



Massimiliano Granieri e Roberto Pardolesi

**Di Regolazione, Antitrust e Diritti di
Proprietà Intellettuale**

LE Lab Working Paper
No. IP-03-2004

DI REGOLAZIONE, ANTITRUST E DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE

Roberto Pardolesi* – Massimiliano Granieri**

1. Società dell'informazione e nuove sfide per l'antitrust.

Se ne parla da molto, soprattutto di là dall'Atlantico, e la ragione viene inevitabilmente identificata nella inusuale dilatazione dei confini della proprietà intellettuale: strumentale all'appropriazione di forme di conoscenza sensibilmente diverse da quelle di riferimento al momento di adozione delle attuali normative sulla protezione delle opere dell'ingegno e delle creazioni intellettuali. Ma quello dell'interfaccia tra proprietà intellettuale e antitrust è un problema serio, che promette, anche nel vecchio Continente, di impegnare giudici, dottrina e legislatori più di quanto non abbia fatto sin qui.

Per indagare tutti gli aspetti del complesso e travagliato rapporto all'interno di una società nella quale i referenti della ricchezza non sono più, evidentemente, i beni fisici, l'Antitrust Division del Dipartimento di Giustizia statunitense e la Federal Trade Commission hanno dato vita, già dal 2002, a una serie di incontri di studio, dove tutte le componenti di un dibattito *unprecedented* – autorità amministrative, mondo accademico, rappresentanti dell'industria ed esperti di diritto ed economia – hanno contribuito a fare luce sui vari aspetti del problema¹. L'iniziativa si inserisce, peraltro, su un terreno in parte già dissodato dal dibattito successivo all'adozione, da parte delle stesse autorità, delle *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* nel 1996, che hanno rappresentato un punto di arrivo e di equilibrio (quanto stabile è questione che si affronterà nel prosieguo di questo contributo) tra le logiche sottese al diritto della proprietà intellettuale e al diritto antitrust.

In Europa, il campanello d'allarme, per così dire, è suonato con la vicenda *IMS Health*, di cui si dirà tra un momento, e sulla quale già si è registrata una messe di commenti². Esistono, tuttavia, significative ipotesi di emersione della intrinseca conflittualità tra il sistema delle privative e quello dell'*enforcement* antimonopolistico, non soltanto all'interno delle forme 'forti' di tutela della proprietà intellettuale, quali possono essere i brevetti, nelle quali è in ballo l'innovazione tecnologica. La giurisprudenza comunitaria, infatti, ha per tempo riflettuto sulle conseguenze per il mercato derivanti dal potere connesso con i marchi di prodotti³. Di là da questi casi, altri se ne evidenzieranno, nelle pagine che seguono, per tracciare una mappa dei problemi e delle loro cause. Non senza avvertire che la versione europea dell'interfaccia tra proprietà intellettuale e concorrenza – ora in fase di ridefinizione (nel segno dell'anelito di convergenza) alla luce del progetto di regolamento relativo all'applicazione dell'art. 81, comma 3, tratt. CE, a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia e, molto più, delle relative Linee Diretrici – non può non risentire, anche in prospettiva, delle

* LUISS Guido Carli, Istituto di Studi Giuridici, Roma.

** Università degli Studi di Foggia, Facoltà di Giurisprudenza, e Fondazione Torino Wireless.

¹ Si attende l'uscita di un rapporto finale che le due autorità stanno preparando.

² Tra i primi, cfr. L. NASCIMBENE, *Diritto d'autore e abuso di posizione dominante: i rapporti (difficili) tra proprietà intellettuale e disciplina antitrust*, in *Foro it.*, 2002, IV, 338 (ove si legge anche la decisione della Corte).

³ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Possible abuses of trade mark rights within the EU in the context of Community exhaustion*, Bruxelles, 21 May 2003, SEC (2003) 575.

differenze istituzionali che caratterizzano gli Stati Uniti rispetto nel confronto con un ordinamento, quello comunitario, ancora identificabile come uno, nessuno, centomila.

Data la necessaria rinuncia a ripercorrere, in questa sede, tutti i contributi confluiti in un dibattito annoso, che affonda le radici in alcuni scritti statunitensi degli anni '70 e '80⁴, converrà iniziare piuttosto dalla fine, facendo l'inventario di quelle che sembrano, al momento, acquisizioni relativamente stabili, per accertare se di punti fermi effettivamente di tratta o non, piuttosto, di forme di compromesso che ripropongono il problema sotto mutate (ma non più tranquillizzanti) sembianze.

Il primo dato che occorre registrare è l'asserita convergenza finalistica tra proprietà intellettuale e concorrenza, suggellata dalle *Guidelines* statunitensi, ribadita, più spesso che no, da giudici e dottrina⁵, avallata ora dal su ricordato progetto di Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81 ai trasferimenti di tecnologia. Le divergenze e i contrasti, dunque, sarebbero soltanto apparenti; l'altrettanto apparente insanabilità del conflitto si vuole si stemperi, in vero, nella constatazione che è l'innovazione (e, dunque, l'efficienza dinamica) il denominatore comune delle due logiche. Ammesso pure che quest'ultima possa essere iscritta, *optimo jure*, nel cospicuo novero delle finalità antitrust, diviene fin troppo evidente la speciosità del ragionamento, come pure il suo carattere, oltre che contingente, legato a matrice non autoctona. Non sfuggirà, infatti, che in territorio europeo l'antitrust comunitario serve molte altre finalità, non sempre e non del tutto genuinamente compatibili con il significato economico del sistema antimonopolistico. Attribuire a quest'ultimo il ruolo, parallelo o principale, di promuovere l'innovazione varrebbe a trasformare l'antitrust in una sorta di strumento *bon à tout faire* e, in ragione della genericità, pressoché inutile o addirittura dannoso. Dunque, il problema esiste, mentre non esistono espedienti logici, per quanto sofisticati, capaci di sanare la contraddizione. La quale, tuttavia, non di apparenze si alimenta, bensì del mutamento di equilibri causato, all'interno della società dell'informazione, dall'incontinenza del sistema dei diritti di proprietà intellettuale, sul quale vale la pena concentrare l'attenzione.

2. Problemi istituzionali e ibridazione della logica intrinseca al sistema dei diritti di proprietà intellettuale.

Inutile negare che proprietà intellettuale e antitrust sono agli antipodi, proprio perché la logica sottesa alla prima è ciò che la seconda è deputata a combattere. Con un dato siffatto occorre convivere. Il sistema dei presidi proprietari sull'innovazione è l'unico strumento disponibile per assicurare il progresso della scienza e della tecnica. Che si tratti di un *second best*, viste le premesse, non c'è dubbio, così come non si dubita che là dove sia stata tentata la sua eliminazione o la sostituzione il tasso di innovazione è

⁴ Le letture classiche sono W.F. BAXTER, *Legal Restrictions on Exploitations of Patent Monopoly: An Economic Analysis*, 76 *Yale L.J.* 267 (1966), L. KAPLOW, *The Patent-Antitrust Intersection: A Reappraisal*, 97 *Harv. L. Rev.* 1813 (1984), G.L. PRIEST, *What Economists Can Tell Lawyers About Intellectual Property: Comment on Cheung*, 8 *Res. in L. & Econ.* 19 (1986), W.S. BOWMAN, Jr., *Patent and Antitrust Law: A Legal and Economics Appraisal*, Chicago e a., 1973.

⁵ Con riferimento ai brevetti, un'affermazione ripetuta con convinzione dai giudici statunitensi è, per tutti, quella di *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.*, 897 F.2d. 1572, 1576 (Fed. Circ. 1990): «The aims and objectives of patent and antitrust laws may seem, at first glance, wholly at odds. However, the two bodies are actually complementary, as both are aimed at encouraging innovation, industry, and competition».

diminuito⁶. La convivenza, difficile per vero, con la disciplina antitrust è stata apprezzabilmente assicurata dalla permanenza della proprietà intellettuale nell'alveo funzionale ad esso commesso dagli ordinamenti giuridici, fino a quando, cioè, le industrie di riferimento ed il sistema finanziario non sono cambiati.

La lievitazione delle aree protette per mezzo dei diritti di proprietà intellettuale è frutto sia della accresciuta importanza rivestita dai beni immateriali nella società della conoscenza –e, quindi, dalla più disinvolta ricerca della privativa come strumento per assicurarsi un vantaggio competitivo–, sia dall'inadeguatezza istituzionale che gli ordinamenti giuridici hanno mostrato di fronte alla descritta deriva protezionistica, sia infine dall'emersione di particolari fenomeni economici che soltanto cinquant'anni fa erano impensabili o non tali da generare problemi.

Dal primo punto di vista, si è assistito ad una sorta di superfetazione dello strumento che, deputato ad incentivare la creazione di informazione, è stato talora forzato fino a snaturarne la primigenia vocazione funzionale. Sebbene il regime dei diritti di proprietà intellettuale sia soggetto alla regola del numero chiuso, non così è stato per i beni che ne formano oggetto⁷. La storia è nota al punto che può essere ripercorsa per cenni. In principio erano l'industria pesante e le creazioni intellettuali e così è stato per un buon tratto, fino a quando sono emersi nuovi beni e, con essi, l'esigenza di protezione. Per primi i programmi per elaboratore, che gli Stati Uniti prima, e l'Europa, al seguito, con forzatura evidente hanno elevato alla dignità di creazioni intellettuali. Ne ha fatto le spese il diritto d'autore, che ha conosciuto così la propria variante di *copyright* tecnologico, ma la scelta è stata devastante per l'intrinseca natura della tutela prescelta. Il diritto d'autore non contempla, infatti, il ruolo di una *granting authority* e la soglia per l'accesso alla tutela (l'originalità) è un argine troppo basso per evitare lo straripamento⁸. Per una logica non troppo diversa è passata, poco dopo, la tutela delle topografie di prodotti a semiconduttori e quella delle banche dati.

Anche il diritto brevettuale ha conosciuto un momento particolare, almeno nel contesto statunitense del compianto *boom* economico di fine secolo, quando il presidio proprietario 'forte' su una frazione di conoscenza era il presupposto dell'accesso al capitale di rischio e, quindi, della creazione di *start up* tecnologiche che avrebbero fruttato al mercato del *venture capital* succulenti *cashouts* al momento della quotazione in borsa. Divenute le forme di tutela della 'volatilità', i brevetti sono stati impiegati per proteggere anche ciò che di tecnologico e innovativo poco aveva, se non il fatto di essere la traduzione in termini informatici di pratiche commerciali più o meno diffuse nella realtà non virtuale⁹. È così che persino i *business methods* sono divenuti *patentable subject matter*, sfondando un argine –quello della tutelabilità degli algoritmi– che mostrava già, in territorio statunitense, evidenti segnali di cedimento¹⁰. L'effetto 'sasso nello stagno' ha fatto sì che l'Europa iniziasse a riconsiderare, sia pure

⁶ L'esperimento, per così dire, fu fatto in Russia, quando nel 1919 Lenin mise fuori legge i «monopoli capitalisti» rappresentati dai brevetti. V. J. LERNER, *Patent Policy Innovations: A Clinical Examination*, 53 VAND. L. REV. 1841, 1851 (2000).

⁷ Rilievo condiviso da GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2001, 12.

⁸ Così anche M. RICOLFI, *La tutela della proprietà intellettuale: fra incentivo all'innovazione e scambio ineguale*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, 523.

⁹ Il caso che ha fatto scalpore è stato quello dell'asta inversa, già nota come 'Dutch action', che Priceline.com ha brevettato per il suo sito di vendite *on line*.

¹⁰ A far data da *Diamond vs. Diehr* fino a *State Street Bank*.

parzialmente, la posizione, adottata con la direttiva 91/250/CEE e che l'Organizzazione Europea dei Brevetti contempla all'art. 52, circa la brevettabilità del *software*¹¹.

Occorre incidentalmente notare che quella che sembra una questione –brevetto sul *software* sì, brevetto sul *software* no– tutta interna al sistema della proprietà intellettuale in generale, e al diritto dei brevetti in particolare, rappresenta, al contrario, un problema anche per l'antitrust, perché capace di imprimere una piega affatto particolare ai mercati genericamente afferenti i computer. L'*arret Microsoft*, l'ascesa e declino di *Java* e l'emersione di un mercato del *middleware*, l'avanzata dell'*open source system*, il mercato dei *server* e –nella prospettiva della convergenza tra fornitori di accesso, fornitori di contenuti e produttori di interfacce utente/macchina– la guerra tra piattaforme, sono tutti aspetti che fanno perno, più o meno direttamente, sulla natura della protezione accordata al *software* e sui diritti delle generazioni successive di innovatori¹².

3. Segue. Deficit istituzionali e diversa configurazione dei mercati.

Complice involontario –e siamo alla seconda causa di lievitazione della proprietà intellettuale– del fenomeno di cui si parla è stata l'inadeguatezza istituzionale degli ordinamenti a far fronte al numero crescente di domande di brevetto. In altre parole, il picco che gli uffici hanno fronteggiato li ha colti impreparati e a corto di risorse; ne è derivato un calo della qualità, tradottosi nella tendenza ad accordare protezione anche a ciò che, con più attenzione, sarebbe risultato immeritevole di tale supporto.

Ma il deficit istituzionale, per così dire, si è manifestato anche altrove, almeno per quanto riguarda il contrasto tra proprietà intellettuale e concorrenza. Si è così scoperto che gli uffici deputati al rilascio dei titoli di proprietà –almeno laddove un ufficio è richiesto; va da sé che nel caso del diritto d'autore il conflitto, per l'assenza di un controllo, è persino più serio– non avevano altresì il ruolo, né le capacità, di valutazione dell'impatto sul mercato che il riconoscimento di una certa privativa avrebbe comportato. D'altro canto, le autorità antitrust di turno erano, e restano, sfornite dell'*expertise* complementare, che avrebbe dovuto metterle in grado di valutare le ricadute concorrenziali di fenomeni veramente complessi dal punto di vista della proprietà intellettuale. Si è visto, infatti, come la configurazione di certi mercati vada di pari passo con il riconoscimento di aree di proprietà e s'intrecci con esse al limite dell'inestricabile. È sin troppo evidente che non si possa decidere serenamente casi come *Kodak*, *Intel*, *Xerox*, o un più modesto *Magill*, senza misurarsi con i presupposti e i contenuti della tutela prevista per i beni immateriali in gioco. Quando una mano non sa cosa faccia l'altra –viene da chiosare–, tutto può succedere.

Quale che ne sia la causa, la dilatazione delle maglie della proprietà intellettuale è stata, ed è, l'epifania della preconizzata *tragedy of the anticommons* della letteratura economica. Scongiurato il pericolo della produzione subottimale di informazione – considerata alla stregua di bene pubblico e soggetta, dunque, alla versione positiva della tragedia, quella dei *commons*– subentra quello dei costi transattivi, talmente elevati, in un contesto denso di diritti di ogni tipo, da renderla pressoché inutilizzabile. La risposta

¹¹ Cfr. la tormentata Proposta di Direttiva comunitaria relativa alla brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici (2002/47).

¹² Cfr. D. MCGOWAN, *Has Java Changed Anything? The Sound and Fury of Innovation Litigation*, 87 *Minn. L. Rev.* 2039 (2003).

viene trovata nelle *Collective Rights Organizations* (CROs), ma la coperta è evidentemente troppo corta per poter nascondere le perduranti difficoltà.

Anzi. Le complicazioni sono destinate ad aumentare quando si prende in considerazione il terzo elemento di cui si parlava in apertura. Infatti, in mercati nei quali l'industria di riferimento non è quella pesante e la proprietà intellettuale è asservita non a finalità di incentivazione dell'innovazione, ma alla preservazione di posizioni di vantaggio competitivo, l'indagine antitrust risulta relativamente facile e, soprattutto, corroborata da una casistica e da una elaborazione economica di almeno un secolo di storia. I nuovi mercati, tuttavia, si misurano con fenomeni affatto particolari, che fungono da casse di risonanze per comportamenti sospetti alla luce dell'antitrust, nel momento in cui entrano in gioco diritti di proprietà intellettuale di qualche tipo. La specificità delle industrie a rete, per esempio, rende avvertiti del fatto che la rete è tendenzialmente una e l'egemonia di un'impresa su di essa significa, a parità di altre condizioni, esclusione di tutti gli altri. Ecco, dunque, che rispetto a ciò che avviene in casi normali, la proprietà intellettuale può essere fonte di potere di mercato, con l'aggiunta di una sorta di perversa equazione per la quale titolarità della tecnologia vincente tende a significare controllo del mercato.

Dal punto di vista delle caratteristiche dei mercati, esterne al sistema delle private, si segnala il fenomeno della standardizzazione come particolare conformazione di alcune industrie, nonché luogo di interfaccia tra proprietà intellettuale e antitrust¹³. Più o meno tutte le attività industriali (persino quelle tradizionali) presuppongono un livello di compatibilità tra prodotti complementari che viene assicurato dall'esistenza di unità di misura, per così dire, comunemente accettate. Rispetto alle *information and communication technologies*, i vari pezzi di una catena del valore non più integrata verticalmente –come poteva essere all'epoca del dominio IBM o dei giganti delle telecomunicazioni– si ricompongono in quanto tecnologie intermedie (quelle che costituiscono oggetto di standard, appunto) vengono accettate e condivise da parte degli operatori del settore. Lo standard, in quanto tecnologia, è un frammento di informazione di estremo valore, suscettibile di protezione per mezzo di diritti di proprietà intellettuale.

Gli economisti si sono riferiti allo standard come bene pubblico impuro, come tale producibile sia per effetto di iniziativa privata sia per intervento di enti pubblici appositi. Le conseguenze nei due casi sono differenti e differentemente rilevanti, poiché nella prima ipotesi il privato pretenderà il presidio proprietario sulla tecnologia prodotta e ciò farà sì che rientrino in gioco i diritti di proprietà intellettuale. Inoltre, poiché non vi è corrispondenza biunivoca tra diritto e tecnologia assurta o candidata a standard, va da sé che l'adozione di questo da parte dell'industria presuppone livelli talora molto intensi di coordinamento tra quanti dispongono di elementi complementari della tecnologia in parola; circostanza, quest'ultima, che importa il ritorno dell'antitrust. Le *standard setting organizations*, ancorché svolgenti una finalità utile al mercato, hanno intrinseca natura cartellistica, all'interno della quale si scambiano informazioni tra i partecipanti, si fissano requisiti per la certificazione della proprietà intellettuale, si stabiliscono le condizioni di accesso alla tecnologia e finanche la misura delle *royalties* esigibili. Benché non siano infrequenti correttivi del tipo licenze *royalty free* (RF), oppure *reasonable and non discriminatory* (RAND, anche nella versione FRAND, nelle quali si richiede la *fairness*), ciò non basta a porre le organizzazioni al riparo da sospetti di abuso di posizione dominante congiunta, oppure boicottaggio secondario.

¹³ Cfr. D.J. TEECE, E.F. SHERRY, *Standard Setting and Antitrust*, 87 *Minn. L. Rev.* 1913 (2003).

Si aggiunga pure, in ultimo, che la bolla economica statunitense di fine secolo, prima, e il suo collasso subito dopo, hanno portato l'industria di ogni dimensione a ricercare il profitto raschiando il fondo del barile. Fuor di metafora, la proprietà intellettuale è stata riguardata non più, o non soltanto, come il presupposto per la manifattura di beni, bensì come centro di profitto attraverso una politica aggressiva di commercializzazione delle licenze¹⁴.

Naturalmente, tutto sarebbe più semplice se i problemi si disponessero ordinatamente, così come sono stati descritti. Purtroppo, i vari aspetti considerati tendono ad incrociarsi sino a rendere inestricabile la ricostruzione di quale sia la causa e quale l'effetto, mentre resta da rintracciare una possibile via d'uscita.

4. Problemi di accesso e rimedi imperfetti.

Ovviamente, le ipotesi di conflitto tra diritti di proprietà intellettuale e concorrenza vanno al di là di quanto una rapida ricognizione possa far credere e quella di individuare una soluzione unitaria ad un problema che, si è visto, rivela mille sfaccettature è una illusione effimera.

Tra le molte considerazioni che si possono fare, necessità impone di selezionare il caso emblematico. Per ridurre il problema ai suoi minimi termini, buona parte delle difficoltà che nascono dall'interfaccia tra proprietà intellettuale e antitrust riguarda le condizioni di accesso ad un certo mercato¹⁵. Questa, in effetti, l'essenza del conflitto tra un titolo giuridico che garantisce l'esclusiva –e, quindi, il monopolio–, e uno strumentario giuridico ed economico diretto, invece, ad assicurare condizioni di concorrenza; dunque, la tendenziale pluralità di attori.

Il caso prototipico di trasformazione dell'interfaccia in conflitto si caratterizza per il fatto che la risorsa protetta da diritti di proprietà intellettuale è condizione d'esercizio (non necessariamente 'essenziale', ma certamente rilevante) di una certa attività economica. Il problema, inutile rinviarlo, è quello dell'accesso alla risorsa stessa, della sua utilizzabilità da parte di chi non ne è proprietario; e la risposta di fronte al diniego (legittimo?) del titolare è, generalmente, quello per certi versi spettrale della licenza obbligatoria: obbligo a contrarre avente ad oggetto diritti di proprietà intellettuale.

Il rimedio della licenza obbligatoria costituisce oggetto di riflessione anche per tematiche che non necessariamente coinvolgono l'antitrust, ma che sicuramente hanno a che fare con il ruolo della proprietà intellettuale. Non sarà fuor di luogo qui ricordare che in seno alla World Trade Organization i Paesi in via di sviluppo confidano sempre molto sulla licenza obbligatoria come strumento di accesso alle tecnologie (per lo più mediche, farmacologiche e agricoli) detenute dalle multinazionali dei Paesi industrializzati¹⁶. Già in quella sede, la licenza obbligatoria è vista, da parte di questi ultimi, come l'istituto da combattere.

Senonché, l'obbligo a contrarre non è avvertito mai tanto dolorosamente come quando si riferisce ai beni immateriali e quando il licenziatario sia, in prospettiva, non

¹⁴ Cfr. J. TIROLE, C. HENRY, M. TROMMETER, L. TUBIANA, B. CAILLAUD, *Propriété Intellectuelle*, Rapporto del Conseil d'analyse économique, La Documentation française, Paris, 2003, III.

¹⁵ Il discorso è estendibile agevolmente anche a mercati diversi dalle tecnologie dell'informazione e delle telecomunicazioni. È un problema di accesso quello dei produttori di farmaci generici ai danni dei titolari di brevetti su principi attivi in scadenza. Sul punto sia consentito rinviare a R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *Alcune considerazioni sui rapporti tra proprietà intellettuale e concorrenza nel settore farmaceutico*, in *Dir. ind.*, 2002, 379.

¹⁶ Cfr. art. 31, lett. L dei TRIPs.

un Paese povero –rispetto al quale il problema è, per lo più, quello delle importazioni parallele–, ma un concorrente. La ragione ufficiale dello stigma verso siffatto rimedio risiede asseritamente e tralattivamente nel disincentivo ad investire in ricerca e sviluppo o in attività creative, che si determinerebbe per effetto della prospettiva di prelievo forzato della risorsa, da parte dell’atteso titolare della proprietà intellettuale. Senza arrivare ad equiparare l’esproprio (*ex post*) per via di licenza coattiva all’ipotesi di mancato riconoscimento della privativa (*ex ante*) e concludere che la previsione di un rimedio tanto forte quanto la licenza obbligatoria in favore di concorrenti (*incumbent* o *newcomer* che siano) scoraggerà definitivamente l’investimento, si può più serenamente ritenere che siffatta prospettiva indurrebbe ad un livello subottimale di investimento. D’altro canto, creerebbe incentivi distorti alla protezione, perché favorirebbe il regime del segreto –difficile ad identificarsi, benché affatto importante dal punto di vista economico– rispetto a quello delle forme ‘codificate’ di proprietà intellettuale.

Ma per quanti ritengono che il carattere amorfo del bene informazione –oggetto di *intellectual property rights*– non consenta la piena riconduzione della proprietà intellettuale alla proprietà di *tangibles*¹⁷, le ragioni per guardare quantomeno con circospezione al *compulsory licensing* risiedono nei rischi di dispersione (involontaria) cui è soggetta la conoscenza scientifica e tecnologica. Inutile negarlo, in ogni forma di trasferimento tecnologico –volontaria o coattiva che sia– quello che il *tradens* trasmette non coincide necessariamente con ciò che l’*accipiens* riceve. Può essere in quantità minore, se il titolare della risorsa ha agito strategicamente, tenendo parte dell’informazione in ostaggio; può essere in quantità superiore, se l’operazione non è condotta accuratamente e l’oggetto del trasferimento opportunamente circoscritto. In altre parole, il vero rischio è quello di porre inavvertitamente o involontariamente il concorrente in condizione di saperne di più di una certa tecnologia o di un certo processo. Quante volte, poi, questi ultimi siano condizioni di interoperabilità o di compatibilità tra mercati contigui, il pericolo è persino maggiore¹⁸.

Tradizionale via d’accesso della licenza obbligatoria all’apparato rimediabile dell’antitrust è la *essential facilities doctrine*, che con riguardo alla materia dei diritti di proprietà intellettuale è stata recentemente, ma con controversi esiti, richiamata dalla Commissione europea nella vicenda *IMS Health*¹⁹. Quando sussistono le condizioni per il ricorso all’EFD, l’unica via al dipanarsi delle virtù benefiche del pluralismo nel mercato resta l’imposizione dell’obbligo di licenziare la risorsa. Siamo, tuttavia, di fronte ad un *second best*, giacché, fatta simile la situazione del titolare a quella del

¹⁷ Il riferimento è a R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e liaisons dangereuses*, in corso di pubblicazione su *Foro it.*

¹⁸ Si allude, ovviamente, alla licenza su diritti di proprietà intellettuale che coprono standard *de facto* dell’industria. E l’esempio più immediato è alla licenza di *Windows* e all’apertura del codice sorgente.

¹⁹ Decisione della Commissione del 3 luglio 2001, caso COMP D3/38044 – *NDC Health/IMS Health*, sospesa da Trib. I grado 26 ottobre 2001 (caso T-184/01, *IMS v. Commissione*), con provvedimento poi confermato da Corte giust. 11 aprile 2002 (caso C-481/01). Lo sviluppo della vicenda, almeno a livello comunitario, non aiuta a trarre conclusioni affidanti. La Commissione ha, nella sostanza, lasciato cadere la decisione sopra citata, dopo che il Tribunale regionale di Francoforte –chiamato a pronunciarsi in seconde cure sulla decisione con cui il Tribunale di Francoforte aveva riconosciuto un diritto *sui generis* sulla creazione di IMS– ha (in *obiter*) dischiuso al concorrente la possibilità di commercializzare una struttura simile a quella di IMS, anche se da quella derivata (cfr. OLG Frankfurt am Mein, 17 settembre 2002, in *Computer und Recht*, 2003, 50). Da notare come l’OLG abbia ritenuto di non poter dar seguito all’istanza relativa alla contraffazione del diritto di IMS, poiché quest’ultima non era l’unica titolare e gli altri litisconsorti necessari non avevano fatto valere contestualmente il relativo diritto.

monopolista naturale, non possono rimanere neglette due considerazioni, in realtà convergenti. La prima: se è corretta l'assimilazione della proprietà intellettuale a quella del monopolio naturale, allora la risposta alle ipotesi di conflitto è la *regulation*, non l'antitrust²⁰. Come dire che tutto il dibattito –può succedere!– è *ill-conceived*; anzi, il dibattito è ben concepito, ma le soluzioni vengono cercate nei posti sbagliati. Seconda considerazione: la licenza obbligatoria, quale che ne sia l'apparato ispiratore (antitrust o *regulation*), è un rimedio molto meno appetibile dal punto di vista del benessere dei consumatori perché mira a dischiudere un mercato, uno soltanto, anziché favorirne la creazione di uno ulteriore, parallelo a quello esistente. Circostanza, quest'ultima, che nella teoria delle industrie a rete si configura come la soluzione ottimale, benché di difficile realizzazione²¹.

È, dunque, dalla prospettiva di creazione di concorrenza orizzontale che occorre muovere per individuare una soluzione appena più virtuosa di quella –il *compulsory licensing*, appunto– che non ha riscosso, a dispetto delle declamazioni sull'efficacia, significativo consenso, soprattutto tra i giudici²².

5. Una seconda via (per i mercati a rete)?

Si è altrove suggerito di proseguire sulla via dell'assimilazione tra titolarità della proprietà intellettuale e monopolio naturale, sino all'estrema conseguenza di considerare più opportuno regolare il mercato che aggiustarlo a colpi di rimedi antitrust. La soluzione appare motivata e ragionevole sulla base di considerazioni che non è possibile ripercorrere in questa sede²³. Va da sé che l'intervento regolatorio non esclude il ricorso, sia pure sulla base di un più attento vaglio degli interessi in gioco, all'imposizione dell'obbligo di licenza, come condizione di accesso al mercato. Ma là dove è in gioco anche la proprietà intellettuale, probabilmente sussistono condizioni perché la soluzione differisca. Una su tutte, la presenza di effetti di rete che caratterizza buona parte dei mercati di prodotti ad alta tecnologia. In ciò si coglie, una volta di più, il senso dell'accostamento al monopolio naturale e si dovrebbe poter avvertire la maggiore pericolosità dell'istituzione di una privativa rispetto ad una situazione nella quale non siano in gioco beni immateriali. Il brevetto sul *software* non sarebbe tanto odiato se non fosse per la pervasività dei suoi effetti; l'omissione dell'obbligo di comunicazione di tecnologie rilevanti nell'accordo di standardizzazione non sarebbe tanto grave se l'intero contesto non fungesse da cassa di risonanza del comportamento opportunistico. In altre parole, si è in presenza di fenomeni per i quali la reazione, rispetto ad un certo comportamento con riguardo alla proprietà intellettuale, si manifesta sempre come di gran lunga più prepotente dell'azione che la fa scaturire. Ma, per tortuose che siano le proposte di soluzione, si finisce quasi sempre col ribadire che, rispetto alla rete, la concorrenza deve avvenire al suo interno, creando un accesso per i soggetti che della rete stessa non sono titolari.

²⁰ Per approfondimenti in questo senso si rinvia a PARDOLESI, GRANIERI, *Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit.

²¹ Cfr. C. S. YOO, *New Models of Regulation and Inter-Agency Governance*, Vanderbilt U. L. School, Law and Economics Working Paper No. 03-14, disponibile sul sito <<http://www.ssrn.com>>.

²² Né la situazione cambia oltre Oceano. Si vedano le considerazioni di J.K. MACKIE-MASON, *Antitrust Immunity for Refusal to Deal in (Intellectual) Property Is a Slippery Slope*, 2 *Antitrust Source*, No. 6 (2002), disponibile sul sito <<http://www.antitrustsource.com>>.

²³ Ma per le quali si rinvia a R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit.

Fin qui, l'ipotesi del monopolio naturale è coerente; la rete ferroviaria o quella di telecomunicazioni sono regolate e la concorrenza è assicurata favorendo l'accesso, sia pure sulla base di accorgimenti che sono mutuati dall'apparato degli economisti, come l'orientamento ai costi. Il presupposto dell'intervento regolatorio, tuttavia, si fonda sull'impossibilità fisica e sulla eccessiva onerosità economica di duplicazione della risorsa; bisogna, in altre parole, fare di necessità virtù e accontentarsi di allocare la risorsa scarsa tra i vari operatori. Nella constatazione che, rispetto al monopolio naturale, una situazione ottimale sia irraggiungibile –posto che duplicare la rete ferroviaria o ingigantire lo spettro non è possibile–, si esaurisce l'assimilazione del fallimento del mercato di cui si tratta con la situazione del titolare di diritti di proprietà intellettuale.

Si delinea una seconda via, che prende le mosse, ancora una volta, dalla considerazione della vera natura della proprietà intellettuale rispetto alla proprietà tradizionale. Ciò che diversifica la prima da quella di cose fisiche è la dimensione marginale del costo di utilizzo ulteriore della risorsa, rispetto a quello necessario alla sua creazione. Come conseguenza, copiare è più economico che fare da sé. E copiare, appunto, viene reso giuridicamente illecito attraverso l'istituzione di un presidio proprietario sul bene immateriale, di modo che duplicare la risorsa, benché non fisicamente impossibile (anzi; la pirateria è fenomeno troppo diffuso per far ritenere il contrario), è quantomeno perseguibile. Dunque, ciò che preverrebbe astrattamente la duplicazione di una rete proprietaria e, quindi, la creazione di un secondo contesto (omogeneo al primo) per mezzo del quale assicurare non la concorrenza *nel* mercato, ma la concorrenza *tra* mercati, non sarebbero i costi di siffatta intrapresa, così come nell'ipotesi di una rete di telecomunicazioni. Il vero ostacolo sarebbe rappresentato dall'esistenza di un diritto di proprietà sulla rete.

I teorici dell'*open source*, nonché gli avversari del sistema dei diritti di proprietà intellettuale, avrebbero buon gioco nel concludere che la panacea sia rappresentata dall'abolizione di qualsivoglia regime di esclusiva. Infrastrutture, piattaforme aperte e il problema sarebbe tolto dal giro. Che in alcuni casi siffatta soluzione sia astrattamente praticabile non costituisce ancora un dato generalmente affidante. Nella maggior parte dei casi, la proprietà intellettuale svolge effettivamente il ruolo incentivante, remunerando il *first mover*, cioè colui che si sobbarca all'onere iniziale di creare una rete e, dunque, un mercato. Ecco che, però, riemerge la questione della corretta verifica dei presupposti per la concessione delle privative. Se lo sforzo creativo o inventivo sono effettivamente mancati o se, pur in loro presenza, il rilievo è marginale, l'accesso alla proprietà intellettuale diviene strumentale all'acquisizione di una illegittima posizione dominante, se non monopolistica, proprio per la caratteristica del *winner-takes-all* manifestata dai mercati di cui si parla. Se ciò è avvenuto, il primo rimedio che viene in mente è l'obbligo a contrarre per favorire l'accesso.

È appena il caso di aggiungere che il problema, ancora una volta, può risiedere principalmente nella lievitazione della proprietà intellettuale. Ma a siffatta constatazione si aggiunge la considerazione in base alla quale per lo più qui si tratta di risorse la cui duplicazione non è economicamente impossibile. Al dunque, se taluno volesse intraprendere nella duplicazione della risorsa che forma oggetto di diritti di proprietà intellettuale, l'unico serio ostacolo resterebbe il pericolo di un'accusa di contraffazione. Il risultato dal punto di vista della concorrenza, tuttavia, sarebbe virtuoso: due reti, invece che una soltanto, nessuna dispersione di conoscenza scientifica e tecnologica e nessuna cooperazione forzosa da parte dell'*incumbent*. Il prezzo di tutto ciò sarebbe

soltanto l'attenuazione di una *property rule* –il cui operare è concesso sulla base di presupposti dei quali, in certe circostanze, si può nutrire più di un dubbio– ad opera di una *liability rule*. Il *newcomer* ha, dunque, l'onere di effettuare anch'egli un investimento iniziale e duplicare la risorsa, creandone una ulteriore anche non assolutamente originale o nuova. Tecnicamente ed economicamente possibile: resterebbe soltanto il problema giuridico della contraffazione. Qui la risposta torna ad essere istituzionale; non da ieri gli economisti teorici delle industrie a rete suggeriscono la necessità di un abbassamento delle soglie di protezione dei diritti di proprietà intellettuale²⁴. E va da sé che ciò non sia possibile *ex ante*, in sede di determinazione normativa dei presupposti di tutela. L'unica via resta quella *ex post*, del giudizio eventuale di contraffazione, nella quale è il giudice a risolvere il conflitto, decidendo la questione pregiudiziale della sussistenza dei presupposti per concessione della privativa al primo titolare e quello della legittimità del tentativo di duplicazione della rete. Giusto un'altra conferma all'idea che è la regolazione la risposta più adatta ad un problema che, comunque lo si metta, è e resta delicatissimo.

²⁴ Proposta che risale a J. FARRELL, *Arguments for weaker intellectual property protection in network industries*, 3 *StandardView* 46 (1995).