

Pubblicato il 26/01/2022

N. 00528/2022REG.PROV.COLL.
N. 04687/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4687 del 2020, proposto da
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale
dello Stato, presso i cui uffici, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12, è domiciliata
ex lege;

contro

S.I.E. - Società Iniziative Editoriali s.p.a., in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Vincenzo Meli e Andrea
Radice, con domicilio digitale di pec come da registri di giustizia e domicilio
eletto presso lo studio del primo, in Roma, viale dell'Università, n. 27;

nei confronti

Infojuice s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita
in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Roma
(Sezione Prima) n. 00503/2020, resa tra le parti, concernente una procedura

per abuso di posizione dominante.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di S.I.E. - Società Iniziative Editoriali s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2022 il Cons. Alessandro Maggio.

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con provvedimento 20/12/2017, n. 26907, emesso a conclusione di un'istruttoria avviata sulla base di una segnalazione proveniente da Euregio s.r.l. GmbH (nel prosieguo Euregio), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha ritenuto che la S.I.E. – Società Iniziative Editoriali s.p.a. (d'ora in poi solo SIE), editrice de "l'Adige", principale quotidiano della Provincia Autonoma di Trento, abbia posto in essere una condotta costituente abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 3 della L. 10/10/1990, n. 287.

L'addebito discende dal rifiuto di concedere licenza sui contenuti editoriali della propria testata alle imprese fornitrici di rassegne stampa nella detta provincia.

Per conseguenza l'Autorità ha ingiunto alla SIE di astenersi per il futuro dal tenere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'accertata infrazione e le ha applicato la sanzione pecuniaria di € 1.083,34.

Ritenendo il provvedimento illegittimo la SIE lo ha impugnato con ricorso al T.A.R. Lazio – Roma, il quale, con sentenza 16/1/2020, n. 503, lo ha accolto sulla base della seguente motivazione: <<...*appare fondata la censura di difetto di istruttoria, articolata da SIE con riferimento a diversi profili dell'accertamento posto in essere dall'Autorità.*

In particolare, il provvedimento non appare sostenuto da adeguato apparato probatorio con riferimento all'accertamento della essenzialità della risorsa e della innovatività del prodotto. Quanto all'essenzialità della risorsa, va condivisa la ricostruzione di parte ricorrente che ha rappresentato come l'istruttoria condotta dall'Autorità abbia portato ad accertare solo la particolare utilità della disponibilità dei contenuti de "L'Adige" al fine di costruire una rassegna stampa locale.

E infatti, diversamente da quanto sostenuto dall'AGCM nel provvedimento e negli scritti difensivi, l'essenzialità ai fini del test EFD è integrata da una assoluta indispensabilità e non duplicabilità della risorsa, ciò che nel caso concreto risulta escluso, dal punto di vista dell'analisi controfattuale, dalla circostanza che, anche dopo il ritiro de "L'Adige" dal commercio, alcune gare per l'assegnazione della rassegna stampa si sono svolte e sono state aggiudicate in assenza della risorsa in esame, mentre altre gare, a cui ha partecipato un operatore che aveva la disponibilità de "L'Adige", sono state aggiudicate ad altri operatori privi della detta risorsa.

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

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

In proposito, la giurisprudenza amministrativa ha recentemente ricordato, come affinché un bene possa essere qualificato come una "essential facility", occorre che "... la risorsa in questione deve avere carattere di unicità ed essenzialità ossia deve essere indispensabile per lo svolgimento dell'attività da parte del soggetto richiedente. In secondo luogo, la risorsa deve

essere insostituibile e la sua duplicabilità deve risultare impossibile non solo per l'impresa che richiede l'accesso ma per qualsiasi impresa o soggetto richiedente” (così, Consiglio di Stato, sez. VI, 8 agosto 2014, n.4228, che evidenzia pure come non rilevino, ai fini del detto accertamento, le difficoltà soggettive del denunciante).

La stessa Corte di giustizia, del resto, aveva puntualmente evidenziato come “per stabilire se un prodotto o un servizio è indispensabile per consentire ad una impresa di svolgere la sua attività su un determinato mercato, si deve accertare se esistono prodotti o servizi che costituiscono soluzioni alternative, anche se meno vantaggiose, e se esistono ostacoli di natura tecnica, normativa o anche economica tali da rendere impossibile o quanto meno straordinariamente difficile, per qualsiasi impresa che voglia operare sul detto mercato, creare, eventualmente in collaborazione con altri operatori, prodotti o servizi alternativi” (Corte giustizia UE N. 02239/2018 REG.RIC. sez. V, 29/04/2004, n.418).

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

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

Avverso la sentenza ha proposto appello l'AGCM.

Per resistere al ricorso si è costituita in giudizio la SIE.

Con successive memorie le parti hanno ulteriormente illustrato le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 13/1/2022 la causa è passata in decisione.

Con un unico articolato mezzo di gravame si denuncia l'errore commesso dal Tribunale nel ritenere non sufficientemente provata la sussistenza di due

requisiti necessari per la configurabilità dell'illecito contestato, ovvero: a) la natura essenziale della risorsa oggetto di rifiuto; b) l'idoneità di quest'ultimo a impedire l'offerta di un prodotto "nuovo".

Con riguardo al primo requisito si rileva che, il carattere essenziale de "l'Adige", per gli acquirenti del servizio di rassegna stampa, sarebbe stato desunto dal fatto che quando SIE ha reso nota la propria intenzione di rendere inaccessibile "l'Adige" ai fornitori di tale servizio, molti clienti di Euregio avrebbero contattato l'operatore per comunicargli che, in ragione della essenzialità della risorsa in questione, essi non sarebbero stati più interessati ad acquistare una rassegna stampa che non la comprendesse.

L'essenzialità de "l'Adige" sarebbe stata accertata anche mediante l'invio di un questionario indirizzato agli acquirenti del servizio di rassegna della stampa locale della PAT, dal quale emergerebbe come per costoro una rassegna stampa che non includesse il contenuto editoriale de "l'Adige" sarebbe priva d'interesse.

Del resto, le critiche mosse nella sentenza all'attendibilità delle risposte date al questionario risulterebbero poco convincenti, dato che gli intervistati avrebbero chiaramente affermato di ritenere "essenziale" la testata editoriale in questione e il giudice non indicherebbe sulla base di quali dati ritiene che costoro abbiano attribuito all'aggettivo "essenziale" un significato diverso da quello usuale, con la conseguenza che la conclusione tratta dal giudice di prime cure risulterebbe illogica e apodittica.

Il questionario, peraltro, sarebbe stato formulato ispirandosi proprio al linguaggio utilizzato nelle comunicazioni inviate a Euregio dai propri clienti, nelle quali si qualifica "l'Adige" come testata "essenziale" la cui mancanza avrebbe fatto venir meno l'interesse all'acquisto della rassegna stampa.

Non configurerebbe una lacuna istruttoria nemmeno il fatto che l'Autorità abbia intervistato i clienti di Euregio e non altri fornitori del servizio di rassegna stampa, dato che una volta appurato che per i clienti delle

rassegne stampa locali “l’Adige” è essenziale, la testata diventerebbe una risorsa alla quale nessun fornitore del detto servizio potrebbe rinunciare. L’essenzialità dei contenuti de “l’Adige” non sarebbe, per contro, smentita dal rilievo che, nonostante la condotta abusiva, alcuni acquirenti del servizio avrebbero scelto come fornitore Euregio, benché priva di licenza per l’accesso ai contenuti della detta testata.

Tale circostanza, infatti, non dimostrerebbe che i rassegnisti non si siano impegnati verso i propri clienti a inserire i contenuti de “l’Adige” nelle proprie rassegne, né che per i clienti tali contenuti fossero irrilevanti, questi ultimi, piuttosto, avrebbero acquistato le rassegne lasciando ai fornitori l’incombente di procurarsi la disponibilità di tale testata.

La sentenza non sarebbe condivisibile nemmeno laddove ravvisa carenze istruttorie nell’accertamento dell’idoneità della condotta a impedire l’offerta di un prodotto “nuovo”.

Secondo il Tribunale il rifiuto di una risorsa coperta da privativa potrebbe ritenersi illecita solo se e in quanto impedisca l’offerta di un prodotto o servizio inesistente sul mercato prima della condotta abusiva e per questo “nuovo”. Al contrario l’illecito sussisterebbe sia nel caso in cui il rifiuto impedisca sin da principio la nascita di un prodotto ancora non esistente sul mercato e quindi “nuovo”, sia in quello in cui interrompe l’offerta di prodotti nati prima dell’abuso, ma “nuovi” rispetto all’oggetto della privativa, in quanto destinati a soddisfare un bisogno diverso da quello coperto dalla privativa stessa e per il quale esiste una domanda specifica.

Il prodotto di Euregio sarebbe, comunque, di per sé un prodotto innovativo, trattandosi di una rassegna stampa interamente digitale e basata su in sistema (*Infjuice*) ideato dalla stessa Euregio.

Il primo profilo della articolata censura più sopra sinteticamente riassunta, rivolto a criticare la sentenza nella parte in cui ha ritenuto carente l’istruttoria compiuta dall’Autorità al fine di accertare il carattere essenziale de “l’Adige”, per gli acquirenti del servizio di rassegna stampa

è infondato.

Secondo una consolidata giurisprudenza, il diritto esclusivo di riproduzione fa parte delle prerogative del titolare di un diritto di proprietà intellettuale, con la conseguenza che un diniego di licenza, pur provenendo da un'impresa in posizione dominante, non può costituire di per sé un abuso di tale posizione (Corte Giust. U.E. 5/10/1998 in C-238/87).

Tuttavia, dall'esercizio del diritto esclusivo da parte del titolare, può, in casi eccezionali, derivare un comportamento abusivo (citata sent. C-238/97 del 1998 e 6/4/1995 in cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P).

A tale fine il giudice unionale (Corte Giust. U.E. sez. V, 29/4/2004, in C-418/01) ha ritenuto necessario che ricorrano, cumulativamente, le seguenti condizioni:

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

Orbene, come correttamente rilevato dal Tribunale, nel caso di specie l'Autorità ha ritenuto sussistente il requisito dell'essenzialità della risorsa rifiutata sulla base di un'istruttoria incongrua e insufficiente.

E invero, affinché sia integrato il suddetto requisito dell'essenzialità occorre che la risorsa negata sia assolutamente indispensabile e oggettivamente non duplicabile (Cons. Stato, Sez. VI, 8/8/2014, n. 4228 secondo cui non rilevano ai fini del detto requisito eventuali difficoltà soggettive del denunciante), nel senso che senza di essa non sia possibile realizzare il prodotto o servizio nuovo da immettere nel mercato rilevante.

Ma nella fattispecie la sussistenza di tale condizione non risulta dimostrata.

Difatti, anche dopo il rifiuto di concedere l'utilizzo de "L'Adige", alcune gare per l'assegnazione della rassegna stampa locale si sono svolte e sono state aggiudicate pur in assenza dei contenuti della detta testata, mentre altre gare, sono state aggiudicate a operatori privi della risorsa, benché altri candidati ne disponessero.

Non convince la tesi difensiva dell'AGCM laddove, nel tentativo di negare rilevanza a tale circostanza, afferma che: *"il fatto che gli enti appaltanti non richiedono che gli offerenti dimostrino di avere un accordo con gli editori per poter utilizzare lecitamente i contenuti delle varie testate non esprime un disinteresse verso le testate, ma solo che gli enti in questione intendono lasciare nella responsabilità del rassegnista, che promette il monitoraggio delle riviste comprese nel bando, l'onere di acquisire i titoli legittimanti l'accesso a tali testate"*.

La tesi è, infatti, contraddetta dalla presenza di casi in cui la gara è stata aggiudicata a candidati la cui offerta non contemplava i contenuti de "l'Adige".

Tra questi proprio Euregio che ha ottenuto, in data 3/2/2017, l'aggiudicazione del servizio di *media monitoring* dalla società Trentino Sviluppo, benché non disponesse della risorsa, e ciò, contrariamente a quanto si afferma nel provvedimento sanzionatorio impugnato, prima dell'adozione delle misure cautelari disposte dall'Autorità nei confronti di SIE, con delibera in data 7/2/2017.

Peraltro, nella *"nota di chiarimento"*, datata 12/1/2017, emessa da Trentino Sviluppo in risposta a un quesito sull'essenzialità dei contenuti de "l'Adige", posto proprio da Euregio, si afferma che: *"Qualora un operatore si trovi nelle condizioni di non poter fornire legalmente la rassegna stampa per tale testata è chiamato a segnalare questa indisponibilità in sede di formalizzazione dell'offerta. Spetterà quindi alla Commissione di gara valutare se e in che misura tenerne conto ai fini dell'assegnazione dei punteggi di valutazione tecnica delle singole offerte"*. Il ché, com'è evidente, esclude la natura essenziale, nel senso di assolutamente indispensabile, della risorsa.

La gravata pronuncia risulta convincente anche laddove ha ritenuto inattendibili le risposte date al questionario predisposto dall'Autorità per appurare l'essenzialità de "l'Adige".

Il quesito posto chiedeva agli intervistati di dire se per essi il monitoraggio di tale testata fosse o meno essenziale e per quale ragione. Ma la domanda così formulata è idonea a indurre una risposta, "forzata", nel senso che non c'è alcun riscontro sul fatto che gli intervistati intendessero effettivamente affermare di ritenere i contenuti della testata indispensabili e irrinunciabili ai fini dell'acquisto della rassegna stampa.

Il questionario avrebbe dovuto essere strutturato in modo da ottenere risposte che consentissero di saggiare la reale volontà degli intervistati, per es. chiedendo loro se in caso di assenza della risorsa sarebbero stati ugualmente interessati ad acquistare il servizio di *media monitoring*.

Non è implausibile, quindi, che, come sostenuto dal Tribunale, l'espressione sia stata intesa dagli intervistati <<nel significato più colloquiale di "elevato gradimento" o di "grande utilità">>.

Risulta illogica e criticabile anche la scelta di non sentire sul punto gli altri operatori del settore delle rassegne stampa locali diversi dal segnalante, dato che, in tesi, anche costoro sarebbero rimasti "*pregiudicati dal comportamento di SIE*" e sarebbero stati "*sostanzial(i) beneficiari dell'intervento sanzionatorio*".

Poco significativa risulta pure la circostanza che alcuni clienti di Euregio abbiano affermato che in assenza della risorsa mancante non sarebbero stati più interessati a utilizzare la rassegna stampa da questa realizzata, considerato il ristrettissimo numero di soggetti (tre) che hanno manifestato tale volontà.

In ogni caso il suddetto elemento probatorio è controbilanciato dal fatto che, invece, alcune gare sono state aggiudicate anche in assenza di tali contenuti.

Tanto basta a ritenere che l'AGCM non abbia correttamente accertato la sussistenza il requisito dell'essenzialità della risorsa, per cui, in assenza di quest'ultimo, la condotta addebitata a SIE non può integrare, come più sopra rilevato, gli estremi dell'abuso di posizione dominante.

Il ché rende superfluo l'esame dell'ulteriore censura prospettata con l'unico motivo d'appello e delle doglianze non affrontate in primo grado e in questa sede riproposte dall'appellata con la memoria di costituzione.

L'appello va, pertanto, respinto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi o eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Spese e onorari di giudizio, liquidati come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese processuali in favore della parte appellata, liquidandole forfettariamente in complessivi € 4.000/00 (quattromila), oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Hadrian Simonetti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Giordano Lamberti, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE
Sergio De Felice

IL SEGRETARIO