Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
NIILO JÄÄSKINEN
presentate il 26 aprile 2012 [1]

Causa C-138/11

Compass-Datenbank GmbH
contro
Republik Österreich

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Oberster Gerichtshof (Austria)]

«Concorrenza — Abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE — Nozione di "impresa" — Riutilizzo di dati del settore pubblico — Divieto assoluto di riutilizzare dati del pubblico registro delle imprese — Rifiuto da parte di uno Stato membro di autorizzare il trasferimento in blocco di dati ai fini del loro sfruttamento commerciale — Identificazione del mercato a monte — Infrastrutture essenziali — Rifiuto di consegnare — Direttiva 68/151/CEE — Direttiva 96/9/CE — Direttiva 2003/98/CE»

I – Introduzione

1. Nella presente causa l'Oberster Gerichtshof (Corte suprema austriaca) chiede delucidazioni in ordine alla questione se lo Stato austriaco, vietando sia il riutilizzo dei dati contenuti nel suo pubblico registro delle imprese (in prosieguo: il «registro delle imprese»), sia la commercializzazione di tali dati per creare un più ampio servizio di informazioni commerciali, agisca in qualità di «impresa» ai sensi dell'articolo 102 TFUE. In caso di risposta affermativa, si chiede alla Corte di precisare se sia applicabile la cosiddetta dottrina delle infrastrutture essenziali. Tale dottrina riguarda situazioni in cui il controllo di risorse da parte di un'impresa sul mercato a monte determina una posizione dominante sul mercato a valle.

2. Tali questioni sono sorte in un contesto nel quale assumono rilevanza i principi di diritto dell'Unione concernenti la tutela giuridica delle banche dati, la tenuta di pubblici registri delle imprese da parte degli Stati membri e il riutilizzo delle informazioni del settore pubblico. Infatti, da un lato, la Repubblica d'Austria invoca una direttiva che le impone di tenere un registro relativo alle informazioni riguardanti le imprese, un'altra direttiva concernente la tutela giuridica delle banche dati e una terza direttiva sul riutilizzo delle informazioni pubbliche. Dall'altro, la Compass-Datenbank, la società all'origine della presente causa, fonda i propri argomenti relativi all'abuso di posizione dominante sulla direttiva concernente il riutilizzo delle informazioni pubbliche e invoca, più specificamente, la dottrina delle «infrastrutture essenziali».

1 — Lingua originale: l'inglese.

II – Diritto dell'Unione

Direttiva 68/151/CEE [2]

3. L'articolo 3 della direttiva 68/151 stabilisce quanto segue:

«1. In ciascuno Stato membro viene costituito un fascicolo, o presso un registro centrale, o presso il registro di commercio o registro delle imprese, per ogni società iscritta.

2. Tutti gli atti e le indicazioni soggetti a pubblicità a norma dell'articolo 2 sono inseriti nel fascicolo o trascritti nel registro; (…)

3. Una copia integrale o parziale di ogni atto o indicazione di cui all'articolo 2 deve potersi ottenere su richiesta. Dal 1º gennaio 2007 al più tardi, le richieste possono essere presentate al registro, in forma cartacea o per via elettronica, a scelta del richiedente.

A decorrere da una data che ciascuno Stato membro sceglierà, ma che non potrà essere posteriore al 1º gennaio 2007, le copie di cui al primo comma sono ottenibili dal registro su supporto cartaceo o per via elettronica, a scelta del richiedente. (…)

Il costo per il rilascio – parziale o integrale, su supporto cartaceo o per via elettronica – degli atti o delle indicazioni di cui all'articolo 2 non può essere superiore al costo amministrativo.

Le copie trasmesse su supporto cartaceo sono certificate conformi, salvo rinuncia del richiedente. Le copie in formato elettronico non sono certificate conformi, salvo che il richiedente non ne faccia esplicita richiesta. (…)

4. La pubblicità degli atti e delle indicazioni di cui al paragrafo 2 è garantita mediante la pubblicazione, integrale o per estratto, o sotto forma di una menzione dell'avvenuto deposito del documento nel fascicolo o dell'avvenuta trascrizione nel registro, nel bollettino nazionale designato dallo Stato membro. Il bollettino nazionale designato a tale scopo dallo Stato membro può essere costituito in formato elettronico. (…)

5. Gli atti e le indicazioni sono opponibili dalla società ai terzi soltanto una volta effettuata la pubblicità di cui al paragrafo 4, a meno che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza.

Tuttavia, per le operazioni avvenute prima del sedicesimo giorno successivo a quello di detta pubblicità, gli atti e le indicazioni non sono opponibili ai terzi che provino di essere stati nell'impossibilità di averne conoscenza. (…)».

2 — Prima direttiva 68/151/CEE del Consiglio, del 9 marzo 1968, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 58, secondo comma, del Trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi (GU L 65, pag. 8), come modificata dalla direttiva 2003/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 luglio 2003, che modifica la direttiva 68/151/CEE del Consiglio per quanto riguarda i requisiti di pubblicità di taluni tipi di società (GU L 221, pag. 13).

Direttiva 96/9/CE [3]

4. Il quarantesimo e il quarantunesimo considerando della direttiva 96/9 così recitano:

«(40) considerando che oggetto del diritto "sui generis" è di assicurare la tutela di un investimento effettuato per costituire, verificare o presentare il contenuto di una banca di dati per la durata limitata del diritto; che tale investimento può consistere nell'impegnare mezzi finanziari e/o tempo, lavoro ed energia;

(41) considerando che l'obiettivo del diritto "sui generis" è di accordare al costitutore di una banca di dati la possibilità di impedire l'estrazione e/o il reimpiego non autorizzati della totalità o di una parte sostanziale del contenuto di tale banca; che il costitutore di una banca di dati è la persona che prende l'iniziativa e si assume il rischio di effettuare gli investimenti; che ciò esclude in particolare i subappaltatori dalla definizione di costitutore».

5. L'articolo 7 della direttiva 96/9, intitolato «Oggetto della tutela», contenuto nel capitolo III, intitolato «Diritto "sui generis"», dispone quanto segue:

«1. Gli Stati membri attribuiscono al costitutore di una banca di dati il diritto di vietare operazioni di estrazione e/o reimpiego della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della stessa, valutata in termini qualitativi o quantitativi, qualora il conseguimento, la verifica e la presentazione di tale contenuto attestino un investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo.

2. Ai fini del presente capitolo:

a) per "estrazione" si intende il trasferimento permanente o temporaneo della totalità o di una parte sostanziale del contenuto di una banca di dati su un altro supporto con qualsiasi mezzo o in qualsivoglia forma;

b) per "reimpiego" si intende qualsiasi forma di messa a disposizione del pubblico della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della banca di dati mediante distribuzione di copie, noleggio, trasmissione in linea o in altre forme. La prima vendita di una copia di una banca dati nella Comunità da parte del titolare del diritto, o con il suo consenso, esaurisce il diritto di controllare la rivendita della copia nella Comunità.

(…)

3. Il diritto di cui al paragrafo 1 può essere trasferito, ceduto o essere oggetto di licenza contrattuale.
(…)

5. Non sono consentiti l'estrazione e/o il reimpiego ripetuti e sistematici di parti non sostanziali del contenuto della banca di dati che presuppongano operazioni contrarie alla normale gestione della banca dati o che arrechino un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi del costitutore della banca di dati».

3 — Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati (GU L 77, pag. 20).

Direttiva 2003/98/CE [4]

6. L'ottavo e il nono considerando della direttiva 2003/98 così recitano:

«(8) Affinché il riutilizzo dei documenti del settore pubblico avvenga in condizioni eque, adeguate e non discriminatorie, le modalità di tale riutilizzo devono essere soggette ad una disciplina generale. Gli enti pubblici raccolgono, producono, riproducono e diffondono documenti in adempimento dei loro compiti di servizio pubblico. L'uso di tali documenti per altri motivi costituisce riutilizzo. Le politiche degli Stati membri possono spingersi oltre le norme minime stabilite dalla presente direttiva, consentendo un più ampio riutilizzo.

(9) La presente direttiva non prescrive l'obbligo di consentire il riutilizzo di documenti. La decisione di autorizzare o meno il riutilizzo spetta agli Stati membri o all'ente pubblico interessato. (…) Gli enti pubblici dovrebbero essere incoraggiati a rendere disponibili per il riutilizzo tutti i documenti in loro possesso. Gli enti pubblici dovrebbero promuovere e incoraggiare il riutilizzo di documenti, compresi i testi ufficiali di carattere legislativo e amministrativo, nei casi in cui gli enti pubblici hanno il diritto di autorizzarne il riutilizzo».

7. Il ventiduesimo considerando della direttiva 2003/98 enuncia che «(…) La direttiva lascia impregiudicate l'esistenza o la titolarità di diritti di proprietà intellettuale da parte degli enti pubblici e non limita in alcun modo l'esercizio dei diritti al di là di quanto da essa stabilito. (…) Gli enti pubblici dovrebbero comunque esercitare il proprio diritto di autore in maniera tale da agevolare il riutilizzo dei documenti».

8. L'articolo 1 della direttiva 2003/98, intitolato «Oggetto e ambito di applicazione», dispone, al paragrafo 1, quanto segue:

«La presente direttiva detta un complesso minimo di norme in materia di riutilizzo e di strumenti pratici per agevolare il riutilizzo dei documenti esistenti in possesso degli enti pubblici degli Stati membri».

9. L'articolo 2, paragrafo 4, della direttiva 2003/98 definisce il riutilizzo come «l'uso di documenti in possesso di enti pubblici da parte di persone fisiche o giuridiche a fini commerciali o non commerciali diversi dallo scopo iniziale nell'ambito dei compiti di servizio pubblico per i quali i documenti sono stati prodotti. Lo scambio di documenti tra enti pubblici esclusivamente in adempimento dei loro compiti di servizio pubblico non costituisce riutilizzo».

10. L'articolo 3 della direttiva 2003/98, intitolato «Principio generale», così recita:

«Gli Stati membri provvedono affinché, ove sia permesso il riutilizzo di documenti in possesso degli enti pubblici, questi documenti siano riutilizzabili a fini commerciali o non commerciali conformemente alle condizioni indicate nei capi III e IV. I documenti sono resi disponibili, ove possibile, per via elettronica».

4 — Direttiva 2003/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 novembre 2003, relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico (GU L 345, pag. 90).

III – Procedimento principale, diritto nazionale applicabile e questioni pregiudiziali

A – *Il registro delle imprese*

11. Ai sensi degli articoli 1 e 2 della legge relativa al registro delle imprese (Firmenbuchgesetz; in prosieguo: l'«FBG»)[5], le imprese sono tenute a pubblicare nel registro delle imprese determinate informazioni che, in applicazione delle medesime disposizioni, devono essere rese accessibili al pubblico. A norma dell'articolo 3, tali informazioni includono la denominazione delle imprese, la loro forma giuridica, la loro sede, l'indicazione del loro ramo di attività, le loro filiali, i nomi, la data di nascita e il tipo di procura dei legali rappresentanti, nonché i dettagli relativi a qualsiasi procedura di liquidazione o all'apertura di qualsiasi procedura d'insolvenza.

12. Fino al 1990 le informazioni in possesso dello Stato austriaco erano accessibili al pubblico attraverso i tribunali presso i quali erano tenuti i registri delle imprese. È ancora possibile consultare il registro delle imprese presso le preture (Berzirksgerichte) nonché presso i notai (articoli 33 e 35 dell'FBG), dietro pagamento di una tassa.

13. A partire dal 1º gennaio 1991 il registro delle imprese è stato informatizzato e alla fine del 1994 tutti i dati relativi alle imprese erano stati nuovamente registrati. Dal 1993 il pubblico poteva effettuare ricerche mediante videotel interattivi e dal 1999 è possibile effettuare ricerche nel registro delle imprese via Internet. Ai sensi dell'articolo 34 dell'FBG, chiunque è legittimato ad eseguire singole consultazioni del registro delle imprese mediante trasmissione elettronica, compatibilmente con i mezzi tecnici e personali a sua disposizione.

14. L'accesso del pubblico al registro delle imprese per via elettronica è cambiato nel 1999, quando la Repubblica d'Austria ha affidato inizialmente a cinque agenzie di fatturazione (Verrechnungsstellen) il compito di fornire accesso al registro delle imprese tramite Internet[6]. Tali agenzie riscuotono una tassa e percepiscono una commissione per i loro servizi. Le tasse dovute per le consultazioni singole e globali sono stabilite dal regolamento relativo alla banca dati del registro delle imprese (Firmenbuchdatenbankverordnung; in prosieguo: l'«FBDV»[7]). Le tasse vengono riscosse dalle agenzie di fatturazione e versate allo Stato. Esse sono calcolate in funzione del tipo di informazione richiesta. Il distinto importo della commissione per il servizio fornito dalle agenzie di fatturazione deve essere approvato dal Ministero della Giustizia.

15. La banca dati del registro delle imprese è una banca dati protetta. Il titolare del diritto sui generis sulla banca dati è lo Stato austriaco. Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, dell'FBDV, l'autorizzazione a consultare il registro delle imprese non conferisce il diritto a compiere atti di distribuzione («divieto di riutilizzo»). Tale diritto è riservato allo Stato austriaco, in quanto costitutore della banca dati, in conformità con le pertinenti disposizioni della legge sul diritto d'autore adottata in attuazione della direttiva 96/9[8].

5 — BGBl. n. 10/1991.

6 — Il rappresentante della Repubblica d'Austria ha spiegato in udienza che tale soluzione è stata adottata per il solo motivo che non esistevano infrastrutture statali per la fatturazione e i pagamenti on-line relativi alle consultazioni via Internet del registro delle imprese.

7 — BGBl. II n. 240/1999.

8 — Secondo le osservazioni scritte della Compass-Datenbank, prima del 1998 lo Stato austriaco non godeva della tutela del diritto d'autore per i pubblici registri.

B – *La banca dati della Compass-Datenbank*

16. Per oltre 130 anni la Compass-Datenbank GmbH (in prosieguo: la «Compass-Datenbank») e i suoi danti causa hanno avuto a propria disposizione raccolte di informazioni, conservate dallo Stato austriaco, attinenti ad imprese e società. A partire dal 1995 essi hanno iniziato a costituire una banca dati commerciale ed industriale, accessibile via Internet e i cui dati sono in parte attinti dalle suddette informazioni.

17. La banca dati della Compass-Datenbank contiene un complesso di informazioni aggiuntive rispetto a quelle contenute nel registro delle imprese. Essa include dati relativi alle partecipazioni azionarie, ai numeri di telefono e di fax, agli indirizzi di posta elettronica e ai rami di attività delle imprese elencate, nonché una breve descrizione delle loro attività e le banche in cui detengono conti. Per poter fornire tale servizio di informazione, la Compass-Datenbank deve ricevere quotidianamente aggiornamenti dei dati registrati nel registro delle imprese, che essa completa successivamente con le proprie ricerche.

18. Fino al dicembre 2001 la Compass-Datenbank ha ricevuto tali dati dal centro di elaborazione dati federale, senza alcuna restrizione in merito al loro riutilizzo. La Compass-Datenbank poteva ricevere tali dati in qualità di editore del Zentralblatt für Eintragungen in das Firmenbuch der Republik Österreich (Bollettino centrale per le iscrizioni nel registro delle imprese della Repubblica d'Austria). La Compass-Datenbank riutilizzava gli stessi dati per la propria banca dati commerciale e industriale.

C – *Procedimento nazionale*

19. Nel 2001 lo Stato austriaco ha promosso un procedimento dinanzi all'Handelsgericht Wien (Tribunale commerciale di Vienna) chiedendo, tra l'altro, che fosse vietato alla Compass-Datenbank di utilizzare dati provenienti dal registro delle imprese e, in particolare, di memorizzarli, riprodurli o trasmetterli a terzi. Con decisione del 9 aprile 2002 l'Oberster Gerichtshof ha accolto parzialmente una domanda di provvedimenti cautelari proposta a tale fine e ha ingiunto alla Compass-Datenbank, in attesa della decisione definitiva, di non riutilizzare i dati del registro delle imprese per l'aggiornamento della propria banca dati commerciale ed industriale e, in particolare, di non memorizzare o riprodurre in altro modo dati da tale registro per inoltrarli a terzi, per renderli loro accessibili oppure per estrarne informazioni, sempreché non avesse ricevuto tali dati dietro un congruo corrispettivo versato allo Stato austriaco. L'ordinanza di rinvio non precisa se i giudici austriaci si siano successivamente pronunciati in via definitiva in tale procedimento.

20. Tuttavia, ciò nonostante, il rappresentante della Compass-Datenbank ha spiegato in udienza che quest'ultima ha continuato a ricevere i dati del registro delle imprese, ma dietro pagamento di un corrispettivo che la Repubblica d'Austria considera insufficiente.

21. Il 21 dicembre 2006 la Compass-Datenbank ha avviato, a sua volta, un distinto procedimento, nel quale chiedeva che lo Stato austriaco fosse condannato a mettere a sua disposizione, conformemente alla legge federale relativa al riutilizzo delle informazioni degli uffici pubblici (Bundesgesetz über die Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen; in prosieguo: l'«IWG») [9], determinati documenti disponibili presso il registro delle imprese, dietro pagamento di un congruo corrispettivo. Più specificamente, la Compass-Datenbank chiedeva che tale accesso avvenisse sotto forma di estratti contenenti dati aggiornati inerenti ai soggetti di diritto ivi registrati per i quali fossero state eseguite iscrizioni o cancellazioni il giorno precedente, sia estratti contenenti dati storici.

9 — BGBl. I n. 135/2005. Tale questione non è esposta in maniera dettagliata nell'ordinanza di rinvio, come non lo è la pertinente disposizione da me citata. Tuttavia, rilevo che l'articolo 7 dell'IWG prevede che il corrispettivo chiesto dalle autorità per il riutilizzo di informazioni del settore pubblico non debba superare i costi ad esso afferenti sommati ad un ragionevole margine di utile.

22. Nel corso del procedimento nazionale è stato dichiarato che l'IWG non conferisce alcun diritto alla Compass-Datenbank. Tuttavia, è stato constatato che detta società potrebbe far valere taluni argomenti fondati sul diritto della concorrenza. Dopo varie fasi dinanzi a diversi giudici austriaci, la controversia è stata deferita all'Oberster Gerichtshof, il quale ha ritenuto che occorresse sottoporre alla Corte le seguenti tre questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che una pubblica autorità svolge un'attività imprenditoriale, qualora memorizzi in una banca dati (il registro delle imprese) i dati comunicati dalle imprese in base a obblighi legali di notificazione e, a pagamento, conceda la consultazione e/o consenta la produzione di copie cartacee, ma ne vieti qualsiasi impiego ulteriore.

In caso di risposta negativa alla questione sub 1):

2) Se sussista attività imprenditoriale allorquando la pubblica autorità, invocando il diritto sui generis in qualità di costitutore di una banca dati, vieta qualsiasi impiego che vada oltre la concessione della consultazione e la produzione di copie cartacee.

In caso di risposta affermativa alle questioni sub 1) o sub 2):

3) Se l'articolo 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che i principi sanciti nelle sentenze del 6 aprile 1995, RTE e ITP/Commissione, «Magill» (C-241/91 P e C-242/91 P, Racc. pag. I-743), nonché del 29 aprile 2004, IMS Health (C-418/01, Racc. pag. I-5039) [10] ("dottrina delle infrastrutture essenziali") devono essere applicati anche qualora non sussista alcun "mercato a monte", in quanto i dati tutelati vengono raccolti e memorizzati in una banca dati (registro delle imprese) nell'ambito di attività comportanti l'esercizio di pubblici poteri».

23. Hanno presentato osservazioni scritte la Compass-Datenbank, i governi austriaco, irlandese, olandese, polacco e portoghese nonché la Commissione europea. La Compass-Datenbank, i governi austriaco e irlandese e la Commissione europea hanno partecipato all'udienza del 2 febbraio 2012.

IV – Analisi

A – *Osservazioni preliminari*

1. Il ruolo delle agenzie di fatturazione

24. Dalle osservazioni delle parti emerge che occorre esaminare preliminarmente il ruolo delle agenzie di fatturazione e, in particolare, la sua incidenza sulla valutazione della questione se lo Stato austriaco eserciti un'attività economica.

25. Come rilevato supra al paragrafo 14, nel 1999 è stato introdotto un nuovo sistema di accesso al registro delle imprese tramite le agenzie di fatturazione. Dietro pagamento, queste ultime forniscono un accesso on-line al registro delle imprese. Il rappresentante della Repubblica d'Austria ha spiegato in udienza che, attualmente, tutte le imprese che soddisfano i requisiti di qualità del servizio e di rendimento possono essere accettate come agenzie di fatturazione. Al momento esistono dieci agenzie incaricate di svolgere tale funzione, una delle quali appartiene al medesimo gruppo di società della Compass-Datenbank [11].

10 — Nota relativa alla versione inglese delle conclusioni.

11 — In udienza è stato precisato che tale agenzia di fatturazione è una consociata della Compass-Datenbank.

26. Le agenzie di fatturazione stabiliscono, tramite Internet, il contatto tra il registro delle imprese e il cliente. È fatto loro divieto di riutilizzare i dati del registro delle imprese e di modificare il contenuto o la presentazione delle informazioni trasmesse. Esse non possono nemmeno estenderne i contenuti attraverso la pubblicità. Ai clienti delle agenzie di fatturazione è anche vietato riutilizzare i dati in modo da violare i diritti sui generis della Repubblica d'Austria sul registro delle imprese. Ciò significa che il divieto di riutilizzo derivante dal diritto sui generis è assoluto e viene applicato dalla Repubblica d'Austria in modo non discriminatorio.

27. È importante ricordare che, con le domande presentate dinanzi ai giudici nazionali, la Compass-Datenbank chiede che lo Stato austriaco le conceda il diritto di trasferire in blocco i dati recenti iscritti nel registro delle imprese, dietro un congruo corrispettivo, unitamente al diritto di riutilizzarli al fine di poterli includere nei dati del proprio servizio di informazione e di commercializzarli.

28. La domanda della Compass-Datenbank è diretta a consentirle di fornire un servizio sviluppato sulla base dei dati già accessibili a chiunque attraverso le agenzie di fatturazione. Come sottolineato dalla Compass-Datenbank in udienza, essa intende offrire qualcosa di più di una semplice copia delle informazioni fornite dalle agenzie di fatturazione. Essa desidera apportare un valore aggiunto a tali informazioni integrandole con altri elementi. Inoltre, il suo modello commerciale presuppone che essa abbia accesso a dati recenti e aggiornati per un prezzo inferiore alle tasse riscosse dalle agenzie di fatturazione. Ciò corrisponde esattamente a quanto richiesto nell'ambito del procedimento nazionale promosso dalla Compass-Datenbank, la quale ha proposto un determinato importo che essa considera un congruo corrispettivo da versare allo Stato austriaco.

29. Per due ordini di motivi è importante avere un quadro preciso del ruolo delle agenzie di fatturazione. Anzitutto, per stabilire se un'autorità pubblica agisca in veste di «impresa» ai sensi del diritto della concorrenza dell'Unione, occorre esaminare le singole attività svolte dall'autorità in questione. Quest'ultima sarà classificata come «impresa» qualora dette attività siano di natura «economica» [12]. Pertanto, per stabilire se l'articolo 102 TFUE sia applicabile alla presente controversia, sono rilevanti le attività dello Stato austriaco e non quelle delle agenzie di fatturazione.

30. Questa distinzione è anche importante in quanto, per stabilire se, nel rifiutare di fornire un prodotto o servizio, un'impresa abusi della propria posizione dominante, occorre anzitutto identificare il mercato sul quale l'impresa di cui trattasi occupa una posizione dominante. Tale analisi deve quindi essere incentrata sullo Stato austriaco anziché sulle agenzie di fatturazione.

31. A mio parere, il sistema in questione deve essere esaminato nel modo seguente. La Repubblica d'Austria attribuisce concessioni di servizio pubblico alle agenzie di fatturazione. Sono giunto a tale conclusione in quanto, sotto la vigilanza del Ministero della Giustizia, dette agenzie dispongono di una certa libertà per determinare il prezzo dell'accesso on-line al registro delle imprese (la commissione che si somma alla tassa prevista dalla legge) e percepiscono tale commissione da terzi, e non dall'amministrazione aggiudicatrice con la quale hanno stipulato i contratti [13]. I rischi commerciali connessi all'accesso on-line al registro delle imprese sono sopportati dalle agenzie di fatturazione, il che induce a ritenere che la Repubblica d'Austria abbia semplicemente attribuito loro una concessione [14].

12 — V. sentenze del 23 aprile 1991, Höfner e Elser (C-41/90, Racc. pag. I-1979, punto 21); del 16 marzo 2004, AOK Bundesverband e a. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, Racc. pag. I-2493, punto 59), e del 19 gennaio 1994, SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol (C-364/92, Racc. pag. I-43, punto 18).

13 — V. sentenze del 10 settembre 2009, Eurawasser (C-206/08, Racc. pag. I-8377, punti 53-57), e del 10 marzo 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (C-274/09, Racc. pag. I-1335, punti 24 e 25). Secondo il diritto derivato dell'Unione, la concessione di servizi è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire il servizio o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

14 — V. sentenze Eurawasser (punti 67 e 68), e Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (punto 26).

32. Benché sia pacifico che il diniego di uno Stato membro di attribuire una licenza esclusiva mediante una concessione di servizi è subordinato al rispetto delle norme fondamentali del Trattato UE e del Trattato FUE in generale, compreso l'articolo 56 TFUE e, in particolare, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione a motivo della nazionalità, nonché il conseguente obbligo di trasparenza [15], gli obblighi degli Stati membri non vanno al di là di questo. I contratti di concessione di servizio pubblico non sono disciplinati dalle direttive in materia di appalti pubblici [16].

33. Rilevo, incidentalmente, che si potrebbe porre la questione se le tasse e/o la commissione supplementare riscossa dalle agenzie di fatturazione siano superiori al «costo amministrativo» ammissibile per il rilascio di copie di atti o indicazioni cui fa riferimento l'articolo 3, paragrafo 3, della direttiva 68/151. Tuttavia, la questione se la Repubblica d'Austria agisca in maniera incompatibile con la direttiva 68/151 non è pertinente al fine di stabilire se detto Stato membro agisce come impresa [17] allorquando rifiuta di concedere l'accesso in blocco ai dati in discussione nella presente causa e l'autorizzazione a riutilizzarli.

34. Inoltre, benché sia evidente che le attività delle agenzie di fatturazione devono essere considerate di natura economica, nemmeno tale questione è rilevante al fine di stabilire se la Repubblica d'Austria, negando alla Compass-Datenbank una licenza per l'accesso in blocco o l'autorizzazione al riutilizzo dei dati del registro delle imprese, abbia posto in essere un comportamento abusivo. Infatti, le agenzie di fatturazione esercitano la loro attività su un mercato distinto ed indipendente rispetto a quello sul quale intende operare la Compass-Datenbank. Esse sono attive sul mercato dell'accesso on-line al registro delle imprese. In altri termini, si limitano a fornire una via d'accesso elettronica e un'interfaccia clienti decentrata per le informazioni in possesso dello Stato austriaco.

35. La Compass-Datenbank non è esclusa da tale mercato, bensì può accedervi a condizioni non discriminatorie. Come ho già rilevato, una delle società del suo stesso gruppo è, infatti, una delle agenzie di fatturazione attive su tale mercato. La Compass-Datenbank non chiede di poter riutilizzare le informazioni trasmesse dalle agenzie di fatturazione, alle quali è parimenti vietato tale riutilizzo, bensì di poter accedere a tali dati con modalità diverse. Essa sostiene che la Repubblica d'Austria, impedendo la creazione o il mantenimento del mercato della commercializzazione dei dati in questione, pone in essere un comportamento abusivo.

2. Pertinenza delle direttive

36. Le osservazioni scritte dei governi austriaco e olandese sollevano un'ulteriore questione che dev'essere risolta in via preliminare. Si tratta di stabilire in qual modo (e sempre se) gli obblighi imposti alla Repubblica d'Austria dalle direttive 68/151 e 2003/98 influiscano sulla questione se detto Stato eserciti un'attività economica, il che è rilevante ai fini dell'applicabilità dell'articolo 102 TFUE.

37. È fuori dubbio che, in caso di conflitto diretto tra una direttiva ed una disposizione di diritto primario del Trattato UE o del Trattato FUE, compreso l'articolo 102 TFUE, prevalga la seconda. Tuttavia, nell'Unione europea, così come in qualsiasi sistema di governo fondato sui principi di costituzionalità e dello Stato di diritto, spetta al legislatore prendere in considerazione e ponderare le norme e i principi più generali e astratti sanciti dalla Costituzione o, nel caso dell'Unione europea, dai Trattati [18].

15 — Sentenza del 3 giugno 2010, Sporting Exchange (C-203/08, Racc. pag. I-4695, punto 39).

16 — Sentenza Sporting Exchange (punto 39).

17 — Merita invece un esame più approfondito la questione se le tasse per la consultazione del registro delle imprese, riscosse dalla Repubblica d'Austria sul fondamento del proprio diritto sui generis sulla banca dati, siano tanto elevate da conferire carattere economico all'attività.

18 — Per tale motivo, gli atti normativi dell'Unione non possono essere disapplicati, a meno che la Corte non abbia confermato l'esistenza di un'incompatibilità con i Trattati nell'ambito di un procedimento concernente la validità di un atto di diritto derivato. V. sentenza del 22 ottobre 1987, Foto-Frost (314/85, Racc. pag. 4199).

38. Secondo la tesi sostenuta in particolare dal governo olandese nelle sue osservazioni scritte, l'esistenza e il contenuto di direttive hanno la stessa rilevanza delle norme di diritto nazionale al fine di stabilire se uno Stato membro eserciti un'attività economica rientrante nell'ambito di applicazione dell'articolo 102 TFUE o se, al contrario, esso agisca nell'esercizio di prerogative dei pubblici poteri, che sono escluse da tale ambito. Il criterio che consente di stabilire se un'autorità pubblica eserciti un'attività economica presuppone che si prendano in considerazione la natura di tale attività, il suo oggetto e le *norme alle quali è soggetta* [19]. Ciò include tutte le direttive applicabili, come evidenziato nella causa Selex Sistemi Integrati/Commissione [20], in cui una direttiva assumeva rilevanza al fine di valutare se le attività di Eurocontrol fossero di natura economica o pubblica.

39. Ritengo pertanto che le direttive, anziché essere escluse dall'analisi sulla base della gerarchia delle norme, debbano essere considerate un elemento importante della valutazione che la Corte è chiamata ad operare. Sia la direttiva 68/151 che la direttiva 2003/98, così come la direttiva 96/9, contengono disposizioni rilevanti al fine di stabilire se la Repubblica d'Austria, vietando il riutilizzo di dati del registro delle imprese e rifiutando di autorizzare l'accesso in blocco a tali dati, eserciti un'attività economica oppure una prerogativa dei pubblici poteri.

B – *Sulla prima e sulla seconda questione*

1. L'oggetto delle questioni sollevate

40. Si chiede alla Corte di stabilire se, nelle circostanze del caso di specie, la Repubblica d'Austria costituisca un'«impresa» ai sensi dell'articolo 102 TFUE e se la dottrina delle «infrastrutture essenziali» sia pertinente ai fini della soluzione della controversia, tenuto conto dell'asserita assenza di un mercato a monte.

41. Ciò premesso, ritengo che il compito della Corte si limiti a fornire al giudice nazionale chiarimenti sulla questione se la Repubblica d'Austria agisca nell'esercizio di competenze o prerogative dei pubblici poteri con esclusione di attività economiche [21] o se, al contrario, almeno una delle attività in questione costituisca un'attività economica che può essere scissa dalle attività pubbliche di detto Stato [22]. In quest'ultima ipotesi, si chiede alla Corte di fornire chiarimenti sui criteri giuridici sottesi alla valutazione di un abuso di posizione dominante consistente nel rifiuto di fornire beni o servizi [23], e più in particolare sulle circostanze nelle quali il diniego di concedere una licenza per l'accesso ad elementi protetti da un diritto sui generis su una banca dati rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 102 TFUE.

42. Esaminerò i primi due punti analizzando congiuntamente la prima e la seconda questione pregiudiziale. L'ultimo punto, relativo al diniego di concedere una licenza, sarà trattato esaminando separatamente la terza questione.

19 — V. sentenza SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol (punto 30). Il corsivo è mio.

20 — Sentenza del 12 dicembre 2006 (T-155/04, Racc. pag. II-4797), oggetto di un'impugnazione che ha dato luogo alla sentenza del 26 marzo 2009, Selex Sistemi Integrati/Commissione (C-113/07 P, Racc. pag. I-2207).

21 — V. sentenze SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol (punto 30); del 18 marzo 1997, Calì & Figli/Servizi Ecologici Porto di Genova (C-343/95, Racc. pag. I-1547, punti 22 e 23), e Selex Sistemi Integrati/Commissione (C-113/07 P, punto 70).

22 — V. sentenza SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol (punto 28); sentenza del 12 dicembre 2000, Aéroports de Paris/Commissione (T-128/98, Racc. pag. II-3929, punto 108). Il principio di scindibilità è stato affermato dalla Corte nella sentenza del 24 ottobre 2002, Aéroports de Paris/Commissione (C-82/01 P, Racc. pag. I-9297, punto 81).

23 — V. sentenze del 5 ottobre 1988, CICRA e Maxicar (53/87, Racc. pag. 6039), e Volvo (238/87, Racc. pag. 6211); Magill; del 26 novembre 1998, Bronner (C-7/97, Racc. pag. I-7791); IMS Health; del 17 settembre 2007, Microsoft/Commissione (T-201/04, Racc. pag. II-3601).

43. Come osservato dal governo polacco, tali questioni implicano che la Corte esamini tre attività specifiche alla luce della propria giurisprudenza relativa alle circostanze nelle quali un'autorità pubblica agisce in qualità di impresa ed è quindi soggetta alle norme dell'Unione che vietano l'abuso di posizione dominante, conformemente all'articolo 102 TFUE. Tali attività sono le seguenti:

i) memorizzazione in una banca dati (il registro delle imprese) delle informazioni comunicate dalle imprese in adempimento di un obbligo legale di notificazione;

ii) prestazione dietro compenso di un servizio di consultazione e/o di stampa di elementi del registro delle imprese,

e

iii) divieto di riutilizzo delle informazioni contenute nel registro delle imprese.

44. Prima di esaminare tali questioni, va rilevato che la normativa austriaca applicabile rispecchia una politica restrittiva sulle possibilità per i terzi di fornire servizi di informazione commerciale elaborando i dati del registro delle imprese. Altri Stati membri, come l'Irlanda, hanno adottato un approccio più liberale e consentono, ad esempio, il rilascio di licenze per l'accesso in blocco e il riutilizzo di tali dati a fini commerciali. A prescindere dai pregi di queste diverse impostazioni, il diritto dell'Unione impone limiti alle scelte politiche degli Stati membri solo laddove essi agiscano in qualità di impresa.

2. La memorizzazione delle informazioni nel registro delle imprese

45. Nel diritto della concorrenza la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento [24]. Ciò include gli Stati membri. Non ha rilevanza il fatto che lo Stato membro agisca direttamente tramite un organo che fa parte della pubblica amministrazione o tramite un ente cui ha conferito diritti speciali o esclusivi [25]. Occorre invece esaminare l'indole delle attività svolte dalla pubblica impresa o dall'ente in questione [26].

46. Gli enti pubblici possono sottrarsi alla qualificazione come impresa solo se esercitano competenze o prerogative dei pubblici poteri con esclusione di qualsiasi attività economica [27]. È necessario esaminare singolarmente ciascuna attività svolta dall'ente pubblico di cui trattasi. Se tali attività possono essere separate, l'ente pubblico costituisce un'impresa nei limiti in cui esercita attività economiche [28]. Le attività economiche consistono, secondo la giurisprudenza, nell'offrire beni e servizi su un determinato mercato [29].

47. È indubbio che la memorizzazione in una banca dati, nella fattispecie il registro delle imprese, delle informazioni fornite dalle imprese in adempimento di un obbligo legale di notificazione si ricollega, per la sua natura, il suo oggetto e le norme alle quali è soggetta, all'esercizio di prerogative pubbliche [30].

24 — V. sentenza SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol (punto 18).

25 — V. sentenza Calì & Figli/Servizi Ecologici Porto di Genova (punto 17).

26 — Ibidem, (punto 18).

27 — V. citate sentenze SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol (punti 27-30); Calì & Figli/Servizi Ecologici Porto di Genova (punto 22), e Selex Sistemi Integrati/Commissione (C-113/07 P, punto 70).

28 — V. sentenza SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol (punto 28).

29 — Sentenza Aéroports de Paris/Commissione (T–128/98, punto 107); sentenze Aéroports de Paris/Commissione (C-82/01 P, punto 79); dell'11 luglio 2006, FENIN/Commissione (C-205/03 P, Racc. pag. I-6295, punto 25), e del 3 marzo 2011, AG2R Prévoyance (C-437/09, Racc. pag. I-973, punto 42). Può sussistere una partecipazione rilevante ad un mercato anche quando l'attività svolta non persegua uno scopo di lucro. V. conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro nella causa FENIN/Commissione (paragrafo 14), e sentenza Selex Sistemi Integrati/Commissione (C-113/07 P, punto 115).

30 — V. sentenze Calì & Figli/Servizi Ecologici Porto di Genova (punto 23), e SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol (punto 30).

48. La memorizzazione di dati nel registro delle imprese, in ottemperanza ad un obbligo legale in tal senso, costituisce un'attività svolta nell'interesse generale della certezza del diritto. I soggetti di diritto menzionati all'articolo 2 dell'FBG sono tenuti a fornire le informazioni di cui all'articolo 3 del medesimo per adempiere ai requisiti di registrazione previsti dagli articoli 4, 5, 6 e 7. Esse devono inoltre comunicare tempestivamente qualsiasi modifica dei dati già iscritti (v. articolo 10 dell'FBG). Lo Stato austriaco può comminare sanzioni amministrative per garantire che le informazioni che devono essere pubblicate vengano trasmesse integralmente ed entro i termini prescritti (articolo 24 dell'FBG). Tale elemento è rilevante, in quanto l'esistenza di prerogative e di poteri coercitivi in deroga al diritto comune rappresenta un noto indicatore dell'esercizio di prerogative pubbliche [31].

49. Inoltre, tale attività è direttamente connessa agli obblighi incombenti alla Repubblica d'Austria in forza della direttiva 68/151 e, in particolare, del suo articolo 3. Quest'ultimo obbliga gli Stati membri a tenere un registro centrale, un registro di commercio o un registro delle imprese. Il medesimo articolo impone inoltre agli Stati membri di garantire la pubblicità delle informazioni ivi contenute nonché un ragionevole accesso alle medesime.

50. Si deve osservare che i privati, pur potendo materialmente creare, raccogliere e commercializzare informazioni relative alle imprese, non possono conferire loro lo status giuridico che caratterizza i dati iscritti nel registro ufficiale delle imprese, vale a dire l'opponibilità nei confronti di terzi [32]. Tale effetto giuridico può essere creato solo mediante specifiche disposizioni di legge. Lo scopo esplicito dei registri pubblici, quale il registro delle imprese, consiste nel creare una fonte di informazioni attendibile nei rapporti giuridici e pertanto nel garantire la certezza del diritto necessaria ai fini degli scambi sul mercato.

3. Prestazione di un servizio di consultazione del registro delle imprese

51. Anche tale attività corrisponde incontestabilmente all'esercizio di una funzione pubblica. È evidente che i registri pubblici come il registro delle imprese possono conseguire il loro scopo essenziale, vale a dire il rafforzamento della certezza del diritto mediante la messa a disposizione trasparente di informazioni giuridicamente attendibili, solo se l'accesso ad essi è aperto a tutti.

52. Come rilevato dal governo olandese, il fatto che venga riscossa una tassa non obbliga a concludere che si tratti di un'attività economica. Attività di natura chiaramente non economica comportano spesso il pagamento di una tassa per i servizi prestati. Le tasse riscosse dai tribunali o dagli ufficiali giudiziari ne costituiscono un esempio lampante. Un'attività pubblica non diventa un'attività economica per sua natura solo perché può essere economicamente redditizia per l'ente pubblico in questione.

53. L'articolo 3, paragrafo 3, terzo comma, della direttiva 68/151 dispone che il costo per il rilascio di una copia estratta dal registro delle imprese non può essere superiore al «costo amministrativo». Sia nelle osservazioni scritte che nell'intervento orale all'udienza, la Commissione ha sostenuto che lo Stato austriaco, invocando il suo diritto sui generis sui dati del registro delle imprese, tutela i propri interessi economici.

54. Allo stato, non risulta che la tassa in questione, di per sé o sommata alla commissione percepita dalle agenzie di fatturazione, sia superiore al costo amministrativo della fornitura di copie di atti o indicazioni contenuti nel registro delle imprese ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 3, della direttiva 68/151. Se così fosse, le tariffe applicate dalla Repubblica d'Austria potrebbero essere contestate dinanzi ai giudici nazionali o, in generale, nell'ambito di un procedimento per inadempimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE.

31 — V. sentenza SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol (punto 24).

32 — V. articolo 3, paragrafo 5, della direttiva 68/151.

55. Quand'anche la prestazione di un servizio di consultazione e/o di produzione di stampe del registro delle imprese fosse considerata un'attività economica, essa sarebbe inscindibile dalle funzioni di raccolta dei dati. L'attività economica potrebbe essere separata da quella pubblica se la prima non fosse strettamente connessa alla seconda, e se fra tali attività intercorresse solo un rapporto indiretto [33]. Come osservato dall'avvocato generale Poiares Maduro, qualsiasi manifestazione dell'esercizio dell'autorità pubblica diretta alla regolazione del mercato e non alla partecipazione ad esso è esclusa dall'ambito di applicazione del diritto della concorrenza [34]. Risulta in particolare dal tenore letterale dell'articolo 3 della direttiva 68/151 che la tenuta del registro delle imprese è inscindibilmente connessa al fatto di garantire un accesso ragionevole allo stesso.

56. Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte, il fatto che le agenzie di fatturazione, le quali forniscono l'interfaccia per l'accesso on-line del pubblico alle informazioni in questione, non siano dotate di poteri coercitivi e che tra di esse esista una certa forma di concorrenza limitata [35] non altera in alcun modo il nesso inscindibile tra l'accesso alle informazioni e la raccolta delle stesse. D'altro canto, le agenzie di fatturazione sono soggette al controllo dello Stato, attraverso la supervisione del Ministero della Giustizia sulle tasse che esse possono riscuotere dagli utenti [36].

4. Divieto di riutilizzo delle informazioni

57. La tesi della Compass-Datenbank presenta un elemento di novità, in quanto si fonda sul fatto che la Repubblica d'Austria, per adempiere agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'articolo 102 TFUE, è tenuta ad agire, anziché ad astenersi dal farlo. A tale proposito può essere utile rammentare i limiti entro i quali gli Stati membri sono tenuti ad adoperarsi attivamente per assolvere ai loro obblighi scaturenti dal diritto della concorrenza dell'Unione. Mentre esiste un obbligo generale di astenersi da qualsiasi misura che possa mettere a rischio gli obiettivi del Trattato, compresa la politica della concorrenza [37], gli obblighi positivi degli Stati membri restano limitati.

58. Tali principi sono stati recentemente ribaditi nella sentenza AG2R Prévoyance [38], in cui la Corte ha ricordato che l'articolo 101 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, fa obbligo agli Stati membri di non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, aventi natura legislativa o regolamentare, atti ad eliminare l'effetto utile delle norme in materia di concorrenza applicabili alle imprese [39]. Inoltre, a norma dell'articolo 106, paragrafo 1, TFUE, gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei Trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 TFUE e da 101 TFUE a 109 TFUE, salvo quanto previsto all'articolo 106, paragrafo 2, TFUE [40].

33 — V. sentenza Selex Sistemi Integrati/Commissione (C-113/07 P, punti 76 e 77).

34 — V. conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro nella causa FENIN/Commissione. (paragrafo 15).

35 — V. sentenza AOK Bundesverband e a. (punto 56).

36 — V. sentenza Calì & Figli/Servizi Ecologici Porto di Genova (punto 24). L'accesso ad un'attività pubblica può dipendere dall'intervento di «custodi» la cui attività riveste carattere economico, come dimostrano, tra l'altro, le disposizioni secondo cui le parti devono essere rappresentate in giudizio da un avvocato. V., a titolo di esempio, articolo 19, paragrafo 3, dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea.

37 — Sentenza del 18 giugno 1991, ERT (C-260/89, Racc. pag. I-2925).

38 — Punti 24 e 25.

39 — V., inter alia, sentenze AG2R Prévoyance (punto 24); del 21 settembre 1999, Brentjens' (da C-115/97 a C-117/97, Racc. pag. I-6025, punto 65), e Drijvende Bokken (C-219/97, Racc. pag. I-6121, punto 55).

40 — V. sentenza AG2R Prévoyance (punto 25).

59. Nessuno di tali principi può essere utile alla tesi della Compass-Datenbank. Le disposizioni pertinenti del diritto austriaco non eliminano l'effetto utile delle norme dell'Unione in materia di concorrenza. Nella giurisprudenza nulla consente di obbligare gli Stati membri a fornire informazioni agli operatori economici, o ad agevolare in altro modo la creazione di nuovi mercati, in mancanza di misure concernenti il mercato interno destinate ad aprire alla concorrenza settori tradizionalmente riservati al monopolio statale [41].

60. Le presenti fattispecie non corrispondono neppure ad una concessione ad un'impresa di diritti speciali o esclusivi. Al contrario, il divieto di riutilizzo e di commercializzazione dei dati conservati nel registro delle imprese, al di fuori delle attività delle agenzie di fatturazione consistenti nel fornire la possibilità di accedere on-line alla banca dati, vale per tutti, e non solo per la Compass-Datenbank. Infatti, allo stato attuale del diritto dell'Unione, «il costitutore della banca di dati può riservarsi un diritto di accesso esclusivo alla stessa o riservarne l'accesso a determinati soggetti (…) o ancora subordinare tale accesso a condizioni particolari, per esempio di carattere finanziario» [42]. Come ho già rilevato, la direttiva 2003/98 «non prescrive l'obbligo» per gli Stati membri «di consentire il riutilizzo di documenti» [43].

61. I governi austriaco, olandese e portoghese invocano anche l'articolo 7 della direttiva 96/9 relativa alla tutela giuridica delle banche di dati, nonché il diritto sui generis di proteggere queste ultime [44]. Ritengo, tuttavia, che ciò sia sostanzialmente irrilevante per stabilire se un divieto di riutilizzo di dati costituisca un'attività pubblica o economica ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Sembra chiaro che gli enti pubblici possono far valere diritti di natura privatistica per tutelare i loro compiti di pubblico interesse, ad esempio vietando, in qualità di proprietario del fondo, l'accesso ad una struttura militare. Per contro, il diritto sui generis assume rilevanza nel contesto della terza questione pregiudiziale, al fine di stabilire se e in quali circostanze il titolare di un diritto di proprietà intellettuale possa essere obbligato a concedere una licenza.

62. In conclusione, propongo alla Corte di rispondere in senso negativo alla prima e alla seconda questione pregiudiziale.

C – *Sulla terza questione*

63. Poiché ho risposto in senso negativo alle prime due questioni pregiudiziali, non è necessario rispondere alla terza. Tuttavia, esporrò alcune considerazioni che potrebbero risultare utili alla Corte qualora dovesse decidere che la Repubblica d'Austria ha effettivamente svolto un'attività economica raccogliendo i dati del registro delle imprese, o mettendoli a disposizione del pubblico, o in entrambi i casi.

41 — Come è accaduto, ad esempio, nel settore delle telecomunicazioni.

42 — V. sentenza del 9 ottobre 2008, Directmedia Publishing (C-304/07, Racc. pag. I-7565, punto 52). V. anche sentenza del 9 novembre 2004, The British Horseracing Board e a. (C-203/02, Racc. pag. I-10415, punto 55). Sia il quarantasettesimo considerando che l'articolo 13 della direttiva 96/9 indicano chiaramente che il diritto sui generis non pregiudica quanto previsto, in particolare, dalle norme dell'Unione in materia di abuso di posizione dominante (v. sentenza Directmedia Publishing, punto 56). Tuttavia, poiché sono giunto alla conclusione che la Repubblica d'Austria non esercita un'attività economica che ne giustifichi la qualificazione come «impresa» ai sensi del diritto della concorrenza dell'Unione, non si pone un problema di violazione di tale diritto.

43 — V. nono considerando della direttiva 2003/98. V. anche articolo 3 della medesima direttiva, il quale precisa che l'ambito di applicazione della direttiva è limitato ai casi in cui lo Stato membro interessato abbia «permesso», per libera scelta, «il riutilizzo di documenti in possesso degli enti pubblici». Ciò sembra indicare che il divieto di riutilizzo dei dati rappresenta un legittimo esercizio di una politica di governo, e quindi di una funzione pubblica, e non di un'attività economica.

44 — Sulla portata del divieto di riutilizzo non autorizzato ai sensi dell'articolo 7 della direttiva 96/9, v. sentenza The British Horseracing Board e a. (punto 61). Per il chiarimento in merito alla definizione di una banca dati protetta, v. sentenze The British Horseracing Board e a., e del 9 novembre 2004, Fixtures Marketing (C-46/02, Racc. pag. I-10365).

64. Con tale questione si chiede alla Corte di fornire chiarimenti in ordine ai principi elaborati nelle sentenze Magill e IMS Health («dottrina delle infrastrutture essenziali») e di esaminarne l'applicabilità nel caso in cui non esista un «mercato a monte», in quanto i dati protetti vengono raccolti e memorizzati in una banca dati (il registro delle imprese) nell'esercizio di un'attività pubblica. La questione assume rilievo solo qualora si ritenga che, nelle circostanze del caso di specie, la Repubblica d'Austria abbia agito in qualità di impresa.

65. Occorre anzitutto identificare il mercato a monte [45]. Infatti, l'assenza di una posizione dominante su tale mercato comporterebbe necessariamente l'assenza di un abuso sul mercato a valle, talora indicato come mercato vicino o mercato derivato. Nella fattispecie esiste un mercato parallelo dell'accesso on-line ai dati grezzi del registro delle imprese attraverso le agenzie di fatturazione, ma non esiste un mercato a monte dell'accesso in blocco a dati del registro delle imprese legalmente riutilizzabili e dai quali la Compass-Datenbank possa attingere al fine di realizzare un prodotto integrato. A monte si trovano invece due funzioni: una che implica la raccolta e la registrazione dei dati e un'altra che garantisce l'accesso a tali dati. Le due cause essenziali ai fini della risoluzione della presente controversia, ossia Magill e IMS Health, erano molto diverse.

66. Nella causa Magill le imprese dichiarate colpevoli di un abuso di posizione dominante per avere negato una licenza sui programmi delle loro trasmissioni, ostacolando così l'emergere di un mercato delle guide complete dei programmi televisivi, erano incontestabilmente dominanti sul mercato a monte delle informazioni relative ai programmi televisivi, in quanto detenevano un monopolio di fatto sulle informazioni utilizzate per l'elaborazione degli elenchi dei programmi televisivi [46]. Tale posizione dominante sul mercato a monte conferiva loro un vantaggio su un potenziale mercato a valle in cui sussisteva una potenziale concorrenza. Nella causa Magill la RTE e l'ITP intendevano riservare lo sfruttamento commerciale dei programmi delle trasmissioni ai loro licenziatari operanti sul mercato a monte, impedendo così la creazione di un mercato delle guide complete dei programmi televisivi.

67. Analogamente, nella causa IMS Health l'impresa alla quale era stato chiesto il rilascio di una licenza esercitava un'attività economica ed occupava una posizione dominante sul mercato rilevante, ossia quello della presentazione alle imprese farmaceutiche di dati relativi alle vendite regionali di prodotti farmaceutici. Le «strutture ad aree» tutelate dal diritto d'autore attraverso le quali detta impresa presentava i dati relativi alle vendite erano divenute un punto di riferimento corrente e l'avevano collocata in una posizione dominante. La Corte ha osservato che nel rifiuto dell'impresa dominante di concedere ad un concorrente una licenza per l'utilizzo della struttura ad aree potrebbe ravvisarsi un comportamento abusivo solo in circostanze eccezionali [47]. In tutti i casi di sfruttamento di una licenza esclusiva devono sussistere tre condizioni cumulative, ossia che il rifiuto i) costituisca ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori, ii) sia ingiustificato e iii) sia idoneo ad escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato [48].

68. Tornando al caso di specie, va rilevato che l'ordinanza di rinvio non contiene informazioni sul mercato a valle rilevante. Sappiamo che la Compass-Datenbank intende commercializzare ed integrare i dati grezzi del registro delle imprese detenuto dallo Stato austriaco per realizzare un servizio di informazioni commerciali più completo. Tuttavia, non disponiamo delle informazioni chiave relative alla posizione della Compass-Datenbank sul mercato di tale servizio integrato, quali la sua quota di mercato e il rapporto tra la stessa e le quote di mercato degli altri operatori, ammesso che sussista. Come osservato dalla Corte, «la delimitazione del mercato rilevante in termini merceologici e

45 — V. sentenza IMS Health (punto 45): «(…) è determinante 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».

46 — V. sentenza Magill (punto 47).

47 — V. sentenza IMS Health (punto 35).

48 — V. sentenza IMS Health (punto 38). V., più recentemente, sentenza Microsoft/Commissione (punti 331-335), in cui il Tribunale di primo grado espone una breve sintesi dello stato del diritto per quanto riguarda il rifiuto di concedere una licenza e l'abuso di posizione dominante.

geografici nonché il calcolo delle quote di mercato detenute dalle diverse imprese che operano su tale mercato costituiscono il punto di partenza di qualsiasi valutazione di una situazione alla luce del diritto della concorrenza» [49]. Qualora non potesse effettuare tale valutazione, la Corte dovrebbe dichiarare irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale [50].

69. L'ordinanza di rinvio non precisa se vi siano concorrenti significativi della Compass-Datenbank che offrano servizi di informazione commerciale in concorrenza con la sua banca dati. Se non ve ne fossero, risulterebbe che la Compass-Datenbank occupa una posizione dominante, chiaramente connessa alla sua funzione storica di editore del *Zentralblatt*. La Compass-Datenbank ha potuto ricevere i dati di cui necessita anche in seguito all'ingiunzione dell'Oberster Gerichtshof del 2002, il cui fondamento giuridico non viene spiegato nell'ordinanza di rinvio, per un corrispettivo che la Repubblica d'Austria considera insufficiente. Tuttavia, nella presente causa la Compass-Datenbank cerca sostanzialmente di ottenere un accesso privilegiato ai dati del registro delle imprese a condizioni giuridiche ed economiche più vantaggiose rispetto a quelle applicate ai terzi. Nella fattispecie sussiste quindi una certa indeterminatezza fattuale rispetto alla questione se l'asserito abuso riguardi la politica tariffaria, il diniego di fornire un servizio o il diniego di fornire accesso ad un'infrastruttura essenziale.

70. Si pone inoltre il problema di stabilire in cosa consista l'infrastruttura essenziale detenuta dallo Stato austriaco. Le due possibilità più ovvie sono il diritto sui generis sulla banca dati del registro delle imprese o l'accesso ai dati di detto registro non ancora divulgati. In ogni caso, l'infrastruttura negata non può essere l'accesso ai dati grezzi in quanto tale, poiché esso viene fornito a tutti in condizioni non discriminatorie attraverso le agenzie di fatturazione [51].

71. Ho già concluso che un divieto non discriminatorio di riutilizzo costituisce un esercizio di politica di governo, peraltro consentito dal nono considerando e dall'articolo 3 della direttiva 2003/98. Tuttavia, non si può negare che, di fatto, il rifiuto della Repubblica d'Austria di fornire dati recenti e aggiornati ed il divieto di riutilizzo impediscano di fornire un servizio per il quale sembra esistere una comprovata domanda dei consumatori. Tuttavia, come osservato dall'avvocato generale Jacobs nella causa Bronner, un provvedimento che imponga di concedere un diritto di proprietà intellettuale, «venga esso interpretato come applicazione della dottrina delle infrastrutture essenziali o, più tradizionalmente, come reazione al rifiuto di fornire beni o servizi, [può] essere giustificato, dal punto di vista della politica della concorrenza, soltanto nei casi in cui l'impresa dominante detenga un'effettiva posizione di supremazia sul mercato vicino» [52].

72. Nel caso di specie è dubbio che il rifiuto di concludere un accordo e il divieto di riutilizzo escludano qualsiasi concorrenza sul mercato derivato. Teoricamente, se venisse effettivamente data esecuzione al divieto di riutilizzo, il che non sembra essere accaduto fino ad ora, ciò osterebbe all'esistenza del mercato derivato e quindi di una concorrenza sullo stesso, sempreché il riutilizzo dei dati del registro delle imprese sia indispensabile, nel senso indicato dalla giurisprudenza della Corte [53], al fine di fornire un servizio utile di informazioni commerciali relative alle imprese. Tuttavia, il rifiuto di fornire informazioni mediante un accesso in blocco a dati recenti e aggiornati non può escludere di per sé la concorrenza sul mercato derivato. Esso provoca solo un ritardo nella presentazione di prodotti aggiornati, quali il servizio fornito dalla Compass-Datenbank, ed aumenta il costo della loro fornitura.

49 — Sentenza del 17 febbraio 2005, Viacom Outdoor (C-134/03, Racc. pag. I-1167, punto 27).

50 — V. sentenza Viacom Outdoor (punto 29).

51 — Sotto questo aspetto, la presente causa è analoga a quella decisa con sentenza del 12 giugno 1997, Tiercé Ladbroke/Commissione (T-504/93, Racc. pag. II-923, punto 124), in cui il Tribunale ha rilevato che non erano state rilasciate licenze sul mercato geografico rilevante e, pertanto, non si era verificata alcuna discriminazione. Nel caso di specie non sussiste discriminazione in quanto il registro delle imprese è accessibile a tutti attraverso le agenzie di fatturazione.

52 — V. conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella causa Bronner (paragrafo 65).

53 — V. sentenze Bronner (punti 41-46), e IMS Health (punti 28, 45 e 49).

V – Conclusione

73. Per le ragioni sopra esposte, propongo alla Corte di rispondere come segue alle questioni sollevate dall'Oberster Gerichtshof:

«L'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che un'autorità pubblica non agisce come impresa qualora memorizzi in una banca dati (il registro delle imprese) i dati comunicati dalle imprese in base ad obblighi legali di notificazione. Essa non agisce neppure come impresa qualora consenta la consultazione e la produzione di stampe di estratti del registro, ma vieti qualsiasi impiego ulteriore di tali dati, invocando il proprio diritto sui generis alla tutela, in quanto costitutore della banca dati, o altri motivi».