

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE CLAUS GULMANN

presentate il 1° giugno 1994 *

Indice

A — Fatti	I -748
B — Osservazioni introduttive	I -751
C — Delimitazione dell'oggetto dei ricorsi	I -753
D — Se il Tribunale abbia erroneamente applicato la nozione di abuso di posizione dominante	I -755
a) Se la nozione di oggetto specifico sia rilevante per la pronuncia sull'art. 86 del Trattato	I -755
b) L'oggetto specifico del diritto d'autore	I -757
c) Se l'art. 86 del Trattato possa essere applicato all'esercizio di prerogative inerenti all'oggetto specifico del diritto d'autore	I -758
d) La motivazione sviluppata dal Tribunale per giustificare la possibilità di pregiudicare l'oggetto specifico del diritto d'autore: la funzione essenziale del diritto d'autore	I -767
aa) Comportamento che persegue uno scopo manifestamente incompatibile con le finalità dell'art. 86	I -767
bb) Sulla definizione della funzione essenziale del diritto d'autore	I -768
cc) Sull'uso della nozione di funzione essenziale	I -769
e) L'arrivo di un nuovo prodotto per cui esiste una rilevante domanda potenziale da parte del consumatore	I -773
f) Lo sfruttamento di una posizione dominante su un mercato per riservarsi un mercato derivato	I -776
g) Se sussista una politica discriminatoria in materia di licenze o di licenze concesse in condizioni non eque	I -779
h) Se i palinsesti siano opere degne di tutela	I -780
i) Se il diniego di concedere licenze sia giustificato	I -783
j) Ulteriori conseguenze della sentenza della Corte	I -785
E — Se il Tribunale abbia erroneamente omissso di tener conto della Convenzione di Berna	I -787
F — Se sia stato trasgredito l'art. 3 del regolamento n. 17	I -794
G — Se il Tribunale abbia definito il mercato del prodotto di cui è causa ed applicato la nozione di posizione dominante in modo erroneo	I -795
H — Se il Tribunale abbia applicato erroneamente la nozione di pregiudizio del commercio tra Stati membri	I -799
I — Se sia stato trasgredito l'art. 190 del Trattato	I -803
J — Sulle spese	I -805
Conclusioni	I -806
	I - 747

1. Nei presenti procedimenti riuniti la Corte deve pronunciarsi sulla questione se la Commissione, con decisione fondata sull'art. 86 del Trattato CE, possa imporre ad imprese di concedere licenze sulle loro opere tutelate dal diritto d'autore. Ciò significa che la Corte deve dichiarare se, in particolari circostanze, le norme sulla concorrenza del Trattato consentano di pregiudicare l'oggetto specifico del diritto d'autore. Nei presenti procedimenti viene nuovamente sollevata la questione fondamentale del contemperamento di due interessi contrastanti, cioè l'interesse alla tutela dei diritti di proprietà industriale e commerciale, fondati sul diritto nazionale, e l'interesse ad una concorrenza non alterata, che costituisce uno dei compiti della Comunità.

2. Con decisione 21 dicembre 1988, la Commissione imponeva a tre imprese di concedere licenze sui loro palinsesti di programmi televisivi¹. La decisione veniva confermata dal Tribunale di primo grado con sentenze 10 luglio 1991². Le dette sentenze sono state impugnate con i presenti ricorsi proposti alla Corte.

A — Fatti

3. I palinsesti di programmi sono elenchi di futuri programmi televisivi contenenti informazioni sul titolo, sul canale, sulla data e sull'ora delle trasmissioni. Essi vengono elaborati dalle emittenti televisive nell'ambito e al fine della determinazione dei loro programmi. In quanto opere letterarie e compilazioni, i palinsesti fruiscono della tutela del diritto d'autore in forza dell'United Kingdom Copyright Act 1956 e Irish Copyright Act 1963.

4. Al momento dell'emanazione della decisione della Commissione, in Irlanda e nell'Irlanda del Nord venivano distribuite tre guide televisive settimanali — *TV Times*, *Radio Times* e *RTE Guide* — ognuna delle quali conteneva i programmi di due delle sei emittenti televisive che potevano essere captate dalla maggior parte dei telespettatori in Irlanda e dal 30-40% dei telespettatori nell'Irlanda del Nord. Oltre agli elenchi dei programmi veri e propri, le guide televisive contenevano di solito riassunti — cioè informazioni sul contenuto dei programmi e sui partecipanti agli stessi —, commenti, articoli di fondo, ecc.

5. La *TV Times* conteneva gli elenchi di programmi settimanali dei canali ITV e Channel Four trasmessi dalle società radiotelevisive che avevano ottenuto un'autorizzazione

* Lingua originale: il danese.

1 — Decisione della Commissione 89/205/CEE, relativa ad una procedura in applicazione dell'articolo 86 del Trattato CEE (IV/31.851 — Magill TV Guide/ITP, BBC e RTE; GU 1989, L 78, pag. 43).

2 — Causa T-69/89, RTE/Commissione (Racc. pag. II-485), e causa T-76/89, ITP/Commissione (Racc. pag. II-575).

dall'Independent Broadcasting Authority (in prosieguo: la «IBA»)³ a trasmettere programmi televisivi privati. Questa guida veniva pubblicata dall'Independent Television Publications Ltd, London (in prosieguo: la «ITP»), cui i produttori dei programmi per i due canali avevano ceduto il diritto d'autore sui palinsesti di programmi. La *Radio Times* conteneva i programmi settimanali della BBC1 e della BBC2 e veniva pubblicata dalla consociata BBC Enterprises Ltd, controllata al 100% dalla BBC, cui quest'ultima aveva trasferito il diritto d'autore inerente ai palinsesti di programmi settimanali. Nel Regno Unito, la BBC e la IBA detenevano il duopolio della fornitura dei servizi nazionali televisivi. La *RTE Guide* conteneva gli elenchi dei programmi settimanali dei canali RTE1 e RTE2 ed era pubblicata dalla Radio Telefis Eireann (in prosieguo: la «RTE»), che detiene il monopolio legale delle trasmissioni radiotelevisive in Irlanda.

6. Nel mercato irlandese e nord irlandese, a differenza di quelli degli altri Stati membri della Comunità, non vi era nessuna guida televisiva contenente il complesso dei palinsesti settimanali delle emittenti captabili da tutti i telespettatori o dalla loro maggioranza,

in prosieguo designata come «guida televisiva generale settimanale». Ciò era dovuto alla pratica delle tre società in fatto di licenze: i giornali (quotidiani e settimanali) e, in determinati casi, le riviste potevano ricevere gratuitamente a richiesta gli elenchi di programmi settimanali nonché eventuali riassunti. In ogni caso veniva acclusa una licenza che stabiliva le condizioni per la riproduzione delle informazioni: i giornali potevano pubblicare i programmi quotidiani e, alla vigilia dei giorni festivi, i programmi di due giorni, ferma restando l'osservanza di talune condizioni relative alla loro presentazione. Era altresì autorizzata la pubblicazione dei «punti salienti» dei programmi televisivi della settimana.

7. La casa editrice irlandese Magill TV Guide Ltd (in prosieguo: la «Magill») iniziava nel 1985 la pubblicazione di una rivista settimanale in Irlanda e nell'Irlanda del Nord contenente informazioni sulle trasmissioni televisive. La rivista conteneva inizialmente solo informazioni sui programmi del fine settimana della RTE, della BBC, della ITV e di Channel Four, nonché sui punti salienti dei programmi della settimana. Allorché nel maggio 1986 veniva pubblicato un numero della *Magill TV Guide*, che riproduceva i programmi settimanali completi di tutti i canali televisivi ricevibili nel territorio, un giudice irlandese, con ordinanza emessa in sede di procedimento sommario su istanza della RTE, della BBC e della ITV, inibiva alla Magill la pubblicazione dei palinsesti settimanali di queste società dichiarando che siffatta pubblicazione costituiva una violazione del diritto d'autore delle dette società. Quella

3 — La IBA è un ente pubblico il cui compito è la fornitura, in quanto servizio pubblico, delle trasmissioni radiotelevisive indipendenti nel Regno Unito, nell'isola di Man e nelle isole del Canale ad integrazione delle trasmissioni della BBC. La IBA stipula contratti con ditte private per la produzione di trasmissioni sul canale televisivo ITV. Channel Four è trasmesso da una controllata della IBA.

decisione veniva confermata con sentenza della Hight Court 26 luglio 1989 ⁴.

Di conseguenza, all'art. 2 della decisione la Commissione ingiungeva alla ITP, alla BBC e alla RTE di cessare l'infrazione all'art. 86

8. Già prima della pubblicazione del numero della *Magill TV Guide* con i programmi completi, la Magill aveva inoltrato alla Commissione un esposto ex art. 3 del regolamento del Consiglio n. 17, relativo all'attuazione degli artt. 85 e 86 del Trattato ⁵. All'art. 1 della decisione 21 dicembre 1988 la Commissione dichiarava che «le politiche e pratiche attuate rispettivamente da ITP, BBC e RTE in relazione ai loro elenchi settimanali dei futuri programmi, concernenti i programmi che possono essere ricevuti in Irlanda e nell'Irlanda del Nord costituiscono un'infrazione dell'articolo 86 in quanto impediscono la pubblicazione e la vendita di guide TV settimanali in Irlanda e nell'Irlanda del Nord».

«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. Tale richiesta non si applica all'informazione fornita a complemento degli elenchi stessi (...). Se le parti scelgono di farlo tramite la concessione di licenze, eventuali diritti (...) dovrebbero essere di un 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 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».

4 — In tale sentenza la Hight Court rileva che i palinsesti fruiscono, a norma del diritto irlandese, della tutela del diritto d'autore in quanto opere letterarie e compilazioni. I punti rilevanti della sentenza sono citati al punto 10 della sentenza RTE e al punto 7 della sentenza ITV. Poiché la Hight Court si riferisce ai «palinsesti di programmi settimanali quali pubblicati rispettivamente nella *RTE Guide* e nella *TV Times*» potrebbero sorgere dubbi prima facie sulla questione se la Hight Court si sia effettivamente pronunciata sulla tutela del diritto d'autore relativo a tutto il materiale inviato su richiesta dalla RTE e dalla ITV cioè, oltre ai palinsesti stessi, anche i riassunti, ecc. Tuttavia la Magill pubblicava solo gli elenchi di programmi e ha chiarito di effettuare essa stessa i necessari lavori letterari e scientifici ed eventualmente i commenti ai programmi. Se ne può pertanto concludere che la Hight Court ha dichiarato nella sua sentenza che i palinsesti stessi, cioè gli elenchi contenenti le informazioni su titolo, canale, data e ora, fruiscono nel diritto irlandese della tutela del diritto d'autore.

5 — Regolamento 6 febbraio 1962, n. 17, primo regolamento di attuazione degli articoli 85 e 86 del Trattato (GU n. 13, pag. 204).

9. La ITP, la BBC e la RTE adivano la Corte chiedendo l'annullamento della decisione della Commissione. Con ordinanza 11 maggio 1989, il presidente della Corte disponeva la sospensione dell'esecuzione della Commissione in quanto obbligava le dette società a concedere licenze per la riproduzione dei loro elenchi settimanali di programmi ⁶.

6 — Cause riunite C-76/89 R, C-77/89 R e C-91/89 R, RTE e a./Commissione (Racc. pag. 1141, punto 20).

Con ordinanza 15 novembre 1989 le cause venivano rinviate al Tribunale di primo grado il quale respingeva i ricorsi con sentenze 10 luglio 1991. La RTE e la ITV, ma non la BBC⁷, impugnavano le sentenze dinanzi alla Corte di giustizia.

quindi ora pubblicate come guide televisive generali settimanali.

B — Osservazioni introduttive

Con ordinanze 6 luglio 1989, la Corte ha autorizzato l'intervento della Magill a sostegno delle conclusioni della Commissione e, con ordinanze 25 marzo 1992, ha autorizzato l'intervento della Intellectual Property Owners Inc. (in prosieguo: la «IPO») a sostegno delle conclusioni delle ricorrenti in secondo grado. Con ordinanza 21 aprile 1993 le cause sono state riunite ai fini della fase orale del procedimento.

10. Ad integrazione della fattispecie va osservato che nel Regno Unito sono entrate in vigore il 1° marzo 1991⁸ nuove norme in forza delle quali gli enti televisivi sono tenuti a concedere licenze per la riproduzione dei loro palinsesti di programmi. La BBC e la ITP hanno iniziato a vendere le loro guide televisive generali settimanali. La normativa irlandese non è stata emendata. La RTE ha però ottenuto una licenza dalla BBC e dalla ITP per la distribuzione di una guida televisiva generale settimanale ed ha concesso licenze sui propri palinsesti⁹. Le tre riviste *RTE Guide*, *Radio Times* e *TV Times* sono

11. Il diritto d'autore è di importanza fondamentale sia per i singoli titolari sia per la società. Gli Stati membri si sono impegnati a livello internazionale al fine di offrire agli autori una tutela sufficiente a garantire un contesto idoneo per il loro sforzo creativo, e le loro normative in materia riconoscono ai titolari di diritti d'autore un *diritto esclusivo* di sfruttamento dell'opera tutelata. In altre parole, le leggi sul diritto d'autore conferiscono ai titolari il *diritto di limitare la concorrenza*.

12. Tali leggi non conferiscono però agli autori un diritto esclusivo illimitato. La Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche, nell'ultima revisione effettuata con l'Atto di Parigi 24 luglio 1971, prevede ed ammette taluni limiti al detto diritto esclusivo e le leggi in materia di diritti d'autore degli Stati membri comportano altresì siffatte limitazioni. Può trattarsi di disposizioni che concedono un diritto limitato di libero sfruttamento dell'opera tutelata, oppure di norme relative alle licenze obbligatorie, cioè norme che consentono dietro corrispettivo di utilizzare l'opera in un determinato modo. Le licenze obbligatorie in materia di diritto d'autore implicano di

7 — V. causa T-70/89, BBC/Commissione (Racc. pag. II-535).

8 — Section 176 del United Kingdom Broadcasting Act 1990.

9 — La RTE ha dichiarato di aver comunicato la nuova politica in materia di licenze, ma che solo la BBC e la ITP avevano chiesto e ottenuto licenze.

norma che l'autorizzazione di un determinato uso dell'opera tutelata risulta da disposizioni legislative generali, con eventualmente la possibilità di chiedere alla pubblica autorità di risolvere i problemi derivanti dal corrispettivo. A differenza del diritto dei brevetti, di solito l'autorizzazione per un certo tipo di uso dell'opera tutelata nell'interesse pubblico non viene concessa da un tribunale o da una pubblica autorità che ne stabilisce poi le condizioni.

linea di principio essere rispettato dal diritto della concorrenza ¹¹.

13. Nelle leggi degli Stati membri in materia di diritto d'autore viene pertanto effettuato il necessario temperamento dei diversi interessi che vanno tutelati da parte della società, fra cui la tutela degli interessi degli autori e l'interesse ad una concorrenza non falsata ¹⁰. Ne deriva naturalmente che licenze obbligatorie ai sensi delle norme sulla concorrenza, cioè licenze imposte da *autorità in materia di concorrenza* in forza di *norme sulla concorrenza*, sono in larga misura sconosciute negli Stati membri nel settore del diritto d'autore. Quando un diritto esclusivo è fondato sulla legge sul diritto d'autore, tale diritto deve in

14. Il fatto che normative nazionali abbiano provveduto al temperamento degli interessi degli autori rispetto alle restrizioni della concorrenza prodotte dalla tutela del diritto d'autore a livello nazionale non preclude necessariamente ulteriori restrizioni al diritto esclusivo dell'autore a norma delle disposizioni del Trattato in tema di concorrenza volte a garantire una concorrenza non falsata

10 — Non va dimenticato che il diritto d'autore, analogamente ad altri diritti su beni immateriali, contribuisce anche in una certa misura a promuovere la concorrenza. Ciò è stato fra l'altro sottolineato dalla Commissione nelle conclusioni cui è giunta in occasione dell'adozione di una proposta di direttiva del Consiglio sulla tutela giuridica dei programmi di elaboratori elettronici (GU 1989, C 91, pag. 16), in cui ha osservato che il diritto d'autore stimola l'investimento delle risorse intellettuali finanziarie ed esalta pertanto il progresso tecnico nell'interesse pubblico (v. sentenza della Corte 17 ottobre 1990 in tema di marchi, causa C-10/89, HAG GF, Racc. pag. I-3711, punto 13).

11 — Risulta che la situazione giuridica negli Stati membri comporta che le autorità competenti in materia di concorrenza non possono imporre licenze obbligatorie su diritti d'autore nel diritto francese, irlandese, italiano e portoghese, mentre la questione non viene trattata nel diritto tedesco, belga, olandese, lussemburghese e danese. Le autorità spagnole in materia di concorrenza si sono avvalse delle norme sulla concorrenza per istituire un obbligo generale delle imprese televisive, che fruiscono del diritto esclusivo in materia di talune trasmissioni sportive, di concedere licenze di trasmissione in differita. Come già detto, dopo l'emanazione del Broadcasting Act 1990, che modifica il Copyright Designs and Patents Act 1988, nel Regno Unito il ministro competente può collegare al diritto d'autore una cosiddetta clausola di licenza, per esigenze inerenti al diritto della concorrenza ed in esito ad un procedimento che coinvolge le autorità britanniche in materia di concorrenza, la quale clausola vieta al titolare di rifiutare la concessione di licenze agli interessati che possiedono eventuali requisiti specifici. Oltre a ciò, i fattori concorrenziali non sono rilevanti per le licenze obbligatorie derivanti dalle norme sul diritto d'autore.

Per un raffronto si può citare che il diritto in materia di brevetti in taluni Stati membri come la Spagna, il Belgio e la Germania comporta che le autorità in materia di concorrenza possono in linea di principio imporre licenze obbligatorie, ma che non vi è però giurisprudenza in materia, mentre questa possibilità non esiste in altri Stati membri come la Francia, l'Irlanda, l'Italia e il Portogallo. Solo nel Regno Unito è stato attribuito alle autorità in materia di concorrenza un ruolo specifico, in particolare per quel che riguarda le citate clausole di licenza, ma la decisione definitiva in proposito spetta alle autorità competenti in materia di brevetti. In altri Stati membri, ad esempio in Germania, in Irlanda e nei Paesi Bassi, le autorità competenti in materia di brevetti hanno la possibilità di tener conto di fattori concorrenziali all'atto della concessione di licenze obbligatorie, ma ciò è escluso in altri Stati membri, come la Francia e il Portogallo.

in un mercato unico. Tuttavia, questo rapporto fondamentale fra il diritto d'autore e il diritto della concorrenza dimostra che occorre ovviamente una certa cautela qualora le prerogative inerenti al diritto d'autore vengano pregiudicate in forza delle norme sulla concorrenza del diritto comunitario.

15. Mi sembra che la decisione della Commissione e le sentenze del Tribunale forniscano una soluzione concretamente ragionevole. Vi sono buoni motivi per negare agli enti televisivi il diritto di impedire, per il tramite dei loro diritti d'autore sui palinsesti, la pubblicazione di guide televisive generali settimanali. Gli interessi relativi al diritto d'autore così tutelati non possono a mio parere essere considerati fondamentali ed i consumatori irlandesi e britannici hanno un manifesto interesse alla disponibilità di un prodotto di ampia diffusione negli altri Stati membri e caratterizzato da una serie di vantaggi rispetto ai prodotti esistenti.

16. Tuttavia ciò non implica necessariamente che questa soluzione, concretamente ragionevole, possa essere ottenuta mediante decisione emanata dalla Commissione ex art. 86 del Trattato. È possibile che tale soluzione possa essere ottenuta unicamente mediante norme emanate dai legislatori nazionali, come è avvenuto nel Regno Unito, o mediante norme emanate dal legislatore comunitario.

C — Delimitazione dell'oggetto dei ricorsi

17. La RTE, la ITP e la IPO hanno chiesto la cassazione delle sentenze del Tribunale nonché l'annullamento della decisione della Commissione. La Commissione ha chiesto la conferma delle sentenze del Tribunale e in subordine la conferma delle dette sentenze, ma con modifica della motivazione ¹².

18. La RTE, la ITP e la IPO sostengono tutte che il Tribunale ha erroneamente applicato la nozione di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato. La RTE sostiene inoltre che il Tribunale ha ommesso a torto di prendere in considerazione la Convenzione di Berna ed ha erroneamente applicato la nozione di incidenza sugli scambi fra Stati membri. La ITP afferma inoltre che il Tribunale, riconoscendo alla Commissione il potere di imporre ad un titolare di diritti su beni immateriali l'obbligo di concedere licenze, ha trasgredito l'art. 3 del regolamento n. 17 e, dichiarando che la motivazione della decisione è conforme al principio della tutela dei diritti della difesa, ha trasgredito l'art. 190 del Trattato.

19. Infine, la IPO assume che il Tribunale ha erroneamente definito il mercato del prodotto di cui trattasi ed ha applicato erroneamente la nozione di posizione dominante. Nella replica, la RTE e la ITP affermano che,

12 — La Commissione rinvia in proposito alla sentenza della Corte 9 giugno 1992, causa C-30/91 P, Lestelle/Commissione (Racc. pag. I-3755).

pur non avendo esplicitamente impugnato le sentenze del Tribunale su questi due punti, esse non hanno mutato la loro posizione in materia. Esse sostengono che qualora la Corte dovesse accertare un abuso e pronunciarsi pertanto sul merito della causa in applicazione dell'art. 54, n. 1, dello Statuto della Corte, essa dovrebbe altresì pronunciarsi su questi motivi.

20. La Commissione sostiene, e il suo punto vista va condiviso, che la RTE e la ITP non possono, in sede di replica, dedurre nuovi motivi che non siano stati prospettati nel ricorso contro le sentenze del Tribunale, ai sensi del combinato disposto dell'art. 118 e dell'art. 42, n. 2, del regolamento di procedura della Corte. I punti non espressamente impugnati dalle parti devono essere considerati dalla Corte come aventi forza di cosa giudicata, anche se si pronuncia definitivamente sulla controversia ai sensi dell'art. 54, n. 1, dello Statuto.

21. Richiamandosi al fatto che la RTE e la ITP non hanno impugnato le sentenze del Tribunale su questi due punti, la Commissione deduce che essi non rientrano nell'ambito dei ricorsi e che pertanto nemmeno la IPO può dedurre tali motivi.

22. Un interveniente può intervenire unicamente a sostegno delle conclusioni di una delle parti, ai sensi dell'art. 37, n. 3, dello Statuto della Corte. È altresì chiaro che, in sede

di ricorso contro una sentenza del Tribunale, l'interveniente può dedurre unicamente motivi che rimangono nell'ambito dell'oggetto del procedimento con cui è stato adito il Tribunale, ai sensi dell'art. 51 dello Statuto. La IPO soddisfa queste due condizioni, deducendo, a sostegno delle conclusioni della RTE e della ITP volte alla cassazione nelle sentenze del Tribunale, motivi che sono stati esaminati nelle sentenze del Tribunale. Sorge pertanto la questione se alla IPO sia preclusa la deduzione di tali motivi solamente perché non sono stati dedotti dalle ricorrenti in secondo grado.

23. L'art. 93, n. 4, del regolamento di procedura della Corte dispone che l'interveniente accetta il procedimento nello stato in cui questo si trova all'atto del suo intervento. Questa disposizione non va interpretata nel senso che l'interveniente in prima istanza non ha il diritto di dedurre motivi che non siano stati presentati dalla parte a sostegno della quale esso interviene. La Corte ha dichiarato che siffatta interpretazione priverebbe di qualsivoglia contenuto il procedimento d'intervento (v. sentenze 23 febbraio 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg*¹³, e 22 marzo 1961, *SNUPAT*¹⁴).

24. Ai sensi dell'art. 118 del regolamento di procedura, l'art. 93 si applica, fatte salve altre disposizioni, anche al procedimento di impugnazione promosso dinanzi alla Corte contro una decisione del Tribunale. Poiché il regola-

13 — Causa 30/59 (Racc. pag. 89).

14 — Cause riunite 42/59 e 49/59 (Racc. pag. 99).

mento di procedura della Corte non contiene disposizioni espresse in senso contrario, ciò deve a mio parere implicare che, anche per quanto riguarda un procedimento di impugnazione, l'art. 93 va interpretato nel senso che l'interveniente può dedurre motivi che non siano stati avanzati dai ricorrenti che hanno impugnato la sentenza del Tribunale.

D — Se il Tribunale abbia erroneamente applicato la nozione di abuso di posizione dominante

25. La Commissione rileva nella decisione che il rifiuto della ITP e della RTE di concedere licenze costituisce un abuso di posizione dominante da parte di queste società. Tale rilievo è stato ritenuto fondato da parte del Tribunale di primo grado. Nelle sue sentenze quest'ultimo si è richiamato alla giurisprudenza della Corte in materia di relazione fra le norme del Trattato sulla libera circolazione delle merci e i diritti su beni immateriali fondati sul diritto nazionale, e quindi le nozioni di oggetto specifico e di funzione essenziale del diritto d'autore hanno avuto una parte importante nella motivazione del Tribunale.

26. Come risulterà da quanto segue, questa impostazione è sostanzialmente corretta. Sorge però la questione se il complesso di nozioni utilizzato dal Tribunale sia stato impostato e utilizzato in modo opportuno sotto tutti i profili. Dalle osservazioni presentate nei presenti procedimenti di impu-

gnazione risulta che il complesso di tali nozioni ha fatto sorgere problemi e che soprattutto su questo punto le sentenze del Tribunale sono state criticate in dottrina¹⁵. Nei tre capitoli seguenti mi occuperò in particolare dell'oggetto specifico e, in connessione all'esame delle sentenze del Tribunale sviluppato nel capitolo d), mi pronuncerò sul significato della nozione di funzione essenziale.

a) Se la nozione di oggetto specifico sia rilevante per la pronuncia sull'art. 86 del Trattato

27. In una serie di sentenze relative agli artt. 30 e 36 del Trattato, la Corte si è pronunciata sul temperamento della libera circolazione delle merci e della tutela dei beni immateriali. La Corte ha proceduto a tale temperamento dichiarando che l'art. 36 ammette deroghe al principio fondamentale della libera circolazione delle merci nel mercato comune, unicamente qualora siano giustificate dalla salvaguardia dei diritti che

15 — V., in particolare, Georges Bonet, *Revue trimestrielle de droit européen* 1993, pagg. 525-533; Thierry Desurmont, *Revue Internationale du droit d'Auteur*, 151, gennaio 1992, pagg. 216-272; Ian S. Forrester, *European Competition Law Review* 1992, pagg. 5-20; André Françon, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* 1992, pagg. 372-376; Marie-Angèle Hermitte, *Journal du droit international* 1992, pagg. 471-477; Ronald E. Myrick, *European Intellectual Property Review* 1992, pagg. 298-304; Jonathan Smith, *European Competition Law Review*, pagg. 135-138; Romano Subiotto, *European Competition Law Review* 1992, pagg. 234-244; Thomas C. Vinje, *European Intellectual Property Review* 1992, pagg. 397-402; Michel Waelbroeck, *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute* 1992, pagg. 134-137 (B. Hawk ed. 1992).

costituiscono l'*oggetto specifico* del diritto sul bene immateriale interessato ¹⁶.

lettuale» (punto 69 della sentenza RTE e punto 54 della sentenza ITP) ¹⁷.

28. L'applicazione della nozione di oggetto specifico è espressione di un ragionamento secondo cui è possibile, per ogni bene immateriale, individuare una serie di prerogative centrali conferite dal diritto nazionale al titolare del diritto e il cui esercizio non è pregiudicato dalle norme del Trattato.

29. La questione è se il contemperamento ex art. 86 del Trattato della concorrenza non falsata e della tutela dei beni immateriali debba essere fondato allo stesso modo sulla determinazione di ciò che costituisce l'oggetto specifico del bene immateriale interessato.

30. Nelle sentenze del Tribunale di primo grado è stata fornita una risposta affermativa, atteso che «in forza del diritto comunitario sono lecite le sole restrizioni alla libera concorrenza o alla libera circolazione delle merci e dei servizi dirette a salvaguardare la sostanza stessa del diritto di proprietà intel-

31. Questo risultato è corretto alla luce della giurisprudenza della Corte.

Nella sentenza 13 luglio 1966, Consten e Grundig ¹⁸, la Corte si è pronunciata sulla compatibilità con l'art. 85 del Trattato, che vieta gli accordi limitativi della concorrenza, di un esercizio di diritti di marchio nazionali. La Corte ha preso le mosse dall'art. 222 del Trattato a norma del quale: «il presente Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri» ed ha poi effettuato una distinzione fra l'*esistenza* dei diritti di marchio che non è pregiudicata dall'art. 85 e il loro *esercizio* che è limitato dal rispetto del divieto derivante dall'art. 85. Lo stesso ragionamento, con piccole modifiche, è stato seguito nella sentenza

16 — V., ad esempio, la sentenza della Corte 8 giugno 1971, causa 78/70, Deutsche Grammophon (Racc. pag. 487), che riguardava un diritto equiparato al diritto d'autore, le sentenze 31 ottobre 1974, causa 15/74, Centrafarm/Sterling Drug (Racc. pag. 1147), in materia di brevetti, e causa 16/74, Centrafarm/Winthrop (Racc. pag. 1183), in materia di marchi.

17 — Il ragionamento del Tribunale su questo punto non è però del tutto convincente. Il Tribunale ha tratto la conclusione appena citata dall'art. 36, come interpretato dalla Corte alla luce degli obiettivi perseguiti dagli artt. 85 e 86 nonché dalle norme relative alla libera circolazione delle merci e dei servizi». È esatto che la Corte ha stabilito che gli artt. 30 e 36 dovevano essere interpretati «alla luce dei fini e delle azioni della Comunità quali enunciati agli artt. 2 e 3 del Trattato CEE» (v. sentenza della Corte 9 febbraio 1982, causa 270/80, Polydor, Racc. pag. 329, punto 16), e che «gli artt. 2 e 3 del Trattato riguardano la creazione di un mercato in cui le merci circolino liberamente in condizioni di concorrenza non alterata (...) con la conseguenza che deve aversi riguardo all'aspetto di concorrenza figurante nell'art. 3, lett. f), del Trattato» per l'interpretazione di tali disposizioni (v. sentenza 19 marzo 1991, causa C-202/88, Francia/Commissione, Racc. pag. I-1223, punto 41). Il fatto che per l'interpretazione dell'art. 36 occorra tener conto della finalità volta ad ottenere una libera concorrenza, perseguita dal Trattato, non implica necessariamente a mio parere la conclusione opposta che la nozione di oggetto specifico sia rilevante per una pronuncia sull'art. 86.

18 — Cause riunite 56/64 e 58/64 (Racc. pag. 457).

29 febbraio 1968, Parke Davis, che riguardava ambedue gli artt. 85 e 86 ¹⁹.

ottobre 1988, Volvo/Veng, in materia di art. 86 del Trattato ²³).

La distinzione fra l'esistenza dei diritti sui beni immateriali e il loro esercizio è ripresa in una serie di sentenze che riguardano sia le norme sulla concorrenza sia quelle sulla libera circolazione delle merci ²⁰. Dette sentenze consentono di accertare che la nozione di oggetto specifico è stata sviluppata al fine di effettuare tale distinzione ²¹. L'esercizio di prerogative inerenti all'oggetto specifico di un diritto su di un bene immateriale riguarderà l'esistenza di tale diritto. La distinzione fra esistenza ed esercizio di un diritto e l'uso della nozione di oggetto specifico sono pertanto essenzialmente espressione dello stesso ragionamento. A mio parere la distinzione fra esistenza ed esercizio di un diritto non ha pertanto rilevanza autonoma per la soluzione di questioni concrete di delimitazione. In recenti sentenze in materia di libera circolazione delle merci la Corte non ha ritenuto necessario richiamarsi specificamente a questa distinzione ²².

Anche in ulteriori sentenze relative alle norme sulla concorrenza la Corte si è espressamente fondata sulla determinazione delle prerogative inerenti all'oggetto specifico del diritto sul bene immateriale di cui trattavasi (v., in particolare, sentenza della Corte 5

32. La pronuncia sulle presenti cause non può pertanto prescindere dalla determinazione dell'*oggetto specifico* del diritto d'autore, nozione utilizzata nella giurisprudenza della Corte come sinonimo delle nozioni di *sostanza stessa* del diritto d'autore e di *prerogative essenziali* del titolare del diritto d'autore ²⁴.

b) *L'oggetto specifico del diritto d'autore*

33. Per determinare l'oggetto specifico del diritto d'autore, il Tribunale si è soprattutto richiamato alla sentenza della Corte 17 maggio 1988, Warner Brothers, in cui la Corte ha dichiarato che le opere letterarie e artistiche possono essere sfruttate commercialmente sia mediante pubbliche rappresentazioni sia mediante la riproduzione e la messa in circolazione dei supporti materiali ottenuti, ed ha

19 — Causa 24/67 (Racc. pag. 76).

20 — V., in tale contesto, la sentenza della Corte 18 febbraio 1971, causa 40/70, Sirena (Racc. pag. 69, punto 5).

21 — V., in particolare, le sentenze della Corte 8 giugno 1971, causa 78/70, Deutsche Grammophon (Racc. pag. 487, punto 11), 23 maggio 1978, causa 102/77, Hoffmann-La Roche/Centralfarm (Racc. pag. 1139, punto 6), e 22 gennaio 1981, causa 58/80, Dansk Supermarked (Racc. pag. 181, punto 11).

22 — V., in particolare, la sentenza della Corte 17 ottobre 1990, causa C-10/89, HAG GF (Racc. pag. I-3711), nonché le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs in tale causa, paragrafo 11.

23 — Causa 238/87 (Racc. pag. 6211, punto 8). V. anche sentenza 5 ottobre 1988, causa 53/87, CICRA e a./Renault (Racc. pag. 6039, punti 11 e 15). In materia di art. 85 vedi la sentenza della Corte 25 febbraio 1986, causa 193/83, Windsurfing (Racc. pag. 611, punto 45).

24 — Siffatta differenza terminologica non è opportuna. Ciò risulta in particolare dalla confusione delle nozioni che, come sarà osservato in prosieguo, è risultata nelle presenti cause. La ITP ha criticato, a mio parere giustamente, la sentenza del Tribunale in quanto al punto 54 si riferisce alla sostanza stessa del diritto di proprietà intellettuale, al punto 55 all'oggetto specifico del diritto d'autore, pur citando passi della sentenza Warner Brothers, che utilizza la formula «le due prerogative essenziali» dell'autore e infine si riferisce nuovamente al punto 59 all'oggetto specifico del diritto d'autore (punti 69, 70 e 74 della sentenza RTE).

poi concluso che: «le due prerogative essenziali dell'autore, il diritto esclusivo di rappresentazione e il diritto esclusivo di riproduzione, sono lasciate intatte dalle norme del Trattato»²⁵ (punto 70 della sentenza RTE e 55 della sentenza ITP).

34. Nel caso di specie è assodato che il *diritto esclusivo di produrre esemplari* dell'opera tutelata — o, come si è espresso il Tribunale, il diritto esclusivo di riproduzione dell'opera — costituisce parte dell'oggetto specifico del diritto d'autore.

35. La RTE, la ITP e la IPO hanno criticato le sentenze del Tribunale nella parte in cui dichiarano che la «funzione essenziale [del diritto d'autore consiste] (...) nell'assicurare la tutela del diritto morale d'autore²⁶ e la remunerazione dello sforzo creativo» (punto 71 della sentenza RTE e 56 della sentenza ITP). Esse sostengono che il Tribunale ha in tal modo modificato la definizione dell'oggetto specifico del diritto d'autore e ha «dimenticato» il diritto esclusivo di riproduzione dell'opera nonché il diritto, a quest'ultimo connesso, di primo sfruttamento commerciale.

36. Tale critica delle sentenze del Tribunale è ingiustificata. Come ha osservato la Commissione, la nozione di *funzione essenziale*²⁷ è diversa da quella di oggetto specifico. Le due nozioni hanno uno scopo diverso. Nella giurisprudenza in materia di artt. 30 e 36 del

Trattato la Corte ha utilizzato contestualmente le due nozioni ed ha dichiarato che, al fine della determinazione dell'esatta portata del diritto esclusivo riconosciuto al titolare di un bene immateriale, cioè della delimitazione dell'oggetto specifico di tale diritto, si deve tener conto della funzione essenziale del diritto²⁸.

37. Non è quindi contraddittorio rilevare che l'oggetto specifico del diritto d'autore comporta il diritto esclusivo di riproduzione nonché il diritto, a quest'ultimo connesso, di primo sfruttamento commerciale, e che la funzione essenziale del diritto d'autore consiste nel garantire la tutela morale dell'opera e la remunerazione dello sforzo creativo.

c) *Se l'art. 86 del Trattato possa essere applicato all'esercizio di prerogative inerenti all'oggetto specifico del diritto d'autore*

38. È chiaro che al diritto esclusivo di produrre esemplari dell'opera tutelata corrisponde il diritto di rifiutare licenze. Il diritto di negare la concessione di licenze rientra pertanto nell'oggetto specifico del diritto d'autore. Ciò è confermato dalla sentenza della Corte 5 ottobre 1988, Volvo/Veng²⁹, che riguardava modelli brevettati. La Corte ha dichiarato in quella sentenza che:

25 — Causa 158/86 (Racc. pag. 2605, punto 13). V. altresì la sentenza della Corte 24 gennaio 1989, causa 341/87, EMI Electrola (Racc. pag. 79, punto 7).

26 — Riguarda unicamente l'originale danese.

27 — Riguarda unicamente l'originale danese.

28 — V., in particolare, la sentenza della Corte 17 ottobre 1990, causa C-10/89, HAG GF (Racc. pag. I-3711, punto 14).

29 — Citata alla nota 23.

«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» (punto 8, il corsivo è mio).

39. Anche nelle presenti cause è pacifico che l'esercizio del diritto esclusivo di riproduzione dell'opera mediante diniego della concessione di licenze non costituisce *di per sé* abuso di posizione dominante. La Commissione dichiara di condividere questa tesi.

40. La questione centrale e fondamentale è se, e a quali condizioni, un diniego di licenze — cioè l'esercizio di una prerogativa inerente all'oggetto specifico del diritto d'autore — possa, nonostante ciò, costituire un abuso di posizione dominante. Si tratta di stabilire se in relazione al diniego di licenze vi possano essere *circostanze particolari* da non poter più ritenere che si tratti di un *vero e proprio diniego di licenza*. Se l'art. 86 può essere applicato quando un'impresa dominante *si è limitata a negare licenze* ma in presenza di circostanze particolari, solo la concessione di licenze potrebbe porre fine all'infrazione all'art. 86. L'obbligo di concedere licenze costituisce, come ha dichiarato la Corte nella sentenza Volvo/Veng, *pregiudizio delle*

prerogative inerenti all'oggetto specifico. Il titolare del diritto d'autore non può più riservarsi il diritto esclusivo di riproduzione dell'opera tutelata, ma deve limitarsi ad esigere il pagamento dei diritti d'autore.

41. La RTE e la ITP, sostenute dalla IPO, affermano di *essersi limitate a negare la concessione di licenze* e che siffatto esercizio di prerogative inerenti all'oggetto specifico del diritto d'autore non può mai essere pregiudicato dall'art. 86.

42. La Commissione sostiene che l'esercizio di prerogative inerenti all'oggetto specifico del diritto d'autore può essere in contrasto con l'art. 86 qualora tale esercizio avvenga in presenza di circostanze particolari. La Commissione sottolinea che l'oggetto specifico del diritto d'autore non è intangibile e non le può essere precluso un intervento nei confronti di un abuso di posizione dominante solo perché lo strumento dell'abuso è un diritto su un bene immateriale.

43. La Commissione assume che, sebbene sia ovvio basarsi sulla giurisprudenza della Corte in materia di artt. 30 e 36, quest'ultima non è determinante per una pronuncia in materia di art. 86, in quanto occorre tener presente che tali articoli hanno funzioni e scopi diversi. Sebbene la normativa nazionale su cui sono fondati i diritti sui beni immateriali di cui trattasi sia compatibile con l'art. 36, ciò non esclude la possibilità di

applicare l'art. 86 all'esercizio di tale diritti. Gli artt. 30 e 36 sono rivolti agli Stati membri e consentono di stabilire se le normative nazionali limitino la circolazione delle merci. L'art. 86 è rivolto ad imprese in posizione dominante il cui comportamento commerciale è soggetto ad una disciplina più rigorosa di quelle delle altre imprese. Le analisi e i criteri da applicare non sono quindi gli stessi nel caso degli artt. 30 e 36 e in quello dell'art. 86. Un'analisi effettuata ex artt. 30 e 36 è generica e vale per tutti i casi soggetti alla normativa di cui è causa, mentre un'analisi ex art. 86 riguarda solo un caso ben specifico e tiene conto di tutte le circostanze ad esso inerenti.

44. Dalla giurisprudenza della Corte risulta, come ho osservato nella sezione a), che il punto di partenza è lo stesso per una pronuncia sull'esercizio dei diritti su beni immateriali alla luce degli artt. 30 e 36 del Trattato e alla luce dell'art. 86 del Trattato, cioè che è possibile stabilire una serie di prerogative centrali riconosciute dal diritto nazionale al titolare di un determinato diritto su un bene immateriale ed il cui esercizio non è pregiudicato dalle norme del Trattato in materia di libera circolazione delle merci e di concorrenza non falsata. La questione è se questo punto di partenza debba essere precisato nel senso che un esercizio di tali prerogative in presenza di circostanze particolari possa essere in contrasto con le norme del Trattato.

45. Poiché la nozione di oggetto specifico è appunto volta a definire le prerogative che non possono essere pregiudicate dalle norme

del Trattato, è ovvio che sorgano immediatamente problemi per ammettere la possibilità di pregiudicare, in forza dell'art. 86, prerogative inerenti all'oggetto specifico del diritto.

46. Questa reazione sembra però risultare anzitutto da una concezione non corretta dell'applicazione, da parte della Corte, della nozione di oggetto specifico nella giurisprudenza in materia di artt. 30 e 36. Non è esatto che una definizione fornita dalla Corte relativamente all'oggetto specifico sia assoluta nel senso che qualunque esercizio di prerogative inerenti all'oggetto specifico diventi poi intangibile in forza dell'art. 30. La giurisprudenza della Corte dimostra in primo luogo che può essere necessario stabilire se talune prerogative — nuove, con la conseguenza che non è certo se rientrino nella definizione di oggetto specifico quale individuata dalla Corte — debbano o no essere considerate rientranti in tale definizione³⁰. Dalla giurisprudenza della Corte risulta poi — e questo è l'aspetto più importante nel presente contesto — che può essere necessario stabilire se una prerogativa inerente in linea di principio all'oggetto specifico del diritto sia esercitata in circostanze particolari atte a far sì che il detto esercizio dia luogo ad ostacoli inaccettabili per la libera circolazione delle merci e non possa pertanto essere considerato inerente all'oggetto specifico del diritto su un bene immateriale.

47. Dalla giurisprudenza della Corte in materia di artt. 30 e 36 si ricava quindi che è

30 — V. sentenza 17 maggio 1988, causa 158/86, Warner Brothers (Racc. pag. 2605).

possibile ed eventualmente necessario precisare se una prerogativa rientri nell'oggetto specifico di un diritto anche quando viene esercitata in determinate circostanze particolari. La Corte ha più volte dimostrato che poteva essere necessario valutare se occorresse negare la tutela ad un comportamento — l'esercizio di una prerogativa inerente all'oggetto specifico — perché occorreva considerarlo esercizio abusivo di una prerogativa in quanto atto a produrre una compartimentazione artificiale del mercato comune.

48. In taluni casi la Corte ha impostato le sue sentenze in modo da far sì che questa precisazione apparisse come una vera e propria eccezione — come un *pregiudizio* — *ad una prerogativa inerente all'oggetto specifico* del diritto sul bene immateriale di cui trattavasi. Ma la Corte tratta di solito queste situazioni come se si trattasse di *precisare se una prerogativa rientri nell'oggetto specifico, anche quando viene esercitata in determinate circostanze*.

49. Un esempio di sentenza impostata in tal senso è la sentenza 23 maggio 1978, Hoffmann-La Roche/Centrafarm³¹, in cui la Corte ha dichiarato che la funzione essenziale del marchio è di garantire al consumatore la provenienza del prodotto e che la facoltà di opporsi a qualsiasi uso del marchio tale da falsare la garanzia di provenienza rientra pertanto nell'oggetto specifico del diritto al marchio (punto 7). La Corte prosegue rilevando che è pertanto giustificato, in base all'art. 36, prima frase, riconoscere al titolare il diritto di opporsi a che l'importa-

tore di un prodotto di marca, dopo aver riconfezionato la merce, apponga il marchio, senza autorizzazione del titolare, su un nuovo imballaggio (punto 8). Siffatto esercizio di prerogative inerenti all'oggetto specifico può però costituire una restrizione dissimulata al commercio in contrasto con l'art. 36, seconda frase, qualora sia accertato che l'uso del diritto di marchio da parte del titolare, tenuto conto del sistema di distribuzione da esso utilizzato, come, ad esempio, quando un prodotto identico è posto sul mercato in diversi Stati membri con confezioni diverse, contribuisce ad isolare artificiosamente i mercati degli Stati membri (punti 9 e 10). Pertanto, e purché la garanzia di provenienza in quanto funzione essenziale del marchio venga salvaguardata, poiché il riconfezionamento non ha alterato lo stato originario del prodotto, sarebbe incompatibile con l'art. 36 che il titolare si avvalga del proprio diritto di opporsi all'importazione di prodotti riconfezionati (punti 10-12)³².

50. I motivi per cui, in presenza di circostanze particolari, può essere necessario stabilire la portata dell'oggetto specifico di un diritto su di un bene immateriale sono stati chiaramente illustrati dalla Corte nella sentenza 14 settembre 1982, Keurkoop/Nancy Kean Gifts³³. In quella sentenza la Corte ha anzitutto osservato che «la salvaguardia della proprietà industriale e commerciale stabilita dall'art. 36 non avrebbe senso se venisse consentito ad una persona diversa dal titolare

32 — V. la corrispondente sentenza della Corte 10 ottobre 1978, causa 3/78, Centrafarm/American Home Products (Racc. pag. 1823).

33 — Causa 144/81 (Racc. pag. 2853). Per quanto riguarda altre sentenze in cui ciò è stato il problema centrale, vedi le sentenze citate in prosieguo nella sezione d), sottosezione cc).

31 — Citata alla nota 21.

del diritto al modello in uno Stato membro di distribuirvi un prodotto di aspetto identico al modello tutelato» (punto 22). Ricordando che ostacoli alla libera circolazione delle merci debbono essere giustificati da esigenze di tutela dei diritti sui beni immateriali e soprattutto non devono costituire una restrizione dissimulata agli scambi (v. art. 86, seconda frase), la Corte ha poi dichiarato:

titolare di un diritto su di un bene immateriale non poteva avvalersi dei diritti attribuitigli dalla normativa di uno Stato membro per opporsi alle importazioni o alla messa in commercio di un prodotto legittimamente posto in commercio in un altro Stato membro da lui stesso, con il suo consenso o da persona a lui legata da vincoli di dipendenza giuridica o economica (principio dell'esaurimento)³⁵.

«L'art. 36 intende così sottolineare che il contemperamento delle esigenze della libera circolazione delle merci con il rispetto dovuto ai diritti di proprietà industriale e commerciale va realizzato in modo da tutelare il *legittimo esercizio*, connesso ai divieti d'importazione "giustificati" ai sensi del suddetto articolo, dei diritti attribuiti dagli ordinamenti nazionali, rifiutando, invece, la tutela ad ogni *abuso* di tali diritti, atto a conservare o a creare artificiali suddivisioni nell'ambito del mercato comune³⁴. L'esercizio dei diritti di proprietà industriale e commerciale attribuiti dall'ordinamento nazionale va quindi limitato nella misura necessaria a tale contemperamento». (punto 24, il corsivo è mio).

51. Se dalla giurisprudenza della Corte in materia di artt. 30 e 36 risulta che la definizione di oggetto specifico non è assoluta, nel senso che qualunque esercizio di prerogative inerenti all'oggetto specifico è intangibile rispetto all'art. 30, è ovvio ritenere che anche l'art. 86 possa pregiudicare prerogative che

Per tale motivo, e in riferimento ad una giurisprudenza consolidata, la Corte ha precisato la sua motivazione dichiarando che il

35 — Come risulta da questi due esempi, in siffatte sentenze la Corte si fonda sull'art. 86, seconda frase, del Trattato, ai sensi del quale gli ostacoli agli scambi, giustificati per altri motivi, non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria né una restrizione dissimulata al commercio tra Stati membri. Forse per questo motivo la giurisprudenza della Corte è talvolta — a mio avviso non sempre opportunamente — sintetizzata nel senso che l'esercizio di una prerogativa inerente all'oggetto specifico può essere incompatibile con gli artt. 30 e 36 in caso di *abuso* di tale prerogativa. V., ad esempio, le conclusioni dell'avvocato generale Mischo del 21 giugno 1988 [causa 53/87, CICRA e a./Renault, Racc. pag. 6039, paragrafo 20, lett. c)], il quale si è richiamato alla sentenza della Corte nella causa Keurkoop dichiarando: «il titolare di un brevetto per modello, qualora faccia un *esercizio abusivo* del suo diritto di opporsi ad importazioni (diritto che, di per sé, discende dall'oggetto specifico e dal brevetto), non può beneficiare dell'eccezione al principio della libera circolazione di cui all'art. 36». V. altresì le conclusioni dell'avvocato generale Tesouro del 9 giugno 1993 (causa C-317/91, Deutsche Renault, Racc. pag. I-6227, paragrafo 8) in cui ha dichiarato: «in concreto, si evince dalla giurisprudenza che gli artt. 30 e 36 si oppongono soltanto ad un esercizio *chiaramente abusivo* dei diritti in questione» ed in cui cita il principio dell'esaurimento come l'esempio più importante di questa giurisprudenza. Nella sentenza nella causa Deutsche Renault, la Corte ha dichiarato che «la funzione della seconda frase dell'art. 36 è di impedire che le restrizioni agli scambi fondate sui motivi indicati alla prima frase non vengano *sviate dalla loro finalità* e utilizzate in modo da causare discriminazioni nei confronti di merci originarie di altri Stati membri o da proteggere indirettamente talune produzioni nazionali» (punto 19, il corsivo è mio).

34 — Nelle sentenze del Tribunale è stata citata la sentenza della Corte Keurkoop. Nella citazione indiretta di questo punto del dispositivo, il Tribunale aggiunge però — e mi pare di sua iniziativa — «o a pregiudicare il regime di concorrenza nella Comunità» (punto 67 della sentenza RTE e punto 52 della sentenza ITP).

rientrano in linea di principio nell'oggetto specifico, qualora esse siano esercitate in circostanze particolari ³⁶.

posizione dominante ³⁹. Una serie di circostanze può in altre parole essere rilevante solo qualora il diritto venga esercitato da un'impresa in posizione dominante. Ciò comporta che un determinato esercizio di prerogative che in linea di principio rientrano nell'oggetto specifico può essere incompatibile con l'art. 86 anche se lo stesso comportamento può essere accettabile ai sensi degli artt. 30 e 36.

52. Come osserva la Commissione, a questo proposito è rilevante la differenza tra ambito di applicazione dell'art. 30 e quello dell'art. 86, in quanto l'art. 30 riguarda tutte le imprese ³⁷, mentre l'art. 86 si applica solo alle imprese in posizione dominante. È incontestabile che le imprese in posizione dominante devono soddisfare, nel loro comportamento commerciale, requisiti più rigorosi di quelli imposti alle altre imprese ³⁸. Varie forme di comportamento commerciale incideranno infatti sul buon funzionamento del mercato comune solo se provenienti da imprese in

53. Analogamente occorre considerare le restrizioni, fondate sull'art. 86, all'esercizio delle prerogative delle imprese loro attribuite dalle normative nazionali in materia di diritti su beni immateriali come eccezioni — interferenze — all'oggetto specifico del bene immateriale di cui trattasi e non come una precisazione della portata dell'oggetto specifico, quale verrebbe effettuata in un'analisi ex artt. 30 e 36. Si deve confermare che la nozione di oggetto specifico in relazione alle norme del Trattato sulla libera circolazione delle merci ha lo stesso contenuto e la stessa funzione in relazione alle norme in materia di concorrenza non falsata. Le imprese in posizione non dominante continueranno legittimamente, conformemente al Trattato, a poter esercitare le prerogative di cui trattasi poiché esse rientrano nell'oggetto specifico del diritto sul bene immateriale interessato e le circostanze particolari in parola assumono rilevanza per il corretto funzionamento del

36 — Si può riflettere sull'opportunità di attribuire importanza al fatto che l'art. 86 non contiene disposizioni corrispondenti a quelle dell'art. 36, seconda frase. Se ne potrebbe dedurre che la mancanza di modifica del principio stabilito all'art. 222 del Trattato implica che contrariamente a quanto vale in forza degli artt. 30 e 36 le prerogative inerenti all'oggetto specifico sono assolutamente intangibili quando si tratta dell'applicazione dell'art. 86. Ritengo che questa tesi non sia condivisibile perché l'art. 86 costituisce di per sé una norma relativa all'abuso di prerogative. Ciò è confermato dalla giurisprudenza della Corte, come risulterà dal prosieguo dell'esposizione.

37 — È chiaro che gli artt. 30 e 36 del Trattato sono rivolti agli Stati membri e impongono requisiti per quanto riguarda il contenuto delle loro normative. Però in realtà le sentenze dal citato contenuto sono volte a vietare alle imprese abusi dei diritti loro attribuiti dalle normative nazionali, considerate peraltro compatibili con gli artt. 30 e 36 del Trattato. Le normative nazionali divengono incompatibili con gli artt. 30 e 36 del Trattato qualora consentano l'esercizio nelle circostanze particolari di cui trattasi delle prerogative inerenti in linea di principio all'oggetto specifico.

38 — V. sentenza della Corte 9 novembre 1983, causa 322/81, Michelin (Racc. pag. 3461), in cui la Corte ha dichiarato: «infatti, la constatazione 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 col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune» (punto 57).

39 — Come osservato dalla Commissione, un comportamento normale non determinato dalla posizione dominante dell'impresa interessata può cionondimeno costituire un abuso di tale posizione (v. sentenza della Corte 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione, Racc. pag. 461, e sentenza del Tribunale 10 luglio 1990, causa T-51/89, Tetra Pak/Commissione, Racc. pag. II-309, richiamate dalla Commissione). V. altresì la sentenza della Corte 21 febbraio 1973, causa 6/72, Continental Can/Commissione (Racc. pag. 215).

mercato comune solo qualora le dette prerogative vengano esercitate da un'impresa in posizione dominante ⁴⁰.

54. La possibilità di pregiudicare l'oggetto specifico di un diritto su di un bene immateriale in forza dell'art. 86 è confermata dalla giurisprudenza della Corte.

55. Nelle sentenze del Tribunale è stato fatto rinvio alle sentenze della Corte 5 ottobre 1988 nelle cause Volvo/Veng e CICRA e a./Renault ⁴¹ (punti 72 della sentenza RTE e 57 della sentenza ITP). Nelle osservazioni presentate alla Corte è stato lungamente discusso se queste sentenze potessero essere richiamate a sostegno della soluzione citata.

56. Dopo aver accertato che il diniego di concedere licenze non può costituire di per sé un abuso di posizione dominante, la Corte

ha proseguito la sua sentenza nella causa Volvo/Veng come segue:

«Va tuttavia osservato 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 (...)*» (punto 9, il corsivo è mio) ⁴².

57. Nei due primi casi, l'impresa dominante ha posto in atto altri comportamenti, oltre al diniego di licenze, che non riguardano il diritto al modello e costituiscono di per sé un abuso [v. in prosieguo la sezione f), sulla giurisprudenza della Corte in materia di rifiuto di fornitura, e l'art. 86, lett. a), sull'imposizione di prezzi non equi]. Queste situazioni sono caratterizzate dal fatto che come è stato sostenuto soprattutto dalla ITP, il titolare del diritto al modello può porre fine all'infrazione all'art. 86 senza concedere una licenza sul suo modello, poiché può nuovamente rifornire coloro cui aveva arbitrariamente negato le dette forniture e abbassare i prezzi. L'applicazione dell'art. 86 in

40 — Non è quindi opportuno concludere, come ha fatto il Tribunale nelle sue sentenze, «che i fatti contestati alla ricorrente *esulano*, alla luce dei criteri enunciati dalla giurisprudenza richiamata dalle parti, *dalla sostanza stessa del diritto d'autore*» (punto 74 della sentenza RTE e punto 59 della sentenza ITP, il corsivo è mio). L'oggetto specifico del diritto d'autore comporta il diritto incondizionato di negare la concessione di licenze e il fatto di imporre licenze obbligatorie in forza dell'art. 86 *pregiudica l'oggetto specifico*.

41 — Citate alla nota 23.

42 — V. il corrispondente punto 16 nella sentenza CICRA e a./Renault.

situazioni del genere non implica pertanto un pregiudizio dell'oggetto specifico del diritto al modello ⁴³.

58. Nella terza situazione l'impresa dominante ha anche fatto qualcosa di più del semplice diniego di licenze, ha cioè omesso di riprodurre essa stessa l'opera tutelata, ma ciò costituisce di per sé una prerogativa inerente all'oggetto specifico del diritto al modello. Il diritto esclusivo di riproduzione comporta pertanto non solo la prerogativa di negare la concessione di licenze, ma anche quella di decidere liberamente se, dove, quando e come l'opera tutelata debba essere sfruttata, in particolare allo scopo di trarne il maggior profitto possibile ⁴⁴. A prescindere dal fatto che il titolare del diritto al modello può scegliere di cessare l'infrazione all'art. 86 mediante una ripresa della produzione o la concessione di licenze, il terzo esempio nella sentenza Volvo/Veng dimostra che la Corte ha ammesso che in forza dell'art. 86 è possibile pregiudicare le prerogative inerenti all'oggetto specifico di un diritto su di un bene immateriale.

59. Nel caso di specie non è contestato che l'art. 86 può essere applicato qualora un'impresa in posizione dominante imponga *diritti*

di licenza non equi o pratici una *politica discriminatoria in materia di licenze*. Come ha sostenuto la Commissione, nella sentenza della Corte 9 aprile 1987, Basset ⁴⁵, e nella sentenza 13 luglio 1989, Tournier ⁴⁶, è stato dichiarato espressamente che qualora le società di diritti d'autore prelevino diritti non equi per la presentazione pubblica di opere musicali registrate può configurarsi un abuso di posizione dominante. La Commissione ne deduce che ciò dimostra la possibilità di pregiudicare, in forza dell'art. 86, le prerogative inerenti all'oggetto specifico.

60. La RTE e la ITP affermano in proposito che, in tali situazioni, l'impresa in posizione dominante ha fatto qualcosa di diverso e di più del semplice esercizio di prerogative inerenti all'oggetto specifico e che ne deriva che l'applicazione dell'art. 86 non pregiudica l'oggetto specifico del diritto d'autore. È difficile stabilire come questo qualcosa in più sia diverso dalle situazioni in cui l'esercizio di prerogative inerenti all'oggetto specifico si è svolto in circostanze particolari. Ad ogni modo nelle circostanze citate non vi è stato un comportamento abusivo autonomo, che sia indipendente dall'esercizio del diritto su beni immateriali di cui trattasi, come si è verificato nei due primi esempi della causa Volvo/Veng.

61. A mio parere, diritti di licenza non equi e una politica discriminatoria in materia di licenze costituiscono in realtà, come ha illustrato la Commissione, esempi da cui risulta

⁴³ — La Commissione sostiene che il secondo esempio dimostra la possibilità di pregiudicare l'oggetto specifico. La Commissione equipara in tal modo la determinazione di prezzi ad un livello non equo per i prodotti fabbricati grazie ad un diritto di modello all'imposizione di diritti eccessivi. Non ritengo che queste due situazioni possano essere equiparate. Nel primo caso, l'infrazione all'art. 86 è indipendente dal fatto che si tratti di prodotti tutelati da un modello. Solo nel secondo caso l'applicazione dell'art. 86 implica un pregiudizio dell'oggetto specifico (v. in prosieguo).

⁴⁴ — V. in proposito la sentenza della Corte 9 luglio 1985, causa 19/84, Pharmon/Hoechst (Racc. pag. 2281, punto 25).

⁴⁵ — Causa 402/85 (Racc. pag. 1747).

⁴⁶ — Causa 395/87 (Racc. pag. 2521).

che sull'art. 86 possono essere fondate violazioni delle prerogative inerenti all'oggetto specifico, qualora esse siano esercitate in circostanze particolari. L'impresa in posizione dominante non ha fatto altro o più dell'esercizio delle prerogative inerenti all'oggetto specifico, cioè esigere diritti di licenza⁴⁷ e negare la concessione di licenze. Tuttavia queste prerogative sono state esercitate in circostanze particolari, poiché l'impresa ha imposto diritti notevolmente maggiori rispetto a quelli richiesti in altri Stati membri, ovvero ha negato licenze mentre le concedeva in realtà ad altri. L'applicazione dell'art. 86 in queste due situazioni implicherebbe un pregiudizio delle prerogative inerenti all'oggetto specifico in quanto la possibilità per il titolare di stabilire liberamente la propria remunerazione è limitata ed in quanto viene imposto al titolare di concedere licenze alla vittima della discriminazione. Non occorre definire in cosa consista il fatto di esigere diritti di licenza non equi o una politica discriminatoria in fatto di licenze, come comportamenti di norma estranei all'oggetto specifico del diritto d'autore e che potrebbero quindi in potenza essere incompatibili con gli artt. 30 e 36, perché siffatti comportamenti non altererebbero il corretto funzionamento del mercato comune qualora provenissero da imprese che non si trovano in una situazione dominante ed ope-

rano per il resto in condizioni di mercato abituali (v. art. 85)⁴⁸.

62. Ne discende che pronunciandosi in forza dell'art. 86, nonché degli artt. 30 e 36 la Corte deve continuare a precisare se prerogative che rientrano nell'oggetto specifico vengono esercitate in circostanze particolari atte a creare ostacoli inaccettabili per una concorrenza non falsata o per la libera circolazione delle merci.

63. La questione rilevante nel caso di specie consiste ovviamente nell'accertare siffatte circostanze particolari. Mi pronuncerò in proposito nell'ambito dell'analisi delle sentenze del Tribunale.

47 — V. in proposito le sentenze della Corte 18 marzo 1980, causa 62/79, Coditel (Racc. pag. 881, punto 14), e 6 ottobre 1982, causa 262/81, Coditel II (Racc. pag. 3381, punto 12), in cui la Corte ha dichiarato che la possibilità del titolare del diritto d'autore su di un film di esigere la remunerazione di rappresentazioni pubbliche fa parte della funzione essenziale del diritto d'autore per quanto riguarda questo tipo di opere letterarie ed artistiche. L'uso della nozione di funzione essenziale in tale ambito non è a mio parere corretto. Si tratta di determinare quali siano le prerogative legittimamente spettanti al titolare di un diritto d'autore, cioè di definire l'oggetto specifico del diritto d'autore. La funzione essenziale del diritto d'autore consiste nella remunerazione dello sforzo creativo del titolare. Per la definizione e l'applicazione di tale nozione vedi in prosieguo alla sezione d).

48 — V. in proposito il punto 14 della sentenza Tournier in cui la Corte ha dichiarato: «quanto al carattere abusivo o discriminatorio dell'aliquota del compenso, quest'ultima, fissata in maniera autonoma dalla SACEM, va valutata alla luce delle regole di concorrenza degli artt. 85 e 86. L'aliquota del compenso non entra in gioco al fine di esaminare la compatibilità della normativa nazionale di cui trattasi con gli artt. 30 e 59 del Trattato». V. altresì i punti 18 e 19 della sentenza Basset. V. infine, come ulteriore conferma di questa soluzione, la sentenza della Corte 25 maggio 1978, causa 102/77, Hoffmann-La Roche (Racc. pag. 1139, punto 16), e la giurisprudenza della Corte in materia di art. 85, in particolare la sentenza 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, Consten e Grunding (Racc. pag. 458, in particolare pag. 523), in cui la Corte ha dichiarato: «l'art. 36, il quale limita la portata delle norme relative alla liberalizzazione degli scambi contenute nel titolo I, capitolo 2, del Trattato non può restringere l'ambito di applicazione dell'art. 85», nonché le sentenze 29 febbraio 1968, causa 24/67, Parke Davis (Racc. pag. 76), e 6 ottobre 1982, causa 262/81, Coditel II (Racc. pag. 3381, punti 19 e 20).

d) *La motivazione sviluppata dal Tribunale per giustificare la possibilità di pregiudicare l'oggetto specifico del diritto d'autore: la funzione essenziale del diritto d'autore*

64. Il Tribunale si è espresso nel modo seguente per quanto riguarda la possibilità di pregiudicare l'oggetto specifico del diritto d'autore:

«Cionondimeno, se è certo che l'esercizio del diritto esclusivo di riproduzione dell'opera tutelata non prospetta, in sé, gli elementi di un abuso, quest'ultimo si profila invece allorché, alla luce delle peculiari circostanze di ogni caso concreto, risulta che le condizioni e le modalità d'esercizio del diritto esclusivo di riproduzione perseguono in realtà uno scopo manifestamente contrario agli obiettivi dell'art. 86. In siffatta ipotesi, infatti, l'esercizio del diritto d'autore non risponde più alla funzione essenziale di questo diritto, consistente, ai sensi dell'art. 36, nell'assicurare la tutela del diritto morale d'autore e la remunerazione dello sforzo creativo, nel rispetto delle finalità perseguite, in particolare, dall'art. 86 (...). In questo caso, il diritto comunitario e in specie i suoi principi fondamentali, come quelli della libera circolazione delle merci e della libera concorrenza, prevalgono sull'uso, non conforme a questi principi, di una norma nazionale in materia di proprietà intellettuale» (punto 71 della sentenza RTE e punto 56 della sentenza ITP).

65. Il Tribunale giunge in tal modo alla soluzione teoricamente corretta. Ma la formulazione della motivazione solleva problemi su diversi punti.

aa) *Comportamento che persegue uno scopo manifestamente incompatibile con le finalità dell'art. 86*

66. Il Tribunale dichiara che l'esercizio del diritto esclusivo di riproduzione costituisce un abuso allorché, *alla luce delle peculiari circostanze di ogni caso concreto, risulta che le condizioni e le modalità di esercizio di tale diritto perseguono in realtà uno scopo manifestamente contrario agli obiettivi dell'art. 86.*

67. A mio parere il Tribunale sembra ritenere a torto che l'esercizio di un diritto d'autore costituisca un abuso di posizione dominante qualora possa essere accertato che esso è manifestamente volto a limitare la concorrenza. Lo scopo del diritto d'autore è appunto, come ha sottolineato soprattutto la ITP, di conferire al titolare la facoltà di limitare la concorrenza, e tale facoltà deve spettare anche ad un'impresa in posizione dominante. La premessa del Tribunale sembra essere che la finalità perseguita dall'art. 86 sia preponderante rispetto a quella perseguita dal diritto d'autore. Dalla mia analisi della giurisprudenza della Corte risulta che occorre invece partire dalla premessa opposta.

68. Ciò non significa ovviamente che la questione della finalità perseguita dal comportamento di cui trattasi sia irrilevante per l'applicazione dell'art. 86. Non è infatti sufficiente accertare un comportamento limitativo della concorrenza ai sensi dell'art. 86 qualora una prerogativa inerente all'oggetto specifico di un diritto venga esercitata in condizioni particolari. Occorre eventualmente accertare altresì se l'esercizio della prerogativa nelle circostanze in parola sia concretamente giustificabile o se il detto esercizio persegua unicamente uno scopo manifestamente incompatibile con l'art. 86 [v., in prosieguo, sezione i)].

bb) *Sulla definizione della funzione essenziale del diritto d'autore*

69. Il Tribunale ha dichiarato che *la funzione essenziale del diritto d'autore consiste nel garantire la tutela morale dell'opera e il compenso dello sforzo creativo nel rispetto delle finalità perseguite in particolare dall'art. 86.*

70. Il Tribunale sembra inserire in tal modo le finalità perseguite dall'art. 86 in una definizione della funzione essenziale del diritto d'autore. Ciò non può essere corretto. La funzione di nozione essenziale è una nozione di diritto comunitario, ma trova il suo fondamento nelle normative nazionali in tema di diritto d'autore. Essa esprime l'interpretazione della Corte relativamente allo scopo essenziale perseguito dalle leggi nazionali in

materia ed è utilizzata, come chiarito in prosieguo, fra l'altro per individuare il momento in cui, in forza dell'art. 86, è possibile pregiudicare prerogative inerenti all'oggetto specifico del diritto d'autore. Non è pertanto logico far rientrare le finalità delle norme sulla concorrenza nella determinazione della funzione essenziale del diritto d'autore.

71. Il Tribunale ha invece correttamente dichiarato che la funzione essenziale del diritto d'autore consiste nel garantire a quest'ultimo la tutela morale della sua opera e il compenso per il suo sforzo creativo. Per quanto riguarda *il compenso dello sforzo creativo*, ciò è confermato, come ha citato il Tribunale, dalla giurisprudenza della Corte ⁴⁹.

72. La ITP ha sostenuto che una definizione della funzione essenziale del diritto d'autore che comprenda *la tutela del diritto morale* implica che i concessionari dell'autore, come la ITP, non possono avvalersi di siffatto diritto morale, che è inalienabile, e non possono pertanto esercitare il diritto esclusivo di riproduzione. Nel corso della fase orale del procedimento la ITP ha però precisato la sua tesi, nel senso di ammettere che il diritto d'autore è volto a tutelare un diritto morale, purché non vengano pregiudicati gli interessi

49 — Punto 71 della sentenza RTE e punto 56 della sentenza ITP. Il Tribunale ha citato soprattutto la giurisprudenza della Corte in materia di brevetti, ma non v'è motivo per concepire in modo diverso il diritto d'autore su questo punto. V. anche le sentenze citate alla nota 47.

economici e commerciali connessi al diritto d'autore, che sono del resto gli unici che interessano un concessionario come la ITP.

definizione della nozione di funzione essenziale [v., supra, lett. b)] tale definizione non sembra essere contestata nel caso di specie.

73. È indubbio che il diritto d'autore comporta diritti economici e commerciali. Non è ovviamente contraddittorio rilevare che il diritto d'autore comporta altresì un diritto morale e che la tutela di quest'ultimo costituisce una parte del diritto d'autore così importante da farla necessariamente rientrare nella definizione della funzione essenziale del diritto d'autore. La tutela morale dell'opera è garantita dalle normative nazionali, sebbene il contenuto della tutela possa variare da un paese all'altro. Si tratterà di norma di una tutela del diritto dell'autore di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi a qualsiasi modificazione a danno dell'opera stessa. Di solito questa parte del diritto d'autore è inalienabile⁵⁰. Questa caratteristica del diritto d'autore non inficia affatto la facoltà della ITP di esercitare i diritti economici e commerciali cedute⁵¹.

75. La ITP, la RTE e la IPO criticano invece l'uso della nozione di funzione essenziale fatto dal Tribunale. Esse affermano che applicando questa nozione il Tribunale ha ridotto le prerogative del titolare di un diritto d'autore al diritto di sfruttamento mediante licenze dell'opera tutelata.

cc) *Sull'uso della nozione di funzione essenziale*

74. Non avendo il Tribunale modificato la definizione di oggetto specifico con la sua

76. Il Tribunale ha dichiarato che *nel caso in cui l'esercizio del diritto d'autore non risponda più alla funzione essenziale di questo diritto, il diritto comunitario prevale sull'uso, non conforme ai principi della libera circolazione delle merci e della libera concorrenza, delle norme nazionali in materia di proprietà intellettuale.*

50 — V. l'art. 6a, n. 1, della Convenzione di Berna, che definisce il contenuto della tutela morale nel modo seguente: «Indipendentemente dai diritti patrimoniali d'autore, ed anche dopo la cessione dei diritti stessi, l'autore conserva il diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione o altra modificazione ed ogni atto a danno dell'opera stessa, che possano essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione». V. altresì, per quanto riguarda il diritto morale, il libro verde della Commissione sul diritto d'autore e le sfide tecnologiche, COM (88) 172, ed. def. del 21.2.1989, punto 5.6.27.

51 — V. in proposito la sentenza della Corte 20 gennaio 1981, cause riunite 55/80 e 57/80, Musik-Vertrieb Membran/GEMA (Racc. pag. 147, punto 12).

77. Questa soluzione è in linea di principio corretta. Occorre però precisare in qual modo la nozione di funzione essenziale rilevi per la pronuncia alla luce dell'art. 86.

78. In precedenza ho ritenuto di poter postulare che l'art. 86, al pari degli artt. 30 e 36, possa essere applicato qualora prerogative inerenti all'oggetto specifico vengano esercitate in circostanze particolari. Come ho osservato, la questione importante è stabilire come la Corte accerti la sussistenza di siffatte circostanze particolari. In tale contesto si esplica la rilevanza della nozione di funzione essenziale.

79. La determinazione delle prerogative inerenti all'oggetto specifico è fondata sul temperamento della tutela del diritto sul bene immateriale interessato con la libera circolazione delle merci o la concorrenza non falsata. Per accertare l'esistenza di circostanze particolari atte a far sì che l'esercizio di prerogative inerenti all'oggetto specifico debba comunque essere considerato incompatibile con le norme del Trattato, occorre effettuare un nuovo temperamento dei detti interessi. La nozione di funzione essenziale è una *nozione ausiliaria*, che consente alla Corte di procedere a tali temperamenti. La definizione della funzione essenziale del diritto è intesa a determinare gli interessi che vanno temperati con gli opposti interessi della libera circolazione delle merci o della libera concorrenza.

80. Il fatto che si tratti di un temperamento non implica che si debba tener conto delle due categorie di interessi nello stesso modo. Il risultato sarà sempre a favore dei diritti sui beni immateriali. Il Trattato si fonda espressamente sul principio che i

diritti sui beni immateriali possono essere esercitati anche se ciò implica ostacoli agli scambi o restrizioni della concorrenza. Se pertanto è necessaria una determinata forma di esercizio di un diritto su di un bene immateriale affinché esso possa assolvere la sua funzione essenziale, il detto esercizio non è però pregiudicato dalle norme del Trattato. Solo se una forma di esercizio del diritto non è necessaria per espletare la sua funzione essenziale, l'interesse del titolare al detto esercizio è subordinato all'interesse alla libera circolazione delle merci o a quello alla libera concorrenza.

81. Tuttavia, la questione di ciò che è *necessario affinché* la funzione essenziale del diritto sull'opera dell'ingegno possa espletarsi non è una nozione assoluta bensì relativa.

82. Contrariamente a quanto sembrano temere la RTE, la ITP e la IPO, un pregiudizio del diritto di negare licenze non è giustificato solo perché si può rilevare che il titolare del diritto d'autore potrebbe esigere diritti per le licenze e ottenere quindi un compenso per il suo sforzo creativo.

La premessa del temperamento effettuato dalla Corte è anzi proprio fondata sul fatto che le prerogative inerenti all'oggetto specifico vengono considerate necessarie perché il diritto sul bene immateriale di cui trattasi possa svolgere la propria funzione essenziale. Il diritto esclusivo di riproduzione dell'opera e, quindi, il diritto di negare licenze è una premessa necessaria per garantire al titolare

del diritto d'autore una remunerazione sufficiente del suo sforzo creativo.

protezione morale dell'opera stipulando clausole in tal senso nel contratto di licenza ⁵².

83. La presenza di determinate circostanze può però significare che l'interesse del titolare del diritto d'autore è meno importante, ovvero che l'interesse alla libera concorrenza è più rilevante del solito. In una situazione del genere è possibile che dal temperamento ex art. 86 risulti che la possibilità di esigere diritti di licenza è ritenuta sufficiente per garantire al titolare il compenso del suo sforzo creativo, in quanto la prerogativa di negare licenze non può in tali circostanze essere considerata necessaria per l'espletamento della funzione essenziale del diritto.

85. La giurisprudenza della Corte in materia di artt. 30 e 36 conferma che alla nozione di funzione essenziale va attribuito il significato illustrato ⁵³.

La Corte stabilisce le prerogative che rientrano nell'oggetto specifico valutando quanto è necessario per espletare la funzione essenziale del diritto sul bene immateriale di cui trattasi ⁵⁴.

84. Ne risulta contestualmente che la nozione di funzione essenziale pone un *limite assoluto* al tipo di pregiudizio delle prerogative inerenti all'oggetto specifico consentito dall'art. 86. Esse non possono essere pregiudicate in modo tale da impedire all'autore di ottenere una remunerazione del suo sforzo creativo o da non poter più garantire la protezione morale fondata sulla normativa nazionale.

La presenza di determinate circostanze può però implicare che l'interesse del titolare del

L'obbligo di concedere licenze non costituisce un superamento di tale limite, poiché è possibile imporre diritti di licenza e non è possibile vietare all'autore di opporsi ad un uso illegale o pregiudizievole dell'opera tutelata da parte del licenziatario, e l'autore deve comunque avere la possibilità di fruire della

52 — Osservo a questo proposito che la protezione del rapporto morale e speciale fra l'autore e la sua opera deve comportare il diritto del titolare di opporsi comunque alla pubblicazione dell'opera. Il fatto di ritenere che nella funzione essenziale rientri la protezione morale dell'opera implica pertanto che l'art. 86 non potrà consentire di imporre ad un'impresa la concessione di licenze in situazioni in cui l'autore non desidera che la sua opera venga pubblicata. Questo aspetto non è rilevante nel caso di specie, poiché la RTE e la ITP effettuano esse stesse la pubblicazione ed hanno concesso tutta una serie di licenze per la pubblicazione parziale dell'opera.

53 — Si vedrà però che in talune sentenze la Corte si limita ad indicare gli interessi che costituiscono la funzione essenziale del diritto sul bene immateriale interessato, senza utilizzare espressamente questa nozione.

54 — V. sentenze della Corte 17 ottobre 1990, causa C-10/89, HAG GF (Racc. pag. I-3711, punto 14), 17 maggio 1988, causa 158/86, Warner Brothers (Racc. pag. 2605, punto 15), 9 luglio 1985, causa 19/84, Pharmon/Hoechst (Racc. pag. 2281, punto 26), 3 dicembre 1981, causa 1/81, Pfizer (Racc. pag. 2913, punti 7, 8 e 9), 14 luglio 1981, causa 187/80, Merck/Stephar (Racc. pag. 2063, punto 10), 10 ottobre 1978, causa 3/78, Centrafarm American Home Products (Racc. pag. 1823, punto 11), e 23 maggio 1978, causa 102/77, Hoffmann-La Roche/Centrafarm (Racc. pag. 1139, punto 7). Quest'ultima sentenza è analizzata in modo più particolareggiato al seguente paragrafo 49.

diritto è subordinato o che l'interesse alla libera circolazione delle merci è più rilevante del solito e che il temperamento può quindi condurre ad accertare che un esercizio del diritto in siffatte circostanze è ritenuto incompatibile con le norme del Trattato. Come ciò è stato descritto in precedenza nella sezione c), siffatto esercizio viene in generale definito, nell'ambito di una pronuncia alla luce degli artt. 30 e 36, come un comportamento che non rientra nell'oggetto specifico⁵⁵. Da sentenze di questo tipo si ricava che la Corte ha ritenuto che l'esercizio di prerogative inerenti in linea di principio all'oggetto specifico di un diritto su di un bene immateriale non era necessario, in quelle circostanze, affinché il detto diritto espletasse la sua funzione essenziale.

La Corte deve però altresì rilevare in diversi casi che l'esercizio di prerogative inerenti all'oggetto specifico, anche in determinate circostanze, va considerato necessario affinché il diritto sul bene immateriale di cui trattasi svolga la sua funzione essenziale⁵⁶.

86. È stato necessario dimostrare sin qui che in linea di principio non è esclusa la possibi-

lità di pregiudicare, in forza dell'art. 86, una prerogativa che ai sensi della giurisprudenza della Corte rientra nell'oggetto specifico nel diritto d'autore e in tale contesto porre in rilievo l'importanza della nozione di funzione essenziale del diritto d'autore.

Vi è insito un rischio, cioè che se ne possa dedurre che la nozione di oggetto specifico è stata talmente relativizzata da non aver un significato reale. Un'opinione del genere sarebbe infondata. Il contenuto dell'oggetto specifico del diritto d'autore, una volta individuato, costituisce sempre la premessa delle riflessioni della Corte ed è assodato che occorre dedurre motivi solidi e comprovati per dimostrare che le prerogative inerenti all'oggetto specifico del diritto d'autore vengono esercitate in contrasto con le norme del Trattato.

87. Per quanto riguarda in particolare il diritto di negare licenze, si è visto che l'obbligo di concedere licenze *pregiudica seriamente* il diritto d'autore in quanto lo riduce ad un diritto ad una remunerazione economica. Occorrono pertanto *considerazioni relative alla concorrenza particolarmente solide e comprovate* per poter ritenere che il diritto di negare licenze sia stato esercitato in circostanze che implicano che il detto esercizio non può essere considerato necessario affinché il diritto d'autore possa svolgere la sua funzione essenziale.

55 — V. punto 15 della sentenza HAG GF, punto 23 della sentenza Pharmon/Hoechst, punti 10 e 11 della sentenza Pfizer, punti 11 e 13 della sentenza Merck/Stephar, punti 19-23 della sentenza Centrafarm American Home Products, punto 9 della sentenza Hoffmann-La Roche/Centrafarm, nonché le sentenze della Corte 3 marzo 1988, causa 434/85, Allen & Hanburys/Generics (Racc. pag. 1245, punti 14-23), 20 gennaio 1981, cause riunite 55/80 e 57/80, Musik-Vertrieb Membran/GEMA (Racc. pag. 147, punti 14-18), e 20 giugno 1976, causa 119/75, Terrapin/Terranova (Racc. pag. 1039, punto 6).

56 — V., ad esempio, punto 16 nella sentenza HAG GF, punto 18 nella sentenza Warner Brothers, punti 25 e 26 nella sentenza Pharmon/Hoechst, punti 12-18 nella sentenza Centrafarm American Home Products, punti 10, 11 e 12 nella sentenza Hoffmann-La Roche e punto 7 nella sentenza Terrapin/Terranova.

88. Nelle sezioni seguenti vedrò di accertare se le circostanze considerate dal Tribunale come circostanze particolari che possono giustificare l'applicazione dell'art. 86 rispondano a questo requisito.

e) *L'arrivo di un nuovo prodotto per cui esiste una rilevante domanda potenziale da parte del consumatore*

89. Nelle sue sentenze il Tribunale ha rilevato come la RTE, e del pari la ITP, «riservandosi il diritto esclusivo di pubblicazione dei palinsesti televisivi settimanali, ostacolasse l'ingresso nel mercato di un prodotto nuovo, vale a dire una guida televisiva completa, in grado di fare concorrenza alla propria rivista» e «per il quale esiste una domanda potenziale da parte dei consumatori» (punto 73 della sentenza RTE e punto 58 della sentenza ITP).

90. Per l'applicazione dell'art. 86 nelle presenti cause è stato chiaramente decisivo il fatto che la RTE e la ITP abbiano impedito, con il loro comportamento, la comparsa di un *nuovo prodotto*. Nessuno dubita che la RTE e la ITP avessero il diritto di esercitare il loro diritto d'autore onde impedire la pubblicazione di guide di programmi televisivi analoghe alle loro. La Commissione ha precisato nella decisione che vi era infrazione all'art. 86 in quanto la politica e la pratica delle società impedivano la pubblicazione di

una guida televisiva generale, e occorre quindi interpretare la decisione nel senso che l'obbligo imposto alle società di concedere licenze sui loro palinsesti di programmi si applica solo limitatamente al fatto che i detti palinsesti siano usati per la produzione di guide televisive settimanali generali ⁵⁷.

91. La considerazione dell'interesse del consumatore all'introduzione di un nuovo prodotto sul mercato è indubbiamente irrilevante per accertare se vi sia un comportamento che restringe la concorrenza ai sensi dell'art. 86. Come ha sottolineato la Commissione, l'art. 86, lett. b), dispone che un abuso di posizione dominante può soprattutto consistere nel «limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori» ⁵⁸.

92. Possono pertanto esservi, prima facie, buoni motivi per ritenere che esista una circostanza particolare atta a consentire la qualificazione dell'esercizio di prerogative inerenti all'oggetto specifico del diritto come un abuso, qualora il detto esercizio sia volto ad impedire l'emergere sul mercato di un nuovo prodotto. Da una riflessione più approfondita si ricava però che siffatta soluzione è

57 — Nella decisione della Commissione è stato profuso un grande impegno nel dimostrare che la situazione negli altri Stati membri e l'esperienza, sebbene limitata, della pubblicazione della *Magill TV Guide* avevano provato che sul mercato vi era una notevole domanda potenziale di guide televisive generali. Nell'ambito delle cause dinanzi al Tribunale le ricorrenti hanno contestato che la Commissione avesse provato questo aspetto della questione (punti 37 della sentenza RTE e 22 della sentenza ITP). A mio parere gli elementi dedotti dalla Commissione documentano in modo sufficiente l'esistenza di tale domanda potenziale.

58 — La Commissione ha rinviato su questo punto alla sentenza del Tribunale 10 luglio 1990, causa T-51/89, Tetra Pak/Commissione (Racc. pag. II-309).

fondata solo se si definisce la nozione di nuovo prodotto.

93. Il primo presupposto perché si tratti di un nuovo prodotto è ovviamente che esso non esista nel mercato di cui trattasi⁵⁹. Ciò non può però essere di per sé sufficiente per imporre ad un titolare di diritto d'autore la concessione di licenze (v., in prosieguo, sui prodotti che il titolare stesso ha la possibilità di fabbricare, ma che ha scelto di non produrre per il momento). Sulla scorta della fattispecie delle presenti cause occorre stabilire se sia sufficiente, per considerare un prodotto come nuovo, che si tratti inoltre di un prodotto che il titolare del diritto d'autore non è in grado di produrre autonomamente, anche perché la sua fabbricazione presuppone licenze di utilizzazione di altre opere tutelate dal diritto d'autore. Ovvero occorre stabilire se il criterio rilevante sia invece quello della concorrenzialità del prodotto interessato con il prodotto del titolare del diritto d'autore.

59 — Se le società avessero scelto di presentare in comune una guida televisiva generale, ma avessero negato a terzi questa possibilità, sarebbe comunque esclusa la possibilità di provare un pregiudizio all'oggetto specifico facendo valere che il comportamento delle società aveva impedito l'emergere di un nuovo prodotto. Ma un comportamento del genere potrebbe rappresentare una politica discriminatoria in materia di licenze ed essere pertanto incompatibile con l'art. 86. Questo è comunque il punto di vista della Commissione, la quale al punto 27 della decisione dichiara: «limitare l'obbligo della fornitura di tali elenchi a ITP, BBC e RTE, inter se, costituirebbe una discriminazione contro terzi, che volessero pubblicare una guida settimanale completa, incompatibile con l'art. 86». La ITP e la RTE non hanno contestato la decisione della Commissione su questo punto e non occorre quindi pronunciarsi sulla fondatezza o meno della tesi della Commissione. Sembra che la normativa britannica sia stata modificata nel senso di imporre l'obbligo di concedere licenze a tutte le parti interessate e la RTE ha altresì scelto di offrire licenze erga omnes sui propri palinsesti.

94. La Commissione contesta che, per considerare il prodotto come nuovo, sia necessario che esso si trovi in concorrenza con prodotti del titolare del diritto d'autore⁶⁰.

95. La tesi della Commissione non mi sembra condivisibile.

96. Mi pare ovvio ritenere che vi sia un abuso di posizione dominante allorché il titolare di un diritto d'autore se ne avvale per impedire l'emergere di un prodotto che *non è in concorrenza* con il prodotto del titolare, poiché esso risponde a necessità del consumatore diverse da quelle che vengono soddisfatte grazie al prodotto del titolare.

97. Si verifica il contrario, a mio parere, qualora il diritto d'autore venga utilizzato per impedire l'emergere sul mercato di un prodotto ottenuto mediante l'opera tutelata dal diritto d'autore e in concorrenza con i prodotti del titolare stesso. Anche se si tratta di un prodotto nuovo e migliore, l'interesse del consumatore non può giustificare in siffatta

60 — La Commissione osserva che la tesi da essa propugnata corrisponde alla prassi da essa seguita in precedenza. Infatti nel 1984 la Commissione ha sospeso il procedimento avviato nei confronti della IBM dopo che quest'ultima si era impegnata a porre a disposizione dei concorrenti le informazioni sul funzionamento dei suoi computer System/370, un impegno rinnovato ed ampliato nel dicembre 1988. Senza quelle informazioni, alle imprese concorrenti poteva essere impedito l'accesso al mercato per prodotti che si trovavano in concorrenza con quelli della IBM (*Quattordicesima Relazione sulla politica di concorrenza*, 1984, pag. 79). Secondo la ITP, il caso IBM riguardava però solamente la fornitura di informazioni e non diritti alla tutela di opere dell'ingegno.

situazione una violazione dell'oggetto specifico del diritto d'autore. Quando si tratta di un prodotto che sostanzialmente risponde alle stesse necessità del consumatore cui provvede il prodotto tutelato, l'interesse del titolare del diritto d'autore è rilevante. Anche se il mercato viene ristretto a danno del consumatore, il diritto di negare licenze in una situazione del genere dev'essere considerato necessario per garantire all'autore il compenso del suo sforzo creativo.

98. La RTE e la ITP non hanno la possibilità di produrre esse stesse una guida televisiva settimanale generale. Tuttavia una guida del genere sarebbe senza dubbio in concorrenza, come ha osservato la Commissione, con le loro guide settimanali. Una guida televisiva settimanale generale costerebbe meno e sarebbe di più facile lettura, ma risponderebbe fondamentalmente alle stesse necessità del consumatore che possono essere soddisfatte mediante l'acquisto di una guida televisiva settimanale per ogni emittente televisiva. Stando così le cose, l'interesse del consumatore è subordinato all'interesse del titolare del diritto d'autore. Non vi è un prodotto nuovo nel senso che può essere rilevante per l'applicazione dell'art. 86 e non vi è quindi una circostanza particolare che consenta di giustificare la violazione dell'oggetto specifico.

99. D'altra parte il Tribunale ha, a mio parere, erroneamente confrontato il caso di specie con la situazione descritta dalla Corte, come terzo esempio di comporta-

mento abusivo, nelle sentenze Volvo/Veng e CICRA/Renault. Il Tribunale ha osservato quanto segue nelle sue sentenze:

«Inoltre, il comportamento contestato alla ricorrente ostacolava radicalmente la comparsa sul mercato di un determinato tipo di prodotti, le guide televisive complete. Talché detto comportamento, caratterizzandosi più particolarmente, sotto questo profilo, per una mancanza di considerazione dei bisogni dei consumatori, presentava del pari una certa analogia con l'ipotesi (...) dell'eventuale decisione di un produttore automobilistico di non fabbricare più pezzi di ricambio per determinati modelli, pur sussistendo ancora una domanda sul mercato (...)» (punto 74 della sentenza RTE e punto 59 della sentenza ITP).

100. Questo esempio riguarda prodotti che il titolare del diritto d'autore stesso ha la possibilità di fabbricare in forza del suo diritto d'autore, ma che ha scelto di non fabbricare per il momento. Dall'esempio risulta che ciò può costituire un abuso di posizione dominante quando il titolare di un diritto di modello nega contestualmente la concessione di licenze e decide di non fabbricare i prodotti tutelati dal diritto di modello. Queste due prerogative rientrano, come già osservato, nell'oggetto specifico del diritto al modello.

101. Tuttavia questo esempio può difficilmente essere addotto a sostegno di una tesi

secondo cui vi è un abuso di posizione dominante quando il titolare di un diritto d'autore omette contestualmente di fabbricare un prodotto e nega ad altri licenze per tale prodotto. Non è possibile affermare che un'impresa in posizione dominante ha in linea generale l'obbligo di fabbricare prodotti tutelati dal diritto d'autore ovvero di concedere licenze per i medesimi. Siffatto obbligo deve implicare l'esistenza di circostanze particolari oltre al fatto che il consumatore non può procurarsi il prodotto ⁶¹.

Mi pare ovvio che la Corte ha attribuito importanza decisiva al fatto che vi sia nel consumatore una particolare dipendenza nei confronti del prodotto quando un produttore di autoveicoli cessa la fabbricazione dei pezzi di ricambio per un determinato modello di automobile, sebbene un gran numero di tali modelli sia ancora in circolazione e qualora l'impossibilità di accesso ai pezzi di ricambio possa quindi implicare che i consumatori sono obbligati ad acquistare un'automobile completamente nuova. Il produttore stesso ha fatto sorgere la necessità di pezzi di ricambio ed abusa quindi del suo diritto al modello quando se ne serve per impedire la soddisfazione della necessità di pezzi di ricambio.

61 — L'interesse del consumatore a potersi procurare il prodotto dev'essere tutelato in linea di principio dalle normative nazionali in materia di tutela delle opere dell'ingegno che possono consentire la concessione di licenze obbligatorie nell'interesse generale qualora il titolare del diritto non sfrutti in modo ragionevole l'opera tutelata (v., su siffatte norme del diritto dei brevetti, le sentenze della Corte 18 febbraio 1992, causa C-30/90, Commissione/Regno Unito, Racc. pag. I-829, e 27 ottobre 1992 causa C-191/90, Generics e Harris Pharmaceuticals, Racc. pag. I-5335).

102. L'esempio ha quindi caratteristiche diverse da quelle dei casi di specie e non ha un significato determinante nei loro confronti, in quanto la RTE e la ITP hanno ambedue fornito al consumatore il prodotto che avevano la possibilità di fabbricare in forza dei rispettivi diritti d'autore, cioè guide televisive settimanali per le rispettive trasmissioni televisive.

f) Lo sfruttamento di una posizione dominante su un mercato per riservarsi un mercato derivato

103. Nelle sentenze del Tribunale è stata attribuita importanza al fatto che «la ricorrente utilizzava (...) il proprio diritto d'autore sui palinsesti, prodotti nell'ambito dell'attività di trasmissione di programmi televisivi [nella sentenza ITP: — che le erano stati ceduti dalle emittenti televisive — sui palinsesti prodotti nell'ambito dell'attività di trasmissione di programmi televisivi] per assicurarsi un monopolio sul mercato derivato delle guide televisive settimanali» (punto 73 della sentenza RTE e punto 58 dalla sentenza ITP).

104. I citati punti delle motivazioni vanno intesi nel senso che il mercato dei palinsesti è concepito come mercato principale e il mercato delle guide televisive come mercato derivato. Tali punti delle motivazioni vanno intesi in combinato disposto con la decisione della Commissione in cui quest'ultima ha osservato che la ITP e la RTE detengono una posizione dominante su di un mercato, cioè

il mercato dei propri palinsesti di programmi, e che esse sfruttano tale posizione per riservarsi un mercato derivato, cioè il mercato delle guide televisive settimanali, su cui la concorrenza potrebbe esplicarsi in modo diverso, in particolare per quanto riguarda le guide settimanali generali.

105. Riferendosi al primo esempio di comportamento abusivo citato dalla Corte nelle sentenze Volvo/Veng e CICRA/Renault, il Tribunale ha aggiunto:

«Nel caso di specie, infatti, il diritto esclusivo della ricorrente di riprodurre i propri palinsesti aveva per scopo e per effetto quello di escludere qualsiasi potenziale concorrenza sul mercato derivato dell'informazione relativa ai programmi settimanali (...) così da conservare in tale mercato il monopolio che la ricorrente deteneva grazie alla pubblicazione della rivista *RTE Guide* (nella sentenza ITP: *TV Times*). Dal punto di vista delle imprese terze interessate alla pubblicazione di una rivista televisiva, il rifiuto della ricorrente di autorizzare i terzi, su loro richiesta e in modo non discriminatorio, alla pubblicazione dei suoi palinsesti era pertanto analogo, come giustamente osserva la Commissione, al rifiuto arbitrario di un produttore di automobili di fornire pezzi di ricambio — prodotti nell'ambito della sua attività principale di fabbricazione di automobili — ad un'officina indipendente che esercitava la propria attività sul mercato derivato della manutenzione e delle riparazioni degli autoveicoli» (punto 74 della sentenza RTE e punto 59 della sentenza ITP).

106. È vero che il fatto che un'impresa sfrutti la sua posizione dominante su di un mercato per riservarsi un mercato derivato può costituire un comportamento che restringe la concorrenza, incompatibile con l'art. 86 (v., ad esempio, sentenza della Corte 6 marzo 1974, *Commercial Solvents*⁶²). La questione è però se siffatte considerazioni siano rilevanti quando si tratta dell'esercizio di diritti su beni immateriali.

107. La RTE, la ITP e la IPO sostengono fondamentalmente che il fatto di avvalersi del diritto d'autore per escludere la concorrenza su un mercato derivato costituisce una modalità del tutto usuale di esercizio del diritto. Il titolare di un diritto d'autore ottiene spesso il corrispettivo del suo sforzo creativo mediante la fabbricazione e la vendita di prodotti che incorporano il prodotto creato in forza del diritto d'autore, cioè su un mercato derivato. La ITP aggiunge che essa si è proprio limitata a sfruttare commercialmente il diritto d'autore sui palinsesti di programmi nel mercato delle guide televisive.

108. La Commissione afferma che il fatto che il diritto d'autore venga utilizzato per eliminare la concorrenza su un mercato derivato costituisce una circostanza particolare atta a giustificare l'applicazione dell'art. 86. La Commissione ha citato a sostegno della sua tesi le sentenze della Corte 13 novembre 1975, *General Motors Continental/Commissione*⁶³, 31 maggio 1979, *Hugin/*

62 — Cause riunite 6/73 e 7/73 (Racc. pag. 223, punto 25).

63 — Causa 26/75 (Racc. pag. 1367).

Commissione ⁶⁴, 3 ottobre 1985, CBEM ⁶⁵, e 11 novembre 1986, British Leyland/Commissione ⁶⁶, che riguardavano il comportamento di imprese in posizione dominante relativamente alla fornitura di servizi o prodotti che unicamente tali imprese erano in grado di fornire e che erano necessari per svolgere un'attività su un mercato derivato.

109. La Commissione aggiunge che l'esempio utilizzato dal Tribunale di cui alle sentenze della Corte Volvo/Veng e CICRA/Renault è pertinente per una pronuncia nelle presenti fattispecie. Secondo la Commissione, la situazione della Magill corrisponde infatti alla situazione di un'officina indipendente, in quanto entrambe dipendono dalla fornitura di prodotti provenienti da una fase commerciale precedente (rispettivamente, i palinsesti di programmi e i pezzi di carrozzeria) per poter svolgere la loro attività su un mercato derivato (rispettivamente, il mercato delle guide televisive e il mercato dei servizi di riparazione per gli autoveicoli Volvo e Renault) in cui si trovano in concorrenza con il loro fornitore (rispettivamente, le guide televisive settimanali della RTE e della ITP e i riparatori autorizzati della rete Volvo e Renault). La Commissione ammette però che non si tratta di un'analogia assoluta, poiché la situazione della Magill è diversa in quanto quest'ultima non poteva accontentarsi della fornitura di un prodotto per svolgere la sua attività, ma doveva ottenere una licenza per poter riprodurre essa stessa l'opera tutelata.

110. Proprio questa è la differenza fondamentale. Come hanno osservato la RTE e la ITP, occorre distinguere fra *un rifiuto di consegnare* un prodotto a clienti che intendono utilizzarlo su un mercato derivato e *un rifiuto di concedere licenze* ad un concorrente che intende fabbricare e vendere prodotti che incorporano l'opera tutelata. Infatti nel primo caso l'eventuale infrazione dell'art. 86 non dipende dalla questione se si tratti di prodotti tutelati da un diritto su di un'opera dell'ingegno. La conclusione per analogia del Tribunale è pertanto scorretta ed anche le sentenze invocate dalla Commissione sono inconferenti per la pronuncia nel caso di specie.

111. Invece, come ha sottolineato la ITP e contrariamente a quanto ha dichiarato il Tribunale nelle sue sentenze (punto 74 della sentenza RTE e punto 59 della sentenza ITP), occorre concludere per analogia dalle situazioni su cui vertevano le controversie Volvo/Veng e CICRA/Renault, cioè che la Volvo e la Renault avevano il diritto di negare licenze per la distribuzione di pezzi di ricambio fabbricati senza il loro consenso. Va osservato che su questo punto la Corte non ha fatto distinzione fra le licenze volte a promuovere la concorrenza sul mercato della vendita di pezzi di ricambio e le licenze volte a promuovere la concorrenza sul mercato delle riparazioni delle automobili Volvo e Renault.

112. Non v'è motivo di trattare in modo diverso, a seconda del mercato in cui viene utilizzata l'opera tutelata, l'esercizio del diritto d'autore da parte del suo titolare volto ad impedire ai concorrenti l'uso del-

64 — Causa 22/78 (Racc. pag. 1869).

65 — Causa 311/84 (Racc. pag. 3261).

66 — Causa 226/84 (Racc. pag. 3263).

l'opera tutelata. Come ha sottolineato la ITP, la facoltà di sfruttare il diritto d'autore su un cosiddetto mercato derivato va considerata necessaria per ottenere un sufficiente compenso dello sforzo creativo.

salienti dei programmi settimanali, ma non ad altre categorie di editori, e cioè quelli che intendono pubblicare palinsesti settimanali⁶⁷.

g) Se sussista una politica discriminatoria in materia di licenze o di licenze concesse in condizioni non eque

113. Nelle sentenze del Tribunale è stata considerata significativa la circostanza che «per il resto, la ricorrente autorizzasse gratuitamente la pubblicazione del proprio palinsesto giornaliero e dei punti salienti dei suoi programmi settimanali da parte della stampa irlandese e britannica. Essa autorizzava inoltre la pubblicazione dei propri palinsesti settimanali negli altri Stati membri, ugualmente senza esigere il pagamento di un diritto» (punto 73 della sentenza RTE e punto 58 della sentenza ITP).

114. La Commissione ha sostenuto che la prima circostanza rilevata dal Tribunale è stata correttamente presa in considerazione per decidere la controversia. La Commissione non ha però precisato perché ciò sia rilevante. Essa ritiene presumibilmente che il comportamento delle società rifletta una politica discriminatoria in materia di licenze poiché vengono concesse licenze a talune categorie di editori, e cioè quelli che intendono pubblicare palinsesti quotidiani o punti

115. Questa tesi va però respinta. La discriminazione presuppone situazioni paragonabili. Ciò non si verifica nel caso di specie. Anzi, la RTE e la ITP concedono proprio licenze a chiunque le desideri e alle stesse condizioni per tutti. Il fatto che intendano riservarsi un certo sfruttamento dell'opera tutelata non può costituire una discriminazione.

116. Quanto poi al fatto che il Tribunale si è riferito all'autorizzazione di pubblicare programmi su base quotidiana, occorre ricordare che nel corso della fase orale del procedimento la Magill ha sostenuto che i presenti procedimenti non riguardano dinieghi di licenze e non implicano pertanto l'imposizione di licenze obbligatorie. La Magill si riferisce al fatto che la ITP e la RTE hanno concesso tutta una serie di licenze e afferma quindi che le cause riguardano la concessione di licenze a condizioni non eque, cioè a

67 — V. in proposito il punto 57 della sentenza RTE e il punto 40 della sentenza ITP.

condizioni che impediscono la pubblicazione dei palinsesti su base settimanale ⁶⁸.

La Magill tenta poi di dimostrare che mentre il diritto di negare la concessione di licenze potrebbe rientrare nell'oggetto specifico del diritto d'autore, la situazione è diversa per quanto riguarda il diritto di stabilire le condizioni della licenza. Questa tesi non è corretta, come ho dimostrato in precedenza alla lett. c). Il diritto di concedere licenze comprende anche il diritto di farlo a determinate condizioni. Viceversa, il fatto che le licenze vengano concesse a condizioni non eque può costituire una circostanza particolare atta a giustificare una violazione dell'oggetto specifico del diritto d'autore. Nelle presenti fattispecie non vi sono altre condizioni controverse se non quella relativa al fatto che le licenze concesse non riguardano il diritto di pubblicare programmi settimanali. Tenendo conto del fatto che le società stesse pubblicano guide televisive settimanali, tale condizione non può essere considerata discriminatoria né iniqua. Questo motivo non aggiunge quindi nulla di nuovo. Il fatto che le società intendano riservarsi l'edizione dei palinsesti settimanali non diviene a mio parere più o meno criticabile a causa del fatto che esse consentano a terzi di farne un altro uso limitato e ben determinato.

68 — Nella decisione della Commissione vi è probabilmente lo stesso ragionamento in quanto essa ha dichiarato: «dopo aver esaminato le attuali politiche e pratiche di ITP, BBC e RTE rispettivamente, che consistono nel fornire agli editori in anticipo gli elenchi dei loro programmi settimanali, limitando tuttavia con le condizioni delle licenze concesse la ripubblicazione di tali elenchi ai programmi di uno o al massimo due giorni contemporaneamente o rifiutando semplicemente la concessione delle licenze, la Commissione ritiene che tali politiche e pratiche siano indebitamente restrittive».

117. Per quanto riguarda la seconda circostanza evidenziata dal Tribunale — cioè l'autorizzazione concessa per la pubblicazione dei palinsesti su base settimanale in altri Stati membri — va ricordato che dalla decisione della Commissione risulta che la ITP, ma non la RTE ⁶⁹, non ha impedito la pubblicazione dei palinsesti settimanali nelle guide televisive al di fuori dell'Irlanda e del Regno Unito, cioè ad esempio, in Belgio, nei Paesi Bassi e in Francia, in quanto non aveva nessun interesse a perseguire pubblicazioni in lingua straniera, sebbene fossero sospettate di contenere testi che, secondo la normativa locale, potevano trasgredire il loro diritto d'autore. La decisione, così motivata, di non intervenire nei confronti di contraffazioni del diritto d'autore non può essere equiparata all'autorizzazione di pubblicazione e questo fatto non costituisce pertanto una politica discriminatoria in materia di licenze. Non sembra neppure che a tale circostanza possa essere attribuita rilevanza sotto altri aspetti per dirimere la presente controversia.

h) Se i palinsesti siano opere degne di tutela

118. Nella disamina della questione dell'esistenza di un abuso, il Tribunale ha iniziato rilevando che «in difetto di un'armonizzazione delle norme nazionali o di uniformazione nell'ambito della Comunità, la deter-

69 — La RTE ha sottolineato che la sentenza del Tribunale contiene un errore di fatto su questo punto, ma ha aggiunto che ciò non ha praticamente inciso sulla motivazione del Tribunale.

minazione delle condizioni e delle modalità della tutela del diritto d'autore appartiene alla competenza degli Stati membri» (punto 66 della sentenza RTE e punto 51 della sentenza ITP)⁷⁰. Il Tribunale conclude poi sul punto dichiarando che il comportamento censurato è incompatibile con le norme del Trattato «sebbene i palinsesti fossero, al momento dei fatti controversi, tutelati dal diritto d'autore riconosciuto dal diritto nazionale, il quale permane competente a determinare le modalità di questa tutela» (punto 75 della sentenza RTE e punto 60 della sentenza ITP).

119. In corso di causa dinanzi al Tribunale la Commissione ha rilevato «in linea generale l'incompatibilità con le norme comunitarie di un diritto nazionale che sancisce l'esistenza del diritto d'autore sui palinsesti» (punto 44 della sentenza RTE e punto 27 della sentenza ITP). La Commissione ha rilevato come «i palinsesti non abbiano di per sé né carattere segreto né innovativo, né sono connessi alla ricerca. Essi consisterebbero invece in semplici informazioni di fatto e non sarebbero pertanto tutelati dal diritto d'autore» (punto 46 della sentenza RTE e punto 29 della sentenza ITP). La Commissione ha ammesso che i palinsesti fruiscono nel diritto nazionale della tutela del diritto d'autore, ma ha affermato di conseguenza che «nonostante questa situazione le politiche e le pratiche controverse adottate dalla ricorrente non possono giovare della tutela del diritto d'autore riconosciuta nel diritto comunitario»

(punto 43 della sentenza RTE e punto 26 della sentenza ITP), ma costituiscono anzi un abuso di posizione dominante (punto 47 della sentenza RTE e punto 30 della sentenza ITP).

120. La Commissione ha osservato dinanzi alla Corte che spetta alle autorità e ai giudici nazionali determinare le opere tutelate dal diritto d'autore. Essa però ha contestualmente rilevato che il Tribunale ha giustamente tenuto conto, nella sua pronuncia, del carattere insolito del diritto nazionale⁷¹.

121. La RTE, la ITP e la IPO sostengono che la tesi della Commissione nonché le sentenze del Tribunale non rispettano il principio secondo cui la portata della tutela del diritto d'autore viene determinata dal diritto nazionale. Esse sostengono che le decisioni adottate sono volte in realtà a censurare la tutela del diritto d'autore sui palinsesti nel diritto irlandese e britannico.

122. Dalla mia precedente analisi risulta che non ritengo comunque che il diniego di concessione di licenze di cui è causa sia stato esercitato in circostanze particolari atte a

70 — Il Tribunale si è riferito in proposito alle sentenze della Corte 14 settembre 1982, causa 144/81, *Keurkoop* (Racc. pag. 2853, punto 18), 5 ottobre 1988, causa 53/87, *CICRA e a./Renault* (Racc. pag. 6039, punto 10), e 5 ottobre 1988, causa 238/87, *Volvo/Veng* (Racc. pag. 6211, punto 7). V. altresì le sentenze della Corte 30 giugno 1988, causa 35/87, *Thetford/Fiamma* (Racc. pag. 3585, punto 12), e 30 novembre 1993, causa C-317/91, *Deutsche Renault* (Racc. pag. 6227, punti 20 e 31).

71 — La Commissione ha inoltre distinto fra le opere letterarie e artistiche vere e proprie e le opere funzionali e utilitarie. Questa distinzione sembra però essere stata utilizzata anzitutto per illustrare le conseguenze della sentenza della Corte [v., *infra*, sezione j]).

giustificare l'applicazione dell'art. 86. Mi pare pertanto ovvio ammettere che le società hanno ragione nell'affermare che il vero motivo per l'applicazione dell'art. 86 nel caso di specie dev'essere che i palinsesti non sono considerati degni di tutela.

123. Come accennato nell'introduzione, si può ragionevolmente sostenere che lo sforzo per l'elaborazione dei palinsesti *non è così degno di tutela* da giustificare il fatto che l'autore possa impedire la pubblicazione di guide televisive settimanali generali. L'elaborazione di palinsesti non richiede incentivi, poiché costituiscono unicamente la trasposizione su carta di una serie di informazioni che devono comunque essere elaborate e compilate per l'esercizio dell'attività di trasmissione televisiva. Tenuto conto di questo fatto, non vi è nessuna difficoltà nel ritenere che il diniego di licenze in parola costituisca un esercizio abusivo del diritto d'autore. Occorre però stabilire se la Corte abbia la possibilità di attribuire rilevanza al carattere dell'opera tutelata dal diritto d'autore.

124. La Corte ha continuato sino ad ora a dichiarare che spetta alle autorità legislative nazionali stabilire i prodotti che possono fruire della tutela di un diritto su beni imma-

teriali⁷². Il diritto nazionale è a tal proposito unicamente soggetto ai limiti di cui all'art. 36, seconda frase, del Trattato, ai sensi del quale le restrizioni agli scambi non devono costituire un motivo di discriminazione arbitraria né una restrizione dissimulata al commercio tra Stati membri. Questi limiti sono di stretta interpretazione e non vi è nulla che possa dar adito a ritenere che essi non siano stati rispettati nelle fattispecie di cui trattasi⁷³.

125. Anche nelle presenti cause la Corte deve confermare questo principio, che rappresenta a mio parere una ripartizione di competenze fondamentalmente corretta fra il diritto nazionale e il diritto comunitario. Se vi è la necessità, dal punto di vista comunitario, di limitare la tutela del diritto d'autore a taluni prodotti, ciò può avvenire unicamente

72 — V. sentenze citate alla nota 70. V., inoltre, le conclusioni dell'avvocato generale Mischo del 21 giugno 1988, causa 53/87, CICRA e a./Renault (Racc. pag. 6039, punti 21-32), in cui ha proposto alla Corte di accertare se la tutela di determinati prodotti fondata sul diritto nazionale fosse «conforme alla funzione assegnata dalla Corte alla proprietà industriale e commerciale, che è quella di "ricompensare lo sforzo creativo concretatosi nell'invenzione"» (paragrafo 32). Nella sentenza la Corte ha confermato che la questione dei prodotti che potessero fruire della tutela andava risolta sulla scorta del diritto nazionale (punto 10).

73 — V. sentenza della Corte 30 novembre 1993, causa C-317/91, Deutsche Renault (Racc. pag. I-6227), in cui la Corte ha citato, come esempio di possibile infrazione ai limiti di cui all'art. 36, seconda frase, la situazione in cui «un produttore di un altro Stato membro non possa fruire alle stesse condizioni della tutela concessa dal diritto tedesco ad un marchio, brevettato o meno, o in cui la tutela venga maturata a seconda dell'origine nazionale o straniera dei prodotti contrassegnati con il marchio in parola» (punto 27). V. altresì il punto 33. Nelle conclusioni presentate il 9 giugno 1993 in quella causa l'avvocato generale Tesauero aveva precisato, a mio parere giustamente, «che, nell'applicazione prefigurata dalla giurisprudenza, la concreta portata di tale riserva — che si configura come una sorta di clausola minima di salvaguardia — non va al di là di ipotesi-limite (quasi ipotesi di scuola) (...)» (paragrafo 14).

in forza di norme emanate dal legislatore comunitario ⁷⁴.

i) *Se il diniego di concedere licenze sia giustificato*

126. Si può prospettare la possibilità di mantenere questo principio con la contestuale possibilità di tener conto del tipo di opera tutelata onde accertare un abuso di posizione dominante. Non posso però proporre alla Corte una valutazione del genere, sebbene sia interessante e sembri concretamente ragionevole nel caso di specie. Ammettendo che il comportamento commerciale dei titolari di diritti d'autore debba rispondere a criteri diversi a seconda del livello di tutela da attribuire alle loro opere alla luce del diritto comunitario, il diritto comunitario verrebbe comunque applicato per censurare le norme, contenute nella normativa nazionale sulla tutela delle opere dell'ingegno, che stabiliscono quali prodotti sono degni di tutela.

127. Se ne deve concludere che neanche il fatto che i palinsesti siano meno degni di tutela costituisce una circostanza atta a giustificare limitazioni all'esercizio del relativo diritto d'autore.

128. Il Tribunale rileva nelle sue sentenze che «il rifiuto della ricorrente di autorizzare i terzi alla pubblicazione dei suoi programmi settimanali presentava (...) un carattere arbitrario in quanto non era giustificato né dalle particolari esigenze del settore della diffusione radiotelevisiva, che non entra in considerazione nel presente caso, né dalle peculiari esigenze connesse all'attività di pubblicazione di guide televisive [nella sentenza ITP: in quanto non era giustificato dalle peculiari esigenze connesse all'attività di pubblicazione di guide televisive]. La ricorrente aveva quindi la possibilità di adeguarsi alle condizioni di un mercato delle guide televisive aperto alla concorrenza, per garantire la redditività commerciale del suo settimanale (...)» (punto 73 della sentenza RTE e punto 58 della sentenza ITP).

129. Dalle considerazioni sin qui svolte discende che non ritengo vi sia nel caso di specie un comportamento che restringe la concorrenza ai sensi dell'art. 86, in quanto il diniego di licenze non è avvenuto in circostanze particolari atte a qualificarlo come abuso di posizione dominante. Pertanto non occorre accertare se vi sia una giustificazione accettabile del comportamento delle società [v., supra, sezione d), sottosezione aa)]. Ma la RTE e la ITP, sostenute dalla IPO, hanno giustamente impugnato le sentenze del Tribunale deducendo di non poter essere obbligate a motivare il loro diniego di licenze.

74 — V., in tale contesto, la direttiva del Consiglio 14 maggio 1991, 91/205/CEE, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore (GU L 122, pag. 42), e la direttiva del Consiglio 29 ottobre 1993, 93/98/CEE, concernente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi (GU L 290, pag. 9).

Qualora la Corte dovesse però ritenere che il diniego di licenze è avvenuto in circostanze particolari atte a consentirne una qualificazione come abuso, occorre stabilire se siffatto comportamento sia oggettivamente giustificato. Le mie osservazioni in proposito sono le seguenti.

130. La ITP sostiene che non le è stato chiesto di giustificare il suo esercizio del diritto d'autore a seconda delle necessità peculiari connesse alla sua attività, poiché la decisione della Commissione non vi ha fatto riferimento.

131. Questa censura della decisione della Commissione non è difendibile. Per l'applicazione dell'art. 86 occorre di norma valutare anzitutto se vi sia un comportamento che restringe la concorrenza ed accertare quindi se l'impresa abbia addotto una giustificazione concreta accettabile del suo comportamento⁷⁵. È quindi difficile esigere che la Commissione chieda espressamente ad ogni impresa di giustificare il suo comportamento.

Il metodo dedotto dalla ITP è poi infondato, poiché la Commissione ha appunto dichiarato quanto segue nella sua decisione:

«ITP, BBC e RTE (singolarmente o collettivamente) sostengono che le loro attuali politiche e pratiche per quanto riguarda gli elenchi settimanali dei futuri programmi radiotelevisivi sono motivate dalla necessità di assicurare che tutti i loro programmi siano annunciati in pubblicazioni complete e di elevato livello, ivi inclusi i programmi che interessano soltanto minoranze e/o determinate regioni, e quelli di importanza culturale, storica e/o didattica. La Commissione ritiene che tali politiche e pratiche non siano necessarie per realizzare tali fini, i quali possono invece essere realizzati con motivi meno restrittivi, se necessario imponendo condizioni a tal fine sugli editori a cui vengono concesse le licenze per la pubblicazione degli elenchi dei futuri programmi. Tuttavia, la Commissione osserva che nessuna delle parti ha ritenuto necessario imporre limitazioni alla pubblicazione da parte di terzi di elenchi dei programmi per la giornata (o per due giornate) al fine di realizzare tal obiettivo».

132. La RTE e la ITP non hanno dedotto dinanzi alla Corte che l'opinione della Commissione su questo punto sia errata. Esse non hanno neppure dedotto altre considerazioni oggettive ed eventualmente atte a giustificare il diniego di licenze di cui trattasi.

133. Se ne può quindi a mio parere concludere, come ha dichiarato il Tribunale, che la

⁷⁵ — V., ad esempio, sentenze della Corte 3 ottobre 1985, causa 311/84, CBEM (Racc. pag. 3261, punto 26), e 13 luglio 1989, cause riunite 110/88, 241/88 e 242/88, Lucazeau e a. (Racc. pag. 2811, punto 25).

ITP e la RTE hanno negato la concessione di licenze e quindi escluso qualunque forma di concorrenza sul mercato delle guide televisive al solo scopo di conservare il monopolio sul mercato di dette guide (punto 73 della sentenza RTE e punto 58 della sentenza ITP). Quindi, se la Corte dovesse giudicare che il diniego di licenze si è comunque verificato in circostanze particolari atte a consentirne la qualificazione come abuso, detto diniego sarebbe incompatibile con l'art. 86.

j) *Ulteriori conseguenze della sentenza della Corte*

134. La Commissione sostiene che occorre distinguere fra *opere letterarie e artistiche* vere e proprie e *opere funzionali o utilitarie*, inerenti, ad esempio, alle telecomunicazioni, agli elaboratori elettronici, alla tecnica dell'informazione e alle banche dati. Mentre le prime non fanno sorgere una dipendenza nei concorrenti sui mercati derivati, il diritto d'autore relativo alle seconde può in maggior misura far sorgere una dipendenza economica e quindi posizioni dominanti che possono condurre a comportamenti limitativi della concorrenza. Secondo la Commissione, questa distinzione è rilevante per la soluzione delle presenti controversie, poiché dimostra la necessità di difendere il principio secondo cui un diniego di licenze può, tenuto conto delle circostanze in cui viene opposto, costituire un abuso di posizione dominante. Mentre una decisione della Commissione che imponga la concessione di licenze non avrà una rilevanza degna di nota

per le opere letterarie ed artistiche vere e proprie, essa sarà *decisiva per mantenere una concorrenza effettiva soprattutto nell'industria dell'informatica e delle telecomunicazioni*⁷⁶.

135. La RTE e la ITP hanno contestato la distinzione della Commissione sostenendo che la questione dei prodotti che fruiscono della tutela del diritto d'autore dev'essere risolta dal diritto nazionale. Tuttavia, la Commissione non sembra avvalersi di questa distinzione per dimostrare che le opere funzionali e utilitarie sono di norma meno degne di tutela delle opere letterarie o artistiche e pertanto ne consegue in maggior misura un'applicazione dell'art. 86 [v., supra, sezione i)]. La Commissione utilizza invece questa distinzione per illustrare l'ampia portata delle conseguenze di un annullamento delle sentenze del Tribunale nei confronti, a suo parere, della concorrenza in una serie di rilevanti settori in cui, secondo la Commissione, sussiste un maggior rischio che la tutela del diritto d'autore dia luogo a posizioni dominanti o le rafforzi.

76 — La Commissione ha rinviato in proposito alla sue conclusioni in occasione dell'adozione da parte della Commissione di una proposta di direttiva del Consiglio sulla protezione giuridica dei programmi di elaboratori elettronici (GU 1989, C 91, pag. 16), in cui ha dichiarato: «inoltre, le imprese che si trovano in posizione dominante non ne devono abusare, in osservanza dell'art. 86 del Trattato. Ad esempio, in determinate circostanze, l'esercizio dei diritti d'autore nei confronti di taluni aspetti di un programma che altre imprese devono utilizzare per compilare programmi compatibili potrebbe costituire un abuso del genere. Tale potrebbe essere anche il caso in cui un'impresa dominante cercasse di utilizzare i propri diritti esclusivi relativi ad un prodotto per ottenere un vantaggio sleale rispetto ad uno o più prodotti non coperti da detti diritti». Pertanto siffatti esempi sono a mio parere giustificati solo quando si tratta di programmi o prodotti che non si trovano in concorrenza con il prodotto tutelato dal diritto d'autore.

136. Per quanto riguarda il timore della Commissione che i presenti procedimenti possano creare un precedente nel settore del software per elaboratori elettronici, la ITP ha affermato che la soluzione più opportuna è di tipo legislativo e che la preoccupazione della Commissione non sembrava d'altronde riguardare la riproduzione di opere tutelate bensì le informazioni in esse contenute, il che non scalfisce il diritto d'autore.

137. Da parte sua la ITP ha sostenuto che la conferma delle sentenze del Tribunale avrebbe *conseguenze di vasta portata per i diritti d'autore fondati sul diritto nazionale*. La ITP vedrebbe infatti abusi di posizione dominante nei seguenti casi: l'autore di novelle che si opponga alla pubblicazione di una di esse in un'antologia; il cartellonista che si opponga all'uso di un disegno protetto in una cartolina di auguri natalizi; il titolare dei diritti d'autore sul personaggio di disegni animati «braccio di ferro» che si opponga alla sua riproduzione su di una maglietta; il commediografo che si opponga all'uso delle sue opere per la realizzazione di un film; i proprietari di giornali pubblicati la domenica che si oppongano alla pubblicazione simultanea da parte della ITP, nella *TV Times*, delle loro rubriche specializzate; l'autore di calendari lunari o di maree, di ricette culinarie o di un elenco di chiese romaniche in Inghilterra che si opponga alla riproduzione delle sue opere. La IPO ha prospettato esempi analoghi.

138. La Commissione ha osservato che i timori della ITP e della IPO relativi alle con-

seguenze della conferma delle sentenze del Tribunale sono infondati, in quanto è estremamente inverosimile che nelle elencate situazioni i titolari del diritto d'autore detengano una posizione dominante e il loro comportamento non può pertanto essere incompatibile con l'art. 86. La Commissione ha aggiunto che nel corso dei quattro anni trascorsi dalla sentenza della Corte Volvo/Veng l'art. 86 è stato applicato una sola volta, cioè nel caso di specie, a fondamento di una decisione formale volta a far cessare un abuso di diritti su beni immateriali.

139. È difficile rendersi conto della fondatezza delle rispettive preoccupazioni delle parti per quanto riguarda le ulteriori conseguenze di una sentenza in un senso o nell'altro. Proprio perché vi è dissenso in merito, non è opportuno tentare di pronunciarsi, su tale base, sulla correttezza degli esempi addotti.

140. Ma proprio perché non è possibile prevedere le conseguenze di tale risultato, ritengo che la Corte nella sua pronuncia non debba escludere la possibilità che un diniego di licenze opposto in circostanze particolari possa essere incompatibile con l'art. 86. A mio parere la Commissione ha giustamente dichiarato che «il diritto d'autore non può disciplinare esplicitamente ogni singolo abuso che possa verificarsi in relazione ad un determinato prodotto. È importante che in altri settori vengano adottate contromisure, come ad esempio le norme sulla concorrenza,

in modo da ottenere un corretto equilibrio fra i diversi interessi, quello del titolare del diritto e quello dei soggetti che da lui dipendono».

141. Le conseguenze di una dichiarazione che il diniego di licenze può essere incompatibile con l'art. 86, qualora opposto in circostanze particolari, non sono invece imprevedibili. In tal caso spetterà infatti alla Corte stessa stabilire nella sua pronuncia direttive sempre più specifiche relativamente alle circostanze particolari in presenza delle quali un diniego di licenze può costituire abuso di posizione dominante. Inoltre la Corte, se segue la mia proposta, dovrà dichiarare l'insussistenza nel caso di specie di siffatte circostanze particolari e ciò perché i presupposti per tale applicazione dell'art. 86 all'esercizio di prerogative inerenti all'oggetto specifico di un diritto su di un bene immateriale sono estremamente rigorosi.

142. Occorre infine ricordare che la ITP ha sostenuto che la conferma delle sentenze del Tribunale causerebbe una *incertezza giuridica*, sia per i titolari dei diritti d'autore sia per i giudici nazionali, i quali potrebbero a loro volta applicare l'art. 86 ed avere difficoltà nel determinare se sussistano i presupposti per la sua applicazione quali risultano dalle sentenze del Tribunale. A mio parere non è ammissibile che una situazione giuridica presupponente una costante precisione dei presupposti per l'applicazione dell'art. 86

all'esercizio di prerogative inerenti in linea di principio all'oggetto specifico sia causa di incertezza giuridica. Da questo punto di vista tale applicazione dell'art. 86 non è diversa da altre applicazioni dello stesso articolo⁷⁷. I giudici nazionali avranno del resto la possibilità di adire la Corte con questioni pregiudiziali relative alle circostanze più precise in cui l'art. 86 può trovare applicazione.

143. Ciò non implica però necessariamente una presa di posizione definitiva sulla questione se l'art. 86 consenta di imporre a talune imprese la concessione di licenze sulle loro opere tutelate dal diritto d'autore. In corso di causa si è infatti prospettata l'incompatibilità di questa soluzione con la Convenzione di Berna sulla protezione delle opere letterarie ed artistiche.

E — Se il Tribunale abbia erroneamente ommesso di tener conto della Convenzione di Berna

144. La RTE e la ITP hanno sostenuto dinanzi al Tribunale di primo grado che la Convenzione di Berna doveva essere considerata parte del diritto comunitario e che la decisione della Commissione era incompatibile con l'art. 9 della convenzione relativo al diritto di riproduzione dell'opera tutelata.

⁷⁷ — V., in proposito, sentenza del Tribunale 10 luglio 1990, causa T-51/89, Tetra Pak/Commissione (Racc. pag. II-309, punto 37), in cui il Tribunale ha dichiarato: «ciò considerato, un'impresa non può avvalersi del preteso carattere imprevedibile dell'applicazione dell'art. 86 per sottrarsi al divieto sancito da questa norma».

145. Nel pronunciarsi su questo motivo il Tribunale ha esordito rilevando «che la Comunità — alla quale, allo stato attuale del diritto comunitario, non è stata trasferita la competenza in materia di proprietà intellettuale e commerciale⁷⁸ — non è parte nella Convenzione di Berna del 1886, ratificata da tutti gli Stati membri» (punto 102 della sentenza RTE e punto 75 della sentenza ITP).

rapporti fra gli Stati membri per giustificare restrizioni degli scambi intracomunitari⁷⁹.

147. Il Tribunale distingue poi fra l'art. 9, n. 1, della Convenzione di Berna, che sancisce il diritto esclusivo dell'autore di riprodurre l'opera tutelata, e l'art. 9, n. 2, della convenzione a norma del quale le parti contraenti hanno la possibilità di autorizzare la riproduzione delle opere tutelate in determinati casi speciali e a determinate condizioni.

146. Il Tribunale si è poi pronunciato sulla rilevanza del fatto che la convenzione è vincolante per gli Stati membri. Il Tribunale ha richiamato l'art. 234 del Trattato ai sensi del quale «le disposizioni del presente Trattato non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente all'entrata in vigore del Trattato stesso, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati membri dall'altra». Il Tribunale ha rinviato all'interpretazione dell'art. 234 fornita dalla Corte da cui risulta che quest'ultimo riguarda unicamente gli obblighi assunti dagli Stati membri nei confronti degli Stati terzi, il che implica che le convenzioni stipulate anteriormente all'entrata in vigore del Trattato non possono essere fatte valere nei

148. Per quanto riguarda l'art. 9, n. 1, il Tribunale osserva che questa disposizione è stata ratificata dal Regno Unito e dall'Irlanda prima della loro adesione alla Comunità, avvenuta il 1° gennaio 1973, e che dall'interpretazione data dalla Corte all'art. 234 risulta che, nelle relazioni intracomunitarie, le disposizioni ratificate prima dell'adesione alla Comunità non possono pregiudicare le norme del Trattato. Il Tribunale ha rilevato che l'argomento secondo cui la decisione è in contrasto con l'art. 9, n. 1, va pertanto respinto, senza che sia nemmeno necessario esaminarlo nel merito.

Per quanto riguarda l'art. 9, n. 2, il Tribunale osserva che questa disposizione è stata inserita nella Convenzione di Berna dall'Atto di

78 — Non occorre nel caso di specie esaminare la questione della competenza della Comunità nel settore dei diritti di proprietà intellettuale e commerciale, ma può essere opportuno ricordare che la Commissione, nella proposta di decisione del Consiglio relativa all'adesione degli Stati membri alla Convenzione di Berna (GU 1991, C 24, pag. 5), ha rilevato quanto segue: «le materie regolate nelle Convenzioni di Berna (Atto di Parigi) e di Roma rientrano nella competenza della Comunità; (...) allo stato attuale l'adesione della Comunità come tale non è possibile senza una modifica che permetta l'adesione di organizzazioni internazionali come tali; (...) alla luce degli sviluppi dei lavori a livello comunitario, la Comunità come tale potrebbe aderire alle Convenzioni di Berna (...) e di Roma» (settimo 'considerando').

79 — V. in proposito le sentenze della Corte 27 febbraio 1962, causa 10/61, Commissione/Italia (Racc. pag. 1), 14 ottobre 1980, causa 812/79, Attorney General/Burgos (Racc. pag. 2787, punto 8), e 11 marzo 1986, causa 121/85, Conegate (Racc. pag. 1007, punto 25).

Parigi del 1971, ratificato dal Regno Unito solo il 2 gennaio 1990 e non ancora ratificato dall'Irlanda. Il Tribunale ha osservato che per quanto riguarda il Regno Unito l'Atto di Parigi è quindi stato ratificato dopo la sua adesione alla Comunità e non può quindi pregiudicare l'applicazione di una norma del Trattato, in quanto gli Stati membri non possono sottrarsi alle norme del Trattato concludendo un accordo o una convenzione internazionale, ma sono tenuti a ricorrere alla procedura di modifica del Trattato prescritta dall'art. 236.

Il Tribunale ne ha concluso che il motivo relativo alla trasgressione della Convenzione di Berna andava comunque disatteso.

149. A mio parere, come vedremo in seguito, è corretto ritenere che la Convenzione di Berna non possa fondare un annullamento della decisione della Commissione. Occorre però precisare e approfondire la motivazione del Tribunale su due punti.

150. In primo luogo, il Tribunale effettua una distinzione non corretta nel caso di specie fra il n. 1 e il n. 2 dell'art. 9 della convenzione. In secondo luogo, e a mio parere questo aspetto è più importante, il Tribunale non si è pronunciato sulla rilevanza che la Convenzione di Berna potrebbe avere per l'*interpretazione* dell'art. 86 del Trattato.

151. Il Tribunale tratta in modo diverso il n. 1 e il n. 2 dell'art. 9 della Convenzione di Berna, perché postula che il n. 1 dell'art. 9 abbia vincolato il Regno Unito e l'Irlanda prima della loro adesione alla Comunità, mentre si è verificato il contrario per quanto riguarda l'art. 9, n. 2. Questa premessa è però erronea, stando alle informazioni che sono riuscito a procurarmi⁸⁰. L'art. 9, nn. 1 e 2, è stato inserito nella convenzione al momento della revisione effettuata a Stoccolma nel 1967. Queste due disposizioni, come le altre disposizioni sostanziali della revisione di Stoccolma, non sono però entrate in vigore. Esse sono state riviste dall'Atto di Parigi e quindi l'art. 9 è stato ratificato dal Regno Unito al momento della ratificazione dell'Atto di Parigi. Ciò implica che l'art. 9, n. 1, così come anche il n. 2 sono stati ratificati dal Regno Unito solo dopo l'adesione alla Comunità e non sono stati ratificati dall'Irlanda.

152. Si vedrà però che questa modifica della premessa da cui è partito il Tribunale non inficia in alcun modo la soluzione da esso adottata, poiché la sua motivazione concernente il n. 2 dell'art. 9 della convenzione si applica analogamente al n. 1 di detto articolo.

153. Il Tribunale ha prospettato quale sarebbe la situazione normativa qualora dovesse essere accertata *una vera e propria*

80 — V. la *Guida alla Convenzione di Berna* (Ginevra 1978) pubblicata dall'organizzazione mondiale per la protezione della proprietà intellettuale.

contraddizione tra l'art. 86 e le norme della Convenzione di Berna. A mio parere questo modo di considerare il problema è troppo limitativo. La norma del Trattato sulla soluzione dei conflitti fra norme vincolanti in diritto internazionale e le norme del Trattato stesso assume rilevanza unicamente qualora sia accertato un conflitto fra le due normative. Ciò implica che occorre prima di tutto stabilire se la Convenzione di Berna abbia uno status che le consenta di essere utilizzata dalla Corte come elemento interpretativo delle norme del Trattato e, in tal caso, se le disposizioni della convenzione possano essere addotte a sostegno di una determinata interpretazione del Trattato.

Il Tribunale avrebbe dovuto esaminare se, interpretando l'art. 86 e le disposizioni di attuazione del medesimo, in particolare l'art. 3 del regolamento n. 17, si debba tener conto delle disposizioni della Convenzione di Berna per evitare il più possibile un conflitto fra le due normative.

154. A mio parere è ovvio interpretare l'art. 86 conformemente alla Convenzione di Berna. Vi sono vari elementi a sostegno della presa in considerazione della Convenzione di Berna all'atto dell'interpretazione delle norme del Trattato ⁸¹.

81 — La sentenza della Corte 20 gennaio 1981, cause riunite 55/80 e 57/80, Musik-Vertrieb Membran/GEMA (Racc. pag. 147), in cui le parti si erano avvalse di disposizioni della Convenzione di Berna, non può essere intesa come incompatibile con questa tesi. Osserverò d'altra parte in tale contesto che la Corte ha dichiarato in vari casi che le norme del Trattato vanno interpretate alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo (v., fra l'altro, sentenze della Corte 28 ottobre 1975, causa 36/75, Rutili, Racc. pag. 1219, e 25 luglio 1991, causa C-353/89, Commissione/Paesi Bassi, Racc. pag. I-4069).

155. Le norme della Convenzione di Berna sono volte a garantire una *tutela minima* ⁸² dell'autore, e si tratta di una convenzione che fruisce di *un ampio sostegno internazionale* ⁸³.

156. Alla Convenzione di Berna hanno *aderito tutti gli Stati membri* e solo l'Irlanda e il Belgio non hanno ancora aderito all'Atto di Parigi del 1971. Il 14 maggio 1992 il Consiglio ha adottato una risoluzione in forza della quale gli Stati membri si impegnano ad aderire, entro il 1° gennaio 1995, qualora non lo abbiano già fatto, all'Atto di Parigi e a garantirne l'effettiva osservanza nel proprio ordinamento giuridico interno ⁸⁴. Nella risoluzione del Consiglio si osserva inoltre che

82 — I paesi che hanno ratificato la Convenzione di Berna formano un'unione, ai sensi dell'art. 1. In tutti i paesi dell'Unione ad eccezione del paese di origine dell'opera, quale definito all'art. 5, n. 4, agli autori viene garantita perlomeno la tutela che risulta dalla Convenzione di Berna e inoltre la stessa tutela dei cittadini del paese, ai sensi dell'art. 5, n. 1. La Convenzione di Berna non garantisce la tutela minima nel paese d'origine dell'opera qualora l'autore sia altresì cittadino di tale paese. Qualora l'autore sia cittadino di un altro paese dell'Unione, nel paese d'origine dell'opera fruisce del diritto alla stessa tutela degli altri cittadini, ai sensi dell'art. 5, n. 3. Tuttavia, oltre a ciò, i paesi dell'Unione possono decidere liberamente i modi della tutela che intendono concedere alle opere originarie del loro paese.

83 — V., ad esempio, il primo 'considerando' della proposta della Commissione di decisione del Consiglio relativa all'adesione degli Stati membri alla Convenzione di Berna (GU 1981, C 24, pag. 5), nonché il secondo 'considerando' della risoluzione del Consiglio 14 maggio 1992 sul rafforzamento della tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi (GU C 138, pag. 1).

84 — Risoluzione del Consiglio sul rafforzamento della tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi (GU 1992, C 138, pag. 1). V. altresì in proposito la proposta della Commissione di decisione del Consiglio relativa all'adesione degli Stati membri alla Convenzione di Berna (GU 1991, C 24, pag. 5), il cui quinto 'considerando' recita: «considerando che l'adesione di tutti gli Stati membri alle Convenzioni di Berna (Atto di Parigi) (...) permetterà di disporre di una base di armonizzazione comune che consentirà il proseguimento della costruzione dell'edificio comunitario in materia di diritto d'autore e diritti connessi». V. altresì l'art. 1 bis della proposta modificata (GU 1992, C 57, pag. 13), ai sensi del quale «nell'esercizio delle sue competenze in materia di diritto d'autore e di diritti connessi la Comunità si ispira ai principi e si conforma alle disposizioni della Convenzione di Berna» come riveduta dall'Atto di Parigi.

sarebbe nell'interesse dei titolari di diritti d'autore nella Comunità che il livello minimo di tutela garantito dalla convenzione venga esteso al maggior numero possibile di paesi terzi e il Consiglio invita pertanto la Commissione, in occasione dei negoziati di accordi con paesi terzi, a rivolgere particolare attenzione alla ratifica o all'adesione da parte di questi ultimi alla convenzione nonché alla sua effettiva osservanza da parte di tali paesi.

157. Come ha osservato la RTE, vi sono diversi esempi di riferimento alla Convenzione di Berna nel *diritto comunitario derivato* a riprova di un livello minimo di tutela generalmente accettato (v. direttiva del Consiglio 14 maggio 1991, 91/250/CEE, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratori ⁸⁵, direttiva del Consiglio 29 ottobre 1993, 93/98/CEE, concernente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi ⁸⁶, e infine proposta della Commissione di direttiva del Consiglio relativa alla tutela giuridica delle banche di dati 15 aprile 1992 ⁸⁷).

158. Occorre notare infine che anche la Commissione nelle sue osservazioni ha

sottolineato l'opportunità che il diritto comunitario in materia di diritto d'autore sia compatibile con le norme internazionali.

159. Stando così le cose, il giudizio sul motivo dedotto dalla RTE dev'essere nel senso che l'art. 2 della decisione della Commissione è incompatibile con l'art. 86 del Trattato e con l'art. 3 del regolamento n. 17, *come devono essere interpretati alla luce della Convenzione di Berna*.

160. La Commissione sostiene che la Convenzione di Berna non impone ai paesi dell'Unione di tutelare il diritto d'autore inerente ad elenchi, di valore pratico non letterario, di titoli di programmi e di orari, e richiama in proposito l'art. 2, n. 8, della convenzione, ai sensi del quale: «la tutela della presente convenzione non si applica alle notizie quotidiane o di cronaca che hanno il carattere di mere informazioni». La Commissione osserva che la Convenzione di Berna non vieta ai paesi dell'Unione di estendere la tutela del diritto d'autore ad opere diverse dalle opere letterarie e artistiche, ma non limita la facoltà dei paesi dell'Unione di disciplinare l'esercizio del diritto d'autore per quanto riguarda tali opere.

161. L'Organizzazione mondiale per la protezione della proprietà intellettuale (OMPI), che gestisce la Convenzione di Berna, ha

85 — GU 1991, L 122, pag. 42. V. il venticinquesimo e ventinovesimo 'considerando' nonché l'art. 1, n. 1, e soprattutto l'art. 6, n. 3, il cui dettato corrisponde sostanzialmente all'art. 9, n. 2, della Convenzione di Berna.

86 — GU 1993, L 290, pag. 9. V. il primo, quarto, quinto, dodicesimo, quattordicesimo, quindicesimo, diciassettesimo e ventiduesimo 'considerando' nonché l'art. 1, n. 1, e l'art. 7, n. 1.

87 — GU 1992, C 156, pag. 4. V. il diciannovesimo, ventiduesimo e ventiseiesimo 'considerando' nonché l'art. 2, nn. 1 e 2.

pubblicato una *Guida alla Convenzione di Berna*⁸⁸. Nel commentario all'art. 2, n. 8, vi sono le osservazioni seguenti: «Questa eccezione si limita a confermare il principio generale secondo cui l'ammissione alla tutela ai sensi della convenzione presuppone un elemento sufficiente di creazione intellettuale. Spetterà agli organi giurisdizionali accertare nei singoli casi la presenza di tale elemento e stabilire se si tratti di una narrazione in ampia misura originale ovvero di una pura e semplice relazione, arida e impersonale, di notizie quotidiane o di cronaca».

tutela minima che risulta dalle disposizioni della Convenzione di Berna.

162. La RTE assume che il potere della Commissione di imporre alle imprese di concedere licenze ex art. 86 del Trattato e in forza del regolamento n. 17 è incompatibile con l'art. 9, n. 2, della Convenzione di Berna, ai sensi del quale:

La Hight Court irlandese ha ritenuto che i palinsesti fossero il prodotto di una riflessione e di un lavoro preliminare considerevoli, così come dell'esercizio di una particolare competenza e capacità critica e fossero pertanto degni di tutela in quanto opere letterarie e compilazioni (punto 10 della sentenza RTE e punto 7 della sentenza ITP). Con ciò è stato espressamente negato che i palinsesti possano essere considerati «mere informazioni stampa».

«Spetta alle legislazioni dei paesi dell'Unione consentire la riproduzione delle dette opere in taluni casi speciali, purché siffatta riproduzione non pregiudichi lo sfruttamento normale dell'opera né causi un danno ingiustificato ai legittimi interessi dell'autore».

Va quindi condivisa la tesi della RTE secondo cui ai palinsesti viene garantita la

163. La RTE sostiene che dall'art. 9, n. 2, risulta la condizione che le licenze obbligatorie possono essere concesse unicamente in forza di una normativa specifica che disponga chiaramente come e quando è possibile imporre licenze obbligatorie. Come esempio di normativa che soddisfa tale condizione, la RTE si riferisce alla normativa di recente emanazione nel Regno Unito in forza della quale le emittenti radiotelevisive sono tenute a concedere licenze sui loro palinsesti, nonché l'art. 8, n. 1, della proposta della Commissione di direttiva del Consiglio relativa alla tutela giuridica delle banche di

88 — Nella prefazione della guida si legge: «Tuttavia, la presente Guida non dev'essere considerata come un'interpretazione autentica delle disposizioni della detta convenzione, in quanto tale interpretazione non rientra nelle competenze dell'ufficio internazionale dell'OMPI, incaricato della gestione della convenzione. L'unico scopo della Guida è di presentare, nel modo più semplice e chiaro possibile, il contenuto della Convenzione di Berna e fornire un certo numero di chiarimenti sulla sua natura, le sue finalità e la sua portata. Spetta alle autorità interessate, nonché agli ambienti interessati, formare le proprie opinioni».

dati⁸⁹. Secondo la RTE, l'art. 86 del Trattato non risponde invece a questa condizione, perché non è sufficientemente chiaro per attribuire ai titolari di un diritto d'autore un'indicazione ragionevole dei casi in cui è possibile l'imposizione di licenze, lasciando invece alla discrezionalità della Commissione la precisazione e l'adeguamento di siffatto obbligo caso per caso.

«Questa disposizione conferisce ai paesi dell'Unione la facoltà di derogare al diritto esclusivo di riproduzione e di consentire che le opere vengano liberamente riprodotte "in taluni casi specifici". Tuttavia la libertà lasciata ai legislatori non è illimitata. La Convenzione pone due condizioni (...) che devono ambedue essere soddisfatte (...)».

164. Questa tesi non è condivisibile.

165. Nel commentario all'art. 9 della *Guida alla Convenzione di Berna* viene esposto quanto segue: «Stranamente questo diritto [di riproduzione], che costituisce l'essenza stessa del diritto d'autore, non era contemplato nella Convenzione come uno dei diritti minimi, sino alla revisione di Stoccolma (1967). Benché il diritto sia stato riconosciuto in linea di principio da tutti i paesi membri, il problema essenziale fu di trovare una formula sufficientemente ampia per comprendere tutte le eccezioni ragionevoli ma non troppo ampia da rendere vano il diritto». Più in particolare, in relazione all'art. 9, n. 2:

166. A questo proposito non sembra che sia stata attribuita una rilevanza specifica e autonoma al fatto che la disposizione stabilisca che i limiti al diritto di riproduzione sono riservati «alle legislazioni». Anche a me sembrerebbe eccessivo interpretare una formula neutra, che era intesa a «comprendere tutte le eccezioni ragionevoli», nel senso che esige normative di un certo tipo e con un certo livello di precisione. Come ha sottolineato la Commissione, è poco probabile che tutti i paesi che hanno ratificato l'Atto di Parigi nel 1971 abbiano inteso rinunciare al potere di imporre licenze obbligatorie in forza delle norme sulla concorrenza.

89 — L'art. 8, n. 1, dispone: «Malgrado il diritto di cui all'art. 2, paragrafo 5, di impedire l'estrazione e il reimpiego non autorizzati del contenuto di una banca di dati, se le opere o le materie contenute in una banca di dati messa a disposizione del pubblico non possono essere costituite, raccolte o ottenute indipendentemente da un'altra fonte, il diritto di estrarre e reimpiegare, nella sua totalità o per una parte sostanziale, opere o materie da tale banca di dati per fini commerciali è oggetto di licenza a condizioni eque e non discriminatorie». La Commissione critica questo esempio dichiarando che non riguarda il diritto d'autore che tutela la banca dei dati, bensì il diritto speciale di protezione dall'estrazione sleale che non è disciplinato dalla Convenzione di Berna. La IPO sembra concordare con la Commissione su questo punto. Non ritengo necessario pronunciarmi su questo aspetto della controversia.

A mio parere dall'art. 9, n. 2, non si può dedurre altro se non che la convenzione non osta a limitazioni del diritto esclusivo di riproduzione in casi speciali e lascia ai membri dell'Unione, nelle loro legislazioni e nel rispetto delle condizioni da essa stabilite, il compito di pronunciarsi sul modo in cui intendono avvalersi di questa possibilità. Non può essere in contrasto con questa disposizione concludere che una norma generale in materia di concorrenza costituisce il necessario fondamento normativo.

167. Per quanto riguarda infine le condizioni di cui all'art. 9, n. 2, ai sensi del quale «purché siffatta riproduzione non pregiudichi lo sfruttamento normale dell'opera né causi un danno ingiustificato ai legittimi interessi dell'autore», mi pare chiaro che la possibilità della Commissione di imporre alle imprese di concedere licenze in forza delle norme del Trattato in materia di concorrenza, qualora ricorrano i presupposti estremamente rigorosi che ho appena descritto, non potrà essere ritenuta in via generale incompatibile con l'art. 9, n. 2. Come ha sottolineato la Commissione, il ricorrere di tali presupposti sarà in ultima istanza soggetto al sindacato della Corte.

In ordine alla decisione concreta di imporre alla RTE e alla ITP la concessione di licenze sui loro palinsesti, penso che questa conclusione, nel senso che la decisione è incompatibile con l'art. 86 del Trattato, sia ancora confermata dall'art. 9, n. 2, della Convenzione di Berna, in particolare in quanto, a mio parere, l'obbligo di concedere licenze per la fabbricazione di prodotti che sostanzialmente soddisfano la richiesta del consumatore in modo analogo ai prodotti del titolare del diritto d'autore, e sono quindi in concorrenza con questi ultimi, è atto a «pregiudicare lo sfruttamento normale dell'opera».

168. La Corte può pertanto dichiarare che la Convenzione di Berna non rende necessaria un'interpretazione dell'art. 86 del Trattato che vieti di imporre ad imprese, sulla scorta

di questa disposizione e in circostanze particolari, la concessione di licenze sulle loro opere tutelate dal diritto d'autore.

169. Qualora la Corte dovesse ritenere che in circostanze particolari può essere incompatibile con l'art. 86 il diniego di concessione di licenze e concluda, contrariamente alla mia proposta, che siffatte circostanze sussistono nel caso di specie, esaminerò gli altri motivi dedotti dinanzi alla Corte.

F — Se sia stato trasgredito l'art. 3 del regolamento n. 17

170. L'art. 3, n. 1, del regolamento n. 17 dispone: «Se la Commissione constata, su domanda o d'ufficio, un'infrazione alle disposizioni dell'articolo 85 o dell'articolo 86 del Trattato, può obbligare, mediante decisione, le imprese ed associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata».

171. La ITP impugna la sentenza del Tribunale nella parte in cui ha dichiarato che la Commissione poteva, in forza di questa disposizione, imporre ad imprese la concessione di licenze sulle loro opere tutelate dal

diritto d'autore⁹⁰. Alcuni degli argomenti dedotti sono analoghi a quelli già esaminati in ordine alla questione dell'incompatibilità con l'art. 86 del diniego di concedere licenze e non verranno più analizzati in questa sede. Ho già osservato che un diniego di concedere licenze in circostanze particolari può costituire un abuso di posizione dominante. Resta solo da accertare, come ha sottolineato la Commissione, se la citata disposizione conferisca alla Commissione il potere di imporre all'impresa in posizione dominante la concessione di licenze ovvero se la Commissione debba limitarsi ad imporre all'impresa di cessare la trasgressione dell'art. 86. A questo proposito condivido appieno la motivazione del Tribunale per la conclusione cui è giunto e mi limiterò pertanto a richiamarla (v. i punti 70 e 71 della sentenza ITP).

172. La ITP ha inoltre impugnato la sentenza del Tribunale nella parte in cui ha dichiarato che l'art. 2 della decisione della Commissione è conforme al principio di proporzionalità. La ITP ha elencato una serie di elementi che a suo parere il Tribunale avrebbe dovuto prendere in considerazio-

ne⁹¹. Mi è difficile vedere come questi elementi possano avere la conseguenza che l'obbligo di concedere a terzi, su richiesta e su base non discriminatoria, l'autorizzazione di pubblicare i palinsesti della società, eventualmente concedendo loro una licenza a talune condizioni⁹², superi i limiti del ragionevole e del necessario per porre fine ad una trasgressione dell'art. 86, che nel caso di specie consiste nel diniego di concessione di licenze da parte dell'impresa. Anche su questo punto non ritengo che vi siano motivi per censurare la sentenza del Tribunale (v. i punti 80 e 81 della sentenza ITP).

G — Se il Tribunale abbia definito il mercato del prodotto di cui è causa ed applicato la nozione di posizione dominante in modo erraneo

173. Nelle sentenze del Tribunale, e conformemente alla decisione della Commissione, i mercati dei prodotti di cui trattasi sono stati definiti come quelli dei palinsesti settimanali e delle guide televisive in cui detti palinsesti sono pubblicati. Il Tribunale ha rilevato che si tratta di mercati specifici, non equiparabili

90 — Nelle varie memorie la ITP ha definito questo motivo come «sviamento di potere». Ciò è stato criticato dalla Commissione, la quale ha sostenuto che un eventuale superamento dei limiti dei suoi poteri non corrisponde ad uno sviamento di potere. La tesi della Commissione va condivisa. La ITP non sembra postulare che la Commissione abbia perseguito con la sua decisione un obiettivo diverso da quello sancito dall'art. 86, ma unicamente che la Commissione si sia avvalsa della competenza di cui all'art. 3 del regolamento n. 17 in un modo che, secondo la ITP, non può essere fondato su tale disposizione.

91 — La ITP ha sottolineato che: la decisione non ha solo abolito il diritto esclusivo di riproduzione della ITP, ma anche il suo diritto di prima messa in commercio del suo prodotto, che è particolarmente importante quando, come nel caso di specie, si tratta di un prodotto la cui longevità è di soli dieci giorni; inoltre che non vi è nessuna reciprocità fra la ITP e i suoi concorrenti (al di fuori della BBC e della RTE) cui le è stato imposto di concedere licenze, e in terzo luogo che i suoi concorrenti, in particolare i quotidiani nazionali, realizzano fatturati e profitti di gran lunga superiori a quelli della ITP.

92 — Come ha rilevato la Commissione, la decisione concedeva alle società la facoltà di esigere quei diritti e fissare quelle condizioni per la licenza che ritenessero necessari per tutelare i propri legittimi interessi.

al mercato dell'informazione sui programmi televisivi in generale, per i quali esiste una domanda specifica sia da parte dei terzi che intendono pubblicare e mettere in commercio una guida televisiva completa sia da parte dei telespettatori che sono così in grado di avere conoscenza anticipatamente delle trasmissioni che desiderano seguire e, se del caso, di programmare in conseguenza le loro attività del tempo libero settimanali (punti 61 e 62 della sentenza RTE nonché punti 47 e 48 della sentenza ITP).

174. La IPO afferma che una definizione del mercato dei prodotti di cui trattasi fondata su di una divisione in vari sottomercati e mercati connessi è artificiosa e inadeguata in quanto non tiene conto della natura e dello scopo del diritto d'autore, nonché del modo in cui il detto diritto d'autore viene posto in commercio.

175. Non vi sono a mio parere motivi di critica della definizione del Tribunale dei mercati dei prodotti di cui trattasi, che è fondata su un'analisi corrente e correttamente effettuata della sostituibilità dei prodotti interessati. Del resto mi pare che le preoccupazioni della IPO riguardino in realtà la questione se il titolare di un diritto d'autore sia autorizzato a riservarsi l'uso dell'opera tutelata dal diritto d'autore su di un mercato derivato. Tale questione riguarda tuttavia la definizione di abuso di posizione dominante e, come ho già osservato nella sezione f), va risolta in senso affermativo.

176. Occorre poi stabilire se la RTE e la ITP detengano ognuna una posizione dominante sui mercati così definiti.

177. È assodato che un'impresa non è in posizione dominante solo perché titolare di un diritto su opere dell'ingegno⁹³. È altresì incontrovertibile che una posizione dominante dev'essere definita come «una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori»⁹⁴.

178. La IPO sostiene che il Tribunale ha erroneamente accertato nelle sue sentenze che le società detenevano una posizione dominante per il semplice fatto di essere titolari dei diritti d'autore di cui trattasi e senza aver effettuato la benché minima indagine sulla loro potenza economica in quel mercato. La IPO afferma inoltre che la Commissione, nella sua decisione, ha applicato in modo erroneo il criterio della situazione di potenza economica.

⁹³ — V. sentenze della Corte 8 giugno 1971, causa 78/70, Deutsche Grammophon (Racc. pag. 125, punti 16 e 17), 18 febbraio 1971, causa 40/70, Sirena (Racc. pag. 16), e 25 giugno 1976, causa 51/75, EMI Records/CBS United Kingdom (Racc. pag. 811, punto 36).

⁹⁴ — Sentenza della Corte 9 novembre 1983, causa 322/81, Michelin (Racc. pag. 3461, punto 30). V. anche sentenze 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione (Racc. pag. 461, punto 38), e 3 ottobre 1985, causa 311/84, CBEM (Racc. pag. 3261, punto 16).

179. La Commissione ha motivato nel modo seguente l'accertamento, da essa effettuato nella decisione contestata, della posizione dominante detenuta dalla RTE e dalla ITP:

«Indipendentemente da eventuali diritti di proprietà intellettuale che spettino loro, o che secondo esse spettano loro, gli enti di radio e telediffusione esercitano un monopolio di fatto sulla produzione e la prima pubblicazione dei loro elenchi settimanali, perché tali elenchi dei programmi costituiscono un prodotto collaterale del processo di determinazione dei programmi svolto dai programmatori stessi e solo a questi noto. Inoltre gli elenchi diventano prodotti commerciali soltanto quando le determinazioni stesse sono messe a punto definitivamente (fatte salve modifiche dell'ultimo minuto), poco prima che il programma vada in onda. Ne consegue pertanto che i terzi non possono pubblicare essi stessi elenchi attendibili nelle loro guide radiotelevisive, bensì devono ottenere elenchi dagli enti di radio e telediffusione stessi, o da imprese cui siano stati concessi i diritti agli elenchi, nella fattispecie ITP, BBC e RTE. Pertanto, i terzi si trovano in una posizione di dipendenza economica caratteristica di una posizione dominante.

Inoltre il monopolio di fatto detenuto da ogni ente di telediffusione, in relazione ai propri elenchi dei programmi, è rafforzato fino a costituire un *monopolio legale*, in

quanto tali enti sostengono di essere tutelati sotto il profilo dei diritti d'autore dal diritto d'autore nel Regno Unito e/o in Irlanda, o parti a cui essi possono avere trasferito i loro supposti diritti legali cerchino lo stesso tipo di tutela (...).

Di conseguenza su tali mercati non è ammessa alcuna concorrenza da parte di terzi» (punto 22, il corsivo è mio).

180. A mio parere la Commissione ha effettuato un accertamento concreto della posizione delle società sul mercato. Il fattore decisivo dev'essere che le guide televisive settimanali non possono essere fabbricate se non mediante i palinsesti di emittenti che possono essere ricevute sul mercato di cui trattasi, e che i palinsesti possono essere forniti unicamente dalle emittenti televisive che effettuano la programmazione dei rispettivi canali e che hanno pertanto un monopolio di fatto sul mercato. I diritti d'autore delle società non sono determinanti di per sé, ma contribuiscono a rafforzare le posizioni dominanti.

181. La IPO critica l'applicazione da parte della Commissione della nozione di monopolio di fatto. Essa sostiene che siffatto monopolio sorge ogniqualvolta sussista un mercato primario e un mercato secondario ed un terzo decida unilateralmente di utilizzare i prodotti del mercato primario per svolgere un'attività economica sul mercato

secondario. La dipendenza economica è quindi artificiosamente connessa all'intenzione di un terzo. Secondo la IPO, la nozione di monopolio di fatto è una costruzione artificiosa della Commissione per giustificare l'uso del diritto della concorrenza al fine di modificare l'oggetto specifico del diritto d'autore.

182. Questa tesi non può a mio parere essere condivisa. Non è esatto sostenere che sussista una posizione dominante ogniquale volta vi sia un mercato primario e un mercato secondario. L'elemento determinante deve consistere nello stabilire se l'impresa interessata sia l'unica fonte possibile di approvvigionamento dei prodotti fabbricati sul mercato primario, che sono necessari per l'espletamento di un'attività sul mercato secondario⁹⁵.

Anche a questo proposito mi pare che le preoccupazioni della IPO riguardino in realtà la questione se il titolare di un diritto d'autore possa riservarsi l'uso della sua opera tutelata dal diritto d'autore su un mercato derivato ovvero se siffatto comportamento costituisca un abuso di posizione dominante [v. supra e sezione f)].

183. Il Tribunale ha confermato la decisione della Commissione su questo punto con la seguente motivazione:

«Quanto alla posizione della ricorrente sul mercato considerato, il Tribunale rileva come la RTE disponesse, grazie al diritto d'autore sui propri palinsesti [nella sentenza ITP: come la ITP disponesse, grazie al diritto d'autore sui palinsesti dei canali ITV e Channel Four, che le erano stati ceduti dalle emittenti che trasmettono sui detti canali], del diritto esclusivo di riprodurre e mettere in commercio i suddetti palinsesti. Tale circostanza le ha consentito, al momento dei fatti censurati, di garantirsi il monopolio della pubblicazione dei propri programmi settimanali in una rivista specializzata nella presentazione dei suoi programmi, la *RTE Guide* [nella sentenza ITP: nella presentazione dei programmi ITV e di Channel Four, la *TV Times*]. Ne consegue che la ricorrente deteneva chiaramente, nel periodo di cui trattasi, una posizione dominante sia sul mercato dei suoi palinsesti settimanali sia su quello delle riviste nelle quali questi ultimi erano pubblicati in Irlanda e Irlanda del Nord. Infatti, i terzi che, come la società Magill, intendevano pubblicare una rivista televisiva completa si trovavano in una situazione di dipendenza economica nei confronti della ricorrente, che aveva così la possibilità di opporsi all'apparizione di ogni tipo di concorrenza effettiva sul mercato dell'informazione dei propri programmi settimanali (...)» (punto 63 della sentenza RTE e punto 49 della sentenza ITP).

184. Le censure della IPO sono in qualche modo fondate. Il Tribunale sembra attribuire importanza decisiva ai diritti d'autore delle

⁹⁵ — V. in proposito le sentenze della Corte 13 novembre 1975, causa 26/75, *General Motors Continental/Commissione* (Racc. pag. 1367, punto 9), 31 maggio 1979, causa 22/78, *Hugin/Commissione* (Racc. pag. 1869, punti 9 e 10), 3 ottobre 1985, causa 311/84, *CBEM* (Racc. pag. 3261, punti 16, 17 e 18), e 11 novembre 1986, causa 226/84, *British Leyland/Commissione* (Racc. pag. 3263, punti 5 e 9).

società, e ciò, come ho già osservato, non è conforme alla giurisprudenza della Corte. Poiché però per il resto condivido le conclusioni cui è giunto il Tribunale di primo grado e quest'ultimo ha altresì accertato l'esistenza di una dipendenza economica, non ritengo che questo fattore sia di per sé sufficiente per cassare le sentenze del Tribunale.

del commercio fra Stati membri. La motivazione è la seguente:

«Nel caso di specie, il Tribunale constata che il controverso comportamento della ricorrente ha modificato la struttura della concorrenza sul mercato delle guide televisive in Irlanda e Irlanda del Nord, con conseguente pregiudizio sul flusso di scambi potenziali tra l'Irlanda e il Regno Unito.

H — Se il Tribunale abbia applicato erroneamente la nozione di pregiudizio del commercio tra Stati membri

185. La RTE sostiene che la politica in materia di licenze non ha pregiudicato il commercio tra Stati membri e che le norme del diritto comunitario in materia di concorrenza non riguardano le situazioni puramente interne di uno Stato membro. Qualora si ritenga inopportuno il fatto che in Irlanda e nel Regno Unito, contrariamente agli altri Stati membri, non vi siano guide televisive settimanali generali, questo problema deve a suo parere essere risolto dagli Stati membri interessati, come ciò è avvenuto nel Regno Unito.

Infatti, il rifiuto della ricorrente di autorizzare i terzi interessati alla pubblicazione dei suoi palinsesti settimanali ha avuto un effetto determinante sulla struttura della concorrenza nel settore delle riviste televisive, nel territorio rappresentato dall'Irlanda e dall'Irlanda del Nord. Impedendo, con la propria politica in materia di licenze, la pubblicazione, in particolare da parte della Magill, di una guida televisiva completa destinata ad essere messa in commercio tanto in Irlanda quanto nell'Irlanda del Nord, la ricorrente ha non soltanto eliminato un'impresa concorrente dal mercato delle guide televisive, ma ha precluso qualsiasi possibilità di concorrenza sul detto mercato, con il conseguente mantenimento della ripartizione dei mercati rappresentati rispettivamente dall'Irlanda e dall'Irlanda del Nord. Stando così le cose, non può negarsi che il comportamento della ricorrente era idoneo a ripercuotersi sugli scambi commerciali tra gli Stati membri» (punto 77 della sentenza RTE).

186. Nella sua sentenza il Tribunale ha accertato il ricorrere del presupposto di cui all'art. 86 per quanto riguarda il pregiudizio

187. La RTE contesta il Tribunale quando dichiara che con il suo comportamento ha

contribuito al mantenimento della ripartizione dei mercati rappresentati rispettivamente dall'Irlanda e dall'Irlanda del Nord. La RTE osserva in proposito di non aver mai impedito l'esportazione o l'importazione di guide televisive e di aver seguito un'unica politica per quanto riguarda la fornitura dei palinsesti settimanali e la concessione di licenze a prescindere dalla sede delle imprese interessate.

mercato comune, ad esempio perché conduce all'eliminazione di un concorrente⁹⁸.

188. Dalla giurisprudenza della Corte risulta che, affinché si verifichi la condizione del pregiudizio al commercio fra Stati membri, il comportamento deve «apparire ragionevolmente probabile, in base ad un complesso di elementi oggettivi di diritto o di fatto, e che l'accordo eserciti un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti degli scambi fra Stati membri» e pertanto ostacolare la costituzione di un mercato unico fra gli Stati membri⁹⁶. Ciò non si verifica solo se un comportamento causa una compartimentazione dei mercati⁹⁷, ma anche qualora sia possibile dimostrare che un comportamento incide sulla struttura della concorrenza del

189. L'argomento della RTE, secondo cui il suo comportamento non avrebbe condotto ad una ripartizione dei mercati nazionali, va presumibilmente accolto. Tuttavia è indubbio che tale comportamento *ha inciso sui rapporti di concorrenza* nel mercato comune, in quanto ha comportato l'eliminazione di un concorrente ed ha escluso nuovi concorrenti dal mercato di cui trattasi⁹⁹. Questa è la constatazione centrale della sentenza del Tribunale, che non può quindi essere censurata su questo punto.

96 — Sentenza della Corte 30 giugno 1966, causa 56/65, *Société Technique Minière* (Racc. pag. 211, in particolare pag. 216). Quella sentenza riguardava l'art. 85, ma non occorre interpretare in modo diverso la condizione di cui all'art. 86 relativo all'incidenza sul commercio. V. altresì sentenze 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin* (Racc. pag. 3461, punto 104), e 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser* (Racc. pag. I-1979, punto 32), ambedue relative all'art. 86 e in cui la Corte ha dichiarato che per il ricorrere del presupposto dell'incidenza sul commercio non è necessario che il comportamento abusivo di cui trattasi abbia effettivamente pregiudicato i commerci, in quanto è sufficiente provare che il detto comportamento è atto a causare tali conseguenze.

97 — V. in proposito sentenza della Corte 10 dicembre 1985, cause riunite 240/82, 241/82, 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 e 269/82, *Stichting Sigareettenindustrie e a.* (Racc. pag. 3831, punto 48).

98 — V. sentenza della Corte 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73, *Commercial Solvents* (Racc. pag. 223, punto 33), in cui la Corte ha dichiarato che un rifiuto di fornitura atto a comportare l'eliminazione di un concorrente anch'esso stabilito all'interno del mercato comune poteva pregiudicare la struttura della concorrenza all'interno del mercato comune e incidere pertanto in potenza sul commercio fra Stati membri. Nella sentenza 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands* (Racc. pag. 207, punti 201 e 202), la Corte ha analogamente dichiarato che «allorché il detentore di una posizione dominante sul mercato comune cerca di eliminare un concorrente, pure operante su tale mercato, è irrilevante accertare se questo comportamento riguardi gli scambi tra Stati membri, qualora sia evidente che tale eliminazione modificherà i rapporti di concorrenza nel mercato comune». V. altresì sentenze 12 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione* (Racc. pag. 461, punto 125), e 31 maggio 1979, causa 22/78, *Hugin* (Racc. pag. 1869, punto 17).

99 — Nel corso della fase orale del procedimento la RTE ha sottolineato che la questione dell'incidenza sul commercio fra Stati membri doveva essere valutata in modo distinto per la RTE, in quanto la Commissione non aveva fondato la sua decisione su una posizione dominante collettiva. Considerata isolatamente, la RTE non era in grado di incidere sulla struttura della concorrenza del mercato comune. Infatti essa poteva concedere licenze solo sui propri palinsesti e siccome è improbabile che un altro editore intendesse pubblicare una guida televisiva contenente unicamente palinsesti della RTE, il comportamento di quest'ultima non poteva quindi pregiudicare il commercio delle guide televisive in Irlanda e nell'Irlanda del Nord. Questo argomento va respinto. Il fatto che la politica della RTE in materia di licenze abbia potuto modificare i rapporti di concorrenza solo perché altre società conducevano la stessa politica non implica che la politica della RTE in tale settore non abbia modificato i rapporti di concorrenza.

190. Come ha sostenuto la RTE, e contrariamente a quanto avanzato dalla Commissione, non è però sufficiente che il commercio venga pregiudicato in atto o in potenza in tal modo. Dalla giurisprudenza della Corte risulta che tale pregiudizio deve essere *rilevante* ¹⁰⁰.

— nell'Irlanda del Nord solo circa 100 000 famiglie, cioè dal 30 al 40% della popolazione dell'Irlanda del Nord, il che rappresenta meno dell'1,6% del mercato televisivo nel Regno Unito e meno dello 0,3% del mercato comunitario, possono ricevere le trasmissioni della RTE e solo circa 5 000 esemplari della *RTE Guide* vengono venduti in tale ambito ¹⁰¹.

191. La RTE sostiene che la sua politica in materia di licenze ha pregiudicato il commercio tra l'Irlanda e il Regno Unito in misura insignificante. La RTE ha addotto in proposito che:

192. La RTE assume inoltre che spetta comunque alla Commissione provare che il commercio fra Stati membri è stato pregiudicato in modo rilevante. A suo parere la Commissione non lo ha provato in quanto si è limitata alle seguenti considerazioni nella sua decisione:

— le guide televisive che contengono i palinsesti della RTE sono, per le loro caratteristiche, richieste unicamente nel territorio in cui possono essere ricevute le trasmissioni della RTE, cioè in Irlanda e in una piccola regione frontaliere dell'Irlanda del Nord;

«Il summenzionato abuso incide sugli scambi fra gli Stati membri in quanto una guida TV completa che contenga gli elenchi settimanali dei futuri programmi regionali di ITP e BBC e quelli di RTE potrebbe chiaramente essere venduta sia in Irlanda che nell'Irlanda del Nord, il che comporterebbe scambi transfrontalieri di tale guida o guide. Inoltre gli scambi degli stessi elenchi settimanali dei futuri programmi includerebbero correnti di natura transfrontaliera» (punto 24).

— la RTE non ha programmi né pubblicità destinati all'Irlanda del Nord né trasmessi verso quest'ultima, in quanto l'Irlanda del Nord non ha una rete televisiva via cavo e le sue trasmissioni possono pertanto essere ricevute solo a causa di «overspill» (sconfinamenti);

101 — La RTE ha inoltre ricordato che le vendite delle sue guide televisive nel Regno Unito costituiscono meno del 5% delle vendite in Irlanda e che dall'esperienza ricavata dopo l'introduzione della nuova politica in materia di licenze è risultato che sino ad ora la sua politica precedente non aveva pregiudicato il commercio intracomunitario.

100 — V., ad esempio, sentenze della Corte 25 novembre 1971, causa 22/71, Béguelin (Racc. pag. 949, punti 16-18), e 20 giugno 1978, causa 28/77, Tepea (Racc. pag. 1391, punti 47-51).

La RTE sottolinea che la Commissione non ha contestato le circostanze dedotte dalla società e non ha neppure addotto, nel corso della fase orale del procedimento dinanzi alla Corte, circostanze da cui risulti che si trattava di un pregiudizio rilevante degli scambi ¹⁰².

193. Secondo la RTE, la sentenza del Tribunale va cassata, poiché neppure quest'ultimo ha effettuato un'approfondita analisi di mercato onde accertare se il commercio fosse stato pregiudicato in modo rilevante, in particolare perché non ha tenuto conto delle informazioni di fatto prodotte dalla RTE, né dei suoi argomenti, né ha valutato sufficientemente questi elementi.

102 — La RTE sottolinea in tale contesto che la decisione della Commissione si riferisce solo agli scambi fra l'Irlanda e l'Irlanda del Nord. Le informazioni su cui si è fondata la Commissione nel corso del procedimento dinanzi alla Corte per quanto riguarda gli scambi fra l'Irlanda e il territorio del Regno Unito non potrebbero quindi essere prese in considerazione. La Commissione ha negato che si tratti di informazioni nuove e in particolare ha osservato che sin dall'audizione dinanzi alla Commissione la BBC ha dichiarato di temere l'importazione delle guide televisive in lingua inglese dall'Irlanda in Gran Bretagna, la ITP ha espresso preoccupazioni analoghe in sede di procedimento sommario dinanzi al presidente della Corte e anche la RTE, nel corso del detto procedimento, ha manifestato la sua preoccupazione a causa della pubblicazione da parte degli editori inglesi della versione irlandese delle loro guide televisive con informazioni sui programmi della RTE. Poiché a mio parere per dirimere le presenti controversie è sufficiente prendere in considerazione la rilevanza degli scambi fra l'Irlanda e l'Irlanda del Nord, non è necessario pronunciarsi definitivamente sulla questione se si possa prendere in considerazione un eventuale pregiudizio del commercio tra l'Irlanda e la Gran Bretagna. Mi sia tuttavia permessa una breve osservazione: il fatto che le emittenti britanniche nutrano timori in ordine alle importazioni dall'Irlanda di una *Magill TV Guide* e il fatto che la modifica della normativa britannica abbia comportato l'apparizione sul mercato irlandese di guide televisive settimanali generali prodotte nel Regno Unito consente anzitutto di dimostrare la rilevanza della politica della ITP e della BBC in materia di licenze, i cui programmi, contrariamente a quelli della RTE, potevano essere ricevuti sia nel Regno Unito sia in Irlanda. Non si può però escludere che editori irlandesi siano interessati alla pubblicazione delle guide televisive con informazioni sui programmi della ITP e della BBC, qualora possano includervi anche informazioni sui programmi della RTE, o che in Irlanda vi sia una maggior richiesta di guide televisive provenienti dalla Gran Bretagna, qualora contengano altresì informazioni sui programmi della RTE. In tal guisa è possibile che la politica di licenze della RTE possa incidere sugli scambi fra l'Irlanda e la Gran Bretagna.

194. Il Tribunale ha accertato, con la sua sentenza, che il commercio era stato pregiudicato in modo rilevante con la seguente motivazione:

«Per giunta, si deve rilevare come le sensibili ripercussioni provocate dalla politica in questione sulle correnti di scambi potenziali tra l'Irlanda e l'Irlanda del Nord siano chiaramente dimostrate dall'esistenza di una domanda specifica per una guida televisiva completa del tipo della *Magill TV Guide*, come testimonia il successo delle riviste televisive specializzate nei programmi di un'unica società televisiva, in assenza di una guida televisiva completa, al momento dei fatti, sul mercato geografico considerato. Al riguardo, va ricordato come la politica della ricorrente in materia di informazioni sui programmi settimanali costituisca un ostacolo alla produzione ed alla diffusione di riviste televisive complete, destinate a tutti i telespettatori irlandesi e nordirlandesi. Invero, il territorio geografico rilevante, sul quale è già stato realizzato un mercato unico dei servizi di trasmissione di programmi televisivi, costituisce nel contempo un mercato unico dell'informazione sui programmi televisivi, avuto riguardo in particolare alla grande facilità degli scambi dal punto di vista linguistico» (punto 77 della sentenza RTE).

195. Stando alla giurisprudenza della Corte, il requisito della rilevanza ricorre facilmente ¹⁰³. In particolare non è necessario esigere

103 — Relativamente ad un caso in cui la Corte ha rilevato che il comportamento interessato non poteva essere considerato pregiudizievole per gli scambi fra Stati membri (v. sentenza 31 maggio 1979, causa 22/78, Hugin, Racc. pag. 1869).

che la Commissione svolga un'analisi economica del preciso volume potenziale degli scambi fra Stati membri di un determinato prodotto¹⁰⁴. A mio parere si deve ritenere che nel caso di specie sussista il presupposto dell'incidenza sensibile sugli scambi, non fosse altro perché è possibile constatare che il comportamento di cui trattasi ha comportato l'eliminazione di un concorrente ed escluso nuovi concorrenti disposti a fabbricare un prodotto che sarebbe senz'altro richiesto sia sul mercato irlandese sia sulla parte del mercato dell'Irlanda del Nord in cui possono essere ricevute le trasmissioni della RTE¹⁰⁵. Non ritengo quindi che la sentenza del Tribunale vada censurata su questo punto¹⁰⁶.

I — Se sia stato trasgredito l'art. 190 del Trattato

196. La ITP afferma che il Tribunale ha trasgredito l'art. 190 del Trattato dichiarando che la decisione della Commissione era correttamente motivata. A suo parere la decisione non era sufficientemente motivata in quanto la Commissione non aveva illustrato le considerazioni giuridiche che l'hanno condotta a ritenere per la prima volta che l'esercizio del diritto d'autore consistente nel negare la concessione di licenze può costituire un abuso di posizione dominante incompatibile con l'art. 86, perché la Commissione si era limitata ad affermare che il comportamento di cui trattasi non rientrava nell'oggetto specifico del diritto d'autore senza motivare e chiarire questa affermazione, perché i motivi ora dedotti dalla Commissione non risultano dalla decisione e perché la Commissione non aveva chiarito per quale motivo i principi sanciti dalla Corte nelle sentenze Warner Brothers e Volvo/Veng¹⁰⁷ non si applichino nei casi di specie.

197. La Commissione osserva anzitutto che, sebbene l'obbligo di motivazione sia una questione giuridica, non è opportuno chiedere alla Corte di effettuare una nuova e dettagliata indagine di una decisione in materia di concorrenza onde accertare se il Tribunale abbia correttamente concluso che la decisione era sufficientemente motivata. La Commissione ritiene che per evitare inutili ripetizioni la Corte debba limitarsi su questo punto ad analizzare la sentenza impugnata onde stabilire se sia viziata da un errore

104 — V. in tal senso sentenza 9 novembre 1983, causa 322/81, Michelin (Racc. pag. 3461, punti 102-105), in cui la Corte ha disatteso una censura di una decisione della Commissione secondo cui l'argomento di quest'ultima consisteva nel presumere l'incidenza sul commercio ed era fondato su di un'analisi puramente astratta e teorica. V. altresì sentenza della Corte 1° febbraio 1978, causa 19/77, Miller (Racc. pag. 131, punto 15). Effettivamente la Corte ha accertato in varie sentenze un'incidenza rilevante sugli scambi senza svolgere un'analisi economica dettagliata (v. sentenza 14 febbraio 1978, causa 27/76, United Brands, Racc. pag. 207, punto 202), in cui la Corte si è limitata a dichiarare «che il rifiuto di rifornire un fedele cliente di vecchia data, che acquista per rivendere in un altro Stato membro, influisce sulla normale corrente degli scambi ed ha tangibile incidenza sul commercio tra Stati membri».

105 — Questa conclusione è corroborata in certa misura dalla sentenza 25 ottobre 1983, causa 107/82, AEG (Racc. pag. 3151, punto 65), in cui la Corte ha dichiarato che un sistema di distribuzione selettiva poteva incidere sugli scambi fra Stati membri solo perché era possibile accertarne l'influenza sull'esportazione di televisori a colori che possono funzionare con sistemi di trasmissione diversi, rispettivamente in Francia e in Germania, ed erano pertanto particolarmente richiesti nelle regioni frontaliere della Germania e della Francia.

106 — Come ha sostenuto la RTE, effettivamente la Commissione non dichiara espressamente nella sua decisione che il comportamento della RTE ha avuto un'*infausta incidenza sui rapporti di concorrenza* nel mercato comune e poteva quindi avere un'*influenza rilevante* sugli scambi. Questo aspetto non può però essere determinante. Dalla decisione risulta chiaramente che il comportamento della RTE ha avuto come conseguenza l'eliminazione di un concorrente ed escluso l'arrivo sul mercato di nuovi concorrenti (v. punto 23) e che si trattava di un prodotto per cui vi era una domanda potenziale sia nel mercato irlandese sia in una parte del mercato dell'Irlanda del Nord (v. punto 24). Ciò è a mio parere sufficiente. In altre parole non vi è motivo per censurare la sentenza del Tribunale sostenendo che la decisione della Commissione avrebbe dovuto essere annullata per motivazione insufficiente su tale punto.

107 — V., supra, capitolo D, sezioni b) e c).

manifesto. La Commissione sostiene quindi che la sua decisione era adeguatamente motivata e che la sentenza del Tribunale non contiene pertanto errori e comunque non un errore manifesto in proposito.

diritti, e alla Corte di esercitare il suo controllo, non è cionondimeno necessario che la motivazione specifichi tutti i vari aspetti di fatto o di diritto pertinenti. Infatti, per stabilire se la motivazione di una decisione risponda a tali esigenze si deve aver riguardo non solo alla lettera, ma anche al contesto nonché al complesso delle norme giuridiche che disciplinano la materia»¹⁰⁸.

198. A mio parere non vi è nessun motivo per ritenere che l'esame da parte della Corte delle sentenze del Tribunale debba essere più limitato quando si tratta di accertare se il Tribunale abbia correttamente rilevato che un atto giuridico era sufficientemente motivato. Sebbene l'esame della questione dell'inadempimento dell'obbligo di motivazione implichi una valutazione del contesto sotteso alla decisione, si tratta a mio parere di una questione di diritto che rientra nel sindacato giurisdizionale consueto della Corte, conformemente all'art. 51 dello Statuto. Occorre pertanto accertare se la decisione della Commissione sia stata correttamente motivata.

199. Da una giurisprudenza costante della Corte risulta che l'obbligo di motivazione di cui all'art. 190 ha il seguente contenuto:

«Benché (...) la motivazione prescritta dall'art. 190 del Trattato debba indicare, in modo chiaro ed inequivocabile l'iter logico seguito dall'autorità comunitaria che ha adottato l'atto, in modo da consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato ai fini della difesa dei loro

200. Contrariamente a quanto allegato dalla ITP, la Commissione ha indicato espressamente nella sua decisione che la ITP, la BBC e la RTE hanno impedito con le loro politiche restrittive in materia di licenze la produzione e la vendita di un *nuovo prodotto per cui vi è una rilevante domanda potenziale*, che le dette società, ognuna delle quali si trova in posizione dominante sul mercato dei propri palinsesti, si riservano il *mercato derivato* delle guide televisive settimanali, che le condizioni cui viene subordinata la concessione di licenze da parte delle dette società, che limitavano la riproduzione di palinsesti ad uno o al massimo due giorni, erano *indebitamente restrittive*, che il comportamento delle dette società non era giustificato dalle considerazioni sopra precisate, ma aveva unicamente lo *scopo di proteggere la posizione delle proprie guide televisive* che non si trovano in concorrenza fra di loro o in concorrenza con altre guide, e che le dette società hanno pertanto limitato la concorrenza a danno del consumatore in violazione dell'art. 86, lett. b). La Commissione ne conclude che

108 — V. sentenza della Corte 26 giugno 1986, causa 203/85, Nicolet Instrument (Racc. pag. 2049, punto 10), e, più recentemente, sentenza 13 ottobre 1993, causa C-104/90, Matsushita Electric Industrial/Consiglio (Racc. pag. I-4981, punto 19). V. altresì sentenze della Corte 17 gennaio 1984, cause riunite 43/82 e 63/82, VBVB e VBB/Commissione (Racc. pag. 19, punto 22), e 11 luglio 1989, causa 246/86, Belasco e a./Commissione (Racc. pag. 2117, punti 55 e 56), cui ha fatto rinvio il Tribunale.

le società si sono avvalse del loro diritto d'autore come uno strumento del loro abuso in maniera che *esula dalla portata dell'oggetto specifico* di tale diritto di proprietà intellettuale.

201. La Commissione ha in tal modo elencato le circostanze che potevano eventualmente motivare nel caso di specie un pregiudizio all'oggetto specifico del diritto d'autore [v., supra, capitolo D, sezioni e), f), g) e i)]. Dalla decisione risulta chiaramente che la Commissione non ritiene che l'oggetto specifico del diritto d'autore possa precludere, in tali circostanze, l'applicazione dell'art. 86¹⁰⁹. Perché venga rispettato l'obbligo di motivazione che discende dalla giurisprudenza della Corte ciò è a mio parere sufficiente in quanto non vedo motivi per esigere una motivazione più precisa dal punto di vista giuridico o richiami alla precedente giurisprudenza della Corte.

202. Non va quindi censurata la sentenza del Tribunale nella parte in cui dichiara che la decisione della Commissione era correttamente motivata (punti 64 e 65 della sentenza ITP).

109 — Per criticare la decisione della Commissione non è sufficiente che quest'ultima consideri la fattispecie come una precisazione della portata dell'oggetto specifico e non come una violazione dell'oggetto specifico (v., supra, paragrafo 53). La questione del tipo di presentazione più adeguata è puramente formale.

J — Sulle spese

203. Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese, se ne è stata fatta domanda, e, quando vi siano più parti soccombenti, la Corte decide sulla ripartizione delle spese. L'art. 69, n. 4, dispone che la Corte può decidere che una parte interveniente diversa dagli Stati membri e dalle istituzioni sopporti le proprie spese.

204. Se la Corte concorda con le mie proposte, la parte soccombente nella presente causa sarà la Commissione, sostenuta dalla Magill.

205. Nelle sentenze del Tribunale la RTE e la ITP sono state condannate alle spese, comprese quelle dell'interveniente. Le sentenze vanno altresì annullate su questo punto.

206. La RTE ha concluso nel senso che la Commissione e la Magill vengano condannate alle spese. La ITP ha concluso nel senso che la Commissione e/o la Magill vengano condannate alle spese sostenute dalla ITP nel procedimento dinanzi al Tribunale e che la Commissione venga condannata alle spese sostenute dalla ITP nel procedimento dinanzi alla Corte. La IPO ha concluso nel senso che la Commissione venga condannata a rifondere le spese da essa sostenute dinanzi alla Corte.

207. Propongo alla Corte di pronunciarsi nel modo seguente sulla questione delle spese:

nel procedimento dinanzi alla Corte la Magill si è limitata alle difese orali e non ha quindi occasionato spese particolari alla RTE e alla ITP.

La Commissione è condannata alle spese della RTE e della ITP sostenute nel procedimento dinanzi al Tribunale e in quello dinanzi alla Corte, ad eccezione delle spese connesse all'intervento della Magill.

La Magill è condannata alle spese sostenute dalla RTE e dalla ITP come conseguenza del suo intervento sia per quanto riguarda il procedimento dinanzi al Tribunale sia quello dinanzi alla Corte. In concreto risulterà che

La IPO sopporta le proprie spese, tenuto conto del fatto che è stato disatteso il suo motivo fondamentale secondo cui l'art. 86 non può essere applicato all'esercizio di prerogative inerenti all'oggetto specifico del diritto d'autore, così come è stato respinto il motivo autonomo secondo cui il Tribunale avrebbe definito in modo erroneo il mercato del prodotto di cui trattasi ed applicato in modo erroneo la nozione di posizione dominante.

Conclusioni

208. Propongo pertanto alla Corte:

- di annullare le sentenze del Tribunale 10 luglio 1991, causa T-69/89, RTE/Commissione (Racc. pag. II-485), e causa T/76/89, ITP/Commissione (Racc. pag. II-575),
- di pronunciarsi definitivamente sulla controversia conformemente all'art. 54, n. 1, dello Statuto (CEE) della Corte di giustizia e di annullare la decisione della Commissione 21 dicembre 1988, 89/205/CEE, relativa ad una procedura di applicazione dell'articolo 86 del Trattato CEE, accogliendo quindi i ricorsi della Radio Telefis Eireann e della Independent Television Publications Limited,

- di condannare la Commissione alle spese sostenute dalla Radio Telefis Eireann e dalla Independent Television Publications Limited nel procedimento dinanzi al Tribunale e in quello dinanzi alla Corte, ad eccezione delle spese connesse all'intervento della Magill TV Guide Limited,
- di condannare la Magill TV Guide Limited alle spese sostenute dalla Radio Telefis Eireann e dalla Independent Television Publications Limited dinanzi al Tribunale e dinanzi alla Corte, in conseguenza del suo intervento,

e

- di disporre che le spese sostenute dalla Intellectual Property Owners Inc. restino a suo carico.