

Università degli studi Roma Tre

Scuola dottorale "Tullio Ascarelli"

ciclo XXVII

Autonomia privata, concorrenza e proprietà intellettuale

Dottorando: Elisa Moro

Docente Guida: Prof. Renato Clarizia

Coordinatore: Prof. Giuseppe Grisi

Indice

Introduzione	4
Capitolo primo	7
1. Autonomia privata e «diritto privato europeo»	7
2. I principi generali del diritto dell'Unione europea	13
3. I principi generali del diritto civile.	19
Capitolo secondo	27
1. L'autonomia privata nei principali sistemi giuridici europei: dogma della volontà e limitazioni.	27
2. Autonomia privata e libertà contrattuale in Italia.	31
3. L'autonomia privata nel Draft Common Frame of Reference.	35
4. L'autonomia privata nella giurisprudenza della Corte di giustizia.	37
5. Il ruolo della libertà contrattuale.	42
6. Quale bilanciamento per la libertà d'impresa e la libertà contrattuale come diritti fondamentali?.....	46
7. Il modello europeo di autonomia privata.	58
Capitolo terzo	64
1. La disciplina della concorrenza.....	64
2. L'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE e le decisioni con impegni	68
3. <i>Le conseguenze dell'applicazione dell'art. 102 TFUE sull'autonomia privata delle imprese in posizione dominante.</i>	76
4. <i>Il rifiuto di contrarre.</i>	82
5. <i>La dottrina delle essential facility nell'ordinamento dell'Unione europea.</i>	86
Capitolo quarto	93
1. <i>Posizione dominante e proprietà intellettuale, come deve comportarsi l'impresa titolare di un diritto di proprietà intellettuale?</i>	93

2. <i>Rifiuto di contrarre e proprietà intellettuale.</i>	101
3. <i>L'obbligo di licenza, nuovi limiti per le imprese dominanti.</i>	106
4. <i>Infrastrutture essenziali e diritti di proprietà intellettuale, il caso IMS.</i>	108
5. <i>Le condizioni per determinare se il rifiuto di concedere in licenza un diritto di proprietà intellettuale costituisce un abuso dopo il caso Microsoft.</i>	114
6. <i>Quid della condizione relativa alla comparsa di un nuovo prodotto?</i>	120
7. <i>Standards, FRAND e la creazione di nuovi obblighi.</i>	128
Conclusioni	142
Bibliografia	145
Giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e del Tribunale...	169

Introduzione

L'«europeizzazione» del diritto privato è un dato innegabile che interessa tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Il diritto privato europeo può essere definito come il diritto risultante dal grado di uniformazione del diritto dei Paesi membri guardando sia alla omogeneità esistente tra i diritti degli Stati membri sia all'omogeneità indotta dal diritto dell'Unione europea. La Corte di giustizia dell'Unione svolge in ruolo fondamentale in questo ambito anche attraverso l'elaborazione di principi generali del diritto dell'Unione europea. I principi elaborati dalla Corte vengono utilizzati sia come parametro della legittimità degli atti di diritto derivato sia per interpretare le disposizioni di diritto primario e per colmarne le inevitabili lacune del diritto dell'Unione dovute alla peculiarità del suo ordinamento giuridico.

L'interprete si trova confrontato alla necessità di comprendere questi principi generali e di indagare quale sia la loro influenza sul diritto privato. Questa necessità sta diventando sempre più forte in seguito ad alcune sentenze della Corte che aprono la strada all'applicazione diretta del diritto dell'Unione nelle controversie tra privati per cui i giudici nazionali saranno chiamati ad applicare i principi generali del diritto dell'Unione nelle controversie che devono risolvere.

Il principio dell'autonomia privata e il suo corollario, la libertà contrattuale, sono presenti, con delle variazioni, in tutti i sistemi giuridici europei. La Corte di giustizia, prendendo le mosse dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, ha elaborato un principio generale dell'autonomia privata nel diritto dell'Unione che trova la sua origine nella libertà d'impresa e del diritto di proprietà. Questo principio è stato successivamente riconosciuto come diritto fondamentale nelle sue espressioni di libertà d'impresa, libertà contrattuale e diritto di disporre della proprietà

privata dagli articoli 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Fin dalle prime sentenze la Corte ha ammesso la possibilità per il legislatore dell'Unione di sottoporre il principio generale dell'autonomia privata, considerandola alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività che costituiscono oggetto della tutela, a delle limitazioni giustificate dagli obiettivi di interesse generale perseguiti dall'Unione europea. Per valutare l'ammissibilità delle limitazioni imposte dal legislatore dell'Unione, la Corte ha elaborato un test basato sulla proporzionalità dell'intervento del legislatore rispetto ai fini perseguiti e alla portata dell'intervento stesso che non può ledere la sostanza stessa del diritto tutelato.

In seguito al riconoscimento della libertà d'impresa e del diritto di proprietà come diritti fondamentali dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la legittimità delle limitazioni dovrebbe essere analizzata alla luce dell'art. 52 della Carta che prevede che le stesse debbano essere previste dalla legge, non possano ledere il contenuto essenziale del diritto e siano proporzionate alle finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione.

Dall'analisi della giurisprudenza della Corte emerge che la stessa, al momento di esaminare l'ammissibilità dei limiti all'autonomia privata, non utilizza sempre lo stesso percorso argomentativo. In alcuni casi la Corte utilizza un test basato sulla proporzionalità dell'intervento del legislatore rispetto ai fini perseguiti ovvero, quando ad essere in causa sono diversi diritti fondamentali, procede a un bilanciamento degli stessi diritti senza esaminare la sussistenza di uno strumento legislativo che possa rientrare nella nozione di legge. Anche quando le parti in causa sollevano un motivo relativo al rispetto della riserva di legge la Corte solitamente interpreta il diritto dell'Unione in maniera estensiva e, normalmente, trova un dato normativo che può essere considerato alla base delle limitazioni imposte.

Quando le limitazione all'autonomia privata derivano dal diritto della concorrenza la loro delimitazione può essere ancora più problematica dato il tenore generale degli articoli 102 e 102 TFUE che disciplinano i comportamenti anticoncorrenziali. La presente trattazione, dopo aver esaminato la giurisprudenza all'origine del riconoscimento del principio dell'autonomia privata come principio generale del diritto dell'Unione, analizza la casistica relativa all'applicazione della disciplina in materia di concorrenza concentrandosi in particolare sulle fattispecie di abuso di posizione dominante caratterizzate dalla titolarità da parte dell'impresa in posizione dominante di un diritto di proprietà intellettuale.

Capitolo primo

Autonomia privata, diritto privato europeo e i principi generali di diritto privato

SOMMARIO: 1. Autonomia privata e «diritto privato europeo». - 2. I principi generali del diritto dell'Unione europea.- 3. I principi generali del diritto civile.

1. Autonomia privata e «diritto privato europeo».

Il principio dell'autonomia privata, inteso sia in senso generale come libertà degli individui di determinare i propri rapporti giuridici sia come libertà contrattuale e quindi libertà delle parti di decidere se e con chi concludere un contratto e di determinarne il contenuto, è uno dei principi cardine del diritto privato, presente in tutti i sistemi giuridici degli Stati membri dell'Unione europea¹.

Oltre ad essere un principio cardine dei diritti privati nazionali, l'autonomia privata e la libertà contrattuale sono state riconosciute dalla Corte di giustizia dell'Unione europea come principi generali del diritto dell'Unione europea e come principi generali del diritto civile². Anche la Commissione

¹ Alcuni autori ritengono che il principio dell'autonomia privata sia proprio la pietra angolare del diritto privato europeo e dei diritti privati degli Stati membri S. WHITTAKER, *The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract*, in *European Review of Civil Law*, 3, 2011, p. 372; O. O. CHEREDNYCHENKO, *Freedom of contract in the Post-Crisis Era: Quo Vadis?*, in *European Review of Civil Law*, 2014, p. 391.

² Il dibattito sull'emergenza di principi generali del diritto civile nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea è stato originato dall'uso fatto dai giudici della Corte di giustizia in alcune sentenze del concetto di "principi generali del diritto civile", vedi ad esempio Sentenza della Corte di giustizia 18 luglio 2007, causa C-277/05, *Société thermale d'Eugénie-Les-Bains*, ECLI:EU:C:2007:440, pt. 24.

europea conferisce un ruolo centrale a questo principio indicandolo come principio ispiratore per lo sviluppo del diritto contrattuale europeo³.

Il riconoscimento dell'autonomia privata come principio generale del diritto europeo rende necessario lo studio di questo principio da una nuova angolazione per verificare quale significato assume nel panorama del diritto dell'Unione europea e in che misura coincida o differisca dal diritto nazionale per comprendere gli effetti che lo stesso può avere negli ordinamenti nazionali vista l'influenza del diritto dell'Unione europea sul diritto privato degli Stati membri, quale che sia la prospettiva da cui lo si guarda⁴.

Il diritto privato è stato interessato profondamente dal processo di armonizzazione e di uniformizzazione messo in atto dal legislatore dell'Unione europea tanto che il diritto dell'Unione è ormai annoverato a pieno titolo tra le fonti del diritto privato⁵. Pur se di norma il legislatore europeo può intervenire solo lì ove le differenze tra gli ordinamenti nazionali sono tali da costituire un ostacolo all'instaurazione e al funzionamento del mercato interno, la

³ Si veda il rapporto della Commissione europea *First Annual Progress Report on European Contract Law and the Acquis Review*. Nella ormai abbandonata proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita, la Commissione aveva ribadito che la libertà contrattuale deve essere il principio ispiratore del diritto comune europeo della vendita, mentre nella nuova proposta di Direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita online e di altri tipi di vendita a distanza di beni (COM(2015) 635), che cerca di garantire un livello elevato di protezione dei consumatori nelle vendite online, viene ribadito che la libertà contrattuale deve essere preservata nei contratti con i consumatori e non deve essere in alcun modo pregiudicata nei rapporti business to business tra il venditore e le altre parti della catena di transazioni commerciali.

⁴ Per la differenza tra le prospettive nazionalista, dualista o europeista si rinvia a M. W. HESSELINK, *The General Principles of Civil Law: Their Nature, Roles and Legitimacy*, in D. LECZYKIEWICZ, S. WEATHERILL (a cura di), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford – Portland, 2013. Dalla prospettiva nazionalista l'europeizzazione del diritto privato è un processo che interessa e modifica i sistemi nazionali di diritto privato di ogni Stato membro dell'Unione europea e il problema è l'integrazione di questi elementi estranei nel sistema nazionale cercando di modificarlo il meno possibile. Secondo la prospettiva dualista, invece, in ogni Stato membro vi sono due sistemi, quello nazionale e quello europeo e il problema è la demarcazione della linea di divisione tra questi due sistemi che sono interrelati ma restano comunque distinti. Per la prospettiva europeista, in fine, i diritti privati di tutti gli stati membri formano un unico sistema che si integra progressivamente e il problema è il modo in cui avviene la graduale convergenza dei sistemi, assicurandone la coerenza.

⁵ Si veda in merito R. CLARIZIA, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 2014.

progressiva instaurazione di quest'ultimo ha portato con sé una dinamica integrativa che generato un movimento di espansione dell'ambito di intervento del diritto dell'Unione europea che ha portato all'emanazione di un *corpus* di diritto derivato che si impone praticamente in ogni settore del diritto privato patrimoniale. Man mano che il mercato interno si realizza, il legislatore europeo è confrontato al bisogno crescente di regolamentazione dei settori che, pur essendo intimamente legati all'implementazione delle quattro libertà di circolazione, rilevano allo stesso tempo di sfere del diritto privato precedentemente riservate al legislatore nazionale. Per fare solo qualche esempio dell'incidenza del diritto dell'Unione sul diritto privato, basta osservare i principi fissati in materia di diritto dei contratti nella normativa adottata a protezione degli interessi dei consumatori⁶, all'uniformazione delle

⁶ Le direttive e i regolamenti adottati hanno un forte impatto sul diritto privato, in particolare sul diritto dei contratti in quanto contengono regole e principi generali che possono imporre agli stati membri l'introduzione di istituti sconosciuti al diritto privato interno. Si vedano in particolare le direttive e regolamenti adottati in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi (Direttiva 85/374/CEE del Consiglio del 25 luglio 1985 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, GU L 210 del 7.8.1985, pagg. 29–33), di credito al consumo (Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE, GU L 133 del 22.5.2008, pagg. 66–92), di tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali (Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio Testo rilevante ai fini del SEE, GU L 304 del 22.11.2011, pagg. 64–88), di contratti a distanza (Direttiva 2007/64/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, che abroga la direttiva 97/5/CE, GU L 319 del 5.12.2007, pagg. 1–36), di viaggi, vacanze e circuiti «tutto compreso» (Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, GU L 304 del 22.11.2011, pagg. 64–88), di sistemi di compensazione per negato imbarco nei trasporti aerei di linea (Regolamento (CE) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento (CEE) n. 295/91, GU L 46 del 17.2.2004, pagg. 1–8), di clausole abusive

discipline nazionali sui diplomi, sulle qualifiche professionali e sull'accesso alla professione⁷ e delle legislazioni nazionali sul diritto del lavoro⁸.

In questo panorama ha visto la luce la nozione di diritto privato europeo con i suoi molteplici significati⁹: diritto privato europeo come l'insieme delle tradizioni, dei valori e dei principi comuni ai sistemi giuridici degli stati

(Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, GU L 304 del 22.11.2011, pagg. 64–88), di multiproprietà (Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, GU L 149 dell'11.6.2005, pagg. 22–39), di responsabilità del vettore aereo in caso di incidenti (Regolamento (CE) n. 2027/97 del Consiglio del 9 ottobre 1997 sulla responsabilità del vettore aereo in caso di incidenti, GU L 285 del 17.10.1997, pagg. 1–3), vendita e garanzie dei beni di consumo (Direttiva 99/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, GU L 171 del 7.7.1999, pag. 12-16), di pubblicità ingannevole e comparativa (Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, GU L 149 dell'11.6.2005, pagg. 22–39 e Direttiva 97/55/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 ottobre 1997 che modifica la direttiva 84/450/CEE relativa alla pubblicità ingannevole al fine di includervi la pubblicità comparativa, GU L 290 del 23.10.1997, pagg. 18–22).

⁷ Si veda ad esempio Direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, GU L 255 del 30.9.2005, pagg. 22–142.

⁸ Si veda Direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, GU L 39 del 14.2.1976, pagg. 40–42.

⁹ Per una completa disamina della nozione di diritto privato europeo e del suo sviluppo si vedano S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2013, p. 2 e s., il quale, dopo un'analisi delle varie definizioni di diritto privato europeo come risultante del grado di uniformazione del diritto dei Paesi membri dell'Unione europea; G. ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea, Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, Volume XXVI, tomo I, Torino, 2006, p. 739 e s.. Per una panoramica si veda anche C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, I-III, Milano, 2007; A.S. HARTKAMP *et al* (a cura di), *Towards a European Civil Code*, 3rd ed., The Hague, 2004; AA. VV., *Diritto privato europeo: fonti ed effetti materiali del seminario dell'8-9 novembre 2002*, cit.; N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 2004; J. BASEDOW, *European private law*, Londra, 1999; C.H. SCHMID, *Legitimacy Conditions for a European Civil Code*, EUI Working Paper, 2001/14.

membri dell'Unione europea; diritto privato europeo come diritto elaborato dalla dottrina, che ha nutrito il dibattito sulla possibilità di pervenire a una codificazione del diritto privato europeo, sfociata nell'elaborazione del *Draft Common Frame of Reference*¹⁰; diritto privato europeo come insieme delle regole che derivano dal diritto dell'Unione interpretate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea; e, infine, diritto privato europeo inteso come gli istituti e rapporti di diritto privato modificati dalla normativa dell'Unione europea. Alcuni autori, prendendo le mosse dalla difficoltà di tracciare una linea di divisione nel diritto dell'Unione europea tra il diritto amministrativo e il diritto privato, hanno identificato il diritto privato europeo con l'*acquis*

¹⁰ Senza pretesa di completezza si ricordano le iniziative di maggior rilievo che hanno contribuito allo studio, alla sistematizzazione e allo sviluppo del «diritto privato europeo»: la Commissione sul diritto europeo dei contratti, meglio conosciuta come Commissione Lando, la quale ha elaborato dei *Principles of European Contract Law* (PECL) che possono essere utilizzati dalla parti contraenti al momento della conclusione di un contratto internazionale, si veda O. LANDO, H. BEALE, *Principles of European Contract Law*, Dordrecht, 1995; il lavoro dell'Istituto per l'Unificazione Internazionale dei contratti commerciali internazionali (UNIDROIT) di Roma che nel 1994 ha pubblicato i *Principles of International Commercial Contracts*, (Unidroit, Roma, 1994) che si pongono come regole non vincolanti che possono essere utilizzate dalle parti contrattuali combinandosi con norme di altri sistemi giuridici; lo *Study Group on a European Civil Code*, gruppo di studio sul codice civile europeo costituito nel 1998 e presieduto da Christian von Bar, che conducendo delle ricerche comparatistiche nei sistemi giuridici di diritto privato degli Stati membri è giunto ad elaborare dei principi di diritto delle obbligazioni e della proprietà che servono da base per realizzare un progetto di codice civile europeo, si veda C. VON BAR, *Paving the way forward with principles of European private law*, in S. GRUNDMANN, J. STUYCK (a cura di), *An academic green paper on European contract law*, The Hague, 2002. Si deve fare riferimento anche all'Accademia del diritto privato europeo, costituita a Pavia nel 1990 e presieduta da Giuseppe Gandolfi, che ha pubblicato un Progetto di Codice europeo dei contratti e al Gruppo di Tilburg/Vienna, fondato nel 1991 da J. Spier, che si occupa dell'elaborazione di *Principles of European Tort of Law* e infine al Gruppo di Trento, istituito nel 1995 e guidato da Mauro Bussani e Ugo Mattei, il quale si focalizza sulla ricerca di un « nucleo comune di diritto privato in Europa ». Da ultimo si segnala il *Draft Common Frame of Reference* frutto dell'iniziativa della Commissione europea di procedere allo sviluppo di un quadro comune di riferimento da utilizzare al momento della revisione dell'*acquis* o dell'elaborazione di nuove misure con l'idea di che possa diventare un vero codice civile del diritto privato dell'Unione europea, si veda C. VON BAR - E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Monaco, 2009.

*communautaire*¹¹, quindi l'insieme delle norme imperative che perseguono uno degli obiettivi iscritti nei Trattati, distinguendolo dall'*aquis commun*¹² inteso invece come l'insieme dei principi comuni agli Stati membri rinvenibili a seguito di un'analisi comparativa e sviluppato dalla dottrina a cui si è fatto già riferimento.

La proposta di definizione del diritto privato europeo che sembra cogliere nel miglior modo l'influenza del diritto dell'Unione sul diritto privato è quella che definisce il diritto privato europeo come «risultante del grado di uniformazione del diritto dei Paesi membri» guardando sia al grado di omogeneità esistente tra i diritti degli Stati membri sia all'omogeneità indotta dal diritto dell'Unione europea nel diritto degli Stati membri¹³.

¹¹ Si veda, in particolare, N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge – Anversa – Portland, 2014, p. 11 e ss.. L'autore sceglie come punto di partenza del suo studio sui principi generali del «diritto privato europeo» il concetto di “*regulatory civil law*” come sviluppato da H.-W. Micklitz in H.-W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Civil Law*, in *Yearbook of European Law*, 2009 ed elenca tra le più importanti norme imperative che perseguono gli obiettivi iscritti nei Trattati quelle che perseguono l'istaurazione e il funzionamento del mercato interno, lo sviluppo della politica sociale, la non-discriminazione ma anche quelle che si trovano nella regolamentazione di alcuni settori come la protezione degli agenti commerciali indipendenti prevista dalla dir. 86/653/EEC riguardo l'indennità a seguito dell'estinzione del contratto o l'invalidità delle clausole contrattuali e prassi inique prevista dalla dir. 2011/7/EU (Direttiva 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, GU L 48 del 23.2.2011, pagg. 1–10). Secondo l'autore, infatti, nel diritto privato europeo il rapporto tra norme imperative e norme dispositive è ribaltato rispetto al diritto privato nazionale in cui le norme dispositive sono la regola e le norme imperative sono l'eccezione e il concetto di “*EU civil law*” consiste in una serie incoerente e di difficile sistemizzazione di norme imperative ed eccezionalmente dispositive.

¹² Si rinvia, per l'analisi dei due concetti a L. NIGLIA, *Pluralism and European Private Law*, Oxford, 2013.

¹³ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 17, il quale mette in luce il fatto che il diritto dell'Unione europea si è sedimentato negli ordinamenti degli Stati membri diventando una parte integrante dei diritti nazionali. Secondo l'autore, il diritto privato europeo come risultante del grado di uniformazione del diritto dei Paesi membri dell'Unione europea trova una legittimazione formale negli artt. 340 TFUE e 6.3 TUE che fanno riferimento ai «principi comuni ai diritti degli Stati membri» e alle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»

Quale che sia la prospettiva da cui si sceglie di guardare al diritto privato europeo, l'«europeizzazione»¹⁴ del diritto privato, sebbene accolta con sfavore da parte di alcuni autori¹⁵, è un dato innegabile che coinvolge tutti i sistemi giuridici degli stati membri e, come notato da illustre dottrina, costituisce uno degli sviluppi più importanti della materia negli ultimi decenni e ne rappresenta la prospettiva più probabile¹⁶.

2. I principi generali del diritto dell'Unione europea.

La Corte di giustizia svolge un ruolo fondamentale nell'evoluzione del diritto dell'Unione europea. In dottrina ci si è cimentati ad individuare i metodi

¹⁴ L'espressione «europeizzazione» è utilizzata con diverse accezioni dalla dottrina. Per la distinzione tra i vari significati si veda G. ALPA, *Problemi e prospettive del «diritto privato europeo»*, in AA. VV, *Diritto privato europeo: fonti ed effetti materiali del seminario dell'8-9 novembre 2002*, raccolti da G. ALPA e R. DANOVI, Milano, 2004, 9 s. Per uno studio sulla legittimità della produzione di norme di diritto privato da parte del legislatore dell'Unione europea si veda C. JOERGES, *Sur la légitimité d'eupéaniser le droit privé, pladoyer pour une approche procédurale*, EUI Working Paper LAW No. 2004/4. L'autore presenta tre teorie che sarebbero la base su cui si fonderebbe la legittimazione del legislatore dell'Unione europea alla produzione di norme. Si vedano, inoltre, F. SNYDER (a cura di), *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Oxford, 2000; J. M. SMITS, *The Europeanisation of national Legal Systems: Some Consequences for Legal Thinking in Civil Law Countries*, in M. VAN HOECKE (a cura di), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, 2004.

¹⁵ Parte della dottrina francese ha addirittura denunciato “i misfatti e i pericoli dell'europeizzazione del diritto dei contratti” che causerebbe un impoverimento culturale, un uniformità *ennuyeuse et lugubre* che si sostituirebbe a una diversità creativa e dinamica mettendo per sempre in pericolo il modello di contratto francese. L'avversione di una parte della dottrina francese al diritto europeo dei contratti si è manifestata soprattutto al momento della diffusione del progetto di riforma del diritto contrattuale francese, elaborato dal ministero di giustizia, i cui autori, per procedere a una modernizzazione del diritto contrattuale francese, si erano ispirati al diritto europeo, prendendo spunto anche dai progetti di unificazione elaborati dalla dottrina come i *Principes contractuels communs* elaborati dalla *Société de Législation comparée* e l'associazione *Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*. Si veda in merito D. MAZEAUD, *Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français*, in *European Review of Civil Law*, 1/2010, p. 4.

¹⁶ A. TIZZANO, *Presentazione alla prima edizione*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea, Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, Volume XXVI, tomo I, Torino, 2006.

di interpretazione utilizzati dai giudici di Lussemburgo, spesso definiti come «audaci»¹⁷.

Il potere creativo della Corte di giustizia si manifesta chiaramente attraverso il ricorso ai principi generali del diritto¹⁸. La composizione della Corte, con giudici provenienti da diversi sistemi giuridici, ha contribuito all'elaborazione di una giurisprudenza innovativa che è possibile rinvenire attraverso lo studio delle sentenze in cui la Corte ha elaborato i principi generali del diritto, consacrando i diritti fondamentali che non erano contemplati dai primi trattati¹⁹.

I principi generali del diritto dell'Unione europea elaborati dalla Corte trovano il loro fondamento nel complesso di fonti che accomunano gli Stati membri e nelle loro tradizioni costituzionali, il che li rende idonei ad essere utilizzati per regolare situazioni giuridiche rilevanti nell'ordinamento giuridico dell'Unione che ha alla base i patrimoni giuridici degli Stati membri caratterizzati da elementi comuni ma anche da importanti differenze.

La Corte può rinvenire un principio generale anche quando lo stesso non è riconosciuto nei sistemi giuridici di tutti gli Stati membri o la sua portata

¹⁷ J. RIDEAU, *Ordre Juridique de l'Union européenne - Sources non écrites*, in *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 191, 2014. Per un commento critico sul ruolo della Corte di giustizia come potere partecipante alla creazione normativa si vedano C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, ristampa emendata, Milano 2015, p. 227 e s., l'autore sostiene che la Corte di giustizia abbia tramutato la sua natura di organo del *ius dicere* in superlegislatore; e, in particolare sul ruolo della Corte nella protezione dei diritti fondamentali J. COPPEL, A. O'NEILL, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 669.

¹⁸ Si vedano, tra gli altri, P. REUTER, *Le recours de la Cour de Justice à des principes généraux du droit*, in *Mél. H.Rolin*, Parigi, 1964, p. 273; F. PICOD, *Principes généraux de droit*, in *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Parigi, 1993, p. 854; T. TRIDIMAS, *The general Principles of EU Law*, Oxford, 2006; V. A. ARNULL, *General principles of law and fundamental right*, in AA. VV., *The European Union and its Court of justice*, Oxford, 1999, p. 190, C. FLAESCH-MOUGIN, *Typologie des principes de l'Union européenne*, in *Liber Amicorum J. Raux*, Rennes, 2006; M. DOUGAN, *The Impact of the General Principles of Union Law upon Private Relationships*, in D. LECZYKIEWICZ, S. WEATHERILL (a cura di), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford, 2013, pp. 71 e ss..

¹⁹ F. PICOD, *Droit de l'Union européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentale*, in *JurisClasseur, Libertés*, fasc. 120, 2014.

differisce a seconda dell'ordinamento giuridico che si prende in considerazione²⁰. Secondo parte della dottrina, il riconoscimento dei principi generali, oltre a colmare le lacune della legislazione europea, si concretizza nell'applicazione di principi etici a problemi giuridici che potrebbero entrare a far parte dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea e costituire una base su cui trovare l'accordo delle diverse tradizioni che ne fanno parte²¹.

I principi sono utilizzati sia come parametro della legittimità degli atti di diritto derivato sia per interpretare le disposizioni di diritto primario e per colmarne le inevitabili lacune del diritto dell'Unione dovute alla peculiarità dell'ordinamento giuridico²². La Corte si è servita del ricorso ai principi generali per ricostruire il dettato normativo del legislatore europeo, che può essere a volte generico o incompleto, per rafforzare una certa interpretazione del diritto dell'Unione, che a volte può prestarsi a significati diversi, e per l'elaborazione di un parametro di legittimità del comportamento delle istituzioni e degli Stati membri²³.

La Corte, fin dagli anni '70, ha affermato l'esistenza di un obbligo di rispetto dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni²⁴ di cui non era fatta menzione nei Trattati fino all'introduzione dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE)²⁵, precisando in seguito che anche gli Stati membri, e quindi le

²⁰ Si rinvia in merito a T. TRIDIMAS, *The general Principles of EU Law*, cit., p. 6; il quale paragona i principi generali a figli dei diritti nazionali che, una volta riconosciuti dalla Corte, diventano degli *enfant terrible* e vengono estesi, ristretti, trasformati da una giurisprudenza eclettica.

²¹ J. TEMPLE LANG, *Emerging European General Principles in Private Law*, in AA. VV., *General Principles of EU Law and European Private Law*, cit., p. 117, il quale sottolinea che l'Unione europea ha bisogno di principi generali proprio per gestire e proteggere le diversità che la caratterizzano.

²² In merito si vedano J. RIDEAU, *Ordre Juridique de l'Union européenne - Sources non écrites*, cit., p. 30 e T. TRIDIMAS, *The general Principles of EU Law*, cit., pp. 17 e ss.

²³ R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 140.

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Hauer c. Rheinland Pfalz*, ECLI:EU:C:1979:290, pt. 15.

²⁵ L'art. 6 del TUE al paragrafo 1 prevede che «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000,

autorità nazionali, sono vincolati dalle esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali quando agiscono in attuazione del diritto dell'Unione²⁶.

La giurisprudenza della Corte ha riconosciuto una serie di principi generali e diritti fondamentali²⁷ tra cui il diritto alla libertà di associazione sindacale²⁸, il diritto alla libertà religiosa²⁹, il diritto all'uguaglianza³⁰, il diritto alla proprietà privata³¹, il diritto alla tutela della vita privata e familiare³², il diritto alla riservatezza³³, il principio della irretroattività delle norme penali³⁴ il

adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.» e al paragrafo 3 che «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.». Per un esame del percorso che ha portato all'inclusione dell'art. 6 TUE nei Trattati e a riconoscere alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea valore giuridico, si vedano, tra gli altri, A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014; C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione Europea Operativo – TUE e TFUE commentati articolo per articolo*, Napoli, 2012.

²⁶ Sentenze della Corte di giustizia 25 novembre 1986, cause riunite 201/85 e 202/85, *Klensch c. Secrétaire d'État*, ECLI:EU:C:1986:439 e 13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, ECLI:EU:C:1989:321, ptt. 19 a 22.go

²⁷ Sulla questione di quali siano i principi generali e i diritti fondamentali riconosciuti dalla Corte si rimanda a K. LENAERTS, *Fundamental Rights To Be included in a Community Catalogue*, in *European Law Review*, 1991, pp. 367 e ss.; G.F., MANCINI, *Safeguarding Human Rights: the Role of the Court of Justice of the European Communities*, in F.CARPI, C. GIOVANNUCCI (a cura di), *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level*, Milano, 1991; K. LENAERTS, *Respect for Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union*, in *Columbia Journal of European Law*, 2000, p.1; T. TRIDIMAS, *The general Principles of EU Law*, cit..

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Rutili v Ministre de l'intérieur*, ECLI:EU:C:1975:137 e 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association and Others v Bosman and Others*, ECLI:EU:C:1995:463.

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia 27 ottobre 1976, causa 130/75, *Prais v Council*, ECLI:EU:C:1976:142.

³⁰ Sentenza della Corte di giustizia 15 giugno 1978, causa 149/77, *Defrenne v Sabena*, ECLI:EU:C:1978:130.

³¹ Sentenza della Corte di giustizia 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, ECLI:EU:C:1979:290.

³² Sentenza della Corte di giustizia 26 giugno 1980, causa 136/79, *National Panasonic v Commission*, ECLI:EU:C:1980:169.; 8 aprile 1992, causa C-62/90, *Commission v Germany*, ECLI:EU:C:1992:169 e 20 ottobre 1994, causa C-76/93, *Scaramuzza v Commission*, ECLI:EU:C:1994:371.

³³ Sentenza della Corte di giustizia 18 maggio 1982, causa 155/79, *AM & S c. Commission*, ECLI:EU:C:1982:157.

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia 10 luglio 1984, causa 63/83, *Kirk*, ECLI:EU:C:1984:255.

diritto di difesa e ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva³⁵, il diritto al libero esercizio di un'attività economica o professionale³⁶, il diritto alla libertà di espressione e di informazione³⁷.

Secondo la Corte, come si vedrà più nello specifico per il principio generale dell'autonomia privata, i diritti fondamentali non devono essere intesi come prerogative assolute ma devono essere considerati alla luce della funzione da essi svolta nella società. Tali diritti possono essere sottoposti a dei limiti che devono essere giustificati dagli obiettivi di interesse generale perseguiti dall'Unione, purché non venga lesa la sostanza stessa dei diritti³⁸.

I diritti fondamentali rinvenuti e applicati dalla giurisprudenza sono stati consolidati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 che, con il Trattato di Lisbona, ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati diventando vincolante³⁹.

La Carta vincola, come recita l'art. 51, par. 1, e si applica «alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, ECLI:EU:C:1986:206.

³⁶ Sentenza della Corte di giustizia 8 ottobre 1986, causa 234/85, *Keller*, ECLI:EU:C:1986:377.

³⁷ Sentenze della Corte di giustizia 13 dicembre 1989, causa C-100/88, *Oyowe and Traore c. Commission*, ECLI:EU:C:1989:638.; 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT c. DEP*, ECLI:EU:C:1991:254. e 4 ottobre 1991, causa C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland c. Grogan and Others*, ECLI:EU:C:1991:378.

³⁸ La sentenza emblematica che ha chiarito la necessità di considerare i diritti fondamentali alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto di tutela e la possibilità di sottoporre tali diritti dei limiti giustificati da obiettivi di interesse generale perseguiti dall'Unione è la Sentenza della Corte 14 maggio 1974, *Nold KG c. Commissione*, ECLI:EU:C:1974:51. La Corte, seguendo le conclusioni dell'Avvocato generale Trabucchi, ha elaborato una formula per testare la compatibilità delle limitazioni poste ai diritti fondamentali che è stata largamente seguita nella giurisprudenza successiva. Secondo alcuni autori è proprio questa sentenza a gettare la base per la costituzione di uno standard di protezione dei diritti fondamentali a livello dell'Unione europea, diverso da quello delle costituzioni nazionali T. TRIDIMAS, *The general Principles of EU Law*, cit., p. 302.

³⁹ Si nota in merito che la carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata leggermente modificata rispetto a quella proclamata nel 2000 ed è stata proclamata nuovamente dal Parlamento europeo dal Consiglio dell'Unione europea e dalla Commissione il 12 dicembre 2007 (G.U.U.E. C 303, 1).

diritto dell'Unione.». Anche i giudici nazionali, quando interpretano il diritto dell'Unione, devono farlo in maniera tale da accertare che le misure nazionali prese in attuazione dello stesso non siano tali da determinare una violazione dei diritti fondamentali contemplati dall'art. 6 TUE⁴⁰.

I diritti e le libertà riconosciuti dalla Carta possono essere limitati, alla stregua delle limitazioni ammesse dalla Corte ai diritti fondamentali, ai sensi dell'art 52, par. 1 della Carta che prevede che «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.». Le limitazioni dei diritti fondamentali sono dunque ammesse a condizione che rispettino il principio di legalità per quanto riguarda la riserva di legge e il principio di proporzionalità che il legislatore deve rispettare nell'esercizio della sua discrezionalità quanto al bilanciamento dei diritti e delle libertà cui conformare la legislazione⁴¹.

Il riconoscimento dei principi generali e dei diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia, ormai positivizzato dai Trattati stessi, ha un forte impatto sul diritto privato. Alcuni diritti fondamentali corrispondono a principi del diritto privato riconosciuti negli ordinamenti giuridici nazionali e, inoltre,

⁴⁰ Si vedano in particolare R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 142; e R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: Nuovi equilibri?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2, Torino, 2011, p. 354 il quale sostiene che con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona i giudici nazionali possono svolgere un ruolo fondamentale, anche attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, quando sono chiamati ad effettuare in concreto il bilanciamento tra i diritti e le libertà economiche.

⁴¹ In tali termini si esprimono R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 146. Sul bilanciamento tra i diritti fondamentali e le libertà economiche garantite dai Trattati si rinvia a R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: Nuovi equilibri?*, cit., secondo cui il bilanciamento tra diritti e libertà economiche richiede un'analisi da svolgersi caso per caso.

detti diritti hanno una forte influenza sull'applicazione stessa del diritto privato nazionale tanto da essere stati definiti una forma di armonizzazione non legislativa⁴².

3. I principi generali del diritto civile.

L'elaborazione di principi generali del diritto dell'Unione europea da parte della Corte di giustizia ha portato la dottrina a interrogarsi su quale sia la portata dell'influenza di detti principi generali sul diritto privato e sulla questione dell'esistenza di principi generali che facciano parte del diritto privato stesso⁴³.

In dottrina si sono prodotti diversi elenchi di principi generali elaborati dalla Corte di giustizia che possono essere considerati come principi generali del diritto privato. L'estensione e il contenuto di detti elenchi dipende dalle diverse concezioni del diritto privato nei vari Stati membri che possono comprendere più o meno materie. In molti sono d'accordo nel ritenere che la Corte abbia elaborato principi generali riguardo al diritto dei contratti, alla proprietà intellettuale, al diritto societario⁴⁴.

⁴² C. BUSCH, *Fundamental Rights and Private Law in the EU Member States*, in C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE (a cura di), *Fundamental Rights and Private Law – A practical Tool for Judges*, Monaco, 2011, pp. 1 e ss.; A. COLOMBI CIACCHI, *Non-Legislative Harmonisation: Protection from Unfair Suretyships*, in S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (a cura di), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oregon – Oxford – Portland, 2006, pp. 197 e ss., la quale sostiene che l'armonizzazione legislative non è sufficiente ad assicurare lo stesso livello di tutela di determinati interessi nei diversi sistemi giuridici, e suggerisce un modello di armonizzazione non legislativa del diritto private attraverso la giurisprudenza.

⁴³ Si vedano in generale A.S. HARTKAMP *et al* (a cura di), *Towards a European Civil Code*, The Hague, 2004; U. BERNITZ, J. NERGELIUS, C. CARDNER (a cura di), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, The Netherlands, 2008; U. BERNITZ, X. GROUSSOT – F. SCHULYOK (a cura di), *General Principles of EU Law and European Private Law*, The Netherlands, 2013; N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge – Anversa – Portland, 2014.

⁴⁴ Si veda, in particolare, X. GROUSSOT, H.H. LIDGARD, *Are There General Principles of Community Law Affecting Private Law?*, cit., p. 161, secondo cui vi sono una serie di principi

Un esempio dell'influenza del diritto dell'Unione sul diritto privato è l'elaborazione, da parte della Corte del cosiddetto principio dell'esaurimento dei diritti di proprietà intellettuale. Il principio dell'esaurimento non esisteva nei diritti nazionali e prevede che il diritto attribuito da un diritto di proprietà intellettuale, seppur caratterizzato dai diritti di esclusiva del titolare, non consente allo stesso di vietare l'uso del diritto di proprietà intellettuale in relazione a prodotti che sono stati regolarmente messi in commercio negli Stati membri dallo stesso titolare del diritto o con il suo consenso⁴⁵. Il principio dell'esaurimento non era previsto dal diritto dell'unione ma è stato elaborato dalla Corte di giustizia e solo dopo positivizzato all'interno della legislazione europea in materia di diritti di proprietà intellettuale⁴⁶.

La Corte non si limita all'elaborazione dei principi, ma ne chiarisce la portata interpretandoli attraverso il ricorso a nozioni che fanno parte del diritto privato nazionale, come quella «consenso»⁴⁷ che a seguito delle sue pronunce assumono un significato specifico nell'ambito del diritto dell'Unione e si

generali sviluppati dalla Corte riguardo i quali vi è una convergenza in dottrina quanto alla loro incidenza sul diritto privato e alla possibilità di classificarli come principi generali del diritto privato. L'autore identifica il principio dell'esaurimento e il principio del consenso in materia di diritto della proprietà intellettuale, il principio della legge applicabile alle società in base alla teoria della «sede reale» in materia di diritto societario, il principio della nullità del contratto che viola le norme in materia di concorrenza, il diritto al risarcimento del danno derivante dalla violazione del diritto della concorrenza e un'altra serie di principi in materia di diritto della concorrenza, sottolineando la necessità di proseguire la ricerca in materia di principi generali di diritto privato. N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, cit., p. 16, individua invece come principi generali del diritto civile l'autonomia privata, il principio della protezione della parte debole, il principio di non discriminazione, il principio di efficacia, il principio del bilanciamento, il principio di proporzionalità e il principio di buona fede.

⁴⁵ Sentenza della Corte di giustizia 31 ottobre 1974, causa 15/74, *Centrafarm BV e a. c. Sterling Drug*, ECLI:EU:C:1974:114.

⁴⁶ X. GROUSSOT, H.H. LIDGARD, *Are There General Principles of Community Law Affecting Private Law?*, cit., p. 162.

⁴⁷ La Corte ha ritenuto necessario dare un'interpretazione uniforme della nozione di «consenso» in quanto se la stessa fosse dipesa dall'ordinamento nazionale degli Stati membri la tutela del titolare di un diritto di proprietà intellettuale, di un marchio nel caso di specie, sarebbe risultata variabile in funzione della legge applicabile. Sentenza della Corte di giustizia 20 novembre 2001, causa C-414/99, *Zino Davidoff e Levi Strauss*, ECLI:EU:C:2001:617, ptt. 38 – 47.

riflettono negli ordinamenti nazionali in cui i giudici devono seguire l'interpretazione fornita dalla Corte⁴⁸.

La Corte in alcuni casi ha fatto espresso riferimento ai «principi generali del diritto civile» riferendosi in particolare al principio della vincolatività del contratto, al principio della buona fede e al principio dell'arricchimento senza causa⁴⁹.

I principi generali elaborati dalla Corte assumono un ruolo sempre più rilevante per la sistematizzazione dell'*acquis* e per la sua interpretazione, questi principi fanno senza dubbio parte del diritto privato europeo come «risultante del grado di uniformazione del diritto dei Paesi membri», di cui si è sopra discusso, colmando le lacune delle normative elaborate dal legislatore europeo e fornendo una guida alla loro interpretazione.

In dottrina ci si è interrogati sulla natura, sul ruolo e sulla legittimità dei principi generali elaborati dalla Corte in materia di diritto privato⁵⁰.

⁴⁸ X. GROUSSOT, H.H. LIDGARD, *Are There General Principles of Community Law Affecting Private Law?*, cit., p. 162.

⁴⁹ Sentenze della Corte di giustizia causa C-277/05, *Société thermale d'Eugénie-Les-Bains*, cit.; 10 aprile 2008, causa C-412/06, *Hamilton*, ECLI:EU:C:2008:215; 3 settembre 2009, causa C-489/07, *Messner*, ECLI:EU:C:2008:215 e 15 aprile 2010, causa C-215/08, *E. Friz*, ECLI:EU:C:2010:186. Le sentenze sono tutte relative all'interpretazione di direttive. Nel caso *Société thermale*, riguardante l'assoggettamento all'imposta sul valore aggiunto (iva) delle caparre percepite dalla ricorrente in occasione della prenotazione di stanze e dalla medesima trattenute a seguito dell'annullamento delle prenotazioni, la Corte ha ritenuto che il trattenimento della caparra non costituisca il corrispettivo di una prestazione in ragione del fatto che le obbligazioni delle parti discendono direttamente dal contratto e non dal versamento della caparra. Per la Corte l'obbligo delle parti di rispettare il contratto non dipende dal versamento o meno della caparra e costituisce un principio generale del diritto civile. Nel caso *Hamilton* la Corte ha affermato che costituisce un principio generale del diritto civile il fatto che la piena esecuzione del contratto risulta dalla realizzazione delle reciproche prestazioni delle parti del contratto. Nel caso *Messner*, riguardante la risoluzione di un contratto a distanza concluso con un consumatore, la Corte ha fatto riferimento ai principi della buona fede e dell'arricchimento senza causa come principi generali del diritto civile. Nel caso *Friz*, avente ad oggetto la revoca da parte di un consumatore della sua adesione ad un fondo immobiliare, la Corte ha ritenuto che l'equa ripartizione dei rischi tra le differenti parti interessate costituisca un principio generale del diritto civile.

⁵⁰ In merito si veda M. W. HESSELINK, *The General Principles of Civil Law: Their Nature, Roles and Legitimacy*, in D. LECZYKIEWICZ – S. WEATHERILL (a cura di), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford – Portland, 2013, pp. 131 e ss., il quale presenta

Alcuni autori ritengono che un principio generale del diritto privato possa essere individuato dalla Corte di giustizia solo se lo stesso esiste nei diritti degli Stati membri, mentre altri ritengono che la Corte possa elaborare dei principi rispetto al caso specifico che deve risolvere che possono poi essere considerati come principi generali del diritto privato⁵¹. Un altro terreno di scontro riguarda la questione se un principio, per essere definito come generale, debba essere rinvenuto nel diritto primario dell'Unione europea o possa essere contenuto nel diritto secondario⁵².

Una parte della dottrina si è mostrata ostile alla possibilità che i principi generali sviluppati dalla Corte di giustizia possano essere applicati nell'ambito del diritto privato. Secondo questi autori l'utilizzazione dei principi generali avrebbe un effetto «distruttivo» sulla coerenza degli ordinamenti nazionali per via del fatto che il legislatore europeo, allargando sempre di più le aree del diritto interessate dal suo intervento, procede in maniera frammentaria creando un «*patchwork*» di legislazioni⁵³.

Nonostante queste opinioni, si concorda con chi ha invece accolto con favore questo sviluppo nella giurisprudenza, ritenendo che i principi elaborati

un'analisi approfondita degli elementi che compongono il concetto di «principi generali del diritto civile» e delle funzioni ed effetti che detti principi possono avere nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea e negli ordinamenti degli Stati membri.

⁵¹ D. EKLOF, L. PEHRSON, *General Principles in Private Law*, in U. BERNITZ, J. NERGELIUS, C. CARDNER (a cura di), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, The Netherlands, 2008, p. 192.

⁵² Si rinvia in merito a T. TRIDIMAS, *The general Principles of EU Law*, cit., la cui analisi sui principi generali è valida riguardo alle diverse aree del diritto.

⁵³ Le parole di Weatherill sono esemplificative: «Even if one is prepared to engage in the question of 'systematisation' of the EU's legislative *acquis*, the consequence of success in such a quest is unavoidably that limits are placed on national autonomy in the area touched – incrementally, as a 'patchwork' – by the EU. A more coherent system at EU level may lead to a less coherent system at national level. Such a starkly destructive outcome is not inevitable, but this is where the Court's use of general principles may lead, and it is one reason why it is troubling» S. WEATHERILL, *The 'Principles of Civil Law' as a Basis for Interpreting the Legislative Acquis*, in *European Review of Contract Law*, 6, 2010, pp. 84 e ss..

dalla Corte di giustizia si possano considerare come una nuova fonte del diritto privato europeo⁵⁴.

A sostegno di questa opinione si evidenzia come l'elaborazione da parte della Corte di giustizia di principi generali del diritto privato che vadano oltre i principi dei singoli sistemi nazionali si inserisce in un movimento più vasto di ricerca di «principi generali del diritto civile» che ha portato alla elaborazione dei *Principi Unidroit*, dei *PECL* e del *Draft Common Frame of Reference*⁵⁵.

L'elaborazione di principi generali di diritto privato comuni è resa necessaria dagli ostacoli all'istaurazione e al funzionamento del mercato interno che derivano dal quadro giuridico frammentario nel settore del diritto dei contratti. Le istituzioni dell'Unione europea hanno tentato più volte di pervenire all'adozione di uno strumento che contenesse principi generali di diritto privato che tutte le parti siano tenute a rispettare⁵⁶. Vista l'impossibilità di trovare un accordo sul *Draft Common Frame of Reference* la Commissione ha adottato una proposta di regolamento per la creazione di un diritto comune

⁵⁴ A. HARTKAMP, *The General Principles of EU Law and Private Law*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2011, pp. 249 e ss., il quale ritiene che sia auspicabile che la Corte di giustizia utilizzi ed elabori un numero sempre maggiore di principi di diritto civile, soprattutto in considerazione dell'aumento delle materie del diritto private che sono interessate dal diritto dell'Unione europea.

⁵⁵ M. W. HESSELINK, *Private Law Principles, Pluralism and Perfectionism*, in U. BERNITZ, X. GROUSSOT, F. SCHULYOK (a cura di), *General Principles of EU Law and European Private Law*, The Netherlands, 2013, p. 23; E. IORATTI FERRARI, *Codice civile europeo, il dibattito, i modelli, le tendenze*, Padova, 2006; A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSRA, E. DU PERRON, M. VELDMAN (a cura di), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 2004

⁵⁶ Già nel 1989 il Parlamento europeo aveva adottato una risoluzione diretta a promuovere l'elaborazione di un «*Code européen commun de droit privé*» (Ris. P.E. 26/05/1989, g.u.c.e. C 158/400 del 26/05/1989), proposito reiterato nel 1994 (Ris. P.E. 06/05/1994, g.u.c.e. C 205/518 del 25/07/1994). Il Consiglio ha affrontato per la prima volta il tema nel Consiglio Europeo di Tampere nel 1999 riconoscendo il problema della frammentazione del diritto privato di matrice europea. La Commissione ha lanciato una consultazione pubblica nel 2003 sull'opportunità di elaborare un Codice europeo dei contratti (COM 2003, 398 definitivo) elaborando poi un piano d'azione in vista di «un diritto europeo dei contratti più coerente» che hanno avuto come risultato la predisposizione del *Draft Common Frame of Reference* e la pubblicazione del libro verde del 2010 (COM(2010)348 definitivo) in cui la Commissione si pone l'obiettivo di avanzare proposte legislative per il 2012.

europeo della vendita⁵⁷ il cui obiettivo era il miglioramento dell'instaurazione e del funzionamento del mercato interno attraverso la predisposizione di un *corpus* autonomo e uniforme di norme di diritto dei contratti che avrebbe dovuto costituire, nell'ambito dell'ordinamento nazionale di ciascuno Stato membro, un secondo regime di diritto dei contratti, il diritto comune europeo della vendita. Ai fini della presente trattazione è interessante notare che la proposta conteneva un capo relativo ai principi generali il cui articolo 1 «libertà contrattuale» prevedeva la libertà contrattuale delle parti come principio generale e la possibilità per le stesse di derogare al diritto comune europeo della vendita, nel rispetto delle norme imperative, tra cui quelle a tutela del consumatore. La proposta, che aveva suscitato forti reazioni in dottrina, è stata ritirata dalla Commissione nel 2015 per l'impossibilità di trovare un accordo in seno al Consiglio dovuta, tra l'altro, alle divergenze di veduta dei vari Stati membri in merito ai principi generali⁵⁸.

La Commissione in seguito al ritiro della proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita ha recentemente adottato una nuova proposta, questa volta scegliendo lo strumento meno invasivo della direttiva, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita online e di altri

⁵⁷ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita, COM(2011) 635 definitivo.

⁵⁸ E. HONDIUS, *Towards an optional Common European sales Law*, in *European review of Private Law*, 6, 2011, pp. 709 e ss.; G. ALPA, G. CONTE, U. PERFETTI, F. VON WESTPHALEN, *The proposed Common European Sales Law : the Lawyers' View*, Monaco, 2012; L. A. DI MATTEO, *Common European Sales Law; A critique of its rationales, functions, and unanswered questions*, in *Journal of International Trade Law and Policy*, 11(3), 2012, pp.222-240; R. SCHULZE, *Common European sales law (CESL): commentary*, Monaco, 2012; M. W. HESSELINK, *The case for a common European sales law in an age of rising nationalism*, in *European Review of Contract Law*, 8(3), 2012, pp. 342-366; R. ZIMMERMAN, *Codification: The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, in *European Review of Contract Law*, 8(4), 2012, pp.367-399; R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Europa e diritto privato*, II, 2013, p. 311; C. HARVEY, M. SCHILLIG, *Consequences of an Ineffective Agreement to Use the Common European Sales Law*, in *European Review of Contract Law*, 9(2), 2013, pp.143-162; M. LEHMANN, *Common European Sales Law Meets Reality*, Halle, 2013; L. COPPINI, *Uniformazione del diritto contrattuale europeo : il difficile approdo a un diritto comune della vendita*, Trento 2016.

tipi di vendita a distanza di beni⁵⁹ con l'obiettivo di eliminare «le barriere legate al diritto contrattuale che ostacolano gli scambi transfrontalieri, le norme previste dalle proposte ridurranno l'incertezza giuridica per le imprese e i consumatori derivante dalla complessità del quadro normativo e i costi sopportati dalle imprese a causa delle differenze tra i diritti dei contratti»⁶⁰. La proposta è attualmente in discussione al parlamento europeo e al Consiglio.

Le vicende relative ai tentativi, per ora falliti, di elaborazione di principi generali di diritto privato a livello legislativo mostrano come la necessità di disporre di principi generali comuni a tutti gli Stati membri sia sentita da più parti, dagli operatori economici come dalle istituzioni e dagli stessi Stati membri, ma evidenziano la complessità di trovare dei principi sul cui significato e sulla cui portata riescano a mettersi d'accordo gli Stati membri in seno al Consiglio.

In questo panorama il ruolo della Corte di giustizia appare essenziale e l'elaborazione di principi generali in materia di diritto privato, portata avanti con le dovute cautele⁶¹, appare assolutamente legittima e ormai necessaria vista

⁵⁹ COM(2015) 635 final.del 9 dicembre 2015.

⁶⁰ Ibidem. Si osserva con interesse che la proposta prevede, per quanto riguarda la vendita online, la piena armonizzazione dei criteri di conformità dei beni, della gerarchia dei rimedi a disposizione del consumatore e dei termini per l'inversione dell'onere della prova e le garanzie legali. Secondo la Commissione, infatti, le differenze tra le normative nazionali adottate dagli Stati membri per attuare le norme di armonizzazione minima previste dalla direttiva sulla vendita di beni di consumo, hanno un forte impatto sulla decisione dei professionisti di vendere beni in altri Stati membri.

⁶¹ Si veda in merito in particolare M. W. HESSELINK, *Private Law Principles, Pluralism and Perfectionism*, cit., pp. 21 e ss., il quale ritiene che la ricerca di principi generali di diritto privato sia legittima ma presenta alcune «lezioni» da tenere in considerazione nell'elaborazione degli stessi. I principi ricercati non devono essere troppo generali e astratti ma di devono preferire un livello di astrazione intermedio e un ambito di applicazione limitato che possano spiegare e dare coerenza a una legislazione particolare ma non a tutto il diritto contrattuale. I principi non dovrebbero avere un riconoscimento costituzionale ma essere soggetti ai principi costituzionali. La Corte di giustizia ha il dovere, quando si tratta di principi generali del diritto privato, di spiegare le ragioni che l'hanno portata all'adozione di un determinato principio generale e, in caso di principi che non siano generalmente riconosciuti negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, le ragioni che l'hanno condotta a scegliere un determinato principio. Da ultimo l'autore sottolinea che la ricerca dei principi generali del diritto privato

l'incidenza del diritto dell'Unione europea sui diritti nazionali e il bisogno di colmare le lacune della legislazione europea e di fornire un punto di riferimento per gli interpreti, i giudici nazionali in particolare che, a seguito di alcune sentenze della Corte si troveranno a dover applicare i principi generali del diritto dell'Unione europea anche nei rapporti tra privati quando le normative nazionali rilevanti nelle controversie che sono chiamati a risolvere rientrano nell'ambito di applicazione dell'Unione⁶².

non deve essere improntata al perfezionismo che può caratterizzare solamente elaborazioni relative a materie specifiche e non generali.

⁶² Si veda la recentissima sentenza della Corte 19 aprile 2016, causa C-441/14, *DI*, ECLI:EU:C:2016:278, ptt. 22 a 27 in cui i giudici di Lussemburgo, dopo aver ricordato che l'elaborazione dei principi generali del diritto dell'Unione trova la sua fonte nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri e che alcuni di questi principi sono stati in seguito sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, precisa che, se il giudice nazionale si trova a dover applicare una normativa nazionale che rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione che sia contraria a un principio generale del diritto dell'Unione, deve interpretarla conformemente al diritto dell'Unione anche quando si tratta di una controversia tra privati. Si vedano anche le precedenti sentenze 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709, e 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Küçükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21.

Capitolo secondo

Autonomia privata, principi generali e diritti fondamentali

SOMMARIO: 1. L'autonomia privata nei principali sistemi giuridici europei: dogma della volontà e limitazioni. - 2. Autonomia privata e libertà contrattuale in Italia. - 3. L'autonomia privata nel *Draft Common Frame of Reference*. - 4. L'autonomia privata nella giurisprudenza della Corte di giustizia. - 5. Il ruolo della libertà contrattuale. - 6. Quale bilanciamento per la libertà d'impresa e la libertà contrattuale come diritti fondamentali? - 7. Il modello europeo di autonomia privata.

1. L'autonomia privata nei principali sistemi giuridici europei: dogma della volontà e limitazioni.

Per verificare l'esistenza di un principio generale dell'autonomia privata nel diritto dell'Unione e comprenderne le origini e l'evoluzione occorre considerare i vari aspetti che confluiscono nella nozione di diritto privato europeo: le diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri dell'Unione europea, le elaborazioni dottrinali e, soprattutto, la giurisprudenza della Corte di giustizia.

Come anticipato, l'autonomia privata è riconosciuta come principio generale del diritto privato in tutti i sistemi giuridici degli Stati membri dell'Unione europea⁶³ con delle importanti differenze per quanto riguarda la sua portata, più o meno generale, il suo riconoscimento nelle Costituzioni o nei codici civili degli Stati membri e l'ammissibilità di una sua compressione da

⁶³ Si veda, in particolare, C. VON BAR - E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), cit., p. 130. Si veda anche A. COLOMBI CIACCHI, *Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union*, in *European review of Civil Law*, 3, 2010.

parte del legislatore⁶⁴. In alcuni sistemi giuridici infatti l'autonomia privata è riconducibile alla generale libertà degli individui di determinare i propri rapporti giuridici secondo la loro libera volontà mentre in altri è sinonimo della più ristretta libertà contrattuale⁶⁵. Si noti, da un punto di vista terminologico,

⁶⁴ Per un'analisi storico-filosofica delle ragioni che hanno portato a una diversa lettura del principio dell'autonomia privata nei sistemi giuridici francese, tedesco, britannico e nel diritto dell'Unione europea si rinvia a H. W. MICKLITZ, *On Intellectual History of Freedom of Contract and Regulation*, EUI Working Paper 2015/09, Fiesole, 2015. L'autore sostiene che il punto di partenza per comprendere le differenze tra i sistemi giuridici riguardo al ruolo e alla funzione svolti dal principio dell'autonomia privata nella società è la presenza o meno del codice civile e l'idea, comune ai sistemi francese e tedesco che i principi e i concetti giuridici siano pervasi dai valori universali. È interessante notare che l'autore si serve delle diverse modalità di trasposizione della direttiva 99/44/CE sulla vendita di consumo per spiegare i risvolti delle diverse concezioni dell'autonomia privata nei sistemi giuridici inglese, francese e tedesco. Nel sistema inglese, infatti, il legislatore ha rifiutato qualsiasi tentativo di revisione del diritto contrattuale che potesse mettere in discussione i fondamenti della libertà contrattuale e ha adottato una legislazione che si affianca al *common law* sul contratto, il legislatore francese ha deciso di non integrare la disciplina dei contratti di consumo nel *code civil* ma ha trasposto la direttiva in un *Code de la Consommation* che, a differenza del modello inglese, è stato concepito come uno strumento simile al *code civil* che possa fornire una sistematizzazione coerente della disciplina consumeristica e che costituisca una "guida" per lo sviluppo della disciplina in materia di consumo. Il legislatore tedesco, invece, ha trasposto la direttiva all'interno del BGB, approfittando del termine ultimo per la trasposizione della direttiva per compiere una riforma generale del diritto contrattuale all'interno del BGB, creando un nuovo diritto della vendita basato sul modello della vendita di beni di consumo, che si applica a tutti i tipi di contratti, siano essi conclusi con un consumatore o meno, incidendo fortemente sulla libertà contrattuale. Si veda anche S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Persona e mercato*, 1, 2001, pp. 12 e ss.. L'autore osserva come il dialogo tra l'autonomia privata e l'ordinamento giuridico cambi a seconda del periodo storico cui ci si riferisce. Dalla libertà sovrana nata dalla rivoluzione francese in cui l'intervento statale mirava proprio a garantire che tutti i cittadini avessero la stessa libertà si è passati, con il progresso economico e la comparsa dei regimi totalitari a un intervento statale pervasivo in cui lo Stato, nel perseguimento dello sviluppo dell'economia nazionale, assorbe molte attività economiche, sottraendole all'autonomia privata.

⁶⁵ Si veda in particolare C. VON BAR - E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), cit., p. 131. Le note all'art. II. – I.: 102: *Party Autonomy* riportano un elenco di previsioni dei sistemi giuridici degli Stati membri in cui si ritrova il principio della libertà della parti di concludere un contratto e di stabilirne le condizioni. L'elenco presenta qualche imprecisione, soprattutto per quanto riguarda il riconoscimento costituzionale dell'autonomia privata nei diversi sistemi giuridici che, come accade in Italia, vede spesso la dottrina divisa, dovuta anche all'assenza di differenziazione tra le due espressioni «autonomia privata» e «libertà contrattuale». La libertà della parti di concludere un contratto e di stabilirne le condizioni è iscritta all'art. 2 della Costituzione tedesca, all'art. 5.1 della Costituzione greca e nel codice civile greco. La libertà della parti di concludere un contratto e di stabilirne le

che le due espressioni «autonomia privata» e «libertà contrattuale» sono spesso usati intercambiabilmente sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza⁶⁶.

Nell'esperienza inglese, in cui non è possibile rinvenire alcuna norma scritta che positivizzi il principio dell'autonomia privata, le due formule *party autonomy* e *freedom of contract* non hanno lo stesso significato: la libertà contrattuale è più ampia, mentre l'autonomia privata si riferisce solamente alla libertà delle parti di concludere il contratto e scegliere l'altra parte contrattuale. Nel sistema inglese la libertà contrattuale è quindi la libertà di realizzare un'operazione economica senza interferenze da parte del legislatore che sono ammissibili solo quando dirette a risolvere un problema concreto di protezione dei consumatori o dei lavoratori⁶⁷.

Nella tradizione francese l'autonomia privata trova la sua origine nel principio dell'*autonomie de la volonté* come principio fondamentale di tutto il diritto civile. Sottospecie dell'autonomia privata è la libertà contrattuale secondo cui le parti sono libere di concludere un contratto o di astenersene; le parti sono libere di scegliere la controparte contrattuale e determinare con la stessa quale tipo contrattuale risponde meglio ai loro interessi⁶⁸. La libertà contrattuale riceve una tutela costituzionale indiretta nell'articolo 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino e può essere limitata

condizioni è poi contenuta nel codice civile danese, nel diritto francese, belga e lussemburghese (senza ulteriore precisazione), e nei codici civili italiano, olandese, portoghese, sloveno, polacco, slovacco, ceco e spagnolo. La libertà contrattuale è poi un principio costituzionale nel diritto austriaco e ed presente nella *LOA* bulgara. La libertà contrattuale è un principio generale del diritto privato anche nei sistemi in cui non è positivizzato in nessuna disposizione legislativa, vedi l'Inghilterra.

⁶⁶ Nel presente studio si preferisce utilizzare l'espressione «autonomia privata» quando ci si riferisce al principio inteso nel suo significato più generale di libertà di determinazione dei rapporti giuridici, comprensiva delle varie accezioni in cui, a volte intercambiabilmente, vengono utilizzate le due espressioni dalla dottrina e nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e l'espressione «libertà contrattuale» quando ci si riferisce propriamente alla libertà delle parti di decidere se e con chi concludere un contratto e di determinarne il contenuto.

⁶⁷ H. W. MICKLITZ, *On Intellectual History of Freedom of Contract and Regulation*, cit., p. 10.

⁶⁸ AA. VV., *Droit civil. Les obligations*, Parigi, 2001, pp. 57 ss..

dall'intervento del legislatore attraverso la previsione di norme imperative per perseguire obiettivi di interesse generale come politiche sociali o la protezione dei lavoratori⁶⁹. L'art. 6 del *Code civil* prevede che la libertà contrattuale può essere limitata dalla legge per motivi di ordine pubblico e di buon costume.

Nel diritto belga, secondo una definizione classica l'autonomia privata, che non è garantita direttamente dalla Costituzione né prevista espressamente dal codice civile, è il potere dei privati di regolare le modalità e le condizioni dei loro *engagements*, di decidere da soli e senza assistenza legale del contenuto delle loro convenzioni, in una parola di dare al loro contratto il contenuto e l'oggetto che ritengono opportuno, che possono scegliere liberamente prendendo in considerazione i loro interessi e con l'unica garanzia del loro consenso scambiato liberamente⁷⁰. Nell'ordinamento giuridico belga il legislatore può limitare l'autonomia privata attraverso norme imperative⁷¹

In Germania l'autonomia privata come libertà degli individui di determinare i propri rapporti giuridici è garantita dall'art. 2 della Costituzione da cui si fa derivare anche il riconoscimento implicito della libertà contrattuale come diritto costituzionalmente garantito. L'autonomia privata è fondata sulla teoria volontà (*Willenstheorie*) da cui si fa derivare la libertà contrattuale⁷² che non è espressamente consacrata nel BGB⁷³. Anche nel sistema tedesco il legislatore ha il potere di porre limiti all'autonomia privata per perseguire i valori della persona e l'utilità sociale⁷⁴.

Il tratto comune tra i vari ordinamenti giuridici di può rinvenire nel fatto che, anche se originariamente il principio dell'autonomia privata rappresenta la

⁶⁹ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, II edizione*, Parigi, 2013; H. W. MICKLITZ, *On Intellectual History of Freedom of Contract and Regulation*, cit., pp. 11 e ss..

⁷⁰ H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t.II, Bruxelles, 1964, p. 437.

⁷¹ Si veda in particolare per il principio dell'autonomia privata nel diritto privato belga P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol I, Bruxelles, 2011.

⁷² K. ZWIGERT - H. KOTZ, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, 1992, p. 365.

⁷³ C. VALCKE, *Convergence and Divergence between the English, French, and German conceptions of contract*, in *European Review of Private Law*, vol. 16, No. 1 (2008), p. 29-62.

⁷⁴ L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, fasc.1, 1997, p. 5.

tutela dall'agire dai privati dall'intervento del legislatore, lo sviluppo della dottrina e della giurisprudenza ha condotto alla delineazione di un principio dell'autonomia privata che può essere limitato dai legislatori nazionali per il perseguimento di fini di interesse generale.

2. *Autonomia privata e libertà contrattuale in Italia.*

Nell'esperienza italiana, i due termini sono stati spesso usati intercambiabilmente anche se l'autonomia presenta originariamente un connotato più etico e giuridico rispetto alla libertà contrattuale.

La concezione tradizionale dell'autonomia privata, come nella dottrina francese, è incentrata sul dogma della volontà secondo cui il regolamento contrattuale è nell'esclusiva disponibilità delle parti ed è ritenuto intangibile da parte della legge⁷⁵. Il dato normativo e l'evoluzione delle contrattazioni hanno portato al superamento della concezione tradizionale e all'elaborazione di teorie che prendono in considerazione la molteplicità di norme in cui si inserisce l'enunciazione del principio dell'autonomia privata⁷⁶. È interessante a questo proposito notare quello che scriveva illustre dottrina, che come si vedrà è all'origine del riconoscimento contestuale dell'autonomia privata come principio generale del diritto dell'Unione e della possibilità di limitarla da parte del legislatore: «Il sistema seguito dal diritto vigente in tema di rapporti privati risente ancora indubbiamente della concezione dominante nel secolo scorso che aveva combattuto ogni restrizione legale o sociale; è stato detto

⁷⁵ Si veda, in particolare, in merito alle concezioni incentrate sul dogma della volontà G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. XXIII; A. DE MARTINI, *Inserzione automatica dei prezzi di calmiera nei contratti*, in *Giurisprudenza completa della Corte suprema di cassazione – sezioni civili*, 1948, p. 739 e D. RUBINO, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948, p. 531.

⁷⁶ Si rinvia in particolare a A. ROMANO, *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, Milano, 1960, p. 182 e S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, pp.73 e ss.

appunto che l'autonomia contrattuale costituisce uno dei trofei della più generale vittoria dell'individualismo. Ma oggi la situazione è ben diversa dal tempo in cui alle legge, quale espressione della vita sociale, era riconosciuto il solo compito di porre i limiti estremi da rispettare nel libero giuoco degli interessi e delle volontà. L'esperienza ci mette ogni giorno più a contatto con profonde modificazioni del mondo giuridico e ci convince che nello studio del contenuto contrattuale il concetto puro di autonomia dev'essere sottoposto a revisione.»⁷⁷.

Se si guarda al dato normativo, l'autonomia privata non è espressamente menzionata nella Costituzione italiana. La dottrina prevalente ritiene che gli articoli 41 e 42 della Costituzione, prevedendo che «l'iniziativa economica privata è libera» e che «la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge» conferiscano tutela costituzionale a tutti gli atti dell'autonomia privata strumentali all'esercizio della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà⁷⁸. Le disposizioni costituzionali appena citate, oltre a conferire valore costituzionale all'iniziativa economica e alla proprietà privata, prevedono che l'iniziativa economica non può essere in contrasto con l'utilità sociale o recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e che la funzione sociale

⁷⁷ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1960, p. 632. L'autore, diventato avvocato generale alla Corte di giustizia, nelle celebri Conclusioni nel caso *Nold*, che verranno analizzate in prosieguo, ha elaborato un ragionamento per giustificare i limiti posti all'autonomia privata dal diritto dell'Unione europea che è stato seguito dalla successiva giurisprudenza della Corte in materia.

⁷⁸ Si vedano sul punto in particolare G. ABBAMONTE, *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, in *Studi sulla Costituzione*, II, Milano, 1958, p. 190 per cui «Nella Costituzione l'autonomia privata [...] viene in rilievo come uno degli aspetti del problema della tutela della persona e della sua libertà, intesa come libera disponibilità di interessi ed iniziative» e G. BENEDETTI, *Negoziio giuridico e iniziativa economica privata, Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale. Studi*, Napoli, 1991, p. 97, il quale ha sottolineato che «tutele e limiti previsti dall'art. 41 Cost. non vanno ridotti all'espressione più vistosa dell'iniziativa economica privata che si realizza nell'impresa, ma sono estesi più in generale all'autonomia del privato e allo strumento che ne costituisce la sua esplicazione. Il quale, dunque, trova non indiretta, come si diceva una volta, ma diretta previsione e tutela nella nostra Costituzione». Si rinvia inoltre a C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Europa e diritto privato*, 2005, pp. 29 ss. e L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 1.

della proprietà è assicurata dalla legge. Il legislatore può dunque imporre dei limiti all'esercizio dell'autonomia privata per perseguire l'utilità sociale e per tutelare i valori della persona costituzionalmente protetti⁷⁹.

La libertà contrattuale è invece consacrata nel Codice civile all'art. 1322, 1 comma, intitolato «autonomia contrattuale» che prevede che «le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge». Il Codice civile attribuisce quindi ai contraenti un potere che può essere definito come «non esclusivo» in quanto sul regolamento negoziale incide lo strumento della legge che è utilizzabile al fine di vietare o imporre determinati contenuti⁸⁰.

I limiti che il legislatore può imporre all'autonomia privata e alla libertà contrattuale per il perseguimento di finalità di interesse generale, comportando una lesione del diritto di iniziativa economica o del diritto di proprietà, sono ritenuti legittimi quando ricorrono due requisiti: i limiti sono previsti dalla legge e sono giustificati dall'esistenza di una utilità sociale⁸¹.

Limiti di questo tipo si ritrovano nel Codice civile in cui si interviene sulla libertà contrattuale di alcuni soggetti per perseguire la tutela di interessi di cui si fa carico lo Stato⁸². Un esempio è l'obbligo a contrarre del monopolista di cui all'art. 2597 del Codice civile che prevede che «chi esercita un'impresa in condizione di monopolio legale ha l'obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell'impresa, osservando la parità di trattamento». Il Codice civile non si limita a prevedere l'obbligo a contrarre,

⁷⁹ L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 5

⁸⁰ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 34

⁸¹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 49.

⁸² S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 108, secondo cui il diritto privato è funzionalizzato a scopi di utilità sociale in vista della tutela di interessi di alcune categorie di soggetti che «il bisogno di protezione fa assurgere a interesse diffuso della cui salvaguardia si fa carico lo Stato intervenendo sulla libertà contrattuale del soggetto, per così dire, in posizione più vantaggiosa». Questo tipo di interventi possono essere rinvenuti nelle disposizioni del Codice civile che incidono sull'autonomia privata nella fase delle trattative, della costituzione del rapporto e nelle disposizioni che impongono un determinato contenuto contrattuale.

ma con il 1 comma dell'art. 2932 c.c. regola anche le conseguenze del mancato adempimento di tale obbligo prevedendo che l'altra parte possa ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso. Questa norma, limitando la libertà contrattuale dell'impresa in condizione di monopolio legale, che si trova ad avere un vantaggio sugli altri contraenti, mira a garantire che i beni e servizi oggetto dell'impresa siano disponibili per tutti i soggetti⁸³.

Un altro esempio dei limiti imposti dal legislatore all'autonomia privata è quello dell'inserzione automatica di clausole prevista dall'art. 1339 c.c. per cui « Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge [o da norme corporative] sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti». L'inserzione automatica di clausole è stata definita come la dimostrazione più marcata della possibilità che il legislatore, nell'ordinamento italiano, può intervenire sul regolamento negoziale⁸⁴.

Al di fuori del Codice civile, l'imposizione dei limiti previsti dall'art 41 della Costituzione, sia negativi, per cui l'attività economica non può essere svolta in contrasto con l'utilità sociale, la libertà o la dignità umana, sia positivi, per cui l'attività economica deve conseguire fini sociali, e le altre disposizioni costituzionali a tutela della persona umana consentono al legislatore di prevedere che alcune aree a forte impatto sociale siano sottratte al

⁸³ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 109, il quale presenta anche l'esempio dell'inserzione automatica di clausole come espressione della tendenza del legislatore a sacrificare l'autonomia privata dei contraenti nella regolamentazione dei loro interessi per il soddisfacimento dell'interesse generale dell'ordinamento perseguito tramite la predisposizione di norme a carattere imperativo la cui violazione non produce la nullità dell'atto ad esse contrario, ma la sostituzione della clausola invalida con quella legale.

⁸⁴ V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013, p. 82, che rileva come una parte della dottrina ritiene che il fenomeno dell'inserzione automatica di clausole rappresenti una delle forme più gravi di intervento legislativo sul regolamento negoziale e di restrizione dell'autonomia contrattuale dei privati. L'inserimento dell'art. 1339 nel Codice del 1942 era stato fortemente criticato perché ritenuto un *vulnus* inaccettabile al principio della libertà contrattuale.

principio dell'autonomia privata e quindi sottratte alla libera contrattazione dei privati⁸⁵.

3. *L'autonomia privata nel Draft Common Frame of Reference.*

Nel *Draft Common Frame of Reference* i termini autonomia privata e libertà contrattuale sono usati intercambiabilmente, l'art. II. – I:102 si intitola infatti «*party autonomy*» e al primo comma sancisce la libertà delle parti di concludere un contratto e di stabilirne il contenuto: «(1) *Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to the rules on good faith and fair dealing and any applicable mandatory rules*».⁸⁶ La libertà delle parti di concludere un contratto e di determinarne il contenuto deve rispettare i principi di buona fede e correttezza ed è assoggettata a tutte le disposizioni vincolanti applicabili al caso di specie. Il secondo libro del *Draft Common Frame of Reference*, che disciplina il contratto e i negozi giuridici, è disseminato di disposizioni inderogabili dalle parti che limitano l'autonomia privata, come ad esempio la frode (art. II-7:205) o l'ingiusto profitto (art. II-7:207), il rispetto dei principi fondamentali

⁸⁵ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 111, secondo cui vi sono delle forme di legislazione speciale che provocano l'isolamento di alcuni settori dell'attività economica in cui assume rilevanza lo *status* rivestito da particolari categorie di soggetti che risultano svantaggiate rispetto alle altre. Il legislatore, in questo modo, può imporre alle parti particolari procedure di formazione del contratto o la conformazione del contenuto del contratto imponendo un determinato assetto di interessi. Esempi di questo tipo di legislazione sono la legislazione sul diritto del lavoro che prevede ad esempio il ricorso alla contrattazione collettiva, la legislazione sul contratto di locazione di immobili ad uso abitativo degli anni '70 o la disciplina dell'espropriazione per pubblica utilità.

⁸⁶ C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NOLKE *et al.*, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 105.

riconosciuti negli stati membri (art. II-7:301) o il divieto di limitazione pattizia dei principi di buona fede e correttezza (art. III-1:103)⁸⁷.

L'autonomia privata e la libertà contrattuale nel *Draft Common Frame of Reference* hanno un significato diverso da quello tradizionale che, anche se con delle differenze nei vari sistemi giuridici, può essere ricondotto a uno schema in cui la libera volontà delle parti di concludere un contratto e di determinarne il contenuto è centrale e costituisce un principio generale che può subire ingerenze più o meno forti da parte del legislatore che devono però essere giustificate, vuoi dal bisogno di risolvere un problema concreto vuoi dall'obiettivo del perseguimento dell'utilità sociale o dalla protezione di altri diritti garantiti dalle costituzioni. Nel *Draft Common Frame of Reference* l'autonomia privata, che, secondo alcuni ha un valore più simbolico che sostanziale⁸⁸, assume un significato in cui a essere al centro è il confine tra quello che le parti vogliono e quello che gli viene imposto dalle disposizioni imperative. La *party autonomy* e la *freedom of contract* si presentano con un nuovo significato che dipende dalla loro interpretazione e dal loro coordinamento con fonti al di fuori del contratto come la buona fede, la cooperazione, la solidarietà e la salvaguardia dei diritti fondamentali⁸⁹.

⁸⁷ Per un'analisi critica degli «*underlying principles*» nel *Draft Common Frame of Reference* si rinvia a M. W. HESSELINK, *If You Don't Like our Principles We Have Others. On Core Values and Underlying Principles in European Private Law: A Critical Discussion on the New Principles Section in the Draft Common Frame of Reference*, in R. BROWNSWORD, H. W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL (a cura di), *The Foundations of European Private Law*, Oxford, 2011, pp. 59 e ss.

⁸⁸ Si veda in particolare H. EIDENMULLER, *Party autonomy, Distributive Justice and the Conclusion of Contracts in the Draft Common Frame of Reference*, in *European Review of Contract Law*, 2/2009. L'autore ritiene che all'autonomia privata nel *Draft Common Frame of Reference* sia «*paid lip service*» proprio perché largamente limitata da diverse disposizioni e che lo stesso articolo II. – I:102 sia più volto a limitare la libertà contrattuale che a farne un vero principio generale visto che il principio è sottoposto al rispetto della buona fede e della correttezza.

⁸⁹ G. ALPA, *Party Autonomy and Freedom of Contract Today*, in *European Business Law Review*, 2010, p. 134.

È solo tenendo a mente tutti questi elementi che si può cercare una chiave di lettura della giurisprudenza della Corte di giustizia che ha delineato l'autonomia privata e la libertà contrattuale come principi generali di diritto dell'Unione, fino al loro riconoscimento come diritti fondamentali sancito dagli articoli 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

4. L'autonomia privata nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Dal raffronto dei sistemi giuridici europei e dalle elaborazioni dottrinali in materia di diritto privato europeo emerge un concetto di autonomia privata che va al di là dell'autonomia privata intesa come libertà delle parti di determinare il contenuto del contratto e può essere definito come un principio generale che comprende la libertà degli individui di disporre dei loro rapporti giuridici in base alla loro libera volontà⁹⁰.

Proprio prendendo le mosse dalle tradizioni degli Stati membri, la Corte di giustizia ha sviluppato il principio di autonomia privata come principio generale del diritto europeo che, traendo origine dal diritto di proprietà e dalla libertà d'impresa⁹¹, comprende, come già notato da attenta dottrina⁹², la libertà d'iniziativa economica, la libertà contrattuale, e la libertà di concorrenza.

⁹⁰ G. COMPARATO, H. W. MICKLITZ, *Regulated Autonomy between Market Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJEU*, in X. GROUSSOT – F. SCHULYOK (a cura di), *General Principles of EU Law and European Private Law*, The Netherlands, 2013, p. 121; secondo i quali il fatto che l'autonomia privata sia riconosciuta, direttamente o indirettamente, come principio costituzionale nei vari ordinamenti giuridici nazionali dovrebbe condurre a riconoscere al principio e alle sue diverse manifestazioni, come la libertà d'iniziativa economica e la libertà contrattuale un valore costituzionale.

⁹¹ Come anticipato, la libertà d'impresa in alcuni sistemi giuridici dell'Unione europea è posta a fondamento della tutela costituzionale dell'autonomia privata. Il diritto alla libertà d'impresa è riconosciuto esplicitamente dalla Costituzione italiana all' art. 41, primo comma, dalla Costituzione spagnola all'art. 38, dalla Costituzione portoghese all'art. 61.1, mentre in Francia la libertà d'impresa si deduce dalla garanzia costituzionale della proprietà privata e del diritto generale di libertà, si veda al riguardo P. DEVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Parigi, 1998, pp. 105 e ss..

Concepita inizialmente come un corollario del diritto di proprietà, la libertà d'impresa ha via via acquistato un significato autonomo, fino ad assurgere al rango di principio generale di diritto dell'Unione che racchiude il diritto fondamentale della libertà contrattuale⁹³.

Fin dall'origine del diritto dell'Unione europea, gli operatori economici hanno promosso azioni sostenendo che gli interventi legislativi di quelle che allora erano le Comunità europee, attraverso la determinazione di regole di produzione, quote e regole di accesso al mercato, violavano il libero esercizio del commercio e dell'impresa utilizzando l'argomento classico dell'autonomia privata come libertà dall'interferenza dello Stato. I giudici della Corte di giustizia si sono così trovati davanti alla necessità di prendere in considerazione il principio della libertà d'impresa e di riconoscerlo come principio generale del diritto dell'Unione per poterne giustificare le limitazioni⁹⁴.

Già nei primi anni 70', nell'ambito di una domanda di pronuncia pregiudiziale riguardante un regime di cauzione che accompagnava un obbligo di esportare, la Corte ha affermato che il diritto fondamentale alla libertà di decisione e di disposizione in campo economico, sancito dagli articolo 2, 1 comma e 14 della Costituzione tedesca, costituisce un elemento del fondo

⁹² G. VETTORI, Carta europea e diritti dei privati, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 674 s.

⁹³ Per una ricostruzione della libertà d'impresa come principio generale del diritto dell'Unione europea si vedano le Conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalon 19 febbraio 2013, causa C-426/11, *Alemo-Herron e a.*, ECLI:EU:C:2013:82; in dottrina si vedano S. WHITTAKER, *The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract*, in *European Review of Civil Law*, 3, 2011, p. 372; l'autore propone una visione duale dell'autonomia privata nel moderno diritto europeo, da una parte autonomia privata come principio economico sui cui devono basarsi tutti i tipi di mercato e dall'altra, autonomia privata come principio morale secondo il quale la giustificazione di ogni obbligazione contrattuale si ritrova nella scelta delle parti del contratto. O. O. CHEREDNYCHENKO, *Freedom of contract in the Post-Crisis Era: Quo Vadis?*, in *European Review of Civil Law*, 2014, p. 391.

⁹⁴ G. COMPARATO, H. W. MICKLITZ, *Regulated Autonomy between Market Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJEU*, cit. p.129. Il diritto di proprietà e il diritto di esercizio del commercio sono tra i diritti fondamentali invocati più frequentemente dalle parti davanti alla Corte di giustizia T. TRIDIMAS, *The general Principles of EU Law*, cit., p. 313.

comune di valori essenziali che fanno parte del diritto comunitario e sono dallo stesso garantiti, comunque entro l'ambito e la struttura delle finalità di quella che allora era la Comunità⁹⁵.

Al riconoscimento a alla garanzia del «libero esercizio del commercio, del lavoro e di altre attività economiche» come diritto tutelato dagli ordinamenti costituzionali di tutti gli Stati membri che devono essere fatti propri dalla Comunità, la Corte di giustizia, seguendo le conclusioni dell'avvocato generale Trabucchi⁹⁶, ha affiancato da subito il riconoscimento

⁹⁵ Sentenza della Corte di giustizia 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1970:114. Alcuni autori hanno visto in questa sentenza una forte affermazione del principio del primato del diritto comunitario T. TRIDIMAS, *The general Principles of EU Law*, cit., pp. 301 e 302. La Corte ha affermato chiaramente che la legittimità degli atti emananti dalle istituzioni non può essere valutata alla luce di norme o nozioni di diritto nazionale perché altrimenti l'unità e l'efficacia del diritto comunitario ne sarebbero menomate. Secondo la Corte la valutazione deve essere fatta sulla base delle garanzie, analoghe a quelle delle costituzioni degli Stati membri, inerenti al diritto comunitario e «La tutela dei diritti fondamentali costituisce infatti parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità.».

⁹⁶ Conclusioni dell'avvocato generale Trabucchi 28 marzo 1974, causa 4/73, *Nold KG c. Commissione*, ECLI:EU:C:1974:27. Sembra opportuno riportare il passaggio principale delle conclusioni dell'avvocato generale Trabucchi in quanto le stesse sono state seguite dalla Corte e costituiscono una guida per comprendere lo sviluppo della giurisprudenza sul riconoscimento dei principi generali del diritto dell'Unione e delle loro possibili limitazioni: «Il riconoscimento costituzionale non significa la sottrazione della materia a una disciplina, che deve essere ispirata e contenuta entro un effettivo sostanziale riconoscimento dei principi. Non si può pertanto invocare in generale una di dette norme-base per sottrarsi in concreto a quegli obblighi e oneri che l'ordinamento giuridico ha stabilito o consentito (come nel caso) proprio per ottenere un'applicazione funzionale di quelle norme che rientri nello spirito del sistema. L'eventuale violazione deve toccare effettivamente l'esistenza del diritto riconosciuto costituzionalmente come attributo non discutibile della persona umana. La Corte tutela l'osservanza di questi diritti essenziali, che devono essere fatti propri dalla Comunità mediante il riconoscimento di limiti all'attività degli organi e dei soggetti e mediante l'eventuale attribuzione di responsabilità. Ma l'una e l'altra forma di riconoscimento si adeguano alle realtà e alle esigenze delle diverse forme di tutela. Ripeto che la stessa importanza di tali forme essenziali di riconoscimento dei diritti fondamentali richiede che essi non siano invocati come generico motivo per negare l'obbligo di più preciso adempimento o per ostacolare quelle forme di vita sociale che richiedono limiti e sacrifici all'esercizio del diritto di ognuno. Il diritto soggettivo è pur sempre anche il risultato della delimitazione di una sfera di libertà. Come ogni libertà, esso non esiste senza limiti: ciascun diritto va quindi esercitato nel rispetto delle norme che lo regolano. L'ordinamento comunitario non può certo disconoscere il diritto di ogni

della possibilità di sottoporre tali diritti, considerandoli alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività che costituiscono oggetto della tutela, a delle limitazioni giustificate dagli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità⁹⁷.

La possibilità di limitare il «libero esercizio del commercio, del lavoro e di altre attività economiche» alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività che costituiscono oggetto della tutela, mostra chiaramente che i diritti fondamentali sono definiti dalla Corte sulla base degli stessi diritti riconosciuti dalle costituzioni nazionali. Diverse costituzioni degli Stati membri utilizzano la funzione sociale della proprietà e della libertà d'impresa per giustificare l'intervento dello stato nell'economia⁹⁸.

Alla funzione sociale, la Corte di giustizia affianca la possibilità di limitare il diritto di proprietà e la libertà d'iniziativa economica alla luce degli obiettivi perseguiti dall'Unione europea. Per valutare l'ammissibilità delle

cittadino di esercitare il commercio. La tutela dell'interesse pubblico, sia negli ordinamenti interni sia nel sistema comunitario, porta peraltro a limitare a più riguardi l'esercizio dell'attività commerciale. Un esempio sul piano comunitario è costituito dalle norme relative alla concorrenza, le quali vietano una serie di comportamenti, di negozi e di pratiche. Anche in omaggio al principio della libera circolazione dei prodotti nella Comunità, la limitazione può giungere fino a vietare determinati usi della proprietà, come si è verificato in materia di prerogative connesse al diritto di marchio o di diritti assimilati al diritto d'autore. Limitazioni così importanti si giustificano nell'interesse generale del corretto funzionamento del mercato comune; non solo: ma esse si devono vedere come stabilite proprio a tutela di altro criterio fondamentale che riguarda la garanzia di una sostanziale libertà di commercio. Le limitazioni poste, seppure ad iniziativa di soggetti privati, all'accesso diretto alle forniture di prima mano presso i produttori di carbone possono a loro volta contribuire a un ordinato assetto dell'attività economica commerciale e produttiva, non solo nell'interesse dei produttori, ma degli stessi consumatori, mediante una diminuzione dei costi di distribuzione, e possono quindi stimolare la concorrenza esistente fra il carbone e altre fonti di energia; e per questo l'autorizzazione ad opera della Commissione di limitazioni del genere è ammessa dal trattato. »

⁹⁷ Sentenza della Corte di giustizia 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold KG c. Commissione*, ECLI:EU:C:1974:51 con cui la Corte ha stabilito la «*basic formula*» in base alla quale i diritti fondamentali sono tutelati dalla stessa, T. TRIDIMAS, *The general Principles of EU Law*, cit., p. 303, il quale sottolinea che la sentenza è chiaramente ispirata alle tradizioni costituzionali in cui il diritto di proprietà e la libertà d'impresa possono subire limitazioni per il perseguimento dell'interesse pubblico. Sulla sentenza si vedano T. Hartley, *Fundamental Rights in Community Law*, in *European Law Review*, 1975, p. 54 e ss.;

⁹⁸ G. COMPARATO, H. W. MICKLITZ, *Regulated Autonomy between Market Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJEU*, cit. p.130.

limitazioni imposte dal legislatore dell'Unione, la Corte ha elaborato un test basato sulla proporzionalità dell'intervento del legislatore rispetto ai fini perseguiti, l'intervento non può essere tale da ledere la sostanza stessa del diritto tutelato⁹⁹.

La formula elaborata dalla Corte per esaminare la legittimità delle limitazioni imposte all'autonomia privata non fa riferimento allo strumento con cui il legislatore può imporre dette limitazioni ma si concentra soprattutto sulla proporzionalità dell'intervento del legislatore.

Fin dalle prime sentenze, dunque, l'autonomia privata nel diritto dell'Unione è caratterizzata dalle limitazioni che il legislatore dell'Unione può imporre per il perseguimento di obiettivi di interesse generale, compatibili con la garanzia del principio stesso a meno che non siano sproporzionati ed inaccettabili, tali da ledere la sostanza stessa del diritto garantito¹⁰⁰.

⁹⁹ Sentenza della Corte di giustizia 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, ECLI:EU:C:1979:290. Si veda in particolare il paragrafo 23 «anche se non si può contestare, in linea di principio, la facoltà della Comunità di stabilire limiti all'esercizio del diritto di proprietà nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato e ai fini di una politica strutturale, occorre altresì esaminare se le limitazioni imposte dalla normativa controversa siano realmente giustificate da obiettivi di interesse generale della Comunità e non costituiscano un intervento inaccettabile e sproporzionato rispetto ai fini perseguiti, nelle prerogative del proprietario, tale da ledere addirittura la sostanza del diritto di proprietà».

¹⁰⁰ Sentenze della Corte di giustizia 11 luglio 1989, causa C-265/87, *Schröder c. Hauptzollamt Gronau*, ECLI:EU:C:1989:303; 13 novembre 1990, causa C-370/88, *Marshall*, ECLI:EU:C:1990:392.; 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen e Zuckerfabrik Soest c. Hauptzollamt Itzehoe e Hauptzollamt Paderborn*, ECLI:EU:C:1991:65; 30 luglio 1996, causa C-84/95, *Bosphorus / Minister for Transport, Energy and Communications e a.*, ECLI:EU:C:1996:312; 29 gennaio 1998, causa T-113/96, *Edouard Dubois e Fils c. Consiglio e Commissione*, ECLI:EU:T:1998:11; 28 aprile 1988, causa C-200/96, *Metronome Musik c. Music Point Hokamp*, ECLI:EU:C:1998:17, pt. 21, 23-26; 20 marzo 2001, causa T-30/99, *Bocchi Food Trade International c. Commissione*, ECLI:EU:T:2001:96; 11 settembre 2002, causa T-13/99, *Pfizer Animal Health c. Consiglio*, ECLI:EU:T:2002:209; 15 luglio 2004, causa C-37/02, *Di Lenardo e Dilexport*, ECLI:EU:C:2004:443; 9 settembre 2004, cause riunite C-184/02 e C-223/02, *Spagna e Finlandia / Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2004:497; 14 dicembre 2004, causa C-210/03, *Swedish Match*, ECLI:EU:C:2004:802; 3 febbraio 2005, causa T-19/01, *Chiquita Brands e a. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2005:31; 30 giugno 2005, causa C-295/03, *Alessandrini e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2005:413; 12 luglio 2005, causa C-154/04, *Alliance for Natural Health e a.*, ECLI:EU:C:2005:449; 22 maggio 2007, causa T-216/05, *Mebrom c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:148.

Il fatto che la Corte nello stesso momento in cui riconosce l'autonomia privata come principio generale, riconosce anche la possibilità di sottoporla a limitazioni segna il definitivo abbandono della concezione tradizionale di autonomia privata come libertà dei privati dall'intervento dello Stato¹⁰¹.

Il ragionamento elaborato dalla Corte per valutare l'ammissibilità dei limiti posti dal legislatore al principio dell'autonomia privata è in effetti assimilabile a quello utilizzato dalle corti costituzionali nell'esaminare la legittimità costituzionale di norme che limitano i diritti costituzionali per cui l'autonomia privata nel diritto europeo sarebbe trattata come un principio costituzionale che può essere bilanciato con altri principi costituzionali contrastanti.

5. Il ruolo della libertà contrattuale.

La «libertà d'impresa» nella giurisprudenza della Corte di giustizia implica una serie di libertà e di diritti che possono essere ricondotte alla libertà contrattuale¹⁰²: la libera scelta del contraente¹⁰³, la scelta del tipo di attività

¹⁰¹ G. COMPARATO, H. W. MICKLITZ, *Regulated Autonomy between Market Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJEU*, cit. p.132; il quale nota che la Corte non ha accettato l'argomento della violazione del principio dell'autonomia privata in nessuno dei casi e ha sempre ritenuto che l'intervento del legislatore fosse giustificato introducendo come parametro di valutazione della legittimità delle legislazioni che comprimono l'autonomia privata il fatto che i loro obiettivi siano compatibili con gli obiettivi previsti nei Trattati e che i limiti posti all'autonomia privata non siano sproporzionati rispetto all'obiettivo perseguito.

¹⁰² Per una descrizione dei diversi aspetti ricompresi nella libertà contrattuale in relazione allo scambio di bene e servizi che caratterizzano la libertà d'impresa, si rinvia a J. BASEDOW, *Freedom of Contract in the European Union*, in *European review of Private Law*, 16, 2008. Secondo l'autore la libertà contrattuale ricomprende diversi aspetti dello scambio di beni e servizi: la libertà di concludere un contratto, come decisione delle parti di fornire i loro bene e servizi alla controparte che si traduce nella "freedom to supply" e "freedom of demand"; la libertà di scegliere la controparte contrattuale, come libertà di determinare con chi concludere un contratto; la libertà di scegliere il tipo e il contenuto del contratto, come libertà di scegliere un contratto tipico o innominato e di determinare il contenuto del contratto e le rispettive obbligazioni come libertà di forma come libertà di concludere un contratto senza l'utilizzo di una particolare forma.

produttiva da esercitare nella propria azienda¹⁰⁴, il diritto di noleggio, il diritto di prestito e alcuni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale¹⁰⁵, il diritto delle parti di modificare i contratti da esse conclusi¹⁰⁶, la libertà delle parti di obbligarsi l'una nei confronti dell'altra¹⁰⁷, la libertà di prevedere il versamento di una caparra¹⁰⁸, la libertà delle parti di gestire il rapporto giuridico su cui fondano l'uso del bene oggetto del contratto¹⁰⁹ o la libertà del datore di lavoro di strutturare i propri rapporti contrattuali in conformità ai suoi legittimi interessi¹¹⁰.

Occorre a questo proposito evidenziare che, soprattutto nella giurisprudenza anteriore all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Corte quando è il solo principio della libertà contrattuale ad essere chiamato in causa con riguardo alle limitazioni imposte allo stesso dal legislatore dell'Unione non procede all'applicazione del test elaborato riguardo alle limitazioni della libertà d'impresa e della tutela del diritto di proprietà. La libertà contrattuale, almeno in un primo momento è riconosciuta come principio facente parte del diritto dell'Unione europea ma non le viene conferito lo *status* vero e proprio

¹⁰³ Sentenza della Corte di giustizia 10 luglio 1991, cause riunite C-90/90 e C-91-90, *Neu e a. c. Secrétaire d'État à l'Agriculture e à la Viticulture*, ECLI:EU:C:1991:303, pt. 13.

¹⁰⁴ Sentenza della Corte di giustizia 10 gennaio 1992, causa C-177/90, *Kühn c. Landwirtschaftskammer Weser-Ems*, ECLI:EU:C:1992:2, pt. 17.

¹⁰⁵ Sentenza della Corte di giustizia, 28 aprile 1998, causa C-200/96, *Metronome Musik c. Music Point Hokamp*, ECLI:EU:C:1998:172.

¹⁰⁶ Sentenza della Corte di giustizia 5 ottobre 1999, causa C-240/97, *Spagna c. Commissione*, ECLI:EU:C:1999:479, pt. 99.

¹⁰⁷ Sentenze della Corte di giustizia 9 marzo 2006, causa C-499/04, *Werhof*, ECLI:EU:C:2006:168, pt. 23 e 20 maggio 2010, causa C-434/08, *Harms*, ECLI:EU:C:2010:285, pt. 36. Si vedano L. IDOT, *Transfert des conventions collectives au cessionnaire*, in *Europe*, 2006, p.20; P. MORVAN, *Transfert d'entreprise et convention collective*, in *La semaine juridique - Social*, 2006, p.40;

¹⁰⁸ Causa C-277/05, *Société thermale d'Eugénie-Les-Bains*, cit., pt. 21. Sulla sentenza si rinvia a E. ADOBATI, *La caparra trattenuta in caso di disdetta della prenotazione alberghiera da parte del cliente non è soggetta ad imposta*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, pp.755-756

¹⁰⁹ Sentenza della Corte di giustizia 14 ottobre 2010, causa C-61/09, *Landkreis Bad Dürkheim*, ECLI:EU:C:2010:606.

¹¹⁰ Conclusioni dell'avvocato generale Trstenjak 26 ottobre 2010, C-463/09, *CLECE*, ECLI:EU:C:2010:636, pt. 65.

di principio generale. La Corte quando ad essere in causa è la tutela della libertà contrattuale non procede alla valutazione dell'ammissibilità delle limitazioni imposte dal legislatore dell'Unione rispetto ai fini perseguiti né al controllo degli effetti dell'intervento che, per quanto riguarda i principi fondamentali non possono ledere la sostanza stessa del diritto tutelato, ma si limita a verificare l'esistenza di uno strumento legislativo con cui il legislatore dell'Unione abbia introdotto specifiche restrizioni.

Così, in una sentenza riguardante restituzioni relative a diversi prodotti a carico del Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia, nel ritenere compatibile la modifica di alcune clausole contrattuali effettuata dalle parti con il regolamento n. 3119 che istituisce misure speciali per incentivare la trasformazione di taluni agrumi, la Corte ha ritenuto che il «diritto delle parti di modificare i contratti da esse conclusi riposa sul principio della libertà contrattuale e non potrebbe, pertanto, essere limitato in mancanza di una normativa comunitaria che introduca specifiche restrizioni al proposito.»¹¹¹. La Corte ha allo stesso tempo sottolineato che le parti non possono utilizzare la loro libertà contrattuale per perseguire fini contrari all'obiettivo della normativa comunitaria applicabile¹¹².

Ancora, in una causa vertente sull'interpretazione della direttiva 77/187/CE «concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti», riguardante il fatto che, in caso di trasferimento d'azienda, il cessionario sia tenuto a rispettare la contrattazione collettiva cui è vincolato il cedente, la Corte ha ricordato che i contratti sono caratterizzati dal principio di autonomia della volontà, secondo il quale le parti sono libere di obbligarsi l'una nei confronti

¹¹¹ Sentenza della Corte di giustizia 5 ottobre 1999, causa C-240/97, *Spagna c. Commissione*, ECLI:EU:C:1999:479, pt. 99.

¹¹² Causa C-240/97, *Spagna c. Commissione*, cit. pt. 100.

dell'altra e che i diritti e gli obblighi derivanti da un contratto che non vincola il cessionario non sono applicabili nei suoi confronti, se non in violazione del principio secondo cui i contratti non possono imporre obblighi a terzi. La Corte ha riconosciuto che, mentre la limitazione della libertà contrattuale per cui i contratti e i rapporti di lavoro in essere alla data del trasferimento di un'impresa tra il cedente e i lavoratori occupati nell'impresa si trasmettono *ipso iure* al cessionario in quanto l'obiettivo della direttiva è quello di assicurare il mantenimento dei diritti dei lavoratori, il rispetto della libertà contrattuale comporta che il cessionario debba essere lasciato libero di decidere se vincolarsi al rispetto dei contratti collettivi successivi a quello in vigore al momento del trasferimento dell'azienda¹¹³.

Infine, in una causa concernente l'interpretazione del regolamento del Consiglio n. 1782¹¹⁴, «che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto nell'ambito della politica agricola comune e istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori», la Corte ha chiarito che secondo il principio di libertà contrattuale le parti sono libere di concludere un contratto per la compravendita di terreni agricoli che preveda che i diritti di aiuto, strettamente connessi alla qualità di agricoltore e all'estensione dei terreni agricoli di cui è titolare il cedente, siano trasferiti al cessionario. La libertà contrattuale non consente però alle parti di contrattare obblighi contrari alla finalità del regolamento stesso per cui una clausola contrattuale che preveda il trasferimento al cessionario degli aiuti spettanti al cedente è compatibile con il diritto dell'Unione europea solo se il fine perseguito dalle parti non sia quello di consentire al cedente una parte dei diritti di aiuto che ha formalmente

¹¹³ Causa C-499/04, *Werhof*, cit.. Alcuni autori hanno visto in questa sentenza anche il riconoscimento della libertà di determinare il contenuto del contratto J. BASEDOW, *Freedom of Contract in the European Union*, cit. p. 913.

¹¹⁴

ceduto, ma solo quello di determinare, attraverso il trasferimento degli aiuti ceduti, il prezzo convenuto per la cessione¹¹⁵.

Dall'analisi della giurisprudenza appena descritta emerge che la libertà contrattuale è un principio riconosciuto e tutelato dall'ordinamento europeo. La libertà delle parti di concludere un contratto e di stabilirne le condizioni può subire delle limitazioni ma le stesse devono essere previste da una normativa dell'Unione.

In prima battuta, il principio generale della libertà contrattuale riconosciuto dalla Corte di giustizia non viene quindi equiparato a un diritto fondamentale. Le limitazioni della libertà contrattuale non sono analizzate dalla Corte allo stesso modo delle limitazioni alla libertà d'impresa che per essere legittime devono essere proporzionate e giustificate da obiettivi di interesse generale perseguiti dall'Unione europea. Il test sulla legittimità delle limitazioni della libertà contrattuale introdotte dal legislatore europeo è meno stringente di quello applicato alle restrizioni della libertà d'impresa riconosciuta come diritto fondamentale.

6. Quale bilanciamento per la libertà d'impresa e la libertà contrattuale come diritti fondamentali?

Il riconoscimento dell'autonomia privata, nel suo significato di libertà d'impresa da parte della Corte di giustizia, come principio generale del diritto dell'Unione ha portato all'inclusione dello stesso nella Carta dei diritti

¹¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia 20 maggio 2010, causa C-434/08, *Harms*, ECLI:EU:C:2010:285. Sulla sentenza in particolare si rinvia a D. GADBIN, *Chronique de jurisprudence 2010 de la Cour de justice de l'Union européenne (2e partie), La gestion du régime des droits à paiement unique (RPU). Liberté des parties de déterminer le montant et les modalités de paiement de la contrepartie financière au transfert des droits au paiement*, in *Revue de droit rural*, 2011, p.18.

fondamentali dell'Unione europea¹¹⁶ che, come si è anticipato, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati.

L'articolo 16 della carta sancisce infatti che «è riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali» e le spiegazioni¹¹⁷ relative a tale articolo evidenziano che lo stesso è basato sulla giurisprudenza della Corte di giustizia e che la tutela della libertà d'impresa comprende anche la tutela della libertà contrattuale e il principio di libera concorrenza.

L'articolo 17 della Carta nel riconoscere il diritto di proprietà come diritto fondamentale «Ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in

¹¹⁶ Alcuni autori si sono chiesti quale sia il rapporto tra i principi generali di diritto dell'Unione sviluppati dalla giurisprudenza della Corte e i diritti fondamentali che sono ora nella Carta, si veda H. C. H. HOFMANN, B. C. MIHAESCU, *The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case*, in *European Constitutional Law Review*, 9, 2013 secondo i quali lo sviluppo dei principi generali dovrebbe continuare in parallelo a quello dei diritti fondamentali praticamente identici racchiusi nella Carta. Per quanto riguarda la libertà d'impresa, non sembrano esservi dubbi riguardo al fatto che l'art. 16 della Carta abbia sostituito il principio generale sviluppato dalla giurisprudenza. Si veda in particolare K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 8, 2012, l'autore, ora presidente della Corte di giustizia, ritiene che un doppio regime principi generali – diritti fondamentali debba essere evitato in quanto la coesistenza di due diritti fondamentali simili ma in qualche modo diversi potrebbe causare delle divergenze arbitrarie quanto all'estensione e alla tutela di detti diritti.

¹¹⁷ Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 14.12.2007, C 303/17. La spiegazione relativa all'articolo 16 recita: « Questo articolo si basa sulla giurisprudenza della Corte di giustizia che ha riconosciuto la libertà di esercitare un'attività economica o commerciale (cfr. sentenze del 14 maggio 1974, causa 4-73, *Nold c. Commissione*, ECLI:EU:C:1974:51, pt. 14, e del 27 settembre 1979, causa 230/78, *Eridania*, ECLI:EU:C:1979:216, pt 20 e 31) e la libertà contrattuale (cfr., tra l'altro, sentenze 16 gennaio 1979, causa 151/78, *Sukkerfabriken Nykøbing*, ECLI:EU:C:1979:4, pt. 19; del 5 ottobre 1999, causa C-240/97, *Spagna c. Commissione*, ECLI:EU:C:1999:479, pt. 99) e sull'articolo 119, paragrafi 1 e 3 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea che riconosce la libera concorrenza. Beninteso, questo diritto si esercita nel rispetto del diritto dell'Unione e delle legislazioni nazionali. Esso può essere sottoposto alle limitazioni previste all'articolo 52, paragrafo 1 della Carta.».

tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale» e, al secondo paragrafo, la tutela della proprietà intellettuale.

La tutela del diritto di proprietà comprende la tutela del diritto di disporre dei beni oggetto del diritto di proprietà e implica pertanto la garanzia della libertà contrattuale¹¹⁸. Lo stesso dato normativo indica che il diritto di proprietà sarebbe svuotato senza l'elemento dinamico della libertà contrattuale nelle forme della libertà di acquistare il diritto stesso, della libertà di disporre e della libertà di concludere un contratto di o di rifiutarsi di concluderlo secondo la volontà del titolare del diritto¹¹⁹.

Come si è anticipato nel primo capitolo, i diritti e le libertà fondamentali previsti dalla Carta possono essere limitati ai sensi dell'art 52, par. 1. Le limitazioni devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà. Le limitazioni devono anche rispettare il principio di proporzionalità e sono legittime solo se sono necessarie e rispondono effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Le limitazioni dei diritti fondamentali sono dunque ammesse a condizione che rispettino il principio di legalità riguardo la scelta della base legale e il principio di proporzionalità che il legislatore deve rispettare nell'esercizio della sua discrezionalità quanto al bilanciamento dei diritti e delle libertà cui conformare la legislazione.

¹¹⁸ J. BASEDOW, *Freedom of Contract in the European Union*, in *European review of Private Law*, cit.

¹¹⁹ Così si esprime N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, cit., p. 29 secondo cui non ci sarebbe bisogno di annoverare la libertà contrattuale tra i diritti fondamentali in quanto vi sono altri diritti fondamentali il cui esercizio implica che l'esistenza della libertà contrattuale e il suo rispetto. Si veda anche K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, cit..

La Carta, contrariamente alla prima giurisprudenza della Corte sulle limitazioni ai diritti fondamentali, fa espresso riferimento allo strumento formale con cui il legislatore dell'Unione può prevederle¹²⁰.

Ci si è interrogati in dottrina sulla portata che il termine «legge» assume nell'art. 52, par. 1 della Carta chiedendosi se il riferimento sia a una fonte formale o a una fonte sostanziale¹²¹. Sotto il profilo formale la legge che prevede la limitazione di un diritto previsto dalla Carta può assumere diverse forme o risultare da una combinazione di fonti, come nel caso delle direttive che richiedono l'adozione di legislazioni da parte degli Stati membri. Si ritiene che la nozione di «legge» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea possa essere interpretata alla luce dell'interpretazione che è stata data alla stessa nozione dalla Corte di Strasburgo, anche in considerazione dell'esplicito rinvio alla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali contenuta nell'art. 52, par. 4¹²². Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo la nozione di legge e la corrispondente riserva hanno assunto un significato autonomo e diverso dal

¹²⁰ P. MORI, *La "qualità" della legislazione e la clausola generale di limitazione dell'art. 52 par.1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2, 2014, p. 246; la quale nota che la Corte fa riferimento allo strumento formale con cui apportare le limitazioni ai diritti garantiti in alcune sentenze in cui richiama la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo. In queste sentenze la Corte considera che, ad eccezione dei diritti che non tollerano restrizioni, i diritti e le libertà fondamentali possono essere soggetti a limitazioni se le stesse sono previste dalla legge e giustificate da obiettivi di interesse generale e proporzionate al fine perseguito. L'autrice sottolinea che anche nelle sentenze in cui la Corte si riferisce allo strumento formale della legge, la sua attenzione è concentrata sugli aspetti sostanziali delle limitazioni, come l'esercizio della discrezionalità del legislatore, più che sugli aspetti formali.

¹²¹ P. MORI, *La "qualità" della legislazione e la clausola generale di limitazione dell'art. 52 par.1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, cit.; che si interroga anche su quale sia l'ordinamento giuridico cui l'art. 52, par 1 fa riferimento, quello dell'Unione o quello degli Stati membri. Dalle considerazioni svolte finora emerge chiaramente che il riferimento è ad entrambi gli ordinamenti con la precisazione che, come previsto dall'art 51 della Carta, gli Stati membri sono interessati dall'applicazione della Carta quando agiscono nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione. Si veda anche in merito D. TRIANTAFYLLOU, *The European Charter of Fundamental Rights and the "Rule of Law" : restricting fundamental rights by reference*, in *Common Market Law Review*, 1, 2002, pp. 53-64.

¹²² P. MORI, *La "qualità" della legislazione e la clausola generale di limitazione dell'art. 52 par.1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, cit..

concetto di riserva di legge tipico degli ordinamenti continentali poiché non sono collegate al carattere formale della fonte ma all'esistenza di una norma giuridica e alle sue qualità ma sono interpretate in maniera da richiedere che tutte le limitazioni dei diritti fondamentali abbiano un fondamento normativo certo e conoscibile, senza avere riguardo al rango e alla natura delle norme considerate¹²³.

La Corte di giustizia, al momento di esaminare le limitazioni dei diritti fondamentali contenuti nella Carta ha ritenuto che la nozione di legge di cui all'art. 52, par 1, comprenda i regolamenti¹²⁴ e le direttive¹²⁵. Anche gli atti di portata individuale, come le decisioni, possono limitare i diritti fondamentali contenuti nella Carta.

Si sottolinea che l'esame della legittimità delle limitazioni poste dal legislatore dell'Unione ai diritti fondamentali non può prescindere la verifica del rispetto del principio di legalità del diritto dell'Unione che richiede che «gli interventi dei pubblici poteri nella sfera di attività privata di ogni persona, sia fisica che giuridica, devono esser fondati sulla legge ed essere giustificati dai motivi contemplati dalla legge»¹²⁶. Secondo il principio di certezza del diritto, inoltre, tutte le normative dell'Unione che impongono oneri o limitazioni ai diritti dei singoli devono essere chiare e precise affinché gli stessi possano conoscere i loro diritti e i loro obblighi e possano agire di conseguenza.

Come anticipato nella discussione riguardo i principi generali del diritto dell'Unione, molti autori si sono chiesti quale sia l'impatto per il diritto privato europeo del riconoscimento della libertà d'impresa come diritto fondamentale, soprattutto in considerazione del fatto che con l'entrata in vigore del Trattato di

¹²³ P. MORI, *La "qualità" della legislazione e la clausola generale di limitazione dell'art. 52 par.1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, cit., p. 254.

¹²⁴ Sentenza della Corte 17 ottobre 2013, causa C-291/12, *Schwarz*, ECLI:EU:C:2013:670.

¹²⁵ Sentenza della Corte di giustizia 4 giugno 2013, causa C-300/11, *ZZ*, ECLI:EU:C:2013:363.

¹²⁶ Sentenza della Corte di giustizia 21 settembre 1989, cause riunite 46/87 e 227/88, *Hoechst c. Commissione*, ECLI:EU:C:1989:337.

Lisbona la Carta ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati ed è diventata pienamente vincolante per le istituzioni europee e per gli Stati membri¹²⁷. In merito la dottrina si divide tra chi, guardando alla lettera della Carta, ritiene che la stessa sia applicabile solo verticalmente e che quindi siano solo le istituzioni dell'Unione europea e gli Stati membri a doverla rispettare nell'attuazione del diritto dell'Unione, e chi ritiene invece, interpretando estensivamente l'art.52, che la Carta possa avere un impatto «colossale» nelle relazioni tra privati in quanto la stessa potrebbe essere utilizzata nelle azioni legali tra privati¹²⁸. La problematica sull'applicabilità verticale o orizzontale esula la presenta trattazione ma sembra opportuno segnalare che, come anticipato, il dibattito è destinato ad avere un'impennata alla luce di alcune sentenze della Corte che affermano l'applicabilità diretta dei principi generali dell'Unione¹²⁹.

¹²⁷ P. OLIVER, *What Purpose Does Article 16 of the Charter Serve?*, in U. BERNITZ, X. GROUSSOT, F. SCHULYOK (a cura di), *General Principles of EU Law and European Private Law*, cit. p. 281 e s.; G. ALPA, *Party Autonomy and Freedom of Contract Today*, cit. p. 119. Per un'analisi della questione relative all'impatto del riconoscimento del valore giuridico della Carta si rinvia a L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in F. POKAR., (Scritti), 1, 2009, pp. 235 e ss.; N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel Sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2009, pp. 653 e ss.; K. MATHISEN, *The Impact of the Lisbon Treaty, in particular Article 6 TEU, on Member States' Obligations with respect to the Protection of Fundamental Rights*, University of Luxembourg Law Working Paper Series, 2010 e J.-P. JAQUÉ, *Les droit fondamentaux dans le Traité de Lisbonne*, in *European Yearbook on Human Rights* 2010, pp. 123 e ss..

¹²⁸ In merito occorre precisare che l'art. 52 prevede che le eventuali limitazioni all'esercizio e alle libertà riconosciute dalla Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà precisando poi che le limitazioni possono essere apportate solo se necessarie e rispondenti a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Dalla possibilità di limitare i diritti e le libertà per l'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui alcuni autori fanno derivare la possibilità di applicare la Carta nei rapporti tra privati. U. BERNITZ, X. GROUSSOT, F. SCHULYOK (a cura di), *General Principles of EU Law and European Private Law*, cit., p.12. Per un'analisi della possibilità che la Carta imponga obblighi giuridici ai privati si rinvia a J. TEMPLE LANG, *Emerging European General Principles in Private Law*, in U. BERNITZ, X. GROUSSOT, F. SCHULYOK (a cura di), *General Principles of EU Law and European Private Law*, cit., pp. 65 e ss.

¹²⁹ Causa C-441/14, *DI*, ECLI:EU:C:2016:278, cit.; causa C-144/04, *Mangold*, cit.; e causa C-555/07, *Kücükdeveci*, cit..

La Corte è stata chiamata ad interpretare la portata degli articoli 16 e 17 della Carta in una serie di domande pregiudiziali originate da controversie tra privati. In questi casi l'interpretazione fornita dalla Corte, anche se non conferisce un effetto orizzontale ai diritti fondamentali previsti dalla Carta, produce un effetto diretto nei rapporti tra privati all'origine delle controversie¹³⁰.

Nel caso *Promusicae*¹³¹, riguardante la richiesta da parte di una associazione di produttori musicali di avere accesso ai dati personali relativi all'utilizzo di internet da parte di persone che avrebbero violato il diritto d'autore dei soci della *Promusicae*, la Corte, dovendo compiere un bilanciamento tra diversi diritti fondamentali, il diritto al rispetto della vita privata da una parte e il diritto alla tutela della proprietà e ad un ricorso effettivo, dall'altra, ha affermato che il meccanismo stabilito nella direttiva 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita

¹³⁰ Per un esame della problematica relative all'applicazione orizzontale dei diritti fondamentali contenuti nella Carta si vedano M. CARTABIA, *Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously*, in *European Constitutional Law review*, 5, 2009, pp. 5 e ss.; M. HAPPOLD, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Brussels, 2014; F. FABRINI, *Fundamental Rights in Europe. Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford, 2014; F. FERRARO, *Lo spazio giuridico europeo tra sovranità e diritti fondamentali. Democrazia e rule of law nell'Unione al tempo della crisi*, Napoli, 2014; S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2014; A. PLAIA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del trattato europeo e diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2015, pp. 74e e ss.; D. LECZYKIEWICZ, *Horizontal effect of Fundamental Rights*, in U. BERNITZ, X. GROUSSOT, F. SCHULYOK (a cura di), *General Principles of EU Law and European Private Law*, cit., pp. 171 e ss.

¹³¹ Sentenza della Corte di giustizia 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Promusicae*, ECLI:EU:C:2008:54, sulla sentenza si rinvia a E. BERNARD, *Droits d'auteurs et protection des droits fondamentaux*, in *Europe*, 2008, p.25; J. DALEAU, *Droit d'auteur et protection des données à caractère personnel*, in *Recueil Le Dalloz*, 2008, p.480; C. KUNER, *Data Protection and Rights Protection on the Internet: The Promusicae Judgment of the European Court of Justice*, in *European Intellectual Property Review*, 2008, p.199; D. SARTI, *Privacy e proprietà intellettuale: la Corte di giustizia in mezzo al guado*, in *AIDA*, 2008 pp.435-444; A. TROTTA, *Il traffico telefonico fra la tutela del diritto d'autore e quella della privacy*, in *Il diritto industriale*, 2009, p.76.

privata nel settore delle comunicazioni elettroniche¹³², consente di trovare un giusto equilibrio tra i diritti fondamentali in causa non imponendo agli stati membri l'istituzione di un obbligo di comunicare dati personali per garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore¹³³. La Corte tiene ad evidenziare che gli Stati membri al momento della trasposizione delle direttive sono comunque tenuti ad interpretarle in modo da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea, allora comunitario¹³⁴.

La relazione tra il diritto di proprietà intellettuale e la protezione dei dati personali è stata di nuovo affrontata dalla Corte nella sentenza *Scarlet Extended*¹³⁵ in cui il diritto alla libertà d'impresa è stato utilizzato per compiere il bilanciamento tra i suddetti diritti fondamentali¹³⁶. La Corte per la prima volta ha riconosciuto che una misura di diritto dell'Unione europea viola la libertà d'impresa sancita dall'art. 16 della Carta.

Può essere utile partire proprio dal caso in questione per apprezzare la portata del bilanciamento compiuto dalla Corte. La domanda di pronuncia

¹³² GU L 201, pag. 37.

¹³³ Causa C-275/06, *Promusicae*, cit., ptt 63 a 70.

¹³⁴ Causa C-275/06, *Promusicae*, cit., pt. 68.

¹³⁵ Sentenza della Corte di giustizia 24 novembre 2011, causa C-70/10, *Scarlet Extended*, ECLI:EU:C:2011:771; in merito alla sentenza si rinvia a C. MANARA, *Fournisseur d'accès : mise en place d'un système de filtrage*, in *Recueil Le Dalloz*, 2011, p.2925; L. IDOT, *Internet, piratage et obligations de filtrer les communications électroniques*, in *Europe*, 1, 2012, p.44; A. TROIANELLO, *La CJUE s'oppose au filtrage généralisé de l'internet*, in *Droit de l'immatériel: informatique, médias, communication*, 2012, p.71; F. RIZZUTO, *Injunctions against Intermediate Online Service Providers*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 2012, p. 69; O. ROUX, *Le refus communautaire d'un réseau internet régulé par un filtrage général : les affaires Scarlet et Netlog*, in *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 4, 2012, pp.315-320; F. MELIS, *La Corte di giustizia Ue pone limitazioni alla tutela del copyright sulla rete*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, pp. 632-636, C. D'ANGELO, *Corte europea di giustizia, 24 novembre 2011, C-70/10*, in *Europa e diritto privato*, 2012, p.663.

¹³⁶ COMPARATO G., MICKLITZ H. W., *Regulated Autonomy between Market Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJEU*, cit., p. 145, il quale nota che la giurisdizione di rinvio aveva fatto riferimento al diritto alla vita private e alla libertà di espressione ma non alla libertà d'impresa di cui si è servita la Corte per decidere favorendo la protezione dei dati personali alla tutela della proprietà intellettuale.

pregiudiziale sull'interpretazione delle direttive 2000/31/CE «Direttiva sul commercio elettronico», 2001/29/CE «sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione», 2004/48/CE «sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale», 95/46/CE «relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati» e della direttiva 2002/58/CE, «relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche» era stata presentata nel contesto di una controversia tra un fornitore di accesso a internet e una società di gestione che rappresenta gli autori, i compositori e gli editori di opere musicali ed autorizza l'utilizzo delle loro opere tutelate da parte di terzi. Il fornitore di accesso a internet si era rifiutato di predisporre un sistema di filtraggio delle comunicazioni elettroniche realizzate tramite programmi per lo scambio di archivi (detti «peer-to-peer»), onde impedire gli scambi dei file che ledono i diritti d'autore ed era stato condannato da un tribunale di primo grado a far cessare le violazioni del diritto d'autore rendendo impossibile qualsiasi forma, realizzata mediante un programma «*peer to peer*», di invio o di ricezione, da parte dei suoi clienti, di file che contenessero un'opera musicale appartenente al repertorio della società di gestione a pena di ammenda. Il fornitore di accesso a internet faceva appello davanti al giudice del rinvio della domanda di pronuncia pregiudiziale affermando che l'imposizione della predisposizione di un sistema di filtraggio e di blocco dei file non fosse compatibile con il diritto dell'Unione. La Corte ha riconosciuto che, benché il diritto di proprietà intellettuale sia tutelato dall'art. 17, n. 2, della Carta, lo stesso diritto non è intangibile e la sua tutela non deve essere garantita in modo assoluto. La tutela dei diritti di proprietà intellettuale deve essere bilanciata con quella di altri diritti fondamentali, nel caso di specie la tutela della libertà d'impresa garantita dall'art. 16 della Carta. Secondo la Corte, la

predisposizione di un sistema di filtraggio prevista dall'ingiunzione causerebbe una grave violazione della libertà d'impresa del fornitore di accesso a internet in quanto lo obbligherebbe a predisporre un sistema informatico complesso, costoso, permanente e unicamente a suo carico¹³⁷.

Nel caso *TV2 Danmark*¹³⁸, i giudici di Lussemburgo hanno analizzato il rapporto tra il diritto di proprietà intellettuale e la libertà d'impresa. L'art. 2 della direttiva 2001/29/CE¹³⁹, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, prevede il diritto esclusivo degli autori di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, allo stesso tempo l'art. 5 dispone che gli stati membri hanno la facoltà di prevedere eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione anche per quanto riguarda «le registrazioni effimere di opere realizzate da organismi di diffusione radiotelevisiva con i loro propri mezzi e per le loro proprie emissioni». La domanda del giudice di rinvio riguardava l'applicabilità delle eccezioni ai diversi tipi di organismi di diffusione radiotelevisiva e la Corte, interpretando l'eccezione al diritto di proprietà intellettuale ha utilizzato la libertà d'impresa per determinarne l'estensione, favorendo la soluzione che assicura agli organismi di diffusione radiotelevisiva di usufruire più ampiamente della libertà d'impresa¹⁴⁰.

Anche la libertà contrattuale, che la Corte aveva già preso in considerazione come principio generale del diritto dell'Unione, è stata oggetto della giurisprudenza in materia di diritti fondamentali¹⁴¹. Nella causa *Sky*

¹³⁷ Causa C-70/10, *Scarlet Extended*, cit., pt. 48. In dottrina si è notato che la Corte ha fatto un bilanciamento tra la tutela della proprietà intellettuale e la libertà d'impresa affiancata dalla protezione dei dati personali e dalla libertà d'informazione

¹³⁸ Sentenza della Corte di giustizia 26 aprile 2012, causa C-510/10, *DR e TV2 Danmark*, ECLI:EU:C:2012:244.

¹³⁹ G.U. n. L 167 del 22/06/2001 pag. 0010 – 0019.

¹⁴⁰ Causa C-510/10, *DR e TV2 Danmark*, cit., pt. 57.

¹⁴¹ La sentenza di cui si discute è stata ritenuta particolarmente importante anche per risolvere il dibattito sulla natura della libertà d'impresa come principio o come diritto fondamentale, essendo chiaro che la Corte tratta la libertà contrattuale come un diritto. La differenza non è di

*Österreich*¹⁴², avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale sulla validità di un articolo della direttiva «Servizi di media audiovisivi»¹⁴³ posta nell'ambito di una controversia in merito alle condizioni economiche di concessione del diritto di accesso al segnale satellitare per la realizzazione di brevi estratti di cronaca, la Corte ha stabilito che la tutela conferita dall'art. 16 della Carta implica la tutela della libertà contrattuale e che la stessa comprende, in particolare, la libera scelta della controparte economica e la libertà di determinare il prezzo di una prestazione¹⁴⁴. Secondo la Corte, l'articolo della direttiva oggetto della domanda di pronuncia pregiudiziale costituisce un'ingerenza nella libertà d'impresa dei titolari dei diritti esclusivi di trasmissione televisiva in quanto dallo stesso deriva che il titolare di diritti esclusivi di trasmissione televisiva non può scegliere liberamente se e con chi concludere un accordo relativo alla concessione del diritto di realizzazione di brevi estratti di cronaca. Inoltre, il titolare dei diritti esclusivi di trasmissione

poco conto in quanto l'art. 52 della Carta che disciplina la portata e l'interpretazione dei diritti e dei principi prevede che mentre i diritti si esercitano direttamente, i principi non hanno valore giuridico vincolante ma devono essere attuati da atti legislativi e esecutivi e possono essere invocati dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo della legalità degli atti che gli danno attuazione. Si rinvia in merito a P. OLIVER, *What Purpose Does Article 16 of the Charter Serve?*, cit., p. 295.

¹⁴² Sentenza della Corte di giustizia 23 gennaio 2013, causa C-283/11, *Sky Österreich*, ECLI:EU:C:2013:28. Per le ragioni a questa sentenza si rinvia, tra gli altri, a N. REICH, *Consumer/Citizen Access to Information - A New Fundamental Right under the EU Charter*, in *Landmark cases of EU consumer law: in honour of Jules Stuyck*, Cambridge, 2013, p.41-51; G. ANAGNOSTARAS, *Balancing conflicting fundamental rights: the Sky Österreich paradigm*, in *European Law Review*, 2014, pp.111-124; W. HINS, *The freedom to conduct a business and the right to receive information for free: Sky Österreich*, in *Common Market Law Review*, 2014, pp.665-677.

¹⁴³ L'art. 15 della direttiva 2010/13 prevede che, ai fini della realizzazione di brevi estratti di cronaca, tutte le emittenti stabilite nell'Unione devono avere accesso a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, agli aventi di grande interesse pubblico che siano trasmessi in esclusiva da un'emittente e il paragrafo 6 prevede che le modalità di accesso siano stabilite dagli Stati membri. Il giudice di rinvio si era interrogato sulla compatibilità della suddetta previsione con i diritti fondamentali previsti agli articoli 16 e 17 della Carta per il fatto che il titolare di diritti esclusivi di trasmissione televisiva sia tenuto a consentire la realizzazione di brevi estratti di cronaca a tutte le emittenti televisive stabilite nell'Unione senza poter contrattare un compenso economico superiore ai costi direttamente sostenuti per la fornitura dell'accesso al segnale.

¹⁴⁴ Causa C-283/11, *Sky Österreich*, cit., pt. 43.

televisiva non può decidere liberamente il prezzo al quale fornire l'accesso al segnale ai fini della realizzazione dei brevi estratti di cronaca¹⁴⁵.

La Corte ha ricordato che la libertà d'impresa non costituisce una prerogativa assoluta ma deve essere presa in considerazione rispetto alla sua funzione nella società per poi sottolineare che, in considerazione del tenore dell'articolo 16 che si distingue da quello delle altre libertà fondamentali, la «libertà d'impresa può essere soggetta ad un ampio ventaglio di interventi dei poteri pubblici suscettibili di stabilire, nell'interesse generale, limiti all'esercizio dell'attività economica»¹⁴⁶.

I diritti e le libertà riconosciuti dalla Carta possono quindi, come per i principi generali del diritto dell'Unione, subire delle limitazioni. Come hanno sottolineato i giudici di Lussemburgo, lo stesso art. 52, paragrafo 1, della Carta prevede che «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»¹⁴⁷.

Nel caso in questione la limitazione della libertà d'impresa è stata ritenuta proporzionata e necessaria alla tutela della libertà fondamentale di ricevere informazioni e della promozione del pluralismo nella produzione e nella programmazione delle informazioni nell'Unione, anch'essi tutelati dalla

¹⁴⁵ Causa C-283/11, *Sky Österreich*, cit., pt. 44.

¹⁴⁶ Causa C-283/11, *Sky Österreich*, cit., pt. 46. Alcuni autori hanno sottolineato che il riferimento al tenore dell'art. 16 della Carta, diverso da quello delle altre libertà fondamentali, riveste una grande importanza per l'interpretazione dell'articolo stesso. Si rinvia in merito a P. OLIVER, *What Purpose Does Article 16 of the Charter Serve?*, in U. BERNITZ, X. GROUSSOT, F. SCHULYOK (a cura di), *General Principles of EU Law and European Private Law*, cit. p. 293.

¹⁴⁷ Causa C-283/11, *Sky Österreich*, cit. pt. 48.

Carta¹⁴⁸, il legislatore dell'unione ha legittimamente privilegiato l'accesso del pubblico all'informazione rispetto alla libertà contrattuale¹⁴⁹. La tutela della libertà contrattuale come diritto fondamentale è attuata tramite il ricorso al bilanciamento con gli altri diritti fondamentali che possono limitarla¹⁵⁰.

Il riconoscimento dell'autonomia privata e della libertà contrattuale come diritti fondamentali non si traduce quindi nel riconoscimento della loro inviolabilità da parte del legislatore. Il principio dell'autonomia privata nel diritto europeo non è un diritto assoluto ma deve essere considerato rispetto alla sua funzione nella società. L'autonomia privata può essere soggetta a «un ampio ventaglio di interventi» che, come tutte le limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta, devono essere previsti per legge, rispettare il contenuto essenziale del diritto stesso e e devono, nel rispetto del principio di proporzionalità, essere necessari e rispondere effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Il principio dell'autonomia privata, della libertà contrattuale nello specifico, seppur riconosciuto come diritto fondamentale, non ha nulla a che vedere con il principio dell'autonomia privata nel suo significato tradizionale di libertà dei privati dall'intervento dello stato.

7. Il modello europeo di autonomia privata.

L'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia consente di sostenere che il principio di autonomia privata nel diritto dell'Unione ha una portata vasta e può essere definito come un principio che comprende la libertà

¹⁴⁸ Causa C-283/11, *Sky Österreich*, cit. pt. 51.

¹⁴⁹ Causa C-283/11, *Sky Österreich*, cit. pt. 66.

¹⁵⁰ O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights and Contract Law*, in *European review of Contract Law*, cit., pp. 489 e ss.; C. MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law*, Austin, 2008.

degli individui di disporre dei loro rapporti giuridici in base alla libera volontà. Come si è visto, l'autonomia privata nella giurisprudenza della Corte prende le forme sia della libertà d'impresa sia dei diritti di disporre della proprietà privata che comprendono a loro volta la libertà contrattuale nelle sue varie forme¹⁵¹.

La Corte, fin dalle prime sentenze, ha sottolineato che l'autonomia privata non è assoluta ma deve essere considerata alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività che costituiscono oggetto di tutela e può subire limitazioni giustificate dagli obiettivi di interesse generale perseguiti dall'Unione.

Alcuni autori hanno rinvenuto proprio nelle forme di compressione dell'autonomia privata compiute dal legislatore europeo il luogo in cui si manifesta il ruolo della funzione sociale nel diritto dell'Unione europea, rinvenibile nella propensione al sostegno delle categorie sociali più svantaggiate e nella salvaguardia del soggetto contrattualmente più debole¹⁵².

¹⁵¹ Alcuni autori, principalmente nella letteratura tedesca, hanno sostenuto che l'autonomia privata si identifichi con le quattro libertà assicurate dal mercato interno. Secondo questa teoria, il ruolo principale dell'autonomia privata nell'ordinamento giuridico europeo sarebbe quello di consentire agli operatori economici di muoversi nel mercato interno anche in presenza di legislazioni nazionali che lo impediscono, l'autonomia sarebbe uno strumento per impugnare le normative nazionali che costituiscono un ostacolo alle libertà di circolazione, P. C. MULLER-GRAFF, *Basic Freedoms – Extending Party Autonomy across Borders*, in S. GRUNDMAN, W. KERBER, S. WEATHERILL (a cura di), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlino, 2001, pp. 133 e ss. Si concorda con chi, negando fondamento a questa teoria, afferma che la libertà contrattuale non è garantita in maniera assoluta dai Trattati ma, trovandosi negli ordinamenti degli Stati membri, si trova nell'ordinamento dell'Unione. Si rinvia in proposito a J. W. RUTGERS, *The European Economic Constitution, Freedom of Contract and the DCFR*, in *European Review of Contract Law*, II, 2009, p. 99. Si veda anche G. COMPARATO, H. W. MICKLITZ, *Regulated Autonomy between Market Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJEU*, cit., pp. 126 e 127.

¹⁵² S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 115. Per una critica della tesi che vede nel diritto europeo esclusivamente il luogo della razionalità economica e nella regolamentazione dei fallimenti del mercato gli unici spazi di azione del legislatore dell'Unione europea si rimanda a G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2., 2007, secondo cui se si seguisse la logica dei fautori di istanze puramente liberiste e di coloro che vedono il processo di integrazione europea come l'attuazione di un disegno neoliberista a scapito di istanze di giustizia e solidarietà, si

L'autonomia privata è quindi «funzionalizzata» e «regolata» dal legislatore che se ne serve oltre che per il perseguimento degli obiettivi riconosciuti dall'Unione, anche per delineare i confini delle nuove aree di intervento del diritto dell'Unione¹⁵³.

Un esempio della funzionalizzazione dell'autonomia privata per il perseguimento degli obiettivi dell'Unione è la disciplina a tutela dei consumatori che interviene sull'autonomia privata attribuendo al consumatore una serie di diritti, il diritto di pentimento dall'affare, il diritto all'informazione sul prodotto, la previsione di obblighi di informazione al professionista, che mirano sì a garantire l'autodeterminazione del consumatore, ma allo stesso tempo perseguono una finalità di regolazione del mercato per l'instaurazione di un mercato il più possibile razionale¹⁵⁴.

giungerebbe a concepire un sistema per cui il compito del diritto europeo sarebbe solo quello di assicurare il funzionamento del mercato e di garantire il rispetto della razionalità economica, mentre solo i legislatori nazionali avrebbero il compito di accogliere le istanze sociali. L'autore, rifacendosi ad illustre dottrina, ritiene che un simile sistema sia smentito dall'evoluzione dei Trattati in cui vi è la presenza di «formule magiche» di rango costituzionale come l'«economia di mercato sociale e competitiva», i diritti sociali, la protezione del consumatore e le politiche sociali che riecheggiano le formule proprie del diritto costituzionale nazionale di funzione sociale e utilità sociale.

¹⁵³ G. COMPARATO., H. W. MICKLITZ, *Regulated Autonomy between Market Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJEU*, cit., p. 150, secondo il quale la funzionalizzazione dell'autonomia privata ha una funzione di «apertura» e di «chiusura» al fine di dirigere il comportamento economico dei soggetti privati nella direzione per il perseguimento degli obiettivi dell'Unione europea.

¹⁵⁴ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2013, pp. 116 e 117; secondo cui la funzionalizzazione dell'autonomia privata all'instaurazione di un mercato il più possibile razionale è rilevabile in diversi istituti di matrice europea. Gli obblighi di informazione, ad esempio, oltre a perseguire il riequilibrio della asimmetria informativa del consumatore, perseguono il fine della creazione di un mercato più trasparente possibile. La disciplina della vendita dei beni di consumo, con la previsione della garanzia che subordina la tutela risarcitoria al fallimento della tutela specifica, persegue il fine di incentivare i venditori alla creazione di un servizio post-vendita. La disciplina a tutela del consumatore deve essere guardata come parte di una tendenza di rimeditazione del rapporto tra lo Stato e l'economia. La compressione dell'autonomia privata nella normativa consumeristica, anche se è posta a tutela del consumatore come parte debole del rapporto contrattuale, avrebbe come fine ultimo quello di conservare il mercato privilegiando forme di tutela in forma specifica rispetto all'intervento dello Stato. Riguardo la normativa consumeristica, in dottrina vi è ancora chi propende per una visione che rinviene nella disciplina a tutela dei consumatori degli aspetti di

Ai fini della presente trattazione è interessante notare che l'approccio generale della Corte di giustizia riguardo ai rapporti contrattuali tra un consumatore e un professionista è quello di comprimere l'autonomia privata del professionista in favore del consumatore utilizzando come giustificazione il fatto che il consumatore sia la parte debole del rapporto contrattuale¹⁵⁵.

La Corte, riguardo l'applicazione della direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive, ha chiarito più volte che «il sistema di tutela istituito dalla direttiva è fondato sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte preventivamente dal professionista senza poter incidere sul contenuto delle stesse»¹⁵⁶. Affermando poi che è proprio in considerazione della situazione di inferiorità che la direttiva prevede che le clausole abusive non siano vincolanti per i consumatori. Il legislatore europeo è quindi intervenuto ristabilendo l'uguaglianza tra le parti sostituendo l'equilibrio formale determinato dal contratto fra i diritti e gli obblighi delle parti con un equilibrio reale¹⁵⁷.

Le più recenti sentenze della Corte, in aree di recente sviluppo come quella della società dell'informazione, evidenziano poi come il principio dell'autonomia privata possa essere limitato dal legislatore dell'Unione sia al fine di tutelare un altro diritto fondamentale riconosciuto dalla Carta a seguito di un bilanciamento tra diritti fondamentali, sia per il perseguimento di un

«diritto sociale» o una forma di «paternalismo», su detta distinzione si rinvia a N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, cit.

¹⁵⁵ N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, cit., p. 48.

¹⁵⁶ Sentenze della Corte di giustizia 9 novembre 2010, causa C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*, ECLI:EU:C:2010:659, pt. 46; 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, ECLI:EU:C:2000:346, pt.25; 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro*, ECLI:EU:C:2006:675, pt. 25 e 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, ECLI:EU:C:2009:615, pt. 29.

¹⁵⁷ Cause C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*, cit., pt. 47; C-168/05, *Mostaza Claro*, cit., pt. 36 e causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, cit., pt 30.

obiettivo perseguito dall'Unione, nel rispetto del principio di proporzionalità. Questa è secondo alcuni la «*framed autonomy*», il principio dell'autonomia privata di diritto privato europeo il cui riconoscimento comporta allo stesso tempo il riconoscimento del fatto che lo stesso può legittimamente essere sottoposto a limitazioni¹⁵⁸.

Quanto alle limitazioni, la giurisprudenza della Corte non utilizza sempre lo stesso percorso argomentativo per analizzare la loro ammissibilità. La giurisprudenza risalente che ha riconosciuto l'autonomia come principio fondamentale non faceva menzione dello strumento con cui il legislatore può intervenire ma aveva elaborato un test basato sulla proporzionalità dell'intervento del legislatore rispetto ai fini perseguiti e sul fatto che l'intervento del legislatore non potesse ledere la sostanza stessa del diritto. Questo test è stato utilizzato moltissime volte dalla Corte, soprattutto quando il caso in questione richiedeva di effettuare un bilanciamento tra diversi diritti fondamentali.

Dopo il Trattato di Lisbona, i giudici dovrebbero giudicare l'ammissibilità di una limitazione dell'autonomia privata, riconosciuta come diritto fondamentale, ai sensi dell'art. 52 della Carta che prevede che le limitazioni devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà. Proprio su questa riserva di legge non c'è una giurisprudenza chiara, la Corte spesso non analizza affatto la sussistenza di uno strumento che può rientrare nella nozione di legge accolta dalla stessa e ricomprendente i regolamenti le direttive e le decisioni individuali, ma effettua direttamente il bilanciamento tra i diritti in causa. Anche quando le parti in causa sollevano un motivo relativo al rispetto della riserva di legge la Corte solitamente interpreta il diritto dell'Unione in maniera estensiva e, normalmente, trova un dato normativo che può essere considerato alla base

¹⁵⁸ N.REICH, *General Principles of EU Civil Law*, cit., p. 29.

delle limitazioni imposte. Un esempio è quello degli obblighi a contrarre, sono oggetto del capitolo successivo, che possono essere imposti dalla Commissione alle imprese in seguito a una decisione che costata un infrazione del diritto della concorrenza. La Corte ha riconosciuto la legittimità di un obbligo di licenza da parte della Commissione sulla base di un articolo che prevedeva in maniera molto generica che la Commissione ha il potere di ordinare alle imprese di tenere determinati comportamenti o effettuare prestazioni, illegalmente omesse, oppure vietare il persistere di certi comportamenti e pratiche. Soluzioni di questo tipo, se da un lato contribuiscono allo sviluppo del diritto dell'Unione, dall'altro provocano un problema di certezza del diritto, soprattutto nell'ambito della disciplina della concorrenza, dove la prassi della Commissione e la giurisprudenza della Corte sono fondata in gran parte sugli artt. 101 e 102 TFUE, il cui testo, prevedendo degli obblighi generali, non consente alle imprese di prevedere con certezza se i loro comportamenti possono configurare una violazione delle norme in materia di concorrenza.

Capitolo terzo

Autonomia privata e concorrenza

SOMMARIO: 1 La disciplina della concorrenza. - 2. L'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE e le decisioni con impegni. - 3. Le conseguenze dell'applicazione dell'art. 102 TFUE sull'autonomia privata delle imprese in posizione dominante. - 4. Il rifiuto di contrarre. - 5. La dottrina delle essential facility nell'ordinamento dell'Unione europea.

1. La disciplina della concorrenza.

La ricostruzione del principio dell'autonomia privata come principio di diritto dell'Unione europea non può prescindere dall'analisi delle limitazioni che derivano dall'applicazione della disciplina della concorrenza. La stessa incide profondamente sui comportamenti e sulle scelte delle imprese. In questa sede, l'aspetto che risulta maggiormente rilevante è quello relativo all'applicazione del divieto di abuso di posizione dominante previsto dall'art.102 TFUE da cui derivano restrizioni della libertà contrattuale e del diritto di disporre liberamente della proprietà. I comportamenti unilaterali delle imprese in posizione dominante possono essere sanzionati dalla Commissione che può imporre alle stesse obblighi di fare e di non fare, compreso, come si vedrà, l'obbligo di contrarre.

Al fine di comprendere gli istituti che fanno parte della disciplina dell'abuso di posizione dominante da cui derivano le più forti compressioni della libertà contrattuale delle imprese, sembra opportuno fornire un breve inquadramento delle norme di concorrenza e della loro applicazione da parte della Commissione europea. La presente trattazione non si propone quindi di

ricostruire la disciplina della concorrenza ma di utilizzarne alcuni elementi per lo studio degli istituti che in questa sede risultano maggiormente rilevanti.

La politica della concorrenza è una delle competenze principali dell'Unione europea¹⁵⁹. Essa persegue l'obiettivo di preservare una struttura competitiva del mercato in modo di assicurare un'allocazione delle risorse efficiente, la migliore qualità dei beni e servizi offerti dalle imprese al prezzo più basso possibile e aumentare la possibilità di scelta dei consumatori¹⁶⁰. Uno degli obiettivi principali dell'Unione è quindi quello di avere delle regole di concorrenza efficaci per garantire il corretto funzionamento del mercato interno. La politica della concorrenza si configura come un elemento essenziale della politica economica dell'Unione¹⁶¹.

I Trattati hanno introdotto norme in materia di concorrenza che si applicano direttamente alle imprese a cui impongono una serie di comportamenti volti ad evitare che le stesse prendano parte ad intese restrittive della concorrenza o che abusino della loro posizione dominante sul mercato e

¹⁵⁹ Per un esame approfondito della politica della concorrenza si rinvia a A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, 2007; M. SIRAGUSA, C. RIZZA (a cura di), *EU Competition Law*, Leuven, 2007; A. CATRICALÀ, P. TROIANO, *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010; V. ROSE, D. BAILEY (a cura di), *Bellamy and Child: European Union Law of Competition*, 7th Edition, Oxford, 2013; C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, 2013; J. FAULL, A. NIKPAY, D. TAYLOR (a cura di), *Faull & Nikpay: The EU Law of Competition*, 3rd Edition, Oxford, 2014; L. E. JOHN AND J. TURNER QC (a cura di), *Bellamy & Child: European Union Law of Competition: Second Cumulative Supplement to the Seventh Edition*, Oxford, 2015. R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, 8th Edition, Oxford, 2015.

¹⁶⁰ Sentenze della Corte di giustizia 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands e a.*, ECLI:EU:C:2009:343; 6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, C-515/06 P, e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services e a. c. Commissione e a.*, ECLI:EU:C:2009:610.

¹⁶¹ Sulla rilevanza della concorrenza nel sistema economico europeo si rinvia a L. J. CONSTANTINESCO, *La constitution économique de la C.E.E.*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1977; D. J. GERBER, *The Transformation of European Community Competition Law*, in *Harvard International Law Journal*, 1994, p. 97; M. ORLANDI, *Art. 4 del Trattato CE*, in *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, a cura di A. TIZZANO, Milano 2004, p.197.

regole che vietano agli Stati membri di concedere alle imprese aiuti suscettibili di alterare la concorrenza nel mercato interno¹⁶².

La disciplina della concorrenza ha subito una significativa evoluzione che ha portato, tra le altre misure, all'adozione del regolamento 1/2003¹⁶³ che ha razionalizzato e semplificato le modalità dell'azione dell'Unione europea rispetto alle violazioni delle regole di concorrenza, anche attraverso il decentramento dell'attività di controllo del rispetto delle norme di concorrenza. Quando la violazione di dette norme si verifica in un solo Stato membro, sono le autorità nazionali garanti della concorrenza ad intervenire, mentre quando la violazione interessa più Stati membri è la Commissione europea ad applicare il diritto della concorrenza¹⁶⁴.

L'articolo 101 TFUE sancisce il divieto di accordi, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate restrittive della concorrenza e stabilisce come sanzione alla violazione di questo divieto la nullità degli accordi o decisioni, facendo salvi gli accordi e le decisioni che, anche se restrittivi della concorrenza, siano idonei a produrre effetti positivi e meritevoli di tutela. L'obiettivo dell'articolo 101 TFUE è la realizzazione di un mercato in

¹⁶² Gli articoli 101 e 102 TFUE hanno efficacia diretta e si applicano ai privati. Si vedano in merito le sentenze 27 marzo 1974, causa 127/73, *BRT c. Sabam*, ECLI:EU:C:1974:25 e 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Delimitis c. Henninger Bräu*, ECLI:EU:C:1991:91.

¹⁶³ Regolamento (CE) n. 1/2003, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato. G.U. OJ L 1, 4.1.2003, pp. 1–25.

¹⁶⁴ Si noti che il decentramento dell'applicazione del diritto della concorrenza è avvenuto con il Regolamento 1/2003. Il primo regolamento di applicazione di quelli che all'epoca erano gli articoli 85 e 86 CEE, il Regolamento n. 17 prevedeva un quasi monopolio della Commissione per l'applicazione del diritto della concorrenza. La competenza delle autorità nazionali era limitata ad alcuni casi e in ogni modo non poteva essere esercitata parallelamente a quella della Commissione, le autorità nazionali potevano agire solo fino al momento in cui la Commissione non aveva iniziato una procedura. Oggi l'intervento della Commissione europea dovrebbe essere limitato ai casi in cui la stessa si trovi in una situazione privilegiata per procedere all'accertamento, ai casi particolarmente gravi e quando sia utile mantenere l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione europea o debbano essere affrontate situazioni nuove. Sull'evoluzione del ruolo della Commissione nell'applicazione del diritto della concorrenza si rinvia a G. M. ROBERTI, M. ORLANDI, *Le procedure applicative delle regole di concorrenza*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea, Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, Volume XXVI, tomo I, Torino, 2006.

cui le imprese stabiliscano autonomamente la loro politica commerciale, detto obiettivo viene perseguito tramite il divieto di tutte le attività finalizzate al coordinamento dei comportamenti delle imprese sul mercato che possano impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza¹⁶⁵.

L'articolo 101 TFUE elenca espressamente una serie di intese restrittive della concorrenza: la fissazione diretta o indiretta dei prezzi di acquisto o di vendita o altre condizioni di transazione; la limitazione o il controllo della produzione, degli sbocchi, dello sviluppo tecnico o degli investimenti; la ripartizione del mercato o di fonti di approvvigionamento; l'applicazione di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti così da determinare uno svantaggio nella concorrenza di taluni contraenti; la subordinazione della conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

Le intese vietate dall'art. 101 TFEU presuppongono il concorso di volontà di due o più imprese, esulano infatti dall'ambito di applicazione di tale norma i comportamenti unilaterali che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 102 TFUE¹⁶⁶.

L'art. 102 TFUE vieta lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante detenuta sul mercato interno o su una parte sostanziale dello stesso ed elenca una serie di pratiche considerate abusive che coincidono con l'elenco di intese restrittive della concorrenza elencate all'art. 101 TFUE. L'obiettivo dell'art. 102 TFUE è quello di evitare che le imprese che detengono una

¹⁶⁵ Si rinvia in merito a A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, cit., pp. 71 e ss. e R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, cit., part 3.

¹⁶⁶ L'incontro di volontà di tenere un determinato comportamento tra due o più imprese è sufficiente perché si configuri un'intesa anche se la stessa non si concretizza in un contratto vero e proprio, si vedano in merito sentenze della Corte di giustizia 28 ottobre 1980, cause riunite 209/78, 215/78 e 218/78, *van Landewyk c. Commissione.*, ECLI:EU:C:1980:248; sentenza del Tribunale 26 ottobre 2000, causa T-41/96, *Bayer c. Commissione*, ECLI:EU:T:2000:242.

posizione dominante utilizzino il loro potere di mercato per perseguire finalità incompatibili con la libera concorrenza come l'estromissione dal mercato degli altri concorrenti o arrechino loro pregiudizio tramite l'imposizione di prezzi eccessivamente elevati o di condizioni contrattuali sfavorevoli¹⁶⁷. Le fattispecie di abuso possono essere distinte in base a dove si producono gli effetti anticoncorrenziali. Se detti effetti si manifestano nelle relazioni orizzontali dell'impresa in posizione dominante con i propri concorrenti effettivi o potenziali l'abuso si definisce escludente in quanto lo stesso genera un effetto di chiusura del mercato nei confronti dei concorrenti. Quando invece gli effetti anticoncorrenziali della condotta dell'impresa in posizione dominante si producono nelle sue relazioni verticali con i fornitori nel mercato a monte e con i clienti nel mercato a valle, l'abuso si definisce di sfruttamento poiché l'impresa sfrutta il suo potere di mercato per applicare prezzi eccessivi o condizioni ingiustificatamente gravose, deteriori o discriminatorie nei confronti dei suoi contraenti¹⁶⁸.

2. *L'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE e le decisioni con impegni.*

I procedimenti per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE sono oggi disciplinati dal regolamento 1/2003¹⁶⁹ e dal regolamento 773/2004¹⁷⁰. Per quanto riguarda l'accertamento delle infrazioni, la Commissione può attivarsi sia d'ufficio sia in seguito a una denuncia presentata da uno Stato membro o da

¹⁶⁷ Per un esame approfondito delle fattispecie che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 102 TFUE si rinvia a V. ROSE, D. BAILEY (a cura di), *Bellamy and Child: European Union Law of Competition*, cit.; R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, cit., part 5.

¹⁶⁸ R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, cit., part 17 e 18.

¹⁶⁹ Regolamento (CE) n. 1/2003, cit.

¹⁷⁰ Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, GU L 123 del 27.4.2004, pp. 18–24. Sul regolamento 1/03 si rinvia a E. GUERRI, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE n. 1/2003*, Torino, 2005.

un soggetto interessato. La Commissione ha ampi poteri di indagine che includono il diritto di richiedere informazioni alle imprese, di raccogliere informazioni, di ispezionare nei loro locali, sequestrare i loro registri e interrogare i loro rappresentanti. Al termine dell'istruttoria, la Commissione può constatare e far cessare una violazione dell'art. 101 TFUE o dell'art. 102 TFUE o constatare l'inapplicabilità dei detti articoli. La Commissione ha il potere di infliggere ammende e di imporre alle imprese l'adozione di rimedi comportamentali o strutturali necessari a far cessare l'infrazione¹⁷¹.

L'applicazione delle norme di concorrenza è sempre più caratterizzata dall'utilizzazione di procedure negoziate con le imprese come i programmi di clemenza, la transazione e le decisioni con impegni in cui la Commissione dispone di un ampio margine discrezionale quanto alla partecipazione e alla conclusione di dette procedure¹⁷². La procedura negoziata che merita un esame più approfondito in questa sede è quella, introdotta dal regolamento 1/2003,

¹⁷¹ Regolamento (CE) n. 1/2003, cit., art.7 e art. 23. Nella vigenza del precedente Regolamento n. 17/72 si poneva spesso la questione se la Commissione fosse abilitata o meno ad imporre alle imprese destinatarie di una Decisione specifici obblighi finalizzati all'eliminazione dell'infrazione e quale fosse l'estensione di detto obblighi. La Corte di giustizia, come si vedrà più avanti ha confermato l'esistenza del potere della Commissione di imporre obblighi alle imprese sia di *non facere* sia di *facere*, compreso l'obbligo di contrarre. Per un esame approfondito sull'applicazione del diritto della Concorrenza da parte della Commissione si vedano, fra gli altri, C. PRIETO, D BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, cit., pp. 1057 e ss.; V. ROSE, D.BAILEY (a cura di), *Bellamy and Child: European Union Law of Competition*, cit..

¹⁷² I programmi di clemenza, in estrema sintesi, vengono utilizzati nei procedimenti di applicazione dell'art. 101 TFUE. Questi programmi prevedono un trattamento favorevole per le imprese che si «pentono» e denunciano alla Commissione l'esistenza di un cartello di cui fanno parte oppure forniscono elementi decisivi per scoprire l'esistenza di un cartello e i partecipanti allo stesso. Il trattamento favorevole consiste nel conferire l'immunità all'impresa che per prima fornisce elementi probatori su un cartello non ancora individuato dalla Commissione o elementi di prova dell'esistenza e del funzionamento di cartelli su cui la Commissione sta già investigando. Le imprese che aderiscono al programma di clemenza in un momento successivo ricevono una riduzione dell'ammenda. Anche la transazione è utilizzata principalmente nella lotta ai cartelli e prevede la possibilità per le imprese che hanno partecipato a un cartello di riconoscere la loro partecipazione ed assumersene la responsabilità in cambio di una riduzione del 10% dell'ammenda. In merito si rinvia a V. ROSE, D.BAILEY (a cura di), *Bellamy and Child: European Union Law of Competition*, cit.; C. PRIETO, D BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, cit., pp. 1268 e ss..

che prevede la possibilità per la Commissione di adottare decisioni con impegni invece di una decisione che constata l'infrazione¹⁷³. L'art. 9, par. 1, del regolamento 1/2003 prevede che «Qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongono degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese. La decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato.» Il secondo paragrafo dell'articolo prevede che la Commissione può riaprire il procedimento se la situazione di fatto su cui si fonda la decisione viene a modificarsi, se le imprese contravvengono agli impegni assunti oppure se le informazioni trasmesse dalle parti su cui si basa la decisione sono complete inesatte o fuorvianti.

Mediante questo tipo di decisioni la Commissione chiude anticipatamente i procedimenti di applicazione delle norme di concorrenza, senza accertare la violazione degli artt. 101 o 102 TFUE, e accetta, rendendoli obbligatori, specifici impegni che le imprese interessate le propongono per rispondere alle sue preoccupazioni¹⁷⁴.

¹⁷³ Prima del regolamento 1/2003 gli impegni erano stati utilizzati dalla Commissione in qualche procedimento relativo a concentrazioni di imprese W. WILS, *Settlements of EU antitrust investigations: commitment decisions under Article 9 of Regulation 1/2003*, in *World Competition*, 2, 2006, p.345.

¹⁷⁴ Per un esame più approfondito dell'utilizzazione delle decisioni con impegni si rinvia, fra gli altri, a R. WHISH, *Commitment Decisions under Article 9 of the EC Modernisation Regulation: Some Unanswered Questions*, in M. JOHANSSON, N. WAHL, U. BERNITZ (a cura di), *Liber Amicorum in Honour of Sven Norberg – A Europea for All Seasons*, Bruxelles, 2006; H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions under Art. 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law*, in C.-D. EHREMAN, M. MARQUIS (a cura di), *Antitrust settlements under EC Competition Law, European Competition Law annual 2008*, Oxford 2010, pp. 547 e ss.; I. FORRESTER, *Creating New Rules? Or Closing Easy Cases? Policy Consequences for Public Enforcement of Settlements under Article 9 of Regulation 1/2003*, in Ivi, p. 637; C.J. COOK, *Commitment Decisions: the Law and Practice Under Article 9*, in *World Competition*, 2006, pp. 209 s..

Le decisioni con impegni sono state utilizzate soprattutto nei casi di abuso di posizione dominante. Le imprese, tenendo conto delle ammende che la Commissione può infliggere e del fatto che la Corte di giustizia ha ritenuto valide praticamente tutte le sue decisioni in materia di abuso di posizione dominante, preferiscono proporre alla Commissione degli impegni volti a rimediare alla possibile distorsione della Concorrenza piuttosto che arrivare davanti alla Corte¹⁷⁵.

Quello che è interessante osservare ai fini della presente trattazione, è la natura delle decisioni di accettazione di impegni e i limiti del sindacato giurisdizionale che la Corte può esercitare sulle decisioni stesse. Gli impegni offerti dalle imprese possono assumere diverse forme che vanno dall'impegno ad astenersi da un determinato comportamento all'impegno di concludere contratti con le imprese concorrenti.

In dottrina si è sviluppato un ampio dibattito sull'utilizzazione delle decisioni con impegni da parte della Commissione riguardo diversi aspetti come la partecipazione dei terzi alle procedure e gli effetti che le decisioni possono comportare nei loro confronti e la possibilità di abusi da parte della Commissione¹⁷⁶. Il dibattito che risulta maggiormente rilevante in questa sede è quello sull'effetto che queste decisioni possono avere sul principio della certezza del diritto¹⁷⁷. L'applicazione delle norme di concorrenza, soprattutto

¹⁷⁵ J.-F. BELLIS, *Article 102 TFEU: The case for a remedial enforcement model along the lines of Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, in *Concurrences*, 3, 2013, p. 83.

¹⁷⁶ J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions under Regulation 1/2003: Legal Aspects of a New Kind of Competition Decision*, in *European Competition Law Review*, 2003, pp. 347; R. WHISH, *Commitment Decisions under Article 9 of the EC Modernisation Regulation: Some Unanswered Questions*, cit.; C.J. COOK, *Commitment Decisions: the Law and Practice Under Article 9*, in *World Competition*, 2006, cit..

¹⁷⁷ R. WHISH, *Commitment Decisions under Article 9 of the EC Modernisation Regulation: Some Unanswered Questions*, cit.; H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions under Art. 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law*, cit. pp. 553 e ss.; I. FORRESTER, *Creating New Rules? Or Closing Easy Cases? Policy Consequences for Public Enforcement of Settlements under Article 9 of Regulation 1/2003*, cit., pp. 643 e ss..

relativamente all'abuso di posizione dominante, è caratterizzata dal fatto che le norme contenute nei Trattati non descrivono i comportamenti anticoncorrenziali in maniera completa e la Commissione ha un ampio potere discrezionale dal punto di vista dell'*enforcement*. La scelta di negoziare gli impegni, cui consegue il non accertamento di una violazione delle norme di concorrenza, implica la rinuncia a rispondere in maniera precisa alle questioni giuridiche sollevate dal caso in questione che si traduce, soprattutto quando si è di fronte a un caso nuovo o a un caso complesso in cui è difficile prevedere i risultati dell'indagine della Commissione, nella scelta di rinunciare a stabilire una regola in favore di una risoluzione del procedimento più veloce a seguito di una inchiesta sommaria. Un'utilizzazione troppo diffusa di questo tipo di decisioni potrebbe pregiudicare gravemente lo sviluppo del diritto delle pratiche anti concorrenziali¹⁷⁸.

Le preoccupazioni per l'utilizzazione delle decisioni con impegni si sono rafforzate in seguito alla giurisprudenza della Corte riguardo alla limitazione della portata del sindacato giurisdizionale sulla legittimità delle decisioni con impegni¹⁷⁹.

¹⁷⁸ In questo senso anche C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, cit., pp. 1113; i quali sottolineano che il ricorso alle decisioni con impegni dovrebbe essere limitato ai casi di infrazioni non gravi ma che la pratica della Commissione mostra che la stessa le utilizza anche in casi di infrazioni molto gravi come intese orizzontali (Comm. eur., 12 dicembre 2012 e 25 luglio 2013, 39.847, *E-books*) e rifiuto di contrarre riguardo l'accesso a infrastrutture essenziali (Comm. eur., 29 settembre 2010, 39.315, *ENI*; Comm. eur., 4 maggio 2010, 39.317, *E.ON*; Comm. eur., 18 marzo 2009, 39.402, *RWE*; Comm. eur., 10 aprile 2013, 39.727, *CEZ*, IP/13/320).

¹⁷⁹ F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Arosa: The dangers of abandoning the "struggle for competition law"*, in *Common Market Law Review*, 2012, pp. 929 e ss.; L. DE LUCIA, *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust tra sussidiarietà e paradigma neoliberale*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa, Problemi e prospettive, Atti del Convegno di Trento, 7-8 giugno 2012*, Padova, 2013.

Nel celebre caso *Alrosa*¹⁸⁰, la ricorrente aveva proposto un ricorso contro la decisione della Commissione che aveva reso vincolanti gli impegni assunti da un'impresa (*De Beers*) nell'ambito di un procedimento per abuso di posizione dominante connesso ad un altro procedimento che contestava alle imprese una possibile intesa nella fornitura di diamanti grezzi. La ricorrente aveva sollevato diversi motivi relativi all'applicazione di un impegno assunto solo da una delle imprese e alla violazione della libertà contrattuale. Secondo la ricorrente, infatti, la decisione, nella parte in cui rendeva obbligatorio l'impegno dell'impresa concorrente di diminuire, fino a sopprimere, la vendita di diamanti grezzi alla ricorrente, avrebbe violato la sua libertà contrattuale sia rendendo obbligatorio l'impegno proposto da una sola delle imprese interessate dal procedimento di applicazione delle norme di concorrenza anche nei confronti dell'altra, sia rendendo impossibile, per una durata illimitata, la conclusione di qualsiasi accordo tra le due imprese per il solo fatto che una di esse si trovava in posizione dominante. Ad avviso della Commissione la decisione non comportava una violazione della libertà contrattuale della ricorrente in quanto l'impegno di porre fine all'accordo con la ricorrente era stato assunto dall'impresa in posizione dominante volontariamente ed in forza della propria libertà contrattuale¹⁸¹. Il Tribunale aveva ritenuto che la decisione con impegni non potesse essere considerata come una semplice accettazione «di una proposta liberamente formulata da una controparte nei negoziati, ma costituisce un provvedimento vincolante che pone fine ad una situazione di

¹⁸⁰ Sentenza del Tribunale di primo grado 11 luglio 2007, causa T-170/06, *Alrosa c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:220. Per un'analisi più approfondita della sentenza si rinvia a F. ROBERTS, *Making commitments Diamonds (supply agreements) Are (not suspended) Forever: a look at the recent Alrosa judgment by the CFI*, in *Competition Law Insight*, 6, 2007 pp.6 e ss.; C. PRIETO, *Droit spécial du contrat. Engagements dans l'affaire des diamants remis en cause par le TPICE, au nom de la liberté contractuelle et du principe de proportionnalité*, in *Revue des contrats*, 2007, pp.1176 e ss.; C. CAZZELLA, *Proporzionalità e diritti della difesa nei procedimenti per abuso di posizione dominante: la sentenza Alrosa*, in *Giustizia civile*, I, 2008, pp. 293-296.

¹⁸¹ Causa T-170/06, *Alrosa c. Commissione*, cit., ptt. 47 a 70.

infrazione in atto o in potenza»¹⁸², anche in considerazione del fatto che una decisione con impegni «può comportare indirettamente effetti giuridici *erga omnes* che l'impresa interessata non avrebbe potuto creare da sola»¹⁸³

Secondo il Tribunale quindi il carattere volontario degli impegni non sottrarrebbe la decisione della Commissione di renderli obbligatori al suo sindacato giurisdizionale e alla applicazione del principio di proporzionalità che si estenderebbe alla valutazione della loro necessità e della possibilità che esistano altre soluzioni meno restrittive¹⁸⁴. Oltretutto, il Tribunale, annullando la decisione della Commissione, aveva lasciato intendere che la volontarietà stessa degli impegni potesse essere messa in discussione nelle situazioni in cui l'alternativa per le imprese alla non assunzione degli impegni fosse l'imposizione di un'ammenda¹⁸⁵.

La Corte ha annullato la sentenza del Tribunale e ha ritenuto che il sindacato giurisdizionale sulle le decisioni che rendono gli impegni obbligatori non è lo stesso di quello sulle decisioni che accertano una violazione delle norme di concorrenza ma riguarda solo la questione se la valutazione effettuata dalla Commissione sia manifestamente errata in quanto gli impegni sono proposti dalle stesse imprese volontariamente¹⁸⁶. Secondo la Corte le imprese che propongono impegni «accettano coscientemente che le loro concessioni possano eccedere quanto potrebbe imporre loro la Commissione stessa in una decisione che essa dovesse adottare [...] a seguito di un'inchiesta approfondita»¹⁸⁷ e quindi la valutazione dell'applicazione del principio di

¹⁸² Causa T-170/06, *Alrosa c. Commissione*, cit., pt. 86

¹⁸³ *Ibidem*, pt. 88.

¹⁸⁴ Causa T-170/06, *Alrosa c. Commissione*, cit., pt. 126.

¹⁸⁵ Causa T-170/06, *Alrosa c. Commissione*, cit., pt 106 in cui il Tribunale ricorda che in alcuni casi le imprese quando assumono impegni si limitano ad assentire ad una decisione che la Commissione avrebbe potuto adottare unilateralmente.

¹⁸⁶ Sentenza della Corte 29 giugno 2010, causa C-441/07 P, *Commissione c. Alrosa*, ECLI:EU:C:2010:377, pt. 37 e 42.

¹⁸⁷ Causa C-441/07 P, *Commissione c. Alrosa*, cit., pt. 48. Il punto è uno dei più criticati in dottrina perché favorirebbe l'intervento della Commissione anche quando gli esiti della

proporzionalità nel contesto delle decisioni che rendono gli impegni obbligatori non può essere la stessa che quella applicata nel contesto delle decisioni che costatano una violazione delle norme di concorrenza¹⁸⁸. La Corte ha inoltre chiarito che la Commissione non è tenuta a prendere in considerazione soluzioni meno restrittive e onerose di quelle proposte dalle imprese stesse¹⁸⁹.

L'utilizzazione delle decisioni con impegni da parte della Commissione pone tutta una serie di questioni riguardo la certezza del diritto e lo sviluppo del diritto della concorrenza. In dottrina ci si è preoccupati anche delle conseguenze delle decisioni sul *private enforcement* delle norme di concorrenza poiché, non essendovi un accertamento della violazione delle norme di concorrenza, una eventuale azione di risarcimento del danno non potrà fondarsi sulla decisione per fornire la prova della responsabilità dell'impresa¹⁹⁰.

Le decisioni con impegni sollevano anche un problema dal punto di vista dei limiti che la Commissione può imporre all'autonomia privata delle imprese. L'adozione delle decisioni fa sorgere obbligazioni per le imprese che possono consistere in obbligazioni di tenere determinati comportamenti, in obbligazioni di concludere contratti, oppure spingersi fino a prevedere nella decisione stessa i termini precisi dei contratti da concludere¹⁹¹. Non si può non ricordare che

procedura di accertamento di una violazione delle norme di concorrenza è incerta, permettendo alla Commissione di andare oltre i poteri che sono previsti dal regolamento 1/2003. C. PRIETO, D BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, cit., pp. 1217.

¹⁸⁸ Causa C-441/07 P, *Commissione c. Alrosa*, cit., pt. 50.

¹⁸⁹ Causa C-441/07 P, *Commissione c. Alrosa*, ptt. 67 e 68.

¹⁹⁰ In merito si sono rilevati due ordini di problemi che riguardano l'efficacia dei rimedi sul mercato e la difficoltà di monitorare il rispetto degli impegni da parte delle imprese. Si rinvia in merito a C. PRIETO, D BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, cit., pp. 1114, secondo i quali gli studi compiuti negli Stati Uniti e quelli che si stanno sviluppando nell'Unione dimostrano la scarsa efficacia delle decisioni con rimedi.

¹⁹¹ Si nota che l'istituto delle decisioni con impegni è stato disciplinato anche nell'ordinamento italiano. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dispone dello stesso potere della Commissione di adottare decisioni di accettazione di impegni quando agisce per

sono le imprese stesse a proporre gli impegni alla Commissione per rispondere alle sue preoccupazioni e che le decisioni con impegni hanno il vantaggio per le imprese di escludere la comminazione di ammende, non può non essere messo in evidenza il fatto che le decisioni sono adottate di solito a seguito di investigazioni sommarie, sono il risultato di una negoziazione con la Commissione. Le imprese si trovano inoltre in molti casi di fronte all'unica alternativa di vedersi comminata un'ammenda e preferiscono evitare il rischio di contenzioso con l'adozione di una decisione con impegni. La stessa Corte, nel riconoscere che gli impegni possono essere più restrittivi e onerosi delle misure che la Commissione potrebbe imporre con una decisione che accerta la violazione delle norme di concorrenza, ha lasciato aperta la questione dei tipi di impegni che possono essere resi obbligatori dalla Commissione, rendendo l'applicazione della procedura con impegni ancora più incerta.

Si evidenzia in fine che i termini dell'art. 9, par.1, del regolamento 1/2003 sono molto generici e non è possibile prevedere quali tipi di impegni la Commissione accetterà e renderà obbligatori.

3. Le conseguenze dell'applicazione dell'art. 102 TFUE sull'autonomia privata delle imprese in posizione dominante.

Per stabilire se un'impresa abbia violato l'art. 102 TFUE occorre verificare la sussistenza di diverse condizioni. Bisogna prima di tutto definire il mercato rilevante sotto il profilo merceologico e sotto quello dell'area

l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE. Il legislatore italiano ha introdotto un nuovo articolo nella legge sulla concorrenza per disciplinare gli impegni. Lo stesso potere è stato previsto anche per l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni nei procedimenti di sua competenza. L'istituto degli impegni è stato introdotto anche in materia di pratiche commerciali scorrette. Per l'esame della disciplina italiana si rinvia a L. DE LUCIA, V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, pp. 509 e ss.

geografica di riferimento, stabilire poi se l'impresa occupi una posizione dominante sul mercato definito e da ultimo verificare se il suo comportamento costituisca un abuso di tale posizione dominante per accertare infine se dall'abuso deriva un impatto sul commercio nel mercato interno¹⁹². La posizione dominante, la cui nozione non è nell'art. 102 TFUE, è stata definita dalla Corte di giustizia come «una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori»¹⁹³. Giova precisare che ad essere vietata non è l'esistenza stessa di una posizione dominante da parte di una impresa sul mercato, bensì lo sfruttamento abusivo della stessa. La nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva e riguarda i comportamenti dell'impresa che hanno come effetto di ostacolare la concorrenza o lo sviluppo della stessa in un mercato in cui il grado di concorrenza è già sminuito per il fatto che vi opera un'impresa in posizione dominante¹⁹⁴.

¹⁹² Sulla posizione dominante si rinvia a A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, cit., pp. 406 e ss.; M. SIRAGUSA, C. RIZZA (a cura di), *EU Competition Law*, cit.; V. ROSE, D. BAILEY (a cura di), *Bellamy and Child: European Union Law of Competition*, cit.; J. FAULL, A. NIKPAY, D. TAYLOR (a cura di), *Faull & Nikpay: The EU Law of Competition*, cit.; R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, cit..

¹⁹³ Sentenza della Corte di giustizia 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands c. Commissione*, ECLI:EU:C:1978:22, pt. 65. Per un'analisi approfondita della sentenza di rinvia, tra gli altri, a E. A. RAFFAELLI, *Il concetto di posizione dominante ex art. 86 CEE*, in *Rivista di diritto industriale*, II, 1978, pp.302-305; R. PARDOLESI, *Art. 86 Trattato CEE: il prezzo del "decollo"*, in *Il Foro italiano*, IV, 1978, pp.536-546; P. PENNETTA, *La posizione dominante "qualitativa" - profili interpretativi dell'art. 86 del Trattato CEE nel caso "Chiquita"*, in *Rivista di diritto europeo*, 1978, pp.312 e ss.; A. DASHWOOD, *New Light on Article 86 in the Banana Case*, in *European Law Review*, 1978, pp.314-328; M. SIRAGUSA, *Diritto e politica della concorrenza nella CEE: prezzi discriminatori e non equi (articolo 86)*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1980 pp.467-487.

¹⁹⁴ Sentenza della Corte di giustizia 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, ECLI:EU:C:1979:36, pt. 91. Si veda in merito P. PISELLI, *Posizione dominante e suo sfruttamento abusivo nella sentenza Hoffmann La Roche*, in *Rivista di diritto industriale*, II, 1980, pp.207-260.

La Corte è stata confrontata fin dalle prime sentenze sull'applicazione dell'art 102 TFUE sulla questione del nesso causale tra la posizione dominante e l'abuso. In una causa riguardante l'acquisto del controllo di una impresa concorrente da parte di un'impresa in posizione dominante, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che non è necessario che l'impresa utilizzi la sua posizione dominante perché sia configurabile un abuso ma lo stesso rafforzamento della posizione dominante può essere abusivo se produce effetti restrittivi, indipendentemente dai mezzi e i procedimenti usati a tal fine¹⁹⁵. La Corte ha negato qualsiasi rilevanza al nesso di causalità tra la posizione dominante detenuta dall'impresa e l'utilizzazione che la stessa ne fa.

Il fatto che un comportamento possa essere considerato abusivo anche quando consiste in un comportamento di per sé lecito e non presenti alcun nesso con la posizione dominante si traduce in una limitazione ingiustificata dell'autonomia dell'impresa in posizione dominante¹⁹⁶.

Il comportamento di una impresa in posizione dominante può costituire un abuso ogni volta che sia idoneo a produrre effetti restrittivi, indipendentemente dalle finalità che l'impresa persegue. Ai fini della caratterizzazione del comportamento come abusivo non rileva quindi né l'intenzione di nuocere, né il carattere colposo del comportamento¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Sentenza della Corte di giustizia 18 aprile 1975, causa 6/72, *DEPE - Europemballage Corporation e Continental Can Company c. Commissione*, ECLI:EU:C:1975:50, pt.27. Sulla sentenza si rinvia a L. FOCSANEANU, *L'abus de position dominante après l'arrêt "Continental Can"* (21 février 1973), in *Revue du Marché Commun*, 1973, pp. 145-159 e F. CAPELLI, *Le sentenze "De Haecht" e "Continental Can" e l'interpretazione evolutiva del diritto comunitario*, in *Scritti di diritto comunitario*, II, 1979, pp.505-510.

¹⁹⁶ A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, cit., p. 475; che suggerisce un'interpretazione diversa della norma per cui deve sussistere un nesso tra la posizione dominante e il comportamento che è ritenuto abusivo per cui il comportamento dell'impresa, per essere sanzionabile, deve consistere in uno sfruttamento della posizione dominante come strumento, usato in maniera scorretta, per il rafforzamento della stessa.

¹⁹⁷ Sentenza del Tribunale 1 aprile 1993, causa T-65/89, *BPB Industries e British Gypsum c. Commissione*, ECLI:EU:T:1993:31, pt.70. Il Tribunale, ricordando che la nozione di sfruttamento è una nozione oggettiva ha chiarito che «il comportamento di un'impresa in posizione dominante può considerarsi abusivo, ai sensi dell'art. 86 del Trattato CEE, anche se

La Corte ha precisato che «la constatazione dell'esistenza della posizione dominante non comporta di per sé alcun addebito nei confronti dell'impresa interessata, ma significa solo che questa, indipendentemente dalle cause di tale posizione, è tenuta in modo particolare a non compromettere col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune»¹⁹⁸. L'impresa in posizione dominante ha quindi una «*responsabilité particulière*», come nel testo originale della sentenza, e deve fare attenzione a non adottare condotte che possano falsare la concorrenza sul mercato. Detta «*responsabilité particulière*» implica anche che le imprese in posizione dominante debbano evitare di adottare comportamenti o di compiere atti che sarebbero assolutamente leciti se l'impresa non si trovasse in una posizione dominante sul mercato e dunque un trattamento più severo dell'impresa in posizione dominante rispetto alle altre. Secondo la Corte di giustizia, infatti, risulta dalla natura degli obblighi imposti dall'art.102 TFUE che le imprese in posizione dominante possono «essere private del diritto di adottare comportamenti, o di compiere atti, che non sono in sé stessi abusivi e che sarebbero persino non condannabili se fossero adottati, o compiuti, da imprese non dominanti» come la conclusione di un contratto, la domanda di esecuzione di una clausola di un contratto e l'acquisizione di un diritto¹⁹⁹. Le

non viene commesso alcun illecito. Di conseguenza, l'argomento delle ricorrenti secondo il quale la BG non avrebbe mai inteso scoraggiare o indebolire l'*Iberian* è irrilevante ai fini della qualificazione giuridica dei fatti.» Al riguardo si rinvia a A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, cit., p. 476 il quale sottolinea che l'intenzionalità del comportamento dell'impresa in posizione dominante può essere presa in considerazione ai fini dell'erogazione di ammende e può contribuire a far valutare favorevolmente i casi di scarsa gravità.

¹⁹⁸ Sentenze della Corte 9 novembre 1983, causa C-322/81, *Michelin c. Commissione*, ECLI:EU:C:1983:313, pt. 57 e del Tribunale 6 ottobre 1994, causa T-83/91, *Tetra Pack c. Commissione*, ECLI:EU:T:1994:246, pt. 114; 17 luglio 1998, causa T-111/96, *ITT Promedia c. Commissione*, ECLI:EU:T:1998:183, pt. 139; 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar c. Commissione*, ECLI:EU:T:1999:246, pt. 112; 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin c. Commissione*, ECLI:EU:T:2003:250, pt. 97 e 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:289, pt. 229.

¹⁹⁹ Causa T-111/96, *ITT Promedia c. Commissione*, cit., pt. 139 e 140.

imprese che detengono una posizione dominante si trovano quindi in una posizione delicata poiché la giurisprudenza della Corte e la prassi applicativa della Commissione non sono riuscite a tradurre i principi in regole di comportamento e a tracciare una frontiera chiara tra il lecito e l'illecito²⁰⁰.

La Corte di giustizia ha individuato una serie di comportamenti anticoncorrenziali che possono costituire un abuso di posizione dominante che vengono distinti tra i cosiddetti «abusi di esclusione» e «abusi di sfruttamento»²⁰¹. Gli abusi di esclusione provocano effetti preclusivi sul mercato impedendo ai concorrenti di espandersi o di fare il loro ingresso nel mercato o li inducono ad abbandonare il mercato, gli abusi di sfruttamento invece sono caratterizzati dall'uso da parte dell'impresa dominante della sua posizione nel mercato per ottenere dai clienti o dai fornitori il massimo profitto possibile. Prima di tutto costituiscono comportamenti abusivi l'acquisto di un'impresa concorrente²⁰² e la determinazione di prezzi discriminatori, eccessivi²⁰³ o eccessivamente ridotti²⁰⁴ per escludere un'altra impresa dal mercato. Costituiscono poi comportamenti abusivi anche le restrizioni alla rivendita di beni e servizi forniti dall'impresa in posizione dominante²⁰⁵ o i cosiddetti accordi *tying-in* che vincolano un acquirente ad acquistare

²⁰⁰ A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, cit., pp. 474 che sottolinea come la mancanza di regole di comportamento si rifletta anche nelle giustificazioni obiettive ammesse dalla Corte. La Corte ha affermato che il comportamento dell'impresa può essere obiettivamente giustificato da legittime esigenze, come la difesa della propria posizione dagli attacchi dei concorrenti o lo svolgimento della propria attività di espansione sul mercato, ma alle affermazioni di principio non sono seguite misure concrete al fine di escludere il carattere abusivo del comportamento.

²⁰¹ Sui diversi tipi di abuso si rinvia a C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, cit., pp. 865 e ss..

²⁰² Causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company c. Commissione*, cit..

²⁰³ Causa 27/76, *United Brands c. Commissione*, cit..

²⁰⁴ Sentenza della Corte di giustizia 23 settembre 1986, causa 5/85, *AKZO Chemie c. Commissione*, ECLI:EU:C:1986:328.

²⁰⁵ Causa 27/76, *United Brands c. Commissione*, cit., pt. 152 a 162.

esclusivamente dall'impresa in posizione dominante e gli sconti di fedeltà che hanno l'effetto di vincolare l'acquirente all'impresa in posizione dominante²⁰⁶.

La Corte ha ritenuto che anche il rifiuto dell'impresa dominante di contrarre e dunque di fornire determinati beni o servizi che privi una impresa concorrente dei prodotti di cui abbia bisogno per l'esercizio della propria attività, può costituire un abuso di posizione dominante²⁰⁷. Il rifiuto di contrarre, come si vedrà, comprende anche il rifiuto di concedere accesso a una *essential facility* o di concedere in licenza diritti di proprietà intellettuale che costituiscono le forme di abuso in cui le limitazioni dell'autonomia privata sono maggiormente visibili poiché si traducono nell'imposizione di obblighi di contrarre.

L'applicazione dell'art. 102 TFUE ha come effetto inevitabile una forte compressione dell'autonomia privata. Questa limitazione è normalmente giustificata dal perseguimento di obiettivi dell'Unione, ma a causa del tenore generale dello stesso articolo non è facile per le imprese prevedere l'abusività del comportamento che hanno messo in atto.

La nozione di abuso di posizione dominante elaborata dalla Commissione e dalla Corte di giustizia è generica, in continua evoluzione e il suo sviluppo dipende dall'azione della Commissione. A questo quadro si aggiunge la tendenza osservata nell'ultimo decennio di privilegiare l'adozione di decisioni con impegni con cui la Commissione mette fine al procedimento di applicazione dell'art. 102 TFUE senza arrivare all'accertamento di un'infrazione.

D'altra parte la tutela della libertà d'impresa, dunque del principio di autonomia privata, è uno degli obiettivi della disciplina della concorrenza per

²⁰⁶ Sentenze della Corte di giustizia 31 marzo 1977, causa 88/76, *Exportation des Sucres c. Commissione*, ECLI:EU:C:1977:61 e causa C-322/81, *Michelin c. Commissione*, cit..

²⁰⁷ Sentenze della Corte di giustizia 14 dicembre 1972, causa 7/72, *Boehringer Mannheim c. Commissione*, ECLI:EU:C:1972:125 e 3 ottobre 1985, causa 311/84, *CBEM c. CLT e IPB*, ECLI:EU:C:1985:394.

cui tutte le imprese, indipendentemente dal fatto di essere in una posizione dominante o no, devono avere il diritto di scegliere liberamente i loro partner contrattuali e il diritto di disporre liberamente della loro proprietà²⁰⁸. La stessa disciplina della concorrenza presenta dunque al suo interno una tensione tra l'obiettivo di tutelare il corretto funzionamento del mercato e la tutela della libertà d'impresa²⁰⁹.

Questa tensione si percepisce chiaramente nei casi in cui un'impresa abusa della sua posizione dominante quando si rifiuta di contrarre. L'obbligo di contrarre che la Commissione può imporre all'impresa a seguito della violazione delle norme di concorrenza priva la stessa di uno dei diritti che costituiscono un aspetto sostanziale della libertà contrattuale, la libertà di decidere se e con chi concludere un contratto.

4. Il rifiuto di contrarre.

Come si è anticipato, anche le imprese che detengono una posizione dominante hanno diritto di scegliere liberamente i loro partner contrattuali e il diritto di disporre liberamente della loro proprietà e non c'è nessuna regola generale che impone a dette imprese di concludere contratti con i loro concorrenti²¹⁰. Tuttavia, in diversi casi l'applicazione dell'art. 102 TFUE può dare luogo all'imposizione a un'impresa dominante di un obbligo di contrarre.

Le ipotesi che interessano la presente indagine sono quelle in cui un'impresa dominante smette di rifornire o si rifiuta di rifornire un'impresa concorrente ovvero si rifiuta di consentire a un terzo l'accesso a una sua

²⁰⁸ 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 (2009/C 45/02), pt. 75

²⁰⁹ F. DENOZZA, *Intellectual Property and Refusal to Deal: 'Ad Hoc' versus 'Categorical'*, in G. AGGIANO, G. MUSCOLO, M. TAVASSI (a cura di), *Competition Law and Intellectual Property: A European Perspective*, The Netherlands, 2012., p. 267.

²¹⁰ C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, cit., p. 1013.

infrastruttura. Queste ipotesi hanno data vita in dottrina a un vasto dibattito riguardo la liceità del rifiuto di contrarre proprio con riguardo alla tutela della libertà contrattuale delle imprese dominanti²¹¹.

Quando una impresa in posizione dominante è titolare di un bene o di un servizio indispensabili perché altre imprese concorrenti svolgano la loro attività, il diritto della concorrenza obbliga l'impresa a fornire il bene o il servizio ovvero a dare accesso al bene o al servizio a causa degli effetti che il rifiuto di contrarre può avere sulla concorrenza.

Per quanto riguarda la prima ipotesi in cui l'impresa dominante smette di rifornire o si rifiuta di rifornire un'impresa concorrente la questione è quella di sapere quando un comportamento di norma legittimo che consiste nel rifiuto di fornitura dovuto ad una strategia commerciale o ad un cambiamento nella strategia stessa costituisce un abuso di posizione dominante.

Il primo caso in cui la Corte di Giustizia ha affrontato il tema del rifiuto di contrarre è il caso *Commercial Solvents*²¹² in cui un'impresa in posizione dominante aveva deciso di interrompere la fornitura di materie prime ad un'impresa concorrente nel mercato a valle. La Commissione aveva comminato un'ammenda all'impresa e le aveva ordinato la consegna delle

²¹¹ J. TEMPLE LANG, *Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors, and access to essential facilities*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 18, 1994, p. 245; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, cit., p. 524; diversi autori mettono in evidenza la differenza tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in cui si ribadisce costantemente che nel diritto della concorrenza statunitense la regola che vige è quella della libertà di scelta del contraente che può essere limitata attraverso l'imposizione di un obbligo di contrarre solo in casi eccezionali.

²¹² Sentenza della Corte di giustizia 6 marzo 1974, cause riunite 6 e 7/73, *Istituto Chemicoterapico Italiano e Commercial Solvents c. Commissione*, ECLI:EU:C:1974:18. Per un'analisi più approfondita della sentenza si rinvia a B. DHAEYER, *L'application de l'article 86 du traité de Rome au refus d'approvisionnement*, in *Journal des tribunaux*, 1974, pp.541-544; V. KORAH, *Abuse of a Dominant Position under Article 86 of the Treaty of Rome*, in *The Journal of Business Law*, 1974, pp.253-258; G. SCHIANO DI PEPE, *Recenti orientamenti comunitari in tema di abuso di posizione dominante*, in *Rivista del diritto commerciale*, II, 1974, pp. 306-354; J. K., BENTIL, *Control of the Abuse of Monopoly Power in EEC Business Law - A Commentary on the Commercial Solvents Case*, in *Common Market Law Review* 1975 pp.59-75.

materie prime e la presentazione di una proposta per ulteriori forniture sanzionate da penalità di mora nell'ipotesi dell'inadempienza. L'impresa in posizione dominante aveva contestato i rimedi imposti dalla Commissione sostenendo che nessun regolamento o disposizione del diritto comunitario prevedeva la Competenza della Commissione di imporre a un'impresa un obbligo di fornitura. Secondo la Corte il comportamento di un'impresa in posizione dominante che, avendo il controllo di materie prime nel mercato a monte, decide di entrare nel mercato a valle e conseguentemente limita o cessa le forniture delle materie prime a terzi, eliminandoli dal mercato, costituisce un abuso di posizione dominante. Riguardo all'obbligo di contrarre imposto dalla Commissione, la Corte ha ritenuto che il potere conferito alla Commissione di obbligare le imprese interessate a porre fine all'infrazione comprenda anche il potere di imporre la fornitura di beni e quello di ordinare alle imprese la presentazione di proposte al fine di evitare la ripetizione del comportamento criticato²¹³.

Il rifiuto di contrarre, seppur espressione della libertà contrattuale costituisce un abuso di posizione dominante e può essere sanzionato se non vi è alcuna giustificazione oggettiva ed è idoneo a eliminare la concorrenza di una controparte commerciale. La libertà contrattuale dell'impresa in posizione dominante può essere limitata dalla Commissione attraverso l'imposizione di rimedi che si traducono in un obbligo di concludere un contratto.

La sentenza *United Brands*²¹⁴ ha contribuito a chiarire quando il rifiuto di contrarre può costituire un abuso di posizione dominante. La Corte di giustizia ha confermato la sua giurisprudenza sul rifiuto di effettuare delle forniture rilevando allo stesso tempo che l'impresa in posizione dominante non può essere privata del diritto di tutelare i propri interessi commerciali e che le deve

²¹³ Cause riunite 6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Commissione*, cit., ptt. 23 e ss.

²¹⁴ Causa 27/76, *United Brands c. Commissione*, cit..

essere consentito, in misura ragionevole, di compiere gli atti che essa ritenga più opportuni per la protezione di tali interessi²¹⁵.

Il rifiuto di contrarre non costituisce un comportamento abusivo quando l'impresa dominante riesce a provare che detto rifiuto è legittimo, ad esempio se gli ordinativi presentano un carattere anormale.

Nel caso *Syfait*²¹⁶ in cui l'impresa, dominante nel settore farmaceutico, aveva posto in essere un comportamento caratterizzato dalla non evasione degli ordini dei grossisti dei prodotti farmaceutici con lo scopo di ridurre la quantità dei prodotti farmaceutici distribuiti ai grossisti per limitare la loro attività di esportazione parallela²¹⁷, la Corte, accogliendo gli argomenti dell'impresa dominante, prende in considerazione i suoi interessi commerciali rilevando come il rifiuto di contrarre possa essere costituire una misura ragionevole e proporzionata se gli ordinativi dei grossisti presentano un carattere anormale²¹⁸. Questa giurisprudenza, accolta molto favorevolmente da una parte della dottrina, salvaguarda in un certo modo l'autonomia privata dell'impresa in posizione dominante consentendole di giustificare il proprio rifiuto di contrarre, seppur idoneo a limitare la concorrenza, quando gli ordinativi delle imprese concorrenti presentano un carattere anormale e costituiscono una minaccia nei confronti dei suoi legittimi interessi commerciali.

La seconda ipotesi è quella in cui un'impresa in posizione dominante si rifiuta di consentire a un terzo l'accesso a una sua infrastruttura la questione è quella di sapere in che misura le scelte di un'impresa dominante relative alla disposizione di beni di proprietà dell'impresa possono costituire un abuso di posizione dominante.

²¹⁵ Ibidem, ptt. 183 – 189.

²¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia 16 settembre 2008, cause riunite C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia*, ECLI:EU:C:2008:504.

²¹⁷ Per la casistica sulle esportazioni parallele si rinvia, tra gli altri, a M. SIRAGUSA, C. RIZZA (a cura di), *EU Competition Law*, cit.; V. ROSE, D. BAILEY (a cura di), *Bellamy and Child: European Union Law of Competition*, cit..

²¹⁸ Cause riunite C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia*, cit..

Questa ipotesi è stata oggetto di molte sentenze della Corte di giustizia in cui è stata sviluppata una dottrina che prende le mosse dalla dottrina statunitense delle «*essential facility*». Anche se la Corte di giustizia non ha mai preso in considerazione espressamente detta dottrina, cui fanno riferimento, tra gli altri, gli avvocati generali Jacobs e Tizzano e la Commissione in alcune delle sue decisioni, le sue sentenze mostrano chiaramente che la stessa, influenzata dalla dottrina statunitense, ha sviluppato una dottrina delle infrastrutture essenziali propria dell'ordinamento dell'Unione europea²¹⁹.

5. La dottrina delle essential facility nell'ordinamento dell'Unione europea.

La dottrina delle *essential facility* o infrastrutture essenziali trova la sua origine nel diritto statunitense. Nel ordinamento giuridico statunitense la libertà di scegliere se e con chi concludere un contratto costituisce un aspetto essenziale dell'autonomia privata, la Corte Suprema ha affermato che la regola nel diritto *antitrust* è la libertà di scelta del contraente e che obblighi di contrarre possono essere imposto alle imprese solo in casi eccezionali quando può essere applicata la dottrina delle *essential facility*. Già dai primi anni del '900, la Corte Suprema, in un caso relativo all'utilizzazione delle infrastrutture

²¹⁹ L'avvocato generale Jacobs ha fatto riferimento alla dottrina delle *essential facility* nelle sue conclusioni del 28 maggio 1998, causa C-7/97, *Bronner*, ECLI:EU:C:1998:264; L'avvocato generale Tizzano nelle sue conclusioni del 2 ottobre 2003, causa C-418/01, *IMS Health*, ECLI:EU:C:2003:537. Il riferimento alla dottrina delle essential facilities è presente anche nelle Conclusioni del 14 luglio 2004, causa C-109/03, *KPN Telecom*, ECLI:EU:C:2004:437; 13 marzo 2008, causa C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, ECLI:EU:C:2008:167; 10 giugno 2008, causa C-227/07, *Commissione c. Polonia*, ECLI:EU:C:2008:333; 14 maggio 2009, causa C-192/08, *TeliaSonera Finland*, ECLI:EU:C:2009:309; 2 settembre 2010, causa C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2010:483; 15 maggio 2012, causa C-457/10 P, *AstraZeneca c. Commissione*, ECLI:EU:C:2012:293 e 30 gennaio 2014, causa C-457/12, *UPC DTH*, ECLI:EU:C:2014:44.

ferroviarie, aveva imposto ad alcune imprese di consentire ai concorrenti di utilizzare uno snodo ferroviario di cui erano proprietarie²²⁰.

La dottrina delle *essential facility* sviluppata negli Stati Uniti prevede che un'impresa che gode di un potere monopolistico debba stipulare contratti con i propri concorrenti a condizioni ragionevoli e non discriminatorie quando siano soddisfatte quattro condizioni. In primo luogo, il monopolista deve essere titolare di un bene o servizio che costituisca una infrastruttura essenziale. Un'infrastruttura è considerata essenziale quando l'accesso alla stessa è indispensabile per competere sul mercato con l'impresa che la controlla. In secondo luogo, la riproduzione della infrastruttura essenziale deve essere praticamente o ragionevolmente impossibile per il concorrente, non è richiesta l'assoluta impossibilità ma non basta che il fatto che l'operazione sia costosa e difficile. In terzo luogo vi deve essere un rifiuto da parte dell'impresa titolare dell'infrastruttura essenziale di concedere accesso all'infrastruttura alle imprese concorrenti. Infine, l'accesso all'infrastruttura essenziale deve essere possibile²²¹. Secondo la dottrina statunitense l'impresa titolare dell'infrastruttura essenziale può giustificare il rifiuto di contrarre per legittimi motivi tecnici, commerciali o di efficienza produttiva²²².

Le condizioni sviluppate dalla Corte Suprema degli Stati Uniti mostrano una grande cautela nell'applicazione della dottrina delle *essential facility* che è assolutamente condivisibile. Il fatto che un'impresa che detiene un'infrastruttura essenziale può essere obbligata a concedere l'accesso a terzi

²²⁰ Sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti *United States v. Terminal Railroad Assoc. Of St. Louis*, 224 U.S. 383 (1912). Lo sviluppo della dottrina delle *essential facility* negli Stati Uniti hanno avuto principalmente per oggetto richieste di accesso a *public utilities* come snodi ferroviari, reti per la distribuzione dell'energia elettrica, trasporto del gas eccetera;

²²¹ Si veda, in generale, sulla dottrina delle *essential facility*, tra gli altri, a P.E. AREEDA., *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, in *Antitrust Law Journal*, 1990, pp. 841 e ss.; F. LEVEQUE, H. A. SHELANSKI (a cura di), *Antitrust, Patents and Copyright: EU and US Perspectives*, Northampton, 2006.

²²² Si rinvia, tra gli altri, a P.E. AREEDA., *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, in *Antitrust Law Journal*, cit., pp. 841 e ss. .

può avere come effetto quello di frenare lo sforzo che le imprese concorrenti farebbero per ottenere l'infrastruttura operando sul mercato così rallentando l'innovazione e il progresso. Dal punto di vista dell'impresa che detiene l'infrastruttura essenziali la possibilità di dover concedere l'accesso alle imprese concorrenti e quindi di non poter più beneficiare del compenso che deriva dall'utilizzazione esclusiva dell'infrastruttura di cui è titolare può scoraggiare l'investimento nell'innovazione²²³.

Lo sviluppo della dottrina delle *essential facility* nel diritto dell'Unione europea è avvenuto molto tardi, all'inizio degli anni novanta, quando la Commissione ne ha fatto applicazione in alcune decisioni relative alle condizioni di accesso e di utilizzazione di infrastrutture portuali in cui ha utilizzato la definizione di «attrezzatura o infrastruttura alla quale i concorrenti devono avere accesso onde poter fornire i propri servizi ai clienti»²²⁴. In dottrina si è rilevato che le ragioni di questa differenza tra il diritto della concorrenza europeo e il diritto della concorrenza statunitense devono ricercarsi nella diversa disciplina dei monopoli caratterizzata dal fatto che la disciplina della concorrenza negli Stati Uniti non conosce l'istituto dell'abuso di posizione dominante ma vieta l'instaurazione di monopoli²²⁵.

La Commissione e la Corte di giustizia hanno elaborato una teoria delle infrastrutture essenziali a livello europeo il cui sviluppo è stato in parte dovuto ai processi di liberalizzazione avviati dal diritto europeo. La Commissione, in una delle prime decisioni in cui fa riferimento alla detta teoria, ha considerato

²²³ V. MELI, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003.

²²⁴ Decisioni della Commissione B&I/Sealink Harbours, 11 giugno 1992; Sea Containers/Stena Link e Porto di Rodby, 21 dicembre 1993, A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, cit., p. 524.

²²⁵ P. TREACY, *Essential Facilities - Is the Tide Turning?*, in *European Competition Law Review*, 1998, p.502; R. PILLITTERI, *La Corte di giustizia circoscrive rigorosamente i confini di applicazione della c.d. "essential facilities doctrine" nella repressione dell'abuso di posizione dominante*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1999, p.1027; V. MELI, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, cit.;

che il comportamento di una impresa in posizione dominante può costituire un abuso ai sensi dell'articolo 102 TFUE quando l'impresa, titolare di una infrastruttura essenziale senza l'utilizzo della quale le imprese concorrenti non possono fornire i propri servizi, utilizza essa stessa tale infrastruttura e ne rifiuta l'accesso ad altre imprese senza ragioni oggettive o lo concede solo a condizioni meno favorevoli di quelle praticate per i propri servizi²²⁶. L'impresa non può fare discriminazioni per favorire le proprie attività in un mercato vicino. Costituisce dunque un abuso il fatto che «il proprietario di un'infrastruttura essenziale si avvalga del potere detenuto su un mercato per proteggere o rafforzare la propria posizione in un mercato vicino, in particolare rifiutando o concedendo l'accesso a un concorrente a condizioni meno favorevoli di quelle praticate per i propri servizi, ed imponendogli pertanto uno svantaggio in termini di competitività.»²²⁷.

La Corte ha continuato a sviluppare una propria dottrina delle infrastrutture essenziali, senza richiamarsi alla dottrina statunitense. Nel caso *Bronner*²²⁸, riguardante l'utilizzazione di una rete di distribuzione di giornali a

²²⁶ Decisione della Commissione *Sea Containers/Stena Link*, cit..Alcuni autori rinvengono nella dottrina delle *essential facility* sviluppata dalla Commissione e dalla Corte di giustizia una volontà di tutelare l'impresa debole, si veda in merito S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 99 il quale ritiene che l'individuazione dell'impresa debole come soggetto meritevole di protezione sia determinata non dalla volontà di tutela l'impresa debole, ma da dalla scelta di «ergere il soggetto portatore di un interesse diretto ed immediato a tutore di quell'ordine giuridico-economico disegnato dalla scelta politica operata *in apicibus* del legislatore comunitario» e che quindi l'impresa debole sia un mezzo per regolare il mercato e non un fine. Si deve sottolineare che nei procedimenti di applicazione dell'art. 102 la Commissione non prende in considerazione la posizione dell'impresa concorrente che chiede l'accesso alla infrastruttura essenziale e quindi la sua eventuale «debolezza».

²²⁷ Decisione della Commissione *Sea Containers/Stena Link*, cit., pt. 66.

²²⁸ Sentenza della Corte 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Bronner*, ECLI:EU:C:1998:569, pt. 94. Per un'analisi più approfondita della sentenza si rinvia a P. TREACY, *Essential Facilities - Is the Tide Turning?*, cit., pp. 501-505; F. WOOLRIDGE, *The Essential Facilities Doctrine and Magill II: The Decision of the ECJ in Oscar Bronner*, in *Intellectual Property Quarterly*, 1999 pp.256-264; L. VASQUES, *Infrastruttura essenziale e diritto di accesso*, in *Il Foro italiano*, IV, 1999, col.51-61; A. ALBOS-LIORENS, *The "Essential Facilities" Doctrine in EC Competition Law*, in *The Cambridge Law Journal*, 1999, p. 492; R. PILLITTERI, *La Corte di giustizia circoscrive rigorosamente i confini di applicazione della c.d. "essential facilities doctrine" nella repressione dell'abuso di posizione dominante*, cit.; E. GIPPINI- FOURNIER, *"Essential*

domicilio di proprietà di un'impresa in posizione dominante, sono state elaborate le condizioni perché la dottrina delle *essential facility* europea sia applicabile al rifiuto di un'impresa di dare accesso all'infrastruttura di cui è proprietaria²²⁹. La *Bronner* si era vista rifiutare l'accesso al canale distributivo su scala nazionale di proprietà della società *Mediaprint* e aveva introdotto un ricorso davanti al giudice austriaco sostenendo che il sistema di distribuzione della *Mediaprint* fosse l'unico sistema ad avere una copertura nazionale capace di consegnare i quotidiani nelle prime ore del mattino. Per la ricorrente, inoltre, non sarebbe stato possibile creare un sistema di distribuzione equivalente in quanto detta creazione sarebbe stata antieconomica in considerazione delle ridotte dimensioni della *Bronner*.

I giudici di Lussemburgo hanno elaborato un criterio per restringere l'applicazione della dottrina delle *essential facility* e della conseguente imposizione di un obbligo di contrarre all'impresa dominante. Il rifiuto di un'impresa in posizione dominante di concludere un contratto avente ad oggetto lo sfruttamento della infrastruttura di proprietà dell'impresa costituisce un abuso di posizione dominante solo in presenza di «circostanze eccezionali». Le «circostanze eccezionali» del caso consistevano nel fatto che il rifiuto riguardava un prodotto indispensabile per l'esercizio dell'attività dell'impresa concorrente, nel senso che non esiste un altro tipo di bene o servizio che possa realmente o potenzialmente sostituirsi al bene o servizio oggetto del rifiuto, che il rifiuto ostacolava l'emergere di un prodotto nuovo per il quale esisteva una domanda potenziale da parte dei consumatori, e che il rifiuto non era giustificato da considerazioni obiettive e avrebbe potuto eliminare del tutto la

facilities" y aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner, in Gaceta Jurídica de la U.E. y de la Competencia, 2000, pp.77-95; M. A. BERGMAN, The Bronner Case - A Turning Point for the Essential Facilities Doctrine?, in European Competition Law Review, 2000 p. 59-63.

²²⁹ Si noti che alla dottrina delle *essential facility* fa esplicito riferimento l'avvocato generale Jacobs nelle sue conclusioni, causa C-7/97, *Bronner*, cit..

concorrenza nel mercato derivato²³⁰. Secondo la Corte, il rifiuto della *Mediaprint* non costituisce un abuso di posizione dominante in quanto la sua infrastruttura non è indispensabile per l'attività dell'impresa concorrente vista l'esistenza di altri sistemi di recapito e la possibilità di crearne di nuovi. L'accesso al sistema di distribuzione avrebbe potuto essere considerato essenziale solo se si fosse provato che non sarebbe economicamente redditizio creare un secondo sistema di recapito a domicilio²³¹. Si noti che l'avvocato generale nelle sue conclusioni si era preoccupato del fatto che obbligare un'impresa a consentire l'accesso alla propria infrastruttura essenziale causerebbe una lesione del diritto di scegliere i propri partner commerciali e del diritto di disporre liberamente dei propri beni. Questi diritti sono infatti principi generali riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati membri e la loro limitazione richiederebbe un'accurata giustificazione²³².

Anche la dottrina delle *essential facility* presenta una tensione tra l'obiettivo di tutelare il corretto funzionamento del mercato e la tutela della libertà d'impresa. Obbligando le imprese titolari di infrastrutture essenziali a concedere l'accesso alle imprese concorrenti si limitano la loro libertà contrattuale e il loro diritto di disporre della proprietà e, come evidenziato dall'avvocato generale Jacob, limitazioni di questo tipo richiedono una valutazione accurata e rigorosa. La Corte ha cercato di restringere l'applicazione della dottrina delle *essential facility* ai casi in cui il rifiuto di

²³⁰ Causa C-7/97, *Bronner*, cit., pt 41.

²³¹ *Ibidem*, pt. 46.

²³² Conclusioni dell'avvocato generale Jacobs 28 maggio 1998, causa C-7/97, *Bronner*, cit., pt. 56. Secondo l'avvocato generale Jacob detta giustificazione richiede un'attenta ponderazione di considerazione contrapposte. L'avvocato generale tiene a sottolineare che il fatto di consentire ad una impresa di riservare a sé stessa le proprie infrastrutture sviluppate per i propri fini commerciali di solito, nel lungo periodo, avvantaggia la concorrenza e l'interesse dei consumatori. Il fatto di consentire l'accesso ad una infrastruttura con eccessiva facilità, si perderebbe ogni incentivo per i concorrenti a predisporre le proprie infrastrutture e allo stesso tempo una impresa in posizione dominante sarebbe disincentivata ad investire nelle proprie infrastrutture per renderle più efficienti se fosse consentito ai suoi concorrenti di dividerne i vantaggi.

contrarre dell'impresa dominante avvenga in un contesto caratterizzato da «circostanze eccezionali» che constano nel fatto che la conseguenza del rifiuto di contrarre, non giustificato da considerazioni obiettive, riguarda un prodotto indispensabile per l'esercizio di una determinata attività e ostacola l'emergere di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale da parte dei consumatori, determinando l'esclusione totale della concorrenza sul mercato derivato²³³.

Le «circostanze eccezionali» vengono utilizzate dalla Corte anche quando il rifiuto di contrarre riguarda la concessione in licenza di un diritto di proprietà intellettuale. Nella fattispecie caratterizzate dalla titolarità da parte dell'impresa dominante di un diritto di proprietà intellettuale la tensione tra la tutela dell'autonomia privata e il perseguimento dell'obiettivo della libera concorrenza è ancora più visibile.

²³³ Si veda in questo senso V. MELI, Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario, cit., pp. 118 e ss..

Capitolo quarto

Autonomia privata, concorrenza e proprietà intellettuale

SOMMARIO: 1 Posizione dominante e proprietà intellettuale, come deve comportarsi l'impresa titolare di un diritto di proprietà intellettuale? - 2. Rifiuto di contrarre e proprietà intellettuale. - 3. L'obbligo di licenza, nuovi limiti per le imprese dominanti. - 4. Infrastrutture essenziali e diritti di proprietà intellettuale, il caso IMS. 5. Le condizioni per determinare se il rifiuto di concedere in licenza un diritto di proprietà intellettuale costituisce un abuso dopo il caso Microsoft. - 6. Quid della condizione relativa alla comparsa di un nuovo prodotto? - 7. Standards, FRAND e la creazione di nuovi obblighi.

1. Posizione dominante e proprietà intellettuale, come deve comportarsi l'impresa titolare di un diritto di proprietà intellettuale?

La legislazione, nazionale ed europea, in materia di diritti di proprietà intellettuale attribuisce una protezione di tipo assoluto ai titolari di brevetti, di diritti d'autore e altri diritti tutelati dalla legge. I due aspetti fondamentali del diritto di proprietà intellettuale sono il diritto di impedire l'utilizzo da parte di terzi e il diritto di sfruttare il diritto, anche attraverso la concessione in licenza a terzi che possono essere racchiusi dal concetto di diritto esclusivo di sfruttamento.

L'attribuzione del diritto esclusivo di sfruttamento costituisce la sostanza stessa dei diritti di proprietà intellettuale e trova la sua ragione nella necessità di incentivare l'innovazione e stimolare la creatività. Il diritto esclusivo di sfruttamento, quando il titolare del diritto di proprietà intellettuale è un'impresa che detiene una posizione dominante sul mercato rilevante, può tradursi nell'attribuzione di un monopolio legale che produce una restrizione della

concorrenza²³⁴. Il diritto dell'Unione europea non ha assimilato il monopolio derivante dalla titolarità di un diritto di proprietà intellettuale a un monopolio legale, ma ha cercato di creare una serie di regole *ad hoc* che permettono di prendere in considerazione eventuali comportamenti abusivi senza applicare in toto la disciplina dei monopoli legali.

La disciplina della proprietà intellettuale interagisce inevitabilmente con quella della concorrenza. In dottrina si è sviluppato un dibattito animato circa l'interazione tra le due discipline incentrato sugli effetti della possibilità di applicare le norme in materia di concorrenza al titolare di un diritto di proprietà intellettuale, così limitando il suo diritto esclusivo di sfruttamento. Secondo alcuni autori l'interazione tra le due discipline provoca un insanabile

²³⁴ PRIETO C., BOSCO D., *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, cit., p. 839. Si noti che le situazioni in cui la posizione dominante è il risultato della titolarità di un diritto di proprietà intellettuale non dovrebbero essere trattate come vengono trattate le situazioni di monopolio legale a causa delle rilevanti differenze tra i due tipi di monopolio: il monopolio derivante dalla titolarità di un diritto di proprietà intellettuale è giustificato dalla necessità di dare un compenso al titolare del diritto per la creatività o gli investimenti per l'innovazione. I monopoli legali esistono invece perché determinate attività possano essere svolte in maniera efficiente. Il titolare di un diritto di proprietà intellettuale non è obbligato dalla legge a sfruttare commercialmente il suo diritto a beneficio di terzi mentre nel caso degli altri monopoli legali generalmente vi è l'imposizione per legge di un obbligo di gestire il monopolio a beneficio dei terzi. Inoltre, il titolare di un diritto di proprietà intellettuale ha il diritto di scegliere se e a chi concederlo in licenza mentre nel caso dei monopoli legali in genere è imposto per legge un obbligo a contrarre senza discriminazioni e infine i diritti di proprietà intellettuale esistono proprio per incoraggiare il lavoro creativo nel campo dell'arte e l'investimento in ricerca e sviluppo in campo industriale. Si rinvia in merito a G. TRITTON, *Tritton on Intellectual Property in Europe*, a cura di R. DAVIS, B. LONGSTAFF, A. ROUGHTON, T. ST QUINTIN, G. TRITTON, 4th edition, Londra, 2014, p. 1626.

conflitto²³⁵. Secondo gran parte degli autori, invece, le due discipline perseguono obiettivi convergenti²³⁶.

Alcuni autori hanno evidenziato la necessità di un bilanciamento tra la disciplina della concorrenza e quella della proprietà intellettuale per cercare di risolvere la tensione tra gli obiettivi perseguiti dalle due discipline²³⁷.

Secondo la Commissione europea le norme in materia di concorrenza e la disciplina della proprietà intellettuale perseguono finalità analoghe in quanto entrambi volti a favorire l'allocazione efficiente delle risorse e ad incentivare la ricerca e l'innovazione²³⁸. La disciplina della concorrenza non sarebbe quindi confliggente con la disciplina a tutela dei diritti di proprietà intellettuale, ma interverrebbe per evitare che un uso indebito dei diritti esclusivi di sfruttamento provochi una distorsione della concorrenza.

²³⁵ Si rinvia a F. DENOZZA, *Intellectual Property and Refusal to Deal: 'Ad Hoc' versus 'Categorical'*, cit., pp. 260 e ss. L'origine del conflitto dovrebbe essere ricercata nelle ragioni alla base della protezione dei diritti della proprietà intellettuale che conferisce un diritto esclusivo di sfruttamento che provoca una restrizione della libertà economica dei concorrenti, e quelle alla base del diritto della concorrenza che persegue la tutela della libera concorrenza, si vedano in merito V. MELI, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, cit., p. 203; Altri si riferiscono alla comparazione tra gli obiettivi di breve periodo e gli obiettivi dilungo periodo

²³⁶ G. GHIDINI; H. SCHWEITZER, *Controlling the Unilateral Exercise of Intellectual Property Rights: A Multitude of Approaches but No Way Ahead?*, *EUI Working Paper law*, 2007/31 e GHIDINI G., *The Bride and the Groom. On the Intersection between Intellectual Property and Antitrust Law*, in CAGGIANO G., MUSCOLO G., TAVASSI M. (a cura di), *Competition Law and Intellectual Property: A European Perspective*, cit..

²³⁷ F. DENOZZA, *Intellectual Property and Refusal to Deal: 'Ad Hoc' versus 'Categorical'*, AA.VV., *Competition Law and Intellectual Property: A European Perspective*, cit. pp. 261 e s., il quale ritiene che la tensione tra il diritto della concorrenza e il diritto della proprietà intellettuale debba essere risolta attraverso il bilanciamento degli interessi. L'autore prende le mosse dalla distinzione, sviluppata nel diritto costituzionale fra un bilanciamento *ad hoc* e un bilanciamento *categorico*. Il bilanciamento *ad hoc* prende in considerazione tutte le circostanze del caso che è davanti la Corte, soppesando gli interessi confliggenti delle parti secondo dei criteri che sono validi solo nel caso di specie. Con questo tipo di bilanciamento c'è sempre la possibilità che un caso successivo possa essere risolto diversamente, anche in presenza delle stesse circostanze del caso precedente. Il bilanciamento *categorico* comporta invece un bilanciamento degli interessi a livello generale che si traduce nell'elaborazione di una regola generale applicabile in tutti i casi senza bisogno di un ulteriore bilanciamento.

²³⁸ Comunicazione della Commissione recante Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 del Trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia, G.U.U.E. C-101, 27 aprile 2004, p. 2-42.

Alcuni autori sottolineano che la stessa disciplina dei diritti di proprietà intellettuale presenta al suo interno un'interazione tra la tutela del diritto esclusivo di sfruttamento, espressione dell'incentivo alla creatività e alla ricerca, e altri aspetti legati alla promozione della concorrenza sia attraverso lo stimolo dell'innovazione sia attraverso l'accesso all'informazione e alla conoscenza²³⁹. Il diritto esclusivo di sfruttamento dovrebbe essere quindi interpretato e applicato alla luce del principio generale della libera concorrenza in combinato disposto con gli altri principi di interesse generale che hanno valore costituzionale²⁴⁰. Proprio questo rapporto servirebbe a spiegare la relazione tra la disciplina della concorrenza e la disciplina della proprietà intellettuale nelle situazioni in cui l'esercizio di un diritto di esclusiva costituisce la causa di una restrizione della concorrenza²⁴¹.

L'interazione tra le due discipline ha dato luogo a una lunga serie di decisioni della Commissione, rilevanti ai sensi sia dell'art 101 TFUE sia dell'art. 102 TFUE, che in molti casi sono passate al vaglio della Corte di giustizia. La presente trattazione, come nel capitolo precedente, si concentrerà sull'analisi delle casistiche rilevanti ai sensi dell'art. 102 TFUE perché è in

²³⁹ G. GHIDINI, *The Bride and the Groom. On the Intersection between Intellectual Property and Antitrust Law*, in G. CAGGIANO, G. MUSCOLO, M.TAVASSI (a cura di), *Competition Law and Intellectual Property: A European Perspective*, The Netherlands, 2012, p. 27. L'autore fa l'esempio della descrizione e pubblicità dell'invenzione per cui è richiesto un brevetto, dei limiti alle indicazioni descrittive per la registrazione di un marchio e della libertà di sottoporre a *reverse engineering* un software protetto dal diritto d'autore.

²⁴⁰ G. GHIDINI, *The Bride and the Groom. On the Intersection between Intellectual Property and Antitrust Law*, cit. p. 27.

²⁴¹ G. GHIDINI, *The Bride and the Groom. On the Intersection between Intellectual Property and Antitrust Law*, cit. p. 28. L'autore distingue l'*intersection* tra i diritti di proprietà intellettuale e il diritto della concorrenza in cui è l'esercizio stesso di un diritto di proprietà intellettuale a causare una restrizione della concorrenza dalle situazioni in cui l'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale costituisce uno degli elementi di una condotta abusiva che causa una restrizione della concorrenza. In questa seconda categoria rientrano ad esempio i casi di *reverse payment* che i titolari di un brevetto prossimo all'estinzione concedono a potenziali concorrenti che vogliono entrare nel mercato per ritardarne l'entrata o ai casi di «imboscata brevettuale» in cui, nel contesto di definizione di uno standard, il titolare di un brevetto non ne dichiara l'esistenza per poi pretendere il pagamento di royalty una volta che la tecnologia coperta dal brevetto è inclusa nello standard.

questo ambito che la compressione dell'autonomia privata derivante dall'applicazione delle norme in materia di concorrenza è più visibile²⁴².

L'interazione tra le due discipline si traduce in alcuni casi nella limitazione della libertà contrattuale delle imprese in posizione dominante e dei

²⁴² Per un'analisi della casistica rilevante ai sensi dell'art. 101 TFUE si rinvia a GSTALTER J., *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle – Les nouveaux monopoles de la société de l'information*, cit.; TRITTON G., *Tritton on Intellectual Property in Europe*, cit.; F. AMMASSARI, *Gli accordi di trasferimento di tecnologia*, in A. CATRICALÀ, P. TROIANO (a cura di), *Codice della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, p. 566 e ss.. Uno degli aspetti maggiormente interessanti in materia di intese sono gli accordi di trasferimento di tecnologia, oggi disciplinati dal nuovo regolamento 316/2014 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia. Il regolamento si applica agli accordi il cui principale obiettivo è il trasferimento di diritti di proprietà intellettuale, in particolare esso si applica agli accordi di licenza o di cessione di brevetto, di diritto d'autore in caso di *software* e di *know-how*. Gli accordi tra imprese per il trasferimento di tecnologia sono esenti dall'applicazione dell'art. 101 TFUE se le imprese detengono una quota di mercato congiunta non superiore al 20% nei mercati rilevanti del prodotto e delle tecnologie, se concorrenti; una quota di mercato non superiore al 30%, se non concorrenti e se l'accordo non contiene una restrizione cosiddetta fondamentale (*hardcore restriction*). Le restrizioni fondamentali sono quelle che incidono maggiormente sull'autonomia privata delle imprese come quelle che incidono sulla libertà di una parte di determinare i prezzi di rivendita, quelle che prevedono limitazioni dei quantitativi che le parti dell'accordo possono produrre e vendere, quelle che stabiliscono una ripartizione dei mercati o della clientela e infine, quelle che impediscono al licenziatario di sfruttare la propria tecnologia o a entrambe le parti di svolgere attività di ricerca e di sviluppo, fatti salvi i casi in cui la restrizione imposta al licenziatario sia indispensabile per evitare la divulgazione a terzi del know-how sotto licenza. Nel caso in cui le imprese non siano tra loro concorrenti le restrizioni fondamentali sono quelle che prevedono l'imposizione di un prezzo di rivendita, quelle relative al territorio in cui o ai clienti ai quali il licenziatario può effettuare vendite passive dei prodotti contrattuali e quelle che prevedono il divieto per un licenziatario, membro di un sistema di distribuzione selettiva e operante nel commercio al dettaglio, di effettuare vendite attive o passive agli utilizzatori finali. Vi sono poi alcuni obblighi a cui l'esenzione dall'applicazione dell'art. 101 non si applica quando gli stessi sono contenuti in accordi di trasferimento di tecnologia: l'obbligo del licenziatario di concedere una licenza esclusiva o di cedere, in tutto o in parte, diritti al licenziante o a un terzo designato dal licenziante per i perfezionamenti o per le nuove applicazioni della tecnologia sotto licenza realizzati dal licenziatario e l'obbligo di non contestare la validità dei diritti di proprietà di beni immateriali che l'altra parte detiene nell'Unione, fatta salva la possibilità, in caso di licenza esclusiva, di recedere dall'accordo di trasferimento di tecnologia qualora il licenziatario contesti la validità di uno qualsiasi dei diritti tecnologici sotto licenza. Si sottolinea che la ragione dell'esclusione dell'applicazione dell'esenzione a quest'ultimo obbligo, detto clausola di non contestazione, è il fatto che secondo la Commissione questa clausola esula dall'oggetto specifico del brevetto che non può essere interpretato nel senso di garantire una tutela contro le azioni di contestazione della validità di un diritto di proprietà intellettuale. Esiste inoltre un interesse pubblico all'eliminazione dei diritti di proprietà intellettuale invalidi o concessi indebitamente in quanto gli stessi costituiscono un freno all'innovazione.

loro diritti di proprietà intellettuale tutelati dagli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Quel che caratterizza queste limitazioni è che le stesse trovano il loro fondamento giuridico nell'art. 102 TFUE, una disposizione dal tenore generale che non permette di individuare con certezza quali comportamenti possono essere considerati come abusivi e la cui applicazione dipende in larga misura dall'azione della Commissione europea e dal suo approccio riguardo particolari tipologie di abuso. L'aspetto della difficile prevedibilità da parte di un'impresa dominante della possibilità che le sue strategie di mercato vengano considerate abusive è reso ancora più problematico in relazione ai casi che riguardano la disposizione del diritto esclusivo di sfruttamento conferito da un diritto di proprietà intellettuale dalla larga utilizzazione da parte della Commissione delle decisioni con impegni, che, come si è osservato, non accertano una violazione del diritto della concorrenza e non contribuiscono quindi a all'elaborazione di regole giuridiche chiare.

Partendo dal presupposto che l'esercizio di un diritto esclusivo di sfruttamento da parte del titolare di un diritto di proprietà intellettuale che si trovi in posizione dominante può essere contrario all'art 102 poiché può condurre alla limitazione della produzione o lo sviluppo tecnico di prodotti da parte di imprese concorrenti e arrecare un pregiudizio ai consumatori, il problema è quello di stabilire quando e a quali condizioni il comportamento di un'impresa in posizione dominante può configurare un abuso²⁴³.

Secondo una costante giurisprudenza della Corte, il diritto esclusivo di sfruttamento del titolare di un diritto di proprietà intellettuale non può costituire da solo l'indice di un potere di mercato ma occorre effettuare una verifica sulla

²⁴³ G. TRITTON, *Tritton on Intellectual Property in Europe*, cit., p. 1631.

base di un esame caso per caso che prenda in considerazione le eventuali restrizioni della concorrenza dal lato della domanda e dal lato dell'offerta²⁴⁴.

La Corte di giustizia ha considerato che l'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale costituisce un abuso di posizione dominante per la prima volta nella causa *Parke Davis*²⁴⁵, in cui ha dichiarato che benché la titolarità di un diritto di proprietà intellettuale, nel caso di specie un brevetto, conferisca al suo titolare una particolare tutela nell'ambito di uno Stato membro, il suo sfruttamento può costituire un abuso di posizione dominante se degenera in un uso abusivo della tutela conferita. Nelle prime sentenze in materia di sfruttamento abusivo di una posizione dominante dovuto all'utilizzazione di un diritto di proprietà intellettuale, la Corte di giustizia si è concentrata a verificare l'esistenza di una pratica abusiva indipendente dall'esistenza di un diritto di proprietà intellettuale. La proibizione dell'utilizzazione del diritto di

²⁴⁴ Si rinvia a G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO, *Standards under EU Competition Law: The Open Issue*, in G. CAGGIANO, G. MUSCOLO, M. TAVASSI (a cura di), *Competition Law and Intellectual Property: A European Perspective*, The Netherlands, 2012, p.89. Il diritto di esclusiva non implica potere di mercato. Infatti, nella maggior parte dei casi esistono prodotti sostitutivi ai prodotti che sono protetti dai diritti di proprietà intellettuale e la sola esistenza di un diritto di proprietà intellettuale non dovrebbe creare preoccupazioni anticoncorrenziali.

²⁴⁵ Sentenza della Corte di giustizia 29 febbraio 1968, causa 24/67, *Parke, Davis & Co. c. Probel e a.*, ECLI:EU:C:1968:11. Per un'analisi più approfondita della sentenza si rinvia a M. DAHAN, *L'incidence des articles 85 et suivants du Traité de Rome sur le régime de la propriété industrielle des pays du Marché commun*, in *Moniteur du commerce international*, 1968 pp.3329-3331; G. GUGLIEMETTI, *La decisione della Corte comunitaria nel caso Parke Davis*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1968, pp. 834-842; U. MONTELLA, *L'uso del brevetto in relazione alle regole comunitarie di concorrenza*, *TEMI*, in *Rivista di giurisprudenza italiana*, 1968, pp. 485-490; C. FORTUNATO, *Diritti di privativa e norme comunitarie sulla concorrenza*, in *Il diritto negli scambi internazionali*, 1968 pp.121-128; P. GORI, *Limitazioni dell'uso dei brevetti secondo il diritto comunitario della concorrenza*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1968, Col.737-742; A. WILLY, *Incidence du droit communautaire sur l'exercice de droits de brevets*, in *Cahiers de droit européen*, 1968, pp.307-323; C. CICALA, *Esercizio del diritto ed abuso di posizione dominante*, in *La funzione amministrativa*, 1989, pp.430-462.

proprietà intellettuale è possibile, ma solo in quanto la stessa contribuisce a un comportamento abusivo ben identificato²⁴⁶.

Per quanto riguarda i marchi, la Corte di giustizia ha affermato che il titolare di un marchio non detiene una posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE per il solo fatto di essere in grado di vietare ai terzi lo smercio dei prodotti recanti lo stesso marchio nel territorio di uno Stato membro. Perché vi sia una posizione dominante la posizione dell'impresa deve estendersi su una parte sostanziale del mercato interno e il titolare del marchio deve essere in grado di «ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva in una parte rilevante del mercato in questione, tenuto conto in ispecie dell'eventuale esistenza, e della posizione, di produttori o distributori che smerchino merci analoghe o sostituibili»²⁴⁷.

In materia di diritto d'autore, la Corte ha rilevato che perché un produttore di distribuzioni sonore abusi della sua posizione dominante, si deve aver riguardo, oltre che al mercato, alle condizioni dei contratti di esclusiva con cui gli interpreti sono legati al produttore, come il contenuto degli impegni, le possibilità offerte ai concorrenti di procurarsi prestazioni analoghe in fatto d'interpretazione, al fine di verificare se la condotta ostacola la concorrenza effettiva²⁴⁸.

In materia di brevetti come di marchi e di diritto d'autore, la titolarità di un diritto di proprietà intellettuale da parte di un'impresa in posizione dominante non dispensa dall'analisi del contesto concorrenziale in cui l'impresa

²⁴⁶ Così G. TRITTON, *Tritton on Intellectual Property in Europe*, cit., p. 1631. Si veda anche la sentenza della Corte di giustizia 23 maggio 1978, causa 102/77, *Hoffman-La Roche c. Centrafarm*, ECLI:EU:C:1978:108.

²⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia 18 febbraio 1971, causa 40/70, *Sirena c. Eda*, ECLI:EU:C:1971:18, pt. 16. Per un

²⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia 8 giugno 1971, *Deutsche Grammophon c. Metro SB*, ECLI:EU:C:1971:59.

esercita il suo diritto esclusivo di sfruttamento, anche perché spesso non è possibile definire il mercato rilevante solo sulla base di tale diritto²⁴⁹.

2. Rifiuto di contrarre e proprietà intellettuale.

I diritti di proprietà intellettuale permettono al loro titolare di non avere concorrenti nell'ambito del diritto esclusivo di sfruttamento che gli stessi conferiscono²⁵⁰. In una situazione normale il titolare del diritto di proprietà intellettuale ha il diritto di scegliere le proprie controparti contrattuali, si fissare i termini dei contratti di licenza e di esercitare le azioni poste a tutela della proprietà intellettuale.

Lo studio della prassi della Commissione nell'applicazione dell'art. 102 TFUE e della giurisprudenza della Corte di giustizia permette di identificare due situazioni diverse in cui l'interazione della disciplina della concorrenza e della disciplina della proprietà intellettuale danno luogo alla limitazione dell'autonomia delle imprese in posizione dominante che si materializza nell'imposizione di un obbligo di contrarre al titolare di un diritto di proprietà intellettuale. La prima situazione è quella in cui nel mercato sia già presente un certo grado di concorrenza e il rifiuto di concedere in licenza riguarda un'impresa non concorrente e ha come effetto l'alterazione della concorrenza sul mercato; la seconda situazione è invece quella in cui il rifiuto di concedere in licenza riguarda un concorrente o un potenziale concorrente e ha come

²⁴⁹ Sulla definizione del mercato rilevante in presenza di diritti di proprietà intellettuale si veda D. GÉRADIN, A. LAYNE-FARRAR, N. PETIT, *Eu Competition Law and Economics*, Bruxelles, 2012.

²⁵⁰ J. GSTALTER, *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle – Les nouveaux monopoles de la société de l'information*, Bruxelles, 2012, p. 352 secondo cui in materia di brevetti anche se non vengono applicate le norme in materia di concorrenza la limitazione della concorrenza intra-tecnologia dovuta all'esercizio da parte del titolare del brevetto del diritto esclusivo di sfruttamento è compensato dalla concorrenza inter-tecnologia.

effetto una restrizione della concorrenza o impedisce l'accesso al mercato stesso²⁵¹.

La Corte, con due celebri sentenze riguardanti la possibilità di brevettare e di concedere in licenza componentistica di ricambio per autoveicoli, ribadendo che la titolarità di un brevetto non può costituire di per sé uno sfruttamento abusivo della posizione dominante, ha affermato che nemmeno il rifiuto di concedere il brevetto in licenza può, da solo, configurare un comportamento abusivo²⁵². Nel caso *Volvo*, l'impresa aveva rifiutato la concessione di una licenza per l'importazione di componenti coperte da brevetto a un produttore indipendente²⁵³. La Corte rileva innanzitutto che il rifiuto dell'impresa di concedere in licenza il proprio brevetto è legittimo sottolineando che «la facoltà del titolare di un brevetto su un modello di vietare a terzi la fabbricazione e la vendita o l'importazione, senza il suo consenso, di prodotti che incorporino il modello costituisce la sostanza stessa del suo diritto esclusivo» e che imporre l'obbligo di concedere in licenza il brevetto a terzi

²⁵¹ J. GSTALTER, *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle*, cit., p. 353, secondo cui nell'ipotesi della prima situazione il rifiuto di concedere in licenza può difficilmente costituire un abuso di posizione dominante, soprattutto se la concorrenza sul mercato è sufficientemente sviluppata. In questo caso la condotta abusiva sarà generalmente caratterizzata da un ulteriore comportamento abusivo, come un trattamento discriminatorio. Nella seconda situazione invece la violazione del diritto di proprietà intellettuale può essere molto più importante e la sanzione del comportamento abusivo consiste nella creazione della concorrenza sul mercato attraverso la riproduzione o l'imitazione del bene protetto dal diritto di proprietà intellettuale.

²⁵² Sentenze della Corte di giustizia 5 ottobre 1988, causa 238/87, *Volvo c. Veng*, ECLI:EU:C:1988:477, pt. 8; causa 53/87, *CICRA e a. c. Renault*, ECLI:EU:C:1988:472, pt. 11-15. Per un'analisi più approfondita della sentenza si rinvia a V. KORAH, *No Duty to License Independent Repairers to Make Spare Parts: The Renault, Volvo and Bayer & Hennecke Cases*, in *European Intellectual Property Review*, 1988, pp.381-386; J. SHAW, *The Specific Subject Matter of Design Rights*, in *European Law Review*, 1989, pp.99 e ss.; F. PICOD, *Les pièces de carrosserie à l'épreuve du droit communautaire*, in *La Semaine juridique - édition entreprise*, II, 1989; N. ZORZI, *Diritti di privativa su pezzi di ricambio e disciplina della concorrenza CEE: ultimi sviluppi*, in *Contratto e impresa*, 1989; G. GIUSTI, *Disciplina comunitaria e protezione della proprietà industriale nel mercato delle parti componenti la carrozzeria di autovetture*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1989, pp.609-621.

435-445

²⁵³ *Ibidem*

«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»²⁵⁴.

L'esercizio del diritto esclusivo da parte del titolare può tuttavia configurare un abuso di posizione dominante quando dia luogo a comportamenti abusivi che possano pregiudicare il commercio fra Stati membri²⁵⁵. L'impresa dominante deve quindi fare attenzione a che il rifiuto di concedere in licenza non dia luogo a comportamenti abusivi come il rifiuto di fornire determinati beni o servizi o la fissazione di prezzi non equi riguardo al bene oggetto del brevetto in quanto in questo caso il rifiuto può essere vietato dall'art. 102 TFUE perché pregiudizievole alla concorrenza e al commercio tra gli Stati membri.

Si noti che in queste sentenze la Corte elenca delle ipotesi di comportamenti abusivi: «il rifiuto arbitrario 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» che riguardano soprattutto il rifiuto di fornitura mentre si riferiscono al diritto di produrre il bene protetto dal diritto di proprietà intellettuale solo nel limitato caso in cui il bene non venga più prodotto nonostante vi sia una domanda sul mercato²⁵⁶. Dalla lettura delle sentenze sembra che la Corte, limitando la configurabilità dell'abuso al solo caso in cui il rifiuto di concedere in licenza riguardi un bene che non viene più prodotto anche se c'è una domanda sul mercato, voglia differenziare la fattispecie del rifiuto di concedere in licenza dal rifiuto di fornitura e conferire una maggiore

²⁵⁴ Ibidem, pt. 8.

²⁵⁵ Causa 238/87, *Volvo c. Veng*, cit., pt. 9.

²⁵⁶ In questo senso si veda anche S. D. ANDERMAN, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights – The Regulation of Innovation*, Oxford, 1998.

tutela al diritto esclusivo di produrre il bene rispetto al diritto di distribuirlo. Questa ricostruzione è però smentita dalla giurisprudenza successiva.

Riguardo al diritto d'autore, il Tribunale dell'Unione europea, confermato in appello dalla Corte di Giustizia, ha rilevato nella causa *Magill*²⁵⁷ che le prerogative essenziali conferite al titolare del diritto, ovvero il diritto esclusivo di rappresentazione e il diritto esclusivo di riproduzione, non possono di per sé costituire un abuso di posizione dominante. Nel caso in questione un'impresa in posizione dominante ostacolava l'ingresso sul mercato di prodotti nuovi rifiutandosi di concedere in licenza i propri diritti e riservandosi il diritto esclusivo di pubblicazione di palinsesti televisivi settimanali.

L'impresa che si rifiuta di concedere in licenza i propri diritti d'autore abusa della sua posizione dominante se, alla luce delle «peculiari circostanze del caso concreto», le condizioni e le modalità di esercizio del diritto esclusivo perseguono uno scopo contrario agli obiettivi dell'art.102 TFUE. In questo caso, infatti, l'esercizio stesso del diritto d'autore non corrisponde più alla sua funzione essenziale di assicurare la tutela del diritto morale d'autore e la remunerazione dello sforzo creativo²⁵⁸. Secondo il Tribunale il rifiuto della

²⁵⁷ Sentenza della Corte di giustizia 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *RTE e ITP c. Commissione*, ECLI:EU:C:1995:98; sulla sentenza si vedano, in particolare, G. VAN DER WAL, *Article 86 EC: The Limits of Compulsory Licensing*, in *European Competition Law Review*, 1994, pp.230-235; C. G. MILLER, *Magill: Time to Abandon the "Specific Subject-matter" Concept*, in *European Intellectual Property Review*, 1994, pp.415 e ss.; H. PEARSON, *Software Interfaces, Intellectual Property and Competition Policy*, in *European Intellectual Property Review*, 1994, pp. 434 e ss.; T. SKINNER, *Magill: Consumer Interests Prevail*, in *European Business Law Review*, 1995, pp. 90 e ss.; T. C. VINJE, *The Final Word on Magill*, in *European Intellectual Property Review*, 1995, pp. 297 e ss.; T. C. VINJE, *Harmonising Intellectual Property Laws in the European Union: Past, Present and Future*, in *European Intellectual Property Review*, 1995, pp. 361 e ss.; A. ROBERTSON, *The Existence and Exercise of Copyright: Can it Bear the Abuse?*, in *The Law Quarterly Review*, 1995, pp.588 e ss.; A. MASTROILLI, *Abuso di diritto d'autore e disciplina antitrust*, in *Il Foro italiano*, 1995, Col.269-281; L. ZAGATO, *Magill, lo scioglimento di un arcano*, in *AIDA - Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, IV, 1995, pp.267 e ss.; A. LEVI, *Rifiuto di fornire, licenza obbligatoria, dottrina dell'"essential facility" e "monopoly leveraging" nel diritto antitrust*, in *Rivista di diritto industriale*, II, 1996, p. 189.

²⁵⁸ Sentenza del Tribunale di primo grado 10 luglio 1991, causa T-69/89, *RTE c. Commissione*, ECLI:EU:T:1991:39, pt. 71.

ricorrente di autorizzare a terzi la pubblicazione dei programmi settimanali perseguiva lo scopo di rafforzare e mantenere il suo monopolio di fatto e non era giustificato da nessuna esigenza connessa alla propria attività²⁵⁹.

Nel caso in questione le «peculiari circostanze del caso concreto» erano state rinvenute nella presenza di tre elementi: il rifiuto di concedere in licenza impediva l'emergere di un nuovo prodotto poiché non esisteva un «sostituto reale o potenziale» del prodotto offerto dall'impresa, il rifiuto non era giustificato a l'impresa tramite il rifiuto si riservava il mercato derivato²⁶⁰.

Secondo la Corte e il Tribunale nelle situazioni in cui un'impresa che detiene un monopolio di fatto si rifiuta di concedere in licenza i propri diritti d'autore, ostacolando l'ingresso sul mercato di un prodotto nuovo, è necessario attuare un contemperamento tra i diritti di proprietà intellettuale e i principi dei Trattati relativi alla libera circolazione delle merci e alla libera concorrenza. Il rifiuto di contrarre relativo a un diritto di proprietà intellettuale può dunque costituire un abuso di posizione dominante ma solo avendo riguardo alle «peculiari circostanze del caso concreto».

In questa sentenza la Corte anticipa un principio che sarà confermato in tutta la giurisprudenza successiva avente ad oggetto un abuso di posizione dominante commesso attraverso l'utilizzo di un diritto di proprietà intellettuale. Il riferimento alle «peculiari circostanze del caso concreto» è necessario per delimitare il più possibile le situazioni in cui l'esercizio della libertà contrattuale e del diritto di proprietà da parte di un'impresa possono essere considerati abusivi. Con questa sentenza infatti il Tribunale e la Corte sono andati oltre la giurisprudenza precedente, che prendeva in considerazione il diritto esclusivo di distribuzione e menzionava una possibile limitazione del diritto esclusivo di riproduzione solo nel caso in cui il rifiuto di contrarre

²⁵⁹ Causa T-69/89, *RTE c. Commissione*, cit., pt. 72 a 75.

²⁶⁰ Ivi, ptt. 49 a 56.

comportasse la scomparsa di un bene per cui vi era una domanda nel mercato, ammettendo che l'abuso di posizione dominante possa comportare una violazione del diritto esclusivo di riproduzione del titolare di un diritto di proprietà intellettuale per permettere ai concorrenti di entrare su un mercato derivato. Questa sentenza restringe la portata degli argomenti difensivi che permettevano al titolare di un diritto di proprietà intellettuale di sottrarsi all'applicazione del diritto della concorrenza, il fatto che il rifiuto di concedere in licenza, soprattutto quando riguarda la riproduzione del bene protetto, costituisce l'essenza stessa dell'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale non costituisce più un ostacolo alla possibilità di considerare il comportamento dell'impresa come abusivo²⁶¹.

3. L'obbligo di licenza, nuovi limiti per le imprese dominanti.

Il caso *Magill* è interessante anche per quanto riguarda l'estensione dei poteri della Commissione di obbligare, mediante decisione, le imprese che hanno trasgredito l'art. 102 a porre fine all'infrazione constatata.

L'art. 3, n. 1, del regolamento del Consiglio n.17 conferiva alla Commissione il potere di obbligare le imprese che hanno violato gli obblighi discendenti da quelli che allora erano gli articoli 81 e 82, oggi artt. 101 e 102 TFUE a porre fine all'infrazione. Tale potere, secondo una giurisprudenza consolidata implica la facoltà di imporre alle imprese obblighi di fare o di non fare al fine di far venire meno la situazione d'infrazione. Gli obblighi posti a carico delle imprese devono essere delimitati in funzione delle esigenze connesse al ripristino della legalità. L'esercizio della facoltà della

²⁶¹ Si vedano in questo senso anche J. GSTALTER, *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle*, cit., p. 371; G. BONET, *Remise en cause d'une certaine primauté nationale? Affaire «Magill»*, in *Droit des affaires*, 1996, pp. 844 e s..

Commissione di imporre obblighi alle imprese assume forme diverse in relazione alla natura della trasgressione accertata. La Commissione può ordinare alle imprese di tenere determinati comportamenti o effettuare prestazioni, illegalmente omesse, oppure vietare il persistere di certi comportamenti e pratiche²⁶².

Nella decisione impugnata nella causa *Magill*, la Commissione aveva imposto all'impresa in posizione dominante l'obbligo di autorizzare i terzi alla pubblicazione dei suoi palinsesti settimanali protetti dal diritto d'autore. La ricorrente aveva contestato l'imposizione di tale obbligo in quanto lo stesso, prevedendo la concessione di licenze obbligatorie, avrebbe privato il titolare del diritto di proprietà intellettuale della sostanza stessa del proprio diritto. Secondo la ricorrente, il diritto esclusivo di riproduzione degli autori può essere pregiudicato solo per via legislativa, tramite una normativa che definisca in modo sufficientemente chiaro le circostanze e le modalità di autorizzazione alla riproduzione²⁶³ e l'art. 3 del regolamento n. 17 non consentiva alla Commissione di imporre licenze obbligatorie. La Corte, richiamando la summenzionata giurisprudenza sull'applicazione dell'art. 3 del regolamento n. 17 e respingendo gli argomenti della ricorrente, ha constatato che la Commissione può legittimamente imporre un obbligo di licenza di un diritto d'autore quando detto obbligo rappresenti l'unico modo per mettere fine all'infrazione da parte dell'impresa in posizione dominante²⁶⁴.

L'argomento della ricorrente era basato sull'applicazione della Convenzione di Berna, nello specifico del suo art. 9, n. 2 che prevede che il diritto esclusivo di riproduzione degli autori possa essere pregiudicato unicamente per via legislativa e in casi speciali. Secondo la ricorrente l'obbligo di licenza imposto dalla Commissione era illecito in quanto non previsto da

²⁶² Libro di concorrenza su poteri

²⁶³ Causa C-241/91, *RTE e ITP c. Commissione*, cit., pt. 77.

²⁶⁴ Causa C-241/91, *RTE e ITP c. Commissione*, cit., pt. 90 e s.

alcuna normativa che definisca in modo sufficientemente chiaro le circostanze e le modalità di autorizzazione della riproduzione. È interessante notare che l'argomento della ricorrente per cui l'art. 102 TFUE e l'applicazione del diritto della concorrenza, limitandosi a prevedere un obbligo generale, non consentano ai titolari di un diritto d'autore di conoscere, in base a una legislazione esplicita, se possono essere tenuti a concedere licenze obbligatorie e che solo una legislazione comunitaria potrebbe fornire una idonea base legislativa avrebbe potuto essere utilizzato per contestare la legittimità dell'obbligo di licenza imposto dalla Commissione dal punto di vista delle limitazioni al principio generale dell'autonomia privata che, come visto, secondo la giurisprudenza della Corte può subire limitazioni solo quando le stesse siano previste da un testo normativo e perseguano uno degli obiettivi dei Trattati. La Corte, senza preoccuparsi dell'esistenza di una normativa che prevedesse espressamente il potere della Commissione di obbligare un'impresa a contrarre, in particolare obbligandola a concedere in licenza un diritto di proprietà intellettuale di cui è titolare, ha fatto discendere questa possibilità dal generico dato normativo dell'art. 3 del regolamento n.17.

4. Infrastrutture essenziali e diritti di proprietà intellettuale, il caso IMS.

Secondo attenta dottrina, per stabilire quando una infrastruttura sia essenziale o meno dovrebbe essere applicato un criterio che consiste nel verificare «se lo svantaggio risultante dal diniego di accesso possa logicamente

rendere le attività dei concorrenti sul mercato di cui trattasi impossibili o permanentemente, gravemente e inevitabilmente antieconomiche»²⁶⁵

Gli interessi contrapposti che devono essere bilanciati quando una impresa chiede l'accesso a beni, servizi o infrastrutture di cui dispone un'altra impresa, benché in posizione dominante, devono essere valutati con un'attenzione particolare in quanto detti beni, servizi o infrastrutture rappresentano nella maggior parte dei casi il risultato di investimenti considerevoli che sono essenziali per il progresso dell'economia.

L'attenzione deve essere ancora più grande quando i beni, i servizi o le infrastrutture sono tutelati da un diritto di proprietà intellettuale. La concessione stessa dei diritti di proprietà intellettuale, infatti, è il risultato di una scelta del legislatore, nazionale ed europeo, che implica di per sé una ponderazione dell'interesse di dare un incentivo alla creatività, allo sviluppo e alla ricerca con l'interesse alla libera concorrenza.

Quello che appare con evidenza è che c'è una crescente tensione tra l'interesse della protezione del diritto della concorrenza e l'interesse alla tutela dei diritti della proprietà intellettuale in cui la difesa della concorrenza nel mercato si scontra con la libertà dell'impresa in posizione dominante di scegliere i propri partner commerciali, con il diritto di disporre liberamente dei propri beni e con il diritto di sfruttamento esclusivo conferito dalla titolarità di un diritto di proprietà intellettuale.

Gran parte degli autori, ritiene che l'imposizione di un obbligo di concedere in licenza imposta a imprese titolari di diritti di proprietà

²⁶⁵ J. TEMPLE LANG, *Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors, and access to essential facilities*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 18, 1994, p. 245.

intellettuale abbia come effetto quello di disincentivare gli investimenti in ricerca e innovazione.²⁶⁶

Altri autori, invece ritengono che, in considerazione del fatto che molte imprese in posizione dominante sviluppano brevetti proprio per impedire l'accesso al mercato di concorrenti, la possibilità di sanzionare comportamenti consistenti nel rifiuto di concedere in licenza sia l'unico modo per assicurare il mantenimento della libera concorrenza²⁶⁷.

Anche nelle fattispecie in cui il prodotto «indispensabile» è un diritto di proprietà intellettuale si presenta il problema della ponderazione dell'interesse relativo all'autonomia privata con l'interesse relativo alla tutela della libera concorrenza per stabilire in che misura e a quali condizioni si possa obbligare un'impresa in posizione dominante a concedere in licenza il diritto di proprietà intellettuale di cui è titolare.

La Corte di giustizia ha affrontato questo problema nella caso *IMS*²⁶⁸ di cui sembra opportuno descrivere brevemente i fatti. La *IMS* è una società la cui

²⁶⁶ I. S. FORRESTER, *The Interplay between Standardization, IPR and Competition Law*, in G. CAGGIANO, G. MUSCOLO, M.TAVASSI (a cura di), *Competition Law and Intellectual Property*, The Netherlands, 2012, ritiene favorire l'intervento del diritto della concorrenza possa essere controproducente nel lungo periodo. Secondo l'autore, la difficoltà nella valutazione degli interessi contrapposti della tutela della proprietà intellettuale e della tutela della libera concorrenza sta nel bilanciamento tra i risultati dell'obbligo di licenza nel breve periodo, lo stimolo della concorrenza, e i risultati della protezione dei diritti di proprietà intellettuale nel lungo periodo, l'incentivo all'innovazione.

²⁶⁷ Si vedano in merito ALBOS-LIORENS A., *The "Essential Facilities" Doctrine in EC Competition Law*, cit., p. 490; PILLITTERI R., *La Corte di giustizia circoscrive rigorosamente i confini di applicazione della c.d. "essential facilities doctrine" nella repressione dell'abuso di posizione dominante*, cit.; STRATAKIS A., *Comparative Analysis of the US and EU Approach and Enforcement of the Essential Facilities Doctrine*, in *European Competition Law review*, 8, 2006 p.439; TRITTON G., *Tritton on Intellectual Property in Europe*, cit..

²⁶⁸ Sentenza della Corte di giustizia 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health*, ECLI:EU:C:2004:257; per un'analisi più approfondita della sentenza si rinvia a E. DERCLAYE, *The IMS Health Decision: A Triple Victory*, in *World Competition*, 3, 2004, pp.397 e ss.; S. BASTIANON, *Il caso "IMS": abuso di posizione dominante o legittimo esercizio del diritto d'autore?*, in *Il Foro italiano*, IV, 2004, Col. 361-364; C. STOTHERS, *IMS Health and its Implications for Compulsory Licensing in Europe*, in *European Intellectual Property Review*, 2004, pp. 467-472; J. DREXL, *IMS Health and Trinko - Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases*, in *International Review of Industrial*

attività consiste nel seguire le vendite dei prodotti farmaceutici e delle cure mediche in Germania. La IMS ha sviluppato una struttura divisa in aree geografiche per fornire i dati sulle vendite regionali di prodotti farmaceutici ai laboratori farmaceutici. La struttura è protetta dal diritto d'autore in Germania. La struttura della IMS è diventata uno standard e le case farmaceutiche hanno adeguato i loro sistemi informatici di distribuzione alla struttura. Una impresa concorrente della IMS tentava di vendere dati sulle vendite regionali di prodotti farmaceutici alle cause farmaceutiche configurandoli su una struttura diversa da quella della IMS. A seguito della riluttanza dei clienti, per cui la struttura della IMS costituiva ormai uno standard, e del rifiuto della IMS di concederla in licenza, l'impresa concorrente cominciava a vendere i dati utilizzando delle strutture molto simili a quelle delle IMS coperte dal diritto d'autore. La IMS chiedeva al giudice del rinvio di vietare all'impresa concorrente l'uso della propria struttura tutelata dal diritto d'autore il quale, ritenendo che la IMS non possa esercitare il suo diritto di far vietare l'uso illegittimo della sua opera se il rifiuto di concederla in licenza possa essere considerato un abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 82 del Trattato CE (ora art. 102 TFUE), sottoponeva alla Corte una questione pregiudiziale.

La Corte, per rispondere alla questione pregiudiziale, ha fatto riferimento alla propria giurisprudenza, ribadendo che un diniego di licenza, facendo parte delle prerogative del titolare di un diritto di proprietà intellettuale, non può costituire di per sé un abuso di posizione dominante. Tuttavia, in circostanze

Property and Copyright Law, 2004, pp.788-808; E. DERCLAYE, *The IMS Health decision and the reconciliation of copyright and competition law*, in *European Law Review*, 2004, pp.687-697; L. IDOT, *Abus de position dominante: du nouveau sur la conciliation entre concurrence et droit de propriété intellectuelle Le refus d'accorder une licence d'utilisation peut être constitutive d'un abus de position dominante*, in *Europe*, 2004, p.27; R. PARDOLESI, *Licenza obbligatoria ed essential facilities nell'antitrust comunitario*, in *Rivista di diritto industriale*, II, 2004, pp.323-336; C. OSTI, *Il caso IMS: rifiuto di contrarre e diritti di proprietà intellettuale*, in *Europa e diritto privato*, 2005, pp.455-464, R. NATOLI, *Diritti di proprietà intellettuale e rifiuto di licenza: osservazioni a margine del caso IMS Health*, in *Europa e diritto privato*, 2005, p.465-478.

eccezionali l'esercizio del diritto esclusivo da parte del titolare può costituire un abuso di posizione dominante quando il rifiuto riguarda un prodotto la cui fornitura è indispensabile per l'esercizio dell'attività di una impresa concorrente nel senso che l'impresa concorrente senza la fornitura del prodotto non può offrire il proprio prodotto sul mercato e dunque il rifiuto, non giustificato da considerazioni obiettive, costituisce un ostacolo all'emergere di un prodotto nuovo per il quale vi sia una domanda potenziale da parte dei consumatori che determina l'esclusione totale della concorrenza su un mercato derivato²⁶⁹.

Secondo la Corte, il rifiuto di un'impresa titolare di un diritto di autore di dare accesso ad un prodotto o ad un servizio indispensabile per esercitare una data attività può costituire un comportamento abusivo quando sono integrate tre condizioni cumulative: il rifiuto costituisce ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori ed è ingiustificato e idoneo a escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato²⁷⁰. Spetta al giudice a quo verificare se queste condizioni ricorrano nella causa a qua.

Delle condizioni elencate dalla Corte, merita da subito una particolare attenzione quella relativa alla comparsa di un nuovo prodotto. Questa condizione è stata scelta dalla Corte come l'elemento su cui basare la ponderazione tra l'interesse relativo alla tutela dell'autonomia privata e l'interesse relativo alla tutela della libera concorrenza²⁷¹. Secondo la Corte,

²⁶⁹ Causa C-418/01, *IMS Health.*, cit., pt. 37. Per l'applicazione delle circostanze eccezionali ai diversi tipi di diritti di proprietà intellettuale si veda G. Ghidini, *The Bride and the Groom. On the Intersection between Intellectual Property and Antitrust Law*, cit. pp. 38 e s..

²⁷⁰ Causa C-418/01, *IMS Health.*, cit., pt. 38

²⁷¹ Secondo un'aperte della dottrina, la condizione relativa alla comparsa di un nuovo prodotto è l'unica in grado di determinare i casi in cui le norme in materia di concorrenza dovrebbero essere applicate a fattispecie che riguardano la disposizione di un diritto di proprietà intellettuale. Questa condizione sarebbe l'indice della possibilità che il comportamento dell'impresa dominante ha come effetto il danneggiamento dei consumatori. Si veda in merito

l'interesse relativo alla libera concorrenza può prevalere sulla tutela dell'autonomia privata solo quando il rifiuto di concedere in licenza, che rappresenta un aspetto fondamentale dell'autonomia privata del titolare del diritto di proprietà intellettuale, costituisca un ostacolo allo sviluppo del mercato derivato a danno dei consumatori²⁷².

Alcuni autori hanno visto nell'elaborazione di questa condizione una volontà di limitare l'applicazione della teoria delle infrastrutture essenziali quando il bene o il servizio cui si richiede l'accesso sia protetto da un diritto di proprietà intellettuale, ammettendo implicitamente la specificità dei diritti di proprietà intellettuale rispetto agli altri diritti di proprietà²⁷³. Altra parte della dottrina ha evidenziato che attraverso l'elaborazione della condizione della comparsa di un nuovo prodotto la Corte di giustizia ha in qualche modo allineato la possibilità di applicare la dottrina delle infrastrutture essenziali ai diritti di proprietà intellettuale alla dottrina e la giurisprudenza statunitense secondo cui i diritti di esclusiva del titolare di un diritto di proprietà intellettuale sono intangibili e non tollerano l'interferenza della disciplina della concorrenza²⁷⁴.

A. STRATAKIS, *Comparative Analysis of the US and EU Approach and Enforcement of the Essential Facilities Doctrine*, cit., p.442.

²⁷² Causa C-418/01, *IMS Health.*, cit., pt. 48.

²⁷³ J. GSTALTER, *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle*, cit., pp. 373 e s., l'autore sottolinea che la Commissione nella sua Decisione relativa allo stesso caso che ha dato origine alla questione pregiudiziale, rifacendosi alla giurisprudenza *Bronner*, aveva cercato di trascurare la condizione relativa alla comparsa di un nuovo prodotto per poter prendere in considerazione solo l'eliminazione della concorrenza sul mercato. Secondo la Commissione inoltre il rifiuto di dare accesso a un *input* essenziale poteva costituire un comportamento abusivo indipendentemente dal fatto che detto *input* fosse protetto da un diritto di proprietà intellettuale in quanto lo stesso sarebbe assimilabile a tutte le forme di proprietà. Se la Corte avesse seguito questa impostazione, le «le peculiari circostanze del caso concreto» necessarie affinché un rifiuto di contrarre possa configurare un abuso di posizione dominante sarebbero state assimilate all'eliminazione della concorrenza e non vi sarebbe stato bisogno che le altre condizioni fossero riunite.

²⁷⁴ Si vedano in particolare G. GHIDINI, *The Bride and the Groom. On the Intersection between Intellectual Property and Antitrust Law*, cit. p. 36;

Si può anticipare che le condizioni elaborate nella corte nel caso *IMS* sono state poi riviste nella giurisprudenza successiva, in particolare nel caso *Microsoft*²⁷⁵ che ha provocato un accesissimo dibattito in dottrina²⁷⁶. Secondo alcuni la differenza tra i due casi può essere tracciata nel senso che nel caso *IMS* la licenza obbligatoria di una tecnologia che ruota attorno a uno standard può essere imposta all'impresa in posizione dominante per assicurare che il licenziatario non sia costretto a uscire dal mercato e possa offra un nuovo prodotto, mentre nel caso *Microsoft* la licenza obbligatoria può essere imposta all'impresa in posizione dominante quando necessaria alla comparsa di un nuovo prodotto in generale²⁷⁷.

5. Le condizioni per determinare se il rifiuto di concedere in licenza un diritto di proprietà intellettuale costituisce un abuso dopo il caso Microsoft.

È necessario a questo punto analizzare tra le condizioni richieste dalla Corte perché un rifiuto di contrarre costituisca un comportamento abusivo da

²⁷⁵ Sentenza del Tribunale di primo grado 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:289.

²⁷⁶ C. PRIETO, *Le TPICE rejette le recours formé par Microsoft condamné pour deux abus de position dominante: le refus de fournir des informations en vue d'une interopérabilité des logiciels pour serveurs de groupes de travail avec son logiciel d'exploitation Windows; la vente liée de son lecteur multimédia avec le logiciel Windows*, in *Concurrences*, 4, 2007, p.78; C. PRIETO, *La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain*, in *Recueil Le Dalloz*, 2007, pp.2884-2889; L. IDOT, *L'arrêt Microsoft: simple adaptation ou nouvelle interprétation de l'article 82 CE?*, in *Europe*, 2007, pp.5-11; D. S. ANDERMAN, *Microsoft e il problema dell'interoperabilità*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, pp.569-574; J. GSTALTER, *L'arrêt Microsoft et la mise en oeuvre de l'article 82 CE. Quels enseignements pour l'analyse fondée sur les effets?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007, p. 742; R. PARDOLESI, *Microsoft, i giudici europei e l'antitrust di una volta*, in *Il Foro italiano*, 2008, Col.114-120; C. PRIETO, *Droit spécial du contrat. Refus de contracter et ventes liées: les deux abus de position dominante reprochés à Microsoft*, in *Revue des contrats*, 2008, p.811-814.

²⁷⁷ I. S. FORRESTER, *The Interplay between Standardization, IPR and Competition Law*, in G. CAGGIANO, G. MUSCOLO, M.TAVASSI (a cura di), *Competition Law and Intellectual Property* cit., p. 142.

parte di una impresa in posizione dominante, quelle che sono strettamente legate alla compressione dell'autonomia privata dell'impresa in posizione dominante²⁷⁸.

Il rifiuto da parte di un'impresa in posizione dominante di concedere in licenza un diritto di proprietà intellettuale di cui è titolare può costituire un abuso di posizione dominante se la concessione della licenza è indispensabile perché un'altra impresa eserciti una data attività.

Dalla giurisprudenza della Corte emerge che per stabilire se la licenza di un prodotto o di un servizio è indispensabile 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.»²⁷⁹. Il criterio dell'indispensabilità nel caso *IMS* è assoluto nel

²⁷⁸ Tralascieremo in questa sede la condizione relativa all'esclusione della concorrenza sul mercato derivato. In proposito si rimanda a G. TRITTON, *Tritton on Intellectual Property in Europe*, cit., pp. 1664 e s.. L'autore si domanda se, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia, sia necessaria l'esistenza di due mercati distinti affinché questa condizione sia soddisfatta. Nella sentenza *IMS*, la ricorrente aveva infatti sostenuto che per esserci un abuso di posizione dominante fosse necessario che il comportamento dell'impresa in posizione dominante risultasse nell'esclusione della concorrenza in un mercato derivato e non nello stesso mercato in cui l'impresa dominante opera. La Corte, seguendo l'avvocato generale, aveva rigettato questo argomento, dichiarando che fosse sufficiente identificare un mercato a monte potenziale o anche ipotetico: «è determinante è che possano essere identificati due diversi stadi di produzione tra loro collegati in quanto il prodotto a monte è un elemento indispensabile per la fornitura del prodotto a valle». L'autore si domanda inoltre in che modo debba essere intesa l'esclusione della concorrenza provocata dall'abuso dell'impresa in posizione dominante e conclude prendendo le mosse dalla sentenza *Microsoft* per cui l'art. 102 non trova applicazione se non vi è concorrenza nel mercato. Quello che rileva ai fini di una violazione dell'art. 102 TFUE è che il rifiuto di concedere in licenza abbia come effetto quello di eliminare qualsiasi concorrenza effettiva sul mercato.

²⁷⁹ Causa C-418/01, *IMS Health.*, cit., pt. 28.

senso che la mera convenienza per un'impresa concorrente di avere accesso al bene o servizio protetto dal diritto di proprietà intellettuale non è sufficiente²⁸⁰.

Questa condizione è stata analizzata ampiamente nella sentenza *Microsoft*²⁸¹ in cui la Commissione aveva imputato alla ricorrente un comportamento abusivo costituito dal rifiuto di fornire ai concorrenti le informazioni relative all'interoperabilità e di autorizzarne l'uso per lo sviluppo e la distribuzione di prodotti concorrenti.

La *Microsoft* sosteneva che la decisione della Commissione con cui il comportamento dell'impresa era stato ritenuto abusivo conteneva un errore di diritto in quanto le informazioni relative all'interoperabilità non potevano essere considerate indispensabile per le altre imprese concorrenti perché esistevano soluzioni alternative. Secondo la ricorrente, il diritto della concorrenza non richiede che venga garantito un accesso ottimale al mercato ma che tale accesso sia possibile²⁸².

La Commissione intende la condizione dell'indispensabilità per l'esercizio di una determinata attività come riferita alla possibilità per il concorrente di continuare ad essere un concorrente sano sul mercato e al fatto che il bene o il servizio, nel caso di specie le informazioni relative all'interoperabilità, a cui è negato l'accesso costituiscano la sola fonte economicamente sostenibile per esercitare l'attività, quindi per raggiungere l'interoperabilità dei sistemi²⁸³.

Il Tribunale, seguendo l'approccio della Commissione, ha esteso l'applicazione di questa condizione. Il bene o il servizio a cui si domanda l'accesso è indispensabile non solo quando senza l'accesso l'impresa sarebbe

²⁸⁰ I. S. FORRESTER, *The Interplay between Standardization, IPR and Competition Law*, in G. Caggiano, G. Muscolo, M. Tavassi (a cura di), *Competition Law and Intellectual Property*, cit. p. 141.

²⁸¹ Sentenza del Tribunale di primo grado 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:289.

²⁸² G. TRITTON, *Tritton on Intellectual Property in Europe*, cit., p. 1660.

²⁸³ Causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, cit., pt. 352.

impossibilitata a esercitare una determinata attività, ma anche nel caso in cui l'accesso sia indispensabile perché l'attività delle imprese sul mercato sia economicamente sostenibile. Secondo il Tribunale, il criterio per determinare l'indispensabilità del prodotto o del servizio è la sostenibilità economica dell'attività dell'impresa senza l'accesso al bene o al servizio²⁸⁴.

La Commissione negli orientamenti sull'applicazione dell'art. 102 TFUE ha precisato che nella valutazione di un rifiuto di effettuare forniture prende in considerazione il fatto che la fornitura del fattore di produzione negato sia obiettivamente necessaria perché gli operatori competano in maniera effettiva sul mercato. Secondo la Commissione un fattore di produzione è indispensabile quando «non esiste un succedaneo effettivo o potenziale sul quale i concorrenti nel mercato a valle potrebbero contare in modo da contrastare — almeno a lungo termine — le conseguenze negative del rifiuto»²⁸⁵. Secondo alcuni autori le parole del Tribunale nel caso *Microsoft* e gli orientamenti della Commissione potrebbero condurre a una lettura della condizione dell'indispensabilità del bene o del servizio che si riferirebbe non più alla indispensabilità del bene o del servizio per competere sul mercato ma alla indispensabilità del bene o del servizio per competere «in maniera effettiva» sul mercato e solleverebbe la questione se il ruolo della disciplina della concorrenza sia quello di preoccuparsi di mettere le imprese concorrenti in una situazione di parità sul mercato derivato con l'impresa in posizione dominante²⁸⁶. Una siffatta lettura si tradurrebbe inoltre nell'assenza di limiti all'interferenza della disciplina della concorrenza sull'autonomia privata delle imprese in posizione dominante titolari di un diritto di proprietà intellettuale in

²⁸⁴ Causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, cit., pt 377. Si vedano in merito G. TRITTON, *Tritton on Intellectual Property in Europe*, cit., p. 1661; G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO, *Standards under EU Competition Law: The Open Issue*, cit., p. 95.

²⁸⁵ Comunicazione della Commissione, cit., pt. 83.

²⁸⁶ G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO, *Standards under EU Competition Law: The Open Issue*, cit., p. 96.

quanto è difficile stabilire fin dove possa arrivare l'obbligo di concedere in licenza beni e servizi non solo quando siano indispensabili alle imprese concorrenti per competere sul mercato ma anche quando gli stessi siano indispensabili alle imprese concorrenti per poter competere in maniera effettiva. La lettura della condizione dell'indispensabilità dopo la sentenza *Microsoft* deve necessariamente essere diversa. La sostenibilità economica dell'attività dell'impresa concorrente senza l'accesso al bene o al servizio di cui è titolare l'impresa dominante deve essere interpretata comunque come una condizione che guarda all'eliminazione della concorrenza sul mercato derivato nel senso che senza l'accesso ai beni o ai servizi, anche se vi sono delle imprese concorrenti, le stesse non potranno sopravvivere e nel lungo periodo non vi saranno più concorrenti dell'impresa dominante²⁸⁷.

Il rifiuto di concedere in licenza costituisce un abuso di posizione dominante se è ingiustificato e idoneo a escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato. Se la Commissione deve provare che le circostanze eccezionali a cui fa riferimento la Corte nella sua giurisprudenza siano riunite per caratterizzare il rifiuto come abusivo, l'onere della prova delle giustificazioni del rifiuto di contrarre incombe sull'impresa in posizione dominante²⁸⁸.

Nel caso *Microsoft*, la ricorrente aveva giustificato il proprio rifiuto di dare accesso alle informazioni relative all'interoperabilità deducendo il fatto che la tecnologia di cui si trattava fosse protetta da proprietà intellettuale. Il

²⁸⁷ Si veda in merito G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO, *Standards under EU Competition Law: The Open Issue*, cit., p. 96. Gli autori ritengono che questa interpretazione presenti il problema dell'onere della prova perché la Commissione o la parte che chiede l'accesso alla infrastruttura essenziale devono dimostrare che il rifiuto di contrarre è idoneo a eliminare la concorrenza nel mercato. L'esistenza di economie nella produzione o di preferenze dei consumatori non dovrebbe essere sufficiente per provare l'indispensabilità dell'accesso alla infrastruttura essenziale e bisognerebbe provare anche l'impatto del rifiuto di contrarre sulla concorrenza dando prova che il rifiuto condurrebbe all'eliminazione della concorrenza nel mercato derivato basandosi su informazioni accurate, affidabili e coerenti.

²⁸⁸ Causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, cit.

Tribunale ha respinto questo argomento e ha rilevato che il semplice fatto che i prodotti siano coperti da diritti di proprietà intellettuale non può costituire una giustificazione obiettiva, altrimenti il rifiuto di concedere in licenza una infrastruttura essenziale costituita da un diritto di proprietà intellettuale non potrebbe mai configurare un abuso di posizione dominante²⁸⁹. Il Tribunale ha respinto anche l'allegazione della *Microsoft* per cui il rifiuto di concedere in licenza sarebbe giustificato dal fatto che la concessione in licenza avrebbe come effetto quello di disincentivare l'innovazione in quanto l'impresa non aveva fornito una prova sufficiente del fatto che l'obbligo di dare accesso alla propria tecnologia avrebbe avuto conseguenze negative sulle sue spinte ad innovare²⁹⁰.

I giudici di Lussemburgo ammettono quindi la possibilità per l'impresa dominante di giustificare il rifiuto di contrarre quando lo stesso è necessario all'ottenimento di un rendimento adeguato a fronte dei capitali investiti per lo sviluppo del prodotto a cui viene richiesto l'accesso e quando l'obbligo di contrarre comprometterebbe l'attività di innovazione dell'impresa dovuto a dei cambiamenti strutturali del mercato, ad esempio dovuto allo sviluppo del prodotto da parte dei concorrenti. Tuttavia, l'onere della prova della giustificazione, come anticipato, incombe all'impresa dominante e la giurisprudenza mostra che provare la legittimità del rifiuto a contrarre non è affatto facile²⁹¹.

²⁸⁹ Causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, cit., pt. 690.

²⁹⁰ Causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, cit., pt. 697. Secondo la Commissione le conseguenze negative sulle spinte ad innovare dell'impresa in posizione dominante devono essere accertate facendo una comparazione con la situazione come sarebbe nel caso in cui l'impresa persistesse nel rifiutare l'accesso alle informazioni. Se la *Microsoft* avesse potuto continuare a rifiutarsi di dare accesso alle informazioni relative all'interoperabilità, la concorrenza sul mercato sarebbe stata eliminata e l'impresa non avrebbe più avuto nessun incentivo ad innovare in assenza di concorrenza e quindi la divulgazione delle informazioni sull'interoperabilità avrebbe un effetto positivo sulla spinta ad innovare della *Microsoft*, si veda al riguardo la Decisione della Commissione, *Microsoft*, cit., pt. 725.

²⁹¹ In questo senso anche C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, cit., p. 1037.

La Corte, in un caso di cui si è già discusso, riguardante un rifiuto di contrarre di una impresa farmaceutica riguardo la fornitura delle imprese concorrenti, ha accettato come giustificazione il fatto che il rifiuto fosse indispensabile per la tutela degli interessi commerciali dell'impresa. Questa sentenza è stata accolta con entusiasmo da alcuni autori in quanto questo tipo di giustificazione basata sul diritto dell'impresa in posizione dominante di tutelare il proprio interesse commerciale, potrebbe permettere che vengano prese in considerazione le circostanze in cui l'obbligo di fornitura o l'obbligo di concedere in licenza possono avere come effetto quello di mettere in pericolo la capacità dell'impresa di investire nello sviluppo e nella ricerca dei propri prodotti²⁹².

6. *Quid della condizione relativa alla comparsa di un nuovo prodotto?*

Perché il rifiuto di contrarre di una impresa in posizione dominante sia considerato abusivo ai sensi dell'art. 102 TFUE, oltre alle condizioni sopra analizzate, l'indispensabilità della licenza per l'esercizio di un'attività e il fatto che il rifiuto sia ingiustificato e idoneo a escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato, occorre anche che il rifiuto costituisca un ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori.

Come anticipato, questa condizione costituisce l'elemento che la Corte ha utilizzato come base per la ponderazione tra l'interesse relativo alla tutela dell'autonomia privata e l'interesse relativo alla tutela della libera concorrenza. L'avvocato generale Tizzano, nelle sue conclusioni nel caso *IMS*²⁹³, aveva

²⁹² G. TRITTON, *Tritton on Intellectual Property in Europe*, cit., pp. 1668 e 1669.

²⁹³ Conclusioni dell'avvocato generale Tizzano 2 ottobre 2003, causa C-418/01, *IMS Health.*, ECLI:EU:C:2003:537.

rilevato come per considerare abusivo un ingiustificato rifiuto di licenza per un diritto di proprietà intellettuale non bastasse che il bene immateriale oggetto del diritto di proprietà intellettuale fosse indispensabile per esercitare un'attività su un determinato mercato. L'interesse alla tutela della libera concorrenza deve prevalere sull'interesse alla tutela del diritto di proprietà intellettuale e della libera iniziativa economica del suo titolare solo se il rifiuto di licenza impedisce lo sviluppo di un nuovo prodotto nel mercato derivato a danno dei consumatori. La limitazione dell'autonomia privata sarebbe quindi giustificata dalla tutela dell'interesse dei consumatori che altrimenti subirebbero un danno provocato dal fatto di non poter beneficiare di un nuovo prodotto per cui c'è una domanda potenziale²⁹⁴. Se l'impresa che chiede l'ottenimento della licenza vuole limitarsi a riprodurre o duplicare beni e servizi già offerti sul mercato dal titolare del diritto di proprietà intellettuale non può pretendere l'ottenimento della licenza. I beni o servizi che l'impresa che richiede la licenza vuole sviluppare devono avere caratteristiche diverse dai beni o servizi del titolare del diritto di proprietà intellettuale e devono rispondere a una potenziale domanda dei consumatori che non è soddisfatta dai beni o servizi esistenti²⁹⁵.

Alcuni autori hanno criticato questa impostazione sostenendo che la condizione dell'ostacolo all'apparizione di un prodotto nuovo si addice solo ai casi in cui il comportamento abusivo risulta dall'esercizio di un diritto di

²⁹⁴ Si rinvia in proposito a G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO, *Standards under EU Competition Law: The Open Issue*, cit., p. 98, secondo i quali questa condizione ha una buona giustificazione economica. L'obbligo a contrarre dovrebbe essere limitato a circostanze eccezionali in quanto l'impatto sull'incettivo ad innovare delle imprese titolari di infrastrutture essenziali potrebbe essere negativo se le stesse si ritrovassero a dover concedere in licenza i propri beni e servizi per il solo fatto che gli stessi sono indispensabili all'esercizio di un'attività sul mercato. È quindi necessario stabilire una presunzione di legittimità del comportamento dell'impresa dominante che rifiuta di concedere in licenza i propri beni o servizi, a meno che non vi siano delle indicazioni chiare che detto comportamento possa causare un danno ai consumatori che supera il rischio dell'impatto negativo dell'obbligo di contrarre.

²⁹⁵ Conclusioni dell'avvocato generale, causa C-418/01, *IMS Health*, cit., pt. 62.

proprietà intellettuale che ostacola la concorrenza di beni che possono essere sostituiti, come nel caso *Magill*, mentre questa condizione non dovrebbe essere applicata nei casi in cui l'effetto di esclusione è il risultato di circostanze diverse dall'esercizio del diritto di proprietà intellettuale che dipendono dalle caratteristiche del mercato dove la condizione del prodotto nuovo sarebbe impossibile da soddisfare e si dovrebbe quindi autorizzare l'imitazione pura e semplice del bene tutelato dal diritto di proprietà intellettuale²⁹⁶.

Si rileva che se si seguisse questa impostazione le limitazioni poste ai diritti di proprietà intellettuale sarebbero molto estese e sarebbe ancor più difficile per l'impresa titolare di un diritto di proprietà intellettuale considerato essenziale per l'attività su un dato mercato stabilire quando il suo comportamento, perfettamente lecito dal punto di vista della libertà contrattuale e del diritto di disporre dei propri diritti di proprietà intellettuale, può essere considerato abusivo. L'utilità della condizione del prodotto nuovo sta nel fatto che la stessa restringe il campo di applicazione dell'art. 102, lettera b, secondo cui sono abusive le pratiche che consistono nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico a danno del consumatore, aggiungendo un requisito in più affinché il comportamento di un'impresa dominante titolare di un diritto di proprietà intellettuale che si rifiuta di contrarre possa essere

²⁹⁶ J. DREXL, *Abuse of Dominance in Licensing and Refusal to License: A more economic approach to Competition by Imitation and Competition by Substitution*, in EHLERMAN C.D., ATANASIU I. (a cura di), *European Competition Law Annual 2005, The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Oxford –Portland, 2007, secondo cui in situazioni come quella del caso IMS l'applicazione della condizione della comparsa di un nuovo prodotto è discutibile in quanto in questi casi la concorrenza di prodotti sostitutivi, consistente nell'offrire prodotti diversi, non sarebbe ostacolata dall'esercizio del diritto di proprietà intellettuale da parte dell'impresa in posizione dominante, ma dalle caratteristiche stesse del mercato. La condizione della comparsa di un prodotto nuovo non potrebbe mai essere soddisfatta e si dovrebbe quindi autorizzare l'imitazione del bene protetto da proprietà intellettuale. L'autore sostiene che la disciplina della concorrenza deve intervenire in queste situazioni nonostante il timore della perdita degli incentivi ad innovare e di dissuadere la concorrenza. La protezione degli interessi del titolare di un diritto di proprietà intellettuale e dei suoi investimenti per l'innovazione non giustificerebbero un'immunità quanto all'applicazione dell'art. 102 TFUE in quanto lo stesso diritto di proprietà intellettuale non prevede una loro tutela.

ricondotto a un comportamento abusivo in violazione dell'art. 102 TFUE. La ragione di questa condizione, oltre ad essere l'elemento che serve alla ponderazione tra la tutela dell'autonomia privata e la tutela della libertà di concorrenza, è la necessità di identificare confini sufficientemente chiari alla possibilità di obbligare un'impresa a contrarre²⁹⁷. Una simile impostazione, come vedremo, è seguita dalla Commissione in materia di brevetti essenziali per uno standard in cui la condizione relativa al prodotto nuovo è sostituita dalla circostanza eccezionale dell'esistenza di uno standard.

La sentenza *Microsoft*²⁹⁸ ha fornito una interpretazione diversa della condizione relativa alla comparsa di un prodotto nuovo, introducendo una nuova casistica che può condurre alla limitazione dell'autonomia privata dell'impresa in posizione dominante che si rifiuta di concedere in licenza i propri diritti di proprietà intellettuale.

La Commissione nella sua decisione, dopo aver passato in rassegna la giurisprudenza della Corte relativa al rifiuto di contrarre e al rifiuto di concedere in licenza, aveva ritenuto che il rifiuto di licenza doveva essere analizzato alla luce della totalità delle circostanze del caso concreto e che la decisione sulla violazione delle regole della concorrenza doveva essere presa alla luce di detto esame completo senza concentrarsi sulla condizione della comparsa di un nuovo prodotto²⁹⁹.

La decisione era stata impugnata e la ricorrente aveva sostenuto che la Commissione non aveva fornito la prova, necessaria sulla base della giurisprudenza *IMS*, del fatto che il suo rifiuto avesse impedito la comparsa di un prodotto nuovo per il quale esiste una domanda non soddisfatta dei consumatori. La Commissione sosteneva che il criterio del prodotto nuovo non

²⁹⁷ G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO, Standards under EU Competition Law: The Open Issue, cit., p. 98

²⁹⁸ Causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, cit., pt 334.

²⁹⁹ Decisione della Commissione 24 marzo 2004, *Microsoft*, COMP/C-3/37.792, pt. 558.

dovesse essere analizzato solo sulla base della giurisprudenza *IMS* ma potesse essere analizzato alla luce del divieto di pratiche abusive consistenti nel limitare lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori, previsto all'art. 82, lettera b, CE (oggi 102, lettera b, TFUE). Secondo la Commissione il criterio del prodotto nuovo sarebbe stato soddisfatto dal fatto che il rifiuto della ricorrente fosse un «rifiuto di permettere l'innovazione conseguente» e quindi lo sviluppo di prodotti nuovi intesi anche come prodotti che contengano «elementi sostanziali derivanti dagli sforzi compiuti dal licenziatario»³⁰⁰. Il Tribunale, accogliendo in parte gli argomenti della Commissione, ha osservato che la condizione relativa alla comparsa di un nuovo prodotto, come prevista dalle sentenze *Magill* e *IMS*, non può costituire il solo parametro per stabilire se il rifiuto di concedere in licenza un diritto di proprietà intellettuale possa portare pregiudizio ai consumatori ma detto pregiudizio può «verificarsi in presenza di una limitazione non solo della produzione o degli sbocchi, ma anche dello sviluppo tecnico»³⁰¹.

Il Tribunale, ribadendo la necessità del soddisfacimento della condizione relativa alla comparsa di un prodotto nuovo, ne ha ampliato la portata stabilendo che detta condizione comprende anche le limitazioni dello sviluppo tecnico di un prodotto³⁰².

La Commissione nei suoi orientamenti sull'applicazione dell'art. 102 TFUE sembra voler ampliare ancora di più l'interpretazione del criterio del prodotto nuovo. Gli orientamenti non parlano infatti né di prodotto nuovo né di sviluppo tecnico di un prodotto ma solo di «danni per i consumatori» e la

³⁰⁰ Causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, cit., ptt. 631 a 641.

³⁰¹ Causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, cit., pt. 647.

³⁰² Si vedano nello stesso senso D. WAELBROECK, *The Microsoft Judgment, Article 82 Revisited?*, in *GCP Magazine*, 2, 2008; S. D. ANDERMAN, *Microsoft v. Commission and the interoperability issue*, in *European Intellectual Property Review*, v. 30, 10, 2008, p. 395. Per un commento critico della sentenza si rinvia a N. PETIT, *L'arrêt Microsoft. Abus de position dominante, refus de licence et vente liée...- l'art, 82 sans code source*, in *Journal de droit européen*, n. 145, 2008, p.8.

Commissione afferma che la valutazione prenderà in considerazione la possibilità che le probabili conseguenze negative per i consumatori del rifiuto di contrarre superino nel tempo le conseguenze negative dell'imposizione dell'obbligo di contrarre³⁰³.

Se questo approccio dovesse essere seguito, ci potrebbe essere un vero problema di incertezza del diritto, soprattutto nelle ipotesi di rifiuto di contrarre riguardante la riproduzione integrale di un bene protetto da un diritto di proprietà intellettuale in quanto non vi sarebbe più il filtro della condizione relativa alla comparsa di un nuovo prodotto che permette di distinguere le ipotesi di semplice rifiuto dalle ipotesi di rifiuto che fanno parte di una strategia di esclusione dei concorrenti dal mercato³⁰⁴.

Alcuni autori ritengono che la Commissione e la Corte dovrebbero utilizzare un bilanciamento che identifichi un parametro fisso la cui presenza o assenza determini la decisione di far prevalere o meno l'autonomia privata dell'impresa in posizione dominante senza prendere in considerazione le altre circostanze del caso concreto e senza il bisogno di valutare altri fattori. In questo modo il bilanciamento gli interessi dei consumatori e quelli delle imprese verrebbe fatto una sola volta nel momento in cui si rinviene la presenza del parametro fisso che dovrebbe essere identificato dal fatto che

³⁰³ 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 (2009/C 45/02), pt. 86. Alcuni autori ritengono che già con il caso *Microsoft* la condizione relativa alla comparsa di un prodotto nuovo sia ormai diventata una condizione relativa alla possibilità che la condotta dell'impresa in posizione dominante comporti un danno per i consumatori. Gli orientamenti introdurrebbero comunque un aspetto nuovo rispetto alla sentenza *Microsoft* che la Commissione aveva già utilizzato nella decisione all'origine di questo caso riferendosi a un bilanciamento tra le conseguenze negative del rifiuto di contrarre e le conseguenze negative dell'imposizione dell'obbligo di contrarre. Si vedano in merito F. DENOZZA, *Intellectual Property and Refusal to Deal: 'Ad Hoc' versus 'Categorical'*, cit., p. 269.

³⁰⁴ J. GSTALTER, *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle – Les nouveaux monopoles de la société de l'information*, cit., p. 388 il quale sottolinea che il problema dell'incertezza del diritto è reso ancora più grave dal fatto che le giustificazioni che le imprese che si rifiutano di concedere in licenza possono addurre sono sottoposte a condizioni molto restrittive.

l'imposizione di un obbligo a contrarre non determini un disincentivo ad innovare per le imprese concorrenti e non risulti quindi in una situazione in cui i concorrenti possono limitarsi ad approfittare dell'innovazione portata avanti dall'impresa in posizione dominante e sono invece incoraggiati ad innovare³⁰⁵.

Per quanto riguarda il menzionato sviluppo della giurisprudenza e la posizione della Commissione, molti autori ritengono che se l'approccio della Commissione venisse seguito dalla Corte, si arriverebbe a trattare il rifiuto di contrarre di una impresa in posizione dominante titolare di una infrastruttura essenziale, caratterizzato dalla peculiarità del fatto che alla base della pratica abusiva vi è un diritto di proprietà intellettuale la cui tutela dovrebbe essere presa in considerazione con attenzione, alla stregua delle altre pratiche escludenti applicando il criterio del danno per i consumatori senza più limitare l'abuso alle sole circostanze eccezionali di cui il criterio del prodotto nuovo costituiva un indice³⁰⁶.

In una situazione del genere le imprese in posizione dominante si troverebbero nella difficile situazione di dover prevedere le conseguenze del loro rifiuto di contrarre ogniqualvolta decidano di non concedere in licenza i propri diritti di proprietà intellettuale³⁰⁷.

Quanto appena detto non significa che sulla base dell'approccio della Commissione e della Corte di giustizia, che è stato definito «*pro-openness*», le imprese possano facilmente ottenere accesso a un bene o un servizio protetto

³⁰⁵ F. DENOZZA, *Intellectual Property and Refusal to Deal: 'Ad Hoc' versus 'Categorical'*, cit., p. 277 il quale propone un test per la configurazione dell'abuso di posizione dominante che prevede un bilanciamento «categorico» che prende in considerazione il solo fatto che l'obbligo a contrarre non abbia come effetto di disincentivare le imprese concorrenti dell'impresa in posizione dominante ad innovare. Questo tipo di bilanciamento avrebbe come effetto di diminuire la protezione dei titolari di diritti di proprietà intellettuale per favorire la protezione del processo competitivo.

³⁰⁶ G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO, *Standards under EU Competition Law: The Open Issue*, cit., p. 99;

³⁰⁷ G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO, *Standards under EU Competition Law: The Open Issue*, cit., p. 99

da un diritto di proprietà intellettuale³⁰⁸. Le condizioni richieste dalla Corte perché un rifiuto a contrarre avente ad oggetto un diritto di proprietà intellettuale possa costituire un abuso di posizione dominante e le circostanze eccezionali in cui questo rifiuto deve prodursi, fanno in modo che il diritto di accesso ad una infrastruttura essenziale resti eccezionale³⁰⁹.

Il profilo che resta problematico è quello della prevedibilità, da parte dell'impresa in posizione dominante, delle circostanze in cui i suoi comportamenti possano costituire un abuso di posizione dominante e quindi essere sanzionati alla luce del principio, ribadito dalla stessa Commissione nella sua Comunicazione relativa agli orientamenti sulle priorità nell'applicazione dell'art. 102 TFUE³¹⁰, per cui «qualsiasi impresa, dominante o meno, dovrebbe avere il diritto di scegliere i propri partner commerciali e di disporre liberamente dei propri beni». Alcuni autori ritengono, infatti, che resta aperta la questione di sapere quali sono i confini dell'applicazione dell'approccio delle circostanze eccezionali³¹¹.

³⁰⁸ Si veda in particolare G. GHIDINI, *The Bride and the Groom. On the Intersection between Intellectual Property and Antitrust Law*, cit.. Le conclusioni dell'autore in merito alle differenze tra l'approccio dell'Unione europea e quello statunitense sono assolutamente condivisibili. L'approccio europeo avrebbe profonde radici nella teoria del diritto della proprietà in Europa. Fin dal diritto romano, il diritto di proprietà include infatti un dovere del proprietario del fondo di garantire l'accesso al proprietario del fondo intercluso. Il diritto di proprietà quindi fin dalle sue origini è accompagnato da doveri imposti al proprietario che trovano la loro giustificazione nell'interesse generale mentre nel diritto statunitense non esiste un simile modello del diritto di proprietà accompagnato da oneri per il proprietario.

³⁰⁹ G. GHIDINI, *The Bride and the Groom. On the Intersection between Intellectual Property and Antitrust Law*, cit., p. 37. In questo modo si evitano due effetti negativi che possono derivare dalla posizione dominante del titolare di un diritto di proprietà intellettuale essenziale: gli avanzamenti tecnologici non sono disincentivati e allo stesso tempo si impedisce al titolare di assumere un comportamento di «rendita» e di continuare a sviluppare e innovare i propri prodotti e servizi.

³¹⁰ Comunicazione della Commissione (2009/C 45/02). La Commissione, dopo aver ribadito che qualsiasi impresa, dominante o meno, dovrebbe avere il diritto di scegliere i propri partner commerciali e di disporre liberamente dei propri beni, afferma che gli interventi decisi sulla base del diritto della concorrenza richiedano un attento esame laddove l'applicazione dell'art 102 comporti l'imposizione di un obbligo di fornitura a carico dell'impresa dominante.

³¹¹ G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO, *Standards under EU Competition Law: The Open Issue*, cit., p. 93.

Ci si augura che la Corte ove decidesse di accogliere l'approccio della Commissione, richieda alla stessa di dimostrare oltre ogni ragionevole dubbio che, nei casi in cui il criterio del prodotto nuovo non sia soddisfatto, per i consumatori le probabili conseguenze negative di tale rifiuto sul mercato rilevante superano nel lungo periodo le conseguenze negative dell'imposizione di un obbligo di contrarre che provoca una forte compressione dell'autonomia privata delle imprese.

7. Standards, FRAND e la creazione di nuovi obblighi.

Uno dei problemi che solleva l'applicazione della dottrina delle infrastrutture essenziali è quello dei canoni che le imprese concorrenti dovranno corrispondere all'impresa dominante per l'accesso alle infrastrutture essenziali.

Le pratiche abusive elencate nell'art. 102 TFUE, come si è visto, comprendono l'imposizione di condizioni non eque, la limitazione della produzione, degli sbocchi o dello sviluppo tecnico a danno dei consumatori e l'applicazione di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti. Un'impresa che detiene una posizione dominante dovuta al fatto di essere titolare di un diritto di proprietà intellettuale incorporato in uno standard non può applicare condizioni diverse a transazioni equivalenti in modo da provocare una distorsione della concorrenza da cui derivi un danno per i consumatori³¹².

È necessario specificare che dal punto di vista del diritto della concorrenza, il rifiuto di concedere in licenza equivale a concedere in licenza pretendendo canoni che renderebbero l'accesso non redditizio per l'impresa concorrente. Nei casi in cui il rifiuto di concedere in licenza costituisce un

³¹² G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO, *Standards under EU Competition Law: The Open Issue*, cit., p. 106

abuso di posizione dominante, anche quello che viene definito un «rifiuto costruttivo», ovvero un rifiuto mascherato da controproposta, costituisce un abuso di posizione dominante³¹³.

La Corte e la Commissione si sono rifiutate finora, a giusto titolo, di determinare l'importo dei canoni da corrispondere per avere accesso all'infrastruttura essenziale. La determinazione di un canone «giusto» richiede infatti un'analisi dei costi particolarmente complessa che richiede l'intervento di una varietà di esperti³¹⁴.

La giurisprudenza della Corte in generale si limita alla fissazione di un obiettivo e all'indicazione di un percorso per raggiungerlo. Nel caso IMS la Commissione ha richiesto che l'impresa dominante concedesse delle licenze dietro pagamento di canoni «ragionevoli» che dovevano essere determinati dalle imprese interessate congiuntamente e, solo nel caso in cui non fosse possibile, dalla Commissione sulla base di studi fatti da esperti³¹⁵. Nel caso *Microsoft* la Commissione ha imposto la determinazione di canoni per l'accesso alle informazioni sull'interoperabilità «ragionevoli e non discriminatori». L'impresa non si è conformata all'obbligo perché la Commissione ha ritenuto che i canoni determinati dalla Microsoft fossero irragionevoli e la Commissione, che si è rifiutata di indicare che cosa intendesse per canone ragionevole, le ha applicato un'ammenda confermata dal Tribunale di primo grado³¹⁶.

Il problema della determinazione dei canoni si pone in maniera ancora più evidente quando la dottrina delle infrastrutture essenziali viene applicata

³¹³ G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO, *Standards under EU Competition Law: The Open Issue*, cit., p. 108.

³¹⁴ D. GÉRADIN, *Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What can the EU Learn from the US Supreme Court's Judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 23.

³¹⁵ Decisione della Commissione 3 luglio 2001, 38.044, ptt. 214 e ss.

³¹⁶ Sentenza del Tribunale 27 giugno 2012, causa T-167/08, *Microsoft c. Commissione*, ECLI:EU:T:2012:323.

nel contesto della standardizzazione. Uno standard, o norma tecnica, è la definizione dei requisiti tecnici o qualitativi di prodotti, servizi e processi o metodi di produzione attuali o futuri. Gli standard hanno diversa natura e possono essere classificati in base all'obiettivo che perseguono, standard di qualità e standard per la comparabilità, o in relazione alle modalità con cui sono stati adottati, standard *de facto*, promossi dall'iniziativa dei pubblici poteri o da organizzazioni private³¹⁷.

Il caso *IMS*, di cui si è sopra discusso, è stato considerato da diversi autori come un caso di standardizzazione *de facto* in cui l'impresa dominante titolare di un diritto di proprietà intellettuale che costituisce uno standard sulla base del quale è organizzato il mercato può vedersi obbligata a concederlo in licenza³¹⁸.

La standardizzazione, sia essa *de facto* o tramite accordi di standardizzazione, può risultare nella creazione o nell'aumento del potere di mercato per l'impresa che detiene il diritto di proprietà intellettuale incorporato

³¹⁷ I. S. FORRESTER, *The Interplay between Standardization, IPR and Competition Law*, in G. CAGGIANO, G. MUSCOLO, M. TAVASSI (a cura di), *Competition Law and Intellectual Property*, The Netherlands, 2012, pp. 113 e ss.. La classificazione in base all'obiettivo perseguito con l'adozione dello standard fa riferimento alla ragione che è alla base dell'adozione dello standard. Alcuni standard sono adottati per assicurare un livello minimo di qualità, altri per assicurare che prodotti concorrenti siano intercambiabili o che vi sia interoperabilità tra prodotti complementari. Dal punto di vista della modalità con cui vengono adottati gli standard, quando sono i pubblici poteri a promuovere l'adozione di uno standard, essi agiscono di solito tramite l'adozione di legislazione e di norme imperative che gli operatori del mercato devono rispettare. Per quanto riguarda poi gli standard *de facto*, gli stessi derivano di solito dal successo commerciale di un'impresa sul mercato per cui i prodotti di un'impresa eliminano il prodotto dei concorrenti e diventano un riferimento per il mercato. Gli standard promossi da organizzazioni private nascono invece dall'iniziativa degli operatori del mercato e vedono la cooperazione di diversi operatori. Dal punto di vista della concorrenza gli standard più problematici, capaci di determinare l'esclusione dal mercato di concorrenti, sono gli standard necessari alla comparabilità in quanto riguardano le funzionalità di un prodotto e la possibilità che lo stesso sia interoperabile con prodotti complementari. Un prodotto che non rispetta lo standard, anche se tecnicamente migliore, non può competere sul mercato a meno che gli utilizzatori adattino o rimpiazzino i prodotti complementari con cui il prodotto dovrebbe interagire.

³¹⁸ Diversi autori considerano il caso *IMS* come esempio di un caso di standardizzazione *de facto*, si rinvia in merito a I. S. FORRESTER, *The Interplay between Standardization, IPR and Competition Law*, cit., p. 140.

nello standard e può portare all'esclusione dal mercato delle imprese concorrenti³¹⁹.

Il rifiuto di contrarre di un'impresa dominante può costituire un abuso quando l'impresa sia titolare di un brevetto che, incorporato in uno standard, sia essenziale per avere accesso allo standard e dunque per sviluppare un prodotto basato sulla corrispondente tecnologia. Si parla in questo caso di brevetti *SEP* ossia «*Standard Essential Patents*». I brevetti *SEP* possono essere di grande valore per i rispettivi titolari, in particolare se il brevetto in questione copre standard che sono destinati ad essere utilizzati in un gran numero di prodotti, il titolare di un brevetto *SEP* può ragionevolmente aspettarsi un

³¹⁹ I. S. FORRESTER, *The Interplay between Standardization, IPR and Competition Law*, cit., p. 143. La definizione di uno standard con un accordo di standardizzazione comporta spesso l'integrazione di una tecnologia protetta da un diritto di proprietà intellettuale e può far sorgere problemi per quanto riguarda la metodologia di selezione delle tecnologie che vengono incorporate nello standard e l'accesso ai diritti di proprietà intellettuale che coprono dette tecnologie da parte di terzi. Questi problemi possono rilevare sia dell'applicazione dell'art. 101 TFUE sia dell'applicazione dell'art. 102 TFUE. La presente trattazione si concentrerà unicamente sulla casistica rilevante ai sensi dell'art. 102 TFUE per gli stessi motivi per cui ci si è limitati ad analizzare l'interazione tra il diritto della concorrenza e la disciplina della proprietà intellettuale con riguardo ai casi di abuso di posizione dominante. Ci si accontenta di menzionare in questa sede che il dibattito in materia di accordi di standardizzazione è stato molto intenso negli ultimi anni ed ha portato alla revisione delle Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 da parte della Commissione. Con la *Comunicazione della Commissione - Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, (G.U.U.E. C 11/01 del 14 gennaio 2011), la Commissione ha fornito una descrizione degli accordi di standardizzazione che non determinano restrizioni della concorrenza. La partecipazione alla definizione di uno standard e la procedura per la sua adozione non devono essere sottoposte a restrizioni e la procedura di adozione dello standard deve essere trasparente, non sono restrittivi della concorrenza gli accordi di standardizzazione che non rendono obbligatorio il rispetto dello standard e che permettono di accedervi a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie. Tutti i concorrenti sul mercato interessato dallo standard devono poter partecipare al processo teso alla selezione dello stesso e le procedure per attribuire i diritti di voto devono essere oggettive e non discriminatorie. Quando lo standard comporta un diritto di proprietà intellettuale, le organizzazioni di normazione devono avere una politica che impone a tutti i partecipanti che desiderano che il loro diritto di proprietà intellettuale sia incluso nella norma assumere un «impegno *FRAND*». Il titolare di un diritto di proprietà intellettuale essenziale deve impegnarsi irrevocabilmente per iscritto a concederlo in licenza a tutti i terzi a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie (*fair, reasonable and non-discriminatory terms*).

considerevole flusso di entrate. Inoltre, se lo standard in cui è stato integrato il brevetto SEP è molto diffuso vi è una buona possibilità che le tecnologie alternative concorrenti scompaiano dal mercato.

Un caso particolare di applicazione dell'art. 102 TFUE alle imprese dominanti titolari di brevetti *SEP* è la cosiddetta «imboscata brevettuale» o «*patent ambush*» che si configura quando il diritto di proprietà intellettuale viene incorporato in uno standard a seguito del comportamento che ha permesso o incoraggiato l'adozione dello standard, senza rendere pubblico il proprio brevetto *SEP* o lasciando intendere che avrebbe concesso in licenza il detto brevetto se lo standard fosse stato adottato.

Nel caso *Rambus*³²⁰ la Commissione ha inviato una comunicazione degli addebiti, che costituisce una valutazione preliminare del comportamento dell'impresa, alla *Rambus* per aver violato l'art. 102 TFUE nel pretendere canoni irragionevoli per l'utilizzazione di alcuni brevetti dopo una imboscata brevettuale. L'impresa aveva partecipato alla definizione di uno standard relativo alle memorie DRAM, utilizzate per una vasta gamma di prodotti informatici per poi far valere i propri brevetti che coprivano la tecnologia inclusa nello standard e richiedere ai produttori che volevano utilizzare lo standard di acquistare una licenza. L'impresa, secondo la Commissione, aveva adottato una condotta ingannevole in quanto nel corso del procedimento di definizione dello standard, che normalmente richiede a tutti i partecipanti di rivelare i propri brevetti, non aveva rivelato l'esistenza di brevetti e di domande di brevetto per poi sostenere che i propri brevetti fossero pertinenti allo standard adottato. La Commissione ha ritenuto che il comportamento della *Rambus*, che richiedeva canoni irragionevoli che non avrebbe potuto richiedere se i suoi brevetti non fossero stati incorporati nello standard, costituisse un abuso di posizione dominante. Il procedimento si è poi concluso con una

³²⁰ COMP/C-3/38636 – *Rambus*.

decisione con impegni in cui la Commissione ha accettato gli impegni proposti dalla *Rambus* che ha rinunciato a pretendere canoni per alcuni brevetti e ha preteso canoni più contenuti su altri brevetti.

In dottrina si è rilevato che le difficoltà sorte nel caso *Rambus* sarebbero state evitate se il titolare del diritto di proprietà intellettuale incorporato nello standard fosse stato obbligato a impegnarsi a concedere in licenza il brevetto a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, i cosiddetti canoni «*FRAND*»³²¹.

Gli organismi di normazione che elaborano gli standard hanno sviluppato delle regole per evitare questo tipo di comportamenti o altri abusi da parte delle imprese titolari di diritti di proprietà intellettuale incorporati in uno standard, cercando di trovare delle soluzioni a livello contrattuale. Le regole stabiliscono *ex ante* il dovere di rivelare l'esistenza di brevetti o di domande di brevetto dei partecipanti che può essere accompagnato dal dovere di impegnarsi a concedere in licenza il diritto di proprietà intellettuale, di solito un brevetto, essenziale per l'adozione dello standard, a condizioni *FRAND*.

Gli impegni *FRAND* servono ad evitare i cosiddetti «ricatti brevettuali» o «*patent hold-up*» che possono ricorrere quando in uno standard sono incorporati una moltitudine di diritti di proprietà intellettuale che rendono la licenza dello standard troppo costosa e complicata da gestire dal punto di vista dei canoni che devono essere corrisposte a ogni titolare di uno dei diritti incorporati. Ai fini della presente trattazione, lasciando da parte il dibattito sviluppatosi in dottrina sulla determinazione di canoni equi, ragionevoli e non

³²¹ I. S. FORRESTER, *The Interplay between Standardization, IPR and Competition Law*, cit., pp. 146 e ss., secondo cui se nel processo di adozione dello standard vi fosse stato l'obbligo di impegnarsi a concedere in licenza il brevetto incorporato nello standard a condizione *FRAND* si sarebbero risparmiati 15 anni di contenzioso. Il caso *Rambus* dimostra che i processi di elaborazione di uno standard tecnologico e gli incontri tra le imprese concorrenti dovrebbero avvenire secondo regole ben precise e accompagnati dalla previsione di un obbligo di licenza ben definito per il titolare del brevetto che viene scelto per essere incorporato nello standard.

discriminatori, quel che è interessante notare è che i canoni *FRAND* rappresentano così un *trade-off* tra l'incorporazione di una tecnologia protetta da un diritto di proprietà intellettuale in uno standard e il compenso economico dell'innovazione³²².

La Commissione negli ultimi anni ha applicato la dottrina delle *essential facility* in diversi casi aventi oggetto un diritto di proprietà intellettuale incorporato in un brevetto *SEP*.

Nel caso *Samsung*³²³, la Commissione ha ritenuto che il comportamento di un'impresa, titolare di una serie di brevetti *SEP* che erano stati incorporati in uno standard, consistente nel proporre azioni inibitorie provvisorie e permanenti contro un'impresa concorrente per l'utilizzazione dello standard in vari Stati membri, sollevasse dubbi riguardo la sua compatibilità con l'art. 102 TFUE anche in considerazione del fatto che l'impresa concorrente aveva espresso la volontà di negoziare una licenza a condizioni *FRAND*. Secondo la Commissione, le circostanze eccezionali del caso di specie, necessarie perché l'esercizio di un diritto legato alla titolarità di un diritto di proprietà intellettuale costituisca un abuso di posizione dominante, erano il fatto che il brevetto della *Samsung* fosse parte di uno standard e il fatto che l'impresa si fosse impegnata a concedere in licenza i suoi brevetti *SEP* a condizioni *FRAND*³²⁴. La questione si è risolta con la proposizione da parte della *Samsung* dell'impegno di non intentare azioni inibitorie per la violazione dei suoi brevetti *SEP* contro un licenziatario che accetti e si conformi a un particolare sistema di concessione di licenze («Licensing Framework») per stabilire le condizioni *FRAND*.

³²² I. S. FORRESTER, *The Interplay between Standardization, IPR and Competition Law*, cit., p. 151. Metti art su determinazione royalties

³²³ Decisione della Commissione 29 aprile 2014, Caso AT.39939, *Samsung*, (2014/C 350/08).

³²⁴ *Ibidem*, pt 13.

Questa decisione dimostra le difficoltà, evidenziate nel capitolo precedente, che le decisioni con impegni sollevano dal punto di vista della certezza del diritto. La Commissione ha utilizzato come indice rilevante per le preoccupazioni sollevate sulla possibilità che il comportamento del titolare del brevetto *SEP* fosse contrario all'art. 102 TFUE, il fatto che il possibile licenziatario si fosse mostrato disponibile a negoziare una licenza. La limitazione del diritto del titolare del brevetto *SEP* a esperire un'azione inibitoria dipenderebbe quindi da un elemento di natura vaga e non vincolante vista la mancanza di qualsiasi riferimento alle circostanze e all'avanzamento delle trattative e ai motivi per cui le stesse erano state interrotte.

Nel caso *Motorola*³²⁵, la Commissione ha accertato un'infrazione dell'art. 102 TFUE rilevando che, in presenza delle stesse circostanze eccezionali del caso *Samsung*, la richiesta e l'esecuzione di un'ingiunzione da parte di un titolare di brevetti, pur essendo un rimedio legittimo, costituiscono un abuso di posizione dominante nel contesto in cui la richiesta e l'esecuzione di un'ingiunzione sono fatte sulla base di brevetti *SEP* che il titolare si è impegnato volontariamente a dare in licenza a condizioni *FRAND* nel corso del processo di definizione dello standard. Il titolare di brevetti *SEP*, nel momento in cui si impegna volontariamente a concedere licenze a condizioni *FRAND* riconosce che, tenuto conto della finalità del processo di normalizzazione, i suoi brevetti essenziali saranno concessi in licenza in cambio di un compenso a condizioni *FRAND*, a differenza dei brevetti che non si riferiscono ad uno standard, per i quali il titolare non ha assunto lo stesso impegno³²⁶.

Secondo la Commissione, un titolare di brevetto *SEP* che si è impegnato a concedere licenze a condizioni *FRAND* ha il diritto di adottare provvedimenti ragionevoli per tutelare i propri interessi chiedendo e facendo eseguire

³²⁵ Decisione della Commissione 29 aprile 2014, Caso AT.39986, *Motorola*, C(2014) 2892 final.

³²⁶ Sintesi della decisione della Commissione (2014/C 344/06), pt. 18.

un'ingiunzione contro un potenziale licenziatario nei casi in cui l'adozione dei provvedimenti possa essere giustificata dalla situazione in cui si trova il potenziale licenziatario riguardo le sue condizioni finanziarie, le giurisdizioni in cui sono situati i suoi attivi oppure il rifiuto del potenziale licenziatario di concludere un accordo di licenza a condizioni *FRAND*³²⁷. La Commissione sottolinea che quando il potenziale licenziatario propone la conclusione di un accordo di licenza a condizioni *FRAND*, il titolare del brevetto *SEP* non può legittimamente rifiutarsi di concludere l'accordo in quanto il contesto della normalizzazione presuppone la disponibilità del potenziale licenziatario di a concludere un accordo a tali condizioni per i brevetti in questione. Il rifiuto della *Motorola* di accettare la proposta dell'impresa concorrente di stipulare un accordo a condizioni *FRAND* costituisce quindi un abuso di posizione dominante. La Commissione, pur accertando la violazione dell'art.102 TFUE, non ha inflitto ammende alla *Motorola* in considerazione del fatto che la Corte di giustizia non si era ancora mai pronunciata sulla legittimità ai sensi dell'art. 102 TFUE di ingiunzioni relative a brevetti *SEP* e del fatto che le soluzioni raggiunte dai tribunali nazionali sono divergenti.

La Corte si è pronunciata sulla questione nell'atteso caso *Huawei*³²⁸ affermando che il titolare di un brevetto *SEP* che si è impegnato a concedere in licenza a condizioni *FRAND* abusa della sua posizione dominante se esperisce un'azione inibitoria o un'azione diretta al richiamo del prodotto nei confronti di un contraffattore senza avvertirlo e se lo stesso conferma la sua volontà di stipulare un contratto di licenza a condizioni *FRAND*.

La sentenza è interessante da diversi punti di vista, sia perché elabora delle nuove condizioni da applicare nei casi in cui l'impresa dominante sia titolare di un brevetto *SEP* e si sia impegnata a concederlo in licenza a

³²⁷ Ibidem, pt 23.

³²⁸ Sentenza della Corte di giustizia 16 luglio 2015, causa C-170/13, *Huawei Technologies*, ECLI:EU:C:2015:477.

condizioni *FRAND*, sia perché la soluzione elaborata dalla corte presuppone un bilanciamento tra diritto di proprietà intellettuale tutelato dall'art. 17, par. 2, della Carta e la libertà economica tutelata dall'art. 16 della Carta.

La Corte, come sottolinea l'avvocato generale, è chiamata per la prima volta ad esaminare se e a quali condizioni il fatto che il titolare di un brevetto *SEP* promuova un'azione per contraffazione nei confronti di un'impresa che realizza prodotto che danno esecuzione allo standard costituisca un abuso di posizione dominante³²⁹.

L'unico precedente a cui la Corte ha potuto fare riferimento il caso *Samsung* sopra descritto in cui la Commissione ha ritenuto che l'esercizio di un'azione inibitoria fosse illecito alla luce dell'articolo 102 TFUE poiché il contraffattore aveva comunicato al titolare del brevetto *SEP* che era disposto a negoziare siffatta licenza. La Commissione nella sua decisione non aveva riservato alcun ruolo alle circostanze della negoziazione della licenza o alle ragioni per cui l'accordo non fosse stato concluso. Come ha notato l'avvocato generale, la semplice disponibilità del contraffattore a negoziare, avente natura vaga e non vincolante, non può in nessun caso essere sufficiente a limitare il diritto del titolare del brevetto *SEP* a esperire un'azione inibitoria³³⁰. Se si accogliesse una soluzione del genere si arriverebbe a una situazione in cui qualsiasi azione esperita dal titolare del brevetto *SEP* diverrebbe abusiva per il solo fatto che il potenziale licenziatario di dichiara disponibile a negoziare una licenza. Una regola di questo tipo sarebbe estremamente favorevole per il potenziale licenziatario che si troverebbe a poter utilizzare il brevetto *SEP* senza dover temere un'azione inibitoria per il solo fatto di essersi dichiarato disponibile a negoziare, senza essere vincolato a farlo. La giurisprudenza tedesca, che sarebbe stata applicabile dal giudice di rinvio, aveva elaborato una

³²⁹ Conclusioni dell'avvocato generale M. Wathelet 20 novembre 2014, causa C-170/13, *Huawei Technologies*, ECLI:EU:C:2014:2391, pt. 2.

³³⁰ *Ibidem*, pt 50.

soluzione molto diversa, favorevole per il titolare del brevetto, per cui il titolare di un brevetto che esercita un'azione inibitoria, allorché il convenuto può chiedere che gli sia concessa una licenza per tale brevetto, commette un abuso di posizione dominante solo nel caso in cui si rifiuta di concedere in licenza a fronte di una proposta incondizionata del convenuto di concludere un contratto di licenza e se, quando sfrutta il brevetto prima dell'accettazione della proposta da parte dell'attore, il convenuto ha osservato gli obblighi che saranno ad esso incombenti in base al futuro contratto di licenza³³¹.

La Corte si è trovata a dover individuare una soluzione intermedia tra queste due tendenze effettuando un bilanciamento tra la protezione della proprietà intellettuale del titolare del brevetto *SEP* e la libertà d'impresa dell'impresa che utilizza lo standard.

La Corte, evidentemente preoccupata dalle possibili conseguenze della sentenza, mette prima di tutto bene in evidenza gli elementi che differenziano la fattispecie oggetto del caso in questione dalle fattispecie che sono state oggetto della giurisprudenza precedente, analizzata nel presente capitolo, lasciando intendere le ragioni per cui non ha applicato le regole elaborate in materia di obbligo di concedere in licenza. Gli elementi che caratterizzano il caso in questione sono due: il fatto che il brevetto de quo sia un brevetto *SEP* il che rende il suo sfruttamento indispensabile per i concorrenti che intendano fabbricare prodotti conformi allo standard e il fatto che il titolare del brevetto *SEP* si fosse impegnato irrevocabilmente a concedere licenze a condizioni *FRAND*³³².

Secondo la Corte, il rifiuto di concedere in licenza un brevetto *SEP* a condizioni *FRAND* può configurare un abuso di posizione dominante per il fatto che il titolare del brevetto può escludere l'immissione o il mantenimento

³³¹ Ibidem pt. 31

³³² causa C-170/13, *Huawei Technologies*, ptt. 49 a 51.

nel mercato di prodotti fabbricati dai concorrenti sulla base dello standard attraverso l'esercizio di azioni inibitorie o azioni dirette al richiamo del prodotto. L'abusività del rifiuto è determinata dal fatto che l'impegno di concedere in licenza a condizioni *FRAND* crea nei terzi legittime aspettative di avere la licenza. L'impresa che richiede la licenza a condizioni *FRAND* può eccepire l'abusività del rifiuto a fronte di azioni inibitorie o per il richiamo di prodotti³³³.

La Corte, preoccupandosi del rispetto del diritto di proprietà intellettuale garantito dall'art. 17, paragrafo 2, della Carta e del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, garantito dall'articolo 47 della Carta, cerca di delimitare i casi in cui il rifiuto di concedere in licenza a condizioni *FRAND* può costituire un abuso di posizione dominante e lo fa elencando una serie di comportamenti che il titolare del diritto deve tenere per non incorrere nell'abuso di posizione dominante³³⁴. A giustificare il rispetto di requisiti specifici all'atto della proposizione di azioni inibitorie o per il richiamo di prodotti avverso presunti contraffattori è l'impegno irrevocabile a concedere licenze a condizioni *FRAND*. Il titolare di un brevetto *SEP*, anche quando il brevetto *SEP* sia stato già sfruttato da un presunto contraffattore, per non incorrere in una violazione dell'art. 102 TFUE deve avvertire il presunto contraffattore della contraffazione ad esso addebitata, indicando il brevetto *SEP* e specificando il modo in cui esso è stato contraffatto. Solo dopo che il presunto contraffattore abbia confermato la sua volontà di stipulare un contratto di licenza a condizioni *FRAND*, il titolare deve trasmettere al presunto contraffattore una proposta di licenza concreta e scritta a condizioni *FRAND*, nel rispetto dell'impegno assunto nei confronti dell'organismo di normalizzazione, specificando, in particolare, il corrispettivo e le sue modalità

³³³ Ibidem ptt. 52 e 53.

³³⁴ Ibidem, ptt. 56 a 58.

di calcolo³³⁵. È ragionevole attendere dal titolare del brevetto *SEP* l'elaborazione di una proposta di licenza *FRAND* in quanto lo stesso si è impegnato a rilasciare licenze a condizioni *FRAND* ed è nella posizione di assicurarsi che la proposta rispetti il requisito di non discriminazione³³⁶. Il presunto contraffattore da parte sua deve dare seguito alla proposta con diligenza, conformemente agli usi commerciali riconosciuti in materia e alla buona fede e può eccepire il carattere abusivo di un'azione inibitoria o per richiamo di prodotti soltanto qualora sottoponga al titolare del brevetto *SEP* interessato, entro un breve termine e per iscritto, una controproposta concreta rispondente alle condizioni *FRAND*³³⁷. Il contraffattore deve inoltre costituire una garanzia appropriata, conformemente agli usi commerciali riconosciuti in materia, nel caso in cui utilizzi il brevetto *SEP* prima della stipulazione del contratto di licenza.

Se le parti non riescono a prevenire a un accordo sulle condizioni della licenza, possono chiedere ad un terzo indipendente di determinare l'importo dei canoni in termini brevi³³⁸.

La Corte per trovare un equilibrio tra le posizioni delle due imprese ricorre al principio di buona fede e, allo stesso tempo fornisce un elenco di obbligazioni che le stesse devono rispettare.

La Corte, pur esaminando delle limitazioni del diritto di proprietà intellettuale e della libertà contrattuale non si preoccupa di verificare che le condizioni previste dall'art. 52 della Carta siano riunite, non esamina ad esempio quale sia legge che imporrebbe limitazioni alla libertà contrattuale in materia di concessione in licenza di brevetti *SEP*, ma procede direttamente al bilanciamento tra i diversi diritti fondamentali in gioco.

³³⁵ Causa C-170/13, *Huawei Technologies*, ptt. 60 a 63.

³³⁶ Pt. 64

³³⁷ Pt. 65

³³⁸ Pt. 68

La sentenza prevede quindi un elenco di nuove obbligazioni per l'impresa dominante titolare del brevetto *SEP* per non incorrere nella violazione dell'art. 102 TFUE. A queste obbligazioni fanno da contrappeso le obbligazioni poste a carico del contraffattore che sta già utilizzando il brevetto per non subire un'azione inibitoria o per richiamo di prodotti.

La sentenza *Huawei* fa un po' di chiarezza per quanto riguarda l'applicazione dell'obbligo di contrarre nei casi in cui l'impresa dominante detenga un brevetto *SEP* ma molte questioni restano da chiarire, una di queste riguarda la determinazione dei canoni *FRAND*.

Conclusioni

Dall'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia è possibile ricostruire le limitazioni all'autonomia privata che sono ammesse dal diritto dell'Unione.

L'ambito in cui le suddette limitazioni sollevano maggiori problemi è quello dell'applicazione della disciplina in materia di concorrenza, soprattutto per quanto riguarda la fattispecie dell'abuso di posizione dominante prevista dall'art. 102 TFUE. Il dato normativo è molto generico e la nozione di abuso è stata sviluppata sulla base della pratica applicativa della Commissione e della giurisprudenza della Corte di giustizia che identificano i comportamenti suscettibili a configurare un abuso.

Una delle forme più problematiche di applicazione dell'art. 102 TFUE dal punto di vista dell'autonomia privata dell'impresa in posizione dominante è quella che rinvia un comportamento abusivo nel cosiddetto «rifiuto di contrarre». L'impresa che si rifiuta di contrarre quando è titolare di un bene o di un servizio indispensabili perché altre imprese concorrenti svolgano la loro attività abusa della sua posizione dominante e può essere obbligata a dare accesso al bene o al servizio alle imprese concorrenti.

La giurisprudenza sul rifiuto di contrarre si applica anche alle imprese che sono titolari di diritti di proprietà intellettuale. La Corte ha stabilito una serie di condizioni che limitano i casi in cui il rifiuto di concedere in licenza un diritto di proprietà intellettuale può configurare un abuso di posizione dominante, queste condizioni costituiscono le cosiddette «circostanze eccezionali». Secondo la dottrina delle *essential facility* sviluppata dalla Corte nel caso *IMS* il rifiuto di un'impresa titolare di un diritto di proprietà intellettuale di dare accesso ad un prodotto o ad un servizio indispensabile per esercitare una data attività può costituire un comportamento abusivo quando

sono integrate tre condizioni cumulative: il rifiuto costituisce ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori ed è ingiustificato e idoneo a escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato.

La condizione relativa alla comparsa di un nuovo prodotto era stata utilizzata dalla Corte come elemento su cui basare la ponderazione tra l'interesse relativo alla tutela dell'autonomia privata e l'interesse relativo alla tutela della libera concorrenza. Per considerare abusivo un ingiustificato rifiuto di licenza per un diritto di proprietà intellettuale non era sufficiente che il bene immateriale oggetto del diritto di proprietà intellettuale fosse indispensabile per esercitare un'attività su un determinato mercato ma perché l'interesse alla tutela della libera concorrenza potesse prevalere sull'interesse alla tutela del diritto di proprietà intellettuale e della libera iniziativa economica il rifiuto di contrarre doveva lo sviluppo di un nuovo prodotto a danno dei consumatori.

La Corte, con la sentenza *Microsoft*, ha interpretato estensivamente la condizione relativa alla comparsa di un nuovo prodotto stabilendo che detta condizione comprende anche le limitazioni dello sviluppo tecnico di un prodotto. L'ampliamento della portata della nozione di prodotto nuovo e gli orientamenti della commissione che sembrano voler ampliare ulteriormente l'applicabilità della dottrina delle *essential facility* ai casi di rifiuto di concedere in licenza un diritto di proprietà intellettuale, fanno riflettere sul problema della prevedibilità da parte dell'impresa delle conseguenze che possono avere i suoi comportamenti. Il rifiuto di concedere in licenza può essere semplicemente parte di una strategia commerciale dell'impresa che non intende abusare della propria posizione dominante.

L'applicazione della dottrina delle *essential facility* in materia di standardizzazione riguardo l'obbligo di concedere in licenza brevetti *SEP* fornisce ulteriori elementi di riflessione. Basti notare che nelle sue decisioni

con impegni, anteriori alla sentenza *Huawei*, la Commissione ha utilizzato come indice rilevante per le preoccupazioni sollevate sulla possibilità che il comportamento del titolare del brevetto *SEP* fosse contrario all'art. 102 TFUE, il semplice fatto che il possibile licenziatario si fosse mostrato disponibile a negoziare una licenza, un elemento di natura vaga e non vincolante vista la mancanza di qualsiasi riferimento alle circostanze e all'avanzamento delle trattative che non è stato ritenuto sufficiente dalla Corte per poter caratterizzare il comportamento dell'impresa dominante come abusivo.

La sentenza della Corte si iscrive in un panorama caratterizzato dalla pluralità di soluzioni giuridiche, spesso divergenti, che avevano dato le giurisdizioni nazionali e da un notevole grado di incertezza sulla legittimità di alcuni comportamenti sia del titolare di un brevetto essenziale all'applicazione di uno standard che di imprese che, applicando lo standard senza licenza, violano il diritto di proprietà del titolare del brevetto. Incertezza aumentata a causa della pratica della Commissione di adottare decisioni con impegni accettando gli impegni proposti dalle imprese, invece di decisioni che accertano una violazione delle norme di concorrenza, impedendo lo sviluppo di regole chiare.

Alla luce delle ultime decisioni della Commissione nei casi *Samsung* e *Motorola* e della risposta della Corte alla questione pregiudiziale nel caso *Huawei* non si può non affermare che è necessario provvedere a delineare in maniera più chiara i limiti del potere discrezionale della Commissione nel segno di un bilanciamento tra l'autonomia contrattuale, il diritto di proprietà e le esigenze di promozione dell'innovazione e della concorrenza.

Bibliografia

AA. VV., *The European Union and its Court of justice*, Oxford, 1999.

AA. VV., *Diritto privato europeo: fonti ed effetti materiali del seminario dell'8-9 novembre 2002*, raccolti da ALPA G. e DANOVI R., Milano, 2004.

AA. VV., *Droit civil. Les obligations*, Parigi, 2014.

ABBAMONTE G., *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, in *Studi sulla Costituzione*, II, Milano, 1958.

ADAM R., TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014.

ADOBATI E., *La caparra trattenuta in caso di disdetta della prenotazione alberghiera da parte del cliente non è soggetta ad imposta*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007.

ALBOS-LIORENS A., *The "Essential Facilities" Doctrine in EC Competition Law*, in *The Cambridge Law Journal*, 1999.

ALESSI R., *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme opzionale*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2013.

ALPA G., PATTI S. (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, Commentario agli artt. 1469bis-1468 sexies del codice civile*, vol. II, Milano, 1997.

ALPA G., *Problemi e prospettive del «diritto privato europeo»*, in AA. VV., *Diritto privato europeo: fonti ed effetti materiali del seminario dell'8-9 novembre 2002*, raccolti da ALPA G. e DANOVÌ R., Milano, 2004.

ALPA G., *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in TIZZANO A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea (II ed.)*, in *Trattato di diritto privato* diretto da BESSONE M., Volume XXVI, tomo I, Torino, 2006.

ALPA G., *Party Autonomy and Freedom of Contract Today*, in *European Business Law Review*, 2010.

ALPA G., CONTE G., PERFETTI U., VON WESTPHALEN F., *The proposed Common European Sales Law : the Lawyers' View*, Monaco, 2012.

AMMASSARI F., *Gli accordi di trasferimento di tecnologia*, in CATRICALÀ A., TROIANO P. (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010.

G. ANAGNOSTARAS, *Balancing conflicting fundamental rights: the Sky Osterreich paradigm*, in *European Law Review*, 2014.

ANDERMAN D. S., *Microsoft e il problema dell'interoperabilità*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007.

ANDERMAN S. D., *EC Competition Law and Intellectual Property Rights – The Regulation of Innovation*, Oxford, 1998.

ANDERMAN S. D., *Microsoft v. Commission and the interoperability issue*, in *European Intellectual Property Review*, v. 30, 10, 2008.

AREEDA P.E., *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, in *Antitrust Law Journal*, 1990.

ARNULL V. A., *General principles of law and fundamental right*, in AA. VV., *The European Union and its Court of justice*, Oxford, 1999.

BASEDOW J., *European private law*, Londra, 1999.

BASEDOW J., *Freedom of Contract in the European Union*, in *European review of Private Law*, 16, 2008.

BASTIANON S., *Il caso "IMS": abuso di posizione dominante o legittimo esercizio del diritto d'autore?*, in *Il Foro italiano*, IV, 2004.

BELLIS J.-F., *Article 102 TFEU: The case for a remedial enforcement model along the lines of Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, in *Concurrences*, 3, 2013.

BENEDETTI G., *Negoziio giuridico e iniziativa economica privata, Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale. Studi*, Napoli, 1991.

BENTIL J. K., *Control of the Abuse of Monopoly Power in EEC Business Law - A Commentary on the Commercial Solvents Case*, in *Common Market Law Review* 1975.

BERGMAN M. A., *The Bronner Case - A Turning Point for the Essential Facilities Doctrine?*, in *European Competition Law Review*, 2000.

BERNARD E., *Droits d'auteurs et protection des droits fondamentaux*, in *Europe*, 2008.

BERNITZ U., NERGELIUS J., CARDNER C. (a cura di), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, The Netherlands, 2008.

BERNITZ U., GROUSSOT X., SCHULYOK F. (a cura di), *General Principles of EU Law and European Private Law*, The Netherlands, 2013.

BONET G., *Remise en cause d'une certaine primauté nationale? Affaire «Magill»*, in *Droit des affaires*, 1996.

BROWNSWORD R., MICKLITZ H. W., NIGLIA L., WEATHERILL S. (a cura di), *The Foundations of European Private Law*, Oxford, 2011.

BRUZZONE G., BOCCACCIO M., *Standards under EU Competition Law: The Open Issue*, in CAGGIANO G., MUSCOLO G., TAVASSI M. (a cura di), *Competition Law and Intellectual Property: A European Perspective*, The Netherlands, 2012.

BUSCH C., *Fundamental Rights and Private Law in the EU Member States*, in BUSCH C., SCHULTE-NÖLKE H. (a cura di), *Fundamental Rights and Private Law – A practical Tool fir Judges*, Monaco, 2011.

BUSCH C., SCHULTE-NÖLKE H. (a cura di), *Fundamental Rights and Private Law – A practical Tool fir Judges*, Monaco, 2011.

CAGGIANO G., MUSCOLO G., TAVASSI M. (a cura di), *Competition Law and Intellectual Property: A European Perspective*, The Netherlands, 2012.

CAPELLI F., *Le sentenze "De Haecht" e "Continental Can" e l'interpretazione evolutiva del diritto comunitario*, in *Scritti di diritto comunitario*, II, 1979.

CARPI F., GIOVANNUCCI C. (a cura di), *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level*, Milano, 1991.

CARTABIA M., *Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously*, in *European Constitutional Law review*. 5, 2009.

CASTRONOVO C., *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Europa e diritto privato*, 2005.

CASTRONOVO C. – MAZZAMUTO S. (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, I-III, Milano, 2007.

CASTRONOVO C., *L'eclissi del diritto civile*, ristampa emendata, Milano 2015.

CATRICALÀ A., TROIANO P., *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010.

CAZZELLA C., *Proporzionalità e diritti della difesa nei procedimenti per abuso di posizione dominante: la sentenza Alrosa*, in *Giustizia civile*, I, 2008

CHEREDNYCHENKO O. O., *Fundamental Rights and Contract Law*, in *European review of Contract Law*, 2006.

CHEREDNYCHENKO O. O., *Freedom of contract in the Post-Crisis Era: Quo Vadis?*, in *European Review of Civil Law*, 2014.

CICALA C., *Esercizio del diritto ed abuso di posizione dominante*, in *La funzione amministrativa*, 1989.

COESTER-WALTJEN D., *Constitutional Aspects of Party Autonomy and Its Limits- The Perspective of Law*, in GRUNDMANN S., KERBER W., WEATHERILL S. (a cura di), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, , Berlino, 2001.

COLOMBI CIACCHI A., *Non-Legislative Harmonisation: Protection from Unfair Suretyships*, in VOGENAUER S., WEATHERILL S. (a cura di), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oregon – Oxford – Portland, 2006.

COLOMBI CIACCHI A., *Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union*, in *European review of Civil Law*, 3, 2010.

COMPARATO G., MICKLITZ H. W., *Regulated Autonomy between Market Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJEU*, in GROUSSOT X.– SCHULYOK F. (a cura di), *General Principles of EU Law and European Private Law*, The Netherlands, 2013.

CONSTANTINESCO L. J., *La constitution économique de la C.E.E.*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1977.

COOK C.J., *Commitment Decisions: the Law and Practice Under Article 9*, in *World Competition*, 2006.

COPPEL J., O'NEILL A., *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously*, in *Common Market Law Review*, 1992.

COPPINI L., *Uniformazione del diritto contrattuale europeo : il difficile approdo a un diritto comune della vendita*, Trento, 2016.

DAHAN M., *L'incidence des articles 85 et suivants du Traité de Rome sur le régime de la propriété industrielle des pays du Marché commun*, in *Moniteur du commerce international*, 1968

DALEAU J., *Droit d'auteur et protection des données à caractère personnel*, in *Recueil Le Dalloz*, 2008.

D'ANGELO C., *Corte europea di giustizia, 24 novembre 2011, C-70/10*, in *Europa e diritto privato*, 2012.

DANIELE L., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in POKAR F., (Scritti), 1, 2009.

DASHWOOD A., *New Light on Article 86 in the Banana Case*, in *European Law Review*, 1978.

DERCLAYE E., *The IMS Health Decision: A Triple Victory*, in *World Competition*, 3, 2004.

DERCLAYE E., *The IMS Health decision and the reconciliation of copyright and competition law*, in *European Law Review*, 2004.

DE MARTINI A., *Inserzione automatica dei prezzi di calmiera nei contratti*, in *Giurisprudenza completa della Corte suprema di cassazione – sezioni civili*, 1948.

DE LUCIA L., MINERVINI V., *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Concorrenza e mercato*, 2011.

DE LUCIA L., *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust tra sussidiarietà e paradigma neoliberale*, in FALCON G., MARCHETTI B. (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa, Problemi e prospettive, Atti del Convegno di Trento, 7-8 giugno 2012*, Padova, 2013.

DENOZZA F., *Intellectual Property and Refusal to Deal: 'Ad Hoc' versus 'Categorical'*, in CAGGIANO G., MUSCOLO G., TAVASSI M. (a cura di), *Competition Law and Intellectual Property: A European Perspective*, The Netherlands, 2012.

DE PAGE H., *Traité de droit civil belge*, t.II, Bruxelles, 1964.

DEVOLVÉ P., *Droit public de l'économie*, Parigi, 1998.

DHAEYER B., *L'application de l'article 86 du traité de Rome au refus d'approvisionnement*, in *Journal des tribunaux*, 1974.

DI MATTEO L. A., *Common European Sales Law; A critique of its rationales, functions, and unanswered questions*, in *Journal of International Trade Law and Policy*, 11(3), 2012.

DOUGAN M., *The Impact of the General Principles of Union Law upon Private Relationships*, in LECZYKIEWICZ D., WEATHERILL S. (a cura di), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford, 2013.

DREXL J., *IMS Health and Trinko - Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases*, in *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2004

DREXL J., *Abuse of Dominance in Licensing and Refusal to License: A more economic approach to Competition by Imitation and Competition by Substitution*, in EHLERMAN C.D., ATANASIU I. (a cura di), *European Competition Law Annual 2005, The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Oxford –Portland, 2007.

EHLERMAN C.D., ATANASIU I. (a cura di), *European Competition Law Annual 2005, The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Oxford –Portland, 2007.

EHLERMAN C.-D., MARQUIS M. (a cura di), *Antitrust settlements under EC Competition Law, European Competition Law annual 2008*, Oxford 2010.

EIDENMULLER H., *Party autonomy, Distributive Justice and the Conclusion of Contracts in the Draft Common Frame of Reference*, in *European Review of Contract Law*, 2/2009.

EKLOF D., PEHRSON L., *General Principles in Private Law*, in BERNITZ U., NERGELIUS J., CARDNER C. (a cura di), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, The Netherlands, 2008.

FABRINI F., *Fundamental Rights in Europe. Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford, 2014.

FALCON G., MARCHETTI B. (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa, Problemi e prospettive, Atti del Convegno di Trento, 7-8 giugno 2012*, Padova, 2013.

FAULL J., NIKPAY A., TAYLOR D. (a cura di), *Faull & Nikpay: The EU Law of Competition*, 3rd Edition, Oxford, 2014.

FERRARO F., *Lo spazio giuridico europeo tra sovranità e diritti fondamentali. Democrazia e rule of law nell'Unione al tempo della crisi*, Napoli, 2014.

FLAESCH-MOUGIN C., *Typologie des principes de l'Union européenne*, in *Liber Amicorum J. Raux*, Rennes, 2006.

FOCSANEANU L., *L'abus de position dominante après l'arrêt "Continental Can"* (21 février 1973), in *Revue du Marché Commun*, 1973.

FORTUNATO C., *Diritti di privativa e norme comunitarie sulla concorrenza*, in *Il diritto negli scambi internazionali*, 1968.

FORRESTER I., *Creating New Rules? Or Closing Easy Cases? Policy Consequences for Public Enforcement of Settlements under Article 9 of Regulation 1/2003*, in EHREMAN C.-D., MARQUIS M. (a cura di), *Antitrust settlements under EC Competition Law, European Competition Law annual 2008*, Oxford 2010.

FORRESTER I. S., *The Interplay between Standardization, IPR and Competition Law*, in CAGGIANO G., MUSCOLO G., TAVASSI M. (a cura di), *Competition Law and Intellectual Property*, The Netherlands, 2012.

FURSE M., *The essential facilities doctrine in EU Law*, in *European Competition Law Review*, 8, 1995.

GADBIN D., *Chronique de jurisprudence 2010 de la Cour de justice de l'Union européenne (2e partie), La gestion du régime des droits à paiement unique (RPU). Liberté des parties de déterminer le montant et les modalités de paiement de la contrepartie financière au transfert des droits au paiement*, in *Revue de droit rural*, 2011.

GÉRADIN D., *Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What can the EU Learn from the US Supreme Court's Judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom*, in *Common Market Law Review*, 2005.

GÉRADIN D., LAYNE-FARRAR A., PETIT N., *EU Competition Law and Economics*, Bruxelles, 2012

GERBER D. J., *The Transformation of European Community Competition Law*, in *Harvard International Law Journal*, 1994.

GHIDINI G.; SCHWEITZER H., *Controlling the Unilateral Exercise of Intellectual Property Rights: A Multitude of Approaches but No Way Ahead?*, *EUI Working Paper law*, 2007/31.

GHIDINI G., *The Bride and the Groom. On the Intersection between Intellectual Property and Antitrust Law*, in CAGGIANO G., MUSCOLO G., TAVASSI M. (a cura di), *Competition Law and Intellectual Property: A European Perspective*, The Netherlands, 2012.

GIPPINI- FOURNIER E., "Essential facilities" y aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia *Bronner*, in *Gaceta Jurídica de la U.E. y de la Competencia*, 2000.

GIUSTI G., *Disciplina comunitaria e protezione della proprietà industriale nel mercato delle parti componenti la carrozzeria di autovetture*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1989

GORI P., *Limitazioni dell'uso dei brevetti secondo il diritto comunitario della concorrenza*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1968.

GROUSSOT X., LIDGARD H.H., *Are There General Principles of Community Law Affecting Private Law?*, in BERNITZ U., NERGELIUS J., CARDNER C. (a cura di), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, The Netherlands, 2008.

GROUSSOT X.– SCHULYOK F. (a cura di), *General Principles of EU Law and European Private Law*, The Netherlands, 2013.

GRUNDMAN S., KERBER W., WEATHERILL S. (a cura di), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlino, 2001.

GRUNDMANN S. –STUYCK J. (a cura di), *An academic green paper on European contract law*, The Hague, 2002.

GSTALTER J., *L'arrêt Microsoft et la mise en oeuvre de l'article 82 CE. Quels enseignements pour l'analyse fondée sur les effets?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007.

GSTALTER J., *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle – Les nouveaux monopoles de la société de l'information*, Bruxelles, 2012.

GUERRI E., *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE n. 1/2003*, Torino, 2005.

HAPPOLD M., *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Brussels, 2014.

GUGLIEMMETTI G., *La decisione della Corte comunitaria nel caso Parke Davis*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1968

HARTKAMP A., HESSELINK M., HONDIUS E., JOUSRA C., DU PERRON E., VELDMAN M. (a cura di), *Towards a European Civil Code*, The Hague, 2004.

HARTKAMP A., *The General Principles of EU Law and Private Law*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2011.

HARVEY C., SCHILLIG M., *Consequences of an Ineffective Agreement to Use the Common European Sales Law*, in *European Review of Contract Law*, 9(2), 2013.

HESSELINK M. W., *If You Don't Like our Principles We Have Others. On Core Values and Underlying Principles in European Private Law: A Critical Discussion on the New Principles Section in the Draft Common Frame of Reference*, in BROWNSWORD R., MICKLITZ H. W., NIGLIA L., WEATHERILL S. (a cura di), *The Foundations of European Private Law*, Oxford, 2011.

HESSELINK M. W., *The case for a common European sales law in an age of rising nationalism*, in *European Review of Contract Law*, 8(3), 2012.

HESSELINK M. W., *The General Principles of Civil Law: Their Nature, Roles and Legitimacy*, in LECZYKIEWICZ D. –WEATHERILL S. (a cura di), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford – Portland, 2013.

HESSELINK M. W., *Private Law Principles, Pluralism and Perfectionism*, in BERNITZ U., GROUSSOT X., SCHULYOK F. (a cura di), *General Principles of EU Law and European Private Law*, The Netherlands, 2013.

HINS W., *The freedom to conduct a business and the right to receive information for free: Sky Österreich*, in *Common Market Law Review*, 2014

HOFMANN H. C. H., MIHAESCU B. C., *The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case*, in *European Constitutional Law Review*, 2013.

HONDIUS E., *Towards an optional Common European sales Law*, in *European review of Private Law*, 6. 2011.

IDOT L., *Abus de position dominante: du nouveau sur la conciliation entre concurrence et droit de propriété intellectuelle Le refus d'accorder une licence d'utilisation peut être constitutive d'un abus de position dominante*, in *Europe*, 2004.

IDOT L., *Transfert des conventions collectives au cessionnaire*, in *Europe*, 2006.

IDOT L., *L'arrêt Microsoft: simple adaptation ou nouvelle interprétation de l'article 82 CE?*, in *Europe*, 2007.

IDOT L., *Internet, piratage et obligations de filtrer les communications électroniques*, in *Europe*, 1, 2012.

IORATTI FERRARI E., *Codice civile europeo, il dibattito, i modelli, le tendenze*, Padova, 2006.

JAQUÉ J.-P., *Les droit fondamentaux dans le Traité de Lisbonne*, in *European Yearbook on Human Rights*, 2010.

JOERGES C., *Sur la légitimité d'eupéaniser le droit privé, pladoyer pour une approche procédurale*, EUI Working Paper LAW No. 2004/4.

JOHANSSON M., WAHL N., BERNITZ U. (a cura di), *Liber Amicorum in Honour of Sven Norberg – A Europea for All Seasons*, Bruxelles, 2006.

JOHN L. E. AND TURNER QC J. (a cura di), *Bellamy & Child: European Union Law of Competition: Second Cumulative Supplement to the Seventh Edition*, Oxford, 2015.

KORAH V., *Abuse of a Dominant Position under Article 86 of the Treaty of Rome*, in *The Journal of Business Law*, 1974.

KORAH V., *No Duty to License Independent Repairers to Make Spare Parts: The Renault, Volvo and Bayer & Hennecke Cases*, in *European Intellectual Property Review*, 1988

KUNER C., *Data Protection and Rights Protection on the Internet: The Promusicae Judgment of the European Court of Justice*, in *European Intellectual Property Review*, 2008.

LANDO O., BEALE H., *Principles of European Contract Law*, Dordrecht, 1995.

LANDO O., BEALE H., *Principles of European Contract Law*, Dordrecht, 1995.

LECZYKIEWICZ D. –WEATHERILL S. (a cura di), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford – Portland, 2013.

LECZYKIEWICZ D., *Horizontal effect of Fundamental Rights*, in BERNITZ U., GROUSSOT X., SCHULYOK F. (a cura di), *General Principles of EU Law and European Private Law*, The Netherlands, 2013.

- LEHMANN M., *Common European Sales Law Meets Reality*, Halle, 2013.
- LENAERTS K., *Fundamental Rights To Be included in a Community Catalogue*, in *European Law Review*, 1991.
- LENAERTS K., *Respect for Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union*, in *Columbia Journal of European Law*, 2000.
- LENAERTS K., *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 8, 2012
- LENAERTS C., (a cura di), *Codice dell'Unione Europea Operativo – TUE e TFUE commentati articolo per articolo*, Napoli, 2012.
- LENER R., *Dalla formazione alla forma dei contratti sui valori mobiliari (prime note sul neoformalismo negoziale)*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1990.
- LEVEQUE F., SHELANSKI H. A. (a cura di), *Antitrust, Patents and Copyright: EU and US Perspectives*, Northampton, 2006.
- LEVI A., *Rifiuto di fornire, licenza obbligatoria, dottrina dell'"essential facility" e "monopoly leveraging" nel diritto antitrust*, in *Rivista di diritto industriale*, II, 1996.
- LIBERTINI M., *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, Riv. dir. comm., 2002, I, 441; Id., *Concorrenza*, Enc. dir. Annali, III, Milano, 2010.
- LIPARI N. (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 2004.
- MAK C., *Fundamental Rights in European Contract Law*, Austin, 2008.
- MANARA C., *Fournisseur d'accès : mise en place d'un système de filtrage*, in *Recueil Le Dalloz*, 2011.
- MANCINI G.F., *Safeguarding Human Rights: the Role of the Court of Justice of the European Communities*, in CARPI F., GIOVANNUCCI C. (a cura di), *Judicial*

Protection of Human Rights at the National and International Level, Milano, 1991.

MATHISEN K., *The Impact of the Lisbon Treaty, in particular Article 6 TEU, on Member States' Obligations with respect to the Protection of Fundamental Rights*, in *University of Luxembourg Law Working Paper Series*, 2010.

MASTROIANNI R., *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: Nuovi equilibri?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2, Torino, 2011.

MASTROIILLI A., *Abuso di diritto d'autore e disciplina antitrust*, in *Il Foro italiano*, 1995.

MAZEAUD D., *Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français*, in *European Review of Civil Law*, 1/2010.

MAZZAMUTO S., *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Persona e mercato*, 1, 2001.

MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2013.

MELI V., *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003.

MELIS F., *La Corte di giustizia Ue pone limitazioni alla tutela del copyright sulla rete*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012.

MENGONI L., *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, fasc.1, 1997.

MICKLITZ H. W., *On Intellectual History of Freedom of Contract and Regulation*, *EUI Working Paper*, 2015/09, Fiesole, 2015.

MICKLITZ H.-W., *The Visible Hand of European Regulatory Civil Law*, in *Yearbook of European Law*, 2009.

MILLER C. G., *Magill: Time to Abandon the "Specific Subject-matter" Concept*, in *European Intellectual Property Review*, 1994.

MONTELLA U., *L'uso del brevetto in relazione alle regole comunitarie di concorrenza*, *TEMI*, in *Rivista di giurisprudenza italiana*, 1968.

MORI P., *La "qualità" della legislazione e la clausola generale di limitazione dell'art. 52 par.1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2, 2014.

MORVAN P., *Transfert d'entreprise et convention collective*, in *La semaine juridique - Social*, 2006,

MULLER-GRAFF P. C., *Basic Freedoms – Extending Party Autonomy across Borders*, in GRUNDMAN S., KERBER W., WEATHERILL S. (a cura di), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlino, 2001.

NATOLI R., *Diritti di proprietà intellettuale e rifiuto di licenza: osservazioni a margine del caso IMS Health*, in *Europa e diritto privato*, 2005

NIGLIA L., *Pluralism and European Private Law*, Oxford, 2013.

OLIVER P., *What Purpose Does Article 16 of the Charter Serve?*, in BERNITZ U., GROUSSOT X., SCHULYOK F. (a cura di), *General Principles of EU Law and European Private Law*, The Netherlands, 2013.

ORLANDI M., *Art. 4 del Trattato CE*, in *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, a cura di A. TIZZANO, Milano 2004.

C. OSTI, *Il caso IMS: rifiuto di contrarre e diritti di proprietà intellettuale*, in *Europa e diritto privato*, 2005.

PAPPALARDO A., *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, 2007.

PARDOLESI R., *Art. 86 Trattato CEE: il prezzo del "decollo"*, in *Il Foro italiano*, IV, 1978.

PARDOLESI R., *Licenza obbligatoria ed essential facilities nell'antitrust comunitario*, in *Rivista di diritto industriale*, II, 2004.

R. PARDOLESI, *Microsoft, i giudici europei e l'antitrust di una volta*, in *Il Foro italiano*, 2008.

PARISI N., *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel Sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2009.

PEARSON H., *Software Interfaces, Intellectual Property and Competition Policy*, in *European Intellectual Property Review*, 1994.

PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A. (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2014.

PENNETTA P., *La posizione dominante "qualitativa" - profili interpretativi dell'art. 86 del Trattato CEE nel caso "Chiquita"*, in *Rivista di diritto europeo*, 1978.

PETIT N., *L'arrêt Microsoft. Abus de position dominante, refus de licence et vente liée...- l'art. 82 sans code source*, in *Journal de droit européen*, n. 145, 2008.

PICOD F., *Les pièces de carrosserie à l'épreuve du droit communautaire*, in *La Semaine juridique - édition entreprise*, II, 1989

PICOD F., *Principes généraux de droit*, in *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Parigi, 1993.

PICOD F., *Droit de l'Union européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentale*, in *JurisClasseur, Libertés*, fasc. 120, 2014

PILLITTERI R., *La Corte di giustizia circoscrive rigorosamente i confini di applicazione della c.d. "essential facilities doctrine" nella repressione dell'abuso di posizione dominante*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1999.

PISELLI P., *Posizione dominante e suo sfruttamento abusivo nella sentenza Hoffmann La Roche*, in *Rivista di diritto industriale*, II, 1980.

PLAIA A., *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del trattato europeo e diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2015.

PRIETO C., *Droit spécial du contrat. Engagements dans l'affaire des diamants remis en cause par le TPICE, au nom de la liberté contractuelle et du principe de proportionnalité*, in *Revue des contrats*, 2007

PRIETO C., *Le TPICE rejette le recours formé par Microsoft condamné pour deux abus de position dominante: le refus de fournir des informations en vue d'une interopérabilité des logiciels pour serveurs de groupes de travail avec son logiciel d'exploitation Windows; la vente liée de son lecteur multimédia avec le logiciel Windows*, in *Concurrences*, 4, 2007.

PRIETO C., *La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain*, in *Recueil Le Dalloz*, 2007.

PRIETO C., *Droit spécial du contrat. Refus de contracter et ventes liées: les deux abus de position dominante reprochés à Microsoft*, in *Revue des contrats*, 2008.

PRIETO C., BOSCO D., *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, 2013.

RAFFAELLI E. A., *Il concetto di posizione dominante ex art. 86 CEE*, in *Rivista di diritto industriale*, II, 1978.

REICH N., *Consumer/Citizen Access to Information - A New Fundamental Right under the EU Charter*, in *Landmark cases of EU consumer law: in honour of Jules Stuyck*, Cambridge, 2013.

REICH N., *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge – Anversa – Portland, 2014.

REUTER P., *Le recours de la Cour de Justice à des principes généraux du droit*, in *Mél. H.Rolin*, Parigi, 1964.

RIDEAU J., *Ordre Juridique de l'Union européenne - Sources non écrites*, in *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 191, 2014.

RIZZUTO F., *Injunctions against Intermediate Online Service Providers*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 2012.

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004.

ROBERTI G. M., ORLANDI M., *Le procedure applicative delle regole di concorrenza*, in TIZZANO A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea, Trattato di diritto privato* diretto da BESSONE M., Volume XXVI, tomo I, Torino, 2006.

ROBERTS F., *Making commitments Diamonds (supply agreements) Are (not suspended) Forever: a look at the recent Alrosa judgment by the CFI*, in *Competition Law Insight*, 6, 2007.

ROBERTSON A., *The Existence and Exercise of Copyright: Can it Bear the Abuse?*, in *The Law Quarterly Review*, 1995.

ROMANO A., *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, Milano, 1960.

ROSE V., BAILEY D. (a cura di), *Bellamy and Child: European Union Law of Competition*, 7th Edition, Oxford, 2013.

ROUX O., *Le refus communautaire d'un réseau internet régulé par un filtrage général : les affaires Scarlet et Netlog*, in *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 4, 2012.

RUBINO D., *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948.

RUTGERS J. W., *The European Economic Constitution, Freedom of Contract and the DCFR*, in *European Review of Contract Law*, II, 2009, p. 99

SARTI D., *Privacy e proprietà intellettuale: la Corte di giustizia in mezzo al guado*, in *AIDA*, 2008.

SCHIANO DI PEPE G., *Recenti orientamenti comunitari in tema di abuso di posizione dominante*, in *Rivista del diritto commerciale*, II, 1974.

SCHMID C.H., *Legitimacy Conditions for a European Civil Code*, EUI Working Paper, 2001/14.

SCHULZE R., *Common European sales law (CESL): commentary*, Monaco, 2012.

SHAW J., *The Specific Subject Matter of Design Rights*, in *European Law Review*, 1989

SIRAGUSA M., *Diritto e politica della concorrenza nella CEE: prezzi discriminatori e non equi (articolo 86)*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1980.

SIRAGUSA M., RIZZA C. (a cura di), *EU Competition Law*, Leuven, 2007.

SMITS J. M., *The Europeanisation of national Legal Systems: Some Consequences for Legal Thinking in Civil Law Countries*, in VAN HOECKE M. (a cura di), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, 2004.

SMORTO G., *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2., 2007.

SCHWEITZER H., *Controlling the Unilateral Exercise of Intellectual Property Rights: A Multitude of Approaches but No Way Ahead?*, EUI Working Paper law, 2007/31.

SCHWEITZER H., *Commitment Decisions under Art. 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law*, in EHREMAN C.-D., MARQUIS M. (a cura di), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, *European Competition Law annual 2008*, Oxford 2010.

SKINNER T., *Magill: Consumer Interests Prevail*, in *European Business Law Review*, 1995.

SNYDER F. (a cura di), *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Oxford, 2000.

STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.

STOTHERS C., *IMS Health and its Implications for Compulsory Licensing in Europe*, in *European Intellectual Property Review*, 2004.

STRATAKIS A., *Comparative Analysis of the US and EU Approach and Enforcement of the Essential Facilities Doctrine*, in *European Competition Law review*, 8, 2006.

TARICCO R., *Volontà e accordo nella contrattazione telematica*, in *Nuova giurisprudenza civile e commerciale*, 2003.

TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., *Droit civil, II edizione*, Parigi, 2013.

TEMPLE LANG J., *Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors, and access to essential facilities*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 18, 1994.

TEMPLE LANG J., *Commitment Decisions under Regulation 1/2003: Legal Aspects of a New Kind of Competition Decision*, in *European Competition Law Review*, 2003.

TEMPLE LANG J., *Commitment Decisions under Regulation 1/2003: Legal Aspects of a New Kind of Competition Decision*, in *European Competition Law Review*, 2003.

TIZZANO A., Presentazione alla prima edizione, in TIZZANO A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Trattato di diritto privato diretto da BESSONE M., Volume XXVI, tomo I, Torino, 2006.

TIZZANO A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, Volume XXVI, tomo I, Torino, 2006.

TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014.

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1960.

TREACY P., *Essential Facilities - Is the Tide Turning?*, in *European Competition Law Review*, 1998.

TRIANTAFYLLOU D., *The European Charter of Fundamental Rights and the "Rule of Law": restricting fundamental rights by reference*, in *Common Market Law Review*, 1, 2002.

TRIDIMAS T., *The general Principles of EU Law*, Oxford, 2006.

TRITTON G., *Tritton on Intellectual Property in Europe*, a cura di DAVIS R., LONGSTAFF B., ROUGHTON A., ST QUINTIN T., TRITTON G., 4th edition, Londra, 2014.

TROIANELLO A., *La CJUE s'oppose au filtrage généralisé de l'internet*, in *Droit de l'immatériel: informatique, médias, communication*, 2012.

TROTTA A., *Il traffico telefonico fra la tutela del diritto d'autore e quella della privacy*, in *Il diritto industriale*, 2009.

WAELEBROECK D., *The Microsoft Judgment, Article 82 Revisited?*, in *GCP Magazine*, 2, 2008.

VALCKE C., *Convergence and Divergence between the English, French, and German conceptions of contract*, in *European Review of Private Law*, vol. 16, No. 1 (2008).

VAN DER WAL G., *Article 86 EC: The Limits of Compulsory Licensing*, in *European Competition Law Review*, 1994.

VAN HOECKE M. (a cura di), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, 2004.

VASQUES L., *Infrastruttura essenziale e diritto di accesso*, in *Il Foro italiano*, IV, 1999.

VETTORI G., *Carta europea e diritti dei privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2002.

VINJE T. C., *The Final Word on Magill*, in *European Intellectual Property Review*, 1995.

VINJE T. C., *Harmonising Intellectual Property Laws in the European Union: Past, Present and Future*, in *European Intellectual Property Review*, 1995.

VITI V., *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013.

VOGENAUER S., WEATHERILL S, (a cura di), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oregon – Oxford – Portland, 2006.

VON BAR C., *Paving the way forward with principles of European private law*, in GRUNDMANN S., STUYCK J. (a cura di) , *An academic green paper on European contract law*, The Hague, 2002.

VON BAR C. - CLIVE E. (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Monaco, 2009.

WAGNER - VON PAPP F., *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa: The dangers of abandoning the “struggle for competition law”*, in *Common Market Law Review*, 2012.

WÉRY P., *Droit des obligations*, vol I, Bruxelles, 2011.

WEATHERILL S., *The ‘Principles of Civil Law’ as a Basis for Interpreting the Legislative Acquis*, in *European Review of Contract Law*, 6, 2010.

WHISH R., *Commitment Decisions under Article 9 of the EC Modernisation Regulation: Some Unanswered Questions*, in JOHANSSON M., WAHL N., BERNITZ U. (a cura di), *Liber Amicorum in Honour of Sven Norberg – A Europea for All Seasons*, Bruxelles, 2006.

WHISH R., BAILEY D., *Competition Law*, 8th Edition, Oxford, 2015.

WHITTAKER S., *The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract*, in *European Review of Civil Law*, 3, 2011.

WIELSH. D., *The function of Fundamental Rights in EU Private Law – Perspectives for the Common European Sales Law*, in *European Review of Civil Law*, 2014.

WILLY A., *Incidence du droit communautaire sur l'exercice de droits de brevets*, in *Cahiers de droit européen*, 1968.

WILS W., *Settlements of EU antitrust investigations: commitment decisions under Article 9 of Regulation 1/2003*, in *World Competition*, 2. 2006.

WOOLRIDGE F., *The Essential Facilities Doctrine and Magill II: The Decision of the ECJ in Oscar Bronner*, in *Intellectual Property Quarterly*, 1999.

L. ZAGATO, *Magill, lo scioglimento di un arcano*, in *AIDA - Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, IV, 1995.

ZIMMERMAN R., *Codification: The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, in *European Review of Contract Law*, 8(4), 2012.

ZORZI N., *Diritti di privativa su pezzi di ricambio e disciplina della concorrenza CEE: ultimi sviluppi*, in *Contratto e impresa*, 1989.

ZWEIGERT K. - KOTZ H., *Introduction to Comparative Law*, Oxford, 1992.

Giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e del Tribunale

Sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea

29 febbraio 1968, causa 24/67, *Parke, Davis & Co. c. Probel e a.*,
ECLI:EU:C:1968:11.

17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*,
ECLI:EU:C:1970:114.

18 febbraio 1971, causa 40/70, *Sirena c. Eda*, ECLI:EU:C:1971:18

14 dicembre 1972, causa 7/72, *Boehringer Mannheim c. Commissione*,
ECLI:EU:C:1972:125.

6 marzo 1974, cause riunite 6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Commissione*, ECLI:EU:C:1974:18.

27 marzo 1974, causa 127/73, *BRT c. Sabam*, ECLI:EU:C:1974:25.

14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold KG c. Commissione*, ECLI:EU:C:1974:51.

31 ottobre 1974, causa 15/74, *Centrafarm BV e a. c. Sterling Drug*,
ECLI:EU:C:1974:114.

18 aprile 1975, causa 6/72, *DEPE - Europemballage Corporation e Continental Can Company c. Commissione*, ECLI:EU:C:1975:50.

28 ottobre 1975, causa 36/75, *Rutili v Ministre de l'intérieur*,
ECLI:EU:C:1975:137.

27 ottobre 1976, causa 130/75, *Prais v Council*, ECLI:EU:C:1976:142.

31 marzo 1977, causa 88/76, *Exportation des Sucres c. Commissione*, ECLI:EU:C:1977:61.

14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands c. Commissione*, ECLI:EU:C:1978:22.

23 maggio 1978, causa 102/77, *Hoffman-La Roche c. Centrafarm*, ECLI:EU:C:1978:108.

15 giugno 1978, causa 149/77, *Defrenne v Sabena*, ECLI:EU:C:1978:130.

16 gennaio 1979, causa 151/78, *Sukkerfabriken Nykøbing*, ECLI:EU:C:1979:4.

13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, ECLI:EU:C:1979:36.

27 settembre 1979, causa 230/78, *Eridania*, ECLI:EU:C:1979:216.

13 dicembre 1979, causa 44/79, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, ECLI:EU:C:1979:290.

26 giugno 1980, causa 136/79, *National Panasonic v Commission*, ECLI:EU:C:1980:169.

28 ottobre 1980, cause riunite 209/78, 215/78 e 218/78, *van Landewyk c. Commissione.*, ECLI:EU:C:1980:248.

18 maggio 1982, causa 155/79, *AM & S c. Commission*, ECLI:EU:C:1982:157.

9 novembre 1983, causa C-322/81, *Michelin c. Commissione*, ECLI:EU:C:1983:313.

10 luglio 1984, causa 63/83, *Kirk*, ECLI:EU:C:1984:255.

3 ottobre 1985, causa 311/84, *CBEM c. CLT e IPB*, ECLI:EU:C:1985:394.

15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, ECLI:EU:C:1986:206.

23 settembre 1986, causa 5/85, *AKZO Chemie c. Commissione*, ECLI:EU:C:1986:328.

8 ottobre 1986, causa 234/85, *Keller*, ECLI:EU:C:1986:377.

25 novembre 1986, cause riunite 201/85 e 202/85, *Klensch c. Secrétaire d'État*, ECLI:EU:C:1986:439.

28 aprile 1988, causa C-200/96, *Metronome Musik c. Music Point Hokamp*, ECLI:EU:C:1998:17.

5 ottobre 1988, causa 238/87, *Volvo c. Veng*, ECLI:EU:C:1988:477.

5 ottobre 1988, causa 53/87, *CICRA e a. c. Renault*, ECLI:EU:C:1988:472.

11 luglio 1989, causa C-265/87, *Schräder c. Hauptzollamt Gronau*, ECLI:EU:C:1989:303.

13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, ECLI:EU:C:1989:321.

21 settembre 1989, cause riunite 46/87 e 227/88, *Hoechst c. Commissione*, ECLI:EU:C:1989:337.

13 dicembre 1989, causa C-100/88, *Oyowe and Traore c. Commission*, ECLI:EU:C:1989:638

13 novembre 1990, causa C-370/88, *Marshall*, ECLI:EU:C:1990:392.

21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen e Zuckerfabrik Soest c. Hauptzollamt Itzehoe e Hauptzollamt Paderborn*, ECLI:EU:C:1991:65.

28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Delimitis c. Henninger Bräu*, ECLI:EU:C:1991:91.

18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT c. DEP*, ECLI:EU:C:1991:254.

10 luglio 1991, cause riunite C-90/90 e C-91-90, *Neu e a. c. Secrétaire d'État à l'Agriculture e à la Viticulture*, ECLI:EU:C:1991:303, pt. 13.

4 ottobre 1991, causa C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland c. Grogan and Others*, ECLI:EU:C:1991:378.

10 gennaio 1992, causa C-177/90, *Kühn c. Landwirtschaftskammer Weser-Ems*, ECLI:EU:C:1992:2, pt. 17

8 aprile 1992, causa C-62/90, *Commission v Germany*, ECLI:EU:C:1992:169.

10 luglio 1991, cause riunite C-90/90 e C-91-90, *Neu e a. c. Secrétaire d'État à l'Agriculture e à la Viticulture*, ECLI:EU:C:1991:303.

10 gennaio 1992, causa C-177/90, *Kühn c. Landwirtschaftskammer Weser-Ems*, ECLI:EU:C:1992:2.

20 ottobre 1994, causa C-76/93, *Scaramuzza v Commission*, ECLI:EU:C:1994:371.

6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *RTE e ITP c. Commissione*, ECLI:EU:C:1995:98.

15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association and Others v Bosman and Others*, ECLI:EU:C:1995:463

30 luglio 1996, causa C-84/95, *Bosphorus / Minister for Transport, Energy and Communications e a.*, ECLI:EU:C:1996:312.

29 gennaio 1998, causa T-113/96, *Edouard Dubois e Fils c. Consiglio e Commissione*, ECLI:EU:T:1998:11.

28 aprile 1998, causa C-200/96, *Metronome Musik c. Music Point Hokamp*, ECLI:EU:C:1998:172.

28 maggio 1998, causa C-7/97, *Bronner*, ECLI:EU:C:1998:264.

5 ottobre 1999, causa C-240/97, *Spagna c. Commissione*, ECLI:EU:C:1999:479.

27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, ECLI:EU:C:2000:346.

20 marzo 2001, causa T-30/99, *Bocchi Food Trade International c. Commissione*, ECLI:EU:T:2001:96.

20 novembre 2001, causa C-414/99, *Zino Davidoff e Levi Strauss*, ECLI:EU:C:2001:617.

11 settembre 2002, causa T-13/99, *Pfizer Animal Health c. Consiglio*, ECLI:EU:T:2002:209.

29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health.*, ECLI:EU:C:2004:257.

15 luglio 2004, causa C-37/02, *Di Lenardo e Dilexport*, ECLI:EU:C:2004:443.

9 settembre 2004, cause riunite C-184/02 e C-223/02, *Spagna e Finlandia / Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2004:497.

14 dicembre 2004, causa C-210/03, *Swedish Match*, ECLI:EU:C:2004:802.

3 febbraio 2005, causa T-19/01, *Chiquita Brands e a. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2005:31.

30 giugno 2005, causa C-295/03, *Alessandrini e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2005:413.

12 luglio 2005, causa C-154/04, *Alliance for Natural Health e a.*, ECLI:EU:C:2005:449.

9 marzo 2006, causa C-499/04, *Werhof*, ECLI:EU:C:2006:168.

26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro*, ECLI:EU:C:2006:675.

22 maggio 2007, causa T-216/05, *Mebrom c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:148.

18 luglio 2007, causa C-277/05, *Société thermale d'Eugénie-Les-Bains*, ECLI:EU:C:2007:440.

29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Promusicae*, ECLI:EU:C:2008:54.

10 aprile 2008, causa C-412/06, *Hamilton*, ECLI:EU:C:2008:215.

16 settembre 2008, cause riunite C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia*, ECLI:EU:C:2008:504.

4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands e a.*, ECLI:EU:C:2009:343.

3 settembre 2009, causa C-489/07, *Messner*, ECLI:EU:C:2008:215.

6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, C-515/06 P, e C- 519/06 P, *GlaxoSmithKline Services e a. c. Commissione e a.*, ECLI:EU:C:2009:610.

6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, ECLI:EU:C:2009:615.

15 aprile 2010, causa C-215/08, *E. Friz*, ECLI:EU:C:2010:186.

20 maggio 2010, causa C-434/08, *Harms*, ECLI:EU:C:2010:285.

29 giugno 2010, causa C-441/07 P, *Commissione c. Alrosa*, ECLI:EU:C:2010:377.

14 ottobre 2010, causa C-61/09, *Landkreis Bad Dürkheim*, ECLI:EU:C:2010:606.

9 novembre 2010, causa C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*, ECLI:EU:C:2010:659.

24 novembre 2011, causa C-70/10, *Scarlet Extended*, ECLI:EU:C:2011:771.

26 aprile 2012, causa C-510/10, *DR e TV2 Danmark*, ECLI:EU:C:2012:244.

23 gennaio 2013, causa C-283/11, *Sky Österreich*, ECLI:EU:C:2013:28.

4 giugno 2013, causa C-300/11, *ZZ*, ECLI:EU:C:2013:363.

17 ottobre 2013, causa C-291/12, *Schwarz*, ECLI:EU:C:2013:670.

16 luglio 2015, causa C-170/13, *Huawei Technologies*, ECLI:EU:C:2015:477.

19 aprile 2016, causa C-441/14, *DI*, ECLI:EU:C:2016:278.

Conclusioni degli avvocati generali

28 marzo 1974, causa 4/73, *Nold KG c. Commissione*, ECLI:EU:C:1974:27

2 ottobre 2003, causa C-418/01, *IMS Health*, ECLI:EU:C:2003:537.

14 luglio 2004, causa C-109/03, *KPN Telecom*, ECLI:EU:C:2004:437.

13 marzo 2008, causa C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, ECLI:EU:C:2008:167.

10 giugno 2008, causa C-227/07, *Commissione c. Polonia*, ECLI:EU:C:2008:333.

14 maggio 2009, causa C-192/08, *TeliaSonera Finland*, ECLI:EU:C:2009:309.

2 settembre 2010, causa C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2010:483.

26 ottobre 2010, C-463/09, *CLECE*, ECLI:EU:C:2010:636.

15 maggio 2012, causa C-457/10 P, *AstraZeneca c. Commissione*, ECLI:EU:C:2012:293.

19 febbraio 2013, causa C-426/11, *Alemo-Herron e a.*, ECLI:EU:C:2013:82

30 gennaio 2014, causa C-457/12, *UPC DTH*, ECLI:EU:C:2014:44.

Sentenze del Tribunale di primo grado

10 luglio 1991, causa T-69/89, *RTE c. Commissione*, ECLI:EU:T:1991:39.

1 aprile 1993, causa T-65/89, *BPB Industries e British Gypsum c. Commissione*, ECLI:EU:T:1993:31.

6 ottobre 1994, causa T-83/91, *Tetra Pack c. Commissione*, ECLI:EU:T:1994:246.

17 luglio 1998, causa T-111/96, *ITT Promedia c. Commissione*, ECLI:EU:T:1998:183.

7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar c. Commissione*, ECLI:EU:T:1999:246.

26 ottobre 2000, causa T-41/96, *Bayer c. Commissione*, ECLI:EU:T:2000:242.

30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin c. Commissione*, ECLI:EU:T:2003:250.

11 luglio 2007, causa T-170/06, *Alrosa c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:220.

17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:289.

27 giugno 2012, causa T-167/08, *Microsoft c. Commissione*, ECLI:EU:T:2012:323.