

Pubblicato il 16/01/2020

N. 00503/2020 REG.PROV.COLL.
N. 02239/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2239 del 2018, proposto da S.I.E. - Società Iniziative Editoriali S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Meli, presso il cui studio in Roma, viale dell'Università 27, è elettivamente domiciliata;

contro

Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Euregio/Infojuice S.r.l. Gmbh, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

in via principale, del provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 20.12.2017, n. 26907, emanato ad esito del procedimento A503 – “Società Iniziative Editoriali/Servizi di rassegna stampa nella Provincia di Trento”, e notificato a mezzo p.e.c. in data 28.12.2017;
e, in via subordinata,

per l'annullamento

della parte del deliberato in cui, nell'ordinare imporre a SIE di rilasciare licenze volte a conferire il diritto di inserire nelle rassegne stampa i contenuti della testata L'Adige agli operatori che ne facciano richiesta a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, imponga di tenere “conto di quanto disposto nei provvedimenti cautelari del 7 febbraio 2017 e del 22 marzo 2017”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2019 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Società Iniziative Editoriali S.p.A. (d'ora innanzi “SIE”) è una società attiva nel mercato dell'editoria quotidiana, editrice de “L'Adige”, principale quotidiano della provincia autonoma di Trento.

Con il ricorso in esame, SIE impugna il provvedimento indicato in epigrafe, con il quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha ritenuto che essa ricorrente abbia posto in essere un abuso di posizione dominante, contrario all'art. 3 della legge n. 287/1990 e consistente nel rifiuto di concedere licenza sui contenuti editoriali della propria testata alle imprese che forniscono rassegne stampa nella provincia di Trento.

Il procedimento ha tratto origine dalla segnalazione di Euregio (Infojuice) s.r.l. GmbH, società attiva nel mercato del monitoraggio dei media attraverso la fornitura di servizi di rassegna stampa digitalizzato di consultazione, denominato “Infojuice”.

La delibera impugnata ha ritenuto che “la condotta segnalata di rifiuto a contrarre (ovvero di pratica discriminatoria), posta in essere da un operatore dominante nel mercato a monte della stampa locale quotidiana nella Provincia Autonoma di Trento (di seguito, anche “PAT”) fosse suscettibile di configurare un abuso escludente in grado di condizionare significativamente la concorrenza nel mercato a valle dei servizi di rassegna stampa quotidiana nella suddetta provincia”.

Nel corso del procedimento, come prospettato con l’unica comunicazione di avvio, è stato dapprima adottato un provvedimento cautelare, ai sensi dell’art. 14 bis della legge n. 287/1990, con il quale è stato disposto che SIE rilasciasse “senza indugio licenze volte a conferire il diritto di inserire nelle rassegne stampa degli operatori che ne facciano richiesta i contenuti della testata “L’Adige” a condizioni FRAND, ossia eque, ragionevoli e non discriminatorie”, seguito, in ragione del mancato raggiungimento di un accordo tra SIE e Euregio, dall’adozione di un ulteriore provvedimento cautelare a mezzo del quale l’AGCM ha essa stessa individuato, nelle condizioni economiche e contrattuali di licenza “Promopress”, un equilibrio adeguato alla bilateralità del rapporto tra l’editore e l’operatore di rassegna stampa.

Nella fase procedimentale, infine, sono respinti gli impegni presentati da SIE. All’esito dell’istruttoria è stato adottato il provvedimento impugnato, a mezzo del quale, ritenuta la ricorrenza dell’abuso di posizione dominante, è stato imposto alla ricorrente di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli dell’infrazione accertata, con conseguente obbligo per SIE di rilasciare licenze volte a conferire il diritto di inserire nelle rassegne stampa i contenuti della testata “L’Adige” agli operatori che ne facciano richiesta, a condizioni eque ragionevoli e non discriminatorie, ed è stata inflitta la sanzione pecuniaria di 1083,34 euro.

La ricorrente, premessa una ricostruzione normativa in tema di diritto di esclusiva sui contenuti editoriali e una ricostruzione in fatto della gestione di

tali diritti nella provincia autonoma di Trento, articola i seguenti motivi di ricorso:

I. I vizi del provvedimento n. 26907 del 20.12.2017. Premessa: la giurisprudenza e la prassi antitrust in materia di rifiuto di concedere licenze su diritti di proprietà intellettuale.

La ricorrente ricostruisce gli elementi caratterizzanti l'abuso di posizione dominante mediante rifiuto a contrarre e, in particolare, mediante rifiuto a concedere licenze su diritti di proprietà intellettuale, evidenziando come, nel caso in esame, la ricorrenza degli stessi sia stata ritenuta sulla base di un'erronea interpretazione delle norme applicabili e di un'istruttoria carente e lacunosa.

II. – Violazione di legge per falsa e/o errata applicazione dell'art. 3, L. n. 287/1990 con riferimento all'accertamento del mercato rilevante e della posizione dominante; violazione di legge ed eccesso di potere per manifesta illogicità, per omessa e/o carente istruttoria, nonché per omessa e/o contraddittoria motivazione con riferimento all'accertamento della strategia abusiva di SIE. Eccesso di potere per travisamento dei fatti.

La ricorrente censura la ritenuta ricorrenza di una posizione di dominanza, a suo giudizio ricostruita dall'AGCM senza tenere conto delle caratteristiche oggettive del prodotto "rassegna stampa", evidenziando come l'analisi economica posta a base del provvedimento impugnato si presenti particolarmente carente.

III. Violazione di legge ed eccesso di potere per omessa e/o carente istruttoria con riferimento al carattere "essenziale" dell'accesso a L'Adige quale "in-put" per la fornitura di servizi di rassegna stampa nella PAT.

La generale carenza istruttoria e motivazionale dell'atto emergerebbe in maniera ancora più evidente con riferimento all'accertamento dell'essenzialità dell'accesso a L'Adige ai fini della produzione di servizi di rassegna stampa.

IV. – Violazione di legge e/o eccesso di potere per omessa e/o carente istruttoria, nonché per omessa e/o contraddittoria motivazione del

provvedimento con riferimento all'accertamento del requisito dell'“impedimento alla realizzazione di un prodotto nuovo” quale conseguenza del rifiuto opposto da SIE.

L'affermazione secondo cui la condotta della ricorrente avrebbe impedito la realizzazione di un prodotto nuovo sarebbe assertiva e non correlata a conferenti risultanze istruttorie.

V. Violazione di legge ed eccesso di potere per omessa e/o carente istruttoria, nonché per omessa e/o contraddittoria motivazione con riferimento all'accertamento della sussistenza di una obiettiva giustificazione per il rifiuto di SIE.

Medesima assertività e carenza motivazionale caratterizzerebbero la parte di provvedimento in cui si ritiene l'assenza di una giustificazione obiettiva del rifiuto di SIE di concedere le licenze sui contenuti de L'Adige e sulla decisione di gestirli attraverso un accordo esclusivo con “Volocom”.

VI. Carenza di potere. Violazione di legge per difetto di motivazione ed eccesso di potere per irragionevolezza e contraddittorietà nell'individuazione e applicazione delle cd. “condizioni FRAND”

La ricorrente rappresenta come, nella parte di provvedimento in cui sono individuate le future regole comportamentali, l'Autorità abbia utilizzato un potere regolatorio di cui è priva.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, costituita in giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso.

La segnalante Euregio/Infojuice S.r.l. Gmbh non si è costituita in giudizio

All'udienza del 18 dicembre 2019, in vista della quale la ricorrente e l'Autorità hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive tesi, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

L'art. 3 della legge n. 287/1990, stabilisce che “È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato

nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato: a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori; c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi”.

La norma, come pure l'art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, vieta l'“abuso di posizione dominante”, ma non fornisce una definizione dello stesso, rimettendo, in tal modo, all'interprete la specificazione dei concetti generali presenti nella disposizione nonché l'individuazione delle fattispecie delle condotte meritevoli di sanzione, stante la chiara non esaustività dell'elencazione dei comportamenti ivi descritti.

In proposito si è, in primo luogo, osservato come “la posizione dominante è una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su un determinato mercato e ha la possibilità di tenere comportamenti in linea di massima indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori” (Corte di Giustizia, 14 febbraio 1978, C - 27/76 United Brands).

L'analisi effettuale, di conseguenza, assume un valore determinante, atteso che “l'esistenza di una posizione dominante deriva in generale dalla concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero stati necessariamente decisivi” (Corte di Giustizia, 14 febbraio 1978, cit.).

La norma, dunque, delinea una fattispecie “aperta”, con la conseguenza che per aversi posizione dominante non è necessario che un'impresa si trovi in

una posizione di monopolio o di quasi monopolio su un dato mercato, atteso che ciò che rileva è la possibilità per l'impresa di essere in grado (se non di decidere, quantomeno) di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza (Corte di giustizia CE 14 febbraio 1978, C-27/76, e 13 febbraio 1979, C-85/76, Hoffmann/La Roche).

L'esistenza di una posizione dominante, tuttavia, non è di per sé incompatibile con le norme in materia di concorrenza, atteso che è possibile che l'impresa competa lecitamente sul mercato con gli altri concorrenti.

Il problema è allora quello di individuare una linea di demarcazione tra "uso" e "abuso" della posizione di concorrente dominante, ciò che dovrà avvenire in ragione del principio generale di proporzionalità, indagando, in concreto, il potere economico dell'impresa e comparando lo stesso alle distorsioni della concorrenza che la condotta di quell'impresa in quello specifico ambito è in grado di generare (Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673).

In sostanza la "dominanza" genera nell'impresa una "speciale responsabilità" di non compromettere, con il suo comportamento, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata in mercati in cui, proprio per il fatto che vi opera un'impresa dominante, il grado di concorrenza è già ridotto (Corte di giustizia CE, 14 novembre 1996, n. 333/94).

Ne deriva, anche alla luce della già rilevata portata proteiforme della nozione di abuso, derivante dalla non esaustività dell'elenco contenuto nell'art. 3 della legge n. 287/1990 e dell'art. 102 del Trattato, che l'applicazione della suddetta disposizione implica "un'attività di <<contestualizzazione>>, frutto di una valutazione complessa, che rapporta fattispecie giuridiche che, per il loro riferimento alla varia e mutevole realtà economica, sono di loro necessariamente indeterminate, come quelle di mercato rilevante e di abuso di posizione dominante, al caso specifico" (Consiglio di Stato, n. 1673/2014, cit.)

Ancorché tale attività implichi un ineliminabile "margine di opinabilità", l'interprete dovrà identificare, pur nella varietà e eterogeneità delle situazioni

di fatto, la sussistenza di un rapporto effettivo tra l'interesse generale tutelato dalle previsioni, riferito alla tutela della concorrenza e del mercato, e il comportamento concretamente tenuto e considerato dai provvedimenti.

La giurisprudenza ha pure osservato come il carattere “abusivo” di un comportamento non ha relazione con la sua conformità ad altre normative, giacché gli abusi di posizione dominante consistono, per lo più, proprio in comportamenti leciti alla luce di altri settori dell'ordinamento, diversi dal diritto alla concorrenza (Corte di giustizia CE, 6 dicembre 2012, C-457/10, Astrazeneca, Consiglio di Stato, VI, 15 maggio 2015, n. 2479 e 12 febbraio 2014, n. 693).

Ne consegue che, pur in presenza di comportamenti leciti alla luce di singole normative settoriali, l'interprete potrà ravvisare la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale laddove la combinazione degli stessi sia espressiva di un intento escludente, da accertare indiziariamente come un “quid pluris” che si aggiunge alla sommatoria di comportamenti altrimenti leciti.

Diversamente opinando, l'abuso di posizione dominante sarebbe pressoché inconfigurabile, grazie al semplice fatto che consiste il più delle volte in comportamenti analiticamente leciti se visti solo alla luce di settori dell'ordinamento diversi da quello della concorrenza.

Sempre in via generale, si è poi osservato come, una volta appurata l'astratta idoneità della condotta ad alterare il normale svolgimento del gioco concorrenziale, non occorre anche che se ne verificano gli effetti concreti.

E infatti “Ai fini dell'art. 102 TFUE, la prova dell'oggetto e quella dell'effetto anticoncorrenziale si confondono tra loro: se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa dominante è di restringere la concorrenza, un tale comportamento è di per sé pregiudizievole, in quanto può anche comportare tale effetto” (sentenza del Tribunale Ue, del 29 marzo 2012, causa T336/07, Telefonica; sentenza del Tribunale Ue, del 30 settembre 2003, causa T203/01 Michelin).

L'illecito, in sostanza, si perfeziona con una condotta specifica, di per sé idonea a turbare il funzionamento corretto e la libertà stessa del mercato, nella misura in cui la stessa sia astrattamente idonea a produrre effetti anticoncorrenziali.

Anche con riferimento a tale aspetto, quindi, il criterio guida dell'interprete deve essere di tipo finalistico, essendo egli chiamato a verificare la sussistenza di un rapporto effettivo tra l'interesse generale tutelato dalle previsioni, riferito alla tutela della concorrenza e del mercato, e il comportamento concretamente tenuto e considerato dai provvedimenti.

Lo specifico illecito anticoncorrenziale consistente nell'abuso di posizione dominante realizzato mediante il rifiuto dell'impresa di concedere una licenza per l'uso di un diritto di proprietà intellettuale, infine, presenta nel più ampio "genus" di appartenenza, una specifica connotazione, attesa la necessità di operare un più complesso bilanciamento tra l'esigenza di tutela della concorrenza e l'esigenza di tutela del diritto di proprietà intellettuale, il quale gode di una peculiare protezione in ragione della necessità di non disincentivare la ricerca e l'innovazione (cfr. Comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, che, al punto 74, rileva, con generale riferimento all'abuso realizzato mediante rifiuto di contrarre come "l'imposizione di un obbligo di fornitura a carico dell'impresa dominante ... - anche contro un'equa remunerazione - può compromettere gli incentivi delle imprese ad investire ed innovare e quindi eventualmente danneggiare i consumatori" inducendo le imprese dominanti a non investire o a investire meno).

La giurisprudenza comunitaria, di conseguenza, ha connotato la possibilità di intervenire in tali fattispecie di abusi come sostanzialmente eccezionale e ha, a tal fine, individuato, nel tempo, le specifiche condizioni ricorrendo le quale il

titolare del diritto di proprietà intellettuale che rifiuti di contrarre commette abuso di posizione dominante.

Viene in proposito in rilievo la c.d. “Essential facility doctrine” (EFD), richiamata pure nel provvedimento impugnato, secondo la quale, affinché sussista l’illecito antitrust contestato a SIE occorre che ricorrano le seguenti condizioni:

- I. che il bene cui si chiede l’accesso sia indispensabile per l’esercizio di una data attività in un mercato derivato;
- II. che il rifiuto impedisca l’ingresso di un nuovo prodotto o servizio che il titolare del diritto di proprietà intellettuale non offre e per cui esiste una potenziale domanda da parte dei consumatori;
- III. che il rifiuto non sia oggettivamente giustificato;
- IV. che sia idoneo ad eliminare qualsiasi concorrenza su un mercato derivato.

Dopo alcune oscillazioni giurisprudenziali, la Corte di giustizia ha riconosciuto che le citate condizioni devono ricorrere cumulativamente (Corte giustizia UE sez. V, 29/04/2004, n.418).

Alla luce di tale premessa appare fondata la censura di difetto di istruttoria, articolata da SIE con riferimento a diversi profili dell’accertamento posto in essere dall’Autorità.

In particolare, il provvedimento non appare sostenuto da adeguato apparato probatorio con riferimento all’accertamento della essenzialità della risorsa e della innovatività del prodotto.

Quanto all’essenzialità della risorsa, va condivisa la ricostruzione di parte ricorrente che ha rappresentato come l’istruttoria condotta dall’Autorità abbia portato ad accertare solo la particolare utilità della disponibilità dei contenuti de “L’Adige” al fine di costruire una rassegna stampa locale.

E infatti, diversamente da quanto sostenuto dall’AGCM nel provvedimento e negli scritti difensivi, l’essenzialità ai fini del test EFD è integrata da una assoluta indispensabilità e non duplicabilità della risorsa, ciò che nel caso concreto risulta escluso, dal punto di vista dell’analisi controfattuale, dalla

circostanza che, anche dopo il ritiro de “L’Adige” dal commercio, alcune gare per l’assegnazione della rassegna stampa si sono svolte e sono state aggiudicate in assenza della risorsa in esame, mentre altre gare, a cui ha partecipato un operatore che aveva la disponibilità de “L’Adige”, sono state aggiudicate ad altri operatori privi della detta risorsa.

La contestazione di parte va pure condivisa laddove evidenzia il fatto che, benché il questionario diffuso dall’AGCM in una domanda contenesse espressamente il quesito in ordine all’ “essenzialità” o meno della risorsa, l’analisi puntuale delle risposte dimostra come l’espressione sia stata intesa dai suoi destinatari nel significato più colloquiale di “elevato gradimento” o di “grande utilità” e non nel senso, appunto, di “indispensabilità”, e dunque non sostituibile in via assoluta.

Sul punto va anche considerato come né nel provvedimento né nella memoria difensiva dell’AGCM risulta efficacemente smentita la pure contestata non rappresentatività del campione destinatario del questionario, atteso che non risultano indicati né, in ogni caso, sentiti gli operatori economici operanti nel campo delle rassegne stampa locali diversi dal segnalante, in tesi pregiudicati dal comportamento di SIE e sostanziale beneficiari dell’intervento sanzionatorio.

In proposito, la giurisprudenza amministrativa ha recentemente ricordato, come affinché un bene possa essere qualificato come una “essential facility”, occorre che “... la risorsa in questione deve avere carattere di unicità ed essenzialità ossia deve essere indispensabile per lo svolgimento dell’attività da parte del soggetto richiedente. In secondo luogo, la risorsa deve essere insostituibile e la sua duplicabilità deve risultare impossibile non solo per l’impresa che richiede l’accesso ma per qualsiasi impresa o soggetto richiedente” (così, Consiglio di Stato, sez. sez. VI, 8 agosto 2014, n.4228, che evidenzia pure come non rilevino, ai fini del detto accertamento, le difficoltà soggettive del denunciante).

La stessa Corte di giustizia, del resto, aveva puntualmente evidenziato come “per stabilire se un prodotto o un servizio è indispensabile per consentire ad una impresa di svolgere la sua attività su un determinato mercato, si deve accertare se esistono prodotti o servizi che costituiscono soluzioni alternative, anche se meno vantaggiose, e se esistono ostacoli di natura tecnica, normativa o anche economica tali da rendere impossibile o quanto meno straordinariamente difficile, per qualsiasi impresa che voglia operare sul detto mercato, creare, eventualmente in collaborazione con altri operatori, prodotti o servizi alternativi” (Corte giustizia UE sez. V, 29/04/2004, n.418).

Analoghe carenze istruttorie e motivazionali affliggono la parte di provvedimento che riguarda l'innovatività del prodotto, atteso che, da un lato, non è chiaro in cosa la rassegna stampa che Euregio intendeva commercializzare fosse diversa dai prodotti simili già disponibili, e considerato, dall'altro, che lo stesso provvedimento sembra in più punti equiparare la rassegna stampa digitale ad una rassegna stampa di dimensione locale, dilungandosi sul diverso, non rilevante e non controverso, profilo della non coincidenza tra la risorsa resa non disponibile da SIE e il prodotto finale “rassegna stampa”.

Anche il necessario profilo dell'innovatività del prodotto, in conclusione, risulta più supposto che correlato a puntuali emergenze istruttorie.

Ne discende, stante la ricordata natura cumulativa delle condizioni caratterizzanti l'abuso, l'illegittimità del provvedimento impugnato.

Il ricorso va, pertanto, accolto, con assorbimento di ogni altra censura.

Le spese di lite possono essere compensate in ragione della peculiarità della vicenda.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Compensa le spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2019
con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente FF

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Roberta Cicchese

IL PRESIDENTE
Ivo Correale

IL SEGRETARIO