

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

ANTONIO TIZZANO

presentate il 2 ottobre 2003¹

1. Con ordinanza del 12 luglio 2001, il Landgericht Frankfurt am Main (nel prosieguo: il «Landgericht») ha sottoposto alla Corte di giustizia tre quesiti pregiudiziali relativi all'interpretazione dell'art. 82 CE². In sintesi, il giudice tedesco chiede se, in determinate circostanze, un'impresa commetta un abuso di posizione dominante per il fatto di non consentire (a titolo oneroso) ai propri concorrenti l'uso della struttura di una banca dati sulla quale vanta un diritto d'autore.

Fatti e procedura

Gli elementi di fatto alla base della controversia principale

2. La controversia principale oppone la società IMS Health GmbH & Co. OHG (nel prosieguo: «IMS») alla società NDC Health GmbH & Co. KG (nel prosieguo: «NDC»), che nell'agosto 2000 ha rilevato ed incorporato la società Pharma Intranet Information AG (nel prosieguo: «PII»).

1 — Lingua originale: l'italiano.

2 — Com'è noto, tale articolo dispone: «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.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

- a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'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 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».

3. Entrambe le parti in causa si occupano della raccolta, del trattamento e dell'interpretazione dei dati sulle vendite regionali di prodotti farmaceutici in Germania. Ai presenti fini, è importante sottolineare che gli studi prodotti da tali società sono strutturati in base ad un criterio geografico, raggruppando i dati sulle vendite dei medicinali in una serie di «aree» in cui viene suddiviso il territorio tedesco.

4. Dall'ordinanza di rinvio risulta che, per la realizzazione dei propri studi, negli anni '70 IMS aveva inizialmente suddiviso il territorio tedesco in 418 aree, basate prevalentemente sui confini politici delle città e dei distretti. Poiché tale struttura non era sufficientemente accurata per i produttori di medicinali interessati, nel 1989 è stata effettuata una ripartizione in 1000 aree, che teneva conto, fra l'altro, dei diversi dati del mercato e delle strutture di vendita. In occasione dell'introduzione del codice postale a cinque cifre, avvenuta il 1° giugno 1993, la segmentazione del mercato è stata rielaborata ed è stata sviluppata una struttura basata su 1845 aree. Dal gennaio 2000 IMS elabora i suoi studi sulla base di una suddivisione del territorio tedesco in 1860 aree o di un'ulteriore suddivisione, da questa derivata, in 2847 aree (nel prosieguo, rispettivamente: la «struttura a 1860 aree» e la «struttura a 2847 aree»).

5. Tali strutture sono state create sulla base di vari elementi, tra i quali assumono particolare importanza le frontiere amministrative dei comuni e dei distretti postali. Per la demarcazione in dettaglio delle aree sono stati inoltre presi in considerazione altri fattori, quali ad esempio le caratteristiche del territorio (città o campagna), i collegamenti e la concentrazione geografica delle farmacie e degli studi medici.

6. Al fine di coinvolgere l'industria farmaceutica nella definizione delle proprie strutture, da qualche anno IMS ha istituito il

cosiddetto gruppo di lavoro «RPM» («Regionaler Pharmazeutischer Markt», Mercato Farmaceutico Regionale). A tale gruppo, che si riunisce due volte l'anno, partecipano rappresentanti delle case farmaceutiche clienti di IMS, le quali in questo modo possono formulare delle proposte per migliorare la segmentazione del territorio tedesco e renderla maggiormente in linea con le loro esigenze. Secondo IMS, il gruppo di lavoro (le cui proposte sarebbero state considerate solo in casi eccezionali) si sarebbe occupato di meno del 10 % delle aree delle sue strutture e costituirebbe essenzialmente uno strumento di marketing, volto a vincolare i clienti ai suoi prodotti. Secondo NDC, invece, esso avrebbe avuto un ruolo determinante nella delimitazione di ogni singola area.

7. Le strutture a 1860 e 2847 aree non sono state utilizzate da IMS solo per gli studi di mercato venduti alle imprese farmaceutiche, ma sono state anche distribuite gratuitamente a centri di calcolo di farmacie o di associazioni di medici convenzionati. Di conseguenza, secondo quanto precisato dal giudice nazionale, tali strutture sono divenute uno «standard abituale» per le analisi regionali del mercato farmaceutico tedesco. Ad esse le industrie farmaceutiche hanno adattato i propri sistemi informatici e di distribuzione.

8. PII, costituita da un ex-direttore di IMS, inizialmente elaborava i suoi studi sulla base di una segmentazione del territorio tedesco in 2201 aree. Da contatti con i potenziali clienti è tuttavia emerso che studi

così organizzati difficilmente avrebbero potuto essere venduti, in quanto erano basati su una struttura diversa da quelle cui si erano adattate le imprese farmaceutiche. PII ha pertanto deciso di adottare delle strutture a 1860 ed a 3000 aree, che corrispondevano in gran parte a quelle di IMS³.

Le precedenti pronunce dei giudici nazionali

9. Al fine di impedire l'utilizzazione di queste strutture, ritenuta lesiva del suo diritto d'autore, IMS ha presentato un ricorso al Landgericht, chiedendo l'adozione di provvedimenti inibitori urgenti. In accoglimento di tale ricorso, il 27 ottobre 2000 il giudice tedesco ha adottato un provvedimento urgente col quale ha vietato a PII di avvalersi della sua struttura a 3000 aree e di qualsiasi struttura derivata da quella a 1860 aree di IMS. Il 19 giugno 2001 l'Oberlandesgericht Frankfurt am Main ha respinto il ricorso in appello formato da PII avverso tale provvedimento, il quale ha di conseguenza acquistato forza di giudicato. In seguito all'acquisizione di PII da parte di NDC, un analogo provvedimento cautelare sotto forma di ordinanza è stato adottato nei confronti di quest'ultima società. Questa ordinanza è stata confermata il 12 luglio 2001 con sentenza

dello stesso Landgericht, ma questa, al momento dell'adozione dell'ordinanza di rinvio all'origine del presente giudizio, non era ancora passata in giudicato.

10. In tali provvedimenti, il giudice tedesco ha in particolare considerato le strutture di IMS alla stregua di banche dati (o di parti di banche dati) protette dalla normativa tedesca sul diritto d'autore. Senza prendere posizione sul contributo del gruppo di lavoro RPM allo sviluppo di tali strutture, esso ha inoltre ritenuto che IMS fosse quanto meno contitolare del relativo diritto d'autore e potesse quindi impedire l'utilizzazione non autorizzata delle strutture.

La decisione cautelare della Commissione europea e le ordinanze dei presidenti del Tribunale e della Corte

11. Come sottolineato dal giudice del rinvio, durante lo svolgimento di tali giudizi, l'utilizzazione delle strutture di IMS è stata al centro anche di una procedura in materia di concorrenza dinanzi alla Commissione europea.

12. Nell'imminenza dell'adozione del primo provvedimento urgente del Landgericht, NDC ha infatti chiesto ad IMS di rilasciarle, a titolo oneroso, una licenza per

3 — La struttura a 1860 aree comportava solo 30 aree diverse da quelle della corrispondente struttura di IMS, mentre quella a 3000 aree si basava sulla struttura a 2847 aree di IMS con l'ulteriore suddivisione di circa 150 aree.

l'utilizzazione della sua struttura a 1 860 aree. Di fronte al rifiuto di IMS, che si era dichiarata indisponibile ad avviare una trattativa per il rilascio della licenza, NDC ha presentato una denuncia per abuso di posizione dominante alla Commissione, chiedendole di adottare provvedimenti urgenti.

13. Accogliendo la richiesta di NDC, il 3 luglio 2001 la Commissione ha adottato in via cautelare, ai sensi della giurisprudenza Camera Care⁴, la decisione 2002/165/CE, «relativa a un procedimento a norma dell'art. 82 del trattato CE»⁵. Con tale decisione, la Commissione: i) ha ingiunto a IMS «di concedere senza indugio, su richiesta e in forma non discriminatoria, una licenza d'uso della struttura a 1 860 aree a tutte le imprese attualmente presenti sul mercato dei servizi di dati relativi alle vendite regionali», al fine di «permettere l'uso e la vendita, da parte di tali imprese, di dati sulle vendite regionali configurati in base a tale struttura» (art. 1); ii) ha stabilito le modalità per determinare le relative royalties (art. 2); e iii) ha previsto una penalità di mora a carico di IMS (art. 3).

14. Nella parte della decisione relativa al *fumus boni juris*, e quindi alla violazione *prima facie* dell'art. 82 CE da parte di IMS, la Commissione è partita dalla premessa

che tale società detenesse una posizione dominante sul mercato dei servizi di dati relativi alle vendite regionali in Germania (mercato che si estendeva all'intero territorio tedesco e rappresentava una parte sostanziale del mercato comune)⁶.

15. Ciò posto, per valutare se il rifiuto di rilasciare una licenza per le strutture di IMS potesse configurare un abuso di posizione dominante, la Commissione ha ritenuto di dover «valutare se la struttura a 1860 aree o altre strutture con essa compatibili [fossero] indispensabili per poter competere sul mercato rilevante, vale a dire se le imprese che intend[evano] offrire servizi di dati sulle vendite regionali in Germania [avessero] una realistica possibilità di utilizzare — al posto del formato a 1 860 aree o di un altro con esso compatibile — una struttura che non viol[asse] il copyright di IMS»⁷. Essa ha inoltre precisato che la «risposta a questa domanda dipende[va] chiaramente dall'esistenza o meno di una reale possibilità, per i clienti, di acquistare dati sulle vendite regionali configurati secondo un'altra struttura»⁸.

16. A tale domanda, in base ai risultati delle sue indagini, ed in particolare alla luce delle informazioni fornite da numerose imprese farmaceutiche da essa interpellate, la Commissione ha dato una risposta affermativa.

4 — Ordinanza della Corte 17 gennaio 1980, causa 792/79 R, Camera Care/Commissione (Racc. pag. 119).

5 — GU L 59, pag. 18.

6 — Paragrafi 45-62.

7 — Paragrafo 71.

8 — Paragrafo 72.

17. Al riguardo, essa ha anzitutto indicato una serie di elementi che legavano i clienti (e cioè le case farmaceutiche) alla struttura a 1 860 aree di IMS, sottolineando segnatamente:

- che «il gruppo di lavoro [aveva] svolto un ruolo molto ampio nell'ideazione della struttura» a 1 860 aree e che «l'industria farmaceutica in Germania [aveva] investito considerevoli risorse per garantire che la struttura ad aree corrispondesse pienamente alle proprie esigenze». Questo spiegava in parte la «dipendenza [delle società farmaceutiche] — sorta col tempo — da questa struttura, gli enormi disincentivi a passare ad una nuova configurazione, e quindi l'impossibilità di competere sul mercato per un servizio di dati sulle vendite regionali basato su un'altra struttura»⁹;
- che «la struttura a 1 860 aree funziona [va] come standard del settore, in parte per il ruolo svolto dalle stesse imprese farmaceutiche nella sua elaborazione», e che le «imprese farmaceutiche [erano] talmente legate a questo standard che abbandonarlo per acquistare dati sulle vendite configurati secondo una struttura non compatibile —

benché possibile in teoria — sarebbe [stata] un'idea economicamente non praticabile»¹⁰;

- che i «dati dei diversi periodi [dovevano] (...) essere paragonabili, e a questo fine quelli presentati in qualsiasi nuova configurazione [dovevano] essere convertiti nella struttura 1 860 (o viceversa), con costi considerevoli»¹¹;
- che, «[s]e i dati sulle vendite regionali [fossero stati] forniti in base ad una struttura non compatibile con quella a 1 860 aree, ciò [avrebbe richiesto] modifiche significative nei territori assegnati agli informatori scientifici dalle loro imprese farmaceutiche», con conseguente «perdita delle relazioni fra i medici e gli informatori scientifici». Tale perdita, «che sarebbe [stata] l'inevitabile risultato di un passaggio a una struttura ad aree incompatibile con la 1 860, [avrebbe agito] per certe imprese farmaceutiche come un considerevole disincentivo per la realizzazione di tale cambiamento»¹²;

10 — Paragrafi 86 e 92.

11 — Paragrafo 93.

12 — Paragrafo 114. Con riferimento alle relazioni fra i medici e gli informatori scientifici, la Commissione ha in particolare osservato che «le imprese farmaceutiche considerano di grande importanza la relazione fra i medici e gli informatori scientifici, che è uno dei pochi mezzi per promuovere un farmaco» (paragrafo 113).

9 — Ibidem.

— che il territorio di vendita, definito come l'aggregazione di un certo numero di aree, poteva «essere indicato nel contratto di lavoro concluso fra l'impresa e l'informatore scientifico, nel qual caso un cambiamento nella struttura [avrebbe richiesto] una modifica del contratto. Questa procedura sarebbe [stata] un altro disincentivo a passare a un altro formato»¹³;

— che «i costi necessari per modificare le applicazioni interne — che [al momento] dipend[evano] totalmente dalla struttura a 1 860 aree — [erano] considerevoli e rappresenta[va]no un forte disincentivo a passare a un'altra struttura»¹⁴.

18. La Commissione ha poi evidenziato «i vincoli di natura tecnica e normativa che [potevano] rendere troppo difficile per altre imprese lo sviluppo di un'altra struttura in cui configurare e commercializzare dati regionali in Germania»¹⁵. Al riguardo, essa ha in particolare osservato che la «maggior parte dei parametri utilizzati per costruire la struttura (...) [erano] stabili e [erano] pubblici (aree contrassegnate da un codice postale, ubicazione delle farmacie e dei medici, dati socio-demografici, topologia, territori che possono essere coperti in un

giorno dagli informatori scientifici, e così via). La scelta dei confini fra le aree dipende [va] in gran parte da questi parametri oggettivi, e questo limita[va] le opzioni possibili per i potenziali realizzatori di nuove strutture»¹⁶.

19. La Commissione ha inoltre indicato ulteriori elementi che rendevano improbabile lo sviluppo di una struttura alternativa da parte dei concorrenti di IMS, sottolineando in particolare: la mancanza di certezza giuridica riguardo alla vendita di dati in base a una nuova struttura¹⁷; gli infruttuosi tentativi compiuti nel passato per realizzare nuove strutture¹⁸; e l'impossibilità di trarre indicazioni in favore dello sviluppo di nuove strutture dall'esperienza di altri paesi¹⁹.

20. Sulla base dell'insieme degli elementi sopra indicati, la Commissione ha dunque considerato che l'utilizzazione della struttura a 1 860 aree o altre strutture con essa compatibili fosse indispensabile per poter competere sul mercato rilevante. Considerato che non sussistevano ragioni obiettive

13 — Paragrafo 115.

14 — Paragrafo 122.

15 — Paragrafo 124.

16 — Paragrafo 131. La Commissione ha poi più specificamente sottolineato che «la chiara importanza dell'utilizzo delle zone di codice postale limita le possibilità di scelta dei potenziali ideatori di nuove strutture» (paragrafo 132); che forti argomenti «prova[va]no la necessità che le strutture ad aree rispett[assero] i confini dei 440 Kreise (distretti) tedeschi» (paragrafo 137); e che esisteva «la possibilità che le leggi tedesche sulla tutela dei dati impon[essero] determinati vincoli alla creazione di una seconda struttura in Germania» (paragrafo 142).

17 — Paragrafi. 143-145.

18 — Paragrafi. 146-152.

19 — Paragrafi 153-166.

per il rifiuto di licenza²⁰, la Commissione ha di conseguenza ritenuto *prima facie* che tale rifiuto comportasse un abuso di posizione dominante.

sopra menzionati, riprodurre il lavoro in questione attraverso una creazione parallela che non viol[asse] tale diritto»²³. Sempre con riferimento alla pertinente giurisprudenza comunitaria, la Commissione ha inoltre sottolineato che «non [era] necessario che un rifiuto di fornitura ostacol[asse] l'apparizione di un prodotto nuovo per essere abusivo»²⁴.

21. Rispondendo poi alle argomentazioni di IMS, che, in forza della pertinente giurisprudenza comunitaria, «si considera [va] autorizzata a rifiutare di concedere in licenza il proprio copyright a concorrenti che opera[vano] sul mercato interessato dal copyright stesso»²¹, la Commissione ha sottolineato che «il fatto che le cause della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado a cui si riferi[va] IMS interess[assero] due mercati non preclude[va] la possibilità che il rifiuto di una licenza per un diritto di proprietà intellettuale [potesse] essere contrario all'articolo 82»²². Per configurare una violazione di detta disposizione nel caso di specie, la Commissione ha in particolare ritenuto sufficiente: i) che «l'uso della struttura a 1 860 aree [fosse] un presupposto indispensabile per consentire alle imprese di competere sul mercato dei servizi di dati sulle vendite regionali in Germania»; ii) che sussistesse «un'importante distinzione fra il prodotto, che [era] costituito dai servizi di dati sulle vendite regionali, e la struttura ad aree in cui [erano] configurati i dati utilizzati per fornire tali servizi»; iii) che, «nelle specifiche ed eccezionali circostanze in cui [era] stata sviluppata la "struttura a 1 860 aree" e in cui [era] stato rivendicato e riconosciuto il copyright, [fosse] impossibile, per i vincoli tecnici, normativi ed economici

22. Con ricorsi depositati il 6 agosto 2001, la IMS ha chiesto al Tribunale di primo grado di annullare la decisione della Commissione, ai sensi dell'art. 230 CE, e di sospenderne cautelamente gli effetti, ai sensi dell'art. 243 CE. Con ordinanza del 26 ottobre 2001, il presidente del Tribunale ha accolto la domanda di sospensione cautelare²⁵. Ai presenti fini, va in particolare sottolineato che, nella parte dell'ordinanza relativa al *fumus boni juris*, egli ha ritenuto *prima facie* fondati (o quanto meno non manifestamente infondati) gli argomenti di IMS secondo cui la Commissione si sarebbe discostata dalla giurisprudenza comunitaria ritenendo che il rifiuto di licenza comportasse una violazione dell'art. 82 CE anche se non impediva «l'emersione di un nuovo prodotto in un mercato non collegato a quello in cui l'impresa di cui trattasi [era] dominante»²⁶.

20 — Paragrafi 167-174.

21 — Paragrafo 182.

22 — Paragrafo 184.

23 — Paragrafo 184.

24 — Paragrafo 180.

25 — Ordinanza del presidente del Tribunale 26 ottobre 2001, causa T-184/01 R, IMS Health / Commissione delle Comunità europee (Racc. pag. II-3193).

26 — Paragrafo 105.

23. Il ricorso in appello presentato da NDC avverso tale pronuncia è stato respinto dal presidente della Corte con ordinanza 11 aprile 2002²⁷.

Il giudizio principale ed i quesiti pregiudiziali

24. Secondo quanto precisato nell'ordinanza di rinvio, nel giudizio principale IMS persiste nella sua domanda volta a far inibire a NDC l'uso della struttura a 1 860 aree o di qualsiasi altra struttura da questa derivata. Il Landgericht ritiene però che il diritto di inibitoria, in principio garantito ad IMS dalla normativa nazionale sul diritto d'autore, non potrebbe trovare applicazione nel caso di specie qualora si dovesse giungere alla conclusione che il rifiuto di IMS di concludere con NDC un contratto di licenza a condizioni eque costituisce un comportamento abusivo ai sensi dell'art. 82 CE.

25. Con riferimento a tale questione, il giudice nazionale fa proprie le conclusioni cui è giunta la Commissione in merito alla definizione del mercato rilevante ed alla posizione dominante occupata da IMS²⁸. Per stabilire però se il rifiuto di licenza

opposto da IMS configuri un abuso di posizione dominante, il Landgericht si rivolge alla Corte per sapere:

«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 d'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 di un comportamento abusivo dell'impresa in posizione dominante rilevi quale dispendio per l'adattamento (in particolare, in

27 — Ordinanza del presidente della Corte 11 aprile 2002, causa C-481/01 P (R), NDC Health / IMS Health e Commissione (Racc. pag. I-3401).

28 — Il Landgericht rinvia in particolare ai paragrafi 45-55, 59 e 60 della decisione cautelare della Commissione.

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».

ha già coinvolto, a diverso titolo, la Commissione ed i presidenti del Tribunale e della Corte. Al fine quindi di cercare di dare una risposta utile al giudice nazionale, tenuto conto anche di quanto risulta dalla decisione della Commissione e dalle ordinanze cautelari dei giudici comunitari, ritengo opportuna qualche osservazione preliminare sulla portata dei quesiti e sulle problematiche che essi in sostanza sollevano.

La procedura dinanzi alla Corte ed il giudizio pendente dinanzi al Tribunale

26. Nel procedimento così instauratosi dinanzi alla Corte hanno presentato osservazioni le parti nel giudizio principale e la Commissione. Tali parti sono state anche ascoltate oralmente nel corso dell'udienza tenutasi il 6 marzo 2003.

27. Nella causa introdotta da IMS davanti al Tribunale per l'annullamento della decisione cautelare della Commissione il giudizio è stato sospeso, con ordinanza del 26 settembre 2002, fino alla pronuncia della Corte nella presente causa.

Analisi giuridica

Premessa

28. Come si è visto, i quesiti pregiudiziali si inseriscono in una complessa vicenda che

29. Comincio con l'osservare che il primo quesito mi sembra partire da due presupposti: a) che l'impiego di una particolare struttura ad aree tutelata dal diritto d'autore sia *indispensabile* per poter commercializzare studi sulle vendite regionali di farmaci in un dato paese, e quindi per poter operare sul relativo mercato, in quanto i potenziali clienti (le imprese farmaceutiche) *rifiutano di acquistare qualsiasi studio che non sia realizzato sulla base di tale struttura* ²⁹; b) che l'impresa titolare del diritto d'autore sulla struttura in questione detenga una posizione dominante sul mercato dei servizi di dati relativi alle vendite regionali di farmaci nel paese di cui trattasi. Partendo da tali premesse, il giudice tedesco vuole sapere se l'art. 82 CE debba essere interpretato nel senso che, in una simile situazione, l'impresa titolare del diritto d'autore abusa della sua posizione dominante rifiutando di rilasciare (a titolo oneroso) una licenza per l'utilizzo della

29 — La ragione di tale rifiuto, che non sembra messa in discussione col quesito in esame, viene ricondotta a problemi di organizzazione delle imprese farmaceutiche.

sua struttura a soggetti che intendano impiegarla per operare *sullo stesso mercato* (geografico e del prodotto) in cui essa occupa la posizione dominante e si avvale di detta struttura.

neamente ritenuto che il rifiuto di licenza comportasse una violazione dell'art. 82 CE anche se non impediva «l'emersione di un nuovo prodotto in un mercato non collegato a quello in cui l'impresa di cui trattasi [era] dominante»³¹.

30. In altri termini, con il primo quesito il giudice nazionale vuole in sostanza sapere se, in una situazione del tipo di quella dianzi descritta, il rifiuto di licenza possa configurare un abuso di posizione dominante anche se non restringe od 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.

31. Si è già segnalato, del resto, che proprio con riferimento a tale aspetto IMS aveva criticato l'approccio della Commissione, sostenendo di essere «autorizzata a rifiutare di concedere in licenza il proprio copyright a concorrenti che opera[vano] sul mercato interessato dal copyright stesso»³⁰. E proprio su tale aspetto, come si è visto, si è incentrato il giudizio cautelare del presidente del Tribunale, che ha giudicato *prima facie* fondati (o quanto meno non manifestamente infondati) gli argomenti di IMS secondo cui la Commissione aveva erro-

32. I due successivi quesiti, letti alla luce della decisione della Commissione e delle ordinanze cautelari, sembrano invece concentrarsi su uno dei presupposti del primo quesito, mirando in sostanza a chiarire quando una particolare struttura ad aree debba considerarsi *indispensabile* per la commercializzazione degli studi sulle vendite regionali di farmaci in un dato paese. Più in particolare, il giudice vuole sapere se ai fini di tale valutazione rilevi: i) il grado di partecipazione dei rappresentanti delle imprese farmaceutiche allo sviluppo della struttura tutelata dal diritto d'autore; ii) lo sforzo (in particolare, in termini di costi) che le imprese farmaceutiche dovrebbero sopportare per poter acquistare studi realizzati sulla base di una struttura diversa da quella tutelata dal diritto d'autore.

33. Così chiarita la portata dei quesiti, passerò qui di seguito ad esaminarli, partendo dal primo e considerando poi

30 — Paragrafo 182 della decisione cautelare della Commissione.

31 — Punto 105 dell'ordinanza del presidente del Tribunale.

congiuntamente il secondo ed il terzo. Concluso tale esame, sarà infine opportuna qualche breve osservazione sui problemi relativi alla contestuale applicazione dell'art. 82 CE da parte del giudice nazionale e della Commissione.

guenze per l'economia di mercato, in quanto priverebbe i titolari di un diritto di proprietà intellettuale della dovuta ricompensa per il loro sforzo creativo e disincentiverebbe gli investimenti nell'innovazione e nella ricerca.

Sul primo quesito

Argomenti delle parti

34. Con riferimento al primo quesito, IMS comincia col sottolineare che il potere di sfruttamento esclusivo di un diritto di proprietà intellettuale, e quindi il potere del titolare di rifiutare ad altri una licenza per la sua utilizzazione, costituisce un elemento essenziale di tale diritto. Per questo motivo, come chiarito dalla giurisprudenza, il semplice rifiuto di accordare una licenza, anche se proveniente da un'impresa in posizione dominante, non potrebbe determinare di per sé un comportamento abusivo ai sensi dell'art. 82 CE. Tale disposizione potrebbe essere violata solo se il rifiuto di licenza fosse accompagnato da un ulteriore elemento che permettesse d'individuare un comportamento abusivo³². Una diversa interpretazione della norma, secondo cui un rifiuto di licenza fosse ritenuto di per sé abusivo, avrebbe del resto gravissime ed indesiderabili conse-

35. IMS osserva poi che in un caso come quello in esame il rifiuto di licenza non potrebbe configurare un abuso di posizione dominante neppure in base alla c.d. teoria dell'*essential facility*, sulla quale in sostanza si fonderebbe la decisione cautelare della Commissione. Tale teoria presupporrebbe infatti che l'impresa dominante offrisse su un mercato (a monte) prodotti o servizi che sono indispensabili per competere con essa su un secondo mercato (a valle): in questa situazione, negando ingiustificatamente l'accesso ai propri prodotti o servizi, l'impresa dominante restringerebbe in maniera abusiva la concorrenza sul mercato a valle³³. Attraverso la teoria dell'*essential facility* non si potrebbe quindi imporre all'impresa dominante di condividere con altri operatori un suo diritto di proprietà intellettuale solo per consentire a questi

32 — IMS richiama sul punto le sentenze 5 ottobre 1988, causa 53/87, CICRA / Renault (Racc. pag. 6039) e causa 238/87, Volvo (Racc. pag. 6211), e 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, RTE e ITP / Commissione (Racc. pag. I-743, punto 49; di seguito: la sentenza «Magill»).

33 — In tal senso, secondo IMS, deporrebbero tutte le sentenze comunitarie e le decisioni della Commissione relative al rifiuto di contrarre ed alle *essential facilities*. Al riguardo, essa fa in particolare riferimento alle sentenze della Corte 6 marzo 1974, cause riunite 6 e 7/73, Commercial Solvents (Racc. pag. 223); 3 ottobre 1985, causa 311/84, CBEM / CLT e IPB, «Telemarketing» (Racc. pag. 3261); 13 dicembre 1991, causa C-18/88, GB-Inno-BM (Racc. pag. I-5941); Magill, cit. 26 novembre 1998, causa C-7/97, Bronner (Racc. pag. I-7791); e del Tribunale 12 giugno 1997, causa T-504/93, Ladbroke (Racc. pag. II-923); nonché alla decisione 98/190/CE della Commissione, del 14 gennaio 1998, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 86 del trattato CE (Caso IV/34.801 FAG — Flughafen Frankfurt/Main AG) (GU L 72, pag. 30).

ultimi di farle più efficacemente concorrenza sullo stesso mercato sul quale essa sfrutta il suo diritto.

aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio e dalla Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie od artistiche.

36. IMS sottolinea inoltre che nella specie non si potrebbe invocare la sentenza Magill per sostenere che il rifiuto di licenza costituisce un abuso di posizione dominante. In quella sentenza la Corte ha infatti affermato che un rifiuto di licenza può costituire un abuso solo in «casi eccezionali», quando: i) impedisca l'apparizione di un nuovo prodotto, non offerto dall'impresa dominante titolare del diritto di proprietà intellettuale, per il quale esista una potenziale domanda; ii) sia ingiustificato; iii) abbia l'effetto di riservare un mercato derivato all'impresa dominante. La prima e la terza condizione non sarebbero tuttavia riunite nella specie, in quanto NDC non vorrebbe introdurre un prodotto nuovo su un mercato derivato, ma avvalersi della struttura sviluppata da IMS per fornire sullo stesso mercato un prodotto pressoché identico a quello di tale società.

37. A giudizio di IMS, infine, un'interpretazione dell'art. 82 CE secondo cui il rifiuto di un'impresa dominante di concedere una licenza comporta di per sé un abuso determinerebbe una violazione: a) del diritto di proprietà tutelato dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; b) degli impegni internazionali della Comunità risultanti dall'Accordo dell'OMC sugli

38. Del tutto opposte sono ovviamente le conclusioni di NDC.

39. Tale società sostiene in particolare che la fattispecie della causa principale presenta numerose analogie con il caso Magill, nel quale la Corte ha giudicato abusivo il rifiuto di licenza opposto dal titolare del diritto d'autore. Come in quel caso, infatti:

— il bene immateriale protetto dal diritto d'autore non sarebbe il frutto di un grande sforzo creativo e di considerevoli investimenti (nella specie, la struttura si baserebbe in gran parte sui confini dei codici postali tedeschi e sarebbe stata realizzata grazie all'apporto decisivo dell'industria farmaceutica);

— tale bene sarebbe messo a disposizione di soggetti che non sono in concorrenza con il titolare del diritto d'autore (nella specie, ad esempio, i servizi cartografici);

- il prodotto dell'impresa che vuole ottenere la licenza sarebbe per diversi aspetti migliore di quello realizzato dal titolare del diritto d'autore (nella specie, sarebbe ad esempio più ampio lo spettro dei dati trattati, sarebbe offerta ai clienti la possibilità di accedere «on-line» a tali dati, sarebbe maggiore il valore significativo dei dati e questi sarebbero presentati in maniera più piacevole per il cliente);
40. In favore della soluzione indicata, secondo NDC, militerebbe anche il fatto che essa non intende limitarsi a riprodurre i dati raccolti da IMS, ma vuole raccogliere e trattare autonomamente i dati sulle vendite regionali, per trasporli poi in un prodotto proprio. NDC sottolinea inoltre che nella specie il bene immateriale protetto dal diritto d'autore costituisce una norma settoriale che, in base alle valutazioni compiute dalla Commissione nelle sue linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 81 CE agli accordi di cooperazione orizzontale³⁴, dovrebbe essere il più possibile accessibile.
41. NDC osserva infine che per considerare abusivo un rifiuto di licenza non è necessaria l'esistenza di due mercati separati (a monte e a valle)³⁵. Come risulterebbe dalla sentenza Magill, per l'applicazione dell'art. 82 CE sarebbe sufficiente che l'impresa dominante su un dato mercato detenga un monopolio su informazioni che siano necessarie per poterle fare concorrenza. Il fatto che tali informazioni non siano messe sul mercato dall'impresa dominante non avrebbe invece alcuna importanza.
42. Per parte sua, la Commissione sostiene che per considerare abusivo il rifiuto da parte di un'impresa dominante di consentire ai suoi concorrenti l'accesso ad un'infrastruttura essenziale non sia necessario che l'infrastruttura si trovi in un mercato diverso da quello su cui intendono operare i concorrenti. A tal fine, basterebbe infatti che l'infrastruttura si collocasse in uno stadio della produzione a monte e che costituisse un «input» nettamente separabile per la produzione di un dato bene o servizio a valle.
43. Più in particolare, secondo la Commissione, perché un certo bene o servizio possa essere considerato come un'infrastruttura o un input essenziale sarebbe necessario che questo si distinguesse dal bene/servizio a valle e che tra esso ed il bene/servizio a valle

35 — A tal riguardo, NDC sottolinea in particolare che al punto 47 della sentenza Magill la Corte non si è soffermata a valutare se nella specie potevano distinguersi, in senso tecnico, due mercati.

34 — GU C 3, pag. 2.

vi fosse la creazione di «valore aggiunto». Questo approccio, basato sulla distinzione tra diversi stadi di produzione più che sull'esistenza di mercati separati, sarebbe confermato dall'analisi condotta dalla Corte nelle sentenze Magill e Bronner e dal Tribunale nella sentenza Ladbroke.

del bene/servizio a valle. A tal riguardo, la Commissione sottolinea del resto che il diritto d'autore è un diritto di proprietà come tanti altri, con i quali avrebbe in comune il potere del titolare di disporre in via esclusiva del bene (materiale o immateriale) che ne costituisce l'oggetto, ma anche i vincoli derivanti dal diritto della concorrenza.

44. Il solo fatto che l'input indispensabile per la produzione del bene/servizio a valle non fosse autonomamente commercializzato dall'impresa dominante non varrebbe del resto ad escludere che l'ingiustificato rifiuto di accesso a tale input configuri un comportamento abusivo. Anche in tal caso, infatti, il rifiuto di accesso determinerebbe un'importante restrizione della concorrenza nel mercato del bene/servizio a valle in violazione dell'art. 82 CE. La restrizione sarebbe anzi ancora più grave se l'input indispensabile non fosse commercializzato affatto, dato che le imprese interessate alla produzione del bene/servizio a valle non potrebbero neppure procurarsi indirettamente tale input rivolgendosi a soggetti terzi che lo avessero acquistato dall'impresa dominante.

Valutazione

46. Il quesito in esame, come si è visto, solleva un importante e delicato problema d'interpretazione dell'art. 82 CE, relativo all'obbligo per un'impresa dominante di concedere (a titolo oneroso) ai suoi concorrenti l'uso di un bene immateriale protetto dal diritto d'autore, qualora questo sia indispensabile per operare sullo stesso mercato in cui detta impresa sfrutta il suo diritto ed occupa la posizione dominante.

45. Tale ragionamento, aggiunge la Commissione, varrebbe anche qualora l'input essenziale fosse costituito da un bene immateriale protetto dal diritto d'autore. Se infatti tale bene immateriale si distinguesse dal bene/servizio a valle, per la cui produzione fosse indispensabile, il rifiuto di licenza da parte dell'impresa dominante titolare del diritto d'autore andrebbe al di là della funzione essenziale di tale diritto, perché riserverebbe all'impresa il mercato

a) La giurisprudenza rilevante

47. Ai fini dell'esame di tale questione, credo che vadano anzitutto richiamate le pronunce della Corte relative alla possibilità di configurare un rifiuto di contrarre

come un abuso di posizione dominante, nelle quali (o almeno in alcune delle quali) sembra potersi intravedere un'applicazione della c.d. teoria dell'*essential facility*, cui le parti hanno fatto ripetutamente riferimento³⁶.

48. Al riguardo, comincio col ricordare la sentenza *Commercial Solvents*, nella quale tale problematica è stata affrontata con riferimento ad un'interruzione della fornitura di materie prime. Confermando la decisione della Commissione impugnata in quella causa, la Corte ha chiarito 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 rifornirne un proprio cliente, anch'esso fabbricante di prodotti finiti, col rischio di eliminare del tutto dal mercato il cliente e concorrente, ai sensi dell'art. 86 sfrutta in modo abusivo la propria posizione dominante»³⁷.

49. Nella sentenza *Telemarketing* la Corte ha successivamente avuto modo di precisare che tale ragionamento «vale del pari nel caso dell'impresa che detenga una posizione dominante sul mercato di un servizio indispensabile per le attività di un'altra impresa su un altro mercato»³⁸. In quel caso il giudice comunitario ha ritenuto contrario all'art. 86 del Trattato CE (dive-

nuto art. 82 CE) il fatto che, in assenza di un'obiettiva giustificazione, un'impresa dominante sul mercato della telediffusione si rifiutasse di fornire spazi televisivi ad imprese di telemarketing indipendenti, riservando così ad una sua consociata le operazioni in tale campo, con il rischio di eliminare qualsiasi concorrenza sul relativo mercato. Con riferimento a tale fattispecie, la Corte ha in particolare affermato il principio secondo cui «costituisce abuso ai sensi dell'art. 86 il fatto che l'impresa che detenga una posizione dominante su un determinato mercato si riservi (...), senza necessità obiettiva, 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»³⁹.

50. Con specifico riferimento ai diritti di proprietà intellettuale, viene poi in rilievo il caso *Volvo*, in cui era stato in sostanza chiesto alla Corte se tale casa automobilistica abusasse della sua posizione dominante sul (presunto) mercato dei ricambi originali non rilasciando a soggetti terzi una licenza per la fabbricazione di detti ricambi. In risposta a tale questione, la Corte ha affermato 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.

36 — Con riferimento a tale teoria ed alla sua applicazione negli Stati Uniti e in Europa v. in particolare le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella causa *Bronner*, cit., paragrafi 45-53.

37 — Sentenza cit., punto 25.

38 — Sentenza cit., punto 26.

39 — *Ibidem*, punto 27. Lo stesso principio è stato poi riaffermato in un contesto in parte diverso nella sentenza *RTT/GB*, cit., punto 18.

Ne consegue che imporre al titolare del brevetto l'obbligo di concedere a terzi, sia pure in contropartita di un ragionevole compenso, una licenza per la fornitura di prodotti che incorporino il modello equivarrebbe a privare detto titolare della sostanza del suo diritto esclusivo, e che il rifiuto di concedere una siffatta licenza non può, di per sé, costituire uno sfruttamento abusivo di posizione dominante»⁴⁰. La Corte ha tuttavia aggiunto che «l'esercizio del diritto esclusivo, da parte di chi abbia brevettato un modello relativo a parti componenti della carrozzeria di automobili, può essere vietato dall'art. 86 qualora dia luogo, da parte di un'impresa in posizione dominante, a determinati comportamenti abusivi, come 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, purché questi comportamenti possano pregiudicare il commercio fra Stati membri»⁴¹.

51. Pronunciandosi in appello su due sentenze del Tribunale, nel noto caso Magill la Corte ha poi avuto modo di ritornare sulla questione del rifiuto di licenza per un diritto di proprietà intellettuale. Con le sentenze impugnate, il Tribunale aveva in particolare confermato una decisione in cui la Commissione aveva ritenuto che talune emittenti televisive avessero abusato della

posizione dominante detenuta sul mercato dei loro palinsesti televisivi facendo valere il diritto d'autore vantato su tali palinsesti per impedire a soggetti terzi di pubblicare guide settimanali complete dei programmi delle diverse emittenti.

52. A tal riguardo, la Corte ha anzitutto sottolineato che dalla sentenza Volvo risultava che, sebbene un diniego di licenza per un diritto di proprietà intellettuale non comporti di per sé un abuso di posizione dominante, «dall'esercizio del diritto esclusivo da parte del titolare può, in casi eccezionali, derivare un comportamento abusivo»⁴². Nel caso di specie, ad avviso della Corte, sussistevano appunto circostanze tali da far ritenere abusivo il comportamento delle emittenti ricorrenti, in quanto:

— in primo luogo, «le ricorrenti — che erano necessariamente le uniche fonti di informazioni grezze sui programmi, materia prima indispensabile per produrre una guida televisiva settimanale — [avevano lasciato] al telespettatore desideroso di informarsi sull'offerta di programmi per la settimana seguente unicamente la possibilità di acquistare le guide settimanali di ogni emittente onde trarne personalmente i dati utili a un raffronto. Il rifiuto di fornire informazioni grezze opposto dalle ricorrenti avvalendosi delle disposi-

40 — Sentenza Volvo, cit., punto 8.

41 — Punto 9. Sostanzialmente nello stesso senso la Corte si è pronunciata in pari data nella sentenza Renault, cit.

42 — Punto 50.

zioni nazionali sul diritto d'autore [aveva] 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[va] un abuso ex art. 86, secondo comma, lett. b), del Trattato»⁴³;

— in secondo luogo, «tale rifiuto non era giustificato dall'attività di diffusione radiotelevisiva né da quella di pubblicazione di guide televisive»⁴⁴;

— in terzo luogo, «con tale comportamento le ricorrenti si [erano] riservate un mercato derivato, quello delle guide televisive settimanali, escludendo qualsiasi tipo di concorrenza su siffatto mercato (...), poiché le ricorrenti negavano l'accesso all'informazione grezza, materia prima indispensabile per elaborare una guida del genere»⁴⁵.

53. La Corte ha avuto infine modo di occuparsi della problematica relativa al rifiuto di contrarre nella nota sentenza Bronner. In quel caso, ipotizzando l'esistenza

di un autonomo mercato relativo ai sistemi di recapito a domicilio di quotidiani su scala nazionale, la Corte era stata tra l'altro chiamata a valutare «se il fatto che il proprietario dell'unico sistema di recapito a domicilio esistente su scala nazionale nel territorio di uno Stato membro, il quale se ne serv[va] per distribuire i propri quotidiani, neghi l'accesso a detto sistema all'editore di un quotidiano concorrente costituisca un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 86 del Trattato per il motivo che tale diniego priverebbe detto editore di un modo di distribuzione ritenuto essenziale per la vendita del suo quotidiano»⁴⁶.

54. Dopo aver ricordato la sentenza Magill, la Corte ha osservato che, «anche supponendo che questa giurisprudenza relativa all'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale [fosse] applicabile all'esercizio di qualsivoglia diritto di proprietà», per dedurre che nella specie il rifiuto di contrarre comportasse un abuso di posizione dominante sarebbe stato necessario «non solo che il diniego del servizio costituito dal recapito a domicilio [potesse] eliminare del tutto la concorrenza sul mercato dei quotidiani da parte della persona che richiede[va] il servizio e non [fosse] obiettivamente giustificabile, ma anche che detto servizio [fosse], di per sé, indispensabile per l'esercizio dell'attività di tale persona, nel senso che non esiste[ss]e alcun modo di distribuzione che [potesse] realmente o potenzialmente sostituirsi al predetto sistema di recapito a domicilio»⁴⁷.

43 — Punti 53 e 54.

44 — Punto 55.

45 — Punto 56.

46 — Punto 37.

47 — Punto 41.

b) Deduzioni

55. Dalla breve disamina giurisprudenziale che precede risulta che effettivamente, come sottolineato da IMS, in tutti i casi in cui ha ammesso che il rifiuto di fornire o rendere disponibili determinati beni (materiali o immateriali) o servizi potesse comportare un abuso di posizione dominante, la Corte ha distinto un mercato relativo a tali beni o servizi (a monte) ed un mercato derivato (a valle) in cui questi venivano utilizzati come input per la produzione di diversi beni o servizi. Le violazioni dell'art. 82 constatate od ipotizzate in questi casi riguardavano infatti imprese verticalmente integrate che (almeno in ipotesi), rifiutando di contrarre, abusavano della loro posizione dominante su un mercato a monte per restringere od eliminare la concorrenza su un mercato a valle.

56. Come giustamente osservato da NDC e dalla Commissione, tuttavia, per l'individuazione di un mercato degli input (a monte) la Corte non ha ritenuto necessario che questi fossero autonomamente commercializzati dall'impresa dominante. Nella sentenza Magill la Corte ha infatti individuato un mercato per i palinsesti televisivi anche se questi non erano autonomamente commercializzati dalle emittenti televisive, ma solo offerti gratuitamente ad alcuni giornali. Nella sentenza Bronner la Corte ha poi ammesso che potesse individuarsi un

mercato dei sistemi di recapito a domicilio di quotidiani su scala nazionale anche se l'impresa che deteneva un monopolio su tale (ipotetico) mercato non vendeva autonomamente il servizio di recapito a domicilio⁴⁸.

57. Ai fini dunque dell'applicazione della ricordata giurisprudenza sul rifiuto di contrarre mi sembra sufficiente che *possa essere individuato* un mercato degli input a monte. Ciò anche se il mercato è solo «potenziale», nel senso che vi opera un'impresa monopolista che decide di non commercializzare autonomamente gli input in questione (nonostante per essi sussista un'effettiva domanda), ma di avvalersene in via esclusiva su un mercato a valle, restringendo od eliminando del tutto la concorrenza su detto mercato.

58. Per prendere un esempio classico della teoria dell'*essential facility*, si pensi al caso in cui l'accesso ad un porto sia indispensabile per poter prestare servizi di trasporto marittimo in un dato mercato geografico. Si assuma che il proprietario del porto utilizzi in via esclusiva tale infrastruttura per garantirsi un monopolio sul mercato dei servizi di trasporto marittimo, rifiutando senza alcuna obiettiva giustificazione di fornire i necessari servizi portuali ad

48 — Ai fini dell'individuazione del mercato rilevante, la Corte non sembra aver preso in considerazione il fatto che il proprietario del sistema di recapito forniva una serie di servizi ad un editore indipendente, tra i quali anche il recapito a domicilio di un suo quotidiano. In quel caso, comunque, il servizio di recapito a domicilio non era venduto autonomamente, ma faceva parte di un «pacchetto» che comprendeva anche la stampa e la vendita nelle edicole del quotidiano in questione.

imprese terze che ne facciano richiesta. Orbene, credo che, in tale caso, la giurisprudenza sul rifiuto di contrarre dovrebbe trovare applicazione indipendentemente dal fatto che i servizi portuali non siano offerti sul mercato. Tale circostanza non escluderebbe infatti la possibilità di individuare un mercato dei servizi portuali richiesti dalle imprese di trasporto marittimo, atteso che una domanda per tali servizi realmente esiste e che non sussistono ostacoli di carattere tecnico alla loro commercializzazione. Ai sensi della giurisprudenza sul rifiuto di contrarre, si potrebbe dunque ritenere che, negando ingiustificatamente l'accesso all'infrastruttura portuale, il proprietario di tale infrastruttura abuserebbe della propria posizione dominante (di monopolio) sul mercato dei servizi portuali, in quanto col suo comportamento eliminerebbe qualsiasi concorrenza sul mercato derivato dei servizi di trasporto marittimo.

59. Chiarito quindi che per poter individuare un mercato degli input a monte non è necessario che questi siano autonomamente commercializzati dall'impresa che ne ha il controllo, mi pare evidente che un siffatto mercato possa per definizione essere sempre individuato, qualora: a) gli input in questione siano indispensabili (in quanto non sostituibili e non duplicabili) per operare su un dato mercato; b) vi sia per essi un'effet-

tiva domanda da parte di imprese che intendono operare sul mercato per il quale detti input sono indispensabili.

60. Se ora esaminiamo alla luce di quanto precede il caso prospettato con il primo quesito, dobbiamo riconoscere che nella specie non si può scartare l'applicazione della giurisprudenza relativa al rifiuto di contrarre per il solo fatto che l'impresa che ha chiesto la licenza per la struttura ad aree intenderebbe operare sullo stesso mercato del titolare del diritto d'autore. Considerato infatti che tale quesito parte dal presupposto che la struttura ad aree per la quale è stata richiesta la licenza sia indispensabile per poter commercializzare gli studi sulle vendite regionali di farmaci in un dato paese, 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.

61. Ciò posto, devo tuttavia aggiungere che le sentenze della Corte sul rifiuto di licenza per un diritto di proprietà intellettuale mi portano a ritenere che, per considerare abusivo un ingiustificato rifiuto, non basti il fatto che il bene immateriale oggetto del diritto di proprietà intellettuale sia indispensabile per operare su un dato mercato e che quindi, attraverso tale rifiuto, il titolare del diritto possa eliminare qualsiasi concorrenza sul mercato derivato.

62. Anche in presenza di tali circostanze, nella ponderazione tra l'interesse alla tutela del diritto di proprietà intellettuale e della libera iniziativa economica del suo titolare, da una parte, e l'interesse alla tutela della libera concorrenza, dall'altro, l'ago della bilancia può a mio avviso pendere in favore di questo secondo interesse solo se il rifiuto di licenza impedisca lo sviluppo del mercato derivato a danno dei consumatori. Più in particolare, ritengo che il rifiuto di licenza possa essere ritenuto abusivo solo se l'impresa richiedente non vuole limitarsi in sostanza a duplicare i beni/servizi già offerti sul mercato derivato dal titolare del diritto di proprietà intellettuale, ma intende produrre 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.

63. In questo senso mi sembra deporre chiaramente la sentenza Magill, nella quale, come si è visto, la Corte ha ritenuto abusivo un ingiustificato rifiuto di licenza, in quanto: a) questo aveva «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»; b) attraverso tale

rifiuto «le ricorrenti si [erano] riservate un mercato derivato, quello delle guide televisive settimanali, escludendo qualsiasi tipo di concorrenza su siffatto mercato»⁴⁹.

64. In quel caso, la Corte ha dunque ritenuto abusivo il rifiuto di licenza in considerazione del fatto che l'impresa richiedente voleva immettere sul mercato una guida televisiva settimanale diversa da quelle prodotte dai titolari del diritto d'autore (in quanto non avrebbe riportato i programmi di una sola emittente, ma avrebbe fornito il panorama completo), la quale avrebbe soddisfatto specifiche esigenze dei consumatori. In tal modo, era stata impedito l'emergere di un prodotto «nuovo», che avrebbe fatto concorrenza a quelli dei titolari del diritto d'autore nel generale mercato delle guide televisive settimanali.

65. Ma in questo senso può forse essere letta anche la sentenza Volvo, nella quale la Corte ha precisato che «il rifiuto di concedere una (...) licenza non può, di per sé, costituire uno sfruttamento abusivo di posizione dominante»⁵⁰. Sebbene in quel caso il brevetto per il modello ornamentale delle diverse parti della 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

49 — Punti 54 e 56.

50 — Punto 8.

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.

Sul secondo e terzo quesito

66. Alla luce dell'insieme delle considerazioni dianzi esposte, ritengo dunque che al primo quesito pregiudiziale si possa rispondere che l'art. 82 CE deve essere interpretato nel senso che il rifiuto di rilasciare una licenza per l'uso di un bene immateriale protetto dal diritto d'autore comporta un abuso di posizione dominante ai sensi di detta disposizione, qualora: a) non sussistano obiettive giustificazioni per tale rifiuto; b) l'uso del bene immateriale sia indispensabile per operare su un mercato derivato, con la conseguenza che, attraverso tale rifiuto, il titolare del diritto finirebbe con l'eliminare qualsiasi concorrenza su detto mercato. Ciò tuttavia a condizione che l'impresa che chiede la licenza non voglia limitarsi in sostanza a duplicare i beni/servizi già offerti sul mercato derivato dal titolare del diritto di proprietà intellettuale, ma intenda produrre 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.

67. Come si è detto, con il secondo ed il terzo quesito il giudice nazionale vuole in sostanza sapere quando una struttura ad aree protetta dal diritto d'autore debba considerarsi indispensabile per la commercializzazione degli studi sulle vendite regionali di farmaci in un dato paese. In particolare, il giudice chiede se ai fini di tale valutazione rilevi: i) il grado di partecipazione dei rappresentati delle imprese farmaceutiche allo sviluppo della struttura tutelata dal diritto d'autore; ii) lo sforzo (in particolare, in termini di costi) che le imprese farmaceutiche dovrebbero sopportare per poter acquistare studi realizzati sulla base di una struttura diversa da quella tutelata dal diritto d'autore.

Argomenti delle parti

68. Con riferimento alle problematiche sollevate dai quesiti in esame, IMS osserva in termini generali che le preferenze della clientela non potrebbero giustificare la qualificazione della struttura a 1 860 aree come un'*essential facility*. Per valutare se una struttura ad aree sia indispensabile per commercializzare studi sulle vendite regionali di farmaci non si potrebbe infatti fare riferimento alla disponibilità soggettiva dei clienti ad accettare studi realizzati sulla base

di un'altra struttura; a tal fine sarebbe invece determinante l'obiettivo possibilità per un concorrente di dimensioni comparabili di sviluppare una struttura alternativa.

un'infrastruttura costituisca un'*essential facility*, dato che in determinate circostanze possono rendere indispensabile l'accesso ad un'infrastruttura che altrimenti non lo sarebbe.

69. In merito al ruolo svolto dalle case farmaceutiche nello sviluppo della sua struttura ad aree, IMS osserva poi che un contributo dei clienti diretto alla creazione di prodotti o servizi sempre più rispondenti alle loro esigenze sarebbe del tutto normale. In quest'ottica, l'imposizione di un obbligo di licenza avrebbe conseguenze negative, in quanto spingerebbe le imprese a rinunciare a qualsiasi contatto con la clientela per lo sviluppo dei propri prodotti.

72. NDC sottolinea poi che, ai sensi della sentenza Bronner, l'accesso ad una determinata infrastruttura può considerarsi indispensabile quando la creazione di un'infrastruttura alternativa non sarebbe redditizia. Nel caso di specie, i costi d'adattamento che dovrebbero sostenere le case farmaceutiche per passare ad un'altra struttura ad aree sarebbero talmente elevati che l'introduzione di una struttura concorrente, non solo non sarebbe redditizia, ma sarebbe addirittura economicamente impercorribile.

70. Quanto ai costi d'adattamento che i clienti dovrebbero sostenere per poter utilizzare studi realizzati sulla base di altre strutture, IMS osserva infine che il fatto che i clienti debbano affrontare delle spese per optare in favore di un diverso prodotto sarebbe del tutto normale e non potrebbe rilevare per stabilire se un rifiuto di licenza comporti un abuso di posizione dominante.

73. Per parte sua, la Commissione ricorda che nella sua decisione cautelare sono indicati numerosi elementi che indurrebbero a ritenere che la struttura a 1860 aree di IMS sia indispensabile per la commercializzazione degli studi sulle vendite regionali di farmaci in Germania; gli elementi evocati dal giudice nazionale sarebbero quindi solo alcuni di quelli che andrebbero presi in considerazione ai fini di detta valutazione.

71. In senso opposto, NDC osserva che le pratiche dell'industria o le aspettative dei clienti rilevano al fine di stabilire se

74. Ciò precisato, la Commissione sottolinea che l'importante partecipazione dei clienti allo sviluppo della struttura ad aree di IMS ha contribuito a creare un rapporto

di dipendenza delle case farmaceutiche da detta struttura. A suo giudizio, una collaborazione dei clienti così regolare e intensa, diretta alla creazione di una struttura comune per la fornitura di una serie di servizi compatibili, presenterebbe le caratteristiche proprie di un processo per la creazione di una norma di fatto.

Valutazione

75. La Commissione osserva poi che per stabilire il carattere indispensabile di un'infrastruttura si dovrebbe valutare se un concorrente di analoghe dimensioni potrebbe creare una valida alternativa. Ai fini di tale valutazione, sarebbe però utile anche un attento esame dei fattori rilevanti dal lato della domanda, e segnatamente degli sforzi d'adattamento che i clienti dovrebbero compiere per passare ad un'altra infrastruttura. Un'analisi congiunta della situazione dal punto di vista dell'offerta e della domanda sarebbe in particolare opportuna per stabilire se la creazione di un'infrastruttura alternativa sia economicamente redditizia.

76. La Commissione, richiamando le valutazioni compiute nella sua decisione cautelare, sottolinea infine gli ostacoli che nella specie disincentivano il passaggio delle case farmaceutiche ad una struttura ad aree incompatibile con quella di IMS e gli straordinari sforzi, non solo economici, che tale passaggio comporterebbe.

77. Per l'analisi della questione in esame, conviene senz'altro partire dalla sentenza Bronner, nella quale la Corte ha fornito alcune utili indicazioni per stabilire quando un bene (materiale o immateriale) o un servizio possa essere ritenuto indispensabile per operare su un dato mercato.

78. In quel caso, la Corte ha in particolare escluso che l'unico sistema di recapito a domicilio esistente su scala nazionale nel territorio di uno Stato membro fosse indispensabile per la vendita di quotidiani, sottolineando: da un lato, che era «pacifico che altri modi di distribuzione di quotidiani, come la distribuzione a mezzo posta e la vendita nei negozi e nelle edicole, anche se eventualmente meno vantaggiosi per la distribuzione di taluni quotidiani, esist[evano] e [erano] utilizzati dagli editori di questi»; dall'altro, che «non risulta[va]no esistere ostacoli di natura tecnica, normativa o anche economica capaci di rendere impossibile o straordinariamente difficile a qualsiasi altro editore di quotidiani creare, da solo o in collaborazione con altri editori, un proprio sistema di recapito a domicilio su scala nazionale e avvalersene per distribuire i propri quotidiani»⁵¹.

51 — Punti 43-44.

79. La Corte ha inoltre chiarito che, «per dimostrare che la creazione di un sistema del genere non costituisce un'alternativa potenziale realistica e che, quindi, l'accesso al sistema esistente è indispensabile, non basta sostenere che essa non è economicamente redditizia a motivo della bassa tiratura del quotidiano o dei quotidiani da distribuire. Infatti, perché il detto accesso possa essere eventualmente considerato indispensabile occorrerebbe quanto meno provare (...) che non è economicamente redditizio creare un secondo sistema di recapito a domicilio per la distribuzione di quotidiani aventi una tiratura paragonabile a quella dei quotidiani distribuiti con il sistema esistente»⁵².

80. Da tale sentenza emerge dunque che, per stabilire se un input sia indispensabile per operare su un dato mercato, si deve valutare: a) se esistano input sostituibili, che possano essere utilizzati per operare (più o meno efficacemente) sul mercato in questione; b) se esistano ostacoli di natura tecnica, normativa o economica capaci di rendere impossibile o straordinariamente difficile per qualsiasi impresa che intenda operare su detto mercato la creazione, eventualmente in collaborazione con altri operatori, di input alternativi. Per poter ammettere l'esistenza di ostacoli di natura economica alla creazione di input alternativi, secondo la Corte, deve quanto meno

risultare che la loro creazione non è economicamente redditizia per una produzione su scala paragonabile a quella del titolare degli input esistenti.

81. Nel caso in esame, come si è detto, occorre stabilire quale rilevanza abbiano ai fini di questa valutazione: i) il grado di partecipazione delle imprese farmaceutiche allo sviluppo della struttura tutelata dal diritto d'autore; ii) lo sforzo (in particolare, in termini di costi) che le imprese farmaceutiche dovrebbero compiere per poter acquistare studi realizzati sulla base di una struttura diversa da quella tutelata dal diritto d'autore.

82. Tali aspetti vanno a mio avviso considerati congiuntamente, in quanto entrambi si traducono, in ultima analisi, in ostacoli di carattere economico alla creazione di una struttura alternativa.

83. Secondo quanto sostenuto da NDC e dalla Commissione, infatti, l'intensa partecipazione delle imprese farmaceutiche allo sviluppo della struttura di IMS, sebbene non determini un assoluto impedimento tecnico o giuridico al passaggio ad una struttura alternativa, costituisce una delle cause della dipendenza delle società farmaceutiche dalla struttura esistente. Ma se così è, la partecipazione delle industrie farma-

52 — Punti 45-46.

ceutiche allo sviluppo della struttura di IMS spiega semplicemente perché tali industrie dovrebbero compiere straordinari sforzi per poter passare ad acquistare studi realizzati sulla base di una struttura diversa.

collaborazione con altri operatori, di una siffatta struttura alternativa.

84. Ora, è chiaro che, se le industrie farmaceutiche dovessero compiere straordinari sforzi (organizzativi ed economici) per il passaggio ad una struttura alternativa, ciò renderebbe più onerosa o, secondo i punti di vista, meno redditizia la creazione di una tale struttura da parte di un concorrente di IMS. Per convincere i potenziali clienti ad acquistare gli studi realizzati sulla base della struttura alternativa, il concorrente di IMS dovrebbe infatti offrire loro condizioni particolarmente vantaggiose, col rischio di non riuscire ad ammortizzare gli investimenti effettuati.

86. Alla luce di quanto precede, ritengo dunque che al secondo e terzo quesito pregiudiziale si debba rispondere che il grado di partecipazione delle imprese farmaceutiche allo sviluppo della struttura tutelata dal diritto d'autore e lo sforzo che tali imprese dovrebbero compiere per poter acquistare studi realizzati sulla base di una struttura alternativa a quella tutelata dal diritto d'autore sono elementi che vanno presi in considerazione per stabilire se quest'ultima struttura sia indispensabile per la commercializzazione degli studi sulle vendite regionali di farmaci.

Sulla contestuale applicazione dell'art. 82 CE da parte del giudice nazionale e della Commissione

85. Se ne deve pertanto dedurre che il grado di partecipazione delle imprese farmaceutiche allo sviluppo della struttura tutelata dal diritto d'autore e lo sforzo che tali imprese dovrebbero compiere per poter acquistare studi realizzati sulla base di una struttura alternativa a quella tutelata dal diritto d'autore sono elementi che vanno presi in considerazione per stabilire se sussistano o meno ostacoli di natura economica capaci di rendere impossibile o straordinariamente difficile per qualsiasi impresa che intenda operare sul mercato interessato la creazione, eventualmente in

87. Come annunciato, prima di concludere vorrei svolgere qualche sintetica considerazione sui problemi che si pongono nel caso di specie con riferimento alla contestuale applicazione dell'art. 82 CE da parte del giudice nazionale e della Commissione. Tali problemi sorgono in quanto la sentenza che sarà resa dalla Corte nella presente causa pregiudiziale, pur indicando la corretta interpretazione dell'art. 82 CE con riferimento ai quesiti formulati dal giudice

nazionale, lascerà presumibilmente a quest'ultimo un certo margine di apprezzamento per stabilire se il rifiuto di licenza opposto da IMS costituisca o meno un abuso di posizione dominante. In teoria, il giudice nazionale potrebbe quindi pronunciare una sentenza in conflitto con la decisione cautelare della Commissione, nella quale è stato accertato, *prima facie*, che tale rifiuto è contrario all'art. 82 CE.

sia pronunciata in via cautelare, in quanto la natura cautelare di una decisione non fa certo venir meno né la sua forza vincolante né il suddetto obbligo di cooperazione. Come la Corte ha chiarito, inoltre, il divieto di adottare decisioni in contrasto con quelle della Commissione sussiste anche nel caso in cui queste siano cautelatamente sospese dal presidente del Tribunale⁵⁵.

88. In tale situazione, mi sembra quindi opportuno ricordare che la Corte ha già avuto modo di chiarire che «i giudici nazionali, quando si pronunciano su accordi o pratiche che sono già oggetto di decisione da parte della Commissione [in applicazione degli artt. 81 o 82 CE], non possono adottare decisioni in contrasto con quella della Commissione»⁵³. Tale divieto, che trova fondamento nell'obbligo di leale cooperazione sancito dall'art. 10 CE e nella forza vincolante delle decisioni adottate dalla Commissione in applicazione degli artt. 81 o 82 CE⁵⁴, deve a mio avviso applicarsi anche qualora tale istituzione si

89. Ovviamente, se il giudice nazionale — nell'ambito del margine di apprezzamento che gli sarà presumibilmente lasciato dalla Corte — nutrisse dubbi sulla validità della decisione della Commissione, potrebbe sollevare a tal riguardo una nuova questione pregiudiziale⁵⁶. Ove lo ritenesse opportuno, tale giudice potrebbe inoltre sospendere il suo giudizio fino alla pronuncia definitiva del Tribunale sulla decisione cautelare della Commissione⁵⁷ od attendere la sua decisione definitiva, eventualmente previa consultazione della stessa Commissione. Come sottolineato dalla Corte, infine, nel caso in cui sospendesse il procedimento, il giudice nazionale dovrebbe valutare la necessità di disporre misure provvisorie per la salvaguardia degli interessi delle parti in attesa della sua pronuncia definitiva⁵⁸.

53 — Sentenza 14 dicembre 2000, causa C-344/98, *Masterfoods* (Racc. pag. I-11369, punto 52).

54 — Punti 49-50.

55 — Punto 53.

56 — Punto 57.

57 — Punto 57.

58 — Punto 58.

Conclusioni

90. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo pertanto alla Corte di rispondere al Landgericht nei seguenti termini:

- «1) L'art. 82 CE deve essere interpretato nel senso che il rifiuto di rilasciare una licenza per l'uso di un bene immateriale protetto dal diritto d'autore comporta un abuso di posizione dominante ai sensi di detta disposizione, qualora: a) non sussistano obiettive giustificazioni per tale rifiuto; b) l'uso del bene immateriale sia indispensabile per operare su un mercato derivato, con la conseguenza che, attraverso tale rifiuto, il titolare del diritto finirebbe con l'eliminare qualsiasi concorrenza su detto mercato. Ciò tuttavia a condizione che l'impresa che chiede la licenza non voglia limitarsi in sostanza a duplicare i beni/servizi già offerti sul mercato derivato dal titolare del diritto di proprietà intellettuale, ma intenda produrre 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.

- 2) Il grado di partecipazione delle imprese farmaceutiche allo sviluppo della struttura tutelata dal diritto d'autore e lo sforzo che tali imprese dovrebbero compiere per poter acquistare studi realizzati sulla base di una struttura alternativa a quella tutelata dal diritto d'autore sono elementi che vanno presi in considerazione per stabilire se quest'ultima struttura sia indispensabile per la commercializzazione degli studi sulle vendite regionali di farmaci».