

Faraway, so close: proprietà intellettuale ed essential facility in Cina (e altrove...)

Giuseppe Colangelo – Roberto Pardolesi

Sommario: Se l'interfaccia tra proprietà intellettuale e diritto della concorrenza debba essere interpretata in chiave conflittuale piuttosto che di convergenza finalistica è questione che continua ad essere fortemente controversa. La recente entrata in vigore della regolamentazione cinese in tema di accordi di trasferimento di tecnologia consente di aggiornare la riflessione su realtà e retorica di tale conflitto.

Abstract: *Faraway, so close: intellectual property and essential facility in China* (J.E.L. K21, L4, O3)

It is still controversial whether the intellectual property-antitrust interface should be viewed as a conflict or a finalistic convergence. The recent chinese Regulation on the Prohibition of Conduct Eliminating or Restricting Competition by Abusing Intellectual Property Rights provides the opportunity to update the analysis of this real or apparent conflict.

Keywords: Antitrust, Intellectual Property, China.

1. L'essential facility doctrine colpisce ancora.

L'interfaccia tra proprietà intellettuale e diritto della concorrenza è da sempre fonte di discussioni accese (e spesso confuse, quando non frustranti), tanto da farle meritare l'epiteto di 'retorica' del conflitto. A chi in letteratura evoca una contrapposizione intrinseca tra i due sistemi, dovuta ai principi che li ispirano -in una battuta: la logica sottesa al primo corrisponde a ciò che il secondo è chiamato a combattere-, altri ribatte magnificando la convergenza finalistica dei due plessi disciplinari rispetto al bene dell'innovazione (nel presupposto, s'intende, ch'esso sia obiettivo pivotale su entrambi i versanti); convergenza alla luce della quale attriti e contrasti si rivelerebbero meramente apparenti. E' storia nota¹, su cui non vale la pena d'indugiare se non per segnalare come, nel panorama internazionale, continuino a susseguirsi interventi e apporti che lasciano intendere come il dibattito sulla corretta definizione dei rispettivi ambiti di competenza sia tutt'altro che *outdated*: a conferma di ciò, se mai ve ne fosse bisogno, è sufficiente fare riferimento alle problematiche poste dagli *standard essential patents* (SEPs) e dai *reverse payment settlement agreements* nel settore farmaceutico.

Nello scenario appena richiamato un significativo elemento di novità è rappresentato dalla recente entrata in vigore della regolamentazione cinese in tema di accordi di trasferimento di tecnologia. La *Regulation on the Prohibition of Conduct Eliminating or Restricting Competition by Abusing Intellectual Property Rights* (di seguito IP Regulation) emanata dall'Amministrazione statale per l'industria ed il commercio (SAIC)², ha catturato, sin dal momento in cui le bozze sono state sottoposte a

¹ Riassuntivamente, potrà tornare utile la fresca rassegna di H. HOVENKAMP, *Intellectual Property and Competition* (2015); e, per qualche spunto nel segno del 'ravvedimento operoso' rispetto a prese di posizione nel passato assai più 'militanti', M. LEMLEY, *IP and Other Regulations* (2015). Al pubblico italiano si rivolge la ricognizione, per certi versi ancor oggi attualissima, di R. PARDOLESI e M. GRANIERI, *Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e liaisons dangereuses*, in *Foro it.*, 2003, V, 193.

² Il regolamento non riguarda le pratiche di prezzo, in quanto esse competono ad un'altra *authority*. L'*enforcement* dell'Anti-Monopoly Law spetta, infatti, a tre diverse autorità antitrust: il Ministro del Commercio (MOFCOM) è competente per le concentrazioni, la National Development and Reform Commission (NDRC) per le condotte *price-related* e la SAIC per quelle *non-price related*. Quest'ultima non aveva, sin qui, avuto occasione di occuparsi di IPR, che sono stati, invece, oggetto di scrutinio in diversi casi trattati dalle altre due autorità. Per una sorta di contrappasso istituzionale, la SAIC è stata la

consultazione pubblica, le attenzioni degli osservatori internazionali, offrendo lo spunto per aggiornare la riflessione su realtà e retorica del conflitto tra antitrust e proprietà intellettuale: e dunque sulla definizione (da ‘terra di mezzo’, ma in una logica platealmente globalizzata) dei presupposti che consentono di giudicare legittimo piuttosto che abusivo l’utilizzo dei diritti di esclusiva intellettuale. In particolare, emerge come nodo cruciale l’art. 7 della *IP Regulation*, laddove viene estesa ai diritti di proprietà intellettuale la dottrina dell’*essential facility* (EFD), già adottata dalla SAIC per la disciplina generale delle condotte unilaterali (*Regulation on the Prohibition of Conduct Abusing a Dominant Market Position* del 2011).

La disposizione prevede che un’impresa dominante non possa, in assenza di adeguata giustificazione, rifiutare di concedere in licenza i propri diritti di proprietà intellettuale a condizioni ragionevoli, qualora gli stessi risultino «essenziali» per le attività dei richiedenti: essenzialità da valutare sulla scorta di fattori quali: *i*) la circostanza che sul mercato rilevante non siano presenti adeguati sostituti per i diritti di proprietà intellettuale interessati, sì che questi ultimi risultano necessari agli operatori per poter competere sul mercato; *ii*) il fatto che il rifiuto di concedere licenza possa determinare un effetto negativo sulla concorrenza o l’innovazione e causare così danno all’interesse pubblico; *iii*) la circostanza che la licenza non arrechi un danno «unreasonable» al licenziante. Alle corte. La *IP Regulation* cinese schiude la via della licenza obbligatoria per tutti i diritti di proprietà intellettuale che risultino insostituibili per i concorrenti³: un concetto di essenzialità che non si lascia circoscrivere ai meri SEPs ed esibiscunae chiara vocazione ad estendersi anche a quelli che lo sono *de facto*. Per inciso, si tocca con mano la soccombenza tendenziale della privativa rispetto alle esigenze di viabilità del mercato. In termini così nitidi non si era mai incontrato nulla del genere.

Si rilancia così sulla scena internazionale quella che da decenni si segnala come una delle dottrine antitrust più controverse⁴. La EFD si sviluppa in seno alla categoria, sofferta la sua parte, del rifiuto di contrarre e si poggia sull’idea secondo la quale un monopolista, per il semplice fatto di essere tale, ha il dovere di contrarre e concedere accesso alla sua *facility* a chiunque ne faccia richiesta, concorrenti compresi: si delinea così una deroga incisiva al principio generale alla stregua del quale persino chi non conosce rivali si sottrae agli anatemi antitrust se evita di porre in essere una condotta anticompetitiva idonea a fargli acquisire o conservare ingiustamente la sua posizione di egemonia. L’EFD –quantomeno nella sua configurazione originaria- consente di far scattare la soglia di responsabilità in corrispondenza (non di una condotta dell’impresa, bensì) dello *status* di monopolista, chiamato in quanto tale a contrarre con chiunque ne faccia richiesta. Non a caso, la dottrina in questione nasce e trova il proprio fondamento principalmente nell’esigenza di assicurare l’efficacia e l’effettività dei processi di

sola a spiegare in modo sistematico –e, si direbbe, autonomo, ossia in mancanza di ogni coordinamento con gli altri attori istituzionali- il suo approccio all’interfaccia fra proprietà industriale e antitrust.

³ Sul tema si segnalano Y. HUANG, E. XIAO-RU WANG, R. XIN ZHANG, *Essential Facilities Doctrine And Its Application In Intellectual Property Space Under China’s Anti-Monopoly Law*, in *Geo. Mason L. Rev.* (in corso di pubblicazione); S. MEHRA, Y. MENG, *Essential facilities with Chinese characteristics: a different perspective on the conditional compulsory licensing of intellectual property*, in 3 *J. Antitrust Enforcement* 194 (2015); N. YEUNG, *IP and competition law—The Chinese perspective*, in 3 *J. Antitrust Enforcement* 172 (2015).

⁴ In una letteratura debordante, ci si limiterà a rinviare alla sintesi di M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell’Unione europea*, Milano, 2014, 333 ss.; e, per un inquadramento più articolato, a C. OSTI, *Nuovi obblighi di contrarre*, Torino, 2004.

liberalizzazione, ossia nella necessità di un intervento regolatorio che, al fine di garantire l'apertura di nuovi mercati concorrenziali laddove precedentemente esistevano strutture monopolistiche, sanziona gli eventuali comportamenti escludenti delle imprese che controllano una infrastruttura essenziale. In quest'ambito alla disciplina antitrust viene riconosciuta una funzione complementare, un ruolo di accompagnamento della disciplina regolamentare che, in presenza di determinati presupposti, obblighi le imprese proprietarie di reti o infrastrutture locali a consentire, a condizioni non discriminatorie, l'accesso alla *facility* appunto essenziale.

Il significato e l'ambito di applicazione della EFD sono da sempre controversi: se, per un verso, essa rappresenta uno strumento efficace per abbattere le barriere all'entrata e consentire, nel mercato a valle, l'*handicapping avoidance* dei concorrenti nei confronti dell'impresa proprietaria dell'infrastruttura, d'altra parte, e allo stesso tempo, si configura come meccanismo che incide sull'autonomia privata, sulla proprietà e sulla libertà d'impresa, stabilendo un *compulsory access* che limita una delle prerogative fondamentali riconosciute al proprietario di un bene, ossia la facoltà di escludere gli altri dal godimento. Quello delle *essential facilities* è principalmente un problema di limiti: un'applicazione indiscriminata del *duty to share* determinerebbe un'erosione dei profitti dell'impresa e, di conseguenza, una disincentivazione degli investimenti in ricerca e sviluppo a causa della ridotta appropriabilità dei risultati, specie se si considera che a qualificare l'infrastruttura come essenziale è esclusivamente l'interesse di colui che chiede di accedervi.

E' proprio in relazione al delicato *trade-off* innescato dall'EFD che si spiegano le sue alterne fortune nel contesto statunitense. La *doctrine*, emersa ad inizio del secolo scorso proprio nello scenario d'oltre Atlantico per favorire il processo di progressiva apertura e liberalizzazione dei mercati, si sviluppa in maniera sotterranea: il termine *essential facility* appare esplicitamente per la prima volta solo nel caso *Hecht v. Pro-Football Inc.*⁵ e l'approccio trova una completa definizione in *MCI Communications Corp. v. AT&T*⁶, ossia negli anni '80, periodo in cui la EFD raggiunge l'apice in termini di successo e diffusione. In questo orizzonte temporale, la casistica giurisprudenziale ha considerato *essential facilities* beni sia materiali sia immateriali: tra gli altri, un terminal ferroviario⁷, uno stadio⁸, un ospedale⁹, una rete di distribuzione dell'energia elettrica¹⁰, uno skipass¹¹, i dati di una rubrica telefonica¹².

Come spesso accade, il momento di massimo splendore segna anche l'inizio della fine, che verrà ufficialmente decretata qualche anno più tardi dallo scetticismo del giudice Scalia in *Trinko*¹³: la sua *opinion* ha buon gioco a ricordare che la Corte Suprema non ha mai sentito il bisogno di avallare la EFD e a sottolineare come, per salvaguardare l'incentivo all'innovazione, il dato in sé del potere monopolistico non possa essere considerato illecito a meno che non si accompagni ad un comportamento

⁵ 570 F.2d 982, 999 (D.C. Cir. 1977).

⁶ 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983).

⁷ *U.S. v. Terminal Railroad Association*, 224 U.S. 383, 410 (1912).

⁸ *Fishman v. Estate of Wirtz*, 807 F.2d 520 (7th Cir. 1986).

⁹ *McKenzie v. Mercy Hospital*, 854 F.2d 365 (10th Cir. 1988).

¹⁰ *Otter Tail Power Co. v. U.S.*, 410 U.S. 366 (1973).

¹¹ *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

¹² *Bellsouth Advertising & Publishing Corp. v. Donnelley Information Publishing*, 933 F.2d 952 (7th Cir. 1991).

¹³ *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004).

anticorrenziale. Secondo l'interpretazione fornita con riguardo al caso *Aspen*, le suddette condizioni ricorrono laddove un'impresa interrompa unilateralmente una relazione commerciale volontaria (e, dunque, presumibilmente proficua), con conseguente perdita economica nel breve periodo, tale da suggerire il perseguimento di fine anticompetitivo.

Sebbene il caso *Trinko* non coinvolga diritti di proprietà intellettuale, i principi espressi in tema di rifiuto a contrarre hanno una portata generale. Il riferimento è innanzitutto al passaggio nel quale si sottolinea che, laddove le imprese acquisiscano un potere monopolistico per aver realizzato infrastrutture che le pongono in una posizione privilegiata per servire i propri clienti, «imporre di condividere la fonte del loro vantaggio è in contrasto con l'obiettivo di base del diritto della concorrenza» in quanto in grado di diminuire l'incentivo ad investire sia per il monopolista sia per i suoi rivali. Queste argomentazioni inducono la Corte Suprema ad assumere un atteggiamento di estrema cautela e a riguardare il *compulsory licensing* come una «bestia rara», che è bene rimanga tale. Scalia esprime tutte le preoccupazioni per un intervento antitrust troppo aggressivo, ricordando che il rifiuto di contrarre è un'espressione di libertà: la posizione di egemonia sul mercato è il premio promesso a chi risulterà vincitore della sfida competitiva e nessuna corte dovrebbe sancire un *duty to deal* che non è in grado di adeguatamente giustificare e gestire, in quanto una licenza obbligatoria *improperly designed* può soffocare l'innovazione e il suo *drafting* è un processo altamente complesso, per il quale le autorità antitrust sono *ill-suited*.

Va subito precisato che *Trinko* rappresenta anche il punto di maggior distanza tra la posizione statunitense e quella europea. Proprio nel momento in cui la EFD subisce il più deciso ostracismo nel sistema che l'aveva tenuta a battesimo, massimo è il successo riscosso in ambito comunitario, dove le preoccupazione connesse a un generalizzato obbligo a contrarre non fanno breccia: al punto da autorizzare l'estensione dell'applicazione della EFD anche alla proprietà intellettuale, rispetto alla quale per tempo si era venuta accreditando la negazione del conflitto, cui si cennava in esordio. Di qui l'ortodossia prevalente, da cinque e più lustri a questa parte, negli U.S. (e formalmente accolta in Europa, ma con le eccezioni di cui si dirà tra un momento¹⁴), a tenore della quale non vi sarebbe margine per l'illecito quante volte il pratico impiego della privativa corrisponda all' "uso tipico" del diritto di proprietà intellettuale. Solo quando si esca da questo solco per spingersi al di là del monopolio consentito dalla norma, solo allora l'antitrust torna a far sentire il suo morso.

2. La proprietà intellettuale e la sua nemesi come risorsa essenziale.

¹⁴ Valga la testimonianza di LIBERTINI, cit., 338 s.: "l'esclusiva attribuita dai diritti di proprietà intellettuale mira proprio ad attribuire un vantaggio competitivo temporaneo all'impresa innovatrice; sarebbe perciò incoerente che l'impresa, che ha il merito di avere prodotto o acquistato la creazione intellettuale in discorso fosse obbligato, di norma, a condividerla con i propri concorrenti". Attenzione, però. Come si affretta a precisare lo stesso a., "può darsi ..., in qualche caso, che la disponibilità di tale creazione intellettuale sia presupposto necessario per la realizzazione di un prodotto *diverso*, e a sua volta innovativo". Ed ecco, allora, che il rifiuto di licenza, da parte del titolare, si colora d'abusività.

La verità è che in Europa la EFD ha avuto ben altra fortuna¹⁵; e, per quanto qui maggiormente interessa, si può convenire ch'essa rappresenti la principale forma di impiego dell'antitrust come strumento di controllo della proprietà intellettuale.

Con *Magill* si esplicitano, per la prima volta, i presupposti per sindacare gli ambiti di legittimo esercizio del potere di esclusiva¹⁶: le «circostanze eccezionali» considerate al fine di qualificare la condotta di chi nega l'accesso all'IPR come abusiva sono l'assenza di un sostituto reale o potenziale, la capacità del rifiuto opposto di ostacolare l'emersione di un prodotto nuovo, l'impossibilità di invocare una giustificazione per tale rifiuto e, infine, la riserva, attraverso siffatta condotta, di un mercato derivato. Da allora le circostanze eccezionali sono, in salsa continentale, il campo di battaglia e la formula magica su cui misurare gli equilibri tra antitrust e proprietà intellettuale: è attorno alla loro definizione che si attua il contemperamento degli interessi in gioco. La giurisprudenza successiva –di cui *Bronner*, anche se non afferente i diritti di proprietà intellettuale, è sin qui la massima espressione¹⁷–, pur rimanendo nella traccia segnata da *Magill*, sarà impegnata a 'cesellare' la portata del messaggio in essa contenuto, proponendo per slittamenti progressivi un'interpretazione meno rigorosa dei requisiti lì indicati.

Riassumendo una traiettoria non sempre limpida. Non solo non si nega il conflitto tra le due discipline, ma si riconosce la sua ineluttabilità quando il monopolio giuridico assicurato dallo *ius excludendi* si traduca in monopolio economico, ossia in potere di mercato che conta. Ferma la privativa riconosciuta per legge, si tratta di verificare come si atteggiino, a questo riguardo, le circostanze eccezionali che permettono di valorizzare i divieti antitrust. Dette circostanze si riducono, per chi le voglia chiamare con nome e s'ingegni di evitare le fumisterie, a un'alternativa secca: altro mercato o altro prodotto (con l'equivoco, sempre in agguato, di una loro sovrapposizione, che va invece esclusa).

Il primo caso è esempio paradigmatico di pratica escludente: il monopolio da proprietà intellettuale è conferito per un ambito, ma si riflette su altro mercato *downstream*. L'indisponibilità del prodotto coperto da brevetto impedisce al potenziale concorrente a valle di accedere al mercato, sì che l'impresa egemone verticalmente integrata può esercitare la sua leva e veicolare nel mercato sottostante il potere esercitato legittimamente a monte. Dal suo punto di vista, "two [monopoli] is meglio che one"; e proprio qui sta l'illecito.

La seconda ipotesi configura un abuso da sfruttamento: il rifiuto di contrattare opposto dal titolare del brevetto a chi si propone sul mercato con un prodotto, per la cui realizzazione, però, è necessario l'accesso al brevetto originario. Con tanto di pregiudizio per il consumatore cui è precluso il vantaggio dell'innovazione per oscuri e ingiustificabili interessi del monopolista.

Sin qui il piano inclinato della regola e delle eccezioni. Ma va subito aggiunto che la prassi applicativa ha profondamente alterato l'equilibrio, del resto soltanto apparente, di

¹⁵ Per uno 'sguardo dal ponte', non alieno peraltro dal cogliere le svalutazioni progressive delle c.d. circostanze eccezionali che avrebbero dovuto circoscrivere la vanificazione degli IPR, cfr. M. LAMPING, *Refusal to License as an Abuse of Market Dominance – From Commercial Solvents to Microsoft*, in *Compulsory Licensing. Practical Experiences and Ways Forward*, R. M. Hilty e Kung-Chung Liu ed., Heidelberg e a., 2014, 121 ss.

¹⁶ Corte di giustizia, 6 aprile 1995, cause riunite C-241 e 242/91 P.

¹⁷ Corte di giustizia, 26 novembre 1998, caso C-7/97.

questa impostazione. Non solo le due circostanze eccezionali sono state dissociate e rese indipendenti (il che pare, tutto sommato, ragionevole), ma i loro presupposti sono stati spiritualizzati, sino a rendere etereo l'uno e del tutto virtuale l'altro.

Più da vicino. In *IMS* la Corte di giustizia si accontenta di rilevare un mercato potenziale o addirittura ipotetico, nel senso di considerare non necessaria l'effettiva commercializzazione degli input essenziali¹⁸: pur di soddisfare il requisito dei due mercati, si assumono sufficienti due differenti stadi di produzione tra loro interconnessi. Per questa via, imporre l'accesso equivale a consentire al concorrente di commercializzare lo stesso bene e poco importa che l'applicazione dell'EFD alla fine venga negata per l'insussistenza del requisito del prodotto nuovo: da *IMS* in poi, di fatto il requisito del mercato secondario viene sterilizzato. La questione, tuttavia, è dirimente: l'obbligo di aprire la risorsa essenziale agli altri operatori è finalizzato esclusivamente a neutralizzare i rischi di *leverage*, ossia ad impedire che l'impresa detentrica possa sfruttare il suo vantaggio a monte per riservarsi il segmento *downstream*. In assenza di un mercato a valle, il *duty to share* si riduce ad un mero soccorso in favore dei concorrenti.

Pochi anni dopo, con *Microsoft*, vengono snaturati anche i contorni del requisito del prodotto nuovo¹⁹. La Commissione europea, dopo aver premesso di non sentirsi vincolata ai criteri elaborati in *Magill* e in *IMS*, la cui applicazione automatica nel caso di specie sarebbe riuscita problematica, ha tacciato di abusività la condotta senza fare alcun riferimento al *new product test*: a suo dire, l'interoperabilità realizzabile attraverso i dati informativi di cui Microsoft rifiutava l'accesso serve ai concorrenti per sviluppare «improved products with added value». Siamo, all'evidenza, lontanissimi dal concetto di prodotto nuovo, di cui si impedisce la commercializzazione. Ma non per il Tribunale di primo grado: la limitazione dello sviluppo tecnico dei prodotti basta e avanza.

Eliminati i presidi eretti in *Magill*, le perplessità riguardo alla EFD, efficacemente sintetizzate da Scalia in *Trinko*, crescono in maniera esponenziale proprio riguardo alla sua applicazione ai diritti di proprietà industriale. In questo caso, infatti, il risultato appare controintuitivo, se non paradossale: più un'invenzione è innovativa, e dunque unica e difficile da duplicare (senza impingere in profili di contraffazione), più sarà necessario che essa sia accessibile agli altri, in evidente spregio degli obiettivi perseguiti dalla normativa che, al fine di preservare gli incentivi all'innovazione, protegge il valore dell'unicità dell'invenzione riconoscendo al titolare il potere di conservare l'esclusiva del prodotto e del suo utilizzo. Il rischio che si corre è quello di veder sacrificato lo sforzo creativo e, più in generale, la promozione della concorrenza nel campo dell'innovazione: il ricorso all'EFD diventa una comoda scorciatoia per colmare uno svantaggio competitivo dovuto alla maggior capacità ed efficienza di un'impresa concorrente.

L'idea di applicare la dottrina dell'*essential facility* ai diritti di proprietà intellettuale fotografa in maniera plastica il conflitto tra antitrust e proprietà intellettuale: il tema, depurato delle posizioni ideologiche e ridotto ai suoi minimi termini, riguarda essenzialmente le condizioni di accesso ad una determinata risorsa. Dinanzi al rifiuto del titolare di concedere ad altri la licenza –ossia in presenza di una forma di esercizio

¹⁸ Corte di giustizia, 29 aprile 2004, caso C-418/01.

¹⁹ Tribunale I grado, 17 settembre 2007, causa T-201/04.

tipico del proprio diritto-, ogni possibile sintesi sembra improvvisamente svanire per cedere il passo ad un *aut aut* che irrimediabilmente sacrifica le ragioni degli uni per santificare quelle degli altri. E, infatti, incapace di sciogliere il nodo, l'antitrust sovente decide di tagliarlo: il rimedio consiste generalmente nell'imporre una licenza obbligatoria, individuando nel diritto di proprietà intellettuale una *essential facility* da render disponibile ai concorrenti. Se poi i due principali presupposti individuati in *Magill* (esistenza di un mercato secondario e di un prodotto nuovo) per salvaguardare gli interessi legittimi del titolare dell'esclusiva vengono totalmente depotenziati e ridotti rispettivamente alla dimostrazione di un mercato secondario anche semplicemente potenziale (*IMS*)²⁰ e di un mero avanzamento tecnico (*Microsoft*)²¹, è facile comprendere perché la suddetta dottrina nella sua versione comunitaria abbia assunto le sembianze di una '*convenient facility*'²².

3. La Cina è vicina.

Come anticipato, il panorama internazionale sulla EFD si è recentemente arricchito con la pubblicazione della *IP Regulation* cinese, secondo la quale un'impresa dominante non può, in assenza di adeguata giustificazione, rifiutare di concedere in licenza i propri diritti di proprietà intellettuale a condizioni ragionevoli qualora gli stessi risultino «necessari» per le attività dei richiedenti. Alla luce del quadro appena ricostruito non possono sorprendere le reazioni critiche (di diversi esponenti) delle autorità antitrust statunitensi, preoccupati di come un generalizzato *duty to share* con i rivali possa alterare le regole del libero mercato e gli incentivi ad innovare²³. E sono in molti a opinare che la predetta disposizione e, a compasso più allargato i 19 articoli della *IP Regulation* risentano della più generale impostazione della Anti-Monopoly Law cinese, la quale, nel tenere in considerazione una serie di fattori non strettamente economici, rischia di dare più spazio alla promozione della politica industriale che dell'efficienza e del benessere dei consumatori: l'art. 1, del resto, esplicitamente include tra le finalità della normativa anche quella di promuovere il salutare sviluppo dell'economia di mercato socialista, il che lascia intendere come la discrezionalità del *policymaker* sia sufficientemente ampia da giustificare un intervento diretto del governo sul mercato al fine di tutelare, ad esempio, posti di lavoro ed imprese statali²⁴.

²⁰ Corte di giustizia, 29 aprile 2004, caso C-418/01.

²¹ Tribunale I grado, 17 settembre 2007, causa T-201/04.

²² D. RIDYARD, *Compulsory Access Under EC Competition Law – A New Doctrine of “Convenient Facilities” and the Case for Price Regulation*, in *European Competition Law Review* 2004, 669, 670.

²³ M.K. OHLHAUSEN, *Antitrust Enforcement in China: What Next?*, Second Annual GCR Live Conference, New York, 16 settembre 2014, in <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/582501/140915gcrlive.pdf>; W. BAER, *International Antitrust Enforcement: Progress Made; Work to be Done*, 41st Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Washington, 12 settembre 2014, in <<http://www.justice.gov/atr/file/517736/download>>; E. RAMIREZ, *Standard-Essential Patents and Licensing: An Antitrust Enforcement Perspective*, 8th Annual Global Antitrust Enforcement Symposium, Washington, 10 settembre 2014, in <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/582451/140915georgetownlaw.pdf>.

²⁴ Per un primo bilancio si veda W.E. KOVACIC, *China's competition law experience in context*, in 3 *J. Antitrust Enforcement* 2 (2015); X. WANG, A. EMCH, *Chinese antitrust—a snapshot*, in 3 *J. Antitrust Enforcement* 12 (2015); ID., *Five years of implementation of China's Anti-Monopoly Law—achievements and challenges*, 1 *J. Antitrust Enforcement* 247 (2013).

Di là dalle connotazioni ideologiche, peraltro, la regolamentazione cinese aspira ad allinearsi all'applicazione europea dell'*essential facility*: beninteso, quella concreta, che si connota alla luce dello svuotamento dei requisiti del mercato secondario e del prodotto nuovo scandito dalle pronunce *IMS* e *Microsoft*²⁵. Seguendo questa traiettoria, l'eccezionalità (invocata per sdrammatizzare l'invasione di campo svapora e lo svuotamento della proprietà intellettuale) si traduce in uno sconcertante abuso da 'sfruttamento normale' di un brevetto che conferisca un reale potere di mercato. Si tratta di una scelta certamente discutibile: quantomeno, però, se raffrontata alle verbose ipocrisie comunitarie (che a fatica celano il disegno di revocare il privilegio brevettuale che appaia 'eccessivo' col senno di poi²⁶), la disciplina cinese ha il merito di dichiarare apertamente la nudità del re. L'art. 7 della *IP Regulation*, senza compiacenti giri di parole, prevede espressamente una licenza obbligatoria per tutti i diritti di proprietà intellettuale che risultino essenziali per i concorrenti: nessun equilibrismo virtuosistico, nessun requisito da aggirare, ma solo alcuni fattori da scongiurare (eventuale effetto negativo su concorrenza o innovazione, danno «unreasonable» al licenziante), talmente vaghi –si direbbe- da poter essere piegati a qualsiasi esigenza interpretativa.

Il cerchio si chiude, a sorti invertite. Nella Silicon Valley il conflitto vede(va) la tendenziale prevalenza della proprietà industriale. A Pechino (e a Brussels, dove però si ha il pudore di sottacerlo) vince l'antitrust.

²⁵ Del medesimo avviso L. HOU, *Antitrust Regulation of Intellectual Property Rights in China*, working paper, 2015, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2648736, a cui dire l'approccio cinese è "similar to the principles employed by the EU courts" (p. 12) e la Regulation rappresenta "a relatively cautious attempt to bridge the gap to related pre-existing laws in China, while at the same time attempting to follow International practices in the antitrust/IPR space" (p. 13). Salvo, poi, osservare che "increasingly in Chinese government circles antitrust law is viewed as an instrument to tackle perceived 'monopolistic' strangleholds in technology development and transfer" (p. 14).

²⁶ Per la sottostante matrice analitica, cfr. P. RÉGIBEAU e K. ROCKETT, *The Relationship Between Intellectual Property Law and Competition Law: An Economic Approach*, University of Essex, Economics discussion paper 581 (2004), specie p. 29.