla propria infrastruttura vi è da chiedersi come l'impresa leader dovrà orientare le proprie scelte nei confronti dei nuovi entranti. Un'operazione che lasci all'impresa dominante di valutare il quadro di concorrenza sufficiente sul mercato a valle espone quest'ultimo a fenomeni di discriminazione e, quel che più preoccupa, all'esclusione di soggetti efficienti.¹⁰⁵

Parte delle risposte a questi quesiti sono fornite dagli sviluppi che la sentenza *Bronner* subisce negli anni successivi in un particolare ambito del rifiuto di contrarre, avente ad oggetto i diritti di privativa industriale ed intellettuale.¹⁰⁶

3.4. VALUTAZIONI CONCLUSIVE SUL TRATTAMENTO DEL RIFIUTO DI CONTRARRE CON NUOVI CLIENTI

Dalla valutazione complessiva delle pronunce della Commissione e della Corte in materia di *essential facilities* è possibile trarre alcune considerazioni conclusive.

Come si è visto, dal “combinato disposto” delle pronunce della Commissione e della Corte di giustizia si desume il principio generale per cui l'impresa detentrica di un'infrastruttura essenziale, il cui accesso da parte di imprese terze è necessario per lo svolgimento di attività economiche in un mercato a valle, commette abuso di posizione dominante quando neghi l'accesso a detta infrastruttura o lo conceda imponendo condizioni inique ai soggetti operanti nel mercato a valle.

¹⁰⁴ Costituisce un caso successivo di applicazione dei principi della dottrina delle *essential facilities*, il caso Commissione CE, 27 agosto 2003, *GVG/FS*, cit., sul quale si vedano i contributi di STEHMANN, *Applying “Essential Facility” Reasoning to Passenger Rail Services in The EU – The Commission decision in the Case GVG*, in *European Competition Law Review*, 2004, p. 390 ss. e, in chiave più critica, CASTALDO, NICITA, *Essential Facility and Efficiency in European Antitrust. Some Lessons from GVG/FS in Railway Sector*, relazione presentata alla *European Association of Law and Economics*, Ljubljana, 15-17 settembre 2005. V. anche il caso Commissione CE, 2 giugno 2004, *Clearstream*, caso COMP/38.096, in materia di rifiuto di fornire servizi transfrontalieri di compensazione e di regolamento per azioni personali emesse ai sensi del diritto tedesco.

¹⁰⁵ Per queste riflessioni, v. in particolare, MELI, *Rifiuto di contrattare*, cit., pp. 126-130 e SIRAGUSA, BERETTA, *La dottrina delle essential facilities*, cit., p. 334.

¹⁰⁶ V. *infra*, in particolare, cap. 4.

Dall'insieme delle pronunce si ricava tuttavia che, perché si possa riscontrare un abuso nell'atteggiamento dell'impresa dominante è necessaria la presenza contestuale di alcune condizioni.

Come si è visto, occorre in primo luogo un diniego di accesso opposto dal detentore dell'infrastruttura agli operatori a valle, oppure la concessione dell'accesso su presupposti iniqui o discriminatori. Tale condizione è stata intesa in senso particolarmente estensivo dalla Commissione che ha qualificato come rifiuto di contrarre anche l'adozione da parte del soggetto dominante di pratiche meramente dilatorie.¹⁰⁷

Il secondo requisito per poter parlare di abuso è la configurabilità di un doppio mercato: quello dell'infrastruttura su cui il titolare è per definizione monopolista e quello a valle del bene o del servizio per il quale l'accesso all'infrastruttura è essenziale. Lungi dal corrispondere ad una reale segmentazione economica, l'individuazione di due mercati distinti si risolve spesso in una finzione per consentire l'applicazione della disciplina in esame¹⁰⁸.

E' poi richiesto che l'*input* cui si chiede l'accesso sia essenziale. In altri termini, che sia indispensabile per l'operatività a valle, e quindi che lo svolgimento dell'attività di prestazione di beni e di servizi nel mercato sottostante possa aver luogo solo tramite l'accesso all'*input* in questione; che sia unico, quindi non disponga di sostituti reali, nonché induplicabile, non abbia dunque neppure sostituti potenziali che consentano ugualmente l'accesso anche, eventualmente, a condizioni meno vantaggiose.¹⁰⁹ L'essenzialità dell'accesso è da valutare in termini esclusivamente oggettivi.¹¹⁰

¹⁰⁷ V. infatti la decisione *Sea Containers / Stena Sealink*, cit. *supra*.

¹⁰⁸ Per le critiche a tali modalità di distinzione dei mercati, tipica della dottrina delle *essential facilities* così come sviluppata in ambito comunitario, v. *infra*, par. 3.6. E' interessante notare come invece l'esistenza del doppio mercato è completamente estranea alla prassi del diritto *antitrust* americano, v. PITOFKY, PATTERSON, HOOKS, *The essential facilities doctrine under U.S. antitrust law*, cit., pp. 460-461.

¹⁰⁹ I costi necessari a duplicare la *facility* possono venire in considerazione solo qualora la realizzazione di una seconda infrastruttura sia tale da scoraggiare non solo l'impresa richiedente ma qualsiasi imprenditore prudente dall'entrare sul mercato, v. Conclusioni Avv. Gen. Jacobs, cit., par. 66. V. anche DONOGHUE, PADILLA, *The law and economics of article 82 EC*, cit., p. 440 che, citando alcune significative pronunce, afferma che "*In short, there must be no actual or potential «viable alternatives» to the dominant firm's input or the cost of such alternatives is «prohibitively expensive and would not make any commercial sense»*".

¹¹⁰ Cfr. sentenza *Bronner*, cit., par. 44-46. Sono evidentemente irrilevanti ai fini della valutazione della sussistenza di questo requisito anche eventuali preferenze dei consumatori: cfr. DONOGHUE, PADILLA, *The law and economics of article 82 EC*, cit., p. 442.

Conseguenza del requisito dell'essenzialità oggettiva della risorsa è la necessità che il diniego d'accesso provochi l'eliminazione o una sostanziale diminuzione della concorrenza sul mercato a valle, la quale si risolva in un danno a breve e a lungo termine per i consumatori. E' irrilevante in sé l'eventuale danno per il soggetto richiedente che non determini anche un pregiudizio al contesto concorrenziale del mercato globalmente considerato.¹¹¹

Infine, affinché il rifiuto all'accesso ad una risorsa possa considerarsi abusivo, questo deve essere sfornito di una valida giustificazione economica. Benché sia stato costantemente citato, tale requisito non è stato in realtà mai oggetto di specifica analisi. Invero, negli unici casi in cui ha trovato maggior spazio, di questo sono state date interpretazioni decisamente restrittive.¹¹² Nel silenzio delle pronunce della Commissione e della Corte sembra che possano essere intese come valide giustificazioni per opporre un rifiuto d'accesso, in primo luogo, motivazioni di ordine generale, quali ad esempio quelle che attengono ai normali rapporti commerciali tra imprese, come la solvibilità, la professionalità e capacità dell'impresa che chiede l'accesso, nonché il rispetto degli obblighi contrattuali correlati all'utilizzo dell'infrastruttura; in secondo luogo, motivazioni speciali attinenti alle specifiche caratteristiche di ciascuna infrastruttura, quali l'insufficiente capacità della medesima (purché il limite non sia conseguenza della condotta del gestore o l'ampliamento della capacità sia ottenibile a costi ragionevoli), o motivi di tipo tecnico collegati alla sicurezza dell'accesso.¹¹³ Sembra poi scontato che la valutazione del valore scriminante della singola giustificazione oggettiva debba essere fatta prendendo in considerazione gli effetti che il rifiuto all'accesso determina sulla concorrenza secondo un principio di proporzionalità.¹¹⁴

¹¹¹ Ciò sembra implicare che il pregiudizio alla concorrenza debba essere sostanziale e l'eventuale eliminazione dei concorrenti debba coinvolgere soggetti efficienti tanto quanto l'impresa dominante.

¹¹² Cfr., infatti, le decisioni della Commissione nei casi *Installazioni Porto di Rødby* e *Flughafen Frankfurt/Main*, citati *supra*, par. 3.3.1, dove la saturazione dell'infrastruttura non è stata considerata valida ragione per giustificare il rifiuto d'accesso.

¹¹³ A quelle indicate si potrebbe aggiungere quella "istituzionalizzata" dall'art. 86, co. 2 TCE, pur con riferimento alla fornitura di un servizio economico essenziale.

¹¹⁴ V. BERTI, *Le essential facilities*, cit., pp. 382-383, nonché con riferimento alla valutazione da compiersi nel rispetto del principio di proporzionalità, anche BAVASSO, *Essential Facilities in EC law*, cit., p. 98. Per una rassegna di possibili giustificazioni oggettive, v. SIRAGUSA, BERETTA, *La dottrina delle essential facilities*, cit., p. 325 ss. V. infine anche STOTHERS, *Refusal to supply as abuse of a dominant position*, cit., p. 260, che, per l'individuazione delle possibili giustificazioni oggettive ipotizza un'interpretazione analogica delle giustificazioni previste per eventuali limiti alla libera circolazione delle merci ex art. 28 TCE.

3.5. NOVITÀ DELLA DOTTRINA DELLE “ESSENTIAL FACILITIES”?

Definite in via generale le caratteristiche proprie dell’abuso consistente nel rifiuto di concedere l’accesso ad un’*essential facility* secondo la prassi comunitaria, occorre soffermarsi brevemente sull’effettiva novità in Europa della disciplina ad esso collegata.

Nella maggior parte delle pronunce in materia di infrastrutture essenziali, infatti, sia la Corte sia la Commissione hanno posto a fondamento delle proprie decisioni i più significativi precedenti relativi a casi di rifiuto di contrarre (principalmente, *Commercial Solvents* e *Télémarketing*)¹¹⁵, parendo voler sottolineare la continuità con le interpretazioni passate di tale fattispecie di abuso ed identificare quindi la disciplina delle *essential facilities* come una semplice derivazione dei casi precedenti. Dal ragionamento alla base delle pronunce sembrerebbe quindi ricavarsi che il concetto di *essential facilities* abbia natura solo descrittiva e non normativa, e che da questo non derivi pertanto alcuna nuova e distinta regolamentazione rispetto a quanto già ampiamente definito in passato.

Allo stesso modo, parte della dottrina ritiene che la disciplina elaborata con riferimento alle infrastrutture essenziali non costituisca altro che un aspetto di quanto già disposto in precedenza in relazione ai rifiuti di fornire opposti ai clienti già esistenti. Essa sarebbe priva di autonoma portata precettiva e si risolverebbe semplicemente nell’applicazione di principi generali a fattispecie particolari, caratterizzate da uno specifico rapporto tra gli *input* del processo di produzione o di distribuzione.¹¹⁶

Altra parte della dottrina, pur non negando evidenti punti di derivazione con i primi casi di rifiuto di contrarre, ritiene invece che la dottrina delle *essential facilities* assuma un’autonoma rilevanza sotto molteplici profili.¹¹⁷

¹¹⁵ Con riferimento alle sentenze della Corte di giustizia, v. sentenza *Bronner*, cit., par. 38-40 (dove si richiama, oltre alle sentenze *Commercial Solvents* e *Télémarketing*, anche la sentenza *Magill*, intervenuta nel frattempo) e, con riferimento alle decisioni della Commissione, v. *Sea Containers / Stena Sealink*, cit. par. 66 (che cita *Commercial Solvents*, *Télémarketing*, *London European/Sabena*, *British Midland/Aer Lingus*), *Installazioni del porto di Rødby*, cit., par. 12 e *Flughafen Frankfurt/Main AG*, cit., par. 77 (che citano entrambe la sentenza *Télémarketing*).

¹¹⁶ V. ad es. FURSE, *The ‘Essential Facilities’ doctrine*, cit., p. 472; BISHOP, WALKER, *The economics of EC competition law*, cit. p. 238, che riporta il pensiero di Whish: “The so-called ‘essential facilities’ doctrine ...is not an independent doctrine; it is the same principle as the one applied in *Commercial Solvents*, albeit with a different name”. Sembrano propendere per tale interpretazione anche DONOGHUE, PADILLA, *The law and economics of article 82 EC*, cit., pp. 458-461.

¹¹⁷ V. a titolo esemplificativo, BERTI - BIANCARDI, *Essential Facility e disciplina della concorrenza*, cit., pp. 444-448; GUGLIEMMETTI, “Essential Facilities”, *rifiuto di accesso e abuso di posizione dominante*, cit., pp. 400 e 415 e BERTI, *Le essential facilities*, cit., pp. 360-362.

Essa sarebbe diversa innanzitutto nei risultati: non solo perché le imposizioni che ne derivano sono dirette ugualmente sia a soggetti concorrenti sia a soggetti operanti su mercati diversi rispetto a quello dell'impresa dominante, ma soprattutto perché, rispetto alle tradizionali figure di abuso per rifiuto di forniture, la dottrina delle *essential facilities* comporta un più ampio dovere di collaborazione a carico dell'impresa dominante. A quest'ultima viene infatti addirittura richiesto di non escludere terzi dall'uso della struttura detenuta e gestita per svolgere la propria attività.

Risultato di tale imposizione è dottrina delle *essential facilities* incide non sulle relazioni commerciali tra imprese, oggetto tradizionale delle regole di concorrenza, bensì sulla sfera di proprietà di quelle particolari risorse che conferiscono all'impresa il proprio potere di mercato. L'ingerenza sulle prerogative del diritto di proprietà è poi tale da estendere, mediante il meccanismo di definizione del doppio mercato¹¹⁸, l'obbligo di collaborazione alla messa a disposizione di beni o servizi detenuti dall'impresa usualmente non disponibili sul mercato, bensì utilizzati solo come elementi strumentali all'esercizio della propria attività economica.

In definitiva, la novità della dottrina delle *essential facilities* risiederebbe, per tale parte della dottrina, nell'aver ampliato la funzione tradizionale delle regole di concorrenza dall'ambito del divieto a quello, di segno positivo, consistente nel riconoscimento del diritto a tutti gli operatori di competere secondo un principio di effettiva concorrenza e pari opportunità nel mercato. Ne deriverebbe un'estensione dell'obbligo di contrarre usualmente imposto all'impresa dominante, sia dal punto di vista oggettivo, in quanto tale dottrina implica il riconoscimento di un vero e proprio diritto di accesso, sia dal punto di vista soggettivo, in quanto di tale diritto positivo beneficiano tutte le imprese che, concorrenti o meno con il soggetto dominante, vogliono operare su un mercato a valle, sia questo già esistente o semplicemente di futura creazione.

¹¹⁸ Non a caso la definizione dei mercati tipica dei casi di *essential facilities* costituisce uno degli aspetti più dibattuti della disciplina in esame: la dottrina, in particolare, esprime seri dubbi circa l'opportunità di configurare quale mercato autonomo la fornitura dell'infrastruttura, quando questa non rappresenta l'oggetto delle normali prestazioni commerciali dell'impresa; v. ad es. RIDYARD, *Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors under UK and EC Law*, in *European Competition Law Review*, 1992, p. 438 ss. spec. p. 348, TOFFOLETTI, *La nozione di essential facility*, in *Concorrenza e mercato*, 1998, p. 329 ss., spec. 339-340 e con riferimenti comparatistici alla disciplina statunitense, PITOFSKY, PATTERSON, HOOKS, *The essential facilities doctrine under U.S. antitrust law*, cit., pp. 460-461. Per il dibattito sorto intorno al requisito del doppio mercato nei casi di rifiuto di licenza, v. anche *infra*, Cap. 4, spec. par. 5.2.1.1.

3.6. CONSIDERAZIONI CRITICHE RELATIVE ALL'APPLICAZIONE DELLA DOTTRINA DELLE "ESSENTIAL FACILITIES"

Che sia frutto di quanto sostenuto in passato dalla giurisprudenza comunitaria o sia oggetto di una disciplina giuridica differente, è tuttavia evidente che un'applicazione così ampia della dottrina delle *essential facilities*, quale quella riscontrata nella generalità della prassi europea, rischia di scontrarsi con alcuni principi essenziali di diritto comunitario e può, in definitiva, risultare controproducente.

Le notevoli limitazioni imposte al proprietario dell'infrastruttura potrebbero essere infatti ritenute in contrasto con l'art. 295 TCE che sancisce la sostanziale indifferenza della Comunità nei confronti del regime di proprietà esistente nei singoli paesi membri.¹¹⁹

Come poi ha sottolineato la quasi generalità della dottrina, l'imposizione di un accesso indiscriminato alle *facilities* giudicate essenziali potrebbe generare un forte disincentivo agli investimenti, da un lato, da parte dell'impresa dominante che si vede depauperata del frutto di ricerche e di notevoli capitali spesi con tale obiettivo, dall'altro dei nuovi entranti, che garantiti dell'accesso, non sarebbero stimolati a proporre soluzioni innovative ed alternative alle infrastrutture esistenti. Se da una parte l'accesso all'infrastruttura aumenterebbe la concorrenza nel mercato a valle, migliorandone l'efficienza allocativa (cd. efficienza *ex post*), dall'altra la prospettiva di venire automaticamente privati delle proprie risorse eliminerebbe nel soggetto dominante la tendenza ad investire e a competere in modo proficuo ed efficace (cd. efficienza *ex ante*).¹²⁰

Nondimeno, sotto la prospettiva del benessere del consumatore, il riconoscimento di un obbligo di accesso molto ampio produrrebbe un beneficio a breve termine dato dall'aumento dei concorrenti sul mercato, ma genererebbe un danno a lungo termine dovuto all'impoverimento produttivo e tecnologico.

¹¹⁹ L'art. 295 TCE stabilisce che: "Il presente trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri".

¹²⁰ In un mercato perfettamente concorrenziale esistono tre tipologie di efficienze perfette: l'efficienza allocativa, corrispondente alla capacità di produrre beni esattamente nella quantità richiesta dalla domanda; l'efficienza produttiva, corrispondente alla capacità di produrre beni al minor costo possibile e l'efficienza dinamica, corrispondente alla capacità di stimolare il progresso e l'innovazione. Sottolineano questo aspetto, tra gli altri, STOTHERS, *Refusal to supply as abuse of a dominant position*, cit., p. 260; BASTIANON, *A proposito della dottrina delle essential facilities*, cit., p. 159, GERADIN, *Limiting the scope of Article 82*, cit., p. 1539 e DONOGHUE, PADILLA, *The law and economics of article 82 EC*, cit., pp. 412-413. V. anche le Conclusioni dell'Avv. generale Jacobs al caso *Bronner* (cfr. par. 57).

L'insegnamento che si desume da tali considerazioni è, in conclusione, che la dottrina delle *essential facilities* necessita di essere circoscritta in specifici limiti, individuati mediante il contemperamento di tutti gli interessi in gioco.¹²¹ In assenza di tali limitazioni pare infatti evidente che il riconoscimento generalizzato del diritto di accedere alle risorse essenziali determini la vanificazione del principio di libertà di iniziativa economica nel mercato europeo, effetto che pare di gran lunga più pericoloso per il benessere e la sopravvivenza del mercato comunitario che non l'assenza della garanzia di un accesso indiscriminato alle risorse.

¹²¹ Tra i diversi tentativi di limitare la portata della disciplina delle *essential facilities*, v. RIDYARD, *Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors*, cit., p. 447 ss., GUGLIELMETTI, "Essential Facilities", *rifiuto di accesso e abuso di posizione dominante*, cit., p. 416 ss. e BASTIANON, *A proposito della dottrina delle essential facilities*, cit., p. 155-156 che nell'applicazione della dottrina suggerisce di tener conto delle modalità attraverso le quali l'impresa dominante è venuta in possesso dell'infrastruttura: quanto più la proprietà dell'impresa derivi da maggior capacità imprenditoriali, tanto più restrittivamente deve essere applicato il principio che impone l'obbligo di accesso.

CAPITOLO TERZO

DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

1. Premessa - 2. Il rapporto tra diritti di proprietà intellettuale e disciplina della concorrenza - 2.1. Il criterio dell'uso "normale" o "ragionevole" del diritto di proprietà intellettuale - 2.2. Il criterio dell' "esistenza" e dell' "esercizio" del diritto di proprietà intellettuale - 2.3. Il criterio dell' "oggetto specifico" del diritto di proprietà intellettuale - 3. Diritti di proprietà intellettuale e abuso di posizione dominante - 3.1. Diritti di proprietà intellettuale e mercato rilevante - 3.2. Diritti di proprietà intellettuale e posizione dominante - 3.3. Diritti di proprietà intellettuale e abuso - 3.3.1. Diritti di proprietà intellettuale e prezzi eccessivi - 3.3.2. Diritti di proprietà intellettuale e pratiche discriminatorie - 3.3.3. Diritti di proprietà intellettuale e pratiche di gemellaggio - 3.3.4. Altre ipotesi di abuso in presenza di diritti di proprietà intellettuale

1. PREMESSA

L'abuso di posizione dominante pone problematiche particolari nei casi in cui sono coinvolti diritti di proprietà intellettuale.

Il concetto di "diritti di proprietà intellettuale" accolto nella normativa comunitaria e nelle convenzioni internazionali copre una serie variegata di istituti. In tale nozione si è soliti comprendere, infatti, i diritti sulle invenzioni, su disegni e modelli, su marchi e segni distintivi in genere, sulle nuove varietà vegetali nonché i diritti su beni immateriali come le creazioni artistiche e letterarie, le produzioni cinematografiche e musicali o ancora sulle informazioni aziendali riservate (cd. *know-how*).¹

¹ Cfr. infatti *Accordo TRIPs - Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* - ("Accordo relativo agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio") adottato a Marrakech il 15 aprile 1994, in seno all'accordo GATT e ratificato dall'Italia con l. 29 dicembre 1994, n. 747 (Gazz. Uff. 10

Sotto la spinta dello sviluppo tecnico e scientifico, tali diritti hanno acquisito via via sempre maggior rilevanza nei rapporti economici tra imprese. Da una parte, infatti, detti diritti di esclusiva costituiscono elementi centrali e strategici delle trattative tra soggetti economici; dall'altra, la loro titolarità conferisce all'impresa che ne dispone un'indubbia forza economica che si presta a costituire uno strumento di abuso sul mercato.

Nonostante il loro sviluppo e progressivo acquisto di rilevanza, specie nei rapporti economici internazionali, la disciplina dei diritti di proprietà intellettuale è rimasta per anni oggetto esclusivo delle singole normative nazionali e di alcune importanti convenzioni internazionali². In ambito comunitario, invece, tali diritti hanno trovato una regolamentazione unitaria solo di recente, vuoi tramite direttive di armonizzazione delle discipline dei Paesi membri³, vuoi, nel caso di marchi, disegni e

gennaio 1995, n. 7 Suppl. ord. n. 1), che nell'ambito della nozione di proprietà intellettuale fa rientrare: (i) i diritti d'autore e diritti connessi; (ii) i marchi; (iii) le indicazioni geografiche; (iv) i disegni industriali; (v) i brevetti; (vi) le topografie di prodotti a semiconduttori; (vii) le informazioni segrete. La nozione di diritti di proprietà intellettuale recepita dall'accordo TRIPs, d'altro canto, corrisponde a quanto previsto, anche se in modo un po' più generico, in ambito comunitario, dal *Reg. (CE) n. 2790/1999 della Commissione, del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate*, (in G.U.C.E. 29 dicembre 1999, L 223, p. 21 ss.) che all'art. 1, lett. e) stabilisce che "l'espressione «diritti di proprietà intellettuale» include i diritti di proprietà industriale, i diritti d'autore e i diritti affini".

² Si pensi ad esempio, oltre al citato Accordo TRIPs, in ambito europeo e in specifici settori, alla *Convenzione sul brevetto europeo*, firmata a Monaco di Baviera il 5 ottobre 1973 (ratificata in Italia con l. 26 maggio 1978, n. 260 in Suppl. Ord. Gazz. Uff. 7 giugno 1978, n. 156) e che istituisce un sistema unico di rilascio di brevetti nazionali nonché, nell'ambito del diritto d'autore, alla *Convenzione di Berna per la protezione di opere artistiche e letterarie*, adottata il 9 settembre 1886 e ratificata in Italia con l. 20 giugno 1978, n. 399 in Suppl. Ord. Gazz. Uff. 2 agosto 1978, n. 214.

³ Con riferimento all'armonizzazione della normativa europea in materia di diritto d'autore, v. per es. *Direttiva 92/100/CEE del Consiglio, del 19 novembre 1992, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale*, in G.U.C.E. 27 novembre 1992, L 346, p. 61 ss.; *Direttiva 93/98/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, concernente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi*, in G.U.C.E. 24 novembre 1993, L 290, p. 9 ss.; *Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione*, in G.U.C.E. 22 giugno 2001, L. 167, p. 10 ss.; *Direttiva 2001/84/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 settembre 2001, relativa al diritto dell'autore di un'opera d'arte sulle successive vendite dell'originale* (cd. diritto di seguito), in G.U.C.E. 13 ottobre 2001, L 272, p. 32 ss.; *Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati*, in G.U.C.E. 27 marzo 1996, L 77, p. 20 ss.; *Direttiva 91/250/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, in G.U.C.E. 17 maggio 1991, L 122, p. 42 ss. In materia di brevetti, v. *Proposta di regolamento del Consiglio relativo al brevetto comunitario*, in G.U.C.E. 28 novembre 2000, C 337/E, p. 278 ss.; in materia di biotecnologie, v. *Direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 1998, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche*, in G.U.C.E. 30 luglio 1998, L 213 p. 13 ss.; in materia di topografie di prodotti a semiconduttori, v. *Direttiva 87/54/CEE del Consiglio del 16 dicembre 1986 sulla tutela giuridica delle topografie di prodotti a semiconduttori*, in G.U.C.E. 27 gennaio 1987, L 24 , p. 36 ss.

modelli, tramite regolamenti diretti a sostituire *in nuce* le discipline nazionali in materia⁴.

Lo stesso Trattato di Roma non contiene alcuna specifica disciplina destinata a regolare in modo uniforme le condizioni di titolarità di diritti di privativa e le loro modalità di esercizio. Le uniche norme dedicate alla tutela della proprietà intellettuale nel Trattato sono infatti l'art. 295, diretto a regolare i sistemi di proprietà previsti nei singoli Paesi comunitari, e, più in particolare, l'art. 30 in materia di libera circolazione delle merci.

La prima norma si limita a stabilire che il Trattato “lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri”; la seconda, in deroga agli artt. 28 e 29 TCE, riconosce la liceità delle restrizioni alla libera circolazione delle merci nel territorio comunitario, tra l'altro, quando queste siano connesse alla tutela della proprietà industriale e commerciale purché, però, non costituiscano una forma di discriminazione arbitraria o di restrizione dissimulata al commercio intracomunitario⁵.

Il Trattato, pur riconoscendo i diritti di proprietà intellettuale quali limiti eccezionali di operatività di alcune regole di diritto comunitario, rimane sostanzialmente indifferente nei confronti della disciplina di tali diritti, considerata, almeno originariamente, prerogativa esclusiva dei legislatori nazionali.

Il Trattato non si pronuncia neppure sui rapporti tra titolarità dei diritti di proprietà intellettuale e applicazione delle regole di concorrenza e, tra queste in particolare, dell'art. 82 TCE nel cui ambito il diritto di privativa può costituire oggetto o strumento di esercizio abusivo della posizione dominante.

Nella prima parte del presente capitolo si analizzerà il rapporto tra diritti di proprietà intellettuale e disciplina della concorrenza, ponendo particolare attenzione ai criteri elaborati dalla prassi comunitaria per risolvere l'apparente conflitto tra le due

⁴V. il *Regolamento (CE) n. 40/94 del Consiglio, del 20 dicembre 1993 sul marchio comunitario* (in G.U.C.E. 14 gennaio 1994, L 11, p. 1 ss.) che istituisce il “marchio comunitario”, avente carattere unitario e produttivo dei medesimi effetti in tutto il territorio della Comunità; v. altresì, il *Regolamento (CE) n° 6/2002 del Consiglio del 12 dicembre 2001, su disegni e modelli comunitari* (in G.U.C.E. 5 gennaio 2002, L 3, p. 1 ss.), anch'esso istitutivo di una forma di privativa comunitaria unica su modelli e disegni, efficace in tutti i Paesi membri della Comunità. Si noti che è stato creato un diritto di esclusiva di portata comunitaria anche nel settore delle varietà vegetali con il *Regolamento (CE) n. 2100/94 del Consiglio, del 27 luglio 1994, concernente la privativa comunitaria per ritrovati vegetali*, in G.U.C.E. 1 settembre 1994, L 227, p. 1 ss.

⁵ L'eccezione prevista dall'art. 30 TCE in materia di libera circolazione delle merci, pur in assenza di una specifica norma, può essere trasposta anche in materia di libera circolazione dei servizi ex art. 49 ss. TCE. Cfr. a questo proposito, Corte di Giustizia, 6 ottobre 1982, *Coditel c. Ciné-Vog Films* (cd. “*Coditel IP*”), causa C-262/81, in Racc. 1982, 3381, par. 13.

discipline. Nella seconda, si esaminerà invece la relazione tra diritti di proprietà intellettuale e abuso di posizione dominante: si studierà in particolare come l'esistenza di diritti di privativa influisca nell'individuazione della fattispecie vietata nell'art. 82, dalla fase di identificazione del mercato rilevante, a quella dell'individuazione della dominanza e infine a quella della condotta abusiva.

2. IL RAPPORTO TRA DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE E DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA

I rapporti tra diritti di proprietà intellettuale e normativa *antitrust* sono da molto tempo al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, specie europeo. Come detto, essi non trovano una disciplina unitaria nel Trattato CE, né tanto meno nella giurisprudenza comunitaria la quale pare più che altro influenzata dalla specificità dei singoli casi trattati e dagli obiettivi di volta in volta perseguiti dalle autorità, così da rendere difficile una configurazione univoca della questione.

Secondo l'opinione prevalente, tra disciplina dei diritti di proprietà intellettuale e normativa *antitrust* esiste un rapporto di naturale conflitto. Queste due branche del diritto sarebbero infatti destinate a tutelare diritti contrapposti e con finalità contrastanti. Mentre il diritto di proprietà intellettuale è teso a conferire un potere esclusivo sulla creazione che ne è oggetto, attribuendo al titolare la facoltà di impedirne la circolazione e di sottrarlo alle normali regole di mercato⁶, il diritto della concorrenza è invece diretto a regolare il funzionamento dei mercati, mediante il controllo delle posizioni di potere e di potenziale abuso, proprio per eliminare ogni misura, pubblica o privata, diretta ad impedire o a restringere gli scambi. Al fattore di libertà, alla base

⁶ Sulle finalità dei diritti di proprietà industriale ed intellettuale, v. TRITTON, *Intellectual Property in Europe*, London, 2002, pp. 572-573, che identifica una giustificazione "pubblica" del conferimento di tali diritti, consistente nella garanzia di un incentivo al progresso tecnico ed artistico, e una giustificazione "privata", consistente nell'attribuzione di una ricompensa all'autore per le capacità creative ed inventive. Cfr. con FRIGNANI, WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, cit., pp. 721-722, che distingue diverse finalità con riferimento ai singoli diritti di privativa: "i brevetti per invenzione, i modelli di utilità, i disegni e i modelli ornamentali e i diritti esclusivi accordati da alcune legislazioni per proteggere le varietà vegetali hanno essenzialmente lo scopo di incoraggiare il progresso scientifico e tecnico, favorendo coloro le cui scoperte sono il risultato di lunghe ricerche e di favorevoli investimenti. La tutela del know-how risponde anch'essa alla finalità di favorire lo sviluppo della tecnica", il marchio e in genere i segni distintivi tendono "a indicare l'origine dei prodotti (...) [ad avere] una funzione di garanzia della qualità come pure un valore pubblicitario il [cui] obiettivo principale rimane nondimeno quello di evitare che il pubblico sia indotto in errore circa la provenienza dei prodotti da un determinato produttore o da un gruppo di imprese unite da determinati legami"; infine, "i diritti d'autore si pongono come obiettivo di incoraggiare la creazione di opere originali conferendo al loro autore il monopolio per qualsiasi forma di utilizzazione economica sulle stesse". V., per riflessioni simili e più estese, anche GOVAERE, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law*, London, 1996, par. 2.08 ss.

delle regole di concorrenza e di libera circolazione dei beni, si contrapporrebbe quindi l'elemento di monopolio connaturato con l'esistenza di un diritto di proprietà intellettuale.⁷

Altra parte della dottrina, specie quella più recente, nega invece l'esistenza di una antinomia congenita tra le due discipline e configura il rapporto tra le due in termini di complementarità, più che di conflitto. Sia la normativa *antitrust* sia la normativa di diritto industriale⁸ perseguirebbero infatti il medesimo fine consistente nella garanzia dell'efficienza economica.⁹ Tale identico fine verrebbe realizzato dalle due discipline con modalità e mezzi differenti: dalle regole in materia di concorrenza, mediante il divieto di creazione o rafforzamento di poteri monopolistici; dalle norme della proprietà intellettuale, mediante l'attribuzione di poteri esclusivi e di vantaggi economici al titolare del diritto, a compenso del suo sforzo creativo e della sua capacità inventiva.¹⁰ Le tensioni potrebbero pertanto sorgere tra i mezzi utilizzati dalle due normative e non già tra i principi alla base delle due le quali di per sé possono coesistere, essendo entrambe mirate a realizzare l'unico scopo dell'innovazione e del benessere economico sul mercato.¹¹

⁷ V. per tale opinione, TAVASSI, *Diritti della proprietà industriale e antitrust nell'esperienza comunitaria e italiana*, in *Rivista di diritto industriale*, 1997, I, p. 147 ss., spec. 148-149; MARABINI, *L'abuso di posizione dominante nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, 2004, p. 236; PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, cit., pp. 735-736.

⁸ Nel corso della trattazione i termini di "diritto della proprietà industriale" e di "proprietà industriale" saranno utilizzati come equivalenti ai termini di "diritto della proprietà intellettuale" e di "proprietà intellettuale".

⁹ Per tale considerazione, v. anche le *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, pubblicate da US Department of Justice and Federal Trade Commission, 6 aprile 1995, par. 1: "The intellectual property laws share the same common purpose of promoting innovation and enhancing consumer welfare".

¹⁰ A tale riguardo, il diritto di marchio si configura in termini leggermente diversi rispetto agli altri diritti di proprietà intellettuale: esso non attribuisce un diritto di monopolio su un prodotto e ha la funzione di garantire la provenienza di un bene o di un servizio. Per tale motivo, i casi relativi al rapporto tra marchi e regole di concorrenza sono piuttosto rari.

¹¹ V. per tale dottrina, KORAH, *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, Oxford, 2006, pp. 1-3; TRITTON, *Intellectual Property in Europe*, cit., pp. 573-574; GOVAERE, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights*, cit., par. 2.29, FRIGNANI, WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, cit., pp. 722-723, nonché, con riferimento al solo diritto d'autore, SARTI, *Proprietà intellettuale, interessi protetti e diritto antitrust*, in *Rivista di diritto industriale*, 2002, I, p. 543 ss., spec. 546 e 547, i quali sostengono che la protezione accordata ai diritti di proprietà intellettuale sia, in definitiva, procompetitiva. V. anche CRAMPES, ENCAOUA, HOLLANDER, *Competition and Intellectual Property Rights in the European Union*, in *New Developments in UK and EU Competition Policy* (ed. by CLARKE, MORGAN), Cheltenham, 2006, p. 202 ss. e AREZZO, *Competition Policy and IPRS: an Open Debate over an ever-green issue*, in *Il diritto di autore*, 2004, p. 315 ss., spec. p. 317. Per tali studiosi l'idea di un conflitto tra diritti di proprietà intellettuale e regole di concorrenza sarebbe obsoleta e risponderebbe alla visione espressa dalla Corte di giustizia in alcune pronunce negli anni '60-'70, dove il giudice comunitario pareva più attento all'effetto di ripartizione dei mercati, contrario all'instaurazione di un mercato comune creato dai singoli diritti di proprietà intellettuale: v. in part. ANDERMAN, KALLAUGHER,

Che lo si voglia inquadrare in termini di conflitto o piuttosto di complementarità, è comunque evidente che il rapporto tra proprietà intellettuale e concorrenza richiede, in ultima analisi, un giusto bilanciamento tra le normative. In altri termini, occorre garantire l'esigenza di salvaguardare una struttura di mercato concorrenziale in cui vi sia libero accesso degli operatori alle risorse disponibili e, al contempo, assicurare l'incentivo allo sviluppo mediante il riconoscimento di diritti di privativa e di vantaggi economici a coloro che investono in nuovi trovati. La tutela conferita in via esclusiva all'una o all'altra finalità porterebbe nel breve termine al parassitismo e, nel lungo termine, al definitivo venir meno dello stimolo alla ricerca e al progresso, fattori essenziali di qualsiasi mercato realmente competitivo.

Sulla base delle norme del Trattato in materia di proprietà intellettuale e dei principi che ne derivano¹², dottrina e giurisprudenza hanno individuato diversi criteri

Technology Transfer and the New EC Competition Rules – Intellectual Property Licensing after Modernization, Oxford, 2006, p. 7.

A parere di chi scrive infine sembra che ad una nuova interpretazione del rapporto proprietà intellettuale – concorrenza abbia contribuito anche lo sviluppo nel tempo del ruolo dell'*antitrust* da sistema di realizzazione del mercato unico a mezzo di perseguimento del benessere dei consumatori.

¹² L'applicabilità dei principi sanciti all'art. 30 TCE anche in materia di concorrenza è espressamente sancita da Corte di Giustizia, 18 febbraio 1971, *Sirena S.r.l. c. Eda S.r.l e altri*, causa C-40/70, in Racc. 1971, 69, (di seguito, anche sentenza "Sirena"), par. 5: "(...) L'art. 36 (ora 30, n.d.a.) pur facendo parte del capitolo riguardante le restrizioni quantitative degli scambi tra Stati membri è informato ad un principio che può valere pure in materia di concorrenza (...)". Esprime qualche perplessità circa l'estensione dell'interpretazione delle norme in materia di libera circolazione alle regole di concorrenza, GOVAERE, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights*, cit., par. 3.10 che sottolinea le differenze tra le due discipline: quella ex artt. 28 ss. è destinata agli Stati ed è applicabile alle misure statali che determinano ostacoli alla libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali; quella ex artt. 81 e 82 TCE è diretta alle imprese e, in questo contesto, si applica all'utilizzo distorto dei poteri conferite ad esse dalle norme statali in materia di proprietà intellettuale.

Non risultano del tutto estranei all'analisi del rapporto tra disciplina dei diritti di proprietà intellettuale e normativa di concorrenza i principi sviluppati esclusivamente in materia di diritti di privativa, ricollegabili al cd. *principio di esaurimento comunitario* sviluppato dalla Corte di giustizia. In sintesi, detto principio stabilisce che è contrario all'art. 28 TCE che il titolare di un diritto di privativa in un determinato Stato possa impedire l'importazione del prodotto su cui esiste la privativa, qualora il prodotto sia già stato messo in commercio da lui stesso o con il suo consenso in un altro Stato membro. Se al titolare del diritto di privativa fosse attribuito tale potere, si ammetterebbe la compartimentazione del mercato, in evidente contrasto con i principi del mercato unico (il principio, sancito per la prima volta con riguardo ai brevetti di invenzione nella sentenza 31 ottobre 1974, *Centrafarm BV c. Sterling Drug Inc.*, causa C-15/74, in Racc. 1974, 1147, par. 11-12, è stato poi riconosciuto in termini pressoché identici per tutti gli altri diritti di privativa; fa eccezione, nell'ambito del diritto d'autore, il diritto di rappresentazione, non suscettibile di esaurimento). Ai fini della validità del consenso, è sufficiente che questo sia espresso o ricavabile in modo certo dalle circostanze del caso (v. Corte di giustizia, 20 novembre 2001, *Zino Davidoff c. A&G Import and Levi's Strauss c. Tesco Stores*, cause riunite C-414-416/99, in Racc. 2001, I-8691, par. 45-47). La nozione di titolare del diritto di privativa è stata con il tempo estesa a qualsiasi entità economicamente o giuridicamente collegata al proprietario del diritto (v. Corte di giustizia, 22 giugno 1994, *IHT Internationale Heiztechnik c. Ideal-Standard*, causa C-9/93, in Racc. 1994, I-2789, par. 34). Il principio di esaurimento opera indistintamente anche nei casi in cui esista una diversa protezione nel paese dove il prodotto è stato per la prima volta messo in circolazione rispetto a quello di importazione (vuoi perché il prodotto è stato messo in circolazione in uno Stato dove non è ammessa protezione per quello specifico diritto, vuoi perché il titolare non ne ha richiesto, pur potendo, la protezione giuridica: v. a questo riguardo Corte di giustizia, 14 luglio 1981, *Merck c. Stephar*, causa C-

diretti a definire i rapporti tra norme di concorrenza e diritti di proprietà intellettuale nonché a precisare in che misura l'esercizio di questi ultimi possa essere influenzato dalle prime. Di tali criteri, si darà una breve rassegna nei paragrafi che seguono.

2.1. IL CRITERIO DELL'USO "NORMALE" O "RAGIONEVOLE" DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE

In un primo periodo, parte della dottrina ha ritenuto che il rapporto tra normativa *antitrust* e diritti di proprietà intellettuale si potesse definire mediante il criterio dell'uso "normale" o "ragionevole" del diritto di privativa.

Ai sensi di tale criterio, fondato sul combinato disposto degli artt. 295 e 30 TCE, le norme comunitarie in materia di concorrenza non possono pregiudicare l'esercizio dei diritti di proprietà industriale, se non quando questo sia "anormale", ovvero violi la normativa nazionale in materia.

Questa interpretazione è stata tuttavia ampiamente criticata dagli studiosi e non ha mai trovato recepimento in giurisprudenza. In primo luogo, essa dimentica che gli artt. 81 e 82 del Trattato, in quanto norme direttamente applicabili, sono parte integrante delle normative dei Paesi membri e quindi già limitano l'esercizio di diritti di privativa nei singoli ordinamenti nazionali. Perché si faccia un uso "normale" del diritto di privativa, questo deve già essere conforme alla normativa nazionale in materia di proprietà intellettuale e alle regole comunitarie in materia di libera circolazione e di concorrenza. Di conseguenza, non può esserci un uso del diritto di privativa non conforme alla disciplina comunitaria. In secondo luogo, definire il *discrimen* di "normalità" in base alla conformità ai singoli diritti nazionali che in questa materia, anche se ora meno che in passato, sono caratterizzati da forti differenze comporterebbe che l'uso "normale" possa essere definito in modo diverso da paese a paese.¹³

187/80, in Racc. 1981, 2063, par. 11 e, più di recente, 5 dicembre 1996, *Merck c. Primecrown e Beecham c. Europharm*, cause riunite C-267-268/95, in Racc. 1996, I-6285, par. 32-33; dette sentenze hanno attirato le critiche di molti, v. ad es. KORAH, *The Interface Between Intellectual Property and Antitrust: the European Experience*, in *Antitrust Law Journal*, 2001, p. 801 ss., spec. 806). Il principio non trova invece applicazione nei casi in cui la prima commercializzazione del bene deriva da una licenza "obbligatoria", imposta cioè per legge (v. Corte di giustizia, 9 luglio 1985, *Pharmon BV c. Hoechst AG*, causa C-19/84, in Racc. 1985, 2281, par. 25-27). Del pari, il principio non opera se la prima immissione in commercio è avvenuta in un Paese extracomunitario. Per uno studio più approfondito circa la disciplina della libera circolazione delle merci applicata alla normativa di proprietà intellettuale, v. TRITTON, *Intellectual Property in Europe*, cit., p. 457 ss.

¹³ Per un'analisi di tale dottrina, v. FRIGNANI, WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, cit., pp. 723-724.

2.2. IL CRITERIO DELL' "ESISTENZA" E DELL' "ESERCIZIO" DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE

Maggiori consensi e diffusione ha avuto il criterio utilizzato dalla giurisprudenza della Corte fino agli anni '80 con riferimento sia alle norme in tema di libera circolazione di merci sia a quelle di concorrenza, che contrappone "esistenza" ed "esercizio" del diritto di proprietà intellettuale.

Tale teoria distingue tra "esistenza" del diritto di privativa definito in mancanza di una normativa comunitaria uniforme del settore¹⁴ dalle singole legislazioni nazionali e, in quanto tale, immune dai divieti degli artt. 81 e 82 TCE e "esercizio" del diritto di privativa che è invece passibile di limitazioni ai sensi della disciplina *antitrust*.¹⁵ Si differenziano così forme di esercizio della privativa consentite, se

¹⁴ La constatazione dell'inesistenza di una disciplina unica a livello europeo costituisce la premessa necessaria della quasi totalità delle pronunce della Corte di questo periodo: v. ad es. Corte di Giustizia, 29 febbraio 1968, *Parke Davis c. Probel, Reese Beintema – Interpharm e Centrpharm*, causa C-24/67, in Racc. 1968, 76, (di seguito, anche sentenza "*Parke Davis*") punto 3: "*Le norme nazionali relative alla protezione della proprietà industriale non sono ancora state unificate sul piano comunitario. In mancanza di tale unificazione, il carattere nazionale della tutela della proprietà industriale e le divergenze tra le relative legislazioni possono creare ostacoli sia alla libera circolazione dei prodotti brevettati, sia al gioco della concorrenza all'interno del mercato comune*"; v. anche, in termini pressoché identici, sentenza *Sirena*, cit., par. 4.

¹⁵ La prima sentenza cui solitamente si fa risalire questo orientamento della giurisprudenza è Corte di Giustizia, 13 luglio 1966, *Etablissements Consten e Grundig, c. Commissione*, cause riunite C-56 e 58/64, in Racc. 1966, 458, (di seguito anche sentenza "*Grundig*") vertente su un accordo tra la Grundig e la Consten, distributrice esclusiva in Francia dei prodotti Grundig, avente ad oggetto, tra l'altro, il deposito in Francia a nome di Consten del marchio Gint da apporre sui prodotti Grundig così da evitare importazioni parallele di tali prodotti in Francia. La Corte ha avuto modo di osservare che il diritto comunitario della concorrenza "*senza alterare la proprietà di tali diritti* (i diritti di proprietà industriale regolati dai diritti nazionali, *n.d.a.*) *ne limita l'esercizio nella misura necessaria alla realizzazione del divieto di cui all'articolo 85 (ora 81, n.d.a.), paragrafo 1*". V. anche la già citata sentenza *Parke Davis*, dove la Corte, discutendo della possibilità che un brevetto concesso ai sensi della normativa nazionale possa rientrare nelle previsioni degli artt. 81 o 82 TCE (allora, 85 e 86) ha affermato rispettivamente che: "*Il brevetto di invenzione, considerato di per sé indipendentemente da ogni accordo di cui possa formare oggetto, non rientra in alcuna di dette categorie* (ovvero tra gli accordi tra imprese, le decisioni di associazioni tra imprese e le pratiche concordate, citate all'art. 81 TCE, *n.d.a.*) *ma risulta da uno status attribuito dall'ordinamento statale ai prodotti che possiedono determinati requisiti ed è quindi privo degli elementi contrattuali o di concerto richiesti dall'articolo 85 n. 1*" e "*(...) poiché il brevetto è attualmente disciplinato unicamente dall'ordinamento interno, solo il suo uso potrebbe essere disciplinato dal diritto comunitario, ove esso contribuisse ad una posizione dominante il cui sfruttamento abusivo possa pregiudicare il commercio tra Stati membri*". V. infine la sentenza *Sirena*, cit., par. 5: "*benché i diritti attribuiti dalla legislazione di uno Stato membro in fatto di proprietà industriale e commerciale non siano di per sé ricompresi dagli artt. 85 e 86 del trattato, il loro esercizio può tuttavia ricadere sotto i divieti da questi sanciti*". Un'argomentazione non molto diversa è ripresa molto più di recente nella sentenza *Magill*, Corte di giustizia, 6 aprile 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commissione*, cause riunite C-241/91-P e C-242/91-P, in Racc. 1995, I-743, par. 49-50.

conformi ai principi sanciti in materia di intese e di abusi di posizione dominante, e forme di esercizio vietate e censurabili, se contrarie a tali principi.¹⁶

Tuttavia, anche tale dottrina presta il fianco ad alcune critiche, dal momento che sembra fondarsi su alcune dicotomie che non trovano riscontro nella realtà. Innanzitutto, è artificiosa la stessa distinzione tra “esistenza” ed “esercizio” del diritto di proprietà intellettuale. L’esistenza del diritto di privativa, di fatto, consiste negli usi che di tale diritto si possono fare. In altri termini, l’esistenza del diritto e le sue modalità di utilizzo sono così strettamente collegati che ben difficilmente si riuscirebbe a limitarne o a vietarne l’esercizio senza pregiudicarne l’esistenza stessa; d’altra parte, è altrettanto vero che determinati atteggiamenti discriminatori del titolare della privativa sono il frutto stesso dell’esistenza del diritto.¹⁷

In secondo luogo è artificiosa l’ulteriore distinzione tra esercizio consentito ed esercizio non consentito della privativa la quale pare riproporre tutti i limiti già evidenziati con riferimento al criterio dell’uso “normale” o “anormale” dei diritti di proprietà intellettuale.

Tale teoria è stata pertanto con il tempo affiancata dalla dottrina fondata sull’uso del criterio dell’”oggetto specifico” del diritto di proprietà intellettuale che ne costituisce uno sviluppo.¹⁸

¹⁶ Distinguono tra esercizi dei diritti di proprietà intellettuale conformi alle regole del Trattato ed esercizi difformi, in particolare le sentenze *Parke Davis*, cit. (“l’esercizio di diritti derivanti da un brevetto concesso in conformità alla legislazione di uno Stato membro non costituisce di per sé infrazione alle norme di concorrenza stabilite nel Trattato”) e la sentenza *Sirena*, cit, spec. par. 9, 11, 15 e 16.

¹⁷ La stessa giurisprudenza che solitamente viene considerata quale fonte di tale dottrina si presta a fornire una lettura diversa del rapporto tra diritti di proprietà intellettuale e regole di concorrenza. Se si leggessero le sentenze della Corte nei casi *Grundig* e *Parke Davis* alla luce del solo criterio esistenza/esercizio del diritto, infatti, si rischierebbe di giungere a soluzioni contraddittorie: nella prima sentenza, la Corte nega che al titolare del marchio sia consentito opporsi alle importazioni parallele di altri prodotti a marchio Gint; nella seconda, al titolare di un brevetto farmaceutico in Olanda è permesso di far bloccare le importazioni della medesima specialità dall’Italia dove non sono protette da brevetto e sono distribuite ad un prezzo più basso. Ciò che differenzia le due sentenze, più che l’esistenza di un accordo tra imprese che pare invece essere assolutamente accidentale ai fini della sentenza della Corte, è la necessità di garantire l’*essenza/funzione* del diritto di proprietà intellettuale considerato: nel primo caso, il marchio “Gint” era utilizzato indistintamente in diversi Paesi e il suo deposito in ogni singolo Stato aveva l’esclusivo scopo di compartimentare il commercio tra Stati e non invece di garantire l’origine e la provenienza del prodotto; nel secondo caso, il brevetto tutelato dal diritto olandese rispondeva al fine proprio dei diritti di privativa: era infatti diretto a garantire il monopolio sull’invenzione e a proteggere lo sforzo creativo dell’inventore. Il concetto di *essenza* del diritto di proprietà intellettuale verrà poi ripreso in alcune sentenze successive.

¹⁸ V. a questo riguardo le significative parole dell’Avv. Generale Fenelly, nelle sue conclusioni al caso *Merck c. Prime crown*, cit., riportate in TRITTON, *Intellectual Property in Europe*, cit., p. 467: “the distinction between the existence and the exercise of rights can, at times, be quite unreal, (...) and may now at least in so far as the interpretation of [Articles 28 to 30] be concerned, be discarded”. V. anche le conclusioni dell’Avv. Generale Gulman, nel caso *Magill*: “(...) the distinction between the existence and the exercise of rights and the application of the concept of the specific subject-matter are basically expression of the same conceptual approach (...) the distinction between the existence and exercise of

2.3. IL CRITERIO DELL' "OGGETTO SPECIFICO" DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE

Consapevole dell'inadeguatezza della distinzione tra esistenza ed esercizio della privativa, la Corte nel tempo ha affinato il rapporto tra diritti di proprietà intellettuale e regole di concorrenza facendo ricorso all'ulteriore principio del cd. "oggetto specifico" del diritto di esclusiva.¹⁹

Ai sensi di questo criterio, ferma restando l'impossibilità di agire sulle condizioni di esistenza del diritto, le regole di concorrenza possono limitare l'esercizio del diritto di proprietà intellettuale qualora esso non inerisca al suo oggetto specifico, cioè non costituisca espressione della sostanza stessa del diritto e delle prerogative essenziali del suo titolare.²⁰

L'esercizio del diritto di proprietà intellettuale che non risponda alla sua funzione essenziale può quindi essere vietato ai sensi delle regole di concorrenza; viceversa, esso sarebbe lecito quando è espressione dell'oggetto specifico del diritto e dello scopo per cui l'ordinamento l'ha garantito al suo titolare.²¹ Ammettere, invece, che in applicazione delle norme *antitrust* possa essere colpito l'uso dei diritti essenziali

rights has no independent significance for resolving specific question of delimitation" anch'esse riportate in TRITTON, *Intellectual Property in Europe*, cit., p. 468. La classica dicotomia esistenza/esercizio del diritto sembra inoltre messa in discussione dalla recente decisione della Commissione nel caso COMP/37.507, *AstraZeneca*, cit., nel quale la condotta di AstraZeneca che aveva fornito dolosamente all'autorità nazionali in materia di brevetti informazioni false allo scopo di prolungare la durata dei brevetti è stata ritenuta contraria all'art. 82 TCE e che sembra ammettere la possibilità che la disciplina antitrust possa intervenire per sanzionare anche l'"acquisizione" abusiva di un diritto di proprietà intellettuale. Sul caso v. GOVAERE, *In Pursuit of Innovation Policy Rationale: Stakes and Limits under Article 82 TEC*, in *World Competition*, 2008, p. 541 ss., spec. 553-555, secondo la quale la lettura della condotta abusive fornita dalla Commissione "impliedly raises the important question of principle of whether the ECJ will proceed to distinguish between 'normal' existence which continue to be left untouched by the competition rules, and 'abusive acquisition of exclusivity' (to exclude competition and stifle innovation) which may be sanctioned by the competition rules".

¹⁹ Questo principio si fonda infatti sulla distinzione tra usi consentiti ed usi vietati che è stata rinvenuta nella teoria che distingue tra esistenza ed esercizio dei diritti di proprietà intellettuale: in questo caso si considerano ammessi gli usi del diritto che rientrano nel suo oggetto specifico.

²⁰ Il primo caso in cui la Corte si esprime in questi termini è Corte di giustizia, 8 giugno 1971, *Deutsche Grammophon c. Metro*, causa C-78/70, in Racc. 1971, 487, (di seguito, anche sentenza "*Deutsche Grammophon*") par. 11, resa sull'interpretazione dell'art. 36 (ora 30) TCE: "(...) quantunque il trattato faccia salva l'esistenza dei diritti attribuiti dalle leggi di uno Stato membro in materia di proprietà industriale e commerciale, l'esercizio di questi diritti può ciò nondimeno ricadere sotto i divieti sanciti dal Trattato. Mentre consente dei divieti o restrizioni della libera circolazione dei prodotti per motivi di tutela della proprietà industriale e commerciale, l'art. 36 ammette delle deroghe a detta libertà solo nella misura in cui appaiono indispensabili per la tutela dei diritti che costituiscono oggetto specifico di detta proprietà". Il riferimento all' "essenza" del diritto si poteva in realtà già rinvenire nelle conclusioni dell'Avv. Generale Roemer rese nel caso *Parke Davis*: "patent law emptied of its substance and devaluated to this point could hold up technical progress" riportate in GOVAERE, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights*, cit., par. 3.36.

²¹ L'"oggetto specifico" è il contenuto del diritto, l'insieme delle prerogative che la sua titolarità conferisce; la "funzione essenziale" è l'obiettivo del diritto, la ragione per cui il legislatore garantisce dette prerogative a colui che detiene il diritto.

del proprietario dell'esclusiva significherebbe infatti agire sull'esistenza stessa del diritto.²²

Elemento centrale di tale criterio è quindi la valutazione di conformità dell'uso che viene fatto del diritto di privativa rispetto alle esigenze di tutela e del contenuto del medesimo.

La Corte non ha mai definito in via generale i comportamenti necessari per la realizzazione della funzione essenziale del diritto di proprietà intellettuale e quindi immuni dalla regole di concorrenza. Essi vanno pertanto individuati caso per caso. Le prerogative del titolare, tra l'altro, variano a seconda della tipologia di privativa industriale considerata.

Così, ad esempio, è riconosciuto che oggetto specifico del diritto di brevetto è garantire al suo titolare di utilizzare l'invenzione per la fabbricazione e la prima messa in circolazione di detti prodotti industriali, vuoi direttamente vuoi tramite la concessione di licenze a terzi, nonché il diritto di opporsi a qualsiasi tipo di contraffazione. Queste prerogative sono riconosciute per realizzare la funzione essenziale del brevetto identificata nella necessità di ricompensare lo sforzo creativo dell'inventore.²³ L'oggetto specifico della proprietà commerciale in materia di marchi è garantire al titolare il diritto esclusivo di utilizzare il marchio per la prima messa in circolazione del prodotto e per proteggerlo dall'abuso illegittimo della posizione e della reputazione del marchio

²² V. MARABINI, *L'abuso di posizione dominante nella giurisprudenza comunitaria*, cit., pp. 243-244, che assimila il criterio di coordinamento tra regole *antitrust* e proprietà intellettuale basato sull' "oggetto specifico" a quello di cui all'art. 86 TCE, in forza del quale le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sono esentate dall'applicazione della disciplina in materia di concorrenza nelle situazioni in cui la non applicazione costituisca l'unico mezzo per garantire lo svolgimento della missione loro conferita. Ove questo principio fosse trasposto in sede di proprietà intellettuale si giungerebbe infatti ad escludere l'applicazione delle norme *antitrust*, solo nel caso in cui detta esclusione fosse l'unico mezzo per garantire il raggiungimento della funzione essenziale del diritto di privativa medesimo. Alla base di questa assimilazione ci sarebbe la constatazione che, come nel caso dei diritti di proprietà intellettuale, anche la gestione di servizi di interesse economico generale contemplati dall'art. 86 deriva da un monopolio di legge.

²³ V. Corte di giustizia, causa C-15/74, *Centrafarm BV c. Sterling Drug Inc.*, cit., par. 9. V. però anche *Merck c. Stephar*, causa C-187/80, cit., par. 11, dove, pur in assenza di protezione parallela di brevetti, non è stato considerato come rientrante nell'oggetto specifico del brevetto, il diritto del titolare di opporsi all'importazione parallela di un prodotto brevettato da un paese dove detto prodotto non era brevettabile. In realtà, in questo caso, la funzione essenziale del brevetto, consistente nella ricompensa dello sforzo creativo dell'inventore, non poteva dirsi già realizzata e il diritto del titolare sarebbe stato pertanto meritevole di tutela. La Corte ha però deciso diversamente, considerando il diritto di brevetto già esaurito e quindi inopponibile all'importatore parallelo. Per una critica a tale impostazione della giurisprudenza, v. FRIGNANI, WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, cit., pp. 732 e 733 che sottolinea come sia illogico considerare esaurito il diritto di privativa sul trovato nel Paese in cui questo non è brevettabile, proprio perché tale diritto è inesistente. L'esistenza di tale giurisprudenza permette di considerare il ruolo del concetto di "funzione essenziale" come più attenuato in sede di brevetti rispetto agli altri diritti di proprietà intellettuale.

da parte dei concorrenti.²⁴ Funzione essenziale di quest'ultimo sarebbe quindi garantire i clienti della provenienza del prodotto, mettendoli in condizione di distinguerlo, senza possibilità di confusione, da prodotti d'origine diversa.²⁵

La funzione specifica del diritto d'autore, d'altro canto, è garantire all'autore i diritti morali e patrimoniali sulla sua creazione, conferendogli in particolare il diritto esclusivo di rappresentazione e di riproduzione dell'opera protetta.²⁶

Le privative sui disegni industriali, infine, sono volte a garantire al titolare il diritto di impedire ai terzi di fabbricare, vendere o importare prodotti che incorporino il disegno o, in altri termini, il diritto di porre per primo sul mercato il prodotto che comprenda il disegno protetto.²⁷

In definitiva, se si volesse trarre una regola generale, pare che la Corte, pur senza dirlo esplicitamente, abbia voluto identificare l'oggetto specifico del diritto di proprietà intellettuale con le attività dirette all'esaurimento del diritto di esclusiva.²⁸ Qualora il diritto del titolare si sia esaurito, esso ha realizzato la sua funzione essenziale: ogni ulteriore esercizio del diritto andrebbe oltre tale funzione e non potrebbe trovare ulteriore protezione dall'applicazione della norme *antitrust* e di libera circolazione delle merci. Viceversa, in mancanza di esaurimento, l'esclusiva non può dirsi aver realizzato lo scopo per cui è stata riconosciuta; ogni esercizio del diritto, fino all'esaurimento del medesimo, non ricadrà pertanto sotto le norme *antitrust* e di libera circolazione nei limiti in cui risponda alla funzione essenziale della privativa.²⁹

²⁴ V. Corte di giustizia, 31 ottobre 1974, *Centrafarm BV c. Winthrop BV*, causa C-16/74., in Racc. 1974, 1183, par. 8.

²⁵ Rilevante in sede di identificazione della funzione del marchio è la sentenza Corte di Giustizia, 17 ottobre 1990, *CNL –Sucal c. Hag*, causa C-10/89, in Racc. 1990, I-3711 (cd. caso “*Hag IP*”) che riforma, proprio in considerazione della reale funzione del marchio la precedente giurisprudenza sull'origine comune del marchio (caso “*Hag P*”: Corte di giustizia, 3 luglio 1974, *Van Zuylen c. Hag AG*, causa C-192/73, in Racc. 1974, 731). V. anche il precedente in materia di *re-packaging*, Corte di Giustizia, 23 maggio 1978, *Hofmann - La Roche c. Centrafarm*, causa C- 102/77, in Racc. 1978, 1139.

²⁶ V. Corte di giustizia, 17 maggio 1988, *Warner Brothers e altri c. Christiansen*, causa C-158/86, in Racc. 1988, 2605, par. 13; 20 ottobre 1993, *Phil Collins e Patricia Im- und Export c. IMTRAT e EMI Electrola*, causa C-92/92, in Racc. 1993, I-5145, par. 20 e infine, Tribunale di primo grado, 10 luglio 1991, *RTE c. Commissione*, causa T - 69/89, in Racc. 1991, II-485, par. 70, su cui più ampiamente, *infra*, Cap. 4, par. 3 ss.

²⁷ V. Corte di giustizia, 5 ottobre 1988, *AB Volvo c. Erik Veng*, causa C-238/87, in Racc. 1988, 6211, (di seguito anche sentenza “*Volvo*”) par. 8. V. più ampiamente, *infra*, Cap. 4, par. 2.

²⁸ Sul principio di esaurimento dei diritti di proprietà intellettuale in materia di libera circolazione delle merci, v. *supra* nt. 12. Si noti che, non a caso, la prima giurisprudenza in materia di “oggetto specifico” dei diritti di esclusiva si è sviluppata proprio in applicazione degli artt. 30-36 TCE (ora 28-30 TCE).

²⁹ V. a questo riguardo quanto sostenuto da TRITTON, *Intellectual Property in Europe*, cit., p. 469: “(...) *There is a clear relationship with the principle of exhaustion of rights. By placing a product protected by an IPR on the market or permitting another to place such a product on the market, the IPR owner has satisfied the specific subject-matter. Thereafter, his rights are exhausted. Thus the principle of exhaustion*

Nonostante ogni tentativo di generalizzazione, l'identificazione in concreto dell' "essenza" di ciascun diritto di proprietà intellettuale rimane comunque incerta e fortemente influenzata dalle particolarità del caso concreto.³⁰

Ciò nonostante, il principio dell'oggetto specifico del diritto di proprietà intellettuale è ad oggi il criterio maggiormente utilizzato dalla Corte per definire i rapporti tra diritto industriale, libera circolazione delle merci e normative *antitrust*.

3. DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

Nei paragrafi precedenti si è visto come il rapporto tra diritti di proprietà intellettuale e regole di concorrenza si sia nel tempo evoluto, passando da una concezione che vedeva fra essi un conflitto ad una concezione che li vede come complementari, deputati a realizzare con mezzi differenti il medesimo fine dell'efficienza economica.

Malgrado ciò, esistono tuttora situazioni in cui il comportamento del titolare di un diritto di proprietà intellettuale, pur perfettamente legittimo ai sensi della disciplina della proprietà intellettuale, può risultare comunque contrario alle norme di concorrenza.

Ciò può verificarsi in presenza sia di condotte unilaterali del proprietario del diritto di proprietà intellettuale, sia di accordi tra quest'ultimo e soggetti terzi, aventi ad oggetto l'esercizio del diritto di proprietà intellettuale, dai più semplici accordi di cessione di licenze ai più complessi contratti multilaterali di joint-venture, relativi alla condivisione di *pools* di brevetti o alla concessione di licenze incrociate (cd. *multilateral cross licenses agreements*).

of rights and the specific object are, in essence, two sides of the same coin and emanate from the same landmark cases".

³⁰ Sottolinea il profilo di incertezza alla base di questo criterio, TRITTON, *Intellectual Property in Europe*, cit., p. 470: "the specific subject-matter of an IPR is a fluid concept, which is defined and refined on a case-by-case basis". Cfr. anche ANDERMAN, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, Oxford, 1998, p. 14 che evidenzia tale aspetto con riferimento alla sentenza *Volvo*, dove la Corte dopo aver precisato che "la facoltà del titolare di un brevetto su un modello di vietare a terzi la fabbricazione e la vendita o l'importazione, senza il suo consenso, di prodotti che incorporino il modello costituisce la sostanza stessa del suo diritto esclusivo" configura quali comportamenti abusivi, non rientranti nella sostanza del diritto, "l'arbitrario rifiuto di fornire pezzi di ricambio ad officine indipendenti, il fissare i prezzi dei pezzi di ricambio ad un livello non equo o la decisione di non produrre più pezzi di ricambio per un dato modello malgrado il fatto che numerose vetture di questo modello siano ancora in circolazione" (par. 8 e 9). Circa l'impossibilità di trarre dalle affermazioni della Corte un criterio univoco diretto ad identificare un principio unico e coerente di quali siano gli usi del diritto rispondenti alla funzione essenziale del medesimo e, anzi, la mancanza della volontà della Corte di definire una regola a riguardo, v. in particolare ANDERMAN, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, cit., p. 14, nt. 40.

Mentre le prime sono soggette all'art. 82 TCE, i secondi sono soggetti all'art. 81 TCE e ai regolamenti di applicazione³¹.

L'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale è talvolta preso in considerazione anche dalla disciplina delle concentrazioni (Reg. (CE) 139/2004) quando si tratti di limitare l'acquisizione di private concorrenti da parte dell'impresa che procede alla concentrazione o di imporre a quest'ultima la concessione di licenze obbligatorie quale condizione per l'approvazione dell'operazione da parte della Commissione.

Ciò premesso, l'attenzione del presente lavoro si concentrerà solo sul rapporto tra diritti di proprietà intellettuale e abuso di posizione dominante ex art. 82 TCE.

L'accertamento di una eventuale violazione di tale norma si articola in successive fasi di analisi: occorre definire innanzitutto se l'impresa considerata sia in posizione dominante, valutazione alla quale è a sua volta preliminare la definizione del mercato in cui questa opera, se si sia verificato un comportamento abusivo e se, infine, la condotta dell'impresa sia tale da arrecare pregiudizio al commercio intracomunitario.

Nei paragrafi che seguono si analizzeranno le modalità con cui la titolarità e l'esercizio di un diritto di proprietà influiscono sull'esistenza di una condotta abusiva.

3.1. DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE E MERCATO RILEVANTE

In primo luogo, occorre esaminare come i diritti di proprietà intellettuale influiscono sulla delimitazione del mercato di riferimento.

³¹ Ci si riferisce principalmente al *Reg. (CE) n. 772/2004 della Commissione, del 27 aprile 2004, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia*, in G.U.U.E. 27 aprile 2004, L 123, p. 1 ss. e alla relativa *Comunicazione della Commissione, recante le linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia*, in G.U.U.E. 27 aprile 2004, C 101, p. 2 ss. (per un approfondimento su questo tema, v. in part. ANDERMAN, KALLAUGHER, *Technology Transfer and the New EC Competition Rules – Intellectual Property Licensing after Modernization*, cit.); al *Reg. (CE) n. 2658/2000 della Commissione, del 29 novembre 2000, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi di specializzazione*, in G.U.C.E. 5 dicembre 2000, L 304, p. 3 ss e al *Reg. (CE) n. 2659/2000 della Commissione, del 29 novembre 2000, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi in materia di ricerca e sviluppo*, *ibidem*, p. 7 ss. e la relativa *Comunicazione della Commissione recante le linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale*, in G.U.C.E. 6 gennaio 2001, C 3, p. 2 ss.; infine al *Reg. (CE) n. 2790/1999 della Commissione, del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate*, in G.U.C.E. 29 dicembre 1999, L. 336, p. 21 ss. e la relativa *Comunicazione della Commissione recante le linee direttrici sulle restrizioni verticali*, in G.U.C.E. 13 ottobre 2000, C 291, p. 1 ss.

Come è noto, per stabilire se una determinata impresa detenga una posizione dominante, occorre in primo luogo definire il mercato rilevante in cui questa è attiva, sia dal punto di vista merceologico, sia da quello geografico.³² L'individuazione di tale mercato permette di identificare, infatti, l'eventuale presenza di concorrenti capaci di condizionare la condotta dell'impresa sospettata di abuso e di impedirle di comportarsi in modo indipendente. In particolare, il mercato merceologico rilevante individua l'insieme dei prodotti per i quali esiste un rapporto di concorrenza con il bene commercializzato dall'impresa sotto esame. Il mercato geografico rilevante, invece, identifica l'area in cui opera detta impresa e in cui le condizioni di concorrenza sono sostanzialmente identiche per tutti gli operatori commerciali. Fattori essenziali per definire tali mercati rilevanti sono, principalmente, la cd. sostituibilità dal lato della domanda (quindi l'attitudine dei consumatori a spostare, nel caso di un aumento del prezzo del bene prodotto dall'impresa esaminata, le proprie abitudini di acquisto verso prodotti alternativi a quello considerato o verso produttori di quel medesimo bene situati in altre zone geografiche) nonché la cd. sostituibilità dal lato dell'offerta (quindi l'attitudine delle imprese produttrici di altri beni o situate in zone diverse rispetto a quella in cui opera l'impresa sospettata di abuso, di spostare, nel caso di un aumento del prezzo del bene prodotto da quest'ultima, la propria produzione sul prodotto considerato o sulla zona geografica di pertinenza dell'impresa esaminata). Sulla sostituibilità dal lato della domanda influiscono fattori quali, ad esempio, le caratteristiche del prodotto, il suo prezzo, la sua funzione, le peculiarità delle abitudini di acquisto dei consumatori; sulla sostituibilità dal lato dell'offerta, l'esistenza di barriere all'entrata, la struttura del mercato, la presenza di notevoli flussi commerciali.

In astratto, l'esistenza di un diritto di proprietà intellettuale su uno specifico bene non dovrebbe giocare un ruolo determinante nell'ambito della definizione del mercato rilevante.

Con riferimento al mercato del prodotto, dal lato della domanda, nella maggior parte dei casi esistono beni sostituibili a quello oggetto di privativa;³³ dal lato

³² Per la definizione di mercato rilevante del prodotto e geografico, nonché per l'analisi più dettagliata dei criteri utili all'individuazione dei medesimi, v. *supra*, Cap. 1, par. 2 ss.

³³ Si pensi, per fare un esempio, al mercato dei rasoi da uomo: l'esistenza di un brevetto su una particolare disposizione delle lame in un determinato modello non esclude che questo sia sostituibile agli occhi dei consumatori da un altro rasoio in cui la disposizione delle lame sia posta in modo tradizionale. Allo stesso modo, il marchio esistente su un determinato tipo di pasta non esclude che questo sia sostituibile con altra pasta dello stesso formato prodotta da altre imprese. Si veda anche quanto sostenuto a riguardo dalle *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, del US Department of Justice and Federal Trade Commission, cit., par. 2.2.

dell'offerta, l'esistenza di un diritto di proprietà intellettuale su un bene potrebbe invece costituire una barriera all'ingresso nel mercato da parte di altri operatori solo se il diritto di esclusiva verte su una caratteristica o su una funzione essenziale del prodotto;³⁴ il diritto di privativa non avrebbe, invece, un ruolo significativo in tutti gli altri casi.³⁵ Considerazioni simili valgono anche con riguardo al mercato geografico rilevante.

L'esistenza di un diritto di privativa su uno specifico prodotto può tuttavia divenire determinante, in concreto, alla luce della prassi comunitaria che individua i mercati rilevanti, merceologici o geografici, in senso particolarmente restrittivo.³⁶

La tendenza a definire per le materie prime, i componenti o i pezzi di ricambio mercati del prodotto separati rispetto ai mercati dei prodotti finiti, infatti, fa sì che la titolarità di una privativa sulla materia prima, sul componente o sul pezzo di ricambio sia di per sé sufficiente a considerare il singolo bene insostituibile e quindi a definire il mercato del prodotto quale limitato al bene oggetto di esclusiva industriale.³⁷ Allo stesso modo, i mercati geografici rilevanti tendono di fatto a essere identificati con l'area, spesso corrispondente al territorio di uno Stato membro, su cui si estende l'esclusiva garantita dal diritto di privativa, facendo così divenire la titolarità di un diritto di proprietà intellettuale discriminare essenziale ai fini della definizione della dimensione geografica del mercato coinvolto.³⁸

³⁴ Se non esistono sostituti capaci di realizzare la medesima funzione del bene considerato, il diritto di privativa industriale che protegge proprio tale funzione è elemento essenziale dal lato dell'offerta per definire il mercato rilevante quale mercato limitato a quel prodotto; infatti, per la durata della protezione stabilita dalla normativa rilevante, nessuna altra impresa potrà riprodurre il meccanismo protetto da privativa. Se l'unico strumento idoneo ad aprire lattine è uno specifico apriscatole protetto da diritto di brevetto, è evidente che, all'aumento del prezzo di detto strumento da parte del produttore, nessun altro soggetto potrà modificare la sua produzione verso la realizzazione di quel bene, la cui riproduzione non autorizzata dal titolare è proprio esclusa dal diritto di privativa industriale.

³⁵ E' ipotizzabile, ad esempio, che all'aumento di prezzo della bevanda a marchio "Chinò", altri produttori di bevande analcoliche decidano di modificare la propria produzione verso una bevanda al gusto chinotto. L'esistenza del marchio "Chinò" sulla bevanda non sembra essere infatti così significativa dal punto di vista della sostituibilità dal lato dell'offerta.

³⁶ Cfr. quanto precisato a riguardo, *supra*, Cap. 1, par. 2.3. In presenza di diritti di proprietà intellettuale, il risultato di tale tendenza a definire mercati "monoprodotto" è che il titolare del diritto di esclusiva viene in automatico riconosciuto titolare di una posizione dominante (o, meglio, di un monopolio di fatto) sul mercato così individuato.

³⁷ V. ad es. quanto verificatosi nel caso *Hilti*, (Commissione, casi IV/30.787 e 31.488, *Eurofix-Bauco/Hilti*, cit., par. 55-65) dove la Commissione distinse come mercati separati il mercato delle cartucce compatibili con le pistole sparachiodi Hilti (cartucce sulle quali Hilti era titolare di un brevetto) da quello dei chiodi compatibili con le pistole sparachiodi Hilti. A titolo esemplificativo, si veda anche l'approccio seguito nella sentenza *Volvo*, su cui più approfonditamente, *infra*, Cap. 4, par. 2.

³⁸ V. ANDERMAN, SCHMIDT, *EC Competition Policy and IPRs*, in *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, (ed. by ANDERMAN), Cambridge, 2007, p. 37 ss., spec. pp. 43-44.

3.2. DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE E POSIZIONE DOMINANTE

La titolarità di diritti di proprietà intellettuale può inoltre influire sull'esistenza di una posizione dominante.

Come si è visto, tale termine indica una situazione di potere economico che pone l'impresa che la possiede, in grado di prevenire l'instaurazione di una concorrenza effettiva sul mercato e di comportarsi in modo sostanzialmente autonomo dai propri concorrenti, dai propri clienti e dai consumatori finali. Essa non si identifica obbligatoriamente con una situazione di monopolio, potendosi riscontrare l'esistenza di una posizione dominante anche in mercati dove residua uno scarso livello di concorrenza.³⁹

I criteri più significativi per stabilire la sussistenza di una dominanza sono, *in primis*, le quote di mercato detenute dall'impresa esaminata e dagli eventuali concorrenti. Del pari, contribuiscono all'individuazione di una posizione dominante, eventuali barriere all'ingresso atte a rendere più stabile il potere di mercato delle imprese già presenti nel medesimo; si distinguono barriere "di fatto" e "di diritto": tra le prime figurano, ad esempio, il livello di investimenti in infrastrutture e tecnologie richiesti per entrare sul mercato, la necessità di raggiungere determinate economie di scala, il tipo di *know-how* necessario per operare in un preciso contesto commerciale; tra le seconde si rinvencono, invece, le normative nazionali o locali che rendono eventualmente più oneroso l'accesso a nuovi operatori sul mercato quali, ad esempio monopoli legali, esclusive, o ancora, discipline che impongono autorizzazioni e permessi alla commercializzazione di determinati beni.

In via generale, la Commissione e la Corte riconoscono che la titolarità di un diritto di proprietà intellettuale non è di per sé sufficiente a conferire a colui che lo possiede una posizione dominante sul mercato.⁴⁰ Affinché il titolare di un diritto di

³⁹ Per la definizione di posizione dominante e per l'analisi dei criteri utili alla sua individuazione, v. *supra* Cap. 1, par. 3 ss.

⁴⁰ V. a titolo di esempio, la sentenza *Sirena*, cit., par. 16: "Si deve anzitutto osservare che il titolare di un marchio non fruisce di una "posizione dominante" ai sensi dell'art. 86 (ora 82, n.d.a.) per il solo fatto di essere in grado di vietare a terzi lo smercio nel territorio di uno Stato membro dei prodotti recanti lo stesso marchio", la sentenza *Deutsche Grammophon*, cit., par. 16: "il fabbricante di riproduzioni sonore non occupa per il solo fatto di esercitare il proprio diritto esclusivo di metterle in commercio una posizione dominante ai sensi dell'art. 86 (ora 82, n.d.a.) del Trattato". Tale affermazione di principio è stata poi ribadita diverse volte dalla Corte: tra le sentenze più significative, v. per es. Corte di giustizia, 15 giugno 1976, *Emi Records. c. Cbs (Uk)*, causa C-51/75, par. 36, in Racc. 1976, 811 e, più di recente, la sentenza *Magill* (Corte di giustizia, 6 aprile 1995, causa C-241/91 P e C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commissione delle Comunità europee*, cit.), par.

privativa goda di una posizione di dominio è infatti altresì necessario che non ci siano beni considerati sostituibili con quello coperto da esclusiva o manchino imprese concorrenti disposte a produrre tale tipo di beni. In via puramente astratta, il diritto di esclusiva può quindi costituire solo uno dei fattori idonei a determinare una posizione di potere in capo al titolare.⁴¹

Il diritto di privativa, infatti, non influisce di per sé sulla consistenza delle quote di mercato del suo titolare. Esso, tutt'al più, può generare una barriera all'ingresso sul mercato rilevante, barriera che di fatto risulta più o meno elevata a seconda che l'esclusiva copra un'informazione più o meno essenziale ai fini dell'operatività dell'impresa nel mercato merceologico e geografico rilevante.⁴²

Tuttavia, lo stesso approccio analizzato con riferimento alla definizione del mercato rilevante che porta ad individuare mercati ristretti o "monoprodotto" fa sì che la titolarità del diritto di privativa, di per sé non risolutiva in via astratta, diventi invece determinante in concreto. Pur in assenza di specifici riconoscimenti della Corte a tale riguardo, in mercati merceologici limitati di fatto ad un unico prodotto, la titolarità di un diritto di esclusiva su di esso diventa quindi fattore essenziale, se non unico, per attribuire in capo all'impresa proprietaria un vero e proprio monopolio di fatto sul

46. Con riferimento a quest'ultima sentenza, v. TRITTON, *Intellectual Property in Europe*, cit., p. 826, che sottolinea che, mentre il Tribunale di primo grado aveva fatto derivare la posizione dominante delle emittenti televisive nel mercato rilevante delle guide TV settimanali dall'esistenza del diritto d'autore sui palinsesti (v. Tribunale di primo grado, 10 luglio 1991, *RTE c. Commissione*, causa T-69/89, in Racc., II 485 e *BBC c. Commissione*, causa T-70/89, in Racc. 1991, II 535) la Corte, pur aderendo alla posizione del Tribunale ha evitato di fare riferimenti al diritto d'autore e ha sostenuto l'esistenza in capo alle emittenti di un monopolio di fatto sulle informazioni del palinsesto (così l'autore: "*the ECJ de-emphasised the fact that copyright gave the companies a dominant position and emphasised that they had a monopoly over the raw material used to compile the listing*"). A questo riguardo, a dimostrazione della tendenza della Corte a negare il valore risolutivo della titolarità di diritti di proprietà intellettuale sui cui *infra* nel paragrafo, si vedano le parole dell'Avv. Generale Gulman, nelle conclusioni al caso *Magill*, riportate in KEELING, *Intellectual Property Rights in EU Law*, Vol. I, Oxford, 2003, pp. 375-376, dove censura la sentenza del Tribunale di primo grado nella parte in cui sembra aver attribuito un "*decisive weight to the undertakings' copyright, an approach which (...) is not in accordance with the case law of the Court of Justice*". Sul punto v. anche *infra*, Cap. 4, par. 3 ss.

⁴¹ V. ancora a titolo di esempio, quanto sostenuto nella sentenza *Sirena* dalla Corte che, dopo aver ribadito l'irrelevanza della sola titolarità del diritto di proprietà intellettuale ai fini della definizione di una posizione dominante, stabilisce che "*Posto che l'articolo (l'art. 82, n.d.a.) esige che la posizione di cui trattasi si estenda per lo meno su una "parte sostanziale" del mercato comune, è inoltre necessario che detto titolare sia in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva in una parte rilevante del mercato in questione, tenuto conto in specie dell'eventuale esistenza e della posizione, di produttori o distributori che smerciano merci analoghe o sostituibili*" (par. 16). In termini pressoché identici, v. sentenza *Deutsche Grammophon*, cit, par. 17.

⁴² Si pensi al *know-how* di cui un soggetto può essere depositario, oppure alla titolarità di un marchio particolarmente rinomato.

mercato.⁴³ Di conseguenza l'affermazione per cui la sola titolarità di un diritto di proprietà intellettuale non sarebbe di per sé decisiva ai fini dell'attribuzione del potere di mercato rischia di risolversi nella pratica in una affermazione di mero principio.⁴⁴

3.3. DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE E ABUSO

Si è visto che il termine di “sfruttamento abusivo” nell'art. 82 TCE non identifica una nozione univoca; esso copre infatti tanto le condotte abusive tenute dall'impresa dominante nei confronti dei propri concorrenti effettivi o potenziali (cd. abusi di esclusione o abusi-monopolizzazioni) tanto quelle poste in essere dall'impresa dominante nell'ambito dei propri rapporti verticali e dirette a danneggiare i fornitori o gli utilizzatori (cd. abusi di sfruttamento).

Se, con un'operazione un po' forzata, si volesse comunque riassumere in un'unica definizione il concetto di abuso, così come ricostruito nella prassi comunitaria, esso dovrebbe essere individuato nel comportamento tenuto dall'impresa in posizione dominante che, mediante il ricorso a strumenti diversi da quelli che potrebbero utilizzare gli operatori commerciali in normali condizioni di mercato, ha l'effetto di limitare la concorrenza residua esistente sul mercato di riferimento o di impedirne lo sviluppo.⁴⁵

⁴³ V. KEELING, *Intellectual Property Rights in EU Law*, cit., p. 376: “Whenever the products covered by the exclusive rights are coextensive with the relevant market, a dominant position will ensue”. V. anche ANDERMAN, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, cit., pp. 178-179.

⁴⁴ Taluna dottrina parla di “riluttanza” formale della Corte nel riconoscere che, in alcuni casi, l'esistenza di una privativa industriale può di per sé accordare una posizione di dominio in capo a chi ne è titolare: v. KEELING, *Intellectual Property Rights in EU Law*, cit., p. 371 ss. Tale atteggiamento sarebbe particolarmente evidente nel caso *Magill*, e prima ancora nella sentenza *Volvo*, cit., dove – sottolinea l'autore – stranamente la Corte sceglie di analizzare il secondo quesito sottoposto dalla *High Court* inglese relativo all'eventuale esistenza di un comportamento abusivo nella condotta tenuta da Volvo, prima di quello – logicamente precedente - della sussistenza in capo a Volvo di una posizione dominante in quanto titolare di brevetti per modello ornamentale su componenti di ricambio per la carrozzeria di automobili a marchio Volvo. Una volta escluso che nel caso concreto ricorresse una condotta abusiva la Corte ha potuto così evitare di pronunciarsi sulla sussistenza di una posizione dominante in presenza di diritti di proprietà intellettuale. V. anche *infra*, Cap. 4, par. 2. Si noti comunque che, in sé, le diverse tipologie di privativa non conferiscono il medesimo potere in capo al titolare: il brevetto, ad esempio, conferisce un vero e proprio monopolio sull'utilizzo di una determinata invenzione; il marchio non conferisce alcun monopolio circa la produzione di un determinato prodotto: esso può tuttavia attribuire un certo *market power* qualora il marchio in questione sia particolarmente rinomato; lo stesso potere conferito dal diritto d'autore differisce da quello “classico” accordato dal brevetto: il diritto d'autore non conferisce infatti un monopolio sull'idea, ma solo sulla forma con cui quella medesima idea, che è liberamente utilizzabile, è espressa. Per queste riflessioni, v. GOVAERE, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights*, cit., par. 2.17 e 2.21

⁴⁵ Tale definizione, come si ricorderà è mutuata dalla sentenza C-85/76, *Hoffmann – La Roche c. Commissione*, cit., par. 91, nonché da una serie di sentenze successive della Corte di giustizia, che hanno ripreso il medesimo concetto. Per lo studio del concetto di “sfruttamento abusivo” si veda più ampiamente *supra*, Cap. 1, par. 6.

Con riferimento specifico ai diritti di proprietà intellettuale, si è avuto modo di osservare che il semplice esercizio da parte di un'impresa in posizione dominante di un diritto di privativa non integra un comportamento abusivo. Affermare il contrario, infatti, potrebbe privare il diritto di proprietà intellettuale della sua stessa "essenza" e dello scopo per cui è stato conferito.⁴⁶

Le corti comunitarie non hanno fornito criteri generali per stabilire il discrimine tra esercizio "normale" ed esercizio abusivo dei diritti di proprietà intellettuale, ma hanno piuttosto individuato, in funzione delle fattispecie di volta in volta analizzate, singoli esempi concreti di fattispecie abusive.

Nel tentativo di definire un criterio generale, autorevole dottrina ha individuato due possibili ruoli dei diritti di proprietà intellettuale nell'abuso di posizione dominante: l'ipotesi in cui il diritto esclusivo costituisce l'oggetto del comportamento abusivo e quella in cui esso è invece lo strumento che permette di realizzare tale comportamento.⁴⁷

Con riguardo al primo caso, l'acquisizione da parte di un'impresa di un diritto di privativa non può essere considerata, di per sé, contraria alle regole di concorrenza e tanto più metodo abusivo di eliminazione della medesima. Ciò vale sicuramente con riferimento all'acquisto a titolo originario del diritto di proprietà intellettuale.⁴⁸ Vale anche per gli acquisti di tali diritti a titolo derivato (tramite l'acquisizione di licenze, la realizzazione di *joint ventures* o mediante operazioni di concentrazione tra imprese): l'acquisto di nuove tecnologie e privative, infatti, corrisponde ad una normale pratica di crescita economica delle imprese che non può essere sanzionata come comportamento abusivo. D'altra parte, l'acquisizione di diritti di proprietà intellettuale potrebbe sfociare nell'abuso se, alla luce delle circostanze del caso concreto, l'acquisto del diritto comporta di fatto l'eliminazione della concorrenza attuale o potenziale nel mercato rilevante.⁴⁹

⁴⁶ Sostiene, tra gli altri, tale interpretazione, GOVAERE, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights*, cit., par. 5.14.

⁴⁷ V. FRIGNANI, WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, cit., p. 830 ss.

⁴⁸ Ciò in virtù del principio per cui l'esistenza del diritto di proprietà intellettuale è sottratta alla disciplina delle regole *antitrust*. V. *supra*, par. 2.2.

⁴⁹ Interessante, con riferimento alla distinzione tra acquisto a titolo originario ed acquisto a titolo derivativo del diritto di proprietà intellettuale, quanto sostenuto dall'Avv. Generale Kirschner nelle sue conclusioni al caso *Tetra Pak I*, riportate in ANDERMAN, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, cit., p. 189: "I do not consider that the principle which the Court of Justice has developed in regard to the original acquisition of industrial property rights, can be transposed directly upon the derived acquisition of an exclusive license. Where a patent or registered design is obtained by its originator, the undertaking is protecting its own development work from imitation by third parties.(...).

Il diritto esclusivo può essere strumento per realizzare un comportamento abusivo se non è utilizzato conformemente al suo oggetto specifico e non persegue pertanto la sua funzione essenziale.⁵⁰ La Commissione e le corti comunitarie hanno individuato alcuni casi di esercizio dei diritti di proprietà intellettuale da parte dell'impresa dominante qualificabili come comportamenti abusivi; dei più significativi si dà una breve rassegna qui di seguito.⁵¹

La pratica abusiva prevista all'art. 82, lett. b) TCE e consistente nella limitazione della produzione, degli sbocchi o dello sviluppo tecnico a danno dei consumatori, in cui rientra il rifiuto di concedere in licenza diritti di proprietà intellettuale oggetto del presente studio, sarà invece trattata più diffusamente nel capitolo successivo.

In contrast, the acquirer of a patent license procures for himself the development work carried out by others. That is legitimate, but it distinguishes his legal position from that of the original proprietor of the protective right. It is to the latter that the exclusive entitlement belongs and it is intended to allow him to obtain the reward for his creative efforts. (...). The fact that an inventor occupying a dominant position on the market may exclude third parties from exploiting his own invention without his conduct constituting an abuse does not signify that undertakings occupying a dominant position may, by acquiring an exclusive license, invariably exclude their potential competitors from using the research findings made by third parties”.

Proprio nella sentenza *Tetra Pak I* (Tribunale di primo grado, 10 luglio 1990, *Tetra Pak c. Commissione delle Comunità europee*, causa T- 51/89, in Racc. 1990, II -309) (v. massima n. 1), il Tribunale di primo grado ha avuto modo di affermare che, se da una parte, l'acquisizione di licenza di per sé non può essere considerata abusiva, dall'altra, detta acquisizione costituisce un abuso di posizione dominante “dal momento che essa produce l'effetto di rinforzare la posizione, già molto forte, dell'impresa considerata su un mercato dove la concorrenza è notevolmente ridotta e di impedire, o quantomeno di ritardare considerevolmente, l'entrata di un nuovo concorrente su detto mercato, poiché una siffatta acquisizione ha l'effetto di escludere in pratica qualsiasi concorrenza sul mercato considerato” E' infatti alla luce delle circostanze concrete, della già considerevole posizione dominante detenuta sul mercato da parte di Tetra Pak nonché del ruolo strategico nel mercato rilevante della licenza oggetto di acquisizione (la detenzione del procedimento protetto dalla licenza BTG- acquisita da Tetra Pak - era idonea a conferire ad un'impresa i mezzi per fare efficace concorrenza a Tetra Pak nel settore del condizionamento asettico del latte) che il giudice comunitario ha considerato abusivo l'acquisto della licenza di Liquepak da parte di Tetra Pak.

⁵⁰ V. infatti, a titolo di esempio quanto sostenuto in Corte di giustizia, 23 maggio 1978, *Hoffman - La Roche c. Centrafarm*, causa C-102/77, in Racc. 1978, 1139, par. 16 : “(...) l'esercizio di un diritto al marchio, qualora sia legittimo in base all'art. 36 (ora 30, n.d.a.) non è in contrasto con l'art. 86 (ora 82, n.d.a.) per il solo motivo che ad esercitare tale diritto è un'impresa che occupa una posizione dominante sul mercato, purché il diritto al marchio non venga usato quale strumento di sfruttamento abusivo di tale posizione”. Con riferimento al principio dell' “oggetto specifico” del diritto di privativa, v. *supra*, par. 2.3.

⁵¹ Si deve precisare che, con riferimento ad alcune tipologie di condotte, l'esistenza di un diritto di proprietà intellettuale permette di svolgere un'interpretazione particolare della condotta considerata; in altri casi, invece, la presenza di un diritto di privativa è del tutto indifferente ai fini interpretativi: in tali casi si farà uso della giurisprudenza generalmente prevista per quella tipologia di atteggiamento. Appartiene a tale ultima tipologia, ad esempio la pratica dei prezzi predatori, cfr. a questo riguardo, ANDERMAN, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, cit., pp. 244-245.

3.3.1. DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE E PREZZI ECCESSIVI

Tra le condotte abusive vietate dall'art. 82 TCE, quella precisata dalla lettera a) è l'imposizione diretta o indiretta di prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni di transazione non eque.

Tipico esempio è la cd. pratica dei prezzi eccessivi svolta dall'impresa dominante fissando i prezzi ad un livello particolarmente elevato e non oggettivamente giustificato, così da ottenere sovrapprofitti che essa non riuscirebbe a realizzare in un contesto concorrenziale.

Si è visto che le difficoltà insite nella valutazione della congruità del prezzo applicato dall'impresa dominante e nell'individuazione di criteri idonei a definire l'abusività di determinati livelli di prezzo hanno spinto la Commissione e le corti comunitarie a riservare all'art. 82 TCE un'applicazione particolarmente ristretta in questi casi, di fatto, limitata alle ipotesi in cui la fissazione dei prezzi nella fattispecie concreta è apparsa evidentemente sproporzionata rispetto ai costi sostenuti dall'impresa. Tale pratica abusiva non viene quasi mai accertata singolarmente ma piuttosto nell'ambito di complesse strategie di sfruttamento del mercato dove si presenta in concomitanza con altre condotte vietate.⁵²

L'esitazione a considerare abusivo tale tipo di pratica è particolarmente evidente in presenza di diritti di proprietà intellettuale sui beni commercializzati dall'impresa dominante, con riferimento ai quali la possibilità di applicare prezzi più elevati rispetto a quelli praticati per i beni sprovvisti di esclusiva costituisce l'essenza stessa del diritto di privativa.⁵³

La legittimità dell'applicazione di prezzi più alti rispetto a quelli praticabili in assenza di esclusiva si giustifica infatti per garantire al titolare la ricompensa degli sforzi umani ed economici connessi all'attività di ricerca e di innovazione del bene protetto.⁵⁴ E' evidente che nessuno investirebbe tempo e denaro nell'individuazione di

⁵² Per l'analisi di tale pratica abusiva, v. *amplius*, Cap. 1, par. 7.1.

⁵³ V. tra le pronunce più significative a tale riguardo, sentenza *Parke Davis*, cit., ("il fatto che il prezzo di vendita di un bene brevettato sia superiore a quello del prodotto non brevettato proveniente da un altro Stato membro non costituisce necessariamente un abuso") nonché le sentenze *Sirena*, cit., par.17 e *Deutsche Grammophon*, cit, par. 19.

⁵⁴ Cfr. con l'ulteriore aspetto sottolineato da ANDERMAN, KALLAUGHER, *Technology Transfer and the New EC Competition Rules – Intellectual Property Licensing after Modernization*, cit. p. 273 a giustificazione di un prezzo più elevato per i beni oggetto di diritti di proprietà intellettuale: "It is also clear that the existence of valuable intellectual property rights itself usually creates a higher intrinsic value".

nuovi trovati o nella promozione di un marchio se poi, una volta ottenutane l'esclusiva, non potesse sfruttarli imponendo prezzi che lo ripaghino dei suoi sforzi.⁵⁵

Anche in presenza di diritti di proprietà intellettuale, l'ammissibilità di prezzi elevati trova comunque proprio in tale finalità di "ricompensa" i suoi stessi limiti; è pertanto abusiva la fissazione per il bene oggetto di esclusiva di prezzi evidentemente sproporzionati rispetto alle spese e all'impegno sostenuti dal titolare per ottenere il diritto di privativa⁵⁶, così come è vietata l'applicazione di prezzi elevati destinati più che a compensare gli sforzi, ad escludere concorrenti da mercati contigui o a discriminare tra clienti e fornitori.

3.3.2. DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE E PRATICHE DISCRIMINATORIE

Ai sensi dell'art. 82, lett. c) TCE, costituisce abuso di posizione dominante l'applicazione alle proprie controparti di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti tali da determinare in capo ad alcune di esse degli svantaggi concorrenziali. Rientrano nel divieto le cd. pratiche discriminatorie, tra cui in particolare la discriminazione sui prezzi e le discriminazioni applicate in base alla nazionalità dei contraenti. La condotta discriminatoria può avere lo scopo di escludere alcuni concorrenti dal mercato o di sfruttare i propri clienti.⁵⁷

Dall'analisi della prassi comunitaria, non sembra che la presenza di diritti di proprietà intellettuale determini per queste fattispecie un'interpretazione diversa da quella sviluppata nei casi in cui tali diritti non ci sono.

⁵⁵ V. in particolare la sentenza della Corte di giustizia, 5 ottobre 1988, *CICRA e altri c. Renault*, causa C-53/87, in Racc. 1988, 6039 ss. par. 17: "(...) in merito alla differenza di prezzo tra i pezzi di ricambio venduti dal costruttore e quelli venduti dai fabbricanti indipendenti, va osservato che, secondo la giurisprudenza della Corte (...), l'ammontare superiore del prezzo dei primi rispetto a quello dei secondi non costituisce necessariamente un abuso, poiché il titolare di un brevetto per modello ornamentale può legittimamente pretendere un compenso per le spese sostenute per la messa a punto del modello brevettato" E' evidente che il principio della ricompensa non trova applicazione nel caso delle *royalties* applicate da società di gestione collettiva dei diritti d'autore, cui sembra debbano applicarsi i principi generali previsti dalla giurisprudenza in materia di "prezzi eccessivi"; v. a tale riguardo, Corte di Giustizia, 9 aprile 1987, *Basset c. Sacem*, causa C-402/85, in Racc. 1987, 1747. Con riferimento a *royalties* fissate a livelli eccessivi, v. anche Corte di giustizia, 13 luglio 1989, *Procedimento penale contro Tournier*, causa C-395/87, in Racc. 1989, 2521 e 13 luglio 1989, *Lucazeau e altri c. Sacem e altri*, cause riunite C-110/88, 241/88 e 242/88, in Racc. 1989, 2811. Per una valutazione critica di tali sentenze, v. KEELING, *Intellectual Property Rights in EU Law*, cit., p. 394 ss.

⁵⁶ E' opportuno precisare che il prezzo applicato ai beni oggetto di privativa deve coprire non solo le spese di ricerca e di sviluppo effettivamente necessarie a realizzare il trovato oggetto di protezione ma anche i costi di tutti i tentativi che non hanno avuto successo nel corso delle ricerche.

⁵⁷ Sulle pratiche discriminatorie, v. *amplius*, Cap. 1, par. 7.3.

A titolo di esempio, con riferimento a casi di pratiche discriminatorie in cui erano coinvolti diritti di privativa, la Corte ha considerato non abusiva l'applicazione di prezzi diversi per licenze del medesimo diritto, concesse tuttavia per un diverso numero di utilizzi: il fatto che il diritto fosse attribuito per una quantità di utilizzi differenti è stato infatti ritenuto sufficiente a qualificare come non equivalenti le condotte esaminate, escludendo così la presenza di discriminazione.⁵⁸

E' stata invece ritenuta abusiva l'applicazione da parte di una società di gestione collettiva di diritti d'autore di *royalties* più alte ai dischi importati o reimportati da altri Stati membri;⁵⁹ non è invece stata considerata discriminatoria l'applicazione da parte di tali società di tariffe differenti a prodotti originari di altri paesi, giustificata dalle differenze esistenti in materia nei sistemi legislativi degli Stati membri di provenienza.⁶⁰

3.3.3. DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE E PRATICHE DI GEMELLAGGIO

Tra le pratiche abusive vietate, l'art. 82, lett. d) cita infine quelle consistenti nel "subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi". Tale condotta illecita (cd. "*tying*") consiste nel vincolare la vendita di due prodotti tra loro non collegati, cosicché chi voglia acquistare solo uno dei due prodotti si trova, suo malgrado, costretto ad acquistarli entrambi. Con l'uso di questa tecnica, l'impresa dominante nel mercato di uno dei due prodotti, estende il proprio *market power* sul mercato del prodotto legato ed esclude da quest'ultimo i concorrenti attivi solo nella vendita di tale ultimo prodotto. Perché tale pratica sia considerata abusiva, occorre che si tratti di due prodotti distinti per cui esistono due mercati separati, che l'impresa che la pratici sia dominante in uno dei due, che esista una forma di "coercizione", sia essa contrattuale, tecnica, o economica, all'acquisto combinato dei due prodotti ed, infine, che non esista alcuna giustificazione per la vendita collegata dei due prodotti.

⁵⁸ V. Corte di giustizia, 18 marzo 1980, *Coditel c. Ciné Vog Films*, causa 62/79 (cd. caso "*Coditel I*"), in Racc. 1980, 881, par. 14 e 16; sotto questo profilo, v. anche ANDERMAN, KALLAUGHER, *Technology Transfer and the New EC Competition Rules – Intellectual Property Licensing after Modernization*, cit. pp. 276-277 che ritengono che non possa essere altrettanto discriminatoria l'applicazione di *royalties* diverse per usi diversi del medesimo diritto.

⁵⁹ V. Commissione CE, 2 giugno 1971, *Gema I*, caso IV/26760, spec. punto II, nonché la successiva Corte di giustizia, 2 marzo 1983, *GVL c. Commissione*, causa C-7/82, in Racc. 1983, 483.

⁶⁰ V. sentenza C-402/85, *Basset c. Sacem*, cit. , par. 18-21.

Tale condotta diviene rilevante nell'ambito dei diritti di proprietà intellettuale, quando l'impresa dominante titolare del diritto di privativa su un prodotto vincoli la vendita di tale prodotto ad un altro suo prodotto non protetto da alcun diritto di proprietà intellettuale per sviluppare il proprio potere sul mercato del prodotto non riservato, sfruttando le prerogative attribuite dal diritto di privativa concesso sul prodotto protetto.

Tale forma di condotta in presenza di diritti di proprietà intellettuale è stata analizzata principalmente nei casi *Hilti*⁶¹, *Tetra Pak II*⁶² e, più di recente, *Microsoft*⁶³. In detti casi, il giudice comunitario, dopo aver ribadito la libertà dei produttori indipendenti di immettere sul mercato beni compatibili con prodotti oggetto di privativa nei limiti della non violazione di quest'ultima, ha ritenuto abusivo l'atteggiamento dell'impresa dominante quanto ad un determinato prodotto consistente nel vincolare alla vendita di quest'ultimo la fornitura di un prodotto ulteriore liberamente vendibile sul mercato, allo scopo di estendere il proprio dominio anche sul mercato del prodotto non riservato.

Come già rilevato sopra per le condotte abusive discriminatorie, non sembra però che la titolarità di un diritto di proprietà intellettuale da parte dell'impresa dominante determini un'interpretazione diversa rispetto ai casi di vendite gemellate in cui l'impresa dominante non ha diritti di esclusiva. Lungi dall'imporre una lettura peculiare alla condotta tenuta dal titolare della privativa, in tali ipotesi il diritto di proprietà intellettuale pare infatti essere considerato solo un fattore, unico o concorrente con altri, atto a conferire a capo di una determinata impresa solo una posizione dominante sul mercato del prodotto legante.

⁶¹ Cfr. sentenza T-30/89, *Hilti c. Commissione*, cit., par. 96-119, dove il Tribunale, come già la Commissione, ha giudicato abusiva la condotta di Hilti consistente, tra l'altro, nel vincolare la vendita delle cartucce per pistole sparachiodi Hilti, cartucce su cui deteneva un brevetto, alla vendita di un certo quantitativo di chiodi per tali cartucce, chiodi su cui Hilti non deteneva alcun diritto di privativa. Ciò allo scopo di eliminare da questo ultimo mercato, i produttori indipendenti di chiodi compatibili con cartucce Hilti.

⁶² Cfr. Tribunale di primo grado, caso T-83/91, *Tetra Pak II*, cit. par 125-141, dove il Tribunale di primo grado ha considerato abusiva la pratica di Tetra Pak di collegare la vendita di macchinari brevettati per la sterilizzazione e il riempimento di liquidi alimentari in cartoni asettici alla vendita di cartoni compatibili con detti macchinari.

⁶³ Cfr. Tribunale di primo grado, caso T-210/2004, *Microsoft c. Commissione*, cit., par. 814-1176 ss. In questo caso, il TPG ha giudicato abusiva la condotta di Microsoft volta ad includere nella licenza per il sistema operativo per personal computer "Windows", su cui Microsoft deteneva diritto di esclusiva, anche quella del lettore multimediale Windows Media Player, escludendo così dal mercato i produttori di altri lettori multimediali compatibili con Windows. Microsoft è stata di recente nuovamente destinataria di una lettera di addebito della Commissione per una pratica di tying avente ad oggetto l'abbinamento a Windows del web browser Internet Explorer (v. infatti Memo/09/15 del 17 gennaio 2009, reperibile sul sito internet <http://www.europa.eu>).

3.3.4. ALTRE IPOTESI DI ABUSO IN PRESENZA DI DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE

Come già visto a suo tempo, accanto alle ipotesi “tipiche” di abuso illecito previste all’elenco di cui all’art. 82 TCE, la Commissione e le corti comunitarie hanno identificato nel tempo una serie di altre condotte riconducibili alla nozione di sfruttamento abusivo di posizione dominante vietato ai sensi del Trattato. Tra le più significative condotte “atipiche” che coinvolgono anche diritti di proprietà intellettuale figurano, ad esempio, quelle aventi lo scopo di ripartire i mercati⁶⁴ o, ancora, quelle consistenti nell’imporre ad eventuali licenziatari l’obbligo di cedere al licenziante la proprietà di eventuali invenzioni di perfezionamento che questo realizzi nell’ambito dello sfruttamento della licenza⁶⁵.

⁶⁴ Si noti che il fatto che l’impresa interessata utilizzi dei diritti di proprietà intellettuale allo scopo della compartimentazione dei mercati, non si traduce in una valutazione diversa rispetto al caso in cui tale effetto di ripartizione si realizzi con metodi differenti. Per un caso di questo genere, v. Corte di giustizia, causa C-7/82, *GVL c. Commissione*, cit., par. 46-57, dove la Corte, ribadendo la posizione assunta in precedenza dalla Commissione, ha ritenuto abusivo il rifiuto da parte di una società di gestione tedesca di concludere contratti con artisti stranieri non domiciliati in Germania che volevano far valere i loro diritti in detto paese. Tale condotta aveva evidentemente l’effetto di compartimentare il mercato di sfruttamento dei diritti in funzione del domicilio dei titolari dei medesimi.

⁶⁵ Per un abuso di questo genere, v. ancora la sentenza del Tribunale di primo grado nel caso *Tetra Pak II*, cit., par. 131 e 135-141.

CAPITOLO QUARTO

IL RIFIUTO DI CONCEDERE IN LICENZA I DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE

1. Premessa – 2. L’analisi del rifiuto di licenze mediante i principi del diritto della proprietà intellettuale: le sentenze *Volvo* e *Renault* - 3. Nuovi strumenti di disciplina del rifiuto di licenze: la sentenza *Magill* – 3.1. Il caso *Magill* e la sentenza della Corte di giustizia - 3.2. Riflessioni critiche sulla sentenza *Magill* - 3.2.1. L’analisi del rifiuto di licenze mediante i principi del diritto *antitrust* - 3.2.2. Applicabilità della dottrina delle *essential facilities* anche ai rifiuti di licenze di diritti di proprietà intellettuale? - 3.2.3. L’utilizzabilità delle licenze obbligatorie nel caso di rifiuto di licenze di diritti di proprietà intellettuale - 3.2.4. Valutazioni conclusive: reale portata innovativa della sentenza *Magill*? - 4. La rilettura delle “circostanze eccezionali” della sentenza *Magill*: il caso *Ladbroke* - 4.1. La vicenda *Ladbroke* e la sentenza del Tribunale di primo grado - 4.2. Una nuova disciplina per il rifiuto di licenze di diritti di proprietà intellettuale? – 5. La teorizzazione della disciplina applicabile al rifiuto di licenze: la sentenza *IMS* - 5.1. La vicenda *IMS* e la sentenza della Corte - 5.2. Un test di abusività del rifiuto di licenze: il test *IMS* - 5.2.1. I criteri di abusività del test *IMS*: rivisitazione ed ampliamento delle “circostanze eccezionali” - 5.2.1.1. (segue) L’esclusione della concorrenza nel mercato derivato e il fattore del “doppio mercato” - 5.2.1.2. (segue) L’ostacolo alla comparsa di un “prodotto nuovo” - 5.3. Valutazioni conclusive: l’ultima parola sulla disciplina del rifiuto di licenze? - 6. Una nuova interpretazione del test *IMS*: la sentenza *Microsoft* - 6.1. La vicenda *Microsoft* e la sentenza del Tribunale - 6.2. Il test di abusività del rifiuto di licenze secondo la sentenza *Microsoft* - 6.2.1. L’indispensabilità del bene richiesto: verso una valutazione di tipo soggettivo? - 6.2.2. L’eliminazione della concorrenza nel mercato vicino: rilevanza del “rischio” - 6.2.3. L’ostacolo alla comparsa del “prodotto nuovo” come espressione della “limitazione allo sviluppo tecnico” - 6.2.4. La giustificazione oggettiva del rifiuto di licenze

1. PREMESSA

Una delle fattispecie più dibattute tra i casi di abuso di posizione dominante che coinvolgono i diritti di proprietà intellettuale è il rifiuto di licenze.

Si è visto che il trattamento riservato al rifiuto di contrarre delle imprese dominanti proprietarie di risorse essenziali deriva dal bilanciamento di due interessi contrapposti: da una parte, l'esigenza di garantire la concorrenza e lo sviluppo nei mercati a valle, da cui consegue la necessità di imporre all'impresa dominante l'obbligo di contrarre; dall'altra, l'esigenza di tutelare gli sforzi e gli investimenti dell'impresa titolare della risorsa, che sarebbe privata di ogni incentivo alla ricerca se le fosse imposto di concedere un accesso indiscriminato ai beni di sua proprietà.

La tensione tra queste due esigenze è particolarmente acuta nel caso del rifiuto di contrarre opposto da un'impresa dominante titolare di diritti di proprietà intellettuale.

Detti diritti, infatti, sono riconosciuti proprio per compensare lo sforzo di innovazione, sviluppo e creatività dei proprietari ed attribuiscono a questi ultimi il diritto di utilizzare in via esclusiva l'invenzione, il marchio o la creazione intellettuale per un determinato periodo di tempo, escludendo gli altri operatori dalla possibilità di beneficiarne.

Se in nome di un mercato perfettamente concorrenziale si imponesse ai titolari di mettere il trovato a disposizione dei concorrenti, verrebbe snaturata l'essenza di tali diritti ed eliminato ogni stimolo allo sviluppo produttivo.

Per questo motivo, il rifiuto di un'impresa dominante di concedere in licenza un diritto di proprietà intellettuale è generalmente considerato lecito e compatibile con l'art. 82 TCE. Tale rifiuto potrebbe invece divenire abusivo se il titolare, negando l'accesso alla risorsa, non si limitasse ad esercitare il proprio diritto di privativa ma perseguisse ulteriori finalità di sfruttamento del mercato a danno dei consumatori. In queste ipotesi, il rifiuto di contrarre sarebbe vietato dall'art. 82 TCE e il titolare del diritto potrebbe essere costretto a concederlo al richiedente.

La valutazione del rifiuto di licenze di diritti di privativa intellettuale elaborata dalla Commissione e dalle corti comunitarie ha subito sviluppi che possono essere suddivisi in tre fasi. L'evoluzione della disciplina applicabile in questi tre periodi riflette la maturazione dell'interpretazione del rapporto tra diritti di proprietà intellettuale e diritto della concorrenza nonché lo sviluppo degli strumenti e delle finalità perseguite da quest'ultimo nella realizzazione del mercato comune.

Nella prima fase, la compatibilità del rifiuto di licenze con l'art. 82 TCE è stata esaminata, quasi esclusivamente, alla luce dei principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di diritti di privativa e libera circolazione delle merci. E' il

periodo delle sentenze *Volvo* e *Renault* e della valutazione del rifiuto di licenze sulla scorta dei concetti di “esistenza”, “esercizio” ed “oggetto specifico” del diritto di proprietà intellettuale.

In corrispondenza con l’evoluzione del ruolo della disciplina della concorrenza, da mezzo di integrazione delle economie nazionali a principio ispiratore della politica economica ed industriale della Comunità, le corti comunitarie hanno preferito limitare il ricorso alle tematiche sviluppate in materia di privative intellettuali, cominciando a far uso dei principi del diritto della concorrenza. E’ in questo secondo periodo che la Corte pronuncia la celebre sentenza *Magill*, pietra miliare di questa materia, e che il rifiuto di licenze comincia ad essere analizzato sulla base di principi ispirati alla dottrina delle *essential facilities*, che, a sua volta, viene influenzata dai concetti sviluppati con riferimento ai diritti di proprietà intellettuale.

Al potenziale ampliamento del divieto di rifiuto di licenze insito nella sentenza *Magill*, segue un periodo di riflessione della Commissione e delle corti, inteso a coniugare le peculiarità del divieto di abuso di posizione dominante con le esigenze dei diritti di proprietà intellettuale.

In questo periodo, dopo la parentesi del caso *Ladbroke*, la Corte di giustizia pronuncia la sentenza *IMS*, nella quale i principi della sentenza *Magill* sono precisati con l’intento di costruire una vera e propria teoria del diniego abusivo di licenza.

Nonostante gli sforzi chiarificatori intrapresi dalla giurisprudenza rimangono a tutt’oggi parecchi punti oscuri e la tensione tra esigenze di diritto *antitrust* e diritti di proprietà intellettuale è ben lungi dall’essere risolta; il caso *Microsoft*, che ha costituito il primo banco di prova per l’applicazione del test *IMS*, ha infatti evidenziato le numerose problematiche dell’utilizzo di tale disciplina, specie se applicata a realtà economiche complesse.

Il presente capitolo analizzerà pertanto le pronunce comunitarie dalle origini fino agli sviluppi più recenti, esaminando le criticità insite negli strumenti di volta in volta utilizzati dalla Commissione e dai giudici comunitari. Ciò nell’ottica di ricostruire con spirito valutativo lo stato attuale del trattamento del rifiuto abusivo di licenza e delineare il punto di partenza per le evoluzioni future di tale fattispecie.¹

¹ Si precisa che oggetto di trattazione del presente studio sarà il rifiuto di licenze qualificabile come rifiuto di contrarre; si esamineranno, in particolare, le ipotesi di rifiuto opposto dall’impresa in posizione dominante per la prima volta ad altri operatori economici. Il caso di rifiuto di licenza intervenuto in seguito alla precedente concessione di altre licenze del medesimo diritto, infatti, è inquadrabile nella fattispecie di abuso per discriminazione ai sensi dell’art. 82, lett. c) TCE. Per l’analisi di quest’ultima

2. L'ANALISI DEL RIFIUTO DI LICENZE MEDIANTE I PRINCIPI DEL DIRITTO DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE: LE SENTENZE *VOLVO* E *RENAULT*

Il primo caso in cui la Corte di giustizia si è pronunciata su un'ipotesi di rifiuto di concedere licenze aventi ad oggetto un diritto di proprietà intellettuale è *Volvo c. Veng* del 1988,² la cui sentenza è stata ripresa in modo sostanzialmente analogo nel caso *C.I.C.R.A. e Maxicar c. Renault* deciso dalla Corte lo stesso giorno³.

La sentenza *Volvo* trae origine da alcuni quesiti pregiudiziali sottoposti alla Corte dalla High Court inglese relativi alla compatibilità con l'art. 82 (allora, 86) TCE del rifiuto di Volvo di concedere alla società Veng la licenza per l'importazione e la vendita nel Regno Unito di componenti di carrozzeria su cui Volvo deteneva un diritto di brevetto per modello ornamentale.⁴

Sul presupposto che la casa automobilistica fosse titolare di una posizione dominante sul mercato dei componenti di ricambio di carrozzeria delle vetture di sua produzione, il giudice *a quo* ha chiesto alla Corte se il rifiuto potesse costituire un abuso.

Di tenore simile è il quesito pregiudiziale sottoposto alla Corte dal Tribunale di Milano nel caso *C.I.C.R.A. e Maxicar c. Renault* avente ad oggetto la compatibilità

fattispecie di rifiuto di licenza, v. TEMPLE LANG, *Anticompetitive Abuses under Article 82 Involving Intellectual Property Rights*, in *What is a Dominant Position?*, *European Competition Law Annual*, 2003 (ed. by EHLERMANN E ATANASIU), p. 589 ss., spec. 630 ss., dove l'Autore analizza anche altre fattispecie di abuso di esclusione che coinvolgono diritti di proprietà intellettuale.

² Corte di giustizia, causa C-238/87, *AB Volvo c. Erik Veng*, cit.

³ Corte di giustizia, causa C-53/87, *CICRA e altri c. Renault*, cit. La sentenza *Renault*, in realtà, tratta anche della questione relativa alla compatibilità tra l'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale e la disciplina della libera circolazione delle merci (all'epoca artt. 30-36 TCE, ora artt. 28-30), che risolve mediante l'applicazione del principio di esaurimento comunitario del diritto di proprietà intellettuale. Per un'analisi completa dei casi *Volvo* e *Renault*, v. GOVAERE, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights*, cit., par. 8.01 ss.

⁴ In particolare, la High Court aveva sottoposto alla Corte di giustizia i seguenti quesiti: "1) *Qualora un importante produttore di autovetture sia titolare di brevetti per modello ornamentale che, a norma della legislazione di uno Stato membro, gli attribuiscono il diritto esclusivo di produrre e di importare parti componenti di ricambio della carrozzeria necessarie per effettuare riparazioni della carrozzeria di un'autovettura di sua produzione (ove tali parti componenti non siano sostituibili con altre di diverso modello), se, a motivo di tali diritti esclusivi detto produttore si trovi in una posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del trattato CEE relativamente a tali pezzi di ricambio. 2) Se, a prima vista costituisca uno sfruttamento abusivo di tale posizione dominante il fatto che detto produttore rifiuti di concedere a terzi la licenza di fornire tali parti componenti della carrozzeria anche ove questi siano disposti a pagare un corrispettivo ragionevole per tutti gli articoli venduti su licenza (...); 3) se tale sfruttamento abusivo possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri ai sensi dell'art. 86 in conseguenza del fatto che si impedisce così, a chi intenda ottenere una licenza, di importare le parti componenti della carrozzeria in un altro Stato membro"* (cfr. sentenza *Volvo*, cit., par. 4).

con l'art. 82 TCE dello sfruttamento posto in essere da Renault del proprio diritto di brevetto sui pezzi di ricambio delle auto di sua produzione.⁵

In entrambe le sentenze la Corte valuta l'abusività del comportamento dell'impresa in posizione dominante esclusivamente nell'ambito della teoria sviluppata nell'interpretazione degli artt. 30-36 (ora, 28-30) TCE, fondata sulla tradizionale dicotomia "esistenza/esercizio" del diritto di proprietà intellettuale e sull'"oggetto specifico" di quest'ultimo.

La Corte, infatti, nega di doversi pronunciare in merito all'esistenza e alle modalità di tutela del diritto di brevetto di cui, in mancanza di una normativa uniforme o armonizzata, si limita a prendere atto.⁶

Concentrandosi pertanto sul solo esercizio del diritto di proprietà intellettuale da parte dell'impresa dominante, esclude, secondo il principio dell'"oggetto specifico", che l'art. 82 TCE possa vietare all'impresa di estromettere i concorrenti dallo sfruttamento del bene protetto. In tale potere si realizzerebbe infatti l'essenza stessa del diritto di privativa.⁷

Ad ulteriore conferma dell'impostazione evidenziata, la Corte fornisce in un *obiter dictum* un elenco esemplificativo di casi in cui l'esercizio del diritto di privativa può essere considerato abusivo. Secondo la Corte, in particolare, non attuerebbe la funzione essenziale del diritto di brevetto su modelli di componenti di carrozzeria per auto "l'arbitrario rifiuto di fornire pezzi di ricambio ad officine di riparazione indipendenti, il fissare i prezzi dei pezzi di ricambio ad un livello non equo o la decisione di non produrre più pezzi di ricambio per un dato modello malgrado il fatto che numerose vetture di questo modello siano ancora in circolazione".⁸

⁵ Il quesito pregiudiziale cui ha risposto la Corte nel caso *Renault* era formulato in termini più generici rispetto a quello del caso *Volvo*. Il Tribunale di Milano ha infatti chiesto alla Corte (cfr. sentenza *Renault*, par. 7): "Se l'art. 86 del trattato CEE sia o meno applicabile per vietare l'abuso della posizione dominante che ciascuna casa automobilistica detiene sul mercato dei ricambi delle automobili di sua fabbricazione, consistente nel perseguire, con la pratica della brevettazione e della repressione giudiziaria, lo scopo dell'eliminazione totale della concorrenza delle imprese dei ricambisti indipendenti".

⁶ Cfr. sentenza *Volvo*, cit., par. 7: "in mancanza di unificazione nell'ambito della Comunità o di un ravvicinamento delle legislazioni, la determinazione dei casi e delle modalità di tutela dei disegni dipende dalle norme nazionali". Oggi il Reg. (CE) 6/2002 ha parzialmente armonizzato la normativa degli Stati membri in materia di disegni e i modelli comunitari.

⁷ *Ibidem*, par. 8: la Corte di giustizia dopo aver premesso che "la facoltà del titolare di un brevetto su un modello di vietare a terzi la fabbricazione, la vendita o l'importazione senza il suo consenso, di prodotti che ne incorporino il modello equivarrebbe a privare detto titolare della sostanza del suo diritto esclusivo", ha concluso che "il rifiuto di concedere una siffatta licenza non può di per sé costituire uno sfruttamento abusivo di posizione dominante".

⁸ *Ibidem*, par. 9. V. anche sentenza *Renault*, cit., par. 18.

Dalle sentenze *Volvo* e *Renault* emerge quindi chiaramente che lo strumento per l'individuazione del carattere abusivo del comportamento dell'impresa dominante nell'esercizio del proprio diritto di proprietà intellettuale risiede esclusivamente nella "funzione essenziale" di quest'ultimo (ovvero, nella sua "sostanza", secondo la sentenza *Volvo*, o nel suo "contenuto", secondo la sentenza *Renault*): la condotta che risponda alle prerogative fondamentali riconosciute al titolare dall'ordinamento sarà conforme al Trattato e quindi lecita; viceversa, la condotta che va oltre la realizzazione di tali prerogative sarà potenzialmente contraria all'art. 82 TCE.

Nell'individuazione dell'abuso la Corte, d'altro canto, prescinde dagli strumenti tipici del diritto della concorrenza e dai concetti tradizionalmente considerati preliminari all'individuazione di una violazione dell'art. 82 TCE, quali la definizione del mercato rilevante e l'identificazione della posizione dominante.⁹

La Corte sembra quindi voler lasciar intendere che le teorie fino ad allora sviluppate in ambito *antitrust* non siano adatte a regolare le condotte delle imprese che utilizzano diritti IP e pare suggerire che le peculiarità della natura e della disciplina di tali diritti impongano di servirsi di nozioni proprie in deroga ai tradizionali principi del diritto della concorrenza.

Con riferimento, inoltre, alla valutazione della fattispecie del rifiuto di concedere licenze, le sentenze *Volvo* e *Renault* non sembrano particolarmente significative. Con la mera affermazione che il rifiuto di licenza non è di per sé uno sfruttamento abusivo della posizione dominante, esse non forniscono alcuno strumento di giudizio rilevante nel trattamento di questa specifica condotta.

L'elenco delle ipotesi di esercizio vietato del diritto di privativa, oltre a non essere esauriente¹⁰, non aggiunge nulla né sul rifiuto di licenze, né in generale sull'individuazione di abusi di posizione dominante nell'ambito dello sfruttamento di diritti IP. Nessuno dei casi elencati, infatti, configura un'ipotesi di rifiuto di concessione in licenza di diritti di proprietà intellettuale. Anzi, l'abusività delle fattispecie citate

⁹ E' particolarmente significativo che nel caso *Volvo*, dove alla Corte era stato richiesto di pronunciarsi circa la sussistenza della posizione dominante del costruttore sul mercato dei pezzi di ricambio per le auto di sua produzione, questa abbia evitato di affrontare il quesito, logicamente preliminare rispetto all'indagine sull'abuso, preferendo invece concentrarsi sull'esistenza di quest'ultimo. Dopo aver escluso la sussistenza della condotta abusiva, la Corte ha così evitato del tutto di pronunciarsi sul quesito della dominanza.

¹⁰ L'elenco fornito dalla Corte nelle sentenze *Volvo* e *Renault* è infatti di tipo esemplificativo: la lista delle fattispecie abusive è infatti preceduta dai termini "come" nella sentenza *Volvo* e "quali" nella sentenza *Renault*.

dalla Corte sembra potersi derivare dalla prassi precedente.¹¹ L'illiceità del rifiuto arbitrario di fornire pezzi di ricambio a riparatori indipendenti era già stata affermata nella decisione *Hugin*;¹² l'abusività della fissazione di prezzi non equi era già ricavabile da una vasta prassi anteriore e, da ultimo, dalla decisione della Commissione nel caso *Hilti*¹³. La contrarietà al Trattato della condotta consistente nella cessazione della produzione di pezzi di ricambio per vetture ancora in circolazione, infine, era già individuabile alla luce dell'art. 82, lett. b), TCE che sanziona le limitazioni alla produzione imposte dall'impresa dominante a danno dei consumatori.¹⁴

In conclusione, il merito delle sentenze *Volvo* e *Renault* è di dare il via alla discussione sul trattamento del rifiuto di licenze di diritti di proprietà intellettuale.¹⁵ Come spesso accade per le pronunce che intervengono per prime a regolare una materia, tuttavia, dette sentenze forniscono poche risposte e suscitano invece molte domande.¹⁶

¹¹ Non sembra pertanto corretta la considerazione di quella dottrina che sostiene che la Corte nei casi *Volvo* e *Renault* abbia fornito “*this (non-exhaustive) list, thereby giving just a few examples of conducts involving a misuse of IPRs illegal under Article 82*”, cfr. infatti PRETE, *Dominant Firm's Duty to License Competitors*, in *European Business Law Review*, 2004, p. 1071, ss., spec. 1073.

¹² V. Commissione, caso IV/29.132, *Hugin/Liptons*, cit. Si noti che la Corte cita una fattispecie di rifiuto di fornitura di beni (i pezzi di ricambio) e non di licenza di diritti di proprietà intellettuale (ad es. i brevetti) necessari per produrli/commerciarli. Dalla lettura complessiva della sentenza *Volvo* sembra quindi che i costruttori di auto possano invocare i loro diritti per rimanere gli unici costruttori/fornitori di pezzi di ricambio per le auto di propria produzione, ma non possono arbitrariamente (ovvero, senza giustificato motivo) rifiutarsi di fornire i pezzi di ricambio ai riparatori indipendenti. Per tali riflessioni e sul corretto significato da attribuire al concetto di “arbitrario”, v. GOVAERE, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights*, cit., par. 8.47 – 8.49.

¹³ V. Commissione, casi IV/30.787 e 31.488, *Eurofix-Bauco/Hilti*, cit., spec. par. 39 e 40. Con riferimento all'equità dei prezzi dei beni protetti da diritti di proprietà intellettuale, si deve comunque ricordare la giurisprudenza consolidata a partire dal caso *Parke Davis*, (v. *supra*, Cap. 3, par. 3.3.1.) ai sensi della quale il fatto che il prezzo di vendita di un bene oggetto di privativa sia superiore a quello di un prodotto che non lo è, non costituisce necessariamente un abuso; il prezzo del bene tutelato, infatti, non deve essere calcolato in base al valore economico del bene materiale bensì in funzione della ricompensa da garantire a chi, per realizzare il trovato, ha investito tempo, risorse umane ed economiche.

¹⁴ Sottolinea le difficoltà di ravvisare in concreto tale fattispecie abusiva, GOVAERE, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights*, cit., par. 8.57 – 8.59, che, ai fini dell'individuazione dell'abusività del comportamento, si chiede come identificare il momento temporale in cui deve intervenire la decisione del soggetto dominante nonché la quantità minima di vetture ancora in circolazione perché la decisione dell'impresa possa dirsi vietata dall'art. 82 TCE. L'Autore, inoltre, ritiene che potrebbe essere considerato egualmente abusivo l'atteggiamento dell'impresa consistente nell'aumentare a tal punto i prezzi dei pezzi di ricambio per le vetture di produzione meno recente, così da rendere più conveniente per i consumatori acquistare una vettura nuova anziché riparare quelle vecchie.

¹⁵ Cfr. BERTANI, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, in *Quaderni di AIDA*, 10, Milano, 2004, che considera frutto di questa prima apertura verso uno scrutinio *antitrust* del divieto di condividere risorse di proprietà intellettuale, il considerando 26 della *Direttiva 1991/250/CEE, del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, che stabilisce che le disposizioni della direttiva “*non ostano all'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 85 e 86 del trattato se un fornitore in posizione dominante rifiuta di mettere a disposizione l'informazione necessaria all'interoperatività*” del proprio software con i programmi altrui.

¹⁶ A conferma dell'incertezza sollevata dai casi *Volvo* e *Renault*, una dottrina riporta l'esempio del caso che ha coinvolto la casa automobilistica americana Ford solo due anni dopo. Il caso si chiuse con una conciliazione; v. FORRESTER, *EC Competition Law as a Limitation on the Use of IP Rights in Europe: Is There Reason to Panic?*, in *What is a Dominant Position?*, cit., p. 503 ss., spec. 507-508.

A testimonianza dell'incertezza che ancora regnava con riferimento al diniego di licenza, da lì a poco sarebbe intervenuta la vicenda *Magill* che avrebbe letteralmente capovolto l'impostazione fino ad allora utilizzata dalla Corte.

3. NUOVI STRUMENTI DI DISCIPLINA DEL RIFIUTO DI LICENZE: LA SENTENZA *MAGILL*

La sentenza della Corte di giustizia nel caso *RTE e ITP c. Commissione*, più noto come caso *Magill*¹⁷, modifica l'approccio comunitario nei confronti del rifiuto di concedere in licenza diritti IP. La Corte, in particolare, abbandona quasi completamente i principi propri della normativa della proprietà intellettuale per fare applicazione delle nozioni e delle teorie sviluppate nell'ambito del diritto della concorrenza e, in particolar modo, dei principi della dottrina delle *essential facilities*, all'epoca ampiamente utilizzata nelle decisioni della Commissione.

La sentenza *Magill* pone fine ad un lungo e tormentato *iter* giudiziale, iniziato con la decisione della Commissione nel 1988¹⁸ e seguito dall'ordinanza del Presidente della Corte di giustizia nel 1989¹⁹ e dalle sentenze del Tribunale di primo grado nel 1991²⁰.

Per comprendere appieno la portata storica della sentenza della Corte ed il dibattito dottrinale che ne è seguito è pertanto necessario ricostruire, seppur sommariamente, i punti salienti della vicenda, richiamando di volta in volta i passaggi più significativi delle pronunce rese. Delineata la fattispecie, sarà possibile analizzare il ragionamento della Corte e sviluppare alcune riflessioni sugli strumenti utilizzati per esaminare il rifiuto di licenze di diritti di proprietà intellettuale.

¹⁷ Corte di giustizia, 6 aprile 1995, causa C-241/91 P e C-242/91 P, *Radio Telefís Éireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commissione delle Comunità europee*, cit. Alcuni ritengono che, in realtà, la sentenza *Magill* sia un'ulteriore pronuncia in materia di semplice rifiuto di fornire (in questo caso, materie prime: le informazioni): ciò, probabilmente, in ragione del fatto che il diritto di autore delle emittenti televisive in questo caso copriva semplici informazioni e non opere creative come intese tradizionalmente: cfr. VAN KERCKHOVE, *Magill: a refusal to license or a refusal to supply*, in *Copyright World*, 1995, p. 26 ss., richiamato in DERCLAYE, *Abuses of Dominant Position and Intellectual Property Rights: a Suggestion to Reconcile the Community Courts Case Law*, in *World Competition*, 2003, p. 685 ss., spec. nt. 18.

¹⁸ Commissione, 21 dicembre 1988, *Magill TV Guide/IPP, BBC e RTE*, caso IV/31.851.

¹⁹ Ordinanza del Presidente della Corte, 11 maggio 1989, *Radio Telefís Éireann e altri c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-76, 77, 91/89 R, in Racc. 1989, 1141.

²⁰ Il Tribunale di primo grado ha reso nello stesso giorno le sentenze sui tre ricorsi delle società coinvolte nel caso *Magill*; le tre pronunce sono molto simili tra loro: *Radio Telefís Éireann c. Commissione delle Comunità europee*, 10 luglio 1991, causa T-69/89, in Racc. 1991, II-485; *British Broadcast Corporation e BBC Enterprises Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, 10 luglio 1991, causa T-70/89, in Racc. 1991, II-535; *Independent Television Publications Ltd. c. Commissione delle Comunità europee*, 10 luglio 1991, causa T-76/89, in Racc. 1991, II-575.

3.1. IL CASO *MAGILL* E LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

La sentenza *Magill* ha origine dalla denuncia con cui la società Magill TV Guide Ltd. ha chiesto alla Commissione di accertare che le società RTE, BBC e ITP avevano commesso un abuso di posizione dominante negandole la concessione di licenze per la pubblicazione dei rispettivi palinsesti settimanali.

Radio Telefis Eireann (RTE), monopolista legale per l'erogazione del servizio nazionale di diffusione radiotelevisiva dell'Eire, British Broadcasting Corporation (BBC), omologa di RTE nel Regno Unito e ITV e Channel 4 erano all'epoca dei fatti le emittenti televisive più seguite in Irlanda.

RTE, BBC e ITV e Channel 4, tramite ITP, approfittando di legislazioni nazionali che consentivano di tutelare i palinsesti televisivi tramite diritto d'autore, pubblicavano ciascuna una guida settimanale dei propri programmi.²¹ Le informazioni sui programmi delle emittenti erano inoltre disponibili sui quotidiani e sui settimanali che però potevano pubblicare solo i dati relativi alla trasmissioni più salienti della settimana.

Mancava quindi sul mercato irlandese una guida settimanale completa dell'intero palinsesto di tutte le emittenti televisive.

Nel 1985 Magill iniziava la pubblicazione di una guida settimanale omnicomprendiva, che tuttavia veniva immediatamente ritirata dal mercato in forza di un'ingiunzione emessa dai giudici irlandesi su ricorso delle tre società televisive.²²

Magill si rivolgeva alla Commissione la quale, considerando abusivo il rifiuto di concedere licenze sui propri palinsesti, ordinava alle emittenti di fornire a chi

²¹ Si fa riferimento all'*Ireland Copyright Act* del 1963 che alla Section 2 include nella definizione di opera letteraria "*any written table or compilation*". Pur mancando nel *Copyright Act* britannico del 1956, applicabile all'epoca, una disposizione simile, l'esistenza anche nel Regno Unito di un diritto di *copyright* sui palinsesti si ricava dalla sentenza della House of Lord, *BBC e ITP c. Time Out* del 1984 (citata da Commissione, caso IV/31.851, *Magill TV Guide/IPP, BBC e RTE*, par. 8) dove si è affermato che il lavoro e l'abilità specialistica necessari alla preparazione dei palinsesti ne giustificano la protezione tramite *copyright*. Si noti tuttavia che, con riferimento al Regno Unito, successivamente, il Broadcasting Act 1990 ha previsto l'obbligo in capo agli emittenti radiotelevisivi di fornire informazioni relative alla propria programmazione a chiunque ne facesse richiesta al fine di pubblicarle. L'entrata in vigore di questa normativa ha fatto venir meno l'interesse di BBC alla controversia: è per questa ragione, infatti, che BBC non ha impugnato la sentenza del Tribunale di primo grado aventi alla Corte di Giustizia. V. JONES, SUFRIN, *EC Competition Law*, cit., p. 495, nt. 391.

²² Per una ricostruzione dei fatti della vicenda, v. ad es. Commissione, caso IV/31.851, *Magill TV Guide/IPP, BBC e RTE*, cit., par. 1-18.

ne facesse richiesta i rispettivi elenchi settimanali di programmi affinché potessero essere pubblicati integralmente.²³

La Commissione ha ritenuto che il rifiuto era d'ostacolo al soddisfacimento di una domanda potenziale e sostanziale esistente sul mercato delle guide radiotelevisive complete e all'introduzione di un nuovo prodotto. Negando le licenze sui propri palinsesti, inoltre, le società televisive riservavano a sé il mercato derivato delle guide settimanali nel quale, altrimenti, si sarebbe potuta sviluppare la concorrenza.²⁴

Ai profili della vicenda collegati alla tutela del diritto d'autore la Commissione ha dedicato solo brevi cenni, precisando che le argomentazioni presentate dalle tre società televisive in materia non erano tali da incidere sulla soluzione da dare alla controversia.²⁵

La decisione, la cui efficacia era stata nel frattempo sospesa dal Presidente della Corte di giustizia²⁶, è stata quindi impugnata davanti al Tribunale di primo grado che ha respinto i ricorsi.

Diversamente dalla Commissione, il Tribunale giungeva a ritenere abusivo il rifiuto utilizzando quali chiavi di volta le teorie sviluppate dalla giurisprudenza in materia di diritti IP e concorrenza e inquadrando la pronuncia *Magill* nel solco delle sentenze *Volvo* e *Renault*.²⁷

²³ *Ibidem*, par. 27 e art. 2 della decisione.

²⁴ *Ibidem*, par. 23, cpv. 3 e 13.

²⁵ *Ibidem*, par. 23, cpv. 12: la Commissione ha infatti sottolineato come “*le pratiche e le politiche attuate da ITP, BBC e RTE (...) di fatto utilizzino il diritto d'autore come uno strumento del loro abuso, in maniera che fuoriesce dalla portata dell'oggetto specifico di tale diritto di proprietà intellettuale*”.

²⁶ V. Ordinanza del Presidente della Corte, cause riunite C-76, 77, 91/89 R, *RTE e altri c. Commissione*, cit., par. 14 e 18. Secondo il Presidente della Corte, la decisione della Commissione avrebbe sollevato “*delicate questioni circa l'esatta portata dell'art. 86 (ora 82, n.d.a.) del trattato*”. Inoltre, la messa a disposizione dei dati settimanali di programmi ai concorrenti avrebbe potuto provocare una situazione di mercato che sarebbe stato poi molto difficile, se non impossibile, modificare.

²⁷ Tribunale di primo grado, causa T-69/89, *RTE c. Commissione*, cit., par. 70, 71 e 73, cpv. 1. Il Tribunale ribadiva che la tutela dell'oggetto specifico del diritto d'autore conferisce, in linea di massima, al titolare la facoltà di riservarsi il diritto di riproduzione dell'opera protetta. Ciò nondimeno, lo stesso Tribunale affermava che un abuso di posizione dominante può comunque darsi quando “*alla luce delle peculiari circostanze di ogni caso concreto, risulta che le condizioni e le modalità di esercizio del diritto di riproduzione, perseguono in realtà uno scopo manifestamente contrario agli scopi dell'art. 86 (ora 82, n.d.a.)*” (v. par. 71). E questo avevano fatto RTE, BBC e ITP, negando a *Magill* le licenze sui propri palinsesti settimanali: esse infatti, senza alcuna giustificazione, avevano impedito la comparsa di un prodotto nuovo sul mercato delle guide settimanali per cui vi era una domanda potenziale da parte dei consumatori ed avevano escluso la concorrenza dal medesimo allo scopo di preservare le loro posizioni di monopolio.

Nel 1995 si è pronunciata infine la Corte di giustizia la quale, confermando le conclusioni cui erano giunti la Commissione e il Tribunale di primo grado, ha fornito una nuova lettura del rifiuto abusivo di licenze.²⁸

Quanto alla definizione di mercato rilevante, la Corte, non essendo stata oggetto di contestazione²⁹, dà per presupposta l'individuazione della Commissione e del Tribunale, secondo i quali venivano in rilievo due mercati collegati: a monte, il mercato

²⁸ Corte di giustizia, 6 aprile 1995, causa C-241/91 P e C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commissione delle Comunità europee*, cit., di seguito, "sentenza *Magill*". L'esame della sentenza *Magill* si concentrerà principalmente sulla parte relativa all'analisi della posizione dominante delle tre società televisive, nonché sullo studio della Corte circa l'eventuale sussistenza di un abuso. Non costituiranno invece oggetto di approfondimento gli altri motivi di impugnazione fatti valere dalle ricorrenti davanti alla Corte. La sentenza del Tribunale di primo grado è stata impugnata anche per falsa applicazione del concetto di pregiudizio al commercio tra Stati membri (v. motivo di ricorso di RTE, richiamato nella sentenza *Magill*, par. 21 e 59-70), per mancata considerazione dell'art. 9 della Convenzione di Berna in materia di protezione di opere letterarie ed artistiche del 1886 (v. motivo di ricorso di RTE, richiamato nella sentenza *Magill*, par. 21 e 72-87), per violazione dell'art. 3 del Reg. (CEE) 17/62 (v. motivo di ricorso di ITP, richiamato nella sentenza *Magill*, par. 22 e 88-94) e dell'art. 190 del Trattato, in tema di obbligo di motivazione (v. motivo di ricorso di ITP, richiamato nella sentenza *Magill*, par. 22 e par. 95-103). Tutti i motivi di impugnazione sono stati tuttavia disattesi dalla Corte di Giustizia (v. sentenza *Magill*, par. 104). Tra i motivi di impugnazione, respinti dalla Corte, è particolarmente significativo quello relativo all'asserita violazione dell'art. 190 (ora, art. 253) TCE: ITP, infatti, sosteneva che l'individuazione dell'abuso era stata trattata in modo troppo sommario dalla Commissione, non avendo quest'ultima dedicato alcuna specifica analisi alla situazione peculiare dei titolari di diritti d'autore nel contesto dell'applicazione dell'art. 82 TCE. Per l'analisi di tali ulteriori motivi di impugnazione e per la valutazione della Corte, v. ad es. ZAGATO, *Magill, lo scioglimento di un arcano*, in *AIDA, Annuali Italiani di Diritto d'Autore*, 1995, p. 267 ss., spec. 272-274 e 275 276, e GREAVES, *Magill est arrivé... RTE and ITP v Commission of European Communities*, in *European Competition Law Review*, 1995, p. 244 ss., spec. 245-246.

²⁹ Visto l'ampio dibattito che è scaturito intorno alla definizione del mercato merceologico sorprende che questo punto non sia stato oggetto di impugnazione anche avanti alla Corte di giustizia. Tutti i ricorsi presentati dalle società televisive davanti al Tribunale avevano infatti messo in discussione la ricostruzione del mercato del prodotto proposta dalla Commissione: v. infatti, con riferimento a RTE, Tribunale di primo grado, causa T-69/89, *RTE c. Commissione*, cit., par. 30 (per cui sarebbe esistito un unico mercato dell'informazione fornita al pubblico quotidianamente o settimanalmente); con riferimento a ITP, Tribunale di primo grado, causa T-76/89, *ITP c. Commissione*, cit., par. 15-17 (per cui il mercato rilevante del prodotto sarebbe consistito in quello dell'insieme delle guide tv) e, con riferimento a BBC, Tribunale di primo grado, causa T-70/89, *BBC c. Commissione*, cit., par. 16-17 (la quale sosteneva che l'unico mercato rilevante fosse quello dei servizi di radiodiffusione televisiva, o al più, in subordine, quello dell'informazione dei programmi tv in generale). Rileva il suo stupore a riguardo anche parte della dottrina: v. ad es. ZAGATO, *Magill, lo scioglimento di un arcano*, cit., p. 274, che sottolinea il carattere tautologico della definizione dei mercati merceologici accolta (per un'opinione molto simile, v. anche SKINNER, *Oral Hearing of the Magill Case*, in *European Competition Law Review*, 1994, p. 103 ss, spec. 105, il quale segnala come da tale ristretta definizione di mercato rilevante derivi inevitabilmente la constatazione della posizione dominante in capo a ciascuna delle società televisive); SCHMIDT, *Article 82's "Exceptional Circumstances" that Restrict Intellectual Property Rights*, *ibidem*, 2002, p. 210 ss., spec. 213 che esamina la ristrettezza ed artificialità della delimitazione del mercato, e SMITH, *Television Guides: The European Court doesn't know 'There so much in it'*, *ibidem*, 1992, p. 135 ss., spec. 137-138 che ne sottolinea l'erroneità, dovendosi, a suo parere, identificare il mercato rilevante nel mercato delle informazioni televisive e dei palinsesti generalmente intesi e non distinti per emittente televisiva. Altrettanto sorprendentemente non ha costituito oggetto di impugnazione da parte delle società televisive la definizione di posizione dominante, criticata solo dell'interveniente IPO. Il fatto che la questione sia stata sollevata solo dal terzo interveniente può spiegare forse il carattere sommario con cui la Corte ha affrontato il punto, v. VINJE, *The Final Word on Magill*, in *European Intellectual Property Review*, 1995, p. 297 ss., spec. nt. 11.

dei palinsesti settimanali dei programmi di ciascuna ricorrente e, a valle, il mercato delle guide televisive in cui questi erano pubblicati.³⁰

Richiamando l'impostazione ormai pacifica della giurisprudenza precedente, la Corte ha quindi ribadito che la titolarità di un diritto di proprietà intellettuale non origina di per sé una posizione dominante.³¹ Nel caso di specie la dominanza delle tre emittenti tv era in realtà conseguenza dell'attività svolta da queste ultime: esse, infatti, disponevano di un monopolio di fatto sulle informazioni utilizzate per l'elaborazione dei palinsesti e costituivano, di conseguenza, l'unica fonte di dette informazioni per coloro che intendessero pubblicarle e metterle in commercio su guide televisive.³²

La soluzione fornita dalla Corte si colloca ad un livello intermedio rispetto a quanto avevano affermato sul punto la Commissione e il Tribunale. Pur richiamando la regola per cui la titolarità di un diritto IP non comporta una dominanza sul mercato, l'individuazione della posizione dominante delle emittenti nel settore dei palinsesti è basata solo sulla disponibilità esclusiva di una risorsa essenziale (le informazioni grezze relative ai programmi da includere nei palinsesti), su cui il diritto IP non ha alcuna reale rilevanza. La Corte elabora così l'impostazione della Commissione che aveva ricavato la posizione dominante dal monopolio di fatto sugli elenchi tv ed abbandona quella del Tribunale che invece aveva derivato la dominanza esclusivamente dal diritto d'autore sugli elenchi dei programmi.³³

³⁰ Cfr. Commissione, caso IV/31.851, *Magill TV Guide/IPP, BBC e RTE*, cit., par. 20 e Tribunale di primo grado, causa T-69/89, *RTE c. Commissione*, cit., par. 61 e 62.

³¹ V. sentenza *Magill*, cit., par. 46: "Per quanto riguarda la posizione dominante, si deve ricordare anzitutto che il semplice fatto di essere titolare di un diritto di proprietà intellettuale non è atto a costituire siffatta posizione".

³² *Ibidem*, par. 47, dove la Corte afferma "Tuttavia, le informazioni grezze costituite dall'indicazione del canale, del giorno, dell'ora e del titolo dei programmi sono la conseguenza necessaria dell'attività di programmazione delle emittenti televisive e queste ultime sono pertanto l'unica fonte di dette informazioni per un'impresa come la *Magill* che intenda pubblicarle unitamente a commenti o immagini. La *RTE* e la *ITP*, avente causa della *ITV*, dispongono necessariamente, con la *BBC*, di un monopolio di fatto sulle informazioni utilizzate per l'elaborazione degli elenchi dei programmi televisivi (...)"

³³ Cfr. quanto affermato dalla Corte con le pronunce rese sul punto dalla Commissione e dal Tribunale. Per la prima v. Commissione, caso IV/31.851, *Magill TV Guide/IPP, BBC e RTE*, cit., par. 22: "Indipendentemente da eventuali diritti di proprietà intellettuale che spettino loro o che secondo esse spettano loro, gli enti di radio e di telediffusione esercitano un monopolio di fatto sulla produzione e la prima pubblicazione dei loro elenchi settimanali, perché tali elenchi costituiscono il prodotto collaterale del processo di determinazione dei programmi svolto dai programmatori stessi e solo a questi noto. (...) Inoltre il monopolio di fatto detenuto da ogni emittente di telediffusione, in relazione ai propri elenchi di programmi, è rafforzato fino a costituire un monopolio legale, in quanto tali enti sostengono di essere tutelati sotto il profilo dei diritti d'autore (...)"; per la sentenza del Tribunale v., a titolo d'esempio, Tribunale di primo grado, causa T-69/89, *RTE c. Commissione*, cit., par. 63: "(...) il Tribunale rileva come la *RTE* disponesse, grazie al diritto d'autore sui propri palinsesti, del diritto esclusivo di riprodurre e di mettere in commercio i suddetti palinsesti. Tale circostanza le ha consentito (...) di garantirsi il monopolio della pubblicazione dei propri programmi settimanali in una rivista specializzata nella presentazione dei suoi programmi (...)" (sottolineato aggiunto). Tra la dottrina che sottolinea tale

Il richiamo alla giurisprudenza in materia di diritti IP e posizione dominante sembra pertanto motivato più da ragioni di principio e di collegamento formale con le precedenti pronunce che non di reale rilevanza nella fattispecie. Dalla giurisprudenza esistente, la Corte si è infatti completamente distanziata nei fatti, fondando la posizione dominante sulla proprietà di una risorsa essenziale, come già aveva fatto nelle sue sentenze in merito alla fattispecie generale di rifiuto di fornire.³⁴

La Corte utilizza lo stesso approccio nell'individuazione dell'abuso. Essa fa cenno al principio tradizionalmente affermato nel settore che distingue tra esistenza ed esercizio del diritto IP e ribadisce che mentre la prima è prerogativa delle normative nazionali, il secondo è invece soggetto alla valutazione di compatibilità con l'art. 82 (allora 86) del Trattato.³⁵ Affermato che il diniego di licenza di tali diritti, anche se proveniente da un soggetto dominante, non costituisce di per sé abuso, essa rileva che "dall'esercizio del diritto esclusivo da parte del titolare può in casi eccezionali derivare un comportamento abusivo".³⁶ Nel caso di specie, in particolare, RTE, BBC e ITP erano le uniche titolari delle informazioni sui rispettivi programmi tv, materia prima indispensabile per la compilazione e pubblicazione di una guida televisiva³⁷; inoltre, il rifiuto opposto dalle tre emittenti a Magill, non solo aveva impedito a quest'ultima di entrare sul mercato delle guide, ma aveva altresì ostacolato l'emersione di un prodotto nuovo sul mercato, per cui esisteva una domanda da parte dei consumatori³⁸; il rifiuto delle società dominanti non era motivato da alcuna giustificazione oggettiva³⁹; al

importante modifica di prospettiva, v. per es. GRIPPIOTTI, *Il caso Magill. Diritto d'autore e abuso di posizione dominante*, in *Il diritto d'autore*, 1995, p. 460 ss., spec. 462-467 e BENABOU, *Droit d'auteur, droit voisins et droit communautaire*, Bruxelles, 1997, pp. 202-203.

³⁴ V. anche la terminologia utilizzata dalla Corte di giustizia ("informazioni grezze", "unica fonte") che richiama quella utilizzata, nella giurisprudenza avente ad oggetto gli abusi da rifiuto di forniture, dalla sentenza *Commercial Solvents* in poi.

³⁵ V. sentenza *Magill*, cit., par. 48 e 49: "(...) l'argomento delle ricorrenti e della IPO presuppone erroneamente che, qualora il comportamento di un'impresa in posizione dominante rientri nell'esercizio di un diritto qualificato come "diritto d'autore" dal diritto nazionale, tale comportamento sia sottratto a qualunque valutazione alla luce dell'art. 86 (ora 82, n.d.a.) del Trattato. (...) in mancanza di unificazione comunitaria e di ravvicinamento delle legislazioni, la determinazione dei casi e delle modalità di tutela di un diritto di proprietà intellettuale dipende dalle norme nazionali e il diritto esclusivo di riproduzione fa parte delle prerogative dell'autore, con la conseguenza che un diniego di licenza, pur provenendo da un'impresa in posizione dominante, non può costituire di per sé abuso di tale posizione".

³⁶ *Ibidem*, par. 50.

³⁷ *Ibidem*, par. 53.

³⁸ *Ibidem*, par. 54.

³⁹ *Ibidem*, par. 55. A questo riguardo, si noti che, davanti alla Commissione, ITP, BBC e RTE avevano sostenuto che le loro pratiche in materia di elenchi settimanali di programmi tv trovavano giustificazione nella necessità di assicurare che i loro programmi fossero annunciati in pubblicazioni complete e di livello elevato. Già la Commissione aveva tuttavia ritenuto che le loro condotte non erano indispensabili per realizzare tali fini, che potevano essere perseguiti con mezzi meno restrittivi (v. infatti, Commissione, caso IV/31.851, *Magill TV Guide/IPP, BBC e RTE*, cit., par. 23). Sul punto, v. anche FRIGNANI,

contrario, attraverso il diniego di licenza, dette imprese si erano riservate una posizione di dominio anche sul mercato derivato delle guide televisive, escludendo a priori ogni possibile concorrenza su di esso⁴⁰. Sulla base di queste premesse, la Corte ha quindi qualificato come abusivo il diniego opposto a Magill dalle ricorrenti.⁴¹

Il richiamo ai diritti di proprietà intellettuale e alle teorie connesse al rapporto tra questi e il diritto della concorrenza pare, anche su questo punto, giustificato da motivazioni prettamente formali. Le premesse relative ai diritti di privativa sembrano infatti ininfluenti ai fini dell'identificazione dell'abuso, che invece risulta determinato quasi esclusivamente dal carattere di indispensabilità della risorsa cui si è negato l'accesso. Anche in tale ragionamento della Corte, il diritto IP, quindi, pare avere un ruolo puramente accessorio se non "accidentale".⁴²

3.2. RIFLESSIONI CRITICHE SULLA SENTENZA *MAGILL*

La complessità della vicenda *Magill* e le novità delle risposte fornite dalla Commissione, dal Tribunale e dalla Corte di giustizia hanno dato adito a numerosi dibattiti.

Tra le questioni più interessanti sollevate in particolare dalla sentenza della Corte vi è innanzitutto quella relativa all'applicabilità della dottrina delle *essential facilities* anche alle ipotesi di rifiuto di concedere in licenza diritti di proprietà intellettuale. Ad essa si collega l'ulteriore questione circa la potenziale generalizzazione

WAELEBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, cit., p. 838. La Corte dedica solo poche righe alla questione: critico, CROWTHER, *Compulsory Licensing of Intellectual Property Rights*, in *European Law Review*, 1995, p. 521 ss., spec. 523 ("The Court did not elaborate upon this").

⁴⁰ V. sentenza *Magill*, cit., par. 56. Anche tale questione non è oggetto di elaborazione ed analisi da parte della Corte. Cfr. ancora CROWTHER, *Compulsory Licensing of Intellectual Property Rights*, cit., p. 523.

⁴¹ Si osservi che l'Avv. Generale Gulmann nelle sue conclusioni aveva escluso la sussistenza di un abuso nella fattispecie. A suo parere, infatti, il titolare di un diritto d'autore avrebbe commesso un abuso di posizione dominante solo qualora impedisse la comparsa di un prodotto che non fosse concorrente con il proprio; nel caso di un prodotto concorrente, invece, il diniego di licenza sarebbe stato necessario per assicurare al titolare del diritto la remunerazione per il suo sforzo creativo: "Even if that product is newer and better, the interests of consumers should not in such circumstances justify interference in the specific subject matter of the copyright where the product is one that largely meets the same needs of consumers as the protected product, the interest of the copyright owner carry great weight. Even if the market is limited to the prejudice of consumers, the right to refuse licenses in that situation must be regarded as necessary in order to guarantee the copyright owner the reward for his creative effort.", riportato in ANDERMAN, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, cit., pp. 207-208. Sull'individuazione del prodotto "nuovo", v. il dibattito sorto intorno alla sentenza *IMS*, *infra*, par. 5.2.1.2.

⁴² La Corte rifiuta pertanto di aderire al giudizio dell'Avv. Generale Gulmann che, dopo aver richiamato le teorie in materia di "oggetto specifico" e di "funzione essenziale", aveva ritenuto che il rifiuto non fosse abusivo, bensì giustificato dalla necessità che le titolari traessero una ricompensa dall'attività creativa richiesta per realizzarne l'oggetto; per un'analisi delle conclusioni dell'Avv. Generale, v. VAN KERCKHOVE, *The Advocate General Delivers his Opinion on Magill*, in *European Competition Law Review*, 1994, p. 276 ss.

dell'utilizzo dei principi della sentenza *Magill* per l'individuazione degli abusi nei casi di rifiuto di licenze, nonché quella relativa all'adottabilità delle licenze obbligatorie quale strumento per porre fine a dinieghi abusivi da parte di soggetti dominanti.

Per cogliere la reale portata della sentenza della Corte occorre tuttavia svolgere alcune brevi considerazioni sull'effettivo rapporto tra questa sentenza e la precedente giurisprudenza sul rifiuto di concedere in licenza diritti IP rappresentata dalle pronunce *Volvo* e *Renault*.

3.2.1. L'ANALISI DEL RIFIUTO DI LICENZE MEDIANTE I PRINCIPI DEL DIRITTO ANTITRUST

Benché la Corte si sia sforzata di individuare una linea di continuità tra la sentenza *Magill* e le sue pronunce precedenti, l'approccio dimostrato nel caso delle guide tv è molto diverso da quello delle sentenze *Volvo* e *Renault*.⁴³

In queste ultime manca del tutto un'analisi dal punto di vista concorrenziale: si è visto che non vi è alcun accenno alla definizione di mercato rilevante o di posizione dominante; del pari, è completamente assente l'analisi degli effetti anticompetitivi sul mercato della condotta tenuta dall'impresa. L'individuazione delle pratiche abusive è fatta su base meramente qualitativa e, per di più, in un *obiter dictum*.⁴⁴ Nelle sentenze

⁴³ V. infatti, sentenza *Magill*, cit. par. 49 e spec. par. 50 dove la Corte espressamente pare voler derivare le proprie conclusioni nel caso di specie proprio dalla sentenza *Volvo*: “Tuttavia, come risulta dalla medesima sentenza (Volvo, n.d.a.) dall'esercizio del diritto esclusivo da parte del titolare può, in casi eccezionali, derivare un comportamento abusivo” (sottolineato aggiunto). La volontà di creare un *fil rouge* con i precedenti *Volvo* e *Renault* era ancora più esplicita nella sentenza del Tribunale di primo grado (v. per es. Tribunale di primo grado, causa T-69/89, *RTE c. Commissione*, cit., par. 74) dove i giudici di primo grado avevano identificato analogie tra il rifiuto opposto a *Magill* dalle società televisive e il rifiuto arbitrario di un produttore di automobili di fornire pezzi di ricambio e con l'ulteriore fattispecie abusiva, citata nelle sentenze *Volvo* e *Renault*, consistente nella decisione del produttore automobilistico di non fabbricare più pezzi di ricambio per determinati modelli pur sussistendo ancora una domanda sul mercato. L'analogia operata dal Tribunale è fortemente criticabile poiché pone sullo stesso piano casi di diniego di licenza di un diritto IP e semplici rifiuti di fornire beni materiali risultanti dall'uso dei diritti di esclusiva; esprimono perplessità sul giudizio del Tribunale, FRIGNANI, WAELEBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, cit., p. 837 (“*In effetti, tali comportamenti* (quelli del costruttore automobilistico che rifiuta di fornire pezzi di ricambio o che cessa di costruirli per modelli che circolano ancora, n.d.a.) sono, tutt'al più, la conseguenza dell'esercizio del diritto di proprietà industriale, ma non si identificano con questo. E' possibile rimediare agli effetti di questi comportamenti senza obbligare il fornitore ad accordare una licenza ai suoi concorrenti”); SUBIOTTO, *The right to deal with whom one pleases under EEC competition law*, cit., p. 241; VAN DER WAL, *Article 86: The Limits of Compulsory Licensing*, in *European Competition Law Review*, 1994, p. 230 ss., spec. 233 e CROWTHER, *Compulsory Licensing of Intellectual Property Rights*, cit., p. 526.

⁴⁴ Per cogliere la diversa attitudine della Corte nel caso *Volvo* basti confrontare l'espressione utilizzata allora dalla Corte (“*L'esercizio del diritto esclusivo (...) può essere vietato dall'art. 86 qualora dia luogo da parte di un'impresa in posizione dominante a determinati comportamenti abusivi come (...)*”, cfr. sentenza *Volvo*, cit., par. 9) con quella riportata nella sentenza *Magill*, v. *supra*, nt. 43. Si veda infine anche l'espressione utilizzata dal Tribunale di primo grado, cit., par. 71: “*(...) se è certo che l'esercizio del diritto esclusivo di riproduzione dell'opera tutelata non prospetta in sé gli elementi di un abuso,*

Volvo e *Renault* la Corte sembra quindi lasciar intendere che la condotta che realizza la sostanza del diritto IP è di per sé sempre legittima, indipendentemente dell'eventuale eliminazione di concorrenti che questa possa provocare. La realizzazione dell'oggetto del diritto di privativa prevarrebbe dunque su eventuali effetti dannosi generati a livello concorrenziale.

Tale prospettiva è completamente modificata nella sentenza *Magill*. Il caso delle guide tv è deciso principalmente alla luce degli effetti anticompetitivi provocati dalle titolari dei diritti di privativa, quali l'impedimento alla diffusione di un nuovo prodotto e gli ostacoli alla realizzazione di un mercato concorrenziale nel settore delle guide multicanale. All'individuazione del carattere abusivo della condotta, fondata su un'analisi qualitativa, si sostituisce un esame su base meramente quantitativa, dove la tutela della concorrenzialità dei mercati sembra prevalere sull'esercizio delle prerogative sostanziali del titolare del diritto di proprietà intellettuale.⁴⁵

Rimane il dubbio che il cambio di prospettiva sia dovuto alla peculiarità del diritto di autore vantato dalle tre società televisive, più che ad una reale modifica di atteggiamento della Corte con riferimento ai casi di diniego di licenza. Nel caso *Magill*, il diritto di privativa è infatti oggettivamente debole, essendo previsto su un bene (il palinsesto televisivo) del quale si faticano a cogliere gli aspetti di creatività e di originalità che normalmente caratterizzano i beni tutelati dalle normative in materia di diritto d'autore. Si può supporre, in conclusione, che nel caso di specie per i giudici della Corte è stato più semplice ignorare i diritti di esclusiva delle tre società, proprio

quest'ultimo invece si profila invece allorché, alla luce delle peculiari circostanze di ogni caso concreto, risulta che le condizioni e le modalità di esercizio del diritto esclusivo di riproduzione perseguono in realtà uno scopo manifestamente contrario agli obiettivi dell'art. 86." (sottolineati aggiunti).

⁴⁵ V. GOVAERE, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights*, cit., par. 8.71: "It seems that in this case the Court only looked at the anti-competitive effects of the enforcement of intellectual property rights. In other words, it was apparently the counterbalance consisting of the need to safeguard the system of intellectual property protection that was eliminated from the start". Colpisce, da tale punto di vista, la differenza tra quanto sostenuto dalla Corte e la posizione illustrata nelle conclusioni dall'Avv. Generale, il quale aveva ritenuto che il rifiuto di licenza delle emittenti tv fosse necessario per garantire la ricompensa per il loro sforzo creativo, indipendentemente dal fatto che tale rifiuto provocasse limitazioni alla concorrenza nel mercato a valle e pregiudizio ai consumatori. Secondo l'Avv. Generale, anzi, l'eventuale interesse dei consumatori di avere accesso ad un determinato prodotto avrebbe dovuto essere oggetto di valutazione esclusiva da parte delle legislazioni nazionali in materia di diritti di proprietà intellettuale e non del diritto comunitario: v. VAN KERCKHOVE, *The Advocate General Delivers his Opinion on Magill*, cit., p. 278, che dà un giudizio sostanzialmente positivo sull'intervento dell'Avv. Generale. Esprime critiche a riguardo, HAINES, *Copyright Takes the Dominant Position, The Advocate General's Opinion in Magill*, in *European Intellectual Property Review*, 1994, p. 401 ss.

perché la tutela dei beni mediante tali diritti di privativa appariva meno giustificata che in altri casi⁴⁶.

3.2.2. APPLICABILITÀ DELLA DOTTRINA DELLE *ESSENTIAL FACILITIES* ANCHE AI RIFIUTI DI LICENZE DI DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE?

Si è visto che nella sentenza *Magill* la Corte individua alcune “circostanze eccezionali” in presenza delle quali il rifiuto di licenza da parte di un soggetto dominante può dar luogo ad un abuso ai sensi dell’art. 82 TCE. Queste ricorrono, in particolare, quando:

- (i) l’oggetto del diritto di proprietà intellettuale è indispensabile ai fini dell’operatività del richiedente;
- (ii) il rifiuto del titolare del diritto IP impedisce la comparsa di un prodotto nuovo per il quale esiste una domanda potenziale da parte dei consumatori;
- (iii) non esistono fattori oggettivi che possano giustificare il rifiuto;
- (iv) il rifiuto produce l’esclusione della concorrenza su un mercato derivato.

Esaminando la sentenza, nasce spontanea la domanda se la Corte abbia voluto estendere i principi della dottrina delle *essential facilities* anche alle ipotesi di rifiuto di concedere ai concorrenti la disponibilità di diritti di privativa intellettuale. Vi è da chiedersi quindi se i giudici comunitari abbiano voluto considerare i diritti di privativa al pari di tutte le infrastrutture essenziali cui tale disciplina era ritenuta applicabile.

E’ indubbio che la vicenda e la sentenza *Magill* presentino diverse analogie con i casi di *essential facilities* e con i principi che caratterizzano detta dottrina.⁴⁷

Una prima somiglianza può cogliersi nella terminologia utilizzata dalla Corte nel caso delle guide tv, dove l’oggetto del diritto d’autore è identificato con “le informazioni grezze, materia prima indispensabile” per produrre la guida settimanale multicanale.

In secondo luogo, la stessa argomentazione giuridica usata dalla Corte per individuare la fattispecie abusiva richiama i concetti di cui fa normalmente uso la disciplina delle *essential facilities*.

⁴⁶ Sull’influenza del carattere peculiare del diritto d’autore rilevante nel caso *Magill*, v. anche *infra*, par. successivo.

⁴⁷ Per un’analisi della disciplina delle *essential facilities*, v. *supra*, Cap. 2.

Come in quest'ultima, nel caso *Magill* sono configurabili due mercati: il mercato delle informazioni sui programmi televisivi delle singole emittenti, informazioni che costituiscono l'oggetto del diritto esclusivo e sul quale è monopolista la singola società televisiva, e il mercato a valle delle guide tv, per operare nel quale è indispensabile l'accesso alle informazioni sui programmi.

Inoltre, anche nel caso *Magill*, l'individuazione della posizione dominante di fatto viene basata esclusivamente sulla titolarità della risorsa essenziale.

Come nei casi di *essential facilities*, dove il diniego di accesso alla risorsa essenziale provoca l'esclusione o la sostanziale diminuzione della concorrenza nel mercato a valle, nel caso *Magill* il rifiuto opposto da RTE, BBC e ITP determina l'assenza di competitività nel mercato delle guide.

Rileva inoltre anche nella sentenza *Magill* l'assenza di eventuali giustificazioni oggettive che possano motivare il rifiuto del soggetto dominante.

I principi affermati nella sentenza, infine, sono ampiamente ripresi a sostegno del ragionamento della Corte nella successiva sentenza *Bronner*, pietra miliare dell'approccio comunitario alla dottrina delle *essential facilities*.⁴⁸ I richiami in tale ultima sentenza, proverebbero quindi, anche se *ex post*, che con la pronuncia delle guide tv i giudici comunitari hanno voluto estendere l'utilizzabilità dei fondamenti della disciplina delle infrastrutture essenziali anche ai diritti di proprietà intellettuale.⁴⁹

D'altro canto, alcuni fattori ostano al completo recepimento della *essential facilities doctrine* in materia di diritti IP.

In primo luogo, vista la peculiarità del caso di specie, sembra difficile poter considerare il caso *Magill* quale *leading case* che generalizza l'applicabilità della dottrina delle infrastrutture essenziali anche ai diritti di privativa industriale ed intellettuale. Si è visto che nella sentenza la Corte fa un uso limitato e quasi esclusivamente formale dei principi di diritto d'autore. La titolarità di un diritto di proprietà intellettuale, inoltre, non sembra aver influito sulla sostanza del giudizio della Corte.

Vista la singolarità del diritto IP rilevante nel caso *Magill*, sembra persino possibile che nella fattispecie i giudici comunitari non abbiano ritenuto condivisibile la protezione esclusiva concessa dalle legislazioni nazionali sulle informazioni dei

⁴⁸ V. Corte di Giustizia, causa C-7/97, *Oscar Bronner c. Mediaprint*, cit., par. 39-41.

⁴⁹ Condivide tale opinione, SCHMIDT, *Article 82's "Exceptional Circumstances" that Restrict Intellectual Property Rights*, cit., p. 215.

palinsesti tv e che, di conseguenza, abbiano considerato queste ultime al pari di un qualsiasi altro bene essenziale, ignorando del tutto l'esistenza del diritto d'autore su di esse.⁵⁰

In sintesi, la vicenda oggetto del caso *Magill* sarebbe troppo particolare e il diritto IP troppo "atipico" per poter affermare che tali conclusioni possano applicarsi indistintamente a tutti i casi di rifiuto di licenza di diritti di proprietà intellettuale.

In secondo luogo, non sembra esservi una perfetta coincidenza tra criteri teorizzati dalla Commissione per individuare un abuso nei casi di rifiuto di *essential facilities* e quelli precisati dalla Corte nei casi di diniego di licenza. Nella sentenza *Magill* si menziona, infatti, un'ulteriore condizione di abusività, ovvero la necessità che il rifiuto dell'impresa dominante ostacoli l'emergere di un prodotto nuovo per cui sussiste una domanda potenziale del consumatore.

⁵⁰ Diversamente dal Tribunale e dalla Corte, che non si sono pronunciati sul punto, la Commissione ha espresso numerose riserve sulla tutelabilità dei palinsesti ai sensi del diritto d'autore: v. Tribunale di primo grado, causa T-69/89, *RTE c. Commissione*, cit., par. 43-59, spec. par. 46 "La Commissione fa rilevare come nel caso in esame, i palinsesti non abbiano di per sé né carattere segreto né innovativo, né sono connessi alla ricerca. Essi consisterebbero in semplici informazioni di fatto e non sarebbero tutelati dal diritto d'autore" e par. 59, dove la Commissione conclude che "tale diritto d'autore non dovrebbe sussistere con riferimento a compilazioni di informazioni banali". Ritengono che l'atipicità del contenuto del diritto d'autore tutelato nel caso concreto abbia comunque fortemente influenzato la sentenza *Magill*, numerosi autori, tra i quali v. ad es. VAN BAEL, BELLIS, *Competition Law of the European Community*, cit., p. 951, nt. 175, FRIGNANI, WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, cit., pp. 839-840. Lo stesso Avv. Generale Jacobs nelle sue conclusioni (par. 63) nel caso *Bronner*, farà rilevare che: "La sentenza *Magill* può, a mio parere, essere spiegata con le circostanze particolari del caso di specie, che hanno fatto propendere per l'obbligo di concedere la licenza. In primo luogo, i prodotti esistenti, vale a dire le guide settimanali concernenti specificamente ciascun canale televisivo, erano inadeguati, in particolare se comparati con le guide di cui dispongono gli spettatori di altri paesi. L'esercizio del diritto d'autore impediva quindi l'emergere sul mercato di un nuovo prodotto per il quale sussisteva una forte domanda. In secondo luogo, la protezione del diritto d'autore per i palinsesti dei programmi era difficilmente giustificabile in termini di ricompensa o di incentivo dello sforzo creativo. In terzo luogo, poiché una guida di programmi televisivi è utile per un periodo di tempo relativamente breve, l'esercizio del diritto d'autore costituiva un ostacolo permanente all'ingresso sul mercato del nuovo prodotto. Si può osservare, incidentalmente, che in determinate circostanze le stesse normative nazionali sulla proprietà intellettuale impongono limitazioni mediante disposizioni sulle licenze obbligatorie" (sottolineato aggiunto). Tale atteggiamento è però in contraddizione con la giurisprudenza consolidata della Corte secondo la quale spetta ai legislatori nazionali decidere sull'estensione della protezione da accordare ai diritti di proprietà intellettuale, mentre alla Commissione e alle corti compete al più giudicare dell'esercizio che di questi ultimi viene realizzato. V. infatti le forti critiche espresse a questo riguardo da BENABOU, *Droit d'auteur, droit voisins et droit communautaire*, cit., p. 211 e SUBIOTTO, *The right to deal with whom one pleases under EEC competition law*, cit., pp. 239-240. L'incompatibilità di un tale atteggiamento con quanto affermato dalla Corte circa la ripartizione di competenze tra legislazioni nazionali e giudici comunitari è rilevata anche dall'Avv. Generale Gulmann: v. infatti quanto riportato da VAN KERCKHOVE, *The Advocate General Delivers his Opinion on Magill*, cit., p. 279: "Should there be a need in the interest of Community law to restrict the copyright protection of specific products, this should be done through the adoption of specific Community rules. Unless and until this is done, to apply different standards in the application of Community law depending on how deserving of protection the work concerned is, would amount to censuring national intellectual property legislation and unduly interfere with the division of competence between national law and Community law". Ritene invece che la Corte non si sia voluta pronunciare, anche se solo implicitamente, sulla fondatezza del diritto d'autore sui palinsesti, GREAVES, *Magill est arrivé*, cit., p. 246.

Al momento, non è chiaro né in cosa consista la “novità” del prodotto⁵¹ né come debba essere individuata e calcolata la relativa domanda dei consumatori.⁵² E’ certo tuttavia che tali criteri non sono mai stati richiamati nella disciplina delle *essential facilities*. Se si ammettesse l’utilizzabilità di tale dottrina ai casi di rifiuto di licenze, quindi, bisognerebbe riconoscere che questa non sarebbe comunque applicabile *telle quelle*, bensì in una versione più restrittiva in forza della quale sarebbe abusivo solo il rifiuto che impedisce la nascita di un prodotto che non esiste sul mercato, non essendo invece qualificabile come illecito il rifiuto opposto a chi voglia semplicemente riproporre il medesimo prodotto realizzato dal soggetto dominante.

Da ultimo, anche l’argomento del richiamo da parte della sentenza *Bronner* ha alcuni limiti. Quest’ultima è successiva alla sentenza *Magill*. A priori, è pertanto difficile ammettere che la sentenza delle guide tv recepisca la dottrina delle infrastrutture essenziali nel settore dei diritti IP, visto che la Corte, all’epoca della sua pronuncia, non aveva ancora accolto tale dottrina nell’ambito del rifiuto di contrarre in generale. Il fatto poi che alla sentenza *Bronner* non siano seguite altre significative pronunce della Corte in materia di *essential facilities* non consente di comprendere l’effettivo rapporto esistente tra le affermazioni della sentenza *Magill* e il recepimento di tale dottrina in ambito comunitario.⁵³

Un’ulteriore domanda cui la sentenza non dà una risposta si pone in relazione al rapporto tra le singole “circostanze eccezionali” in presenza delle quali il

⁵¹ L’Avv. Generale Gulmann aveva precisato che il rifiuto di licenza da parte del soggetto dominante poteva dirsi abusivo solo se questo avesse ostacolato l’emersione di un prodotto “non concorrente” rispetto a quelli realizzati dall’impresa dominante. Solo in tal modo, infatti, quest’ultimo avrebbe impedito il soddisfacimento di bisogni dei consumatori cui il bene dell’impresa dominante non era in grado di rispondere. La facoltà di porre un ostacolo all’emersione di un prodotto “concorrente”, d’altra parte, poteva essere considerato come rientrare nell’essenza stessa dell’esclusiva cui ha diritto il titolare del diritto di proprietà intellettuale quale ricompensa dello sforzo creativo necessario alla creazione del bene tutelato. Per tali riflessioni, v. CROWTHER, *Compulsory Licensing of Intellectual Property Rights*, cit., pp. 526 e 527 e *supra*, nt. 41.

⁵² Solo la Commissione analizza l’elemento della domanda potenziale e sostanziale esistente sul mercato delle guide tv multicanale. Essa ricava tale domanda da una serie di fattori, quali: (i) i vantaggi che offrono le guide radiotelevisive complete consistenti nella praticità e nel prezzo ragionevole per il consumatore (prezzo che può essere mantenuto entro limiti ridotti grazie al potenziale commerciale delle guide multicanale per le imprese pubblicitarie); (ii) i dati relativi agli acquisti di guide multicanale negli altri Stati membri; (iii) i dati di vendita realizzati dalla Magill TV Guide nel limitato periodo in cui questa è stata disponibile sul mercato. (v. Commissione, caso IV/31.851, *Magill TV Guide/IPP, BBC e RTE*, cit., par. 23). Tale analisi non è invece più riportata né nelle sentenze del Tribunale né nella sentenza della Corte.

⁵³ A questo stadio, anche la dottrina non esprime una posizione ferma sul punto: v., a solo titolo di esempio, il dibattito riportato da BENABOU, *Droit d’auteur, droit voisins et droit communautaire*, cit., pp. 208-209. La stessa Autrice critica la possibilità di usare i principi della dottrina delle infrastrutture essenziali nel settore delle privative industriali ed intellettuali: “*Poussée au paroxysme, cette théorie viderait les droits de propriété intellectuelle de leur attrait principal: le droit exclusif. Le droit d’auteur, dans cette optique s’apparenterait, au mieux, à un simple droit de rémunération*”.

rifiuto di concedere in licenza diritti IP è da considerare abusivo. Non è chiaro se queste siano cumulative o semplicemente alternative, ossia se le condizioni previste debbano verificarsi contemporaneamente o se, invece, per riscontrare l'esistenza di un abuso vietato ai sensi dell'art. 82 TCE, è sufficiente se ne verificano solo alcune.

La dottrina si è interrogata a lungo sul punto e, avanzando argomentazioni diverse, è giunta a soluzioni opposte.⁵⁴ Alla luce della sola sentenza *Magill*, tuttavia, non sembra possibile affermare quale sia al momento la posizione della Corte sulla questione.

3.2.3. L'UTILIZZABILITÀ DELLE LICENZE OBBLIGATORIE NEL CASO DI RIFIUTO DI LICENZE DI DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE

Nella sua decisione del caso *Magill*, rilevata l'abusività del comportamento di RTE, BBC e ITP, la Commissione ha imposto alle tre società televisive di concedere le une alle altre e a terzi, eventualmente in forza di licenze, gli elenchi settimanali dei rispettivi programmi e di consentirne la riproduzione su guide tv di altri soggetti.⁵⁵

⁵⁴ La maggior parte della dottrina non prende una posizione sul punto, ritenendo oscure le affermazioni della Corte sulla questione: ad es. v. DERCLAYE, *The IMS Health decision and the reconciliation of copyright and competition law*, in *European Law Review*, 2004, pp. 687 ss., spec. 689 ("It is not clear from the judgment whether these conditions are concurrent or alternative. The Court did not use the word "and" to connect them and the literature has always remain divided on the topic"), SCHMIDT, *Article 82's "Exceptional Circumstances" that Restrict Intellectual Property Rights*, cit., p. 214, e FITZGERALD, *Magill Revisited, Tiercé Ladbroke SA v. The Commission*, in *European Intellectual Property Review*, 1998, p. 154 ss., spec. 155. Alcuni autori propendono, invece, per considerarle cumulative: v. per es. KORAH, *The Interface Between Intellectual Property and Antitrust*, cit., p. 811: "I read these special circumstances as being cumulative". Altri, invece, le ritengono alternative: v. ad es. FINE, *NDC/IMS: In Response to Professor Korah*, in *Antitrust Law Journal*, 2002, p. 247 ss., spec. 251. A tale proposito, v. anche la posizione di GREAVES, *Magill est arrivé*, cit., p. 246 la quale sostiene che i requisiti minimi la cui presenza deve essere riscontrata per ritenere sussistente un abuso sono solo due, ovvero "The owner must be the sole source of the raw material and access to that material must be indispensable for the other party". Alla luce della lettera della sentenza della Corte, tuttavia, tali discussioni sembrano meramente speculative; condivide tale opinione, DERCLAYE, *Abuses of Dominant Position and Intellectual Property Rights*, cit., p. 689, nt. 25.

⁵⁵ V. Commissione, caso IV/31.851, *Magill TV Guide/IPP, BBC e RTE*, cit., art. 2 della decisione: "ITP, BBC e RTE cessano immediatamente l'infrazione di cui all'art. 1 fornendo reciprocamente, nonché fornendo a terzi su richiesta e su base non discriminatoria, i loro elenchi settimanali dei futuri programmi e consentendo la riproduzione di tali elenchi da parte di altre parti. (...) Se le parti scelgono di farlo tramite la concessione di licenze, eventuali diritti richiesti da ITP, BBC e RTE dovrebbero essere di importo ragionevole. Inoltre, ITP, BBC e RTE possono includere in eventuali licenze concesse a terzi le condizioni che ritengono necessarie per assicurare che tutti i loro programmi vengano compresi in una pubblicazione di alta qualità, ivi inclusi quelli che si rivolgono ad un pubblico minoritario e/o regionale, e quelli di importanza culturale, storica e didattica." Si osservi che la Commissione si pronuncia, innanzitutto sull'obbligo di concedere alle altre emittenti e ai terzi "le informazioni" e non invece la licenza su di esse: anche la terminologia usata dalla Commissione è espressione della stessa impostazione che caratterizza la decisione, resa indipendentemente dai principi in materia di diritto d'autore.

Il potere della Commissione di obbligare le imprese ad un simile comportamento, contestato dalle ricorrenti nei successivi gradi di giudizio, è stato ribadito sia dal Tribunale di primo grado sia dalla Corte di giustizia.⁵⁶

La misura adottata nei confronti delle tre società richiama molto da vicino i provvedimenti della Commissione nei casi di rifiuto abusivo di accesso ad un'infrastruttura essenziale, nei quali al soggetto dominante è imposto l'obbligo di ammettere in via non discriminatoria l'accesso dei terzi all'*essential facility*. E' naturale quindi domandarsi se le soluzioni adottate in materia di *essential facilities* possano essere utilizzate anche nelle ipotesi di rifiuto di concedere diritti di proprietà intellettuale; detto altrimenti, se rilevata l'abusività del comportamento dell'impresa dominante titolare di un diritto IP, la Commissione abbia il potere di imporre licenze obbligatorie aventi ad oggetto il diritto considerato.

L'istituto della licenza obbligatoria non è sconosciuto agli ordinamenti nazionali ed internazionali in materia diritti di proprietà intellettuale ed industriale, che lo prevedono nel settore dei brevetti. Con l'imposizione di tali licenze, in particolare, i legislatori mirano a prevenire la realizzazione di abusi da parte del titolare a danno del progresso scientifico e tecnologico: licenze obbligatorie sono infatti previste dagli ordinamenti nei casi di mancata attuazione del brevetto nonché nelle ipotesi di brevetti dipendenti.⁵⁷

Occorre quindi comprendere se il semplice svantaggio competitivo creato a danno dei concorrenti possa del pari imporre al titolare del diritto esclusivo l'obbligo di condividere il trovato.

⁵⁶ V. infatti, Tribunale di primo grado, causa T-69/89, *RTE c. Commissione*, cit., par. 95-99, causa T-70/89, *BBC e BBC Enterprises Ltd c. Commissione*, cit., par. 69-73 e causa T-76/89, *ITP c. Commissione*, cit., par. 68-72; le ricorrenti in particolare sostenevano che la Commissione avrebbe violato l'art. 3 del Reg. (CEE) 17/62. Secondo le società televisive tale norma avrebbe autorizzato la Commissione solo ad ordinare alle imprese di porre fine all'infrazione e non a fissare le puntuali modalità di tale cessazione, prevedendo la concessione di licenze obbligatorie di sfruttamento delle opere protette. Prima il Tribunale poi la Corte, davanti alla quale il motivo di ricorso era stato sollevato solo da ITP, hanno ribadito che l'applicazione dell'art. 3 va adeguata alla natura della trasgressione, potendo la Commissione tanto ordinare di tenere certi comportamenti o effettuare certe prestazioni illegittimamente omesse, tanto vietare di persistere in certi atteggiamenti o mantenere ferme determinate situazioni contrarie al Trattato. I giudici comunitari hanno pertanto rilevato che nella fattispecie, la Commissione, per garantire l'efficacia della sua decisione, era legittimata ad obbligare le ricorrenti a fornire dette informazioni. V. sentenza *Magill*, cit., par. 88-94, spec. par. 90 e 91.

⁵⁷ Con riferimento alle convenzioni internazionali in materia, v. ad es. quanto previsto all'art. 5A della *Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale*, come riveduta a Stoccolma il 14 luglio 1967 e in seguito all'art. 31 dell'*Accordo TRIPs* (accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio). Con riferimento all'ordinamento italiano, v. per es. gli artt. 70 e 71 del D. Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (cd. Codice della Proprietà Industriale), che prevede i casi di licenza obbligatoria per mancata attuazione del brevetto da parte dell'avente diritto e brevetti dipendenti. Si noti, invece, che in materia di proprietà intellettuale non è previsto l'obbligo di concedere licenze.

Come si è visto, *Magill* è il primo caso nella prassi comunitaria in cui il riferimento alle licenze obbligatorie di diritti di proprietà intellettuale è presente in modo espresso.⁵⁸ Risulta pertanto difficile derivare da tale singolo caso la possibilità di generalizzare il ricorso alle licenze obbligatorie nei casi di rifiuti abusivi di licenza.

A ciò si aggiunga che alcuni argomenti pongono dei limiti all'accoglimento di tale istituto in fattispecie di questo genere: in primo luogo, un'imposizione meccanica di licenze obbligatorie genererebbe un forte indebolimento del titolare dell'esclusiva che si vedrebbe privato dell'interesse ad investire in nuovi trovati; oltre al danno creato al singolo imprenditore, tale applicazione produrrebbe un pregiudizio all'intera economia dove la crescita scientifica ed intellettuale subirebbero un forte disincentivo.⁵⁹

L'adozione generalizzata di *compulsory licenses*, inoltre, sembra contraddire alcuni concetti fondamentali ribaditi dalla Corte di giustizia nel settore dei diritti di proprietà intellettuale: innanzitutto i principi di libera circolazione dei diritti IP, fondati sul consenso del titolare dell'esclusiva;⁶⁰ in secondo luogo, la tradizionale dicotomia tra esistenza ed esercizio del diritto di proprietà intellettuale. Mediante l'imposizione di licenze, la Commissione e i giudici comunitari potrebbero annullare i diritti esclusivi riconosciuti dalle legislazioni dei Paesi membri, potendo di fatto rimettere in discussione l'esistenza di diritti di proprietà intellettuale nazionali su beni che non ritengono meritevoli di tutela.

⁵⁸ V. quanto riportato da LEVI, *Rifiuto di fornire, licenza obbligatoria, dottrina dell'«essential facility» e «monopoly leveraging» nel diritto antitrust*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 1996, II, p. 189 ss., spec. 200: la questione circa l'imposizione di una licenza obbligatoria sul diritto d'autore per motivi *antitrust* era stata affrontata per la prima volta nella vicenda *Ford Motor Company Ltd. c. Commissione* del 1985, in cui la casa automobilistica americana era stata accusata di aver cercato di escludere i produttori indipendenti di parti di carrozzeria in Gran Bretagna, reclamando i propri diritti d'autore e rifiutando la concessione di licenze. Il procedimento venne tuttavia sospeso prima che si arrivasse ad una decisione, visto l'impegno di Ford di offrire ai concorrenti le licenze per la produzione e la vendita di tali parti. Non può costituire un precedente in tema di licenze obbligatorie nemmeno la sentenza *Volvo*, nella quale la Corte ha qualificato come abusivo il rifiuto di fornire pezzi di ricambio coperti da brevetto (e non di concedere licenze per la loro produzione e vendita).

⁵⁹ V. BENABOU, *Droit d'auteur, droit voisins et droit communautaire*, cit., p. 218-219, che sottolinea anche il rischio della generalizzazione dell'inversione dell'onere della prova; a questo proposito, l'autore richiama la dottrina che ha sostenuto: “*le rasoinnement sous-jacent à l'arrêt Magill s'apparente à la légitimation d'un système de licence obligatoire dans la mesure où, à présent, tout titulaire d'un droit exclusif en position dominante sera pratiquement dans l'impossibilité de refuser d'accorder des licences. Ainsi la présomption quasi irréfragable de légitimité qui entourait l'exercice d'un droit exclusif s'est retournée contro son titulaire qui a désormais la charge de démontrer que le refus de licensier n'est pas constitutif d'un abus*”.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 219.

A tali limiti concettuali, si affiancano difficoltà pratiche quale ad esempio la definizione dei criteri per individuare un corrispettivo adeguato a compenso dell'esproprio subito dal titolare.⁶¹

3.2.4. VALUTAZIONI CONCLUSIVE: REALE PORTATA INNOVATIVA DELLA SENTENZA *MAGILL*?

In conclusione, alla luce delle peculiarità della vicenda *Magill* e delle numerose questioni lasciate irrisolte dalla sentenza della Corte, è difficile affermare con certezza che questa abbia una portata realmente significativa nel settore del rifiuto di licenza di diritti di proprietà intellettuale.

Parte della dottrina sostiene che la sentenza *Magill* avrebbe in effetti un ruolo "rivoluzionario", poiché avrebbe recepito la teoria delle *essential facilities* in Europa, in particolare nel settore dei diritti IP. Secondo questi autori, tale teoria si applicherebbe a tutte le risorse indispensabili per competere in un dato mercato, siano esse tangibili (ad es. porti, rete di telecomunicazioni, reti ferroviarie etc..) o intangibili, come i trovati protetti dai diritti di proprietà intellettuale.⁶²

Si è visto, tuttavia, che da un'applicazione standardizzata della disciplina delle infrastrutture essenziali ai diritti di proprietà intellettuale deriverebbero forti disincentivi agli investimenti e, da ultimo, la negazione stessa della *ratio* dei diritti di privativa.

Per tale motivo, la maggior parte degli studiosi della materia, pronunciatisi a ridosso della pronuncia, non rinviene nella sentenza *Magill* una reale volontà "programmatica" e ritiene anzi che le affermazioni della Corte siano frutto di esigenze di opportunità più che di una reale intenzione di dettare una regola generale nel settore. L'atipicità del diritto di esclusiva considerato e l'impostazione del giudizio, reso indipendentemente da valutazioni proprie del diritto di proprietà intellettuale, porta tale dottrina a considerare la sentenza *Magill* una derivazione della giurisprudenza

⁶¹ Riflette sul punto ANDERMAN, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, cit., p. 214 ss. La decisione della Commissione è particolarmente sintetica: essa si limita infatti ad affermare che la concessione delle licenze dovrebbe avvenire "su base non discriminatoria" e per un "importo ragionevole" (v. *supra*, nt. 55).

⁶² V. ad es. CROWTHER, *Compulsory Licensing of Intellectual Property Rights*, cit., pp. 524-525; v. anche riflessioni di MÜLLER, RODENHAUSEN, *The Rise and Fall of the Essential Facility Doctrine*, in *European Competition Law Review*, 2008, p. 310 ss. spec. 318.

precedente in materia di rifiuto di fornire, di cui si limiterebbe a ribadire i principi fondamentali.⁶³

D'altro canto, sarebbe riduttivo classificare la sentenza *Magill* come una mera replica della giurisprudenza originata dalla sentenza *Commercial Solvents*: l'introduzione di concetti inediti quali l'eccezionalità dell'obbligo imposto al soggetto dominante e la novità del prodotto di cui il rifiuto impedirebbe la produzione induce, invece, a ritenere che, in presenza di diritti di proprietà intellettuale, si imponga una lettura più restrittiva dell'obbligo di garantire l'accesso a beni essenziali. Maggiori indicazioni a riguardo verranno fornite dalla giurisprudenza successiva.

4. LA RILETTURA DELLE “CIRCOSTANZE ECCEZIONALI” DELLA SENTENZA *MAGILL*: IL CASO *LADBROKE*

La prima opportunità per riflettere sulla sentenza *Magill* si è presentata con il caso *Tiercé Ladbroke*, nel quale, prima la Commissione, poi il Tribunale di primo grado sono stati chiamati a valutare l'abusività del rifiuto opposto dalle società di corse ippiche francesi ad un'agenzia di scommesse belga relativo alla licenza di immagini e commenti sonori delle gare tenutesi in Francia.⁶⁴

Il caso tuttavia non contribuisce a chiarire la giurisprudenza precedente. Se da un lato, nel caso *Ladbroke* la Commissione e il Tribunale sembrano sviluppare la sentenza *Magill* abbandonando definitivamente i criteri di esistenza/esercizio del diritto,

⁶³ Per una lettura “ridimensionata” della sentenza v. ad es. AITMAN, JONES, *Competition Law and Copyright: Has the Copyright Owner Lost the Ability to Control his Copyright?*, in *European Intellectual Property Review*, 2004, p. 137 ss., spec. 138 (“(...) the narrow terms of the judgement did not suggest that a wholesale attack on the exercise of copyright or other intellectual property rights more generally, was imminent”); VINJE, *The Final Word on Magill*, cit., p. 302 (“Magill is unlikely to spark a revolution in the application of EC competition law to intellectual property licensing”), GREAVES, *Magill est arrivé*, cit., pp. 246-247 (“the formulation of the judgment is so tied up with stressing the ‘exceptional circumstances’ of this case that is difficult, if not impossible, to imagine another situation where the refusal to license by a copyright owner will be held an abuse of dominant position”). V. anche le riflessioni di KEELING, *Intellectual Property Rights in EU Law*, cit., pp. 384-385, che sottolinea che nel giudizio della Corte l'unica circostanza veramente “eccezionale” è l'esistenza di un diritto d'autore su un palinsesto televisivo: anche questo autore pertanto ritiene che dalla sentenza *Magill* non possano derivare conseguenze di ampia portata per i diritti IP (“(...) that does not mean that the Court is likely to take similar liberties with more deserving intellectual property rights. Copyright in literary, artistic, and musical works as opposed to utilitarian forms of copyright will not be threatened. Nor will patents and design rights. Trade marks are in any event exempt from the whole Magill rationale because compulsory licensing is out of question”). Critico nei confronti di un ridimensionamento eccessivo è ZAGATO, *Magill, lo scioglimento di un arcano*, cit., p. 277 ss.

⁶⁴ V. Tribunale di primo grado, 12 giugno 1997, *Tiercé Ladbroke SA c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-504/93, in Racc. II, 923, di seguito anche “sentenza *Ladbroke*”.

dall'altro, la pronuncia del Tribunale, in particolare, getta ulteriore confusione sull'interpretazione delle "circostanze eccezionali".

La sentenza *Ladbroke*, infatti, riformula in modo particolarmente estensivo i criteri stabiliti nel precedente *Magill*, con il risultato di rendere più probabile l'individuazione del carattere abusivo di un rifiuto di licenze.

Prima di svolgere alcune brevi riflessioni sulla sentenza *Ladbroke* è tuttavia opportuno richiamare i tratti essenziali della vicenda.

4.1. LA VICENDA *LADBROKE* E LA SENTENZA DEL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO

La Tiercé Ladbroke era una società belga operante nella raccolta di scommesse su gare ippiche organizzate fuori dal territorio nazionale. Il Pari Mutuel Urbain ("PMU") era invece un gruppo di interesse economico costituito dalle principali società di corse ippiche francesi, che deteneva i diritti esclusivi per la raccolta all'estero delle scommesse sulle relative corse nonché i diritti sulle immagini televisive e i commenti sonori delle gare. La Ladbroke si era rivolta, senza successo, alle singole società di corse ippiche nonché al PMU per ottenere una licenza diretta a ritrasmettere in Belgio i suoni e le immagini delle corse francesi. Prima di essi, si erano rifiutati di concederle i medesimi diritti la PMI, titolare dei diritti di sfruttamento su suoni e immagini delle corse francesi in Germania e Austria e la sua licenziataria DSV.

La Ladbroke ha quindi presentato una denuncia alla Commissione, la quale, non ritenendo applicabili i principi del caso *Magill* e dei precedenti in materia di rifiuto di forniture, ha respinto la contestazione.⁶⁵

⁶⁵ *Ibidem*, par. 1-34, spec. par. 22 e 33. Secondo la Commissione non vi era alcuna analogia tra la vicenda *Ladbroke* e la vicenda *Magill* (su cui, all'epoca, si erano pronunciati la Commissione e il Tribunale di primo grado); in primo luogo, poiché la Ladbroke si trovava già in posizione dominante nel mercato delle scommesse, dove i suoni e le immagini francesi venivano offerti ai consumatori, mentre le società di corse ippiche non erano nemmeno operanti in tale mercato. Inoltre, se nella sentenza *Magill* l'elemento decisivo per qualificare come abusiva la condotta delle società televisive era stato l'ostacolo alla commercializzazione di un prodotto nuovo, nel caso di specie la diffusione di suoni ed immagini delle corse ippiche non avrebbe costituito un servizio realmente diverso da quello che era già fornito agli scommettitori, ovvero il servizio per la raccolta delle scommesse. La Commissione ha ritenuto altresì che nel caso di specie, vista l'assenza del PMU e delle società di corse ippiche dal mercato rilevante, non potessero essere fatte valere né la decisione della Commissione *London European/Sabena* (v. *supra*, Cap. 2, par. 3.1.) né le sentenze della Corte nei casi *Commercial Solvents* e *Télémarketing* (v. *supra*, Cap. 2, par. 2.1).

La Commissione ha altresì respinto l'altro motivo di denuncia della Ladbroke, secondo la quale l'obbligo imposto da PMI a DVS di vietare, nei contratti che quest'ultima stipulava con gli allibratori tedeschi, la ritrasmissione dei suoni e delle immagini francesi al di fuori del territorio tedesco avrebbe costituito una violazione dell'art. 85, n. 1 (ora 81, n. 1) TCE (cfr. sentenza *Ladbroke*, cit., par. 23 e 34).

Negli stessi termini ha concluso in merito all'abuso di posizione dominante il Tribunale di primo grado in sede di ricorso contro la decisione della Commissione.⁶⁶

Individuato quale mercato rilevante il mercato nazionale belga dei suoni e delle immagini delle corse ippiche in generale e rilevato che in tale mercato le società ippiche non avevano fino ad allora concesso alcuna licenza,⁶⁷ il Tribunale ha escluso il carattere discriminatorio del rifiuto opposto alla Ladbroke.⁶⁸

⁶⁶ Oltre che in punto di erronea applicazione dell'art. 86 (ora 82) TCE, la Ladbroke ha impugnato la decisione della Commissione per altri due ordini di motivi. In primo luogo per un'asserita violazione dell'art. 190 (ora 253) TCE: secondo la Ladbroke, nella decisione del giugno 1993, la Commissione si sarebbe limitata a richiamare gli argomenti della sua lettera del novembre 1992, violando gli obblighi del Trattato circa la motivazione degli atti degli organi comunitari; tale motivo di impugnazione è stato tuttavia respinto dal Tribunale (cfr. sentenza *Ladbroke*, cit., par. 48-56). In secondo luogo, per un'erronea applicazione dell'art. 85 (ora 81) n. 1 TCE, sotto due diversi profili: innanzitutto, a parere della Ladbroke, il divieto imposto a DSV di ritrasmettere i suoni e le immagini delle corse francesi al di fuori del territorio tedesco sarebbe equivalso ad un divieto di esportazione da cui sarebbe risultata una compartimentazione dei mercati vietata ex art. 85 (ora 81) TCE, compartimentazione di fatto oggetto di un'intesa tra PMU, il PMI e i relativi contraenti. A tale riguardo, il Tribunale ha tuttavia ritenuto che la Ladbroke non avesse sufficientemente provato che il contratto concluso tra DVS e PMU/PMI costituisse il mezzo di un'intesa vietata dal Trattato, respingendo pertanto il motivo di ricorso (cfr. sentenza *Ladbroke*, cit., par. 136 e 151-153). Inoltre, a dire della Ladbroke, il rifiuto di ciascuna delle società di corse ippiche francesi sarebbe stato esso stesso oggetto di un accordo tra le società, vietato ex art. 85 (ora 81) TCE. Ritenendo che la Commissione non aveva esaminato con la diligenza dovuta l'eventuale esistenza di un'intesa tra le società di gare avente ad oggetto il rifiuto di licenza, il Tribunale ha accolto il ricorso ed ha annullato su tale punto la decisione della Commissione (cfr. sentenza *Ladbroke*, cit., par. 139 e 154-162).

⁶⁷ La Ladbroke, invece, aveva sostenuto che il mercato merceologico rilevante fosse quello delle immagini e dei suoni delle corse ippiche francesi, ritenendo che, agli occhi degli allibratori che desiderano aumentare il loro giro di affari sulle gare francesi e a quelli degli scommettitori sulle stesse gare, detti suoni ed immagini non erano sostituibili con quelli di altre gare; il Tribunale, tuttavia, ha rilevato che i diretti acquirenti dei suoni e delle immagini delle corse erano i soli allibratori (e, solo indirettamente, gli scommettitori) e, alla luce dei dati del mercato tedesco dove le immagini e i suoni francesi erano commercializzati, ha sottolineato che non vi era corrispondenza tra domanda di suoni ed immagini e domanda di scommesse. Il Tribunale ha quindi concluso che la domanda sul mercato dei suoni e delle immagini non era determinata solo dal desiderio degli scommettitori di vedere le corse su cui questi scommettono, bensì anche da altri fattori, quali ad esempio le condizioni dei singoli contratti di licenza, con il risultato che i suoni e le immagini di tutte le corse tenute all'estero erano da ritenersi tra loro sostituibili (cfr. sentenza *Ladbroke*, cit. par. 60 e 84-89). Con riferimento al mercato geografico, la Ladbroke aveva sostenuto che il mercato avesse dimensioni comunitarie o avesse un'estensione tale da coprire almeno Francia, Belgio e Germania. Il Tribunale, rilevando il carattere nazionale del mercato delle scommesse cui il mercato dei suoni e delle immagini era ausiliario, ha sostenuto che il mercato geografico rilevante fosse limitato al Belgio (cfr. sentenza *Ladbroke*, cit. par. 90-96 e 104-108). Si noti che, dal momento che rileva l'assenza di un abuso, il Tribunale non ha affrontato la questione, sollevata dalla Ladbroke, relativa alla sussistenza di un'eventuale posizione dominante collettiva in capo alle società di corse ippiche (cfr. sentenza *Ladbroke*, cit. par. 109-111).

⁶⁸ Con una spiegazione alquanto superficiale, il Tribunale, richiamata la dimensione nazionale del mercato rilevante, sostiene: "(...) è pacifico che le società di corse ippiche non hanno finora concesso alcuna licenza per il territorio del Belgio. Pertanto il loro rifiuto non costituisce una discriminazione tra gli operatori del mercato belga". Il Tribunale, per lo stesso motivo, nega che il rifiuto abbia dato origine ad una compartimentazione dei mercati (già suddivisi per Paese) e che il rifiuto fosse da ritenersi arbitrario, a fronte della disponibilità della Ladbroke a pagare una commissione ragionevole, o, in generale, abusivo, vista la concessione da parte delle società ippiche della medesima licenza a DSV nel mercato tedesco, la fattibilità tecnica di tale servizio o la condizione di concorrente potenziale rispetto alle società ippiche assunta da Ladbroke nel mercato belga delle scommesse (cfr. sentenza *Ladbroke*, cit. par. 123-129).

Il rifiuto non poteva ritenersi abusivo nemmeno in applicazione dei principi della sentenza *Magill*. Innanzitutto, perché le società ippiche non operavano nel mercato derivato delle scommesse belghe (cui il mercato di suoni ed immagini delle corse è ausiliario). Il loro rifiuto non poteva determinare, in altri termini, alcuna distorsione competitiva o tentativo di monopolizzazione nel mercato a valle.⁶⁹

In secondo luogo, anche a supporre che la presenza nel mercato rilevante delle società ippiche non fosse determinante, in forza della sentenza *Magill* il rifiuto opposto alla *Ladbroke* sarebbe rientrato nel divieto dell'art. 86 (ora 82) TCE, solo se avente ad oggetto un prodotto che si fosse presentato o come essenziale o come un prodotto nuovo la cui apparizione verrebbe ostacolata, nonostante una domanda dei consumatori.⁷⁰

Nella fattispecie la trasmissione televisiva delle corse ippiche, benché opportuna per gli scommettitori, non era un servizio indispensabile per l'attività degli allibratori: a dimostrarlo vi era il fatto che la *Ladbroke*, pur in assenza dei diritti di ritrasmissione di immagini e suoni delle corse, aveva già una posizione dominante nel mercato delle scommesse, nonché la constatazione che la trasmissione delle corse da parte degli allibratori non influisce sulla scelta degli scommettitori, avvenendo normalmente a puntata già realizzata.⁷¹

⁶⁹ *Ibidem*, par. 130: “La ricorrente non può utilmente far riferimento alla sentenza *Magill* per dimostrare l'esistenza dell'abuso asserito, non essendo questa giurisprudenza pertinente nella fattispecie. Contrariamente alla causa *Magill*, nella quale il rifiuto di concedere una licenza al ricorrente gli impediva di entrare sul mercato delle guide generali televisive, nella fattispecie la ricorrente non è solo presente, ma detiene la quota maggiore del mercato principale delle scommesse sul quale il prodotto di cui trattasi, cioè i suoni e le immagini, è proposto ai consumatori, mentre le società di corse ippiche titolari di diritti di proprietà intellettuale sono assenti. Pertanto in mancanza di uno sfruttamento diretto o indiretto da parte delle società di corse ippiche dei loro diritti di proprietà intellettuale sul mercato belga, non si può ritenere che il rifiuto controverso di tali società comporti una qualsiasi restrizione sul mercato belga”.

⁷⁰ *Ibidem*, par. 131: il Tribunale parla di “un prodotto o un servizio che si presenta o come essenziale per l'esercizio dell'attività di cui trattasi, nel senso che non esiste alcun sostituto reale o potenziale, o come un prodotto nuovo la cui apparizione verrebbe ostacolata, nonostante una domanda potenziale, specifica costante e regolare da parte dei consumatori” Si noti che l'affermazione del Tribunale è anticipata dalla seguente premessa: “Anche supponendo che la presenza delle società di corse ippiche nel mercato belga dei suoni e delle immagini non sia, nella fattispecie, un elemento determinante, ai fini dell'applicazione dell'art. 86 (ora 82, n.d.a.)” (sottolineato aggiunto). Visto quanto affermato nel paragrafo precedente sembra più corretto ritenere che il Tribunale si sia in realtà voluto riferire alla presenza delle società di corse nel mercato delle scommesse (e non a quello dei suoni e delle immagini), l'unico che potrebbe essere realmente determinante ai fini della verifica dell'effetto distorsivo della concorrenza generato dal rifiuto. Sembra condividere questa posizione, EVRARD, *Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond*, cit., p. 13 (“The Court held that even if the presence of the defendants in the downstream market was not a decisive factor (...)” (sottolineato aggiunto).

⁷¹ V. sentenza *Ladbroke*, cit., par. 132. Non sembra improbabile tuttavia che la possibilità di assistere alle immagini tv delle corse a seguito della puntata non possa indurre gli scommettitori a decidere di puntare *ex ante* proprio su gare ippiche di cui poi potranno vedere le immagini complete di commenti sonori.

4.2. UNA NUOVA DISCIPLINA PER IL RIFIUTO DI LICENZE DI DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE?

Sorprendentemente la sentenza *Ladbroke* non ha suscitato lo stesso clamore del precedente *Magill*. Pochi contributi hanno infatti dedicato più di qualche riga alla vicenda, in alcuni casi, tra l'altro, inquadrandola discutibilmente quale lettura restrittiva della sentenza *Magill*.⁷²

Le affermazioni del Tribunale di primo grado, tuttavia, non costituiscono una semplice applicazione della disciplina precedente delle “circostanze eccezionali”, ma ne rappresentano un'evoluzione con notevoli potenzialità estensive.⁷³

Stando alla sentenza del Tribunale di primo grado, affinché il rifiuto di concedere una licenza sia abusivo ai sensi dell'art. 82 TCE è infatti sufficiente che:

(i) il bene o servizio oggetto del rifiuto sia essenziale ai fini dell'attività del richiedente⁷⁴

o che

(ii) il rifiuto ostacoli la comparsa di un prodotto nuovo per cui esiste una domanda potenziale, specifica, costante e regolare.⁷⁵

Le circostanze in presenza delle quali il diniego di licenza può qualificarsi come illecito sono quindi ridotte a due, per di più a carattere alternativo, come reso evidente dall'uso della congiunzione “o”. Basta che si verifichi una delle due ipotesi

⁷² V. tra i contributi più significativi, FITZGERALD, *Magill Revisited, Tiercé Ladbroke SA v. The Commission*, cit., p. 154 ss. e KORAH, *The Ladbroke Saga*, in *European Competition Law Review*, 1998, p. 169 ss. Condividono l'idea che *Ladbroke*, estenda i principi affermati in *Magill*: KORAH, *The Interface Between Intellectual Property and Antitrust*, cit., p. 814 e DERCLAYE, *Abuses of Dominant Position and Intellectual Property Rights*, cit., p. 690 (“*Ladbroke thus broadens the Magill ruling*”). Non appare condivisibile la lettura restrittiva di taluno, v. ad es. BERTANI, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, cit., p. 113, dove, riferendosi alla sentenza *Ladbroke*, ha sostenuto che il Tribunale “*ha fatto i conti con l'apertura (potenzialmente molto ampia) allo scrutinio antitrust del rifiuto di licenze segnata dalla sentenza Magill della Corte di giustizia. Ed ha mirato specialmente a depotenziare quanto più possibile questa apertura, nel quadro di una ridefinizione in senso restrittivo delle condizioni per l'applicazione della essential facilities doctrine*”, o, ancora, JONES, SUFRIN, *EC Competition Law*, cit., p. 500. Sul punto si ritiene discutibile la stessa affermazione di KORAH, *The Interface Between Intellectual Property and Antitrust*, cit., p. 814, nella parte in cui afferma che “*the C.F.I. limited Magill by holding that there was no duty to license live film of french horse races to a firm that was already the leading provider of betting services in Belgium*”: a parere di chi scrive infatti una tale affermazione sembra derivare dalla stessa applicazione dei principi della sentenza *Magill*, dove si afferma che per ritenere abusivo il rifiuto è necessario che questo provochi l'esclusione della concorrenza nel mercato derivato.

⁷³ La sentenza *Ladbroke*, tuttavia, non fa alcun espresso riferimento alle “circostanze eccezionali”.

⁷⁴ Il senso da attribuire al concetto di “essenzialità” verrà precisato nella successiva sentenza della Corte nel caso *Bronner*, v. *supra*, Cap. 2, par. 3.3.4.

⁷⁵ Si precisa che il riferimento alla “domanda potenziale, specifica, costante e regolare” non è una novità introdotta in *Ladbroke*. La stessa terminologia era già stata utilizzata in Tribunale di primo grado, causa T-69/89, *RTE c. Commissione*, cit., par. 62 e causa T-76/89, *ITP c. Commissione*, cit., par. 48. La Corte di giustizia nella sentenza *Magill*, invece, aveva parlato di “domanda potenziale da parte del consumatore” (par. 54).

perché il comportamento di un soggetto dominante sia vietato. Il Tribunale non menziona l'ulteriore requisito consistente nella mancanza di una giustificazione oggettiva e suppone che non sia determinante la presenza del titolare del diritto IP nel mercato rilevante, escludendo, almeno in teoria, la necessità che il rifiuto possa essere motivato da ragioni anticompetitive nel mercato a valle rispetto a quello per cui si chiede l'accesso al bene protetto dal diritto IP.

L'apparente linearità dell'interpretazione del Tribunale è tuttavia messa in discussione da una serie di considerazioni pratiche che contraddicono in parte tali premesse teoriche.

In primo luogo, il Tribunale si limita ad escludere che le immagini e i suoni delle corse costituiscono un servizio indispensabile per l'attività nel mercato delle scommesse e non analizza, diversamente da come aveva fatto la Commissione,⁷⁶ se la presenza di suoni ed immagini contribuisca a creare un prodotto nuovo. Una lettura *a contrario* dell'interpretazione delle regole della sentenza *Magill* fornita dal Tribunale, infatti, avrebbe imposto di ritenere lecito solo il rifiuto avente ad oggetto un bene non essenziale e tale da non ostacolare l'introduzione di un nuovo prodotto.⁷⁷

Si è visto inoltre che il Tribunale richiama, rielaborandole, le circostanze della sentenza *Magill* sul presupposto che non sia rilevante la presenza del titolare del diritto IP nel mercato di riferimento. Si fatica di conseguenza a conciliare tali affermazioni con il ragionamento del Tribunale dove si nega che la pronuncia *Magill* e alcune sentenze in materia di rifiuto di fornire siano applicabili nel caso di specie, proprio alla luce dell'assenza delle società ippiche dal mercato belga dei suoni e delle immagini nonché da quello derivato della raccolta delle scommesse.

A prescindere da tali contraddizioni di giudizio, se l'individuazione dei requisiti in presenza dei quali il rifiuto di licenza è da ritenersi abusivo venisse confermata, ne deriverebbe per tale fattispecie un'interpretazione molto ampia e, dunque, una forte limitazione delle prerogative del titolare del diritto di proprietà intellettuale.

Nel caso il rifiuto ostacolasse l'emergere di un prodotto nuovo, le limitazioni imposte al proprietario dell'esclusiva sarebbero più ampie di quelle previste nella

⁷⁶ Cfr. *supra*, nt. 65.

⁷⁷ V. FITZGERALD, *Magill Revisited, Tiercé Ladbroke SA v. The Commission*, cit., p. 161, che ritiene che la mancata considerazione del fattore del "prodotto nuovo" sia in realtà dovuta al fatto che il Tribunale non crede che il solo ostacolo all'emersione di un prodotto nuovo possa costituire, da solo, un valido motivo di abuso. Anche se si condivide il risultato cui porta una tale interpretazione, si fatica a conciliare questa lettura con quanto affermato dal Tribunale nella sentenza *Ladbroke*.

sentenza *Magill*, dove per considerare il rifiuto abusivo si richiamavano altre circostanze quali l'essenzialità del bene richiesto, l'assenza di giustificazioni oggettive e l'esclusione della concorrenza nel mercato a valle. L'esistenza di una domanda dei consumatori relativa ad un prodotto non presente sul mercato sarebbe quindi sufficiente per imporre al titolare del diritto IP di rendere accessibile ai terzi il bene protetto da esclusiva.

Qualora, invece, il rifiuto avesse ad oggetto un bene essenziale, le limitazioni che deriverebbero dall'interpretazione della sentenza *Ladbroke* per il proprietario dell'esclusiva sarebbero persino più ampie di quanto imporrebbe la dottrina delle *essential facilities*, dalla quale scaturisce l'obbligo in capo al titolare di garantire l'accesso al bene essenziale, solo quando non esista una valida giustificazione del rifiuto e questo sia dovuto alla volontà di monopolizzare o comunque di non aprire alla concorrenza il mercato derivato.

D'altro canto, la sentenza *Ladbroke* presenta anche alcune caratteristiche che ne ridimensionano la portata e che in parte giustificano la ridotta attenzione dedicata dagli studiosi. *In primis*, si tratta di una pronuncia del Tribunale su cui la Corte di ultima istanza non si è pronunciata: non si può prevedere pertanto quale potrebbe essere stata la posizione della Corte nel caso di impugnazione della pronuncia di primo grado. In secondo luogo, alla luce delle contraddizioni evidenziate, non è chiaro se la riformulazione dei principi della sentenza *Magill* sia stata determinante nella soluzione del caso concreto o si sia trattato piuttosto di un *obiter dictum*.⁷⁸ Infine, la sentenza del Tribunale potrebbe essere stata influenzata dalle peculiarità del caso, specie dalla particolare individuazione del mercato rilevante.⁷⁹

⁷⁸ V. anche KORAH, *The Interface Between Intellectual Property and Antitrust*, cit., p. 814: "(...) *there is no clear distinction drawn by the European courts between the ratio decidendi and obiter dicta in a judgment*".

⁷⁹ Ritiene che la definizione del mercato rilevante abbia giocato un ruolo importante nella pronuncia del Tribunale, FITZGERALD, *Magill Revisited, Tiercé Ladbroke SA v. The Commission*, cit., p. 160. Tra l'altro, sembra rilevabile una contraddizione nel ragionamento seguito da Tribunale per definire il mercato rilevante dal punto di vista sia geografico sia merceologico. Se da un lato, infatti, i giudici comunitari stabiliscono che il mercato dei suoni e delle immagini delle corse ha dimensioni nazionali, essendo questo influenzato dal mercato nazionale delle scommesse e dalle abitudini degli scommettitori diverse in ogni Paese, dall'altro, per definire il mercato merceologico, i giudici usano quali fattori di riferimento i dati relativi alle scommesse e all'acquisto di immagini e suoni rilevati in Germania. La stessa terminologia usata dal Tribunale, in relazione alla definizione del mercato rilevante è spesso confusa e fuorviante: basti prendere ad esempio, i par. 83 e 103 della sentenza *Ladbroke* dove il mercato dei suoni e delle immagini è definito quale "mercato a valle" rispetto al mercato "principale" delle scommesse. In realtà, nella logica della sentenza, è il mercato dei suoni e delle immagini ad essere il mercato primario e quello delle scommesse ad essere il mercato derivato o a valle. La stessa definizione fornita dal Tribunale (cfr. sentenza *Ladbroke*, par. 104) del mercato delle immagini e dei commenti sonori delle gare quale "mercato

Non si può negare, tuttavia, che la sentenza *Ladbroke* susciti comunque numerose perplessità, in particolare sulla corretta interpretazione da attribuire alle fattispecie di diniego abusivo di licenza intorno alle quali si fatica a trovare una linea interpretativa coerente della prassi comunitaria.

5. LA TEORIZZAZIONE DELLA DISCIPLINA APPLICABILE AL RIFIUTO DI LICENZE: LA SENTENZA *IMS*

Una nuova occasione per definire la disciplina applicabile ai dinieghi di licenze è fornita dalla vicenda *IMS* relativa al rifiuto di rilasciare in licenza una banca dati.

Tale vicenda, in cui la Commissione e le corti comunitarie hanno espresso diverse interpretazioni, dimostra in modo particolarmente eloquente le incertezze che ancora caratterizzano questa discussa fattispecie abusiva.

Nella sentenza *IMS* la Corte di giustizia tenta tuttavia di superare le differenti posizioni per teorizzare, per la prima volta, una disciplina applicabile al diniego di licenze. In tale tentativo volto a fissare le regole generali applicabili al settore, la Corte chiarisce con il supporto della sentenza *Bronner* alcuni punti rimasti irrisolti in precedenza, ma lascia aperte alcune questioni di rilevanza centrale.

Come per i casi esaminati in precedenza, ad una succinta descrizione della fattispecie segue l'analisi critica dei principi stabiliti dalla sentenza della Corte, svolta alla luce delle riflessioni della più eminente dottrina.

5.1. LA VICENDA *IMS* E LA SENTENZA DELLA CORTE

La vicenda *IMS* verte sulla licenza di una banca dati utilizzata dalle case farmaceutiche tedesche per analizzare le vendite regionali di farmaci in Germania (cd. "struttura a 1860 aree").

La struttura, elaborata dalla IMS Health (IMS) in collaborazione con alcune industrie farmaceutiche, aveva avuto particolare diffusione presso le farmacie e i centri medici tedeschi, divenendo di fatto lo *standard* preferito dalle case farmaceutiche.

Alcuni concorrenti di IMS nel settore della raccolta, del trattamento e dell'interpretazione dei dati di vendita dei farmaci (tra cui la Pharma Intranet

ausiliario" non chiarisce se detto mercato sia un sottoprodotto del mercato delle scommesse o se sia in realtà un mercato separato.

Information, PII, e la sua controllante NDC Health, NDC) avevano chiesto il rilascio di una licenza per l'utilizzo della struttura a 1860 aree. Avendone ottenuto un rifiuto, essi avevano cominciato a vendere ai propri clienti dati organizzati secondo strutture derivate da quella di IMS.

La vicenda sfociava nell'instaurazione di due contenziosi, entrambi portati all'attenzione delle autorità comunitarie: il primo, instaurato in via cautelare davanti alla Commissione da NDC e diretto a rilevare l'abusività del rifiuto di IMS; il secondo (costituito in realtà da più giudizi cautelari e di merito) instaurato da IMS davanti ai giudici tedeschi e volto ad inibire l'uso della struttura a 1860 aree e dei suoi derivati da parte dei concorrenti.⁸⁰ Nel corso di questo contenzioso il Landgericht di Francoforte ha sottoposto alla Corte di giustizia alcuni quesiti pregiudiziali su cui la Corte si è pronunciata il 29 aprile 2004.

Nell'ambito del procedimento cautelare proposto da NDC, la Commissione rilevando la presenza delle "circostanze eccezionali" della sentenza *Magill*, rielaborata dai casi *Bronner* e *Ladbroke*, ha ritenuto esistente *prima facie*⁸¹ un abuso di posizione dominante.⁸² Riscontrata la dominanza di IMS sul mercato tedesco dei servizi di dati di vendita regionali di prodotti farmaceutici,⁸³ la Commissione ha considerato sufficiente verificare l'indispensabilità della struttura richiesta,⁸⁴ la possibile eliminazione della

⁸⁰ Per la ricostruzione del contenzioso davanti ai giudici tedeschi, v. Commissione, 3 luglio 2001, *NDC Health/IMS Health: misure provvisorie*, caso COMP D3/38.044, decisione n. 2002/165/CE, par. 1-35, in G.U.C.E. 28 febbraio 2002, L 59, p. 18 ss. IMS aveva instaurato dei procedimenti di inibitoria anche nei confronti di un altro concorrente, AzyX. Quest'ultimo parteciperà, quale interveniente, nei procedimenti, cautelari e di merito davanti al Tribunale di primo grado e alla Corte di giustizia, aventi ad oggetto l'impugnazione della decisione della Commissione. V. *infra*, in questo paragrafo.

⁸¹ La Commissione si pronuncia infatti in via cautelare; v. a questo riguardo, decisione della Commissione, *NDC/IMS*, cit., par. 43 "(...) la Commissione non è tenuta a pronunciarsi in maniera definitiva su tutti i punti affrontati nel presente caso. Si tratta di appurare, in questa sede, se esistono elementi giuridici e fattuali che mostrino la probabilità ragionevolmente forte dell'esistenza dell'infrazione".

⁸² *Ibidem*, par. 180. La Commissione ha quindi ordinato a IMS di concedere a tutte le imprese concorrenti presenti sul mercato, una licenza d'uso della struttura a 1860 aree, lasciando alle parti di accordarsi sulle *royalties* dovute e imponendo una penalità di mora a IMS in caso di mancata osservanza di quanto stabilito nella decisione.

⁸³ *Ibidem*, par. 56, 58 e 60.

⁸⁴ Al carattere dell'essenzialità del ricorso alla struttura a 1860 aree è dedicata gran parte della decisione della Commissione: v. Decisione della Commissione, *NDC/IMS*, cit. La Commissione, in particolare, ha ampiamente analizzato i costi che le case farmaceutiche avrebbero dovuto sopportare in caso di utilizzo di una struttura diversa da quella fornita da IMS, rendendo il passaggio ai prodotti concorrenti, "*benché possibile in teoria*", "*un'idea economicamente non praticabile*" (v. par. 92); tra gli elementi che legavano le imprese farmaceutiche alla struttura a 1860 aree, la Commissione, in particolare, ha indicato: a) la partecipazione delle case farmaceutiche all'ideazione della struttura, che in parte spiegava lo sviluppo di una dipendenza di tali imprese a tale tipo di banca dati (par. 75-85); b) il funzionamento della struttura a 1860 aree come *standard* del settore (par. 86-92); c) esigenze di comparabilità dei dati nel tempo e di compatibilità dei medesimi con altre informazioni rilevanti, organizzate secondo la medesima struttura (par. 93-106); d) la rilevanza della stabilità nei rapporti tra medici ed informatori scientifici, che

concorrenza dal mercato rilevante causata dal rifiuto e l'assenza di una giustificazione oggettiva⁸⁵. La Commissione non ha invece ritenuto necessario valutare la sussistenza della circostanza relativa all'ostacolo alla comparsa del "prodotto nuovo", dal momento che la giurisprudenza precedente avrebbe dimostrato la non essenzialità di tale circostanza ai fini dell'individuazione dell'abuso.⁸⁶

La decisione della Commissione è stata tuttavia sospesa dal Presidente del Tribunale di primo grado il quale ha ritenuto che questa si fondasse su un'interpretazione "ampliata" delle "circostanze eccezionali" della sentenza *Magill*, sulla cui portata permaneva un "dissidio grave" specie con riguardo al criterio del "prodotto nuovo".⁸⁷

l'introduzione di una nuova organizzazione territoriale dei dati avrebbe modificato (par. 107-114); e) la redazione dei contratti di lavoro con gli informatori scientifici, dove le zone di competenza dell'informatore erano normalmente individuate usando una suddivisione identica alle aree di IMS (par. 115-117); f) le applicazioni interne usate dalle imprese farmaceutiche, totalmente dipendenti dalla struttura a 1860 aree (par. 118-122); g) una serie di vincoli di natura tecnica (l'utilizzo dei codici postali) e di natura normativa (il rispetto della legge tedesca sulla tutela dei dati delle farmacie) (par. 124-142). La Commissione ha indicato infine un'altra serie di elementi che rendevano improbabile lo sviluppo di una struttura alternativa da parte dei concorrenti, quali la mancanza di certezza giuridica riguardo alla vendita di dati mediante altre strutture (par. 143-145); gli infruttuosi tentativi realizzati nel passato per realizzare strutture alternative (par. 146-152); l'impossibilità di trarre indicazioni a favore dello sviluppo di nuove strutture dall'esperienza di altri paesi (par. 153-166).

⁸⁵ *Ibidem*, par. 167-174.

⁸⁶ *Ibidem*, par. 180: "Come precisato nella sentenza *Ladbroke*, non è necessario che un rifiuto di fornitura ostacoli l'apparizione di un prodotto nuovo per essere abusivo". L'argomentazione della Commissione è basata sulla giurisprudenza precedente, in particolare sulle sentenze *Commercial Solvents*, *United Brands*, *Volvo*, *Magill*, *Ladbroke e Bronner* (*ibidem*, par. 64-70). Per un'ampia analisi della decisione della Commissione, v. FINE, *NDC/IMS: a Logical Application of Essential Facilities Doctrine*, reperibile al sito internet: www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/finefrank.pdf, spec. 23-34 e KORAH, *The Interface Between Intellectual Property and Antitrust*, cit., pp. 824-831. Critico quanto alla soluzione adottata dalla Commissione, specie alla luce delle differenze rispetto al caso *Magill*, TEMPLE LANG, *Anticompetitive Abuses under Article 82 Involving Intellectual Property Rights*, cit., pp. 629-630 (spec. nt. 87); più cauta, DERCLAYE, *Abuses of Dominant Position and Intellectual Property Rights*, cit., p. 693, che, esaminata la giurisprudenza richiamata dalla Commissione, afferma: "it seems difficult at first sight to criticize the Commission's chronological and in the end rather logical construction of the case law".

⁸⁷ V. Ordinanza del Presidente del Tribunale di primo grado, 26 ottobre 2001, procedimento T-184/01 R, *IMS Health Inc. c. Commissione delle Comunità europee e altri*, in Racc. 2001, II-3193 (tale ordinanza conferma una prima misura adottata dal Tribunale di primo grado *inaudita altera parte*: v. Ordinanza del Presidente del Tribunale di primo grado, 10 agosto 2001, procedimento T-184/01 R, *IMS Health Inc. c. Commissione delle Comunità europee*, in Racc. 2001, II-2349), spec. par. 102 ("La conclusione provvisoria della Commissione secondo cui il fatto di impedire l'emersione di un nuovo prodotto o servizio per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori non costituisce un elemento indispensabile della nozione dei «casi eccezionali» messa a punto dalla Corte nella sentenza *Magill* rappresenta a prima vista un'interpretazione ampliata di tale nozione"), 105 ("il presupposto in base al quale il contestato rifiuto dell'impresa dominante di rilasciare una licenza deve impedire l'emersione di un nuovo prodotto in un mercato non collegato a quello in cui l'impresa di cui trattasi è dominante rappresenta una questione giuridica di tutto rilievo") (sottolineati aggiunti) e 106. L'ordinanza del Presidente del Tribunale è stata infine confermata dal Presidente della Corte di giustizia: v. Ordinanza del Presidente della Corte di giustizia, 11 aprile 2002, procedimento C-481/01 P (R), *NDC Health Corporation e NDC Health GmbH e altri c. IMS Health Inc.*, in Racc. 2002, I-3401.

Venuti meno i motivi di urgenza, la decisione della Commissione veniva infine revocata nell'agosto 2003, senza aver di fatto mai trovato applicazione.⁸⁸

Intanto, nell'ambito del procedimento di contraffazione instaurato davanti ai giudici tedeschi, il Landgericht di Francoforte ha sottoposto alla Corte di giustizia alcuni quesiti pregiudiziali relativi all'interpretazione dell'art. 82 TCE.⁸⁹ In particolare, il giudice tedesco ha chiesto alla Corte (i) se l'impresa titolare di un diritto d'autore su una banca dati, indispensabile per operare sul mercato, abusi della propria posizione dominante, qualora rifiuti di rilasciare una licenza per il suo sfruttamento a imprese che la impiegherebbero nel medesimo mercato in cui essa opera e la utilizza e (ii) se, ai fini della constatazione dell'abuso, rilevino il grado di partecipazione dei clienti dell'impresa dominante alla creazione della banca dati tutelata dal diritto d'autore, nonché il dispendio, specie in termini di costi, che un utilizzatore dovrebbe sostenere nel caso questi decidesse di passare all'uso delle banche dati offerte dai concorrenti.⁹⁰

⁸⁸ V. Commissione, decisione 13 agosto 2003, caso COMP D3/38.044, *NDC Health/IMS Health: misure provvisorie*, n. 2003/741/EC, in G.U.U.E. 18 ottobre 2003, L 268, p. 69 ss. Dalla decisione risulta in particolare che, a seguito di una decisione dell'Oberlandgericht di Francoforte del 17 settembre 2002 che - pur riconoscendo il *copyright* sulla struttura a 1860 aree - lasciava spazio ad una sua limitata utilizzazione da parte dei concorrenti, NDC aveva aumentato la sua quota di mercato e non correva più il rischio di uscire dal mercato rilevante (par. 13 e 16). L'altro concorrente, AzyX, invece, aveva cessato le sue attività in Germania all'inizio del 2003: la concessione di una licenza per quest'ultimo quindi non sarebbe più stata possibile né urgente (par. 14 e 15).

⁸⁹ Nella causa *de qua* il giudice tedesco, infatti, constatava che IMS non poteva far valere il suo diritto di impedire ogni utilizzo illecito della sua banca dati, qualora avesse abusivamente sfruttato la propria posizione dominante ai sensi dell'art. 82 TCE, rifiutando di accordare, a condizioni ragionevoli, una licenza a NDC.

⁹⁰ Il testo completo dei quesiti pregiudiziali sottoposti alla Corte dal Landgericht di Francoforte è il seguente: "1) *Se l'art. 82 del Trattato CE debba essere interpretato nel senso che costituisce un comportamento abusivo di un'impresa in posizione dominante il diniego della conclusione di un contratto di licenza relativo all'uso di una banca dati tutelata dal diritto di autore con un'impresa la quale intenderebbe avere accesso allo stesso mercato geografico e sostanziale se gli operatori presenti sull'altro lato del mercato, vale a dire i potenziali acquirenti, respingono ogni prodotto il quale non si avvale della banca dati tutelata dal diritto d'autore, poiché essi si sono organizzati per utilizzare i prodotti sulla base della banca dati tutelata dal diritto d'autore.* 2) *Se per la questione relativa all'esistenza di un comportamento abusivo dell'impresa in posizione dominante rilevi in quale misura i collaboratori degli operatori presenti sull'altro lato del mercato abbiano partecipato allo sviluppo della banca dati tutelata dal diritto d'autore.* 3) *Se per la questione relativa all'esistenza di un comportamento abusivo dell'impresa in posizione dominante rilevi quale dispendio per l'adattamento (in particolare, in termini di costi) vi sia per gli acquirenti che fino a quel momento hanno acquistato il prodotto dell'impresa in posizione dominante, qualora in futuro acquistassero il prodotto di un'impresa concorrente che non si avvale della banca dati tutelata dal diritto d'autore*", v. Corte di giustizia, 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health c. NDC Health*, in Racc. 2004, I-5039, par. 17, di seguito "sentenza IMS". La formulazione dei quesiti pregiudiziali riportati nel testo deriva dalla lettura suggerita dalle Conclusioni dell'Avv. Gen. Tizzano presentate il 2 ottobre 2003, causa C-418/01, *IMS Health c. NDC Health*, spec. con riferimento al primo, par. 29.

Per rispondere al primo quesito⁹¹, la Corte richiama il principio consolidato secondo cui il rifiuto di concedere in licenza il diritto esclusivo di riproduzione non è di per sé abusivo in quanto prerogativa fondamentale attribuita dal diritto di proprietà intellettuale.⁹² Ciononostante, la Corte ricorda che un tale diniego, in circostanze eccezionali, può comportare un abuso⁹³ e, a tal fine, richiama la sintesi della pronuncia *Magill* operata nel caso *Bronner*.⁹⁴ In presenza di un rifiuto di licenza avente ad oggetto un bene protetto dal diritto d'autore e indispensabile per operare a valle, tali “circostanze eccezionali” ricorrerebbero allorché “siano integrate tre condizioni cumulative e cioè che tale rifiuto costituisca un ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori, che sia ingiustificato ed idoneo ad escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato”.⁹⁵

La Corte si sforza inoltre di fornire chiarimenti circa il significato da attribuire a ciascuna di tali circostanze.⁹⁶

Quanto al rischio di esclusione della concorrenza sul mercato derivato, la Corte riprende la sentenza *Bronner* e ribadisce la necessità di identificare due mercati distinti: uno a monte, avente ad oggetto il prodotto o il servizio essenziale, e uno a valle, nel quale il prodotto o il servizio sono utilizzati per la produzione di altri prodotti o servizi. Con riferimento al bene richiesto è comunque sufficiente identificare un mercato “potenziale” o “ipotetico” che sussisterebbe quando il bene in questione,

⁹¹ Per cogliere il reale significato del quesito sottoposto dal Landgericht, v. Conclusioni dell'Avv. Gen. Tizzano, par. 30, dove, dato per presupposto il carattere indispensabile della struttura ad aree, si stabilisce che: “il giudice nazionale vuole in sostanza sapere se (...) il rifiuto di licenza possa configurare un abuso di posizione dominante anche se non restringe o elimina la concorrenza su un mercato distinto da quello in cui il titolare del diritto d'autore sfrutta il proprio diritto e detiene una posizione dominante, ma impedisce semplicemente a potenziali concorrenti di operare sullo stesso mercato dell'impresa dominante” (sottolineato aggiunto).

⁹² V. sentenza *IMS*, cit., par. 34: la Corte richiama le sentenze *Volvo* e *Magill*.

⁹³ *Ibidem*, par. 35, in cui si richiamano nuovamente le sentenze *Volvo* e *Magill*.

⁹⁴ *Ibidem*, par. 37: “tali circostanze erano costituite dal fatto che il rifiuto controverso riguardava un prodotto (l'informazione sui programmi settimanali delle reti televisive) la cui fornitura era indispensabile per l'esercizio dell'attività di cui trattasi (l'edizione di una guida generale televisiva) nel senso che, senza tale fornitura, la persona che intendeva offrire detta guida si trovava nell'impossibilità di pubblicarla e di offrirla sul mercato, che tale rifiuto ostacolava l'emergere di un prodotto nuovo per il quale esisteva una domanda potenziale da parte dei consumatori, che non era giustificato da considerazioni obiettive e che poteva determinare l'esclusione totale della concorrenza sul mercato derivato.” (sottolineato aggiunto); v. anche sentenza *Bronner*, cit., par. 40. Da tale riformulazione della sentenza *Magill*, operata dalla pronuncia *Bronner*, era derivata la convinzione della dottrina che la Corte di giustizia si fosse espressa, benché implicitamente, a favore di un'interpretazione cumulativa delle condizioni di *Magill*.

⁹⁵ V. sentenza *IMS*, cit., par. 38: è significativo che tra i precedenti giurisprudenziali la Corte non cita, diversamente da quanto aveva fatto la Commissione (cfr. *supra*, nt. 86), la sentenza *Ladbroke*.

⁹⁶ In realtà, la Corte aveva già chiarito la nozione di “essenzialità” o “indispensabilità” nella sentenza *Bronner*; tuttavia si era limitata all'analisi di tale presupposto e non aveva esaminato le altre circostanze citate nella pronuncia. Per l'analisi di *Bronner*, v. *supra*, Cap. 2, par. 3.3.4.

benché mai precedentemente commercializzato, sia indispensabile per svolgere una data attività e sia oggetto di un'effettiva domanda da parte di coloro che intendono svolgere tale attività.⁹⁷

Quanto all'ostacolo alla comparsa del "prodotto nuovo", la Corte precisa che il rifiuto di dare accesso ad un bene protetto da un diritto IP ed essenziale per operare in un mercato a valle può essere considerato abusivo solo se colui che ne fa richiesta "abbia l'intenzione di offrire prodotti e servizi nuovi che il titolare non offre e per i quali esiste una domanda potenziale da parte dei consumatori". Al contrario, a parità di condizioni, non potrebbe essere ritenuto abusivo il rifiuto opposto a chi "intenda limitarsi, in sostanza, a riprodurre prodotti o servizi che sono già offerti sul mercato derivato dal titolare del diritto di proprietà intellettuale".⁹⁸

Non essendo stata oggetto di osservazioni delle parti, la Corte non sviluppa la circostanza relativa alle eventuali giustificazioni oggettive del rifiuto.⁹⁹

Rilevando inoltre che gli altri due quesiti pregiudiziali miravano ad identificare i criteri per valutare l'"indispensabilità" della banca dati di IMS,¹⁰⁰ la Corte chiarisce il concetto di "essenzialità" del bene richiesto e dà così un quadro completo della disciplina del diniego abusivo di licenza.

⁹⁷ V. sentenza *IMS*, cit., par. 40-46. Le parti in causa avevano sostenuto posizioni opposte su tale questione: IMS infatti riteneva che NDC non cercasse di introdurre alcun nuovo prodotto in un mercato derivato, bensì intendesse usare la struttura a 1860 aree realizzata da IMS per fornire, sullo stesso mercato, un prodotto quasi identico; d'altro canto, NDC e la Commissione ritenevano che, per considerare abusivo il rifiuto, non è necessario assicurare la presenza di due mercati distinti. Si è visto che la Corte ha ritenuto indispensabile l'esistenza di due mercati dove quello a monte può essere anche semplicemente "potenziale"; si noti, tuttavia, che in conclusione la Corte fa un'affermazione che sembra gettare nuova confusione sul corretto significato da attribuire all'argomentazione sul punto: "*Ne consegue che è determinante che possano essere identificati due diversi stadi di produzione tra loro collegati in quanto il prodotto a monte è un elemento indispensabile per la fornitura del prodotto a valle*" (sottolineato aggiunto). Per un approfondimento sulla condizione del doppio mercato, v. *infra*, par. 5.2.1.1.

⁹⁸ V. sentenza *IMS*, cit., par. 49. Cfr. Conclusioni dell'Avv. Gen. Tizzano, cit., par. 62, dove i prodotti nuovi sono identificati in termini diversi da quelli utilizzati dalla Corte di giustizia, ovvero con i "*beni/servizi con caratteristiche diverse, che – benché in concorrenza con quelli del titolare del diritto – rispondano a particolari esigenze dei consumatori che non sono soddisfatte dai beni/servizi esistenti*". Per un approfondimento sulla condizione del "prodotto nuovo", v. *infra*, par. 5.2.1.2.

⁹⁹ V. sentenza *IMS*, cit., par. 51. V. a questo proposito quanto espresso da alcuni autori a seguito della pronuncia *IMS*: v. RIDYARD, *Compulsory Access under EC Competition Law – A new Doctrine of "Convenient facilities" and the Case for Price Regulation*, in *European Competition Law Review*, 2004, p. 669 ss., spec. 670 e, più di recente, KANTER, *IP and Compulsory Licensing on Both Sides of the Atlantic – an Appropriate Antitrust Remedy or a Cutback on Innovation?*, *ibidem*, 2006, p. 351 ss., spec. 354 ("*The EC courts and competition authorities will have to develop the scope of objective justification in future decisions*").

¹⁰⁰ V. sentenza *IMS*, cit., par. 24: la Corte recepisce quanto indicato dall'Avv. Generale sul punto: v. infatti Conclusioni dell'Avv. Gen. Tizzano, cit., par. 32. Diversamente dall'Avv. Generale, tuttavia, la Corte, rilevando che il secondo ed il terzo quesito vertono in realtà sul presupposto su cui riposa la formulazione del primo (i.e. indispensabilità della struttura a 1860 aree), inverte l'ordine dei quesiti del giudice tedesco e risponde prima al secondo e al terzo.

A tale proposito, la Corte ribadisce la validità dell'analisi approfondita nella sentenza *Bronner* per i casi di rifiuti a contrarre che non coinvolgano diritti IP: per stabilire se un prodotto o un servizio sia indispensabile per svolgere una determinata attività sul mercato è necessario verificare se esistono prodotti o servizi che, anche se meno vantaggiosi, costituiscono soluzioni alternative; si deve accertare inoltre se esistono ostacoli di natura tecnica, normativa o economica tali da rendere impossibile o, almeno, straordinariamente difficile per ogni impresa che voglia operare sul mercato creare, da sé o in collaborazione con terzi, prodotti o servizi sostitutivi. Per gli ostacoli di natura economica, in particolare, occorre provare che la realizzazione di prodotti o servizi alternativi non è economicamente redditizia per una produzione su scala comparabile a quella dell'impresa che controlla il prodotto o servizio esistente.¹⁰¹

Trattandosi di una pronuncia resa in forza di rinvio pregiudiziale, la Corte lascia al giudice nazionale il compito di valutare, se alla luce degli elementi che gli sono stati sottoposti, le circostanze descritte per qualificare il rifiuto come abusivo ricorrano nel caso *de quo*.¹⁰²

¹⁰¹ Date queste premesse, la Corte rileva che la partecipazione delle principali case farmaceutiche alla creazione della struttura a 1860 aree potrebbe, se dimostrata, aver creato una dipendenza economica delle imprese nei confronti di tale sistema di configurazione dei dati di vendita. Da questa dipendenza deriverebbero per le case farmaceutiche che scegliessero di usare altre strutture costi tecnici ed economici notevoli tali da non rendere redditizio tale cambio. La Corte conclude quindi che sia il grado di partecipazione dei clienti alla creazione della struttura, sia i costi che questi dovrebbero sostenere per utilizzare sistemi alternativi dovrebbero essere presi in considerazione per accertare, in via preliminare, se il bene cui il concorrente chiede l'accesso sia effettivamente indispensabile per operare nel mercato rilevante: v. sentenza *IMS*, cit., par. 28-30.

¹⁰² *Ibidem*, par. 29, 47, 50 e 51. Salvo con riferimento alla valutazione del carattere indispensabile della struttura a 1860 aree, a proposito del quale la Corte sembra propendere a favore dell'essenzialità (par. 29), la Corte si mostra più cauta di quanto aveva fatto nella sentenza *Bronner*, anch'essa pronunciata a seguito di un rinvio pregiudiziale, nella quale aveva escluso il carattere di essenzialità del sistema nazionale di recapito a domicilio dei quotidiani. L'Avv. Generale Tizzano, d'altro canto, ha preso una posizione netta sulla configurabilità nel caso di specie di un doppio mercato: "*si può senz'altro individuare un mercato a monte relativo all'accesso alla struttura ad aree (monopolizzato dal titolare del diritto d'autore) ed un mercato derivato a valle relativo alla vendita degli studi*", v. Conclusioni dell'Avv. Gen. Tizzano, cit., par. 60. La sentenza della Corte non è stata l'ultima pronuncia in ambito comunitario sulla questione: nel marzo 2005 il Tribunale di primo grado ha emesso, su ricorso della stessa Commissione, un'ordinanza di non luogo a procedere nell'ambito del procedimento avente ad oggetto l'annullamento della decisione cautelare della Commissione; v. Ordinanza del Tribunale di primo grado, 10 marzo 2005, causa T-184/01, *IMS Health c. Commissione delle Comunità europee e altri*, in Racc. 2005, II-817. Il procedimento di annullamento nel merito della decisione della Commissione, instaurato da IMS, era stato nel frattempo sospeso con ordinanza del 26 settembre 2002, in attesa della pronuncia della Corte di giustizia sulle questioni pregiudiziali sollevate dal Landgericht di Francoforte.

5.2. UN TEST DI ABUSIVITÀ DEL RIFIUTO DI LICENZE: IL TEST *IMS*

L'importanza attribuita alla sentenza *IMS* è dovuta al fatto che in essa la Corte di giustizia ha cercato per la prima volta di “codificare” in alcuni principi generali il trattamento del rifiuto abusivo di licenze (cd. “test *IMS*”). La sentenza è, d'altro canto, l'ultima pronuncia dei giudici comunitari di ultima istanza sull'argomento.

La volontà della Corte di elaborare una disciplina astratta dell'abuso da rifiuto di licenza è rilevabile sia dall'impostazione della pronuncia sia da alcuni contenuti che caratterizzano la sentenza e che la differenziano dai precedenti della Corte.¹⁰³

Essa non si limita infatti, come nella sentenza *Magill*, ad elencare le circostanze in presenza delle quali il rifiuto può essere ritenuto abusivo ma, al contrario, si sofferma su ognuna di esse per chiarirne il significato.

Inoltre, per la prima volta, aggiunge alle argomentazioni destinate a risolvere il caso di specie alcune riflessioni di carattere generale sulla *ratio* che dovrebbe guidare i giudici comunitari e nazionali nei casi in materia di rifiuto di licenze.

Essa stabilisce infatti che la specificità dei diritti di proprietà intellettuale impone che, nelle fattispecie che li coinvolgono, l'interesse alla libera concorrenza sia temperato con l'interesse all'innovazione e al progresso. L'esigenza di una concorrenza non falsata può prevalere sull'esclusiva riconosciuta al titolare del diritto IP solo se il rifiuto opposto da quest'ultimo sia dannoso per i consumatori e per il benessere sociale, ovvero quando impedisca che gli acquirenti possano beneficiare di un prodotto nuovo. Viceversa, il benessere dei consumatori non verrebbe pregiudicato qualora il titolare del diritto negasse una licenza finalizzata alla produzione di un bene sostanzialmente identico a quelli già esistenti sul mercato. Nel primo caso, un'eventuale limitazione al diritto di esclusiva sarebbe giustificata dalla realizzazione dell'interesse dei consumatori a disporre di un bene non offerto, che sia frutto dello sviluppo del bene protetto dal diritto IP; nel secondo, invece, l'imposizione di limitazioni al titolare del diritto per permettere a terzi di produrre sostanzialmente una duplicazione del bene

¹⁰³ Tale volontà è espressa in modo ancora più evidente nelle Conclusioni dell'Avv. Gen. Tizzano, cit., par. 61 ss.

tutelato negherebbe la sostanza stessa del diritto di privativa e rischierebbe di creare un forte disincentivo alla ricerca.¹⁰⁴

In forza del test elaborato dalla Corte, il rifiuto di un'impresa dominante di concedere in licenza un bene protetto da un diritto di proprietà intellettuale sarebbe pertanto abusivo quando ricorrono quattro condizioni cumulative:

(i) il bene cui si chiede l'accesso è indispensabile per l'esercizio di una data attività in un mercato derivato;

(ii) il rifiuto costituisce ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto o servizio che il titolare del diritto di proprietà intellettuale non offre e per cui esiste una potenziale domanda da parte dei consumatori;

(iii) il rifiuto non è oggettivamente giustificato, e

(iv) è idoneo ad escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato.

Scomparsi i riferimenti della prima giurisprudenza in materia di rifiuto di licenze, la definizione delle "circostanze eccezionali" del test IMS è fondata quasi esclusivamente sulle nozioni di diritto *antitrust* elaborate nelle sentenze *Magill* e *Bronner*.¹⁰⁵

Benché non si esprima sull'eventuale recepimento della dottrina delle *essential facilities*, la Corte chiarisce infatti che la disciplina *Bronner*, comunque la si voglia inquadrare, è applicabile anche ai rifiuti di fornitura aventi ad oggetto beni immateriali come i diritti IP.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Una soluzione di questo genere sembra un buon compromesso tra le esigenze di protezione della cd. *efficienza allocativa* (corrispondente alla capacità del mercato di produrre beni esattamente nella quantità richiesta dalla domanda, reale e potenziale) e la cd. *efficienza dinamica* (corrispondente alla capacità di stimolare il progresso e l'innovazione). Con riferimento alla dottrina delle *essential facilities*, v. anche *supra*, Cap. 2, par. 3.6. Cfr. con DREXL, *IMS Health and Trinko – Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2004, p. 788 ss., spec. 801-803 che sottolinea che una tale soluzione teorica non sembra sia adatta a realizzare il benessere dei consumatori nel caso di specie: mentre il requisito del prodotto nuovo si era rivelato adatto nel caso *Magill*, nella vicenda *IMS*, invece l'interesse dei consumatori (i.e. le case farmaceutiche) non consisteva nel disporre di un nuovo prodotto, bensì nella presenza di più concorrenti sul mercato a valle che potessero offrire prodotti simili sulla base della medesima struttura di banca dati ma a un prezzo inferiore a quello applicato dal monopolista IMS.

¹⁰⁵ La volontà di sottolineare chiaramente la continuità con la giurisprudenza precedente è particolarmente evidente nella traduzione inglese della sentenza, dove la Corte afferma che: "*It is clear from that case-law that, in order for the refusal by an undertaking which owns a copyright to give access to a product or service indispensable for carrying on a particular business to be treated as abusive, it is sufficient that three cumulative conditions be satisfied, namely, that that refusal is preventing the emergence of a new product for which there is a potential consumer demand, that it is unjustified and such as to exclude any competition on a secondary market.*" (par. 38) (sottolineato aggiunto). Fa rilevare questo atteggiamento della Corte, VAN EMPEL, *Proprietà intellettuale e diritto CE della concorrenza. 2004: un anno movimentato*, in *Rivista di diritto industriale*, 2005, I, p. 277 ss., spec. 293.

¹⁰⁶ Cfr. Conclusioni dell'Avv. Gen. Tizzano, cit., par. 47, dove l'Avv. Generale richiama le "pronunce della Corte relative alla possibilità di configurare un rifiuto di contrarre come un abuso di posizione

La valutazione del carattere di “essenzialità” della struttura a 1860 aree, presupposto per l’analisi dell’abusività del diniego, infatti, è basata esclusivamente sulle affermazioni della sentenza *Bronner*. Inoltre, le “circostanze eccezionali” del test *IMS* non sono riprese direttamente dalla sentenza *Magill*, ma dalla rilettura evolutiva di quest’ultima operata dalla Corte nella sentenza *Bronner* dove si è affermato il carattere cumulativo di tali circostanze.¹⁰⁷

Nei casi di diniego di licenze di diritti di proprietà intellettuale, alle circostanze previste per l’analisi dell’abusività di generici rifiuti di fornitura deve tuttavia aggiungersi l’ulteriore circostanza dell’ostacolo alla comparsa del “prodotto nuovo”.¹⁰⁸ Tale circostanza è tratta dalla sentenza *Magill* ma, mentre in quest’ultima essa sembrava essere un fattore “contingente” per individuare la soluzione del caso concreto, nella sentenza *IMS*, la circostanza del “prodotto nuovo” acquista una portata più ampia e diviene principio generale per valutare l’abusività di ogni rifiuto di licenza.

In conclusione, la specificità dei diritti di proprietà intellettuale non esclude l’applicabilità anche ai casi di rifiuto di licenza di un’analisi fondata sui principi del diritto *antitrust* ma ne impone comunque una lettura più restrittiva mediante l’integrazione dei criteri di giudizio utilizzati per la valutazione dei rifiuti di contrarre con l’ulteriore circostanza, prevista nei soli casi di diniego di licenza, dell’ostacolo alla comparsa del “prodotto nuovo”.¹⁰⁹

dominante, nelle quali (o almeno in alcune delle quali) sembra potersi intravedere un’applicazione della c.d. teoria delle essential facilities”. V. anche HATZOUPOULOS, *Note to Case C-418/01, IMS Health GmbH v. NDC Health GmbH*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 1613 ss., spec. 1620-1626, il quale considera la sentenza *IMS* un’espressa applicazione della disciplina delle infrastrutture essenziali.

¹⁰⁷ Si noti che la sentenza *IMS* supera completamente la pronuncia del Tribunale di primo grado nel caso *Ladbroke*, che non viene nemmeno citata dalla Corte.

¹⁰⁸ *Contra*, MEINBERG, *From Magill to IMS Health: The New Product Requirement and the Diversity of Intellectual Property Rights*, in *European Intellectual Property Review*, 2006, p. 398 ss., spec. 401, il quale ritiene che, alla luce della sentenza *Ladbroke* e, in particolare, dalla pronuncia *Bronner* risulta che il requisito del “prodotto nuovo” non è elemento indispensabile delle “circostanze eccezionali”: “*The fact that in Bronner the ECJ explicitly refers to Magill and neglects the condition of the prevention of a new product can only lead to the conclusion that the aforesaid condition cannot be seen as being indispensable requirement for exceptional circumstances. (...) In Bronner, finally, this total neglect of this condition might be assessed as a waiver of this condition and a correction of former case law*”.

¹⁰⁹ Dubbi circa la possibilità di sottoporre al medesimo trattamento il rifiuto a contrarre avente ad oggetto beni materiali e il rifiuto relativo a beni immateriali era già stato sollevato dalla Corte nel caso *Bronner*, cit., par. 41: “*anche supponendo che questa giurisprudenza relativa all’esercizio di un diritto di proprietà intellettuale (la giurisprudenza Magill, n.d.a.) sia applicabile all’esercizio di qualsivoglia diritto di proprietà (...)*”. V. DERCLAYE, *The IMS Health Decision: A Triple Victory*, in *World Competition*, 2004, p. 397 ss., spec. 403: “*(...) for determining when a refusal to grant a license (...) for a copyright is abusive, both the Bronner and Magill conditions must be added*”. *Contra*, FINE, *NDC/IMS: a Logical Application of Essential Facilities Doctrine*, cit., pp. 16-17: “*(...) reference by ECJ in Magill to a “new” product was not intended to draw a distinction in essential facilities cases between those instances in which the facilities in question constituted a physical infrastructure or other tangible property, and those*

5.2.1. I CRITERI DI ABUSIVITÀ DEL TEST *IMS*: RIVISITAZIONE ED AMPLIAMENTO DELLE “CIRCOSTANZE ECCEZIONALI”

Si è visto che, mossa dal proposito di regolare in via generale le ipotesi di abuso da rifiuto di licenza, nella sentenza *IMS* la Corte di giustizia ha cercato di chiarire il significato delle “circostanze eccezionali”.

Se con riferimento al concetto di “indispensabilità” la Corte ribadisce la validità delle affermazioni della sentenza *Bronner*,¹¹⁰ essa invece sviluppa nuove riflessioni con riguardo alla circostanza relativa all’esclusione della concorrenza nel mercato derivato e a quella dell’ostacolo alla comparsa del nuovo prodotto. Tuttavia, in apparente contrasto con la volontà di precisare e di restringere i criteri in forza dei quali il diniego di licenza è da ritenersi abusivo, la Corte fornisce di tali criteri un’interpretazione ampia ed incerta.

La sentenza, inoltre, non aggiunge nulla quanto alla circostanza relativa all’assenza di giustificazioni oggettive sul cui contenuto continuano a rimanere numerose perplessità.

Infine, pur avendo chiarito il carattere cumulativo dell’elenco delle “circostanze eccezionali” citate nella sentenza *Magill*, la Corte lascia irrisolto il dubbio se si tratti anche di un elenco esaustivo.¹¹¹

5.2.1.1. (SEGUE) L’ESCLUSIONE DELLA CONCORRENZA NEL MERCATO DERIVATO E IL FATTORE DEL “DOPPIO MERCATO”

Tra le “circostanze eccezionali” richiamate dalla Corte affinché il rifiuto di licenza sia abusivo vi è il rischio che detto rifiuto provochi l’eliminazione della concorrenza in un mercato a valle. Il presupposto di un’eventuale esclusione dei concorrenti è dunque l’esistenza di due mercati distinti.

IMS aveva sostenuto che nel caso concreto non potesse prodursi nessun effetto anticompetitivo, dal momento che la fattispecie coinvolgeva il solo mercato dei servizi di dati relativi alle vendite regionali di prodotti farmaceutici, dove la struttura a

instances in which the facility at issue was intangible and potentially subject to intellectual property protection”.

¹¹⁰ Cfr. HATZOUPOULOS, *Note to Case C-418/01, IMS Health GmbH v. NDC Health GmbH*, cit., p. 1632, secondo il quale la Corte nella sentenza *IMS* avrebbe reso meno restrittivo anche il test della “indispensabilità”.

¹¹¹ Si osservi, infatti, che a sostegno della sua argomentazione sulle circostanze eccezionali, la Corte non si limita a richiamare la pronuncia *Magill* bensì anche la sentenza *Volvo*; inoltre essa sostiene che perché il rifiuto di licenza possa dirsi abusivo è “sufficiente” (e non “necessario”) siano integrate le circostanze di *Magill* (v. sentenza *IMS*, cit., par. 38). La Commissione nel caso *Microsoft* si è posta il medesimo dubbio: v. *infra*, par. 6.1.

1860 aree era richiesta e contemporaneamente destinata ad essere utilizzata da IMS e dai concorrenti; questi ultimi, invece, ritenevano che per considerare abusivo un rifiuto di licenza non fosse necessaria l'esistenza di due mercati separati.

La Corte ribadendo, sulla base della giurisprudenza *Bronner*, la necessità di identificare, anche nei casi di abuso di licenza, un mercato a monte ed un mercato a valle, ha precisato che il primo possa essere anche semplicemente “potenziale” o “ipotetico”.¹¹² Ciò che è sufficiente è che possa essere individuato un mercato di prodotti che, benché non commercializzati, siano essenziali per svolgere un'attività distinta e per cui sussista una richiesta potenziale da parte di coloro che desiderano svolgere detta attività. Basta quindi che esistano due stadi di produzione, in cui ad un prodotto a monte corrisponda un prodotto a valle da esso derivato.¹¹³

L'analisi della Corte relativa al presupposto del “doppio mercato” sembra tuttavia frutto di una forzatura teorica oltre che priva di un valido fondamento economico.

In primo luogo, si fatica a cogliere il significato concreto del concetto di “mercato potenziale” e ad individuare in cosa questo si differenzerebbe da un “mercato ipotetico”.¹¹⁴ La Corte usa, inoltre, un lessico ambiguo, parlando prima di doppio “mercato”, poi di doppio “prodotto”, termini che identificano nozioni evidentemente non equivalenti da un punto di vista sia giuridico sia economico.¹¹⁵ D'altro canto,

¹¹² A fondamento della propria argomentazione relativa al fattore del doppio mercato la sentenza della Corte cita solo la sentenza *Bronner*; l'Avv. Generale invece cita i casi *Commercial Solvents*, *Télémarketing*, *Volvo* (per cui parla di “presunto” mercato dei ricambi originali), *Magill e Bronner* (con riferimento al quale dice che la Corte aveva “ipotizzato” l'esistenza del mercato relativo ai sistemi di recapito a domicilio di quotidiani su scala nazionale): v. Conclusioni dell'Avv. Gen. Tizzano, cit., par. 47-54. A sostegno della propria tesi, al par. 58 delle sue conclusioni, l'Avv. Generale cita un esempio classico della teoria delle *essential facilities*: il proprietario di un porto, infrastruttura indispensabile per prestare servizi di trasporto marittimo in un dato mercato geografico, nega, senza alcuna giustificazione, l'accesso al medesimo alle imprese terze che gliene facciano richiesta. A parere dell'Avv. Generale, la giurisprudenza del rifiuto a contrarre dovrebbe trovare applicazione indipendentemente dal fatto che i servizi portuali siano offerti sul mercato dal soggetto dominante, ossia, indipendentemente dal fatto che il relativo mercato sia “effettivo” o semplicemente “potenziale”.

¹¹³ L'esistenza di un doppio mercato non è richiesta nella *essential facility doctrine* statunitense: sottolineano, *inter alia*, tale differenza tra la sentenza della Corte di giustizia in *IMS* e la decisione della Corte Suprema nel caso *Trinko* (v. supra, Cap. 2, par. 3.2.), DREXL, *IMS Health and Trinko*, cit., p. 799 e KANTER, *IP and Compulsory Licensing on Both Sides of the Atlantic*, cit., pp. 358-359.

¹¹⁴ V. GERADIN, *Limiting the scope of Article 82*, cit., p. 1530: “The ECJ does not say anything, however, as to the exact meaning of such terms and the way they should be applied in practice” e PETIT, *Arrêt IMS*, in *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2004, pp. 108 ss., spec. 112: “elle utilise tour à tour les concepts de marchés «hypothétiques» et/ou «potentiels», notions qui couvrent sans doute des réalités différentes. Ainsi si la preuve de l'existence d'un marché «hypothétique» semble pouvoir être rapportée très facilement, il n'en va de même de l'existence d'un marché «potentiel» qui implique la preuve d'une demande potentielle”.

¹¹⁵ V. infatti, sentenza *IMS*, cit., par. 45, che conclude affermando: “Ne consegue che è determinante che possano essere identificati due diversi stadi di produzione tra loro collegati in quanto il prodotto a monte

indicazioni più chiare a riguardo non si ricavano nemmeno da un confronto con la vicenda *Magill*: in questo caso, infatti, le tre emittenti televisive, potevano utilizzare i propri diritti esclusivi sui palinsesti in un mercato effettivamente distinto in cui non operavano (il mercato delle guide multicanale), così come in altri mercati in cui invece i dati sui programmi tv venivano effettivamente ceduti (i mercati dei quotidiani e dei settimanali). Il fatto che tali dati fossero passibili di più utilizzi in mercati distinti rendeva più verosimile l'esistenza di un mercato separato dei palinsesti tv. Nel caso *IMS*, invece, la banca dati a 1860 aree non è uno strumento (facente parte di "mercato a monte") per produrre un bene (in un "mercato a valle"), ma costituisce essa stessa un unico bene nel solo mercato rilevante del caso di specie. Un'ipotetica distinzione tra il mercato dei dati sulle vendite (forniti e combinati dai grossisti di IMS secondo la struttura da essa elaborata a 1860 aree) e quello degli studi (venduti da IMS alle imprese farmaceutiche) non sembra trovare riscontro nella realtà: l'osservazione dei fatti, invero, mostra semplicemente che IMS metteva a punto un unico prodotto e lo vendeva ai suoi clienti.¹¹⁶

Per quanto opinabile, tuttavia, ciò che si deriva dalla sentenza *IMS* è che la Corte ritiene sufficiente l'individuazione in astratto di due livelli di produzione (più che di due mercati nel senso giuridico del termine).

Tale interpretazione rischia di estendere le ipotesi di abuso al rifiuto di condividere con i concorrenti semplici vantaggi tecnici e competitivi acquisiti dall'impresa dominante mediante una competizione basata sul merito. Infatti, ogni "bene" astrattamente individuato e protetto da un diritto di proprietà intellettuale può

è un elemento indispensabile per la fornitura del prodotto a valle". Si noti che NDC e la Commissione nelle loro osservazioni non parlano di due mercati, bensì di due "attività" (NDC) e due "stadi di produzione" (la Commissione): v. quanto riportato da Conclusioni dell'Avv. Gen. Tizzano, cit., par. 39 e 42.

¹¹⁶ Cfr. ONG, *Building Brick Barricades and Other Barriers to Entry: Abusing a Dominant Position by Refusing to License Intellectual Property Rights*, in *European Competition Law Review*, 2005, p. 215 ss., spec. 223. A parere di chi scrive sembra che una situazione simile a quella del caso *IMS* si fosse già presentata alla Corte di giustizia nel caso *Volvo*, dove i riparatori indipendenti avevano chiesto di essere riforniti delle parti di carrozzeria coperti da brevetto. La Corte aveva però risolto il caso sostenendo l'inesistenza dell'abuso. V. anche PARDOLESI, GRANIERI, *Licenza obbligatoria ed essential facilities nell'antitrust comunitario*, in *Rivista di diritto industriale*, 2004, II, p. 323 ss., spec. 335: "A meno di spiritualizzazioni estenuate, non c'è modo di rintracciare un mercato plausibilmente distinto da quello nel quale IMS opera (e nel quale i concorrenti vorrebbero entrare), semplicemente perché non esiste una domanda diversa per un bene (il diritto sulla 1860 Brick Structure), che è inservibile al di fuori dell'uso per cui viene concretamente utilizzato da IMS. La proprietà intellettuale in questo caso è la risorsa essenziale, coincidente esattamente con ciò che soddisfa il bisogno dei clienti. Una domanda, uno il prodotto, uno il diritto. Questa sovrapposizione tra diritto e prodotto, che si risolve nell'unicità del mercato, elimina l'opportunità (...) d'ogni riferimento a *Magill* e, più in generale, alla *essential facilities doctrine*."

essere “ipoteticamente” oggetto di autonoma commercializzazione, con il risultato che il titolare potrebbe vedersi obbligato a concedere l’accesso se questo sia considerato indispensabile per realizzare un altro prodotto.

5.2.1.2. (SEGUE) L’OSTACOLO ALLA COMPARSA DI UN “PRODOTTO NUOVO”

Si è visto che per essere abusivo il rifiuto di contrarre avente ad oggetto un bene protetto da un diritto IP deve altresì ostacolare la comparsa di un nuovo prodotto sul mercato.

Nella sentenza *IMS*, la Corte ripropone esattamente la stessa definizione di “prodotto nuovo” utilizzata nel caso *Magill* (“prodotti o servizi nuovi che il titolare non offre e per i quali esiste una potenziale domanda da parte dei consumatori”).¹¹⁷ Essa abbandona invece la formulazione dell’Avvocato Generale che aveva parlato di “beni/servizi con caratteristiche diverse che - benché in concorrenza con quelli del titolare del diritto – rispondano a particolari esigenze dei consumatori che non sono soddisfatte dai beni e servizi esistenti”.¹¹⁸

L’espressione usata dalla Corte lascia spazio a numerose letture e, per di più, non trova riscontro in nessuna teoria economica e giuridica.¹¹⁹

Per essere “nuovo”, occorre che il bene sia oggettivamente diverso rispetto a quello offerto dal titolare del diritto IP o è sufficiente una versione migliorata del medesimo bene? In tal caso, quali miglioramenti possono venire in rilievo: una maggiore efficienza, un prezzo di vendita più basso? Infine, cosa intende la Corte quando esclude che il detentore dell’esclusiva sia obbligato a concedere l’accesso, se il soggetto che gliene fa richiesta intende “in sostanza” riprodurre lo stesso bene offerto dal titolare?

¹¹⁷ V. sentenza *Magill*, cit., par. 54: “Il rifiuto di fornire informazioni grezze opposto dalle ricorrenti avvalendosi delle disposizioni nazionali sul diritto d’ autore ha quindi ostacolato l’ emergere di un prodotto nuovo, una guida settimanale completa dei programmi televisivi, che le ricorrenti non offrivano e per cui sussisteva una domanda potenziale da parte del consumatore, il che configura un abuso ex art. 86, secondo comma, lett. b), del Trattato”.

¹¹⁸ V. Conclusioni dell’Avv. Gen. Tizzano, cit., par. 62. Si osservi che, a parere dell’Avv. Generale, il requisito del “prodotto nuovo” potrebbe aver giocato implicitamente un ruolo rilevante anche nel caso *Volvo*: “Sebbene in quel caso il brevetto per modello ornamentale delle diverse parti di carrozzeria potesse essere considerato come un input indispensabile per operare sul (presunto) mercato dei ricambi originali, si può ritenere che la Corte non abbia giudicato abusivo il rifiuto di licenza in considerazione del fatto che il richiedente non voleva far altro che duplicare i prodotti del titolare del brevetto, e cioè produrre i ricambi originali Volvo” (*ibidem*, par. 65) (sottolineato aggiunto).

¹¹⁹ V. RIDYARD, *Compulsory Access under EC Competition Law*, cit., p. 670: “It is hard to see how this condition has any solid economic foundation”.

La sentenza non dà risposte certe¹²⁰ e le considerazioni della dottrina sul punto conducono a soluzioni opposte.

A favore dell'interpretazione che identifica il prodotto "nuovo" con un bene diverso rispetto a quello realizzato dal proprietario del diritto di proprietà intellettuale gioca, innanzitutto, la *ratio* dell'inclusione di tale requisito nel test *IMS*: l'interesse alla ricerca ed al progresso verrebbe garantito se si limitasse il diritto di esclusiva del titolare del diritto IP solo nei casi in cui il prodotto richiesto sia utilizzato dal concorrente per realizzare un bene che risponda a esigenze non soddisfatte dei consumatori.

Il fatto che l'ostacolo all'emersione del "prodotto nuovo" sia una delle "circostanze eccezionali" in cui il diniego di licenza può essere vietato ex art. 82 TCE ne imporrebbe inoltre un'interpretazione restrittiva, limitata quindi alle ipotesi in cui il prodotto del concorrente sia realmente differente. *A contrario*, il fatto che non basti a far ritenere abusivo il rifiuto che impedisca al richiedente "in sostanza" di riprodurre gli stessi prodotti o servizi dell'impresa dominante, può indurre a pensare che non sia sufficiente apportare limitate varianti al bene del titolare del diritto.

Infine, sembra far propendere per questa soluzione la circostanza che la definizione di "nuovo prodotto" nella sentenza *IMS* è ripresa dalla sentenza *Magill* dove il bene di cui veniva impedita la comparsa sul mercato era oggettivamente diverso (guide tv settimanali multicanale) da quello che le emittenti tv già commercializzavano (guide tv monocanale).¹²¹

L'idea secondo cui il "prodotto nuovo" è un prodotto differente è parsa ad alcuni autori in contraddizione con l'ulteriore circostanza eccezionale del test che impone di considerare abusivo il rifiuto di licenza quando ci sia il rischio di eliminare la concorrenza sul mercato derivato. Infatti, se il prodotto nuovo fosse talmente diverso da non essere sostituibile con quello offerto dal titolare del diritto IP, il prodotto del richiedente farebbe parte di un mercato nuovo e non sarebbe pertanto in concorrenza con quello dell'impresa dominante, nel cui mercato non si realizzerebbe alcun tentativo

¹²⁰ NDC aveva sostenuto che il suo prodotto sarebbe stato migliore di quello di IMS: nella specie, avrebbe offerto uno spettro più ampio di dati, avrebbe dato ai clienti la possibilità di accedere "on line" ai dati, il valore dei dati sarebbe stato maggiore e questi sarebbero stati presentati in modo più piacevole per il cliente (v. richiamo nelle Conclusioni dell'Avv. Gen. Tizzano, cit., par. 39). Tuttavia né la Corte, né l'Avv. Generale hanno chiarito se queste differenze fossero tali da soddisfare il requisito del "prodotto nuovo". V. anche KANTER, *IP and Compulsory Licensing on Both Sides of the Atlantic*, cit., p. 354, il quale si chiede se l'impresa dominante può evitare, o eventualmente far cessare, la necessità di accordare licenze obbligatorie nel caso decida di cominciare a produrre da sé il "nuovo prodotto".

¹²¹ *Contra*, FINE, *NDC/IMS: a Logical Application of Essential Facilities Doctrine*, cit., p. 16, per cui Magill non intendeva introdurre un prodotto diverso ma delle semplici modifiche ai prodotti già offerti sul mercato dalle emittenti tv.

di monopolizzazione.¹²²Una tale interpretazione dà tuttavia per presupposto che l'attributo "nuovo" equivalga a "non sostituibile" e, soprattutto, che l'unico effetto anticompetitivo creato dal rifiuto di licenza sia l'effetto di monopolizzazione di un mercato a valle dove il titolare del diritto IP è già presente e non possa invece essere un effetto di preclusione all'apertura *ex novo* di un mercato che il titolare dell'esclusiva non vuole si sviluppi.

A favore della diversa interpretazione che invece identifica il prodotto "nuovo" con una versione solo modificata del prodotto esistente vi sarebbe pertanto una lettura più coerente con la circostanza dell'eliminazione della concorrenza nel mercato derivato. Tuttavia, questa soluzione amplierebbe enormemente l'obbligo del detentore del diritto di proprietà intellettuale di concedere l'accesso al medesimo, in contrasto con la *ratio* di tutela dell'innovazione alla base dei diritti IP. Inoltre, detta interpretazione sarebbe inutilizzabile in mancanza di criteri oggettivi che identifichino sia qualitativamente sia quantitativamente il grado di miglie minime che il prodotto del richiedente deve presentare per poter ritenere abusivo il diniego di licenza dell'impresa dominante.¹²³

Nel tentativo di dirimere tali diverse vedute, un autore ha sottolineato infine che il grado di differenziazione rilevante non è da valutarsi tra i due prodotti nel mercato a valle bensì tra il prodotto del richiedente ed il diritto IP; secondo questa prospettiva, l'art. 82 TCE potrebbe imporre l'accesso al diritto a favore del richiedente che, pur producendo un bene simile o rispondente alle stesse esigenze di quello dell'impresa dominante, faccia un uso differente del diritto di proprietà intellettuale in esso incluso.¹²⁴

¹²² V. GERADIN, *Limiting the scope of Article 82*, cit., p. 1531 e PETIT, *Arrêt IMS*, cit., p. 112. V. anche la definizione utilizzata dall'Avv. Generale che fa presupporre che il nuovo prodotto possa comunque essere in concorrenza con il prodotto offerto dall'impresa dominante, in Conclusioni dell'Avv. Gen. Tizzano, cit., par. 62: "beni/servizi con caratteristiche diverse che - benché in concorrenza con quelli del titolare del diritto - rispondano a particolari esigenze dei consumatori che non sono soddisfatte dai beni e servizi esistenti" (sottolineato aggiunto). *Contra*, KANTER, *IP and Compulsory Licensing on Both Sides of the Atlantic*, cit., p. 355: "*A product is new only if falls into a relevant market that is distinct from the market in which the rights holder sells his existing products and the competitive position in the existing downstream market in which the right holder is active is essentially unchanged by the grant of the license. (...) It would appear (...) that the ECJ, by not adopting the same language as the Advocate General (...), is not ready to extend the compulsory licensing doctrine to horizontal relationships. (...) If the ECJ wanted to have extended compulsory licensing to horizontal relationships where a licensor and a licensee are in direct competition, it almost certainly would have used the same language or clarified the Advocate General's wording*".

¹²³ Pare sostenere tale soluzione, AREZZO, *Osservazioni a margine del caso NDC Health v. IMS Health*, in *Il Diritto Industriale*, 2004, p. 236 ss., spec. p. 238, nt. 10.

¹²⁴ PATTERSON, *The Peculiar "New Product" Requirement in European Refusal to License Cases: a US Perspective*, Paper provvisorio preparato in occasione del 2007 *EU Competition Law and Policy*

5.3. VALUTAZIONI CONCLUSIVE: L'ULTIMA PAROLA SULLA DISCIPLINA DEL RIFIUTO DI LICENZE?

Anche la sentenza *IMS* ha suscitato numerose riflessioni ed osservazioni negli ambienti interessati. A commenti positivi che hanno accolto con entusiasmo la “codificazione” del test *IMS*, si sono affiancate critiche per i numerosi dubbi lasciati irrisolti o, addirittura creati, da una sentenza che, nelle intenzioni, voleva essere il *leading case* del settore.¹²⁵

La pronuncia della Corte contiene ancora troppi punti dubbi perché ad essa possa seguire una giurisprudenza comunitaria coerente in materia di rifiuto di licenze.

Alcune caratteristiche della sentenza *IMS*, d'altronde, inducono a ritenere che l'approccio all'abuso da diniego di licenze possa essere ancora perfezionato. Innanzitutto, la sentenza è pronunciata su rinvio pregiudiziale: la Corte si è limitata a pronunciarsi sui quesiti posti dal giudice *a quo* e all'interpretazione delle norme non ha fatto seguire una loro applicazione nel caso di specie, circostanza che avrebbe reso più semplice cogliere il significato concreto delle affermazioni della sentenza.¹²⁶

Anche in questo caso, inoltre, oggetto della sentenza sarebbe un diritto IP debole;¹²⁷ in più, la sentenza *IMS* riguarda ancora l'ipotesi di un'esclusiva tutelata in

Workshop, presso il Robert Schuman Centre for Advanced Studies dell'Istituto Universitario Europeo, Firenze, 8-9 giugno 2007, in corso di pubblicazione in EHLERMANN, MARQUIS, *European Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford.

¹²⁵ Tra i commenti positivi, v. fra tutti, DERCLAYE, *The IMS Health Decision: A Triple Victory*, cit., p. 402 ss., per cui la sentenza *IMS* segna tre vittorie: una vittoria per la chiarezza e la certezza giuridica nell'ambito della giurisprudenza in materia di rifiuto di contrarre; una vittoria per la tutela del diritto d'autore e una vittoria per *IMS Health*. Tra i commenti negativi, v. tra gli altri, MEINBERG, *From Magill to IMS Health*, cit., p. 398, DREXL, *IMS Health and Trinko*, cit., p. 807, per cui la sentenza non prende sufficientemente in considerazione le questioni economiche sollevate dal caso e GERADIN, *Limiting the scope of Article 82*, cit., p. 1532, secondo il quale la sentenza della Corte conduce di fatto alla protezione dei concorrenti, anziché alla realizzazione del vero scopo dell'art. 82 TCE, ossia la protezione della concorrenza.

¹²⁶ V. ONG, *Anti-competitive Refusal to Grant Copyright Licenses: Reflections on the IMS Saga*, in *European Intellectual Property Review*, 2004, pp. 505 ss., spec. 505.

¹²⁷ V. in particolare, FORRESTER, *EC Competition Law as a Limitation on the Use of IP Rights in Europe*, cit., p. 513: “As in *Magill*, the Commission's intervention in *IMS* was requested to moderate the otherwise fatal consequences of a dominant player's successfully invoking at an interlocutory stage an improbable national IP right” e p. 519 “The *Magill* and the *IMS* cases can be seen as remedies to aberrations in the application of national copyright laws”; AITMAN, JONES, *Competition Law and Copyright*, cit. p. 141 e PARDOLESI, GRANIERI, *Licenza obbligatoria ed essential facilities nell'antitrust comunitario*, cit., pp. 332-333. Ritengono che la sentenza sia fortemente legata alle peculiarità del caso di specie che raramente potranno riproporsi: RITTER, *Refusal to Deal and “Essential Facilities”: Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property*, in *World Competition*, 2005, p. 281 ss., spec. 285-286 e DERCLAYE, *The IMS Health decision and the reconciliation of copyright and competition law*, cit., p. 697 (“It is arguably rare that many works protected by copyright will be indispensable. Not all such works are standards. The majority is most probably not”). Di parere opposto, PETIT, *Arrêt IMS*, cit., pp. 112-113 (“*Cet arrêt (Magill, n.d.a.) concernait une affaire topique dont la portée pouvait être*

forza del diritto d'autore. Rimane il dubbio se il criterio da utilizzare per giudicare un diniego di un bene tutelato in forza di un diritto IP di diversa natura (ad esempio un brevetto) debba essere differente.¹²⁸

Tali incertezze escludono pertanto che la sentenza *IMS* possa aver delineato in modo definitivo il trattamento del diniego abusivo di licenze. A conferma di ciò sarebbe intervenuta a breve la vicenda *Microsoft*.

6. UNA NUOVA INTERPRETAZIONE DEL TEST *IMS*: LA SENTENZA *MICROSOFT*

La vicenda che ha coinvolto la società americana Microsoft offre l'ultimo spunto per l'analisi della giurisprudenza comunitaria in materia di diniego abusivo di licenza di diritti di proprietà intellettuale.

Con poche settimane di anticipo sulla sentenza *IMS*, la Commissione ha emesso nel caso *Microsoft* una discussa decisione basata su fondamenti teorici molto lontani da quelli fino ad allora ribaditi dalle corti comunitarie.¹²⁹ Il Tribunale di primo grado, pur confermando in sostanza le conclusioni cui era giunta la Commissione, ha invece cercato di inquadrare la pronuncia nell'ambito dei principi del test *IMS*. Tuttavia, ancora una volta, dietro un'apparente linea di continuità con il passato, il test della sentenza *Microsoft* amplia la portata dei risultati della precedente giurisprudenza e lascia a casi futuri la soluzione di numerose questioni.

limitée à des circonstances très particulières. L'affaire IMS concernait en revanche des questions de fait plus « banales » (ou, à tout le moins, des situations plus répandues dans l'industrie)».

¹²⁸ V. DELRAHIM, *Forcing Firms to Share the Sandbox: Compulsory Licensing of Intellectual Property Rights and Antitrust*, in *European Business Law Review*, 2004, p. 1059 ss., spec. 1064: "I believe that the Magill and IMS Health cases may provide little precedent for a future case that features undisputed software rights, for example, or strong patent rights"; FORRESTER, *EC Competition Law as a Limitation on the Use of IP Rights in Europe*, cit., p. 517: "Not every European IP right is equally precious, equally sacrosanct, equally deserving of immunity (or tolerant treatment) under the competition rules. (...) If the rights in question were patent or crucial software, which were the result of years of expensive R&D in a technology driven industry, the Commission would have not reach the same conclusion". DERCLAYE, *The IMS Health Decision: A Triple Victory*, cit., p. 402 che ritiene che *IMS* si applichi solo al diritto d'autore e non ai diritti IP in generale. Si osserva tuttavia che dal punto di vista letterale, l'unico riferimento espresso al "diritto d'autore" è contenuto al par. 38 della sentenza *IMS*. In tutti gli altri casi la Corte parla di diritti di proprietà intellettuale in generale (cfr. sentenza *IMS*, cit., par. 48, 49 e 52). Anche l'Avv. Generale non pare fare questa distinzione: v. infatti Conclusioni dell'Avv. Gen. Tizzano, cit., par. 61 e 62. La presa in considerazione del requisito del "prodotto nuovo" anche nel caso *Volvo*, dove erano coinvolti brevetti per modello ornamentale, lascia supporre infine che l'Avv. Generale non intenda fare distinzioni tra diritti di proprietà intellettuale (*ibidem*, par. 65).

¹²⁹ V. Commissione delle Comunità Europee, 24 marzo 2004, *Microsoft*, caso COMP/C-3/37.792, decisione n. 2007/53/CE, di seguito anche la "decisione *Microsoft*". Il contenuto essenziale della decisione in lingua italiana è disponibile in G.U.U.E, 6 febbraio 2007, L 32, p. 23 ss.

La vicenda *Microsoft*, nondimeno, solleva molte perplessità circa l'opportunità di utilizzare un test rigido come quello sviluppato per il rifiuto di forniture, anche nei mercati ad alto sviluppo tecnologico, contraddistinti da forti effetti di rete e da caratteristiche economiche assenti nei mercati "tradizionali".¹³⁰

6.1. LA VICENDA *MICROSOFT* E LA SENTENZA DEL TRIBUNALE

La decisione della Commissione nel caso *Microsoft*¹³¹ ha origine dalla denuncia di un concorrente, la Sun Microsystems, che lamentava il rifiuto che la società americana le aveva opposto con riguardo alle informazioni sulle interfacce, necessarie per dialogare con i personal computer (pc) e i server che operavano in ambiente "Windows".¹³²

¹³⁰ V. decisione *Microsoft*, nt. 536. Un mercato del prodotto presenta degli "effetti di rete" quando l'utilità del prodotto in questione per i consumatori non dipende solo dall'uso che essi ne fanno, bensì anche dalla quantità di altri consumatori che utilizzano il medesimo prodotto. Tale effetto è solitamente definito effetto di rete "diretto". Si parla, invece, di effetto di rete "indiretto" quando il valore del prodotto cresce agli occhi degli utilizzatori in funzione dell'aumento del numero e della varietà di prodotti ad esso complementari. Il mercato dei programmi software è caratterizzato da forti effetti di rete diretti ed indiretti: poiché detti programmi, per loro natura, non sono destinati ad operare isolatamente ma ad interagire con altri software, il beneficio che gli utilizzatori derivano dall'uso di un determinato programma dipende dalla diffusione di quel medesimo programma presso altri utenti. Gli effetti di rete, in particolare, influiscono sull'assetto economico del mercato, favorendo naturalmente l'emergere di un solo prodotto che diviene lo *standard* di fatto di mercato e acquista la posizione dominante. Per tornare all'esempio dei programmi software, gli utilizzatori finali evidentemente preferiranno i programmi software più diffusi e gli installatori, a loro volta, tenderanno ad installare sulle macchine i programmi più usati e preferiti dai consumatori. D'altro canto gli utilizzatori privilegeranno l'uso di programmi più conosciuti dalla rete di assistenza, la quale, da parte sua, si specializzerà prevalentemente sui software più utilizzati dagli utenti. Considerati i caratteri strutturali di tali ambiti merceologici e la velocità di innovazione del mercato, quindi, la competizione tra imprese più proficua in questi settori non è quella tra beni all'interno del medesimo mercato (destinata a fallire, vista la naturale tendenza all'emersione di un solo *standard* per mercato) ma quella tra diversi mercati (ovvero, tra diversi *standard*). In conclusione, è evidente che, date queste peculiarità, l'analisi concorrenziale di tale tipologia di mercati non può essere identica a quella utilizzata per i mercati tradizionali. Per una breve analisi degli effetti di rete nei mercati *hi-tech*, cfr. ANDREANGELI, *Case T-201/04 Microsoft v. Commission*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 863 ss., spec. 869 e 879-880.

¹³¹ Il caso si differenzia da quelli portati all'attenzione delle autorità *antitrust* degli Stati Uniti. Per un riferimento, in particolare all'ultimo di questi casi (cd. *Microsoft III*) v. decisione *Microsoft*, cit., par. 51-58. Per uno studio della dottrina che confronta l'esito del caso *Microsoft III* e la decisione della Commissione sul *tying*, v. APON, *Cases Against Microsoft: Similar Cases, Different Remedies*, in *European Competition Law Review*, 2007, p. 327 ss.

¹³² La decisione della Commissione è preceduta da una lunga indagine nel corso della quale la Commissione ha inviato a Microsoft tre comunicazioni degli addebiti. La prima veniva inviata il 2 agosto 2000: in essa, la Commissione contestava a Microsoft una serie di questioni circa l'interoperabilità fra sistemi operativi Windows per pc clienti, da un lato e sistemi operativi per server di altri fornitori, dall'altro (cd. interoperabilità *client-server*). La seconda comunicazione è datata 29 agosto 2001: in questa, la Commissione affrontava una serie di questioni relative all'interoperabilità tra server per gruppi di lavoro (cd. interoperabilità *server-server*) nonché all'inclusione, nel sistema operativo Windows per pc, di Windows Media Player. La terza ed ultima comunicazione degli addebiti del 6 agosto 2003, che era destinata a completare le precedenti, forniva alla Microsoft indicazioni sulle misure correttive che la Commissione intendeva adottare con riferimento alle condotte ritenute abusive.

Data l'enorme diffusione del sistema operativo "Windows" di proprietà di *Microsoft*, le società produttrici di server per gruppi di lavoro dovevano disporre di queste informazioni (cd. "informazioni di interoperabilità")¹³³ per essere competitive sul mercato.¹³⁴

Microsoft deteneva una posizione dominante¹³⁵ in due mercati distinti, comprendenti l'uno i sistemi operativi per pc clienti e l'altro i sistemi operativi per server per gruppi di lavoro¹³⁶.

Rifiutando di fornire le informazioni necessarie per realizzare sistemi operativi per server per gruppi di lavoro compatibili con l'architettura *Windows*,¹³⁷ *Microsoft* aveva quindi abusato della propria posizione dominante nel mercato dei

¹³³ Per interoperabilità si intende la capacità di due o più sistemi di scambiare informazioni e di usare reciprocamente le informazioni scambiate. In particolare, in ambito informatico, essa individua l'interconnessione e interazione funzionale fra gli elementi del software e dell'hardware tramite le cd. «interfacce»; v. considerando 11 e 12 della *Direttiva 91/250/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore* in G.U.C.E. 17 maggio 1991, L 122, p. 42 ss.

¹³⁴ Oltre al rifiuto di licenza, la Commissione contestava a *Microsoft* la pratica consistente nell'integrazione del lettore multimediale *Windows Media Player* nel sistema operativo *Windows* destinato ai pc, pratica sospettata di integrare gli estremi di una vendita abbinata vietata ex art. 82 TCE. La questione dell'abuso dovuto al *bundling* di *Windows* per pc e il lettore multimediale *Windows Media Player* non sarà oggetto di analisi. Per un commento della decisione della Commissione sul punto, v. ART, MC CURDY, *The European Commission's Media Player Remedy in its Microsoft Decision: Compulsory Code Removal Despite the Absence of Tying or Foreclosure*, in *European Competition Law Review*, 2004, p. 694 ss.

¹³⁵ La Commissione rileva che dal 1996 *Microsoft* possedeva una posizione dominante nel mercato dei sistemi operativi per pc clienti: le quote di mercato di *Microsoft* erano stabili con valori superiori al 90% e esistevano forti effetti di rete indiretti che costituivano elevate barriere all'ingresso. V. in part. decisione *Microsoft*, cit., par. 472: "*Microsoft's dominance presents extraordinary features in that Windows (...) is not only a dominant product on the relevant market for client PC operating systems, but it the de facto standard operating system product for client PCs*" (sottolineato aggiunto). Dal 2002 *Microsoft* deteneva una posizione dominante anche nel mercato dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro: la quota di *Microsoft* era pari almeno al 60% ed era molto distante da quelle detenute dai concorrenti; anche in tale mercato esistevano forti effetti di rete che creavano alte barriere all'entrata; sussisteva infine un forte vincolo tecnologico e commerciale tra questo mercato e quello dei sistemi operativi per pc clienti.

¹³⁶ I sistemi operativi sono software di sistema che controllano le funzioni di base di un computer, permettono all'utente di servirsi del computer e di far funzionare su di esso le applicazioni. Essi si distinguono in sistemi operativi per pc clienti e per server. I Personal Computer Clienti (cd. pc clienti) sono computer per uso generale, destinati ad essere utilizzati da una sola persona e che possono essere inseriti in una rete di computer. I sistemi operativi per server per gruppi di lavoro sono sistemi operativi che forniscono a livello collettivo servizi di base (condivisione di files, di stampanti e l'amministrazione delle modalità di accesso da parte degli interessati ai servizi in rete) ad un numero ridotto di pc clienti collegati in reti di piccole e medie dimensioni.

¹³⁷ Si noti in particolare che, a parere della Commissione, le informazioni che *Microsoft* avrebbe dovuto fornire ai concorrenti consistevano nelle specificazioni dei protocolli (comprendenti le regole di interconnessione e di interazione) applicati nei sistemi operativi *Windows* per server per gruppi di lavoro e che venivano utilizzati dai server per gruppi di lavoro *Windows* allo scopo di fornire alla rete *Windows* per gruppi di lavoro (i.e. gruppi di pc clienti e server su cui è installato il sistema operativo *Windows*, collegati tra loro in rete) i servizi tipici di server di gruppo di lavoro, nonché i servizi propri di alcuni prodotti *Windows* (quali, ad es. i servizi di controllo del dominio *Windows*). Tale divulgazione non avrebbe dovuto estendersi al cd. "codice sorgente" di *Windows*. Il grado di interoperabilità richiesto dalla Commissione è stato oggetto di numerose discussioni anche davanti al Tribunale di primo grado, v. *infra* par. 6.1.

sistemi operativi per pc clienti. Tale comportamento, in particolare, aveva consentito all'impresa americana di estendere il proprio dominio anche nel mercato dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro e, nel lungo periodo, rischiava di eliminare da tale mercato anche la concorrenza residua.

La Commissione, non ritenendo esaustivo l'elenco delle "circostanze eccezionali" della sentenza *Magill*,¹³⁸ ha fondato il giudizio di abusività della condotta su una considerazione d'insieme della fattispecie¹³⁹, tenendo conto di alcune peculiarità rilevanti nel caso concreto, ossia delle caratteristiche del rifiuto opposto da Microsoft (diretto a tutti gli operatori del settore e consistente, più che in un diniego *ex novo*, in un'interruzione dei livelli di informazione forniti in precedenza)¹⁴⁰, del rischio di eliminazione della concorrenza nel mercato dei server¹⁴¹ ed, infine della limitazione allo sviluppo tecnico che il rifiuto di Microsoft avrebbe prodotto a danno dei consumatori.¹⁴²

¹³⁸ V. decisione *Microsoft*, par. 555-558: "There is no persuasiveness to an approach that would advocate the existence of an exhaustive checklist of exceptional circumstances and would have the Commission disregard a limine other circumstances of exceptional character that may deserve to be taken into account when assessing a refusal to supply". A dimostrazione della necessità che l'analisi dell'abusività del rifiuto sia fondata sulle circostanze del singolo caso concreto, la Commissione richiama quindi i casi *Commercial Solvents*, *Magill*, *Bronner* (secondo la Commissione, mentre nel primo l'interruzione della fornitura ha costituito un fattore oggetto d'analisi, negli altri l'assenza di tale circostanza non è stata considerata rilevante) e *Volvo* (nel quale, secondo la Commissione, si è fatto accenno ad alcune circostanze alla presenza delle quali un rifiuto di fornitura può dirsi abusivo); cfr. in part. par. 558: "The case-law of the European Courts therefore suggests that the Commission must analyse the entirety of the circumstances surrounding a specific instance of refusal to supply and must take its decision based on the results of such comprehensive examination". E' da ritenere che la decisione *Microsoft* non sarebbe stata diversa sul punto, anche se fosse stata pronunciata dopo la sentenza *IMS*: v. sentenza *IMS*, cit., par. 38, dove, infatti, si parla di "sufficienza" delle circostanze eccezionali del test *Magill*, non precisandone il carattere esaustivo o esemplificativo (cfr. *supra*, par. 5.2.1.)

¹³⁹ La Commissione richiama la precedente giurisprudenza dei casi *Commercial Solvents*, *Télémarketing*, *Magill*, *Ladbroke* e *Bronner*, evitando di fare una distinzione tra rifiuto di forniture e rifiuto di licenza, anzi lasciando intendere che non esistono differenze a riguardo (cfr. decisione *Microsoft*, cit., par. 550).

¹⁴⁰ *Ibidem*, par. 560-584. Dall'indagine condotta dalla Commissione era risultato che informazioni analoghe erano rese disponibili da Microsoft a Sun e alle altre industrie del settore con riferimento alle versioni precedenti di Windows 2000.

¹⁴¹ *Ibidem*, par. 585-692. Le informazioni rifiutate, infatti, erano indispensabili. La crescita delle quote detenute da Microsoft in tale mercato accompagnata dall'aumento delle incompatibilità nei sistemi Windows di più recente ideazione, dimostrava l'esistenza di un legame privilegiato tra i sistemi operativi per server di Microsoft e il sistema operativo Windows. L'assenza di sostituti reali e potenziali, inoltre, rafforzava il rischio di deriva monopolistica nel mercato derivato. La Commissione, d'altro canto, ha più volte ribadito che anche il solo rischio di eliminazione della concorrenza nel mercato derivato era sufficiente per ritenere abusivo il rifiuto (cfr. par. 622 e 631).

¹⁴² *Ibidem*, par. 693-708. Il rifiuto di Microsoft impediva agli utenti finali di avvantaggiarsi di nuovi prodotti e disincentivava i concorrenti ad innovare; in particolare, a causa del rifiuto di Microsoft alcune esigenze dei consumatori evidenziate nel corso di ricerche di mercato non potevano trovare soddisfazione; tra di esse la richiesta di caratteristiche di sicurezza e di affidabilità nei sistemi operativi, esigenze cui i prodotti di Microsoft non sembravano rispondere appieno. Le medesime considerazioni verranno affrontate davanti al Tribunale di primo grado, v. *infra*, par. 6.1.

La Commissione ha quindi escluso che la titolarità di diritti IP sul bene richiesto possa costituire una giustificazione oggettiva del rifiuto.¹⁴³

Nel caso di specie il rifiuto non poteva essere validamente motivato nemmeno in forza del disincentivo all'innovazione che sarebbe derivato a Microsoft dall'obbligo di concedere l'accesso alle informazioni richieste.¹⁴⁴ Servendosi di un test di comparazione (cd. "*Incentive balance test*"), la Commissione rilevava che l'eventuale impatto negativo sulle spinte all'innovazione di Microsoft, prodotto dall'imposizione dell'obbligo, sarebbe stato compensato dagli effetti positivi generati da tale obbligo sul livello di innovazione nell'insieme del settore.¹⁴⁵

La decisione della Commissione veniva tuttavia impugnata davanti al Tribunale di primo grado per un riesame del merito e per la sospensione delle misure correttive previste.¹⁴⁶ In tale sede, il Presidente del Tribunale, pur rigettando la domanda

¹⁴³ *Ibidem*, par. 712: "*Microsoft's refusal cannot be objectively justified merely by the fact that it constitutes a refusal to license intellectual property*".

¹⁴⁴ Microsoft faceva valere l'esistenza di alcuni brevetti sui protocolli di comunicazione nonché di diritti d'autore sulle specificazioni dei protocolli di comunicazione. Inoltre la società americana ha sostenuto che, in ogni caso, i protocolli di comunicazione costituivano segreti commerciali di grande valore. Si noti che, come farà poi il Tribunale, la Commissione opera sulla presunzione che tali diritti esistano (cfr. decisione *Microsoft*, cit., par. 546: "(...) *it cannot be excluded that ordering Microsoft to disclose such specifications and allow such use or them by third parties restricts the exercise of Microsoft's intellectual property rights*").

¹⁴⁵ Cfr. la traduzione in italiano del par. 783 della decisione *Microsoft*, come riportato dalla sentenza del Tribunale (v. *infra*), par. 706: "*un esame approfondito della portata delle divulgazioni in parola porta a concludere che, tutto considerato, l'eventuale impatto negativo che l'imposizione di un obbligo di fornire le informazioni di cui trattasi avrebbe sulle spinte della Microsoft ad innovare è compensato dai suoi effetti positivi sul livello di innovazione nell'insieme del settore (compresa la Microsoft)*". D'altro canto, la Commissione aveva espresso dubbi circa la possibilità che dall'obbligo di fornire le informazioni rilevanti sarebbe realmente derivata in capo a Microsoft una reale riduzione degli incentivi ad innovare (v. infatti, sentenza *Microsoft*, cit., par. 729). L'"*Incentives Balance Test*" o "test di comparazione" è stato l'elemento della decisione che ha maggiormente attirato l'attenzione dei commentatori: v. tra gli altri, VEZZOSO, *The Incentives Balance Test in the EU Microsoft Case: A Pro-Innovation "Economics-Based Approach?*, in *European Competition Law Review*, 2006, p. 382 ss., per cui in tale test si esprimerebbe il problema del rapporto tra diritto *antitrust* e diritto della proprietà intellettuale; LÉVÊQUE, *Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case*, in *World Competition*, 2005, p. 71 ss. che, da un punto di vista economico, lo ritiene preferibile al criterio del "prodotto nuovo"; ALBORS-LLORENS, *The Role of Objective Justifications and Efficiencies in the Application of Article 82 EC*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 1727 ss., spec. 1748-1750. Per un'analisi della decisione *Microsoft* in generale, v. anche: PARDOLESI, RENDA, *The European Commission's Case Against Microsoft: Kill Bill?*, in *World Competition*, 2004, p. 513 ss.

¹⁴⁶ L'art. 5 della decisione della Commissione ha ingiunto alla Microsoft quanto segue: "*La Microsoft (...) è tenuta a divulgare, entro 120 giorni dalla notifica della presente decisione, le informazioni relative all'interoperabilità a qualunque impresa che intenda sviluppare e distribuire sistemi operativi per server per gruppi di lavoro e ad autorizzare l'utilizzazione da parte di tali imprese, a condizioni ragionevoli e non discriminatorie, delle informazioni relative all'interoperabilità per sviluppare e distribuire sistemi operativi per server per gruppi di lavoro; la Microsoft (...) è tenuta a fare in modo che le informazioni relative all'interoperabilità divulgate siano aggiornate ogni volta che sia necessario e in modo tempestivo; la Microsoft (...) è tenuta ad istituire, entro 120 giorni dalla notificazione della presente decisione, un meccanismo di valutazione che consentirà alle imprese interessate di informarsi efficacemente circa la portata e le condizioni di utilizzazione delle informazioni relative all'interoperabilità; la Microsoft (...) potrà imporre condizioni ragionevoli e non discriminatorie per*

di provvedimenti cautelari per assenza di *periculum in mora*,¹⁴⁷ ha rilevato che la decisione avrebbe richiesto alcuni approfondimenti e sollevava importanti problemi di principio come quello del carattere esaustivo o esemplificativo delle “circostanze eccezionali” del test *IMS*¹⁴⁸ e quello dell’eventuale rilevanza, nella valutazione di abusività, del valore del bene protetto dal diritto IP¹⁴⁹.

In sede di appello, tuttavia, il Tribunale ha confermato l’esito della decisione della Commissione quanto al diniego di licenza.¹⁵⁰

garantire che l’accesso consentito in tale ambito alle informazioni relative all’interoperabilità venga utilizzato esclusivamente a fini di valutazione. L’art. 7 della decisione ha altresì imposto a Microsoft di presentare alla Commissione una proposta (che includesse la supervisione da parte di un mandatario indipendente) per l’individuazione di un sistema che supportasse la Commissione nella verifica dell’osservanza della decisione da parte di Microsoft. La Commissione si è comunque riservata di imporre con decisione un meccanismo alternativo, qualora la proposta di Microsoft non dovesse risultare soddisfacente. A fronte dei comportamenti abusivi riscontrati nella decisione, inoltre la Commissione ha condannato Microsoft al pagamento di un ammenda di circa 500 milioni di Euro (art. 3 della decisione).

¹⁴⁷ V. Ordinanza del Presidente del Tribunale di primo grado, 22 dicembre 2004, procedimento T-201/04 R, *Microsoft Corp. e altri c. Commissione delle Comunità europee e altri*, in Racc. 2004, II-4463, par. 226-325 (con riferimento all’esame del *periculum in mora*) e par. 198-225 (con riferimento al *fumus boni iuris*).

¹⁴⁸ *Ibidem*, par. 206. Va peraltro rilevato che, pur rimettendo la soluzione della questione all’esame del giudice di merito, l’ordinanza richiama il par. 38 della sentenza *IMS* dove si parla di “sufficienza” delle circostanze eccezionali di *Magill*: si ha quindi l’impressione che il Presidente del Tribunale abbia espresso in tal modo la propria preferenza per una lettura non esaustiva delle condizioni del test *IMS*. Tale preferenza sembra implicitamente recepita anche nella sentenza di merito, v. *infra*, par. 6.1.

¹⁴⁹ *Ibidem*, par. 207. Il Presidente del Tribunale segnala, infatti, come le specificazioni dei protocolli di comunicazione che la decisione impone a Microsoft di diffondere, “*con evidenza*” siano “*fondamentalmente divers(e)*” dalle informazioni di cui si discuteva nei casi *Magill* e *IMS*: questi ultimi avevano ad oggetto informazioni note nel settore, mentre nel caso *Microsoft* le informazioni rilevanti sono segrete. Sulla base di tale premessa, il Tribunale rimanda al giudizio di merito il compito di stabilire se e in quale misura occorra distinguere a seconda che l’informazione sia nota o segreta, tanto più che, a suo parere, occorrerebbe tener conto di parametri di difficile valutazione come “*il valore dell’investimento sottostante, il valore dell’informazione in questione per l’organizzazione dell’impresa dominante e il valore ceduto ai concorrenti in caso di divulgazione*”. Per una breve analisi dell’ordinanza del Presidente del Tribunale, v. KALLAUGHER, WEITBRECHT, *Developments under Articles 81 and 82*, in *European Competition Law Review*, 2006, pp. 139 e 140.

All’ordinanza del Presidente del Tribunale di primo grado, seguivano alcune ulteriori indagini e decisioni della Commissione correlate all’applicazione delle misure correttive disposte dalla decisione *Microsoft*: (i) la decisione del 1 giugno 2005, COMP/C-3/37.792, in cui la Commissione precisa gli obblighi di *disclosure* di Microsoft; essa è impugnata davanti al Tribunale di primo grado il 10 agosto 2005 (procedimento T-313/05, cfr. G.U.U.E. 15 ottobre 2005, C 257, pp. 16-17); (ii) la decisione del 28 luglio 2005, caso COMP/C-3/37.792, (C(2005) 2988) in cui la Commissione specifica il ruolo del mandatario previsto nella decisione *Microsoft*; il mandatario è nominato il 5 ottobre 2005; (iii) la decisione del 12 luglio 2006, caso COMP/C-3/37.792, dove la Commissione condanna Microsoft al pagamento di una penalità di mora per inosservanza dell’obbligo di fornire le informazioni rilevanti; detta decisione è impugnata davanti al Tribunale con ricorso del 2 ottobre 2006 (procedimento T-271/06, cfr. G.U.U.E. 2 dicembre 2006, C 294, pp. 56-57).

¹⁵⁰ V. Tribunale di primo grado, 17 settembre 2007, *Microsoft e altri c. Commissione delle Comunità europee e altri*, causa T-201/04, in Racc. 2007, II-3601, di seguito anche “*sentenza Microsoft*”. L’impugnazione di Microsoft aveva riguardato la totalità della decisione della Commissione. Con riferimento al rifiuto di licenza, Microsoft aveva fatto valere altresì la violazione dell’accordo TRIPS (cfr. sentenza *Microsoft*, cit., par. 777-813 e per un approfondimento di dottrina, NGUYEN, *Competition Rules in the TRIPS Agreement – The CFI’s ruling in Microsoft v. Commission and Implications for Developing Countries*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, p. 558 ss.). Microsoft aveva impugnato anche la parte della decisione relativa alla vendita abbinata di Windows Media Player al

Pur ribadendo le conclusioni della Commissione, il Tribunale struttura la valutazione di abusività secondo l'impostazione formale della precedente giurisprudenza, anche se in sostanza ne propone una lettura più estesa.¹⁵¹ Dopo le usuali premesse circa la libertà delle imprese nella scelta dei propri partner commerciali, il Tribunale afferma che il rifiuto di fornitura di un'impresa dominante può essere abusivo in "determinate circostanze". Dette circostanze diventano "eccezionali", in presenza di un diniego di licenza di un diritto IP.¹⁵² Tra queste figurerebbero "in particolare" le circostanze richiamate dal test *IMS*.¹⁵³ In assenza di una di esse, dovrebbero essere verificate anche "le circostanze particolari" ritenute rilevanti nella decisione della Commissione.¹⁵⁴

Il Tribunale passa quindi ad analizzare la sussistenza nel caso di specie delle singole "circostanze eccezionali" del test *IMS*.

Con riferimento al carattere "indispensabile" del bene richiesto, il Tribunale cita *in verbis* la sentenza *IMS* e afferma nuovamente la necessità di individuare due

sistema operativo Windows per pc clienti (per la trattazione di tale motivo di ricorso, v. sentenza *Microsoft*, cit., par. 814-1129). L'annullamento della decisione della Commissione da parte del Tribunale è limitato all'art. 7 relativo alla nomina del mandatario incaricato di monitorare l'osservanza della decisione da parte di Microsoft (v. sentenza *Microsoft*, cit., spec. par. 1271 e 1274). Per un esame complessivo della sentenza v. KRAMLER, BUHR, WYIS, *The Judgment of the Court of First Instance in the Microsoft case*, in *Competition Policy Newsletter*, 2007, p. 39 ss.

¹⁵¹ Il Tribunale fa precedere le sue considerazioni sul rifiuto di Microsoft da alcune premesse operative: in primo luogo, esso chiarisce che, in ragione della complessità delle valutazioni economiche e tecniche in gioco, la revisione della decisione sarà limitata e anziché sostituire un'autonoma analisi dei fatti a quella elaborata dalla Commissione, il Tribunale si limiterà a verificare la coerenza e la correttezza delle conclusioni raggiunte (v. sentenza *Microsoft*, cit., par. 85-89. sul punto v. comunque HOWARTH, MCMAHON, "*Windows has Performed an Illegal Operation*": *the Court of First Instance's Judgment in Microsoft v. Commission*, in *European Competition Law Review*, 2008, p. 117 ss., spec. 132-134, i quali sostengono che la presa di posizione del Tribunale sia in realtà solo apparente; a dire degli autori, su alcune questioni (ad es. in materia di rischio di eliminazione della concorrenza nel mercato a valle), il Tribunale infatti ha elaborato un proprio giudizio autonomo); in secondo luogo, esso ribadisce che il concetto di interoperabilità preso in considerazione dalla Commissione è conforme a quanto previsto dalla direttiva 91/250, in materia di tutela del software; infine, afferma che nel caso di specie non è necessario accertare l'effettiva esistenza dei diritti di proprietà intellettuale fatti valere da Microsoft: il Tribunale rileva che la Commissione ha adottato la sua decisione presumendo che tali diritti esistessero e che il rifiuto di Microsoft non fosse un semplice rifiuto di fornitura ma un diniego di licenza, regolato dalla giurisprudenza in modo più rigoroso (v. sentenza *Microsoft*, cit., par. 225-234 e 283-284).

¹⁵² *Ibidem*, par. 319-331.

¹⁵³ *Ibidem*, par. 332 e 333: "*Dalla stessa giurisprudenza deriva altresì che vanno considerate eccezionali, in particolare, le seguenti circostanze: in primo luogo, il fatto che il rifiuto verta su un prodotto o un servizio indispensabile per l'esercizio di una determinata attività su un mercato vicino; in secondo luogo, il fatto che il rifiuto sia idoneo a escludere qualsiasi concorrenza effettiva su tale mercato; in terzo luogo, il fatto che il rifiuto costituisca ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori. Una volta dimostrata l'esistenza delle suddette circostanze, il rifiuto da parte del titolare in posizione dominante di accordare una licenza è atto a violare l'art. 82 CE, a meno che non sia obiettivamente giustificato*" (sottolineato aggiunto).

¹⁵⁴ *Ibidem*, par. 336: "*il Tribunale ritiene necessario innanzi tutto valutare se le circostanze individuate nelle sentenze Magill e IMS Health (...) sussistano anche nel caso di specie. Solo nel caso in cui dovesse constatare che una o più di tali circostanze sono assenti, il Tribunale valuterà, successivamente, le circostanze particolari invocate dalla Commissione*".

mercati (*rectius*, prodotti) distinti e collegati, di cui uno anche meramente potenziale o ipotetico.¹⁵⁵ A ciò aggiunge tuttavia che il criterio per valutare l'essenzialità del bene risiederebbe nella capacità dei richiedenti di restare sul mercato derivato in modo economicamente sostenibile in assenza del bene negato.¹⁵⁶

In merito all'esclusione della concorrenza nel mercato a valle, il Tribunale sposa la lettura della Commissione e chiarisce che per rinvenire un abuso vietato basta provare che dal rifiuto di licenza possa derivare il "rischio" di eliminare il gioco concorrenziale.¹⁵⁷ Le espressioni "idoneo ad eliminare qualsiasi concorrenza" e "rischio di eliminazione della concorrenza" esprimerebbero, infatti, il medesimo concetto. D'altro canto, un'interpretazione diversa che imponesse di applicare l'art. 82 TCE solo in presenza o nell'imminenza di un'estromissione dei concorrenti dal mercato contravverrebbe alla *ratio* di tutela della concorrenza alla base della norma, specie nei casi dove tale estromissione risultasse difficilmente reversibile. La concorrenza cui fa riferimento il Tribunale è una concorrenza "effettiva": non basterebbe dunque ad allontanare il rischio di esclusione la circostanza che alcuni concorrenti conservino una presenza marginale sul mercato derivato.¹⁵⁸

Il Tribunale inquadra inoltre la circostanza relativa all'ostacolo alla comparsa del "prodotto nuovo" nel più ampio principio generale espresso dall'art. 82, lett. b) TCE che vieta le pratiche abusive consistenti nel "limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori". Rilevato che detta circostanza nel caso *Magill* era stata interpretata quale espressione del divieto della limitazione alla produzione (riferita nel caso di specie alla fallita commercializzazione di una guida TV multicanale) e nel caso *IMS* come espressione del divieto della limitazione agli sbocchi (riferita nel caso di specie al mancato sviluppo di un mercato secondario), il Tribunale afferma che il criterio del "prodotto nuovo" potrebbe essere inteso anche come espressione del divieto di ostacoli allo sviluppo tecnico. La circostanza, tra l'altro,

¹⁵⁵ *Ibidem*, par. 335 nonché sentenza *IMS*, cit., par. 42-45.

¹⁵⁶ V. sentenza *Microsoft*, cit., par. 377 e 229.

¹⁵⁷ A tale riguardo *Microsoft* sosteneva che, nelle cause riguardanti la concessione obbligatoria di licenze relative a diritti IP, la Corte aveva richiesto che il rifiuto in oggetto fosse "idoneo a eliminare qualunque concorrenza"; a parere di *Microsoft* con l'uso di tale espressione la Corte avrebbe indicato una situazione dove l'eliminazione si presentava con un'elevata probabilità, quasi prossima alla certezza. Il Tribunale considera che la censura di *Microsoft* sia puramente terminologica e priva di qualunque pertinenza. V. sentenza *Microsoft*, cit. par. 560-563 e 618-619.

¹⁵⁸ A sostegno dell'assenza di rischio di eliminazione della concorrenza dal mercato dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro *Microsoft* aveva addotto la crescita nel mercato dei prodotti Linux. Secondo il Tribunale tuttavia le quote di Linux erano ridotte ed erano state conquistate non a scapito di *Microsoft* (la cui quota invece aveva continuato crescere) bensì dei suoi concorrenti.

ricorreva nel caso concreto, dato che i consumatori venivano privati della possibilità di avvantaggiarsi di eventuali sviluppi tecnologici offerti dai concorrenti, i cui incentivi ad innovare venivano conseguentemente ridotti.¹⁵⁹

Infine, con riguardo alla motivazione della condotta abusiva, il Tribunale ribadisce che l'esistenza di un diritto di proprietà intellettuale non è sufficiente ad integrare una giustificazione oggettiva del rifiuto di licenza. La tesi che sostiene il contrario contraddirebbe l'esistenza stessa della teoria delle "circostanze eccezionali" delle sentenze *Magill* e *IMS*.¹⁶⁰ *A fortiori*, non può essere addotta a giustificazione l'esistenza di un segreto commerciale intorno al bene negato,¹⁶¹ né il suo valore intrinseco o il relativo carattere originale ed innovativo, essendo quest'ultimo naturalmente inerente a qualsiasi bene protetto da una privativa intellettuale ed industriale.¹⁶²

Negando infine l'eccezione secondo cui la Commissione avrebbe basato la propria decisione su un inedito "criterio di ponderazione" tra la spinta ad innovare della singola impresa dominante e quella del mercato nel suo complesso derivanti dall'imposizione di eventuali licenze obbligatorie, il Tribunale ha ribadito che la decisione della Commissione si è in realtà correttamente fondata su un bilanciamento tra le circostanze eccezionali riscontrate e le giustificazioni oggettive avanzate nel caso concreto.¹⁶³

¹⁵⁹ V. sentenza *Microsoft*, cit., par. 643- 665. Il Tribunale respinge quindi le argomentazioni di Microsoft secondo la quale tale condizione era assente nel caso di specie, dal momento che i concorrenti avrebbero inteso clonare i suoi prodotti, limitandosi di fatto a replicare le funzionalità del sistema operativo Windows. Il Tribunale ha ritenuto l'eventualità della clonazione non sussistente nella fattispecie, sia per motivi tecnici (l'obbligo di divulgazione non aveva ad oggetto il codice sorgente) sia per motivi di strategia commerciale (al fine di godere di un vantaggio concorrenziale su Microsoft, infatti, i concorrenti avrebbero avuto interesse a diversificare i loro prodotti da quelli del soggetto dominante). Per una critica su tale ultima considerazione del Tribunale, v. HOWARTH, MCMAHON, "*Windows has Performed an Illegal Operation*", cit., pp. 123-124: a parere degli autori infatti i concorrenti avrebbero potuto distribuire prodotti identici, facendo concorrenza a Microsoft sulla base dei prezzi di vendita (i concorrenti non avevano infatti sopportato i medesimi costi di ricerca e sviluppo sostenuti da Microsoft). Si osservi che il Tribunale, richiamando la giurisprudenza *Hoffmann- La Roche*, deduce l'esistenza di un danno indiretto ai consumatori anche dall'alterazione della struttura della concorrenza sul mercato dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro generata da Microsoft (v. sentenza *Microsoft*, cit. par. 664).

¹⁶⁰ *Ibidem*, par. 690-691.

¹⁶¹ *Ibidem*, par. 693; il fatto che una determinata tecnologia rivesta il carattere di segretezza dipende infatti da una decisione unilaterale dell'impresa che la detiene.

¹⁶² *Ibidem*, par. 692-695. In conclusione, Microsoft si sarebbe limitata a dedurre "argomenti vaghi, generali e teorici" (par. 698).

¹⁶³ *Ibidem*, par. 704-710.

La sentenza del Tribunale non è stata impugnata davanti alla Corte di giustizia.¹⁶⁴

6.2. IL TEST DI ABUSIVITÀ DEL RIFIUTO DI LICENZE SECONDO LA SENTENZA *MICROSOFT*

Benché si riferisca ad una fattispecie straordinariamente particolare e complessa,¹⁶⁵ la sentenza del Tribunale di primo grado presenta numerosi nuovi spunti di riflessione per la disciplina generale del rifiuto abusivo di licenze.¹⁶⁶

¹⁶⁴ V. il comunicato stampa di Microsoft del 22 ottobre 2007, disponibile al sito <http://www.microsoft.com/Presspass/press/2007/oct07/10-22MSStatement.msp>. A seguito della decisione di Microsoft, gli altri procedimenti pendenti correlati all'esecuzione della decisione *Microsoft* venivano cancellati dal ruolo: v. Ordinanza del Presidente della Quarta sezione del Tribunale di primo grado, 27 novembre 2007, procedimento T-313/05, *Microsoft Corp. c. Commissione delle Comunità europee*, in G.U.U.E. 8 marzo 2008, C 64, p. 63 e Ordinanza del Presidente della Settima sezione del Tribunale di primo grado, 6 dicembre 2007, procedimento T-271/06, *Microsoft Corp. c. Commissione delle Comunità europee*, in G.U.U.E. 26 gennaio 2008, C 22, p. 51. Dopo la pronuncia della sentenza *Microsoft*, la Commissione ha emesso un'ulteriore decisione nell'ambito delle procedure dirette all'esecuzione degli obblighi di Microsoft: v. infatti, decisione del 27 febbraio 2008, caso COMP/37.792, in cui la Commissione ha fissato un'ulteriore penalità di mora per inosservanza dell'obbligo di divulgare le informazioni rilevanti a condizioni ragionevoli e non discriminatorie; la decisione è stata impugnata da Microsoft con ricorso del 9 maggio 2008 (procedimento T-167/08, cfr. G.U.U.E. 5 luglio 2008, C 171, pp. 41-42).

Si noti infine che il 14 gennaio 2008, la Commissione, su denuncia dell'ECIS (Comitato europeo per i sistemi di interoperabilità), ha avviato un'ulteriore indagine formale relativa al rifiuto di Microsoft di fornire informazioni per l'interoperabilità su una serie di suoi prodotti (cfr. Memo/08/19, disponibile sul sito internet www.europa.eu/rapid/pressreleases).

¹⁶⁵ La dottrina ha sottolineato diversi aspetti della sentenza *Microsoft* che fanno ritenere poco credibile che questa possa affermarsi come *landmark* per i casi futuri. In primo luogo, vi sono le peculiarità del caso di specie: v. PARDOLESI, RENDA, *Kill Bill Vol. 2*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007, p. 575 ss., spec. 577 (“il valore della pronunzia in quanto precedente è assai ridotto. E ciò perché la sua ratio decidendi è profondamente condizionata dai fatti su cui è predicata”), KALLAUGHER, WEITBRECHT, *Microsoft and more*, in *European Competition Law Review*, 2008, p. 425 (“This factual focus means that the broader legal significance of the judgment is limited”) e CURLEY, *Interoperability and Other Issues at the IP-Anti-trust Interface: The EU Microsoft Case*, in *The Journal of World Intellectual Property*, 2008, p. 296 ss., spec. 315 (“the facts of the Microsoft case were unusual”). In secondo luogo, vi sono le motivazioni di “ordine pubblico” che sembrano aver mosso il Tribunale: v. infatti HOWARTH, MCMAHON, “*Windows has Performed an Illegal Operation*”, cit., p. 134 che sottolinea “the importance the CFI placed on the disclosure of interoperability information as being “beneficial for society as a whole”. Da ultimo, vi è il profondo significato “politico” che si è voluto attribuire alla sentenza: sottolineano questo aspetto, tra gli altri, PARDOLESI, COLANGELO, *Microsoft, i giudici europei e l'antitrust di una volta*, in *Foro Italiano*, 2008, IV, p. 114 ss., spec. 117 e nuovamente PARDOLESI, RENDA, *Kill Bill Vol. 2*, cit., p. 584 (“Ce n'è dunque abbastanza (...) per auspicare che il caso Microsoft europeo vada analizzato come storia a sé, anche perché profondamente condizionata da “scelte politiche”).

¹⁶⁶ La quasi totalità della dottrina ha espresso commenti negativi sulla sentenza del Tribunale: v., per una delle critiche più accese, PARDOLESI, RENDA, *Kill Bill Vol. 2*, cit., p. 583, i quali definiscono il caso come “una vicenda dai contorni nebulosi, che lascia non poche ferite e un retrogusto alquanto amaro” nonché EAGLES, LONGDIN, *Microsoft Refusal to Disclose Software Interoperability Information and the Court of First Instance*, in *European Intellectual Property Review*, 2008, p. 205 ss. Le critiche si assestano normalmente sull'assenza di analisi economica della fattispecie: v. HOWARTH, MCMAHON, “*Windows has Performed an Illegal Operation*”, cit. nonché CURLEY, *Interoperability and Other Issues at the IP-Anti-trust Interface*, cit., p. 315. Alcuni commentatori si rammaricano della volontà dimostrata dal Tribunale di far prevalere il diritto *antitrust* sul diritto della proprietà intellettuale: v. ad es. PARDOLESI, COLANGELO, *Microsoft, i giudici europei e l'antitrust di una volta*, cit., p. 119 per i quali “non solo si

La sentenza *Microsoft* fornisce alcune conferme, chiarisce alcuni dubbi ma lascia ancora spazio a interpretazioni diverse su numerose questioni.

Innanzitutto, il Tribunale di primo grado conferma che il rifiuto di concedere in licenza diritti di proprietà è sottoposto ad una disciplina più restrittiva di quella che regola un generale rifiuto di forniture.¹⁶⁷

Il Tribunale ribadisce che le “circostanze eccezionali” in presenza delle quali un rifiuto di licenza può ritenersi vietato ai sensi dell’art. 82 TCE sono enumerate nel test *IMS* e respinge così l’approccio valutativo della Commissione fondato, più che sulla verifica dell’esistenza di singole condizioni prestabilite, sull’esame complessivo della fattispecie concreta.¹⁶⁸ La sentenza *Microsoft* d’altro canto utilizza la stessa impostazione analitica della sentenza *IMS*, dove la Corte si era premurata di chiarire il contenuto delle singole “circostanze eccezionali” del test, di cui aveva esaminato il verificarsi nel caso di specie.

Il tenore della sentenza del Tribunale, inoltre, sembra chiarire che il test *IMS* debba applicarsi indistintamente ad ogni genere di diritto di proprietà intellettuale. Nel corso del giudizio, infatti, *Microsoft* aveva vantato la titolarità di brevetti e di diritti d’autore. La circostanza che il Tribunale non abbia introdotto differenziazioni a riguardo e che, anzi, abbia costantemente fatto riferimento al generico concetto di “diritti di proprietà intellettuale” spinge a dedurre che, ai fini della disciplina dell’abuso da diniego di licenza, non faccia differenza detenere la titolarità di un diritto IP tradizionalmente forte come un brevetto, o di una forma di privativa più debole, come un diritto d’autore.¹⁶⁹

D’altro canto, il Tribunale sembra lasciar intendere che non è compito né della Commissione né della Corte disquisire sul valore del bene oggetto del diniego (fatto salvo per le sue eventuali caratteristiche di “indispensabilità”) e della sua effettiva proteggibilità mediante la privativa intellettuale, in ragione di un suo reale carattere

nega l’uguale dignità fra discipline della concorrenza e della proprietà intellettuale, al centro di un dibattito inesausto e a tutt’oggi largamente irrisolto (...); ma lo si rimpiazza con una sovraordinazione gerarchica a malapena nascosta dal velo delle “circostanze eccezionali”.

¹⁶⁷ Cfr. sentenza *Microsoft*, par. 331 e, in part., 334 dove il Tribunale nota che: “Va rilevato che la circostanza che il rifiuto costituisca ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori compare soltanto nella giurisprudenza relativa all’esercizio di un diritto di proprietà intellettuale”. Tali affermazioni sono particolarmente significative se confrontate con quelle della Commissione (cfr. decisione *Microsoft*, cit., par. 550, v. *supra*, nt. 139).

¹⁶⁸ Cfr. sentenza *Microsoft*, cit., par. 336 con decisione *Microsoft*, cit., par. 555.

¹⁶⁹ Paiono condividere tale lettura EAGLES, LONGDIN, *Microsoft Refusal to Disclose Software Interoperability Information*, cit. p. 207 (“The CFI did not have to decide whether the Magill/IMS principles extended beyond copyrights to patent trade secrets or technical lock-outs”) e CURLEY, *Interoperability and Other Issues at the IP-Anti-trust Interface*, cit., p. 314.

innovativo (nel caso dei brevetti) o creativo (nel caso dei diritti d'autore);¹⁷⁰ il Tribunale in tal modo smentisce le interpretazioni degli autori che consideravano le sentenze *Magill* e *IMS* fortemente influenzate dal coinvolgimento di diritti IP difficilmente proteggibili nonché i dubbi sollevati a riguardo dall'ordinanza del Presidente del Tribunale nella stessa vicenda *Microsoft*.¹⁷¹

La sentenza *Microsoft* lascia però alcuni dubbi circa l'eshaustività del test *IMS* e sull'esatta portata delle singole "circostanze eccezionali" considerate.

Anche se il test *IMS* è identificato come base per la valutazione dei dinieghi vietati, esso non pare comunque esaurire le condizioni in presenza delle quali può sussistere un abuso; ciò è evidente, in particolare, quando il Tribunale afferma che nel caso non sia riscontrata una delle quattro "circostanze eccezionali", la revisione della decisione della Commissione deve estendersi anche all'analisi delle altre circostanze considerate rilevanti.¹⁷² Non basterebbe quindi che una delle condizioni del test non si verifici per rendere lecito il rifiuto in esame, dovendo in tal caso essere oggetto di valutazione altre, non meglio identificate, circostanze che caratterizzano la fattispecie.

La stessa lettura delle singole circostanze del test *IMS* nella sentenza *Microsoft* è più ampia di quella fornita dalla Corte nel caso *IMS*.

6.2.1. L'INDISPENSABILITÀ DEL BENE RICHIESTO: VERSO UNA VALUTAZIONE DI TIPO SOGGETTIVO?

Il Tribunale di primo grado ribadisce che il bene oggetto del diniego deve essere "indispensabile" per l'esercizio dell'attività del richiedente. A tal fine, riafferma le conclusioni del caso *IMS* con riferimento alla definizione di un doppio mercato (o, meglio, di un doppio stadio di produzione) e al carattere anche meramente ipotetico o potenziale di uno dei mercati considerati.¹⁷³

¹⁷⁰ V. sentenza *Microsoft*, cit., par. 694 e 695.

¹⁷¹ Con riferimento ai dubbi espressi dal Presidente del Tribunale, v. *supra*, par. 6.1. Con riguardo alle perplessità circa la proteggibilità dei beni oggetto dei casi *Magill* e *IMS*, v. *supra*, par. 3.2.1. e 5.3.

¹⁷² Cfr. sentenza *Microsoft*, cit. par. 336. V. GSTALTER, *L'arrêt Microsoft et la mise en oeuvre de l'article 82 CE. Quels enseignements pour l'analyse fondée sur les effets ?*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2007, p. 742 ss., spec. 755 : "Le Tribunal ne ferme pas la porte aux conditions retenues par la Commission mais leur fait jouer un rôle accessoire et secondaire afin semble-t-il de retenir le test le plus favorable à l'entreprise poursuivie".

¹⁷³ Cfr. HOWARTH, MCMAHON, "Windows has Performed an Illegal Operation", cit., pp.119-122, i quali sottolineano la potenziale pericolosità di tale approccio in un mercato, quale quello in esame, caratterizzato da forti effetti di rete, dove la tendenza a imporsi di un solo *standard* per mercato comporta automaticamente che l'impresa che lo detiene abbia la posizione dominante e che questo sia indispensabile per esercitare l'attività a valle.

Con riguardo al requisito di “indispensabilità” dei protocolli di interconnessione con il sistema operativo Windows, la sentenza conferma l’approccio della Commissione che aveva individuato il grado di interoperatività indispensabile, e, di conseguenza la quantità di informazioni oggetto di *disclosure*, sulla base di quanto era necessario ai concorrenti di Microsoft per rimanere sul mercato derivato in modo economicamente sostenibile.

Diversamente dalla sentenza della Corte di giustizia nel caso *IMS*, il Tribunale tuttavia non richiama la sentenza *Bronner* e non analizza in termini altrettanto restrittivi l’esistenza di soluzioni alternative alla cessione del bene domandato. Al contrario, i numerosi riferimenti alla necessità che i concorrenti di Microsoft possano operare nel mercato dei sistemi operativi per server su un piano di “parità” rispetto all’impresa dominante sembrano cozzare con i principi affermati nella sentenza *Bronner*¹⁷⁴. In questa l’esistenza di modalità alternative di distribuzione dei quotidiani meno vantaggiose rispetto a quella predisposta dal soggetto dominante era stata ritenuta sufficiente ad escludere il carattere di essenzialità della rete cui si chiedeva l’accesso. Nella sentenza *Bronner*, il criterio per valutare l’indispensabilità è *oggettivo* e corrisponde all’esistenza di ostacoli tecnici, normativi o economici tali da rendere *obiettivamente* impossibile o eccezionalmente difficile a *qualsiasi* impresa sul mercato rinvenire un bene equivalente a quello richiesto.¹⁷⁵ Nella sentenza *Microsoft*, il punto di

¹⁷⁴ V. sentenza *Microsoft*, cit., par. 421 dove, pronunciandosi definitivamente sul presunto errore di diritto in cui, secondo Microsoft, sarebbe incorsa la Commissione nella valutazione del concetto di “indispensabilità”, il Tribunale afferma: “*Dal complesso delle considerazioni che precedono emerge che la Microsoft non ha provato che la Commissione sia incorsa in un errore manifesto quando ha considerato necessario che i sistemi operativi per server per gruppi di lavoro concorrenti della Microsoft fossero in grado di interoperare con l’architettura di dominio Windows su un piano di parità con i sistemi operativi Windows per server per gruppi di lavoro in modo da essere commercializzati in modo economicamente sostenibile*” (sottolineato aggiunto). Per altri richiami alla possibilità di operare in condizioni di parità rispetto a Microsoft, v. sentenza *Microsoft*, cit., par. 230, 374 e 390. E’ da notare che Microsoft aveva criticato fortemente la nozione di interoperabilità utilizzata dalla Commissione visto che, a suo dire, essa avrebbe implicato una “quasi identità” tra i sistemi operativi Windows per server e i sistemi operativi concorrenti. Secondo Microsoft, qualora si fosse accolta una nozione di questa portata qualunque tecnologia sarebbe stata da considerare indispensabile. D’altronde, secondo la Commissione, l’esistenza di soluzioni di interoperatività che permettano ai concorrenti una penetrazione “de minimis” nel mercato o una tutela di posizioni “de minimis” dimostrerebbe che il requisito non è soddisfatto. Il requisito avrebbe dovuto essere inteso, infatti, conformemente all’obiettivo di preservare una struttura concorrenziale effettiva vantaggiosa per i consumatori (cfr. sentenza *Microsoft*, cit., par. 339-340 e 352 e 355).

¹⁷⁵ Si ricordi infatti quanto sostenuto dalla Corte nella sentenza *Bronner*, spec. par. 43-46 nonché dall’Avv. generale Jacobs nelle Conclusioni, par. 66: “*A mio parere, tuttavia, il criterio da applicare deve essere oggettivo: in altre parole perché un diniego d’accesso costituisca un abuso occorre che la concorrenza risulti estremamente difficile non solo per l’impresa che richiede l’accesso, ma anche per qualunque altra impresa. Pertanto se il costo della riproduzione dell’infrastruttura costituisce di per sé un ostacolo all’ingresso sul mercato, esso deve essere tale da scoraggiare qualsiasi imprenditore prudente dall’entrare sul mercato*”.

vista per valutare il carattere di “indispensabilità” sembra invece spostarsi su un piano *soggettivo*, focalizzato sulle necessità e le esigenze dei *concorrenti esistenti*.¹⁷⁶

La complessità tecnica della fattispecie non aiuta a comprendere se questa lettura corrisponda ad un reale mutamento di prospettiva nella valutazione di tale principio.¹⁷⁷ Ad ogni modo, le affermazioni della sentenza *Microsoft* suscitano numerose perplessità sulla correttezza del criterio adottato da un punto di vista economico e sui i rischi di ampliamento della fattispecie di diniego abusivo che tale interpretazione del concetto di “indispensabilità” potrebbe comportare.¹⁷⁸

6.2.2. L’ELIMINAZIONE DELLA CONCORRENZA NEL MERCATO VICINO: RILEVANZA DEL “RISCHIO”

Appurata l’indispensabilità delle informazioni di interoperabilità, per il Tribunale di primo grado è semplice accertare l’esistenza dell’ulteriore circostanza eccezionale relativa al “rischio di eliminazione della concorrenza effettiva nel mercato a valle”.

Microsoft aveva accusato la Commissione di aver dato una lettura più ampia di tale circostanza rispetto a quella della Corte di giustizia nelle sentenze in materia di diniego di licenza. In queste infatti la giurisprudenza si sarebbe attenuta ad un test più stringente, basato sulla dimostrazione di un’alta probabilità di eliminazione di ogni forma di concorrenza dal mercato derivato. Nel caso *Magill*, come precisato nella

¹⁷⁶ V. quanto sostenuto a riguardo da ANDREANGELI, *Case T-201/04 Microsoft v. Commission*, cit., p. 882: “it is regrettable that the CFI did not address the question whether the interoperability information at the heart of the forced disclosure imposed on Microsoft was “indispensable” in the sense outlined in Bronner (...). This approach would appear to have resulted in a departure, at least partial, from the restrained position hitherto adopted by the ECJ, according to which the financial costs unless they were so high as to deter a “prudent undertaking” from attempting to enter the market, would not in principle render an input “indispensable””.

¹⁷⁷ V. ancora ANDREANGELI, *Case T-201/04 Microsoft v. Commission*, cit., p. 882 la quale ritiene che alcune peculiarità del caso concreto possano aver influito sul ragionamento del Tribunale di primo grado, in particolare, la posizione di quasi-monopolio di Microsoft sul mercato dei sistemi operativi per pc clienti che potrebbe aver comportato l’imposizione in capo all’impresa di un obbligo più vasto, nonché gli effetti di rete che caratterizzavano il mercato rilevante.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 882: “a closer analysis of the requirement of indispensability would have been necessary in any event in the light of the factual evidence and the existing principles”. Tali preoccupazioni risultano infine particolarmente rilevanti alla luce del ruolo che il requisito dell’“indispensabilità” ha nella sentenza: v. infatti, PARDOLESI, RENDA, *Kill Bill Vol. 2*, cit., p. 580, per i quali esso costituisce il “climax” dell’intera vicenda. Tra l’altro, con riferimento all’analisi del requisito di “indispensabilità” da parte della Commissione, il Tribunale ribadisce l’ambito limitato della sua revisione: v. infatti, sentenza *Microsoft*, cit. par. 379: “Occorre sottolineare che l’analisi compiuta dalla Commissione nella decisione impugnata sulla suddetta questione (la nozione di “indispensabilità”, n.d.a.) si basa su valutazioni economiche complesse e che essa, pertanto, può essere oggetto solo di un contributo limitato da parte del Tribunale”.

sentenza *IMS*, infatti, la Corte aveva identificato il rifiuto abusivo come “idoneo” a escludere qualsiasi concorrenza nel mercato a valle.¹⁷⁹

Il Tribunale tuttavia definisce la distinzione tra “rischio di eliminazione” e “idoneità all’eliminazione” come puramente semantica. I due test rifletterebero infatti la stessa idea, ovvero che per la sussistenza di una violazione ex art. 82 TCE occorre che il rifiuto consenta di eliminare o probabilmente elimini ogni effettiva concorrenza sul mercato.¹⁸⁰

Sebbene in passato la Corte abbia utilizzato indistintamente i termini “rischio” e “idoneità” di eliminazione della concorrenza,¹⁸¹ le conseguenze sul mercato nei casi di rifiuto di licenza analizzati dalla giurisprudenza precedente sembrano diverse da quelle della vicenda *Microsoft*. Nel caso delle guide tv, ad esempio, il rifiuto di fornire i palinsesti televisivi da parte delle emittenti aveva provocato l’immediata sparizione dal mercato della *Magill*. Diversamente, nel caso *Microsoft*, il diniego di fornire le informazioni richieste dalla Commissione avrebbe comunque permesso la sopravvivenza dei concorrenti sul mercato, anche se in aree limitate.

Per quanto formalmente nel solco della giurisprudenza precedente, quindi, la sentenza *Microsoft*, di fatto, ha esteso la portata del requisito dell’eliminazione della concorrenza.¹⁸²

¹⁷⁹ V. sentenza *IMS*, cit., par. 38: “Dalla giurisprudenza sopra esposta (ovvero la sentenza *Magill* come sintetizzata dalla Corte nel caso *Bronner*, n.d.a.) consegue che, affinché il rifiuto di un’impresa titolare di un diritto d’autore di dare accesso ad un prodotto o ad un servizio indispensabile per esercitare una data attività possa essere qualificato come abusivo, è sufficiente che siano integrate tre condizioni cumulative, e cioè che tale rifiuto costituisca ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una potenziale domanda dei consumatori, che sia ingiustificato e idoneo a escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato” (sottolineato aggiunto).

¹⁸⁰ Per tali affermazioni, v. ANDERMAN, *Microsoft e il problema dell’interoperabilità*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, p. 569 ss., spec. 570-571.

¹⁸¹ V., a titolo di esempio, la sentenza *IMS*, nella quale, dopo aver richiamato il requisito della “idoneità” all’eliminazione della concorrenza al par. 38 (cfr. *supra*, nt. 179), nel descrivere il contenuto delle singole circostanze eccezionali, titola il paragrafo relativo “Sulla terza condizione, relativa al rischio di esclusione di qualsiasi concorrenza su un mercato derivato”. Nel dispositivo della sentenza, rispondendo ai quesiti del *Landgericht* di Francoforte, la Corte parla invece di “rifiuto tale da riservare al titolare del diritto di proprietà intellettuale il mercato della fornitura dei dati sulle vendite di prodotti farmaceutici nello Stato membro interessato escludendo ogni concorrenza sul detto mercato”. Con riferimento ai casi di rifiuto di fornitura in generale, cfr. sentenza *Commercial Solvents*, cit., par. 25, dove la Corte aveva parlato di “rischio di eliminare del tutto dal mercato il cliente e concorrente” e sentenza *Télémarketing*, cit., par. 27, in cui la Corte si era ugualmente riferita al “rischio di eliminare qualsiasi concorrenza” da parte dell’impresa cui era opposto il rifiuto da parte dell’impresa dominante (sottolineati aggiunti).

¹⁸² V. PARDOLESI, COLANGELO, *Microsoft, i giudici europei e l’antitrust di una volta*, cit., p. 118 per i quali “i giudici comunitari fanno uso di una dialettica davvero “creativa”, che consente loro di proclamare adesione al solco dei precedenti nel mentre ne mutano i presupposti sostanziali”. V. anche le osservazioni di ANDERMAN, *Microsoft v. Commission and the Interoperability Issue*, in *European Intellectual Property Review*, 2008, p. 395 ss., spec. 396: “The Court of First Instance’s judgment appeared to wish to emphasise that the test of art. 82 EC is not concerned with proof of effects, but rather

Tale interpretazione sembra poi passibile di un'ulteriore estensione, se si considera che il Tribunale ha riconosciuto che la Commissione, viste le caratteristiche del mercato coinvolto, poteva a maggior ragione tener conto del solo rischio di eliminazione della concorrenza. In questo modo, il Tribunale porta a far ritenere che nei mercati caratterizzati da forti effetti di rete, la soglia del rischio di eliminazione della concorrenza rilevante si possa ulteriormente abbassare.

6.2.3. L'OSTACOLO ALLA COMPARSA DEL "PRODOTTO NUOVO" COME ESPRESSIONE DELLA "LIMITAZIONE ALLO SVILUPPO TECNICO"

La tendenza della sentenza *Microsoft* a fornire una lettura ampliata delle "circostanze eccezionali" del test *IMS* diviene ancora più marcata con riferimento al criterio dell'ostacolo alla comparsa del "prodotto nuovo".

Qualificando tale circostanza come espressione del più ampio principio di cui all'art. 82, lett. b) TCE, il Tribunale rileva che il pregiudizio ai consumatori può derivare tanto da limitazioni poste alla produzione o ai mercati, tanto da eventuali ostacoli allo sviluppo tecnico. Osservato che la Commissione aveva opportunamente accertato che il rifiuto di *Microsoft* privava i consumatori della possibilità di beneficiare di sistemi operativi per server con caratteristiche innovative, il Tribunale ha pertanto ritenuto sussistente anche in questo caso la circostanza dell'ostacolo alla comparsa del "prodotto nuovo".

La dottrina ha avanzato interpretazioni diverse sul significato da attribuire all'interpretazione di tale circostanza nella sentenza *Microsoft*.

Coloro che avevano identificato il "prodotto nuovo" del test *IMS* con un bene oggettivamente diverso rispetto a quello dell'impresa titolare del diritto IP leggono il criterio proposto dal Tribunale come un'estensione di quest'ultimo a prodotti merceologicamente affini, caratterizzati esclusivamente da differenze tecnologiche tali da non determinarne l'appartenenza a mercati diversi.¹⁸³

with proof of conduct that could possibly produce effects. This is in line with previous case law on Art. 82 EC".

¹⁸³ V. PARDOLESI, COLANGELO, *Microsoft, i giudici europei e l'antitrust di una volta*, cit., p. 119 che sostengono che il criterio del prodotto nuovo "svapori" nel nulla, e PARDOLESI, RENDA, *Kill Bill Vol. 2*, cit., p. 580 che, riferendosi alla circostanza del prodotto nuovo, affermano: "nel tempo, quel requisito è stato diluito ed eroso. In *IMS* (...) lo si è trasformato nel requisito, affatto privo di senso, di un "potenziale mercato secondario" (che, tra l'altro nel caso di specie non era dato intravedere). Ecco perché la pronuncia della CFI ha ritenuto di poter completare l'opera, ridicolizzandolo, mercé l'acrobatica interpretazione secondo la quale il prodotto nuovo è quello che – oltre a replicare ciò che è

Altri, rifacendosi alla già ampia definizione di “prodotto nuovo” fornita dalla sentenza *IMS*, che sembrava includere qualsiasi bene o servizio che non fosse la mera duplicazione o “clonazione” di quello esistente, considerano l’interpretazione della sentenza *Microsoft* un’applicazione coerente della precedente giurisprudenza della Corte di giustizia.¹⁸⁴ Alla luce di questa interpretazione si spiegherebbe quindi l’affermazione, apparentemente contraddittoria, con cui la Corte chiude la sua analisi sostenendo che la circostanza relativa alla comparsa del “prodotto nuovo” sarebbe presente anche nel caso di specie: la novità del prodotto in questione sarebbe da intendersi infatti in senso tecnologico e non merceologico.¹⁸⁵

Infine, vi è chi afferma che il riferimento all’“ostacolo dello sviluppo tecnico” non abbia né reinterpreto né eliminato il requisito proposto dal test *IMS*. Focalizzando l’attenzione sulle caratteristiche della fattispecie, tale dottrina sostiene, infatti, che la condizione potenzialmente più ampia dell’“impedimento allo sviluppo tecnico” rilevarebbe esclusivamente nei casi di un’interruzione di fornitura del bene protetto dal diritto IP a soggetti già presenti sul mercato. In queste ipotesi, infatti, la Commissione e le corti comunitarie avrebbero la possibilità di dimostrare l’esistenza nei prodotti dei concorrenti di caratteristiche di maggior efficienza tecnica che scomparirebbero a danno dei consumatori.¹⁸⁶ Nel caso *Microsoft*, infatti, proprio grazie alla fornitura di informazioni di interoperabilità effettuata in precedenza da Microsoft e quindi grazie alla presenza, sul mercato dei sistemi operativi per server, dei prodotti realizzati dai concorrenti, la Commissione e il Tribunale avevano potuto riscontrare in questi ultimi qualità tecniche ritenute rilevanti dai consumatori, assenti invece dai

già in circolazione – vi aggiunge qualche significativo miglioramento/sviluppo e, nemmeno nel breve periodo”. Per un’analisi critica v. anche ANDREANGELI, *Case T-201/04 Microsoft v. Commission*, cit., p. 884 (“it must be acknowledged that the test applied by the CFI in *Microsoft* appears far less exacting than that enshrined in the *ECJ* case”) e HOWARTH, MCMAHON, “*Windows has Performed an Illegal Operation*”, cit., p. 123 che sottolinea il rischio che da tale interpretazione possa derivare una forte espansione dei casi di abusività (“If the abuse is defined as the prevention of “technical development” surely every refusal to license which is not the mere reproduction or cloning will fulfil this condition”).

¹⁸⁴ V. GSTALTER, *L’arrêt Microsoft et la mise en oeuvre del l’article 82 CE*, cit., pp. 757-758.

¹⁸⁵ La sentenza *Microsoft* (par. 665) conclude l’esame del criterio del “prodotto nuovo” così: “Dal complesso di considerazioni che precedono deve dedursi che il rilievo della Commissione secondo cui il rifiuto contestato alla *Microsoft* limita lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori, ai sensi dell’art. 82, secondo comma, lett. b), CE, non è manifestamente erroneo. Deve pertanto ritenersi che ricorra nel caso di specie la circostanza relativa alla comparsa di un prodotto nuovo” (sottolineato aggiunto). Per l’opinione riportata nel testo, v. MEZZETTI, *Diritti di proprietà intellettuale e abuso di posizione dominante: da Magill a Microsoft*, in *Il Diritto Industriale*, 2008, p. 246 ss., spec. 251.

¹⁸⁶ Per tale interpretazione v. ANDERMAN, *Microsoft v. Commission and the Interoperability Issue*, cit., p. 399: “(...) where an incumbent has already been dealing with undertakings operating in a dependent secondary market, the test of exceptional circumstances will be expanded somewhat to include a situation where a competitor in the secondary market: (i) already has advanced features in their own products; and (ii) requires access to the interface information in order to develop such advanced features”.

sistemi operativi Windows.¹⁸⁷ Tale possibilità di verifica invece mancherebbe nelle ipotesi di rifiuti opposti a soggetti nuovi entranti i cui prodotti non sono ancora presenti sul mercato. Per questi casi, pertanto continuerebbe ad applicarsi la circostanza dell'ostacolo alla comparsa del "prodotto nuovo" così come intesa nel test *IMS*.¹⁸⁸

Quale sia l'interpretazione cui si decida di aderire, dalla sentenza *Microsoft* non è dato comprendere quale sia il grado di innovazione richiesto nei prodotti dei concorrenti affinché la loro eliminazione provochi un danno ai consumatori e che quindi consenta di qualificare come abusivo il rifiuto del titolare del diritto IP.¹⁸⁹ L'incertezza nell'individuazione di tale requisito è particolarmente grave se si pensa che, in tal modo, viene di fatto lasciata alle autorità *antitrust* la valutazione del grado di sviluppo tecnico necessario nel mercato e sufficiente a giustificare il sacrificio dei diritti dell'impresa dominante.¹⁹⁰

Infine, il cenno del Tribunale al danno indiretto che Microsoft avrebbe causato ai consumatori mediante la compromissione della struttura della concorrenza nel mercato rilevante appare semplicistico nonché passibile di estendere ingiustificatamente le ipotesi di dinieghi abusivi anche alle condotte di imprese che abbiano acquisito un forte potere di mercato grazie alla concorrenza sui meriti e ad efficienze economiche di rete.¹⁹¹

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 398, dove l'autore sottolinea infatti che il caso *Microsoft* "was a case concerning the need to maintain interoperability in the information technology sector to ensure the continuation of demonstrable plural sources of innovation, sources which were also demonstrably satisfying consumer needs that were not satisfied by Microsoft" (sottolineato aggiunto).

¹⁸⁸ *Ibidem*, pp. 398-399: "(...) the category of exceptional circumstances will continue to place on any new entrant to a market a requirement to show a new product, however that is defined by the case law".

¹⁸⁹ Cfr. ANDREANGELI, *Case T-201/04 Microsoft v. Commission*, cit., p. 883. Sottolinea la centralità acquisita dal consumatore nella valutazione di abusività del rifiuto, GAMBINO, *La protezione degli interessi dei consumatori tra IP e concorrenza (con spunti utili dal caso Microsoft)*, in *AIDA, Annuali Italiani di Diritto d'Autore*, 2007, p. 170 ss.

¹⁹⁰ V. OLIVIERI, MARCHIGIANI, *Open source e innovazione tecnologica: il ruolo del diritto antitrust*, in *AIDA, Annuali Italiani di Diritto d'Autore*, 2004, p. 461 ss., spec. 477. V. anche GOVAERE, *In Pursuit of Innovation Policy Rationale: Stakes and Limits under Article 82 TEC*, cit., pp. 550-552 che sottolinea, anche alla luce della sentenza *Microsoft*, la strutturale inidoneità del solo art. 82 TCE (che impone misure correttive *ex post* volte a concedere licenze obbligatorie sulla base di royalties eque, ragionevoli e non discriminatorie) a promuovere l'apertura e lo sviluppo dei mercati.

¹⁹¹ La lettura del Tribunale corrisponde alla convinzione per cui solo l'esistenza di una pluralità di operatori possa garantire un vantaggio ai consumatori. Tale interpretazione pare tuttavia riduttiva specie in mercati caratterizzati da effetti di rete. Sottolineano la limitatezza di quest'analisi, HOWARTH, MCMAHON, "Windows has Performed an Illegal Operation", cit., p. 123: "The decline in market share of the competitors on the group server market could be attributed to a number of sources other than the refusal to supply interoperability information including: the superior efficiency of Microsoft products; consumers preference for a homogeneous market solutions; or inertia from lock-in due to switching costs in a network environment". Dal punto di vista economico è stato tuttavia dimostrato che, nei mercati caratterizzati da effetti di rete (come in quelli dei software) una concorrenza tra mercati diversi garantirebbe un maggior beneficio ai consumatori rispetto ad una concorrenza tra diversi operatori

6.2.4. LA GIUSTIFICAZIONE OGGETTIVA DEL RIFIUTO DI LICENZE

La Corte di giustizia si è sempre limitata a richiamare tra le “circostanze eccezionali” l’assenza di una giustificazione oggettiva senza tuttavia mai chiarirne il reale significato.¹⁹²

Nel caso *Microsoft*, il Tribunale ha dovuto verificare, per la prima volta, se il rifiuto dell’impresa dominante sia giustificabile alla luce dell’esistenza di diritti IP sul bene richiesto e del disincentivo all’innovazione che deriverebbe all’impresa dall’obbligo di concedere ai concorrenti l’accesso al bene protetto.

Ammettere che la sussistenza di un diritto IP sul bene richiesto possa obbiettivamente motivare il diniego sarebbe in contraddizione con la disciplina che riconosce che il rifiuto di licenza di diritti di proprietà intellettuale, seppure in casi eccezionali, può essere abusivo. D’altro canto, il giudice comunitario stabilisce che la riduzione della spinta all’innovazione di Microsoft non sarebbe stata provata.

Nega infine che la Commissione abbia utilizzato, per la valutazione dell’abusività, il cd. test di ponderazione (o “*incentive balance test*”) confrontando l’aumento degli incentivi al progresso tecnico del settore provocato dall’accesso al diritto IP e la corrispondente diminuzione degli incentivi all’innovazione in capo all’impresa dominante causata dalle limitazioni ai suoi diritti di esclusiva. Il Tribunale evita di prendere posizione sul test della Commissione e stabilisce che in realtà un bilanciamento deve essere effettuato tra le circostanze eccezionali riscontrate nel caso di specie e la giustificazione oggettiva addotta dal titolare del diritto di proprietà intellettuale.¹⁹³

Occorre sottolineare, tuttavia, che solo apparentemente l’interpretazione del Tribunale riconduce a canoni “tradizionali” la valutazione della giustificazione oggettiva della Commissione. In sostanza, infatti, le considerazioni del Tribunale paiono altrettanto innovative (almeno in potenza) rispetto a quelle contenute nella decisione.

all’interno dello stesso mercato: v. in part. PARDOLESI, RENDA, *The European Commission’s Case Against Microsoft: Kill Bill?*, cit., pp. 526-532.

¹⁹² V. VEZZOSO, *The Incentives Balance Test in the EU Microsoft Case*, cit., p. 384: “Despite its ubiquity in EU case law on refusal to supply, the requirement of no objective reasons has so far attracted little attention and appears under-developed if compared to the other recurring elements of the legal test at issue”.

¹⁹³ Cfr. opinione di CURLEY, *Interoperability and Other Issues at the IP-Anti-trust Interface*, cit., p. 313: “This seems to be a somewhat charitable reading of the Commission decision, although the CFI was probably right in that the outcome of the case did not depend upon the Commission application (or not) of this test”.

La presa di distanza dal test di ponderazione suggerito dalla Commissione sembra infatti ridimensionata dalla stessa affermazione del Tribunale circa la necessità di bilanciamento tra giustificazione oggettiva e circostanze eccezionali. Nell'ambito dell'esame della limitazione allo sviluppo tecnico, il Tribunale aveva considerato anche la riduzione dell'incentivo all'innovazione tecnologica che il rifiuto di Microsoft avrebbe generato nei concorrenti.¹⁹⁴ Ciò che apparentemente si fa uscire dalla porta pare così in sostanza rientrare dalla finestra.

Infine, il rigetto da parte del Tribunale della giustificazione oggettiva di Microsoft in quanto semplicemente "non provata" sembra lasciare spazio, specie nei mercati ad alta crescita tecnologica, all'utilizzabilità del criterio del disincentivo all'innovazione quale limite all'obbligo di accesso ai beni protetti da proprietà intellettuale,¹⁹⁵ così come non sembra escludere del tutto la rilevanza della teoria delle efficienze dall'esame di abusività del diniego di licenza.¹⁹⁶

¹⁹⁴ V. infatti sentenza *Microsoft*, cit., in part. par. 653.

¹⁹⁵ *Ibidem*, par. 698; a sostegno di questa interpretazione v. anche il par. 659 dove il Tribunale stabilisce che l'argomento della Microsoft secondo cui essa sarà meno incentivata a elaborare una determinata tecnologia se fosse costretta a metterla a disposizione dei suoi concorrenti deve essere valutato in sede di esame della circostanza relativa alla mancanza di giustificazione oggettiva e non, come proposto dalla stessa Microsoft, nell'ambito dell'analisi relativa all'ostacolo alla comparsa del "prodotto nuovo".

¹⁹⁶ V. *infra*, Cap. 5.

CAPITOLO QUINTO

PROSPETTIVE FUTURE PER IL TRATTAMENTO DEL RIFIUTO DI CONCEDERE IN LICENZA I DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE

1. Premessa – 2. Il Documento di discussione della Commissione sull'applicazione dell'art. 82 TCE agli abusi di esclusione - 2.1. La proposta di un nuovo approccio nell'applicazione dell'art. 82 TCE - 2.2. Il trattamento del rifiuto di licenze - 3. La Comunicazione della Commissione sugli abusi di esclusione - 3.1. Una rilettura più prudente del nuovo approccio nell'applicazione dell'art. 82 TCE - 3.2. L'ennesima nuova proposta di trattamento per il rifiuto di licenze?

1. PREMESSA

Un contributo ulteriore alla definizione della disciplina del rifiuto abusivo di licenze di diritti di proprietà intellettuale è venuto dalla Comunicazione relativa agli “Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 TCE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti”¹, nonché dal dibattito che ne ha preceduto l'adozione.

Nel 2005 la Commissione ha avviato una discussione interna per promuovere un'applicazione dell'art. 82 TCE coerente con l'analisi economica e focalizzata sull'esame *ex post* degli effetti anticompetitivi delle condotte delle imprese

¹ V. 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*. La Comunicazione è stata diffusa il 3 dicembre 2008 soltanto in lingua inglese sul sito internet <http://www.europa.eu>. Essa è stata successivamente adottata in tutte le lingue dell'Unione: per la versione in italiano v. documento C (2009) 864 def. del 9 febbraio 2009, pubblicato in G.U.U.E. 24 febbraio 2009, C 45, p. 7 ss.

dominanti. Tale discussione era destinata a completare, nel settore della disciplina degli abusi di posizione dominante, l'opera già cominciata con la modernizzazione della procedura di applicazione della normativa *antitrust* avvenuta con il Regolamento 1/2003.²

La revisione dell'approccio della Commissione nei confronti dei comportamenti abusivi, annunciata a più riprese³ e preceduta dal Parere dell'*European Advisory Group for Competition Policy* (EAGCP)⁴, ha formalmente avuto inizio con la pubblicazione nel dicembre 2005 di un Documento di discussione rivolto alla consultazione pubblica⁵ (di seguito, il "Documento"), cui è seguito un ampio dibattito,

²Regolamento (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, in G.U.C.E. 4 gennaio 2003, L 1, p. 1 ss. Come è noto, il Regolamento ha sostituito al previgente sistema di "autorizzazione preventiva" delle intese tra imprese il sistema della cd. eccezione legale, in forza del quale gli accordi conformi ai criteri ex art. 81 co. 3 TCE sono considerati validi *ab initio*, a condizione di poter esperire su di essi un eventuale verifica *a posteriori*. La nuova normativa, inoltre, ha decentralizzato il controllo delle intese e degli abusi di posizione dominante a favore delle autorità e dei giudici nazionali, attribuendo loro il potere di applicare direttamente gli artt. 81 e 82 TCE: a tale scopo, il Regolamento ha previsto una serie di norme circa la cooperazione tra la Commissione e gli organi nazionali per favorire un'efficace ed uniforme applicazione del diritto della concorrenza comunitario.

Nell'ambito della normativa emanata nel cd. "pacchetto modernizzazione", la Commissione aveva adottato, in materia di intese, la Comunicazione della Commissione relativa alle *Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del trattato*, in G.U.U.E. 27 aprile 2004, C 101, p. 97 ss. Anche la materia delle concentrazioni tra imprese era stata oggetto recente di revisione: v. *Regolamento del Consiglio n. 139/2004, del 20 gennaio 2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese* (G.U.U.E. 29 gennaio 2004, L 24, p. 1 ss.), nonché la Comunicazione sugli *Orientamenti della Commissione relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali*, in G.U.U.E. 5 febbraio 2004, C 31, p. 5 ss. e, di recente, la Comunicazione sugli *Orientamenti della Commissione relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali*, in G.U.U.E. 18 ottobre 2008, C 265, p. 6 ss.

³ V. le dichiarazioni di LOWE, direttore generale della DG Concorrenza, durante la conferenza dell'International Bar Association (IBA), "*Anti-trust reform in Europe: a year of practice*", Bruxelles, 11 marzo 2005 e da KROES, Commissario alla Politica della Concorrenza, durante la conferenza, "*Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82*", Fordham Corporate Law Institute, New York, 23 settembre 2005 (Speech/05/537), entrambi reperibili sul sito internet <http://www.europa.eu>.

⁴ V. GUAL, HELLWIG, PERROT, POLO, REY, SCHMIDT, STENBACKA, *Report by the Economic Advisory Group for Competition Policy ("EAGCP") on "An Economic Approach to Article 82"*, luglio 2005, reperibile sul sito internet <http://www.europa.eu>. Il parere, commissionato dalla DG Concorrenza, propone la modifica dell'approccio finora utilizzato dalla Commissione e dalle corti, fondato principalmente sull'esame della forma delle condotte dell'impresa e sulla riconducibilità di queste ultime a categorie di abusività fissate *a priori* sulla base di una "*per se rule*" (cd. *Form-based approach*) a favore di un approccio *a posteriori*, più attento ai risvolti economici e fattuali della condotta, basato sugli effetti nel mercato del comportamento tenuto dall'impresa e sull'effettivo danno concorrenziale provocato, e che faccia pertanto uso di una "*rule of reason*" (cd. *Effect-based approach*) (cfr. pp. 5-7). Il parere sottolinea che obiettivo dell'art. 82 TCE è la tutela della concorrenza quale mezzo per evitare danni ai consumatori (cfr. pp. 7-12) e, alla luce dell'approccio proposto, individua una nuova procedura per l'esame delle condotte sospettate di abusività (cfr. pp. 12-17). Definite le tre tipologie principali di danno concorrenziale prodotte dagli abusi di posizione dominante (cfr. pp. 17-29), analizza da un punto di vista economico il trattamento da riservare ad alcuni degli atteggiamenti abusivi più diffusi, tra cui figura anche il rifiuto di contrarre (cfr. p. 29 ss., spec. 43-46).

⁵ *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, 19 dicembre 2005, disponibile sul sito internet <http://www.europa.eu>. Il Documento è redatto esclusivamente in lingua inglese.

nel quale la questione del trattamento del rifiuto di contrarre e del diniego di licenze è stata una delle più discusse e controverse.⁶

I frutti di tale dibattito sono stati recepiti nella Comunicazione del dicembre 2008 in cui la Commissione individua le proprie priorità di applicazione dell'art. 82 TCE alle condotte abusive di esclusione delle imprese dominanti e nella quale, in particolare, delinea l'ennesimo nuovo approccio applicativo per la fattispecie del diniego abusivo di licenza.

2. IL DOCUMENTO DI DISCUSSIONE DELLA COMMISSIONE SULL'APPLICAZIONE DELL'ART. 82 TCE AGLI ABUSI DI ESCLUSIONE

Il Documento è la risposta della Commissione all'esigenza di uniformazione del trattamento dell'abuso di posizione dominante, resa necessaria a seguito della modernizzazione del diritto *antitrust* e delle diverse critiche che, specie in occasione di alcune vicende particolarmente dibattute⁷, si erano levate nei confronti dell'applicazione dell'art. 82 TCE.⁸

Tra gli elementi più criticati della prassi comunitaria vi era, in particolare, l'atteggiamento, ritenuto troppo rigido, della Commissione e delle corti comunitarie, le quali sembravano più concentrate sulla forma delle condotte delle imprese che non sugli aspetti economici delle singole fattispecie esaminate.⁹

⁶ La Commissione ha ricevuto più di un centinaio di commenti ed osservazioni al Documento (disponibili al sito internet <http://www.europa.eu>). Le questioni di maggior interesse sono state oggetto di una discussione pubblica, tenutasi a Bruxelles il 14 giugno 2006 (gli interventi dei relatori partecipanti alla conferenza sono anch'essi reperibili sul predetto sito internet).

⁷ Oltre al caso *Microsoft* (v. *supra*, Cap. 4, par. 6 ss.), tra le vicende più controverse possono essere citate anche il caso *Wanadoo* (v. Commissione, 16 luglio 2003, *Wanadoo*, caso COMP/38.233; la decisione è stata oggetto di impugnazione avanti al Tribunale di primo grado che l'ha confermata: cfr. Tribunale di primo grado, 30 gennaio 2007, *France Télécom c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-340/03, in Racc. 2007, II-107; al momento, la sentenza del Tribunale è oggetto di ricorso avanti alla Corte di Giustizia, causa C- 202/07) e *Telefonica* (v. Commissione, 4 luglio 2007, *Telefonica S.A.*, caso COMP/38.784; la decisione è al momento oggetto di impugnazione avanti al Tribunale di primo grado, *Regno di Spagna c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-398/07) in materia di prezzi predatori e "margin squeeze".

⁸ Per un richiamo alle principali censure mosse alle modalità di applicazione dell'art. 82 TCE, v. DREHER, ADAM, *Abuse of Dominance Under Reform – Sound Economics and Established Case Law*, in *European Competition Law Review*, 2007, p. 278 ss., spec. nt. 1. V. anche WHISH, *Competition Law*, Oxford, 2009, pp. 195-198. V. infine l'interessante riflessione critica svolta dall'Avv. generale Ruiz-Jarabo Colomer sull'approccio comunitario tendente ad identificare delle condotte abusive "di per sé" nelle Conclusioni del 1 aprile 2008 al caso C-468/06 a C-478/06, *Sot. Léloukas c. Sia EE e a. c. GlaxoSmithKline AVEE*, cit., par. 55-75.

⁹ L'atteggiamento della Commissione e delle corti della Comunità sembrava quindi eccessivamente invasivo, specie se confrontato con l'approccio, più improntato ad un principio di "*laissez faire*", delle

2.1. LA PROPOSTA DI UN NUOVO APPROCCIO NELL'APPLICAZIONE DELL'ART. 82 TCE

Il Documento aveva l'obiettivo di fissare i principi fondamentali per l'applicazione dell'art. 82 TCE alle condotte abusive di esclusione.¹⁰

A tal fine, esso ricostruiva l'esperienza della Commissione e la giurisprudenza in materia della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado, rielaborandole alla luce di un approccio maggiormente economico e più attento ai reali effetti sul mercato delle pratiche abusive.¹¹

La Commissione ribadiva che scopo dell'art. 82 TCE è la protezione della concorrenza effettiva, quale mezzo per accrescere il benessere dei consumatori ed assicurare un'efficiente allocazione delle risorse.¹²

Essa proponeva un modello di analisi delle fattispecie sospettate di abuso diretto a contemperare la necessità di garantire la possibilità per le imprese dominanti di competere efficacemente nel merito con l'esigenza di evitare la chiusura totale o parziale dei mercati ad opera di tali imprese.¹³

Come già previsto con riferimento ad intese e concentrazioni, il Documento inoltre proponeva l'introduzione, anche in materia di abusi, delle valutazioni in termini

autorità *antitrust* americane. Con riferimento all'atteggiamento delle autorità d'oltreoceano, v. US DEPARTMENT OF JUSTICE, *Competition and Monopoly: Single-firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act*, settembre 2008, reperibile al sito internet: <http://www.usdoj.gov>.

¹⁰ V. *Discussion Paper*, cit., par. 1. Il Documento si concentrava esclusivamente sui cd. abusi di esclusione, identificati come obiettivo prioritario della Commissione, in quanto potenzialmente più dannosi per il benessere dei consumatori. Gli abusi di sfruttamento e di discriminazione avrebbero dovuto costituire oggetto di ulteriori lavori nel corso del 2006 (cfr. infatti il comunicato stampa diffuso al momento della diffusione del Documento, *Competition: Commission publishes discussion paper on abuse of dominance*, 19 dicembre 2005, IP/05/1626, reperibile al sito internet <http://www.europa.eu>). Vista la lunghezza dei tempi richiesti per elaborare in via definitiva la Comunicazione del dicembre 2008 sugli abusi di esclusione, le fattispecie di abuso di discriminazione e di sfruttamento, ad oggi, non hanno ancora costituito oggetto dell'esame annunciato. Per i concetti di abuso di esclusione e sfruttamento, v. *supra*, Cap. 1, par. 1.

¹¹ V. *Discussion Paper*, cit., par. 2, 4 e 5. Per un esame dell'approccio generale del Documento, v. PEEPERKORN, *Commission Publishes Discussion Paper on Abuse of Dominance*, in *Competition Policy Newsletter*, Spring 2006, p. 4 ss., MERTIKOPOULOU, *DG Competition's Discussion Paper on the Application of Article 82 EC to Exclusionary Abuses: the Proposed Economic Reform from a Legal Point of View*, in *European Competition Law Review*, 2007, p. 241 ss. (critica verso un approccio esclusivamente economico all'art. 82 TCE e più favorevole allo sviluppo di principi legali costanti) e, infine, DREHER, ADAM, *Abuse of Dominance Under Reform*, cit.

¹² Ha espresso perplessità circa la configurabilità dell'art. 82 TCE quale mezzo per la promozione del benessere dei consumatori e, in generale sull'intera impostazione del Documento, DENOZZA, nell'intervento tenuto a commento del Documento, nel corso della conferenza, "La disciplina comunitaria della concorrenza ed il Regolamento 1/2003", 6 giugno 2006, Università degli Studi dell'Insubria, Como. Il riferimento al benessere dei consumatori sarebbe privo di fondamento sia da un punto di vista letterale (l'art. 82 TCE non vi fa espressa menzione) sia da un punto di vista sostanziale (ciò che rileva *in primis* ex art. 82 TCE è il pregiudizio alla concorrenza).

¹³ V. *Discussion Paper*, cit., par. 51 ss., spec. 54-56. Il Documento riesaminava secondo la rinnovata prospettiva anche le definizioni di mercato e di dominanza (*Ibidem*, par. 11-50).

di efficienza (cd. *efficiency defence*): una condotta non potrebbe pertanto essere vietata, oltre che nei casi in cui sia oggettivamente giustificata, quando produca per i consumatori efficienze (quali una riduzione dei costi di produzione, un miglioramento qualitativo dei beni offerti o, in generale, una maggiore innovazione) tali da controbilanciare e superare gli effetti negativi provocati sulla concorrenza.¹⁴ Tuttavia, per poter beneficiare della *efficiency defence*, l'impresa dominante dovrebbe provare l'esistenza di quattro condizioni, ovvero: che le efficienze siano il risultato effettivo o potenziale della condotta; che quest'ultima, anzi, sia indispensabile per realizzare dette efficienze¹⁵; che gli effetti positivi per i consumatori siano superiori ai potenziali pregiudizi che a questi possono derivare dagli effetti negativi della condotta sulla concorrenza¹⁶ e, infine, che la condotta in esame non elimini le spinte competitive in una parte sostanziale del mercato¹⁷.

Quanto alle giustificazioni oggettive, il Documento ne individuava due tipologie: la cd. *objective necessity defence*, che ricorre quando fattori esterni al soggetto dominante (quali ad esempio, esigenze di sicurezza o sanità pubblica relative al prodotto commercializzato) rendono necessaria l'attuazione della condotta, e la cd. *meeting competition defence*, in forza della quale l'impresa dominante, in casi eccezionali, potrebbe porre in essere comportamenti potenzialmente abusivi a difesa dei propri interessi economici e commerciali, per far fronte alla concorrenza degli altri operatori sul mercato. Entrambe le tipologie di giustificazioni devono tuttavia rispondere a requisiti di indispensabilità e proporzionalità.¹⁸

¹⁴ *Ibidem*, par. 77 ss. La Commissione introduceva pertanto la considerazione delle efficienze già prevista per i cartelli e la valutazione delle concentrazioni tra imprese: con riferimento ai primi, v. infatti *Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del trattato*, cit., spec. par. 32 ss. (dalla quale sono tratte, *mutatis mutandis*, le quattro condizioni di applicabilità previste nel Documento) e, con riguardo alle seconde, *Orientamenti della Commissione relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali*, cit., par. 76 -88 e *Orientamenti della Commissione relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali*, cit., par. 52, 77, 92.

¹⁵ In altri termini, non esiste un'altra condotta economicamente praticabile e meno anticompetitiva che possa realizzare le medesime efficienze.

¹⁶ In tale bilanciamento, occorre tener conto del fattore temporale (in genere, più tardi si prevede si producano le efficienze considerate, minore sarà il peso da attribuire a quest'ultime) nonché del danno effettivamente prodotto dalla condotta a livello concorrenziale (più quest'ultimo sarà significativo, più la Commissione dovrà accertarsi che le efficienze prodotte dalla condotta siano sostanziali e di probabile realizzazione). Da tali considerazioni, la Commissione arrivava pertanto a presumere che una difesa delle efficienze difficilmente potrebbe operare a favore di un'impresa in posizione di quasi monopolio oppure in presenza di una domanda fortemente anelastica (v. in particolare *Discussion Paper*, cit., par. 89 -90).

¹⁷ Detta condizione dimostra che la protezione della competitività del mercato risulta comunque prioritaria rispetto a quella riservata alla realizzazione delle efficienze (v. in particolare *Discussion Paper*, cit., par. 91).

¹⁸ V. *Discussion Paper*, cit., par. 80-83. I principi sviluppati dal Documento in materia di efficienze e giustificazioni oggettive sono riprese dall'Avv. generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle Conclusioni del 1

2.2. IL TRATTAMENTO DEL RIFIUTO DI LICENZE

Tra le pratiche di esclusione più comuni, il Documento analizzava il rifiuto di contrarre.¹⁹

Esso partiva dalle abituali premesse relative alla libertà delle imprese dominanti nella scelta dei contraenti²⁰ e dalle altrettanto usuali precisazioni circa la necessità che l'imposizione di ogni obbligo di contrarre sia preceduto da un rigido scrutinio di tutte le circostanze economiche e fattuali del caso di specie.²¹ Il Documento distingueva quindi quattro categorie di rifiuto: il rifiuto di continuare a fornire clienti esistenti; il rifiuto di cominciare a fornire clienti nuovi; il rifiuto di concedere in licenza diritti di proprietà intellettuale e il rifiuto di fornire le informazioni necessarie per l'interoperabilità.²²

Tali fattispecie si differenzierebbero in funzione delle condizioni richieste per la qualifica di abusività del diniego considerato, che, più lasche nei casi di interruzioni di fornitura, diventano via via più numerose e stringenti nelle ipotesi di rifiuto verso nuovi clienti e di dinieghi di licenze.

Per considerare abusiva una cessazione di forniture, infatti, sarebbe necessario provare solo il prodursi di effetti anticompetitivi nel mercato a valle e l'assenza di efficienze e di giustificazioni oggettive.²³ Nel caso di un rifiuto di fornire a

aprile 2008 al caso C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE e a. c. GlaxoSmithKline AEVE*, cit., par. 78-119. La cd. *objective necessity defence* viene tuttavia estesa alla considerazione di tutti "i motivi che attengono al mercato in cui operano le imprese interessate" (sull'interpretazione più ampia di questo tipo di giustificazione oggettiva, v. in part. nt. 50 della Conclusioni).

¹⁹ V. *Discussion Paper*, cit., sezione 9.

²⁰ *Ibidem*, par. 207: "Undertakings are generally entitled to determine whom to supply and to decide not to continue to supply certain trading partners. This is also true for dominant companies".

²¹ *Ibidem*, par. 214: "(...) any obligation to supply pursuant to Article 82 can be established only after a very close scrutiny of the factual and economic context". Tale precisazione è tratta, *in verbis*, da quanto affermato dall'Avv. Generale Jacobs nelle sue Conclusioni presentate il 28 ottobre 2004, causa C-53/03, *Synetairismos Farmakopion Aitolias & Akarnasias (Syfait) e altri c. GlaxoSmithKline AEVE*, par. 53: "Secondo tale giurisprudenza (quella in materia di rifiuto abusivo di forniture, *n.d.a.*) (...) un obbligo di conformarsi all'art. 82 CE può essere imposto solo dopo un esame accurato del contesto fattuale ed economico"; l'Avv. Generale, tuttavia, aggiunge anche la seguente precisazione, assente nel Documento: "e anche allora, unicamente entro limiti piuttosto ristretti". Non è possibile sapere se tale mancato riferimento corrisponda alla volontà di adottare un atteggiamento meno restrittivo di quello richiamato dall'Avv. Generale Jacobs. La Corte di giustizia non si è potuta pronunciare sul merito della causa, visto che ha ritenuto l'Entropi Antagonismou (l'autorità nazionale a tutela della concorrenza greca che le ha sottoposto la questione pregiudiziale) privo del carattere giurisdizionale ex art. 234 TCE: cfr. Corte di giustizia, 31 maggio 2005, *Synetairismos Farmakopion Aitolias & Akarnasias (Syfait) e altri c. GlaxoSmithKline AEVE*, causa C-53/03, in Racc. 2005, I-4609.

²² Ad eccezione del riferimento alle informazioni di interoperabilità, frutto del recente caso *Microsoft*, il Documento riprendeva le categorie di rifiuto di contrarre delineate dall'Avv. Generale Jacobs nelle sue Conclusioni al caso *Syfait*, cit., par. 53-65, spec. 61.

²³ Per la trattazione dei rifiuti di fornitura rivolti a clienti esistenti, v. *Discussion Paper*, cit., par. 217-224. Con riferimento a tale categoria di rifiuto, il Documento, in contrasto con la volontà dichiarata di adottare

clienti nuovi si dovrebbe dimostrare in aggiunta l'indispensabilità del bene richiesto.²⁴ In presenza di un diniego di licenze di diritti IP, infine, sarebbe necessario riscontrare anche l'esistenza di un "ostacolo allo sviluppo di un mercato a danno dei consumatori"²⁵.

Il Documento sembrava quindi ribadire il principio, già sostenuto in passato dalla giurisprudenza, per cui un rifiuto di concedere in licenza diritti di proprietà intellettuale può risultare abusivo solo in presenza di circostanze eccezionali. Le circostanze richiamate nel Documento tuttavia parevano solo in parte riprendere la giurisprudenza consolidata, ed essere, in realtà, per lo più frutto di una riformulazione alla luce del nuovo approccio proposto dalla Commissione. Altre ancora, invece, sembravano elaborate *ex novo* sulla scia della recente decisione nel caso *Microsoft*, la cui influenza era evidente in diversi punti del Documento. La stessa impostazione, che qualificava le condizioni di abusività del rifiuto di licenze come meramente esemplificative e non esaustive, sembra tratta da tale ultima decisione.²⁶

Passando all'esame delle circostanze rilevanti per l'identificazione del rifiuto abusivo di licenza, nel Documento si riteneva necessario in primo luogo che l'impresa

un approccio economico, introduceva alcune presunzioni di abusività: la prima, più generale, al par. 217, relativa alla presunta illiceità che caratterizzerebbe tutte le interruzioni di fornitura ("*That the dominant company in the past has found it in its interest to supply an input to one or more customers shows that the dominant company at a certain point in time considered it efficient to engage in such supply relationships. This and the fact that its customers are likely to have made investments connected to these supply relationships create a rebuttable presumption that continuing these relationships is pro-competitive*") e la seconda, al par. 222, per cui l'interruzione di fornitura - operata da parte del soggetto dominante che sia attivo anche nel mercato a valle nei confronti di uno dei suoi concorrenti - provoca presumibilmente un effetto negativo nel mercato a valle. Trattandosi di presunzioni *iuris tantum*, spetterebbe all'impresa dominante provare che quanto previsto nella presunzione non si verifica nel caso di specie.

²⁴ Per la trattazione dei rifiuti di fornitura rivolti a clienti nuovi, v. *Discussion Paper*, cit., par. 225-236. Si noti che nella trattazione della condizione relativa ai probabili effetti anticompetitivi di un rifiuto di fornitura rivolto a clienti nuovi, il Documento precisava che il rifiuto potrebbe produrre conseguenze negative anche su un mercato nuovo e non ancora esistente, qualora il richiedente intenda utilizzare il bene oggetto del rifiuto per realizzare un bene o un servizio nuovo (cfr. par. 233). Il riferimento riprendeva il requisito del prodotto nuovo dei dinieghi di licenza del test *IMS*: a differenza di quest'ultimo, tuttavia, non richiamava la necessità di una domanda potenziale per il prodotto/servizio nuovo e il requisito non costituiva una condizione autonoma di illiceità, essendo solo un'esemplificazione della condizione relativa ai probabili danni concorrenziali prodotti dal rifiuto.

²⁵ Nel Documento, il rifiuto di licenze veniva considerato, in modo assai discutibile, come sotto-categoria dei rifiuti di fornitura rivolti a nuovi clienti.

²⁶ V. *Discussion Paper*, cit., par. 237: "*In the case of a refusal to license an IPR an additional condition may have to be met*" e par. 239: "*Only under exceptional circumstances can the refusal to license an IPR be considered an abuse. For example, the refusal by a dominant company to license access to the IPR could be considered abusive when the five conditions described above are all fulfilled and, furthermore, the refusal to grant a licence prevents the development of the market for which the licence is an indispensable input, to the detriment of consumers*" (sottolineato aggiunto). Cfr. decisione *Microsoft*, cit., par. 555.

che oppone il rifiuto (sia esso un mero rifiuto o un rifiuto “costruttivo”²⁷) sia dominante nel mercato del bene richiesto; a tale riguardo, la Commissione precisava nuovamente che detto mercato può essere semplicemente potenziale o ipotetico.²⁸

Occorre inoltre che l’*input* oggetto del rifiuto sia indispensabile²⁹: nel caso di un diritto IP, in particolare, sarebbe necessario provare che non è possibile utilizzare una tecnologia alternativa (come ad esempio nel caso degli *standard* tecnologici) o una creazione o invenzione simile a quella protetta dalla privata.³⁰

Come negli altri casi di rifiuto di contrarre, il diniego di licenza dovrebbe inoltre generare probabili effetti negativi in termini di chiusura della concorrenza nel mercato a valle. Il Documento sembrava quindi voler abbandonare, anche laddove siano coinvolti diritti IP, il requisito più restrittivo del test *IMS* che imponeva invece l’eliminazione della concorrenza nel mercato distinto.³¹

Da ultimo, il Documento stabiliva che il rifiuto dovrebbe impedire la crescita del mercato per cui il diritto di proprietà intellettuale è richiesto, provocando un pregiudizio ai consumatori.³² Nonostante la diversa formulazione letterale, tale circostanza sembrava coincidere con quella del “prodotto nuovo” della giurisprudenza precedente; utilizzando un’espressione identica a quella della Corte nella sentenza *IMS*,

²⁷ Si è soliti parlare di “*constructive refusal to deal*” con riferimento alle condotte che, benché formalmente differenti, realizzino in pratica il medesimo effetto di un rifiuto di contrarre, quali, ad esempio, l’adozione di tattiche dilatorie o l’imposizione di vincoli o prezzi inaccettabili per la sopravvivenza economica del concorrente.

²⁸ V. *Discussion Paper*, cit., par. 227.

²⁹ Cfr. *Discussion Paper*, cit., par. 228-229: dalla formulazione utilizzata non sembra che la Commissione si sia attenuta esclusivamente alla giurisprudenza *Bronner*. Benché la richiamasse espressamente (cfr. par. 229 e nt. 137), il Documento pareva ampliare il concetto di indispensabilità a valutazioni soggettive dei concorrenti (cfr. par. 228 : “*To be an abuse the refusal to start supplying must concern an input, which is indispensable to carry on normal economic activity in the downstream market. Without this input companies cannot manufacture their products or provide their usual service levels*”). Inoltre, il Documento sembrava introdurre concetti mai esplicitati in passato (cfr. par. 229: “*A facility is an indispensable input only when duplication of the existing is impossible or extremely difficult (...) because a second facility is not economically viable in the sense that it would not generate enough revenues to cover its costs*”). Si noti che la sentenza *Bronner* aveva previsto che: “*occorre quanto meno provare che la creazione di tali prodotti o servizi non è economicamente redditizia per una produzione su una scala comparabile a quella dell’impresa che controlla il prodotto o il servizio esistente.*”: v. sentenza *IMS*, cit., par. 28, che richiama il par. 46 della sentenza *Bronner*.

³⁰ V. *Discussion Paper*, cit., par. 230: “*In the case of IPRs it must not be possible for competitors to turn to any workable alternative technology or to “invent around” the IPR*”.

³¹ La condizione richiesta nel Documento è la stessa per tutti i casi di rifiuto di contrarre: “*the refusal is likely to have a negative effect on competition*”(v. *Discussion Paper*, cit., par. 222-223 e 231-233). Il riferimento è fortemente criticato dalla quasi generalità dei commenti ricevuti con riguardo al Documento.

³² *Ibidem*, par. 239: “*The refusal by a dominant company to license access to the IPR could be considered abusive when the five conditions described above (le condizioni richieste per il rifiuto di fornitura opposto a clienti nuovi, n.d.a.) are all fulfilled and, furthermore, the refusal to grant a license prevents the development of the market for which the license is an indispensable input, to the detriment of consumers*” (sottolineato aggiunto).

il Documento affermava infatti che la circostanza dell'ostacolo allo sviluppo del mercato si sarebbe potuta verificare solo se il soggetto che chiede l'accesso al diritto IP non intende limitarsi essenzialmente a replicare i beni o i servizi già offerti in quel mercato dal titolare del diritto di privativa, ma vuole produrre nuovi beni o servizi che il titolare non offre e per cui c'è una potenziale domanda da parte dei consumatori.³³

Il modello di analisi proposto dalla Commissione subiva però un'eccezione nel caso di rifiuti di tecnologie protette da diritti di proprietà intellettuale e indispensabili per realizzare innovazioni successive (cd. innovazioni "follow-on"). Tale diniego dovrebbe infatti considerarsi abusivo anche se la licenza della tecnologia in questione sia richiesta senza prevederne l'utilizzo in un prodotto o servizio nuovo chiaramente identificabile.³⁴ Il Documento in tal modo sembrava teorizzare i principi affermati nella decisione *Microsoft*, rischiando tuttavia di restringere notevolmente le facoltà dei titolari di esclusive, in nome di un'innovazione solamente potenziale del mercato.

Evidente emanazione della decisione *Microsoft* era anche il richiamo al rifiuto di fornire informazioni di interoperabilità. A tale riguardo, tuttavia, il Documento era fortemente generico e non precisava né il motivo per cui tale genere di *input* debba richiedere un diverso trattamento rispetto a quello degli altri tipi di rifiuto né quale siano i principi da applicare nelle fattispecie in cui siano coinvolte tali informazioni.³⁵

Un rifiuto di licenza che rispondesse ai criteri analizzati tuttavia avrebbe potuto essere consentito se oggettivamente giustificato o lecito in applicazione della teoria delle efficienze. Con riguardo ai diritti di proprietà intellettuale, il Documento sembrava ammettere il rifiuto di licenza quando risulta necessario per garantire all'impresa dominante un adeguato ritorno sugli investimenti realizzati. In questi casi il rifiuto sarebbe giustificato perché consentirebbe di compensare l'impresa degli sforzi fatti nonché, più in generale, di mantenere per essa un elevato incentivo

³³ *Ibidem*, par. 239: "This may only be the case if the undertaking which requests the licence does not intend to limit itself essentially to duplicating the goods or services already offered on this market by the owner of the IPR, but intends to produce new goods or services not offered by the owner of the right and for which there is a potential consumer demand." Cfr. sentenza *IMS*, cit., par. 49.

³⁴ V. *Discussion Paper*, cit., par. 240: "A refusal to licence an IPR protected technology which is indispensable as a basis for follow-on innovation by competitors may be abusive even if the licence is not sought to directly incorporate the technology in clearly identifiable new goods and services". Si noti che il punto è tra quelli maggiormente criticati dai commenti al Documento.

³⁵ V. *Discussion Paper*, cit., par. 241-242. Il Documento parlava infatti di "special case", senza chiarire dove risiederebbe detta specialità. Inoltre, esso era vago quando stabiliva che se le informazioni sono coperte da segreto commerciale potrebbe ("may") non essere appropriato utilizzare i medesimi *standard* elevati descritti nelle sezioni precedenti. Anche se il Documento non è chiaro a riguardo, si deve supporre che gli "high standards" cui faceva riferimento siano quelli previsti in sede di diniego di diritti IP.

all'innovazione.³⁶ Viceversa, il rifiuto di concedere il diritto IP risulterebbe meno giustificato, e più verosimilmente abusivo, nei casi in cui l'impresa avrebbe realizzato l'investimento anche sapendo che in un momento successivo sarebbe stata costretta a condividere il bene con i concorrenti o, comunque, qualora l'investimento per la creazione del bene protetto sia stato poco significativo.³⁷

Con riferimento all'incentivo all'innovazione, il Documento recepiva l'"*incentive balance test*" della decisione *Microsoft* e lo trasformava in principio generale: esso precisava infatti che gli effetti positivi sullo stimolo agli investimenti che il riconoscimento della legittimità del rifiuto può produrre in capo all'impresa dominante devono essere sempre bilanciati con gli effetti negativi che tale riconoscimento può generare sull'incentivo all'innovazione dei concorrenti i quali, non potendo accedere al diritto IP, sarebbero privati della possibilità di innovare ulteriormente il bene protetto da privata.³⁸

3. LA COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE SUGLI ABUSI DI ESCLUSIONE

Il Documento ha provocato numerosi commenti, per lo più critici, vuoi a causa della portata innovativa dell'intervento proposto dalla Commissione, vuoi per il contenuto dei principi in esso affermati, spesso vaghi e distanti dalla giurisprudenza delle corti.

La rielaborazione dei concetti del Documento ha richiesto pertanto tempi più lunghi di quelli inizialmente previsti e ha portato all'adozione di un testo finale assai più ridotto. Nonostante l'attesa, inoltre, la Comunicazione sugli abusi di esclusione (di seguito, la "Comunicazione") è ben lungi dal risolvere tutte le incertezze ancora esistenti in tema di rifiuto abusivo di licenze.

³⁶ V. *Discussion Paper*, cit., par. 235.

³⁷ *Ibidem*, par. 236. Il punto è tra i più criticati dai commentatori: il riferimento all'entità degli investimenti effettuati non troverebbe infatti fondamento in giurisprudenza e sarebbe difficilmente valutabile; non sembra esista inoltre un rapporto di proporzionalità diretta tra investimenti ed innovazione: ipoteticamente potrebbero esistere prodotti fortemente innovativi che hanno richiesto spese ridotte e, viceversa, beni scarsamente innovativi che hanno comportato investimenti notevoli. A dire dei commentatori infine l'incentivo all'innovazione costituirebbe solo una delle motivazioni alla realizzazione dell'investimento. Per un interessante contributo a commento delle affermazioni del Documento a riguardo, v. tra gli altri, AHLBORN, DENICOLÒ, GERADIN, PADILLA, *DG Comp's Discussion Paper on Article 82*, reperibile sul sito internet <http://www.europa.eu>, spec. pp. 52-54.

³⁸ V. *Discussion Paper*, cit., par. 236.

3.1. UNA RILETTURA PIÙ PRUDENTE DEL NUOVO APPROCCIO NELL'APPLICAZIONE DELL'ART. 82 TCE

Come si desume dal titolo, la Comunicazione mira principalmente ad individuare gli abusi di esclusione che meritano l'attenzione prioritaria della Commissione e non semplicemente ad indentificare i principi interpretativi utili al trattamento di tali fattispecie.³⁹

Come tutte le comunicazioni della Commissione, tuttavia, essa non è vincolante e non pregiudica una diversa interpretazione dell'art. 82 TCE da parte della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado; la Commissione stessa si riserva la possibilità di esaminare le singole fattispecie alla luce di priorità diverse da quelle considerate nella Comunicazione.⁴⁰

Rispetto a quanto originariamente previsto nel Documento, inoltre, il testo definitivo della Comunicazione è notevolmente ridimensionato, sia dal punto di vista dei temi trattati e del dettaglio utilizzato⁴¹, sia da quello delle aspettative di riforma del trattamento degli abusi. Lo stesso linguaggio utilizzato nella Comunicazione esprime efficacemente la cautela adottata dalla Commissione.⁴²

³⁹ Il titolo della Comunicazione nella versione in lingua inglese così recita: “*Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to the Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*”. V. *Comunicazione sugli abusi di esclusione*, cit., par. 2: “*La presente comunicazione stabilisce le priorità che indirizzeranno l’azione della Commissione nell’applicare l’articolo 82 al comportamento delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti dal mercato. In parallelo alle decisioni coercitive specifiche adottate dalla Commissione, la comunicazione mira a fornire maggiore chiarezza e prevedibilità per quanto riguarda il quadro generale di analisi utilizzato dalla Commissione per stabilire se debba esaminare casi relativi a varie forme di comportamenti di esclusione, nonché ad aiutare le imprese a valutare meglio la probabilità che un certo comportamento determini un intervento della Commissione ai sensi dell’articolo 82*” (sottolineato aggiunto).

L’adozione della Comunicazione era stata annunciata dal Commissario KROES, nel discorso tenuto su “*Exclusionary abuses of dominance: the European Commission priorities*” al *Fordham University Symposium*, New York, 25 settembre 2008, discorso reperibile al riferimento [Speech/08/457](http://www.europa.eu) sul sito internet: <http://www.europa.eu>.

⁴⁰ V. *Comunicazione sugli abusi di esclusione*, cit., par. 3. V. anche quanto affermato da WHISH, *Competition Law*, cit., p. 211: “*(...) any reform of the law, short of a change in the Treaty itself, is for the Community Courts: Article 82 is not like Article 81 where the Commission makes significant changes on its own initiative by introducing new or amending existing block exemptions. There are no block exemptions under Article 82. The law is what the Community Courts say it is*”.

⁴¹ Il testo del Documento era di 72 pagine; la lunghezza della Comunicazione, invece, è ridotta a sole 26 pagine. La valutazione di alcune questioni affrontate nel Documento (v. ad es. la trattazione della dominanza collettiva, cfr. *Comunicazione sugli abusi di esclusione*, cit., par. 4) è stata eliminata dal testo del 2008 e rimandata ad un momento successivo.

⁴² L’oggetto della Comunicazione è peculiare specie se lo si confronta con quello delle altre comunicazioni finora diffuse sulle altre fattispecie rilevanti ai fini della legislazione di tutela della concorrenza. In materia di intese e di concentrazioni tra imprese le comunicazioni interpretative della Commissione sono solitamente denominate “Linee direttrici sull’applicazione (...)” o, in alternativa, “Orientamenti per la valutazione (...)”. Anche il linguaggio utilizzato nella Comunicazione esprime la

La Comunicazione, comunque, rappresenta ad oggi la prima presa di posizione della Commissione di portata generale circa la valutazione delle pratiche abusive e sembra destinata a costituire, almeno di fatto, un punto di riferimento per l'analisi dei prossimi casi.

Per quanto riguarda, in particolare, il rifiuto di contrarre, questo è inquadrato in un modello di analisi più generale valevole per tutte le tipologie di abuso ed illustrato nella prima parte della Comunicazione.

Anche in tale ambito, la Commissione sembra privilegiare un atteggiamento più prudente che nel Documento. Mentre nel testo del 2005, si affermava che obiettivo dell'art. 82 TCE è la protezione della concorrenza quale strumento per *promuovere* il benessere dei consumatori e garantire un'efficiente allocazione delle risorse,⁴³ nella Comunicazione si sembra piuttosto sottolineare che lo scopo dell'attività di applicazione della norma consiste principalmente nell'evitare che l'impresa dominante danneggi la concorrenza effettiva, escludendo i rivali e, di conseguenza, *pregiudicando* il benessere dei consumatori.⁴⁴ Se nel Documento l'art. 82 TCE era interpretato quale mezzo propositivo per la realizzazione della concorrenza sul mercato, nella Comunicazione si sembra ridimensionarne la funzione a strumento per contenere le derive monopolistiche dei mercati in cui operano imprese in posizione dominante.

La stessa cautela si rinviene anche con riferimento al trattamento delle giustificazioni oggettive e delle efficienze. Da una parte, la Comunicazione recepisce i principi della *efficiency defence*,⁴⁵ dall'altra, sembra limitare le giustificazioni utilizzabili a sostegno delle condotte delle imprese dominanti a quelle oggettivamente necessarie (le cd. *objective necessity defences*), senza richiamare esplicitamente la

stessa impostazione: v. ad es. par. 75: "Nel fissare le priorità dell'attuazione coercitiva delle norme, la Commissione parte dal principio che (...)" (sottolineato aggiunto).

⁴³ V. *supra*, par. 2.1.

⁴⁴ Cfr. *Comunicazione sugli abusi di esclusione*, cit., par. 19: "(...) l'attuazione coercitiva delle norme ha lo scopo di garantire che le imprese dominanti non ostacolino lo svolgimento della concorrenza effettiva precludendo il mercato ai loro concorrenti in modo anticoncorrenziale con conseguenti effetti negativi per il benessere dei consumatori (...)" (sottolineato aggiunto).

⁴⁵ *Ibidem*, par. 28 ss. Si osservi che, nel frattempo, la Corte di giustizia aveva fatto espresso riferimento ai vantaggi in termini di efficienza generati da una condotta abusiva in Corte di Giustizia, 15 marzo 2007, *British Airways c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-95/04 P, in Racc. 2007, I-2331, par. 86: "(...) E' importante stabilire se l'effetto preclusivo derivante da tale sistema (il sistema di sconti e premi operato dall'impresa dominante e sospettato di abusività, n.d.a.), svantaggioso per la concorrenza, possa essere controbilanciato, o anche superato, da vantaggi in termini di efficienza che vadano anche a beneficio del consumatore. Se l'effetto preclusivo del detto sistema non è in relazione con i vantaggi per il mercato e per i consumatori o se eccede quanto necessario per conseguirli, esso dev'essere considerato abusivo". La Commissione aveva fatto riferimento all'*efficiency defence* ad esempio nel caso COMP/38.784, *Wanadoo Espana c. Telefonica*, cit., par. 641-663.

possibilità per l'impresa di motivare la propria condotta con la tutela dei propri interessi economici e commerciali (tramite le cd. *meeting competition defences*).⁴⁶ Inoltre, la Comunicazione pare subordinare l'utilizzabilità di considerazioni di efficienza a livelli probatori minimi, cui non si faceva menzione nel Documento.⁴⁷

3.2. L'ENNESIMA NUOVA PROPOSTA DI TRATTAMENTO PER IL RIFIUTO DI LICENZE?

In contrasto con l'approccio più cauto del resto della Comunicazione, la Commissione propone una lettura del rifiuto di contrarre e del diniego di licenze strutturalmente assai diversa da quella del Documento e sostanzialmente molto distante dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dei casi *Magill* e *IMS*.

La Commissione sembra ignorare i numerosi commenti al testo del 2005 e, forte della conferma da parte del Tribunale della sua decisione nel caso *Microsoft*, ne ribadisce le fondamenta, codificandole in regole generali.

In tale nuova opera di individuazione della disciplina del rifiuto di contrarre, la Commissione amplia la, già dubbia, portata dei principi finora utilizzati, introducendo, in particolare, una differente lettura del criterio dell'"ostacolo allo sviluppo tecnico".

⁴⁶ V. *Comunicazione sugli abusi di esclusione*, cit., par. 28 e 29: "Nella sua attività d'attuazione coercitiva dell'articolo 82, la Commissione esaminerà anche l'eventuale asserzione, avanzata dall'impresa dominante, che il comportamento di cui trattasi è giustificato. Un'impresa dominante può avanzare tale asserzione dimostrando che il suo comportamento è obiettivamente necessario (...)" (sottolineato aggiunto). La Comunicazione richiama solo la cd. *objective necessity defence*, mentre non cita, diversamente dal Documento, la cd. *meeting competition defence* (cfr. *Discussion Paper*, cit. par. 78 e 80-83). A supporto della trattazione sulla giustificazione oggettiva, la Commissione menziona, tra le altre, la sentenza resa dalla Corte di giustizia nel caso *United Brands*. Però, essa richiama solo il par. 134 della sentenza ("bisogna perciò stabilire se la sospensione delle forniture da parte della UBC, nell'ottobre 1973, fosse giustificata") e non invece il par. 189 che era stato citato quale espressione della cd. *meeting competition defence* nel Documento (cfr. *Discussion Paper*, cit., par. 81) secondo il quale: "(...) il fatto di detenere una posizione dominante non può privare l'impresa interessata del diritto di tutelare i propri interessi commerciali, se questi sono insidiati, e che quindi le si deve consentire, in misura ragionevole, di compiere gli atti che essa ritenga opportuni per la protezione di tali interessi; (...)". La cd. *meeting competition defence* era stata tuttavia richiamata dalla Commissione nella decisione resa nel caso COMP/38.784, *Wanadoo Espana c. Telefonica*, cit., par. 637-640, nonché dalla Corte di giustizia nella sentenza C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE e a. c. GlaxoSmithKline AEE*, cit., par. 50 e 76: "Un fabbricante di prodotti farmaceutici dev'essere tuttavia in grado di tutelare i propri interessi commerciali qualora gli siano ordinati quantitativi anormali".

⁴⁷ V. *Comunicazione sugli abusi di esclusione*, cit., par. 30 dove, richiamando le condizioni per l'utilizzabilità di eventuali considerazioni di efficienza, la Comunicazione stabilisce: "In questo contesto, si prevederà in genere che l'impresa dominante dimostri, con un grado sufficiente di probabilità e sulla base di prove verificabili, che sono soddisfatte le seguenti condizioni cumulative (...)". Stesso atteggiamento sembra riservato alle giustificazioni oggettive: "Spetta all'impresa dominante fornire tutte le prove necessarie per dimostrare che il comportamento in questione è obiettivamente giustificato"(v. *Comunicazione sugli abusi di esclusione*, cit., par. 31).

La stessa premessa della Comunicazione è innovativa: in essa, il rifiuto di contrarre è regolato da un'unica disciplina, sia che si tratti del diniego di fornitura a clienti esistenti o a clienti nuovi, o di un rifiuto dell'accesso ad *essential facilities*, a licenze di diritti di proprietà intellettuale o a informazioni per l'interoperabilità. Alla differenziazione dei criteri per valutare l'abusività dei diversi casi di rifiuto a seconda del loro oggetto, la Comunicazione sostituisce infatti un unico test,⁴⁸ in forza del quale, *tutti* i rifiuti di contrarre devono considerarsi abusivi in presenza di tre identiche condizioni cumulative:

- (i) il bene rifiutato è oggettivamente necessario per essere in grado di competere in modo effettivo nel mercato a valle;
- (ii) vi è la probabilità che il rifiuto porti all'eliminazione della concorrenza effettiva in detto mercato, e
- (iii) è probabile che il rifiuto sia pregiudizievole per i consumatori.⁴⁹

Se l'individuazione di un identico trattamento per i rifiuti di forniture a clienti esistenti e a clienti nuovi trova d'accordo⁵⁰, l'equiparazione della disciplina del

⁴⁸ Anche nella Comunicazione la trattazione del rifiuto di contrarre è anticipata delle usuali premesse circa la libertà di scegliere i contraenti e di disporre dei propri beni, nonché della necessità che ogni intervento limitativo di tali libertà debba essere valutato con estrema attenzione (cfr. *Comunicazione sugli abusi di esclusione*, cit., par. 75).

⁴⁹ V. *Comunicazione sugli abusi di esclusione*, cit., par. 81: "La Commissione considererà tali pratiche una priorità nell'attuazione coercitiva delle norme se concorrono le seguenti condizioni: (i) il rifiuto si riferisce ad un prodotto o ad un servizio obiettivamente necessario per poter competere in maniera effettiva su un mercato a valle; (ii) è probabile che il rifiuto determini l'eliminazione di una concorrenza effettiva sul mercato a valle, e (iii) è probabile che il rifiuto determini un danno per i consumatori". Si deve precisare che l'unica distinzione con riferimento ai rifiuti di contrarre è richiamata proprio con riguardo ai dinieghi di licenza alla nt. 50 della Comunicazione dove si precisa che la giurisprudenza esistente dimostra che tali dinieghi sono abusivi solo in circostanze eccezionali.

⁵⁰ Non sembra infatti fondata l'interpretazione del Documento secondo la quale il criterio di indispensabilità dovrebbe applicarsi solo nel caso di rifiuti di forniture a clienti nuovi, mentre non sarebbe necessario per valutare l'abusività delle interruzioni di fornitura. La lettura del Documento, in primo luogo, presenta preoccupanti risvolti in relazione alla libertà nella gestione dei rapporti contrattuali da parte delle imprese dominanti, le quali a fronte di un'imposizione di questo genere potrebbero preferire non intraprendere, *ab initio*, alcuna relazione contrattuale con i concorrenti, con grave danno per le relazioni commerciali in generale. In secondo luogo, la possibilità di considerare abusiva una cessazione di fornitura, anche quando il bene che ne è l'oggetto non è indispensabile per lo svolgimento dell'attività a valle, implicherebbe la possibilità per le autorità *antitrust* di vietare anche condotte che non generano alcun danno alla concorrenza nel mercato: in questi casi la concorrenza non verrebbe pregiudicata, vista la capacità per i destinatari del rifiuto di recuperare altrove gli *input* necessari per la propria attività. Infine, la lettura formulata nel Documento non pare in linea con la giurisprudenza della Corte nei casi di interruzioni di fornitura (v. infatti sentenza *Commercial Solvents*, cit., par. 9-18 e sentenza *Télémarketing*, cit., par. 26). Tra gli autori che non reputano giustificata la distinzione tra rifiuti di contrarre rivolti a clienti esistenti e a clienti nuovi, essendo necessario che in entrambi i casi il bene richiesto sia indispensabile, v. ad es. RITTER, *Refusal to Deal and "Essential Facilities"*, cit., p. 283 e SUBIOTTO, O'DONOGHUE, *Defining the scope of the duty of dominant firm to deal with existing customers under article 82 EC*, cit., p. 683. V. anche la discussione circa la continuità tra la prima giurisprudenza della Corte sulle interruzioni di fornitura e la dottrina delle *essential facilities*, *supra*, Cap. 2, par. 3.5.

rifiuto di contrarre e del diniego di licenza suscita invece alcune perplessità.⁵¹ In più, la rilettura in senso estensivo delle condizioni di abusività della sentenza *Microsoft* sembra poco condivisibile, visti gli obiettivi di certezza perseguiti dalla Comunicazione.⁵²

Per valutare l'illeceità del rifiuto di contrarre dell'impresa dominante occorre quindi, in primo luogo, verificare la *necessità oggettiva* del bene richiesto.⁵³

A tale riguardo, la Commissione usa indistintamente il termine di "indispensabilità" e di "necessità". Le due espressioni, tuttavia, non sembrano avere lo stesso significato. Da un punto di vista semantico, "necessario" ha un senso meno stringente di "indispensabile". Da un punto di vista sostanziale, inoltre, la definizione della condizione è più ampia di quella adottata nella sentenza *Bronner*. Secondo la Commissione, infatti, per riscontrare la necessità della risorsa non è necessario che, in sua mancanza, non sia possibile entrare o sopravvivere nel mercato a valle.⁵⁴ Al contrario, per ritenere soddisfatta tale condizione, basterebbe che non ci siano sostituti effettivi o potenziali sui quali i concorrenti in tale mercato possono fare affidamento per fronteggiare – almeno nel lungo periodo - le conseguenze del rifiuto.⁵⁵ Il mezzo per verificare l'esistenza di eventuali alternative dovrebbe essere la capacità dei concorrenti

⁵¹ Questa impostazione si scontra evidentemente con la giurisprudenza precedente: il diverso trattamento tra rifiuto di contrarre in generale e rifiuto di licenze, infatti, è stato dapprima ipotizzato nella sentenza *Bronner* (cfr. par. 41: "(...) anche supponendo che questa giurisprudenza relativa all'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale (la giurisprudenza *Magill*, n.d.a.) sia applicabile all'esercizio di qualsivoglia diritto di proprietà (...)") e poi affermato definitivamente nella sentenza *IMS* (cfr. in part. par. 48 e 49). La necessità di un diverso trattamento rispetto ai rifiuti aventi ad oggetto altri beni sembra potersi ricavare anche dalla sentenza *Microsoft* (v. infatti, par. 334: "Va rilevato che la circostanza che il rifiuto costituisca ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori compare soltanto nella giurisprudenza relativa all'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale").

⁵² Si ricordi, infatti, che la Comunicazione "mira a fornire maggiore chiarezza e prevedibilità per quanto riguarda il quadro generale di analisi utilizzato dalla Commissione per stabilire se debba esaminare casi relativi a varie forme di comportamenti di esclusione, nonché ad aiutare le imprese a valutare meglio la probabilità che un certo comportamento determini un intervento della Commissione ai sensi dell'articolo 82" (cfr. *Comunicazione sugli abusi di esclusione*, cit., par. 2).

⁵³ V. *Comunicazione sugli abusi di esclusione*, cit., par. 83: "Nel valutare se un rifiuto di effettuare forniture merita la sua attenzione prioritaria, [la] Commissione considererà se la fornitura del fattore di produzione negato sia oggettivamente necessaria per gli operatori per poter competere in maniera effettiva sul mercato".

⁵⁴ *Ibidem*, par. 83: "Questo non significa che, senza il fattore di produzione negato, nessun concorrente potrebbe mai entrare o sopravvivere sul mercato a valle"; l'affermazione della Comunicazione richiama quanto il Tribunale di primo grado aveva previsto nella sentenza *Microsoft*, con riferimento alla condizione - collegata al requisito della "indispensabilità" - del rischio di eliminazione della concorrenza dal mercato contiguo: cfr., infatti, sentenza *Microsoft*, cit., par. 563: "Al riguardo, occorre precisare che il fatto che i concorrenti dell'impresa in posizione dominante rimangano presenti marginalmente in alcune "nicchie" del mercato non è sufficiente per sostenere che una tale concorrenza esiste".

⁵⁵ V. *Comunicazione sugli abusi di esclusione*, cit., par. 83: "Un fattore di produzione è piuttosto indispensabile quando non esiste un succedaneo effettivo o potenziale sul quale i concorrenti nel mercato a valle potrebbero contare in modo da contrastare - almeno a lungo termine - le conseguenze negative del rifiuto".

di duplicare efficacemente l'*input* dell'impresa dominante, creando una fonte sostitutiva di fornitura che permetta loro di esercitare una concorrenza effettiva sul mercato.⁵⁶

Come nella sentenza *Microsoft*, la valutazione dell'indispensabilità/duplicabilità della risorsa è quindi effettuata in chiave principalmente soggettiva, poiché il punto di riferimento per tale giudizio sono i concorrenti *tout court* e non invece il concorrente ugualmente efficiente, o il concorrente che abbia dimensioni comparabili a quelle dell'impresa dominante, richiamato nel caso *Bronner*.⁵⁷

Un'interpretazione così estesa del requisito di "indispensabilità", tuttavia, sembra estremamente favorevole alla protezione dei concorrenti più che della concorrenza nel merito e rischia pertanto di trasformare la disciplina esistente da dottrina che regola l'uso di risorse "essenziali" a dottrina destinata a regolare l'utilizzo di risorse semplicemente "convenienti"⁵⁸.

In linea con l'impostazione generale, la Comunicazione precisa che, per essere vietato, il rifiuto dell'impresa dominante deve condurre alla *probabile eliminazione della concorrenza dal mercato a valle*. Essa, d'altro canto, specifica che quando il rifiuto riguardi un bene indispensabile o necessario, tale effetto - nel breve o nel lungo termine - generalmente si produce *ex se*; quindi, al verificarsi della prima condizione di abusività è molto probabile si produca anche la seconda.⁵⁹

L'analisi di questa condizione però si differenzia da quella della sentenza *Microsoft*. Con riguardo all'individuazione dei mercati rilevanti, la Comunicazione riprende la tanto dibattuta definizione di mercato potenziale, ma evita, per la prima volta

⁵⁶ La Comunicazione (v. par. 84) richiama altresì le presunzioni di indispensabilità che ricorrerebbero nei casi di beni già oggetto di fornitura in passato. La Commissione ripropone quindi la presunzione di abusività per i casi di interruzione di fornitura già delineata nel Documento (v. *supra*, nt. 23). Ai sensi della Comunicazione, in questi casi, spetterebbe all'impresa dominante dimostrare un cambiamento delle circostanze tale da giustificare la cessazione del rapporto contrattuale. Esprime forti critiche in relazione alle conseguenze negative di tale tipo di approccio, RITTER, *Refusal to Deal and "Essential Facilities"*, cit., pp. 284-285: "No one wants to be locked into a relationship after it has ceased to be useful simply because legal consequences would follow its termination. Such legal consequences could deter firms from dealing at all, which would be damaging to the economy".

⁵⁷ Cfr. con quanto affermato in relazione alla sentenza *Microsoft*, *supra*, Cap. 4, par. 6.3.1.

⁵⁸ Sottolineava tale rischio, già con riferimento alla sentenza *Microsoft*, RIDYARD, *Compulsory Access under EC Competition Law – A new Doctrine of "Convenient facilities" and the Case for Price Regulation*, cit.

⁵⁹ V. *Comunicazione sugli abusi di esclusione*, cit., par. 85: "Se le condizioni precisate ai punti 83-84(i) requisiti circa l'indispensabilità dell'*input* in questione, n.d.a.) sono soddisfatte, la Commissione ritiene che il rifiuto di un'impresa dominante di effettuare una fornitura sia generalmente atto ad eliminare, immediatamente o col tempo, la concorrenza effettiva nel mercato a valle".

dalla sentenza *IMS*, di fare riferimento anche al mercato ipotetico.⁶⁰ Inoltre, essa torna a parlare di semplice “probabilità”, anziché di “rischio” di eliminazione della concorrenza.⁶¹ Nonostante le differenze formali, la Comunicazione non sembra comunque spostarsi di molto da quanto affermato dal Tribunale di primo grado nel caso *Microsoft*: visto il suo significato vago, il mancato richiamo al concetto di mercato ipotetico non sembra determinante e, per stessa affermazione della sentenza *Microsoft*, l’espressione “probabilità” di eliminazione della concorrenza equivarrebbe di fatto a quella di “rischio” di eliminazione.⁶²

E’ la terza condizione di abusività, relativa al generico *pregiudizio ai consumatori*, a suscitare i dubbi maggiori, specie in materia di diritti di proprietà intellettuale.⁶³

Con questo criterio la Comunicazione prevede infatti che, nell’analisi degli effetti del rifiuto sul benessere dei consumatori, si dovrà esaminare se le probabili conseguenze negative derivanti al mercato dal rifiuto di contrarre controbilancino e superino nel tempo le conseguenze negative derivanti all’impresa dominante dall’imposizione dell’obbligo d’accesso alla risorsa.

Tale esame, che ricalca il cd. *incentive balance test* della decisione *Microsoft*,⁶⁴ è criticabile da due punti di vista.

⁶⁰ *Ibidem*, par. 79. Come già nel Documento (cfr. *Discussion Paper*, cit., par. 227), anche nella Comunicazione manca il riferimento - presente invece nella sentenza *IMS* (par. 45) - alla necessità che si configuri un “doppio stadio di produzione”. La circostanza che nella Comunicazione si usi interscambiabilmente il termine “prodotto” con “fattore di produzione” lascia permanere tuttavia le stesse perplessità evidenziate a partire dalla pronuncia della sentenza *IMS* (v. *supra*, Cap. 4, par. 5.2.2.1.).

⁶¹ V. ancora *Comunicazione sugli abusi di esclusione*, cit., par. 81: “è probabile che il rifiuto determini l’eliminazione di una concorrenza effettiva sul mercato a valle” (sottolineato aggiunto). La Comunicazione abbandona pertanto il discusso requisito adottato nel Documento consistente nella produzione di probabili effetti negativi in termini di chiusura della concorrenza nel mercato a valle (v. *supra*, par. 2.2.).

⁶² Cfr. sentenza *Microsoft*, cit., spec. par. 561.

⁶³ Nella Comunicazione, la nozione di “consumatori” assume un significato molto ampio: essa, infatti, comprende “tutti gli utilizzatori, diretti o indiretti, dei prodotti interessati dal comportamento, compresi produttori intermedi che utilizzano i prodotti come fattore di produzione nonché i distributori e i consumatori finali sia del prodotto immediato che di prodotti forniti da produttori intermedi”. La valutazione degli effetti di una condotta sospettata di abusività deve pertanto essere effettuata ad ogni livello di utilizzo del bene considerato. Da tale esame andrà eventualmente escluso il livello in cui gli utilizzatori sono concorrenti attuali o potenziali dell’impresa dominante: tale analisi rientra infatti nei contenuti dell’esame degli effetti della condotta *sulla concorrenza e non sui consumatori*. Cfr. infatti *Comunicazione sugli abusi di esclusione*, cit., nt. 15.

⁶⁴ Benché formulato in modo differente, i risultati sostanziali cui conduce il test proposto dalla Comunicazione sembrano gli stessi cui porta l’*incentive balance test* della decisione *Microsoft*: quest’ultimo infatti effettua una comparazione tra l’impatto positivo per la concorrenza nel mercato dell’imposizione dell’obbligo di contrarre, e l’impatto negativo di tale obbligo di contrarre in capo all’impresa dominante (v. decisione *Microsoft* cit., par. 783); il test della Comunicazione confronta invece le conseguenze negative per la concorrenza del rifiuto di contrarre con le conseguenze negative dell’obbligo di contrarre in capo all’impresa dominante. In entrambi i casi, gli effetti negativi generati

In primo luogo, con riferimento alla fondatezza giuridica del *incentive balance test*: esso, infatti, per quanto apprezzato dagli economisti⁶⁵, non è stato formalmente richiamato nella sentenza *Microsoft* dal Tribunale di primo grado, il quale, anzi, ne ha negato l'utilizzo da parte della Commissione.⁶⁶ Inoltre, il riferimento generico al danno ai consumatori è più ampio di quello all'art. 82, lett. b), TCE, dove il pregiudizio ai consumatori rileva solo in quanto provocato da determinate, benché ampie, categorie di condotte (ovvero dalla limitazione della produzione, degli sbocchi o dello sviluppo tecnico).⁶⁷

In secondo luogo, con riferimento all'operatività pratica del *incentive balance test*, tenuto conto che le conseguenze sul mercato del rifiuto di fornitura paiono difficilmente misurabili da un punto di vista quantitativo. Un bilanciamento con le conseguenze derivanti dall'imposizione dell'obbligo di contrarre, basato su considerazioni puramente qualitative, rischierebbe di condurre a previsioni non corrispondenti alla realtà del mercato. Inoltre, la diversa natura dei due dati coinvolti nella valutazione li rende difficilmente confrontabili: mentre la crescita degli incentivi all'innovazione dei concorrenti che potrebbe derivare dalla libera disponibilità della risorsa è puramente ipotetica, la riduzione della spinta allo sviluppo per l'impresa dominante è un dato più facilmente identificabile, dal momento che quest'ultima ha già dato prova delle proprie capacità innovative in assenza di accesso alla risorsa da parte dei concorrenti.⁶⁸

Con riguardo al diniego di licenze, la Comunicazione abbandona la regola dell'"ostacolo alla comparsa del prodotto nuovo", teorizzata nelle pronunce *Magill* e

dall'obbligo di fornire l'accesso alla risorsa per l'impresa dominante sono confrontati con il medesimo dato, considerato da due prospettive opposte (come effetto positivo per la concorrenza generato dall'accesso alla risorsa, nel caso *Microsoft*, o, come effetto negativo per la concorrenza generato dal rifiuto della risorsa, nella Comunicazione).

⁶⁵ V. in particolare LÉVÊQUE, *Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case*, cit.

⁶⁶ V. sentenza *Microsoft*, cit., par. 710. Per una riflessione a riguardo v. *supra*, Cap. 4, par. 6.3.4.

⁶⁷ Come si ricorderà, il requisito dell'ostacolo alla comparsa del prodotto nuovo era stato inquadrato dalla sentenza *Microsoft*, quale applicazione dell'art. 82, lett. b) TCE : cfr. sentenza *Microsoft*, cit., par. 643 ss.

⁶⁸ La Commissione sembra consapevole della differenza esistente tra gli effetti generati dal rifiuto sul mercato in generale e quelli prodotti dall'obbligo di contrarre sull'impresa dominante: i primi sono effetti principalmente ipotetici e pertanto oggetto di un esame prognostico; i secondi sono invece effetti di più facile rilevazione alla luce della condotta tenuta in passato dall'impresa. V. infatti la formulazione del test della Comunicazione (par. 86): "Nell'analizzare gli effetti probabili, per il benessere dei consumatori, del rifiuto di effettuare forniture, la Commissione valuterà se per i consumatori le probabili conseguenze negative di tale rifiuto sul mercato rilevante superano nel tempo le conseguenze negative dell'imposizione di un obbligo di fornitura" (sottolineato aggiunto): l'attributo "probabile" è riportato dalla Comunicazione solo con riferimento alle conseguenze negative per il mercato mentre manca per quelle generate in capo all'impresa dominante.

IMS, la quale, da principio generale, diviene solo uno degli esempi di possibile pregiudizio ai consumatori.

Il concetto di prodotto nuovo, tra l'altro, è esplicitamente esteso. Da un punto di vista letterale, la Comunicazione aggiunge alla formula utilizzata in passato, il riferimento al "prodotto migliorato" e stabilisce che è potenzialmente lesivo del benessere dei consumatori, e quindi abusivo, il rifiuto che impedisca al richiedente di produrre beni o servizi "nuovi" o "migliorati" per i quali esiste una potenziale domanda degli utilizzatori o che siano tali da poter contribuire allo sviluppo tecnico.⁶⁹

Il riferimento all'esistenza di una specifica domanda potrebbe far ritenere che il bene "nuovo" o "migliorato" risponda ad esigenze diverse rispetto a quello dell'impresa dominante, e, in quanto tale, appartenga ad un mercato differente. Non si comprende però la ragione per cui l'esistenza di una domanda da parte dei consumatori non sia invece richiamata per i prodotti o i servizi che contribuirebbero allo sviluppo tecnico. A riguardo, si potrebbe ipotizzare che, per beni di questo genere, la sussistenza di tale richiesta è data per presupposta. D'altro canto, non si coglie il criterio in base al quale si dovrebbe misurare il grado di migliorie nel prodotto del concorrente.

La Comunicazione afferma, inoltre, che può essere dannoso per i consumatori anche il diniego che impedisca la comparsa sul mercato di beni e servizi innovativi o che porti al soffocamento della cd. innovazione "follow-on".⁷⁰ Con riferimento ai primi, si fatica a coglierne la differenza rispetto a quelli, sopra menzionati, che invece contribuirebbero allo sviluppo tecnico, tanto più che, come per questi ultimi, anche per i beni innovativi la Comunicazione non richiama espressamente la necessità di una specifica domanda. Il riconoscimento della possibilità di imporre un obbligo di fornitura, nel caso di una generica limitazione della "follow-on innovation", sembra inoltre riproporre sostanzialmente le medesime perplessità che erano sorte sul punto intorno al Documento⁷¹, potendo tale ampia interpretazione portare non solo ad

⁶⁹ V. infatti *Comunicazione sugli abusi di esclusione*, cit., par. 87, dove, descrivendo i casi in cui la Commissione ritiene possa prodursi un danno per i consumatori, si afferma: "Questo può avvenire, in particolare, se l'impresa che richiede la fornitura non intende limitarsi essenzialmente alla duplicazione dei beni o dei servizi già offerti dall'impresa dominante sul mercato a valle, ma intende produrre beni o servizi nuovi o migliorati per i quali vi sia una domanda potenziale dei consumatori o se è probabile che essa contribuisca allo sviluppo tecnico" (sottolineato aggiunto).

⁷⁰ *Ibidem*, par. 87: "La Commissione ritiene, ad esempio, che vi possa essere un danno per i consumatori qualora, in conseguenza del rifiuto, si impedisca ai concorrenti oggetto di preclusione da parte dell'impresa dominante di immettere sul mercato beni o servizi innovativi e/o quando sia probabile che venga frenata l'innovazione successiva" (sottolineato aggiunto).

⁷¹ Cfr. la formulazione della *Comunicazione sugli abusi di esclusione*, cit., par. 87 con il Documento, cit., al par. 240, che stabilisce: "*A refusal to licence an IPR protected technology which is indispensable as a*

obbligare l'impresa dominante a condividere semplici vantaggi competitivi, ma anche a legittimare i concorrenti a pretendere l'accesso a beni protetti, solo sul presupposto di poterne fare uso in futuro per non meglio precisati sviluppi tecnologici.⁷²

L'individuazione del pregiudizio ai consumatori, in tutte le espressioni impiegate dalla Comunicazione (ostacolo al "prodotto nuovo", "migliorato" o "innovativo" o allo "sviluppo tecnico"), infine, attribuisce il compito di stabilire quale sia il grado di progresso necessario al mercato e alla società alla Commissione e alle corti comunitarie, il che pare oggettivamente esulare dalle loro competenze.

In conclusione, anche se la portata effettiva della Comunicazione dipenderà in gran parte dall'applicazione che ne faranno la Commissione e i giudici comunitari, nonché dal livello di riscontri ritenuti necessari nell'esame dei singoli casi, è sin da ora evidente il rischio di una deriva discrezionale nell'analisi del rifiuto di contrarre e, in particolare, del diniego di licenze.

L'analisi del rifiuto di contrarre è completata infine dal richiamo all'esame di eventuali efficienze cui si applicano i principi previsti nella parte generale della Comunicazione.⁷³

Tra le considerazioni di efficienza, senza far specifico riferimento ai diritti di proprietà intellettuale, la Comunicazione cita la necessità di garantire all'impresa dominante un adeguato ritorno economico sugli investimenti intrapresi e la necessità di evitare un pregiudizio alla spinta innovativa dell'impresa dominante.⁷⁴

basis for follow-on innovation by competitors may be abusive even if the licence is not sought to directly incorporate the technology in clearly identifiable new goods and services".

⁷² Tale considerazione sembrerebbe privilegiare, ingiustificatamente, gli innovatori "di seconda generazione", a scapito di quelli, più meritevoli, "di prima generazione". Già con riferimento alla formulazione contenuta nel Documento, aveva espresso forti critiche GERADIN, nel suo intervento dal titolo "*Refusal to Supply and Article 82*", tenuto nel corso della discussione pubblica a Bruxelles del 14 giugno 2006 (v. *supra*, nt. 6). Anche se criticabile, l'affermazione della Comunicazione sembra ricalcare di fatto le considerazioni che hanno condotto alla decisione nel caso *Microsoft*.

⁷³ V. *Comunicazione sugli abusi di esclusione*, cit., par. 89 e 90. Come si ricorderà perché l'*efficiency defence* possa trovare applicazione devono ricorrere quattro condizioni cumulative: i) le efficienze sono il risultato effettivo o potenziale della condotta abusiva; ii) quest'ultima è indispensabile per realizzare dette efficienze; iii) le efficienze generate superano i probabili effetti negativi che possono derivare ai consumatori e alla concorrenza nei mercati coinvolti e, iv) la condotta in esame non sopprime la concorrenza effettiva nel mercato, eliminando tutte le fonti esistenti di concorrenza reale o potenziale o la maggior parte di esse (cfr. *Comunicazione sugli abusi di esclusione*, cit., par. 30).

⁷⁴ Tale affermazione della Comunicazione è la prova che le deduzioni operate sopra con riferimento alla sentenza *Microsoft* sono corrette. Cfr. infatti, *supra*, Cap. 4, par. 6.3.4. dove si era ritenuto che la circostanza che il Tribunale avesse motivato il rigetto della giustificazione oggettiva avanzata da *Microsoft* in quanto semplicemente "non provata", sembrava lasciare spazio all'utilizzabilità del criterio del disincentivo all'innovazione quale limite all'obbligo di accesso ai beni protetti da proprietà intellettuale.

Tali considerazioni non paiono particolarmente adeguate alla generalità dei diritti IP, specie ai diritti d'autore per i quali la compensazione economica non sembra il solo fattore determinante nelle decisioni di investimento di colui che realizza creazioni originali.⁷⁵

In più, alla luce della formulazione dell'*incentive balance test* proposto per i casi di rifiuto di contrarre, rimane dubbia la possibilità di applicare in concreto le considerazioni di efficienza a tali pratiche abusive. Se la condotta dell'impresa dominante non danneggia i consumatori, essa infatti non è abusiva di per sé, per mancanza della terza condizione del modello di analisi della Comunicazione. D'altro canto, se applicando l'*incentive balance test* si derivasse un pregiudizio ai consumatori, alla pratica in questione non sembrerebbe potersi applicare nemmeno l'*efficiency defence*: mancherebbe, infatti, il requisito che impone che le efficienze prodotte dalla condotta abusiva controbilancino e superino le conseguenze negative generate dalla medesima. Varrebbe quindi la pena di chiarire questo punto o, quanto meno, precisare il funzionamento del test di bilanciamento in modo da differenziarlo dall'analisi richiesta con riferimento alle considerazioni di efficienza, evitando così che tali esami siano destinati ad annullarsi vicendevolmente.

Un dubbio simile deriva altresì dalla possibile sovrapposizione della seconda condizione prevista nel test di abusività del rifiuto di contrarre (i.e. la probabile eliminazione della concorrenza nel mercato a valle) con il requisito dell'*efficiency defence* che stabilisce di tener conto delle efficienze generate dalla pratica abusiva solo se questa non elimini la concorrenza effettiva dal mercato.

⁷⁵ V. infatti, quanto già affermato nel contributo, a commento del Documento, elaborato dal Max Planck Institut für Geistiges Eigentum, Wettberbs un Steuerrecht di Monaco di Baviera, *Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the DG Competition Discussion Paper of December 2005 on the application of Article 82 of the EC Treaty to exclusionary abuses*, reperibile sul sito internet <http://www.europa.eu>, spec. par. 8: "With regard to creativity, one has to take into account the fact that creativity in the classical copyright field –music, literature and art – still has to rely on the individual author who is not motivated exclusively by economic interests".

CONCLUSIONI

Il presente studio ha dimostrato la complessità di individuare il corretto trattamento del rifiuto abusivo di licenza di diritti di proprietà intellettuale.

L'atteggiamento della Commissione e dei giudici comunitari si è evoluto con il tempo. Mentre all'inizio si faceva ricorso ai principi propri della materia della proprietà intellettuale, si è poi passati all'impiego di modelli di analisi sviluppati dal diritto *antitrust* con riferimento alle ipotesi di rifiuto di contrarre, adattati alle specifiche esigenze di tutela richieste dalla natura di tali diritti di privativa.

Nel tentativo di contemperare la necessità di proteggere lo sforzo creativo del titolare del diritto di proprietà intellettuale, mantenendone vivo lo stimolo alla ricerca, con la necessità di garantire una concorrenza non falsata, la Commissione e le corti comunitarie hanno alternato pronunce in cui il rifiuto di licenza viene qualificato come abusivo solo in casi effettivamente eccezionali, a pronunce che tendono ad estendere le ipotesi di illiceità del diniego.¹

Le differenze tra le condizioni in cui il rifiuto di licenza è considerato abusivo individuate dalla Corte di giustizia nella sentenza *IMS*, dal Tribunale di primo grado nella sentenza *Microsoft* e, infine, dalla Commissione nella Comunicazione sugli abusi di esclusione dimostrano in modo efficace la difficoltà di individuare uno *standard* chiaro e definito per il trattamento dell'abuso da diniego di licenza. Tale complessità di individuazione, d'altra parte, è frutto del dibattito più generale, tuttora esistente, circa il rapporto tra diritto *antitrust* e diritto della proprietà intellettuale che contrappone quanti sostengono che tra tali discipline esista un naturale conflitto a coloro

¹ Cfr. *supra*, Cap. 4. Descrive efficacemente l'atteggiamento delle corti comunitarie nell'ambito dell'interpretazione dei casi di rifiuti di contrarre, OSTI, *Refusal to Deal and the Quest for the Unfathomable Standard*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, VII Convegno, Treviso, 18-19 maggio 2006 (a cura di RAFFAELLI), Bruxelles-Milano, 2007, p. 259 ss., spec. 259: "European competition law is the only common law system which (consciously) ignores a coherent law of precedent. Nowhere this insouciance, and the uncertainty it causes, more apparent than in the law of refusal to deal under Article 82. This has been shaped, after all, via a handful of judgments which (...) tend to ignore each other and leave the interpreter at a complete loss".

che, invece, ritengono che esse siano complementari, perseguendo entrambe il medesimo fine dell'efficienza dinamica, seppur con mezzi diversi.²

L'assenza di una disciplina giuridica ed economica coerente del rifiuto abusivo di licenze di diritti IP pregiudica le imprese e la competitività dell'industria europea.

La definizione di regole certe su tale fattispecie appare necessaria, in primo luogo, alla luce della modernizzazione del diritto *antitrust* e della prevedibile diffusione di azioni di risarcimento del danno concorrenziale,³ che porteranno ad una più estesa applicazione decentralizzata della normativa comunitaria *antitrust*, nel quadro della quale norme chiare faciliterebbero un'interpretazione uniforme dei principi applicabili da parte delle autorità e dei giudici nazionali.

In secondo luogo, regole ferme per l'applicazione dell'art. 82 TCE ai casi di rifiuto di licenza limiterebbero il rischio di una *overdeterrence* delle imprese, la quale potrebbe indurre un loro sostanziale immobilismo. La riduzione della spinta innovativa sarebbe particolarmente dannosa, tenuto conto che oggi la ricerca e lo sviluppo tecnologico costituiscono gli elementi chiave della competitività dell'industria europea nei confronti dei paesi emergenti.

Viste le difficoltà di disciplinare l'abuso da diniego di licenza mediante i principi del diritto *antitrust*, taluno ha proposto di regolare l'esercizio abusivo dei diritti IP mediante norme specifiche in materia di proprietà intellettuale.⁴

La valutazione corretta del rifiuto abusivo di licenza non pare però poter prescindere anche dall'applicazione del diritto *antitrust*. Questo, tuttavia, dovrebbe

² Cfr. *supra*, Cap. 3, par. 2. Per una breve analisi del rapporto tra diritto della concorrenza e diritto della proprietà intellettuale, v. ad es. MEZZETTI, *Diritti di proprietà intellettuale e abuso di posizione dominante*, cit., pp. 246-247 e per una disamina più approfondita, v. anche GHIDINI, *Collisione? Integrazione? Appunti sulla intersection fra diritti della proprietà intellettuale e disciplina(e) della concorrenza*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2005, p. 247 ss.

³ Dopo la pubblicazione del *Libro verde relativo alle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie* del 19 dicembre 2005 (COM (2005), 672 def.), la Commissione ha recentemente pubblicato un Libro Bianco sul medesimo oggetto (*Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, 2 aprile 2008, COM (2008) 165 def.) con lo scopo di rendere effettivo l'accesso al risarcimento del danno per violazione del diritto *antitrust* da parte delle vittime, di fissare una tutela minima per queste ultime e condizioni di parità e certezza del diritto in tutta l'Unione europea. I documenti citati e i commenti che ne sono scaturiti sono consultabili sul sito internet <http://www.europa.eu>.

⁴ Cfr. ad es. ONG, *Anti-competitive Refusal to Grant Copyright Licenses*, cit., p. 511 ss. che propone l'adozione di una dottrina sul modello del "patent misuse" e del "copyright misuse", diffusi negli Stati Uniti e diretti ad impedire che il titolare del diritto IP possa far valere la sua esclusiva nei confronti di eventuali contraffattori, quando eserciti il suo diritto IP in violazione della normativa *antitrust*. V. anche PARDOLESI, GRANIERI, *Di regolazione, antitrust e diritti di proprietà intellettuale*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2004, p. 7 ss. che sostengono che lo strumento più efficace per risolvere il conflitto tra disciplina della proprietà intellettuale e diritto *antitrust* sia invece la disciplina regolatoria.

essere applicato in modo tale da realizzare un bilanciamento effettivo tra le sue istanze liberistiche e le esigenze di protezione proprie delle privative industriali e intellettuali.

A tal fine, occorrerebbe innanzitutto riconoscere che i diritti IP si differenziano dagli altri diritti di proprietà, in particolare, a causa della loro durata limitata nel tempo. La limitazione della durata del diritto di proprietà intellettuale è il frutto del bilanciamento dell'esigenza di tutela dell'inventore o del creatore (realizzata mediante il riconoscimento dell'esclusiva) con l'interesse pubblico alla condivisione dell'invenzione o alla diffusione della creazione (realizzata limitando l'esclusiva ad un periodo temporalmente circoscritto).⁵ In questo modo risulta ugualmente tutelato l'interesse dei concorrenti ad utilizzare l'invenzione o la creazione per promuovere la competitività del mercato. Il trattamento delle fattispecie che coinvolgono i diritti IP, pertanto, non può essere identico a quello riservato ai casi di monopolio su beni ed infrastrutture materiali, per cui tale bilanciamento di opposti interessi è assente.

D'altro canto, il punto di partenza per la corretta applicazione del diritto *antitrust* ai dinieghi di licenza dovrebbe essere la constatazione dell'assenza di contrasto, e anzi della totale complementarità, tra le finalità e gli effetti delle discipline della concorrenza e della proprietà intellettuale. Il diritto della proprietà intellettuale, come il diritto *antitrust*, è diretto a favorire un'efficienza e una concorrenza dinamica fondata sullo sviluppo di nuovi prodotti e processi.⁶ Le privative industriali ed intellettuali sono pertanto concepite per escludere una concorrenza fondata sull'imitazione di prodotti e servizi, e promuovono una concorrenza basata sulla sostituzione e, dunque, sulla realizzazione di beni nuovi da parte dei concorrenti del titolare del diritto IP.⁷

⁵V. a tale riguardo, DERCLAYE, *Abuses of Dominant Position and Intellectual Property Rights*, cit., pp. 699 e 701 dove, anche se solo con riferimento al diritto d'autore, si precisa: "Copyright (...) is inherently balanced: it is a compromise between the natural free use of original expression by every one and the just (and economically efficient) reward for the creator's labour". Il risultato del bilanciamento effettuato dal diritto della proprietà intellettuale sembra poi ritenuto appropriato anche dal punto di vista economico: v. infatti, GUAL, HELLWIG, PERROT, POLO, REY, SCHMIDT, STENBACKA, *Report by the Economic Advisory Group for Competition Policy ("EAGCP") on "An Economic Approach to Article 82"*, cit. p. 44: "Tolerating a (temporary) monopoly may be the best way to promote investment and innovation incentives and thus dynamic efficiency".

⁶ A tale conclusione è giunta d'altra parte la stessa Commissione, in particolare, nelle *Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81 del trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia*, in G.U.U.E. 27 aprile 2004, C 101, p. 2 ss., par. 7.

⁷ Si fa riferimento alla distinzione esistente tra "competition by imitation" e "competition by substitution" richiamata da Joseph DREXL, direttore del Max Planck Institut für Geistiges Eigentum, Wettberbs und Steuerrecht di Monaco di Baviera, nel suo intervento dal titolo "Refusal to License an IP Right", tenuto nel corso della discussione pubblica a Bruxelles del 14 giugno 2006. V. anche *Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the DG Competition Discussion*

Alla luce di queste considerazioni, il ricorso alle regole *antitrust* per limitare l'esercizio del diritto di privativa non dovrebbe essere escluso, ma solo limitato ai casi effettivamente "eccezionali" in cui l'esercizio in concreto del diritto IP contrasti con la finalità astratta per cui esso è stato riconosciuto, cioè escluda la promozione dell'innovazione e del benessere sociale.

Per ridurre le ipotesi di intervento del diritto *antitrust* nell'esercizio delle prerogative del titolare del diritto IP, occorrerebbe tuttavia che la disciplina delle privative industriali ed intellettuali fosse concepita così da prevedere la proteggibilità dei soli beni realmente dotati di caratteri di innovatività e originalità tali da giustificare il godimento in via esclusiva.⁸ L'uniformazione, a livello comunitario, dei diritti di proprietà intellettuale e delle relative condizioni e modalità di tutela, in parte già avviata, potrebbe aiutare a ridurre le ipotesi di conflittualità tra esercizio dei diritti IP e principi di diritto *antitrust*.⁹

Ad oggi, le decisioni comunitarie in materia di diniego di licenza dimostrano la complessità dell'individuazione in concreto dei casi di abusività del rifiuto del diritto IP.

Nel caso *IMS* la Corte di giustizia ha formulato un test chiaro, specifico per le ipotesi di rifiuto di concedere in licenza privative industriali ed intellettuali e basato su precise condizioni definite *ex ante*. Nella Comunicazione sugli abusi di esclusione la

Paper of December 2005 on the application of Article 82 of the EC Treaty to exclusionary abuses, cit., spec. par. 6 e, dello stesso autore, *IMS Health and Trinko*, cit., p. 805.

⁸ V. HEINEMANN, *International Antitrust and Intellectual Property*, in *Intellectual Property and Free Trade Agreements* (ed. by HEATH, KAMPERMAN, SANDERS) Oxford-Portland, 2007, p. 261 ss., spec. 274: "it is an essential task of the national legislature to proceed to a 'wise' definition of IPRs avoiding at the same time under and over-protection". La diffusione di una disciplina legislativa più "saggia" è particolarmente opportuna alla luce della forte espansione delle aree proteggibili cui si è assistito di recente, dai tempi della cd. *new economy*: per una riflessione su questo punto v. ad es. AREZZO, *Competition Policy and IPRS*, cit., spec. p. 316.

⁹ L'azione comunitaria in questa direzione sembra ora confermata alla luce del testo dall'art. 118 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea previsto dal Trattato di Lisbona (in G.U.C.E. 9 maggio 2008, C 115, p. 96 ss.) che pare diretto ad istituzionalizzare la creazione di diritti di proprietà intellettuale di portata comunitaria. Esso infatti prevede che: "Nell'ambito dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure per la creazione di titoli europei al fine di garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'Unione e per l'istituzione di regimi di autorizzazione, coordinamento e controllo centralizzati a livello di Unione". Prevedendo un voto del Consiglio a maggioranza qualificata (v. art. 16, co. 3 TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona), ai sensi della "procedura legislativa ordinaria" regolata dall'art. 294 TFUE, si vuole così rendere più semplice l'adozione di misure in materia di diritti IP aventi portata comunitaria: in passato, infatti, in mancanza di disposizioni specifiche, per l'adozione del Reg. (CE) n. 40/94 sul marchio comunitario e del Reg. (CE) n. 6/2002 sui disegni e modelli comunitari, si era reso necessario l'utilizzo dell'art. 308 TCE (ex art. 235) che richiede il voto favorevole del Consiglio all'unanimità.

Il processo di ratifica del Trattato di Lisbona è, al momento, ancora in corso in Germania, Polonia e Repubblica Ceca. L'adozione del nuovo Trattato è stato oggetto di un referendum popolare con esito negativo in Irlanda.

Commissione ha adottato un approccio più ampio, fondato su principi di portata generale in cui le ipotesi di rifiuto di licenza sono assimilate a quelle dei rifiuti di contrarre aventi ad oggetto beni ed infrastrutture materiali.

Il primo metodo ha il vantaggio di essere specifico, certo e conoscibile, anche se una disciplina concepita in termini astratti potrebbe non adattarsi alla situazione concreta e condurre a conclusioni non coerenti alla luce delle circostanze economiche di ogni singola fattispecie.

Il secondo favorisce invece interpretazioni più duttili e conformi alle risultanze concrete di ogni specifico caso, ma si presta ad una lettura maggiormente discrezionale e quindi più difficilmente prevedibile a priori.

Sembra dunque che l'individuazione del giusto approccio nel trattamento del diniego di licenza debba contemperare entrambi i metodi proposti.

A tale riguardo è apprezzabile il tentativo della Commissione nella Comunicazione sugli abusi di esclusione di svincolare l'analisi del rifiuto di concedere l'accesso ai diritti di proprietà intellettuale da principi eccessivamente formali e non radicati nella realtà economica del caso di specie. Perché l'approccio della Comunicazione possa essere realmente utile per le autorità, le imprese e, infine, per lo sviluppo dell'economia europea, pare tuttavia necessario riconoscere la peculiarità dei diritti di proprietà industriale ed intellettuale rispetto ai diritti di proprietà sugli altri beni e, di conseguenza, circoscrivere con maggior precisione l'applicazione dei principi sul rifiuto di contrarre a tale *genus* di diritti.

Sebbene la Comunicazione del 2008 sembri già aver tracciato una linea interpretativa per l'avvenire, è presto per prevedere il futuro della disciplina del diniego abusivo di licenze. Esso dipende infatti dall'applicazione pratica che la Commissione farà dei principi della Comunicazione nonché, e soprattutto, dalla reazione delle corti comunitarie alla lettura proposta dalla Commissione per il trattamento di questa fattispecie.

BIBLIOGRAFIA

AITMAN, JONES, *Competition Law and Copyright: Has the Copyright Owner Lost the Ability to Control his Copyright?*, in *European Intellectual Property Review*, 2004, p. 137 ss.

ALBORS-LLORENS, *The Role of Objective Justifications and Efficiencies in the Application of Article 82 EC*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 1727 ss.

ALONSO, *Market Definition in the Community's Merger Control Policy*, in *European Competition Law Review*, 1994, pp. 198-199.

ANDERMAN, *Microsoft v. Commission and the Interoperability Issue*, in *European Intellectual Property Review*, 2008, p. 395 ss.

ANDERMAN, *Microsoft e il problema dell'interoperabilità*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, p. 569 ss.

ANDERMAN, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, Oxford, 1998, pp. 3-27 e 147-255.

ANDERMAN, KALLAUGHER, *Technology Transfer and the New EC Competition Rules – Intellectual Property Licensing after Modernization*, Oxford, 2006, pp. 267-289.

ANDERMAN, SCHMIDT, *EC Competition Policy and IPRs*, in *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, (ed. by ANDERMAN), Cambridge, 2007, p. 37 ss.

ANDREANGELI, *Case T-201/04 Microsoft v. Commission*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 863 ss.

AKMAN, *'Consumer Welfare' and Article 82EC: Practice and Rhetoric*, in *World Competition*, 2009, p. 71 ss.

APON, *Cases Against Microsoft: Similar Cases, Different Remedies*, in *European Competition Law Review*, 2007, p. 327 ss.

APPELDOORN, *He Who Spareth his Rod, Hateth his Son? Microsoft, Super-dominance and Article 82 EC*, in *European Competition Law Review*, 2005, p. 653 ss.

AREEDA, *Essential Facilities: an epithet in need of limiting principles*, in *Antitrust Law Journal*, 1990, p. 841 ss.

AREZZO, *Competition Policy and IPRS: an open debate over an ever-green issue*, in *Il diritto di autore*, 2004, p. 315 ss.

AREZZO, *Osservazioni a margine del caso NDC Health v. IMS Health*, in *Il diritto industriale*, 2004, p. 236 ss.

ART, MC CURDY, *The European Commission's Media Player Remedy in its Microsoft Decision: Compulsory Code Removal Despite the Absence of Tying or Foreclosure*, in *European Competition Law Review*, 2004, p. 694 ss.

BARTOSH, *Ec Competition and Telecommunication Law*, (ed. by KOENIG, BARTOSH, BRAUN), 2002, The Hague, pp. 129-161.

BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2000.

BASTIANON, *A proposito della dottrina delle essential facilities. Tutela della concorrenza o tutela dell'iniziativa economica*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, p. 149 ss.

BAVASSO, *Essential Facilities in EC law: the rise of an 'epithet' and the consolidation of a doctrine in the communication sector*, in *Yearbook of European Law*, Oxford, 2002, p. 63 ss.

BELLAMY, CHILD, *European Community Law of Competition*, (ed. by Roth and Rose), Oxford, 2008, par. 10.001-10.157.

BELLODI, *Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario*, 1999, Napoli, pp. 105-138.

BENABOU, *Droit d'auteur, droit voisins et droit communautaire*, Bruxelles, 1997, pp. 198-221.

BERTANI, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, in *Quaderni di AIDA*, 10, Milano, 2004, pp. 55-117.

BERTI, *Le essential facilities nel diritto della concorrenza comunitario*, in *Concorrenza e mercato*, 1998, p. 355 ss.

BERTI, BIANCARDI, *Essential Facility e disciplina della concorrenza: osservazioni e note critiche*, in *Concorrenza e mercato*, 1996, p. 423 ss.

BISHOP, WALKER, *The economics of EC competition law*, London, 2002, pp. 238-250.

BLASELLE, *Traité du droit européen de la concurrence*, I, 2002, Paris, pp. 237-283 e 445-491.

BRIONES, *A Balance of the Impact of Economic Analysis on the EU Competition Policy*, in *World Competiton*, 2009, p. 27 ss.

BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, in *Temi e Problemi*, a cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Roma, 1995, p. 12 e pp. 40-41.

CAPUTI, *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, 2002, pp. 91-105.

CATERINO, *Software e rifiuto di licenza del codice sorgente*, in *AIDA, Annuali Italiani di Diritto d'Autore*, 2004, p. 388 ss.

CESARINI, *The Commission's Policy Review in the Field of Abuses of Dominant Position*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario, VII Convegno, Treviso, 18-19 maggio 2006* (a cura di RAFFAELLI), Bruxelles-Milano, 2007, p. 153 ss.

COLANGELO, *Syfait, atto secondo: antitrust e commercio parallelo di farmaci*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2008, p. 565 ss.

CRAMPES, ENCAOUA, HOLLANDER, *Competition and Intellectual Property Rights in the European Union*, in *New Developments in UK and EU Competition Policy* (ed. by CLARKE, MORGAN), Cheltenham, 2006, p. 202 ss.

CROWTHER, *Compulsory Licensing of Intellectual Property Rights*, in *European Law Review*, 1995, p. 521 ss.

CURLEY, *Interoperability and Other Issues at the IP-Anti-trust Interface: The EU Microsoft Case*, in *The Journal of World Intellectual Property*, 2008, p. 296 ss.

DELRAHIM, *Forcing Firms to Share the Sandbox: Compulsory Licensing of Intellectual Property Rights and Antitrust*, in *European Business Law Review*, 2004, p. 1059 ss.

DENOZZA, *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988, p. 54.

DERCLAYE, *The IMS Health decision and the reconciliation of copyright and competition law*, in *European Law Review*, 2004, p. 687 ss.

DERCLAYE, *The IMS Health Decision: A Triple Victory*, in *World Competition*, 2004, p. 397 ss.

DERCLAYE, *Abuses of Dominant Position and Intellectual Property Rights: a Suggestion to Reconcile the Community Courts Case Law*, in *World Competition*, 2003, p. 685 ss.

DOHERTY, *Just what are essential facilities?*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 397 ss.

DREHER, ADAM, *Abuse of Dominance Under Reform – Sound Economics and Established Case Law*, in *European Competition Law Review*, 2007, p. 278 ss.

DREXL, CONDE GALLEGO, ENCHELMAIER, LEISTNER, MACKENRODT, *Comments of the Max Plank Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on Directorate-General Competition Discussion Paper of December 2005 on the Application of Art. 82 of the EC Treaty to Exclusionary Abuses*, in *IIC*, 2006, p. 558 ss.

DREXL, *IMS Health and Trinko – Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases*, in *IIC*, 2004, p. 788 ss.

DURANTE, MOGLIA, NICITA, *La nozione di essential facility tra regolamentazione e antitrust. La costruzione di un test*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2001, p. 257 ss.

EAGLES, LONGDIN, *Microsoft Refusal to Disclose Software Interoperability Information and the Court of First Instance*, in *European Intellectual Property Review*, 2008, p. 205 ss.

EVARD, *Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond*, in *Columbia Journal of European Law*, 2004, p. 1 ss.

FACEY, ASSAF, *Monopolization and abuse of dominance in Canada, the United States and the European Union: a survey*, in *Antitrust Law Journal*, 2002, p. 559 ss.

FAULL, NIKPAY, *EC Competition Law*, Oxford, 2007, pp. 55-85, 317-419 e 1293-1302.

FINE, *NDC/IMS: In Response to Professor Korah*, in *Antitrust Law Journal*, 2002, p. 247 ss.

FINE, *NDC/IMS: a Logical Application of Essential Facilities Doctrine*, in *European Competition Law Review*, 2002, p. 464 ss.

FITZGERALD, *Magill Revisited, Tiercé Ladbroke SA v. The Commission*, in *European Intellectual Property Review*, 1998, p. 154 ss.

FORRESTER, *EC Competition Law as a Limitation on the Use of IP Rights in Europe: Is There Reason to Panic?*, in *What is a Dominant Position?*, *European Competition Law Annual*, 2003 (ed. by EHLERMANN E ATANASIU), p. 503 ss.

FRIGNANI, *La concorrenza*, in *Trattato di diritto europeo*, (a cura di FRIGNANI, PARDOLESI), Torino, 2007, pp. 178-228.

FRIGNANI, WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, pp. 213-261, 721-727 e 721-840.

FURSE, *Competition Law*, Oxford, 2004, pp. 230-263.

FURSE, *Competition Law of the EC*, Oxford, 2008, pp. 328-358.

FURSE, *The 'Essential Facilities' doctrine in Community law*, in *European Competition Law Review*, 1995, p. 469 ss.

GAMBINO, *La protezione degli interessi dei consumatori tra IP e concorrenza (con spunti utili dal caso Microsoft)*, in *AIDA, Annuali Italiani di Diritto d'Autore*, 2007, p. 170 ss.

GASL, *Essential Facilities doctrine in EC anti-trust law: a contribution to the current debate*, in *European Competition Law Review*, 1994, p. 306 ss.

GEIGER, *Patents, Trade Marks, Copyrights – a mission for Article 82 EC?*, in *European Competition Law Review*, 2004, p. 311 ss.

GERADIN, *Limiting the scope of Article 82: what can the EU learn from the U.S. Supreme court's Judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom?*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 1519 ss.

GHIDINI, *Collisione? Integrazione? Appunti sulla intersection fra diritti della proprietà intellettuale e disciplina(e) della concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2005, p. 247 ss.

GOVAERE, *In Pursuit of Innovation Policy Rationale: Stakes and Limits under Article 82 TEC*, in *World Competition*, 2008, p. 541 ss.

GOVAERE, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law*, London, 1996.

GREAVES, *Magill est arrivé... RTE and ITP v Commission of European Communities*, in *European Competition Law Review*, 1995, p. 244 ss.

GRIPPIOTTI, *Il caso Magill. Diritto d'autore e abuso di posizione dominante*, in *Il diritto d'autore*, 1995, p. 460 ss.

GRIPPIOTTI, ZANETTI, *Proprietà intellettuale e abuso di posizione dominante. Commento a CGCE, 6 aprile 1995, C-241-242/91 P*, in *Il diritto industriale*, p. 710 ss.

GSTALTER, *L'arrêt Microsoft et la mise en oeuvre de l'article 82 CE. Quels enseignements pour l'analyse fondée sur les effets ?*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2007, p. 742 ss.

GUGLIELMETTI, "Essential Facilities", *rifiuto di accesso e abuso di posizione dominante: prime decisioni dell'Autorità Garante e prospettive*, in *Concorrenza e mercato*, 1996, p. 393 ss.

HAINES, *Copyright Takes the Dominant Position, The Advocate General's Opinion in Magill*, in *European Intellectual Property Review*, 1994, p. 401 ss.

HATZOPOULOS, *Note to Case C-418/01, IMS Health GmbH v. NDC Health GmbH*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 1613 ss.

HEINEMANN, *International Antitrust and Intellectual Property*, in *Intellectual Property and Free Trade Agreements* (ed. by HEATH, KAMPERMAN, SANDERS) Oxford-Portland, 2007, pp. 261-282.

HEINEMANN, *Compulsory Licenses and Product Integration in European Competition Law – Assessment of the European's Commission' Microsoft Decision*, in *IIC*, 2005, p. 63 ss.

HILDEBRAND, *The Role of Economics Analysis in the EC Competition Rules*, The Hague, 2002, pp. 278-424.

HOWARTH, MCMAHON, "Windows has Performed an Illegal Operation": *the Court of First Instance's Judgment in Microsoft v. Commission*, in *European Competition Law Review*, 2008, p. 117 ss.

JEBSSEN, STEVENS, *Regulation of competition under EU Art. 86*, in *Antitrust Law Journal*, 1996, p. 443 ss.

JENNY, *Abus de position dominante et modernization de l'article 82 du traité CE*, in *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, (sous la direction de BRUNET, CANIVET), Paris, 2008, pp. 281-320.

JONES, SUFRIN, *EC Competition Law*, Oxford, 2004, pp. 466-518.

KALLAUGHER, WEITBRECHT, *Microsoft and more*, in *European Competition Law Review*, 2008, p. 425 ss.

KALLAUGHER, WEITBRECHT, *Developments under Articles 81 and 82*, in *European Competition Law Review*, 2006, pp. 139-140.

KANTER, *IP and Compulsory Licensing on Both Sides of the Atlantic – an Appropriate Antitrust Remedy or a Cutback on Innovation?*, in *European Competition Law Review*, 2006, p. 351 ss.

KAUPER, *Article 86, excessive prices, and refusal to deal*, in *Antitrust Law Journal*, 1991, p. 441 ss.

KEELING, *Intellectual Property Rights in EU Law*, Vol. I, Oxford, 2003, pp. 365-401.

KORAH, *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, Oxford, 2006, pp. 1- 20 e 133-167.

KORAH, *An Introductory Guide to Ec Competition Law and Practice*, London, 2004, pp. 91-182.

KORAH, *The Interface Between Intellectual Property and Antitrust: the European Experience*, in *Antitrust Law Journal*, 2001, p. 801 ss.

KORAH, *The Ladbroke Saga*, in *European Competition Law Review*, 1998 p. 169 ss.

KRAMLER, BUHR, WYIS, *The Judgment of the Court of First Instance in the Microsoft case*, in *Competition Policy Newsletter*, 2007, p. 39 ss.

LE, *What Does “Capable of Eliminating all Competition” mean?*, in *European Competition Law Review*, 2005, p. 6 ss.

LÉVÊQUE, *Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case*, in *World Competition*, 2005, p. 71 ss.

LEVI, *Rifiuto di fornire, licenza obbligatoria, dottrina dell’«essential facility» e «monopoly leveraging» nel diritto antitrust*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 1996, II, p. 189 ss.

MALTBY, *Restrictions on Port Operators: Sealink/ B&I – Holyhead*, in *European Competition Law Review*, 1993, p. 223 ss.

MACKENDRODT, *The Political Economy of Intellectual Property Rights and Competition Policy – Report on a Max Plank Conference on Intellectual Property and Competition Law*, in *IIC*, 2005, p. 113 ss.

MARABINI, *L'abuso di posizione dominante nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, 2004.

MARCHETTI, UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 2007, pp. 2482-2500.

MCCURDY, *Intellectual Property and Competition: Does the Essential Facilities Doctrine Shed Any New Light*, in *European Intellectual Property Review*, 2003, p. 472 ss.

MEINBERG, *From Magill to IMS Health: The New Product Requirement and the Diversity of Intellectual Property Rights*, in *European Intellectual Property Review*, 2006, p. 398 ss.

MELI, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003.

MELI, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante l'imposizione di prezzi non equi*, Milano, 1989, p. 137.

MERTIKOPOULOU, *DG Competition's Discussion Paper on the Application of Article 82 EC to Exclusionary Abuses: the Proposed Economic Reform from a Legal Point of View*, in *European Competition Law Review*, 2007, p. 241 ss.

MEZZETTI, *Diritti di proprietà intellettuale e abuso di posizione dominante: da Magill a Microsoft*, in *Il Diritto Industriale*, 2008, p. 246 ss.

MILLER, *Time to Abandon the 'Specific Subject-matter' Concept*, in *European Intellectual Property Review*, 1994, p. 415 ss.

MONTI. *EC Competition Law*, Cambridge 2007, pp. 222-244.

MÜLLER, RODENHAUSEN, *The Rise and Fall of the Essential Facility Doctrine*, in *European Competition Law Review*, 2008, p. 310 ss.

NASCIMBENE, *Diritto d'autore e abuso di posizione dominante: i rapporti (difficili) tra proprietà intellettuale e disciplina antitrust*, in *Il Foro Italiano*, 2002, IV, p. 338 ss.

NGUYEN, *Competition Rules in the TRIPS Agreement – The CFI's ruling in Microsoft v. Commission and Implications for Developing Countries*, in *IIC*, 2008, p. 558 ss.

NIKOLINAKOS, *EU competition law and regulation in the converging telecommunication, media and IT sectors*, Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 59-96.

O' DONOGHUE, PADILLA, *The law and economics of article 82 EC*, Oxford, 2006, pp. 406-476.

OLIVIERI, MARCHIGIANI, *Open source e innovazione tecnologica: il ruolo del diritto antitrust*, in *AIDA, Annuali Italiani di Diritto d'Autore*, 2004, p. 461 ss.

ONG, *Building Brick Barricades and Other Barriers to Entry: Abusing a Dominant Position by Refusing to License Intellectual Property Rights*, in *European Competition Law Review*, 2005, p. 215 ss.

ONG, *Anti-competitive Refusal to Grant Copyright Licenses: Reflections on the IMS Saga*, in *European Intellectual Property Review*, 2004, p. 505 ss.

OSTI, *Refusal to Deal and the Quest for the Unfathomable Standard*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario, VII Convegno, Treviso, 18-19 maggio 2006* (a cura di RAFFAELLI), Bruxelles-Milano, 2007, p. 259 ss.

OVERD, *Essential Facilities: The Rising Tide*, in *European Competition Law Review*, 1998, p. 183 ss.

PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, 2007, pp. 528-545 e 733-765.

PAPPALARDO, *Concorrenza, intese, concentrazioni, posizioni dominanti nel diritto della concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, AA. VV., Torino, 1987, p. 372.

PARDOLESI, COLANGELO, *Microsoft, i giudici europei e l'antitrust di una volta*, in *Foro Italiano*, 2008, IV, p. 114 ss.

PARDOLESI, GRANIERI, *Licenza obbligatoria ed essential facilities nell'antitrust comunitario*, in *Rivista di diritto industriale*, 2004, II, p. 323 ss.

PARDOLESI, GRANIERI, *Di regolazione, antitrust e diritti di proprietà intellettuale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2004, p. 7 ss.

PARDOLESI, RENDA, *Kill Bill Vol. 2*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007, p. 575 ss.

PARDOLESI, RENDA, *The European Commission's Case Against Microsoft: Kill Bill?*, in *World Competition*, 2004, p. 513 ss.

PATTERSON, *The Peculiar "New Product" Requirement in European Refusal to License Cases: a US Perspective*, in *European Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, (edited by EHLERMANN, MARQUIS), Oxford, 2008.

PEEPERKORN, *Commission Publishes Discussion Paper on Abuse of Dominance*, in *Competition Policy Newsletter*, 2006, p. 4 ss.

PETIT, *Arrêt IMS*, in *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2004, p. 108 ss.

PITOFISKY, PATTERSON, HOOKS, *The essential facilities doctrine under U.S. antitrust law*, in *Antitrust Law Journal*, 2002, p. 443 ss.

PRETE, *Dominant Firm's Duty to License Competitors*, in *European Business Law Review*, 2004, p. 1071 ss.

RICOLFI, *Diritto d'autore e posizione dominante*, in *Rivista di diritto industriale*, 2001, I, p. 149 ss.

RIDYARD, *Compulsory Access under EC Competition Law – A new Doctrine of "Convenient facilities" and the Case for Price Regulation*, in *European Competition Law Review*, 2004, p. 669 ss.

RIDYARD, *Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors under UK and EC Law*, in *European Competition Law Review*, 1992, p. 438 ss.

RITTER, *Refusal to Deal and "Essential Facilities": Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property*, in *World Competition*, 2005, p. 281 ss.

RITTER, BRAUN, *European Competition Law A practitioner's Guide*, The Hague, 2004, pp. 383-486.

RODGER, MACCULLOCH, *Competition Law and Policy in the Ec and Uk*, London, 2004, pp. 83-111.

SARTI, *Proprietà intellettuale, interessi protetti e diritto antitrust*, in *Rivista di diritto industriale*, 2002, I, p. 543.

SARTI, *Antitrust e diritto d'autore, AIDA*, in *Annuali Italiani di diritto d'autore*, 1995, p. 105 ss.

SCHMIDT, *Article 82's "Exceptional Circumstances" that Restrict Intellectual Property Rights*, in *European Competition Law Review*, 2002, p. 210 ss.

SIRAGUSA, BERETTA, *La dottrina delle essential facilities nel diritto comunitario e italiano della concorrenza*, in *Contratto e Impresa, Europa*, 1999, p. 260 ss.

SKINNER, *Oral Hearing of the Magill Case*, in *European Competition Law Review*, 1994, p. 103 ss.

SMITH, *Television Guides: The European Court doesn't know 'There so much in it'*, in *European Competition Law Review*, 1992, p. 135 ss.

STEHMANN, *Applying "Essential Facility" Reasoning to Passenger Rail Services in The EU – The Commissione decision in the Case GVG*, in *European Competition Law Review*, 2004, p. 390 ss.

STOTHERS, *Refusal to supply as abuse of a dominant position: essential facilities in the European Union*, in *European Competition Law Review*, 2001, p. 256 ss.

STRATAKIS, *Comparative Analysis of the US and EU approach and enforcement of the essential facilities doctrine*, in *European Competition Law Review*, 2006, p. 434 ss.

SUBIOTTO, *The right to deal with whom one pleases under EEC competition law: a small contribution to a necessary debate*, in *European Competition Law Review*, 1992, p. 234 ss.

SUBIOTTO, O'DONOGHUE, *Defining the scope of the duty of dominant firm to deal with existing customers under article 82 EC*, in *European Competition Law Review*, 2003, p. 683 ss.

TAVASSI, *Diritti della proprietà industriale e antitrust nell'esperienza comunitaria e italiana*, in *Rivista di diritto industriale*, 1997, I, p. 147 ss.

TEMPLE LANG, *Mandating Access: The Principles and the Problems in Intellectual Property and Competition Policy*, in *European Business Law Review*, 2004, p. 1087 ss.

TEMPLE LANG, *Anticompetitive Abuses under Article 82 Involving Intellectual Property Rights*, in *What is a Dominant Position?*, *European Competition Law Annual*, 2003 (ed. by EHLERMANN E ATANASIU), p. 589 ss.

TEMPLE LANG, *Defining Legitimate Competition: Companies's Duties to Supply Competitors, and Access to Essential Facilities*, in *Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute*, 1994, New York, p. 245 ss.

TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, 2008, pp. 629-768.

TOFFOLETTI, *La nozione di essential facility*, in *Concorrenza e mercato*, 1998, p. 329 ss.

TREACY, *Essential Facilities – Is the Tide Turning?*, in *European Competition Law Review*, 1998, p. 501 ss.

TRITTON, *Intellectual Property in Europe*, London, 2002, pp. 457-575 e 803-870.

TURNEY, *Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation*, in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 2005, p. 169 ss.

VAN BAEL, BELLIS, *Competition Law of the European Community*, The Hague, 2005, pp. 115-149 e 903-978.

VAN EMPEL, *Proprietà intellettuale e diritto CE della concorrenza. 2004: un anno movimentato*, in *Rivista di diritto industriale*, 2005, I, p. 277 ss.

VAN DEN BERGH – CAMESASCA, *European Competition Law and Economics, A Comparative Perspective*, London, 2006, pp. 105-299.

VAN DER WAL, *Article 86: The Limits of Compulsory Licensing*, in *European Competition Law Review*, 1994, p. 230 ss.

VAN KERCKHOVE, *Magill: a refusal to license or a refusal to supply*, in *Copyright World*, 1995, p. 26 ss.

VASQUEZ, *Infrastruttura essenziale e diritto di accesso, nota a CGCE, 26 novembre 1998, C-7/97, Bronner*, in *Foro Italiano*, 1999, IV, p. 51 ss.

VASQUEZ, *Essential Facilities doctrine: dalla giurisprudenza statunitense alle norme comunitarie e nazionali sull'abuso di posizione dominante spunti problematici*, in *Concorrenza e mercato*, 1998, p. 407 ss.

VENIT, *Article 82 EC: Exceptional Circumstances. The IP/Antitrust Interface after IMS Health*, in *European Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, (edited by EHLERMANN, MARQUIS), Oxford, 2008.

VENIT, KALLAUGHER, *Essential facilities: a comparative law approach*, in *Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute*, 1994, New York, p. 315 ss.

VEZZOSO, *The Incentives Balance Test in the EU Microsoft Case: A Pro-Innovation "Economics-Based Approach?"*, in *European Competition Law Review*, 2006, p. 382 ss.

VINJE, *The Final Word on Magill*, in *European Intellectual Property Review*, 1995, p. 297 ss.

VÖLCKER, *Developments in EC Competition Law in 2004: an overview*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 1708 ss.

VRINS, *Intellectual Property Licensing and Competition Law: Some News from the Front – The Role of Market Power and “Double Jeopardy” in the EC Commission’s New Deal*, in *European Intellectual Property Review*, 2001, p. 576 ss.

WHISH, *Competition Law*, Oxford, 2009, pp. 171-212 e 788-792.

ZAGATO, *Magill, lo scioglimento di un arcano*, in *AIDA, Annuali Italiani di Diritto d’Autore*, 1995, p. 267 ss.

