ORDINANZA DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE
26 ottobre 2001 *

Nel procedimento T-184/01 R,

IMS Health Inc., società dotata di personalità giuridica ai sensi delle leggi dello Stato del Delaware, con sede in Fairfield, Connecticut (Stati Uniti d'America), rappresentata da N. Levy e J. Temple Lang, Solicitors, e da R. O'Donoghue, Barrister, con domicilio eletto in Lussemburgo,

richiedente,

contro

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dai sigg. E. Gippini Fournier, F. Siredney-Garnier e A. Whelan, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo,

resistente,

* Lingua processuale: l'inglese.

sostenuta da

AzyX Deutschland GmbH Geopharma Information Services, con sede in Neu-Isenburg (Germania), rappresentata da L. Levi, G. Vandersanden e D. Dugois, lawyers, con domicilio eletto in Lussemburgo,

e

National Data Corporation, società dotata di personalità giuridica ai sensi delle leggi dello Stato del Delaware, con sede in Atlanta, Georgia (Stati Uniti d'America), rappresentata da I. Forrester, Q.C., F. Fine, Solicitor, C. Price e A.F. Gagliardi, lawyers, con domicilio eletto in Lussemburgo,

e

NDC Health GmbH & Co. KG, con sede in Bad Camberg (Germania), rappresentata da I. Forrester, Q.C., F. Fine, Solicitor, M. Powell, C. Price e A.F. Gagliardi, lawyers, con domicilio eletto in Lussemburgo,

intervenienti,

avente ad oggetto un'istanza di provvedimenti provvisori in relazione alla decisione della Commissione 3 luglio 2001, relativa ad un procedimento ai sensi dell'art. 82 del Trattato CE (Caso COMP D3/38.044 — NDC Health/IMS Healt: misure provvisorie),

IL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO
DELLE COMUNITÀ EUROPEE

ha emesso la seguente

Ordinanza

Contesto

1 Le imprese produttrici di farmaceutici necessitano di informazioni relative alle vendite sia dei loro propri prodotti sia di quelli dei loro concorrenti al fine di sviluppare le loro politiche di commercializzazione. Poiché un'alta percentuale di prescrizioni mediche è dispensata da farmacie situate nelle vicinanze dei medici che hanno emesso la prescrizione, i dati che riguardano le vendite di prodotti farmaceutici alle farmacie da parte dei grossisti riflettono con buona approssimazione i prodotti prescritti con preferenza dai medici e, di conseguenza, permettono ai produttori di farmaci di valutare l'effettivo rendimento degli informatori scientifici che hanno parlato con essi.

2 Le relazioni riguardanti i dati sulle vendite (o sul mercato) regionali si basano sui dati che le imprese che forniscono alle imprese farmaceutiche servizi relativi ai dati sulle vendite acquistano dai grossisti farmaceutici. Gli accordi tra i grossisti e i fornitori di servizi relativi ai dati sulle vendite regionali in Germania contengono patti volti all'osservanza degli obblighi dei primi relativamente alla Bundesdatenschutzgesetz (legge federale tedesca sulla protezione dei dati). La Bundesdatenschutzgesetz dispone che le informazioni sulle vendite farmaceutiche siano

accorpate per gruppi di almeno tre farmacie all'interno di ogni area geografica cui i dati forniti si riferiscono. In pratica risulta che l'osservanza di tale condizione necessita l'inclusione di almeno quattro o cinque farmacie per ogni segmento geografico.

3 L'elaborazione dei dati grezzi sulle vendite regionali forniti dai grossisti farmaceutici è effettuata dai fornitori delle relazioni riguardanti i dati sulle vendite a seconda delle rispettive strutture di raccolta. Tali dati sono poi verificati e raccolti in base a strutture «modulari», sulle quali sono eseguite varie analisi da parte dei fornitori del servizio. I moduli suddividono un paese in aree geografiche, artificialmente definite. Lo scopo essenziale di una struttura modulare è quello di creare all'interno di un mercato particolare segmenti di territorio che abbiano un potenziale di realizzazione di vendita uguale o comparabile, pur rispettando le esigenze di tutela dei dati e talune delimitazioni territoriali. In Germania le aree di vendita degli informatori scientifici sono individuate facendo riferimento ad un aggregato di vari moduli.

4 I dati raccolti sulla base di una struttura modulare formano la base delle relazioni sulle vendite regionali. Tali relazioni sono distribuite dai fornitori di servizio alle imprese farmaceutiche su supporto cartaceo, su CD-ROM, in linea o in una combinazione di tali forme, a seconda delle preferenze del cliente. I dati sono poi elaborati dalle imprese farmaceutiche al loro interno o dalle stesse trasmessi ad altre imprese perché i dati vi siano analizzati per loro conto.

5 La IMS (Intercontinental Marketing Services) Health Incorporated (in prosieguo: la «richiedente» o la «IMS») è una società con sede negli Stati Uniti che fornisce un'ampia gamma di servizi in materia di ricerche di mercato, di commercializzazione e di gestione di vendite al settore farmaceutico. Essa è il principale fornitore mondiale di soluzioni in materia di informazione all'industria farmaceutica ed al settore delle cure sanitarie. La IMS opera in 100 paesi. In Germania essa fornisce,

per il tramite della sua consociata tedesca (la IMS Health GmbH & Co. OHG; in prosieguo: la «IMS Health»), un servizio relativo ai dati sulle vendite regionali alle imprese farmaceutiche interessate. Dal 2000 il suo servizio è basato su una struttura modulare detta «struttura di 1860 moduli». Tale struttura a moduli riveste un'importanza centrale nel presente procedimento.

6 Sin dal 1969 la richiedente investì risorse per lo sviluppo in Germania di servizi relativi ai dati basati su una struttura modulare. Essa iniziò usando una struttura di 329 segmenti modulari. Alla fine degli anni '80 questa prima struttura embrionale fu suddivisa in strutture più elaborate contenenti inizialmente 418 e poi 922 segmenti. Nel 1991 l'ulteriore suddivisione di un certo numero di città portò alla formazione di una struttura di 1 086 moduli. Nel 1992 furono aggiunti altri 244 moduli, corrispondenti ad entità amministrative della ex Repubblica democratica tedesca, per tener conto degli effetti della riunificazione tedesca. Nel 1993, a seguito dell'introduzione in Germania di un codice postale basato su un sistema a cinque cifre, si rese necessaria la completa rielaborazione della struttura modulare. La riorganizzazione di 119 città portò alla creazione di una struttura di 1 845 moduli.

7 Dal 1998 la richiedente avviava un programma di sviluppo volto alla creazione, tra l'altro, di una nuova struttura modulare. Nel 1999 il programma culminava nello sviluppo di una struttura di 1 860 moduli. La struttura di 1 860 moduli è stata lanciata sul mercato nel gennaio 2000 e costituisce ormai il nucleo essenziale del servizio di fornitura di dati sulle vendite regionali svolto dalla IMS Health in Germania.

8 Sospettando che due sue concorrenti nel mercato tedesco, la Pharma Intranet Information AG (in prosieguo: la «PI») e l'AzyX Deutschland GmbH Geopharma Information Services (in prosieguo: l'«AzyX»), create da suoi ex dirigenti e che inizialmente erano penetrate nel mercato tedesco vendendo servizi basati su strutture modulari diverse, in realtà, all'inizio del 2000, vendessero servizi basati

su copie della struttura di 1 860 moduli, la richiedente decideva di ricorrere per violazione del diritto d'autore dinanzi al Landgericht Frankfurt am Main (Tribunale di Francoforte sul Meno; in prosieguo: il «Landgericht Frankfurt»). Tali procedimenti venivano iniziati, rispettivamente, il 26 maggio 2000 contro la PI ed il 22 dicembre 2000 contro l'AzyX.

9 Nel procedimento contro la PI il Landgericht Frankfurt, il 16 novembre 2000, confermando una precedente sentenza del 12 ottobre, dichiarava che, in forza della normativa tedesca sul diritto d'autore, la richiedente era titolare, tramite la IMS Health, di un diritto d'autore sulla struttura di 1 860 moduli. Nella stessa sentenza esso confermava anche un'ordinanza, emessa il 27 ottobre 2000, con cui si inibiva alla PI ed al sig. Lederer, un ex direttore generale della IMS Health, di utilizzare le strutture modulari «derivate» dalla struttura di 1 860 moduli.

10 Nell'agosto 2000 la National Data Corporation (in prosieguo: la «NDC»), un'impresa anch'essa con sede negli Stati Uniti e concorrente internazionale della richiedente, rilevava la PI. Il 26 ottobre 2000 essa chiedeva alla richiedente di rilasciarle una licenza di utilizzo della struttura di 1 860 moduli in contropartita di diritti di licenza annui di DEM 10 000 (euro 5 112,92). Con lettera 28 novembre 2000 la richiedente respingeva l'offerta mentre la causa relativa al diritto d'autore era ancora pendente dinanzi ai giudici nazionali, in quanto la PI aveva impugnato le sentenze 27 ottobre e 16 novembre 2000 del Landgericht Frankfurt. In una successiva lettera 18 dicembre 2000 la richiedente rifiutava di avviare una trattativa per la licenza sostenendo che non era indispensabile che la NDC fruisse della struttura di 1 860 moduli per farle concorrenza nel mercato tedesco.

11 Il 4 dicembre 2000 la NDC Health GmbH & Co. KG, consociata tedesca della NDC (in prosieguo: la «NDC Health») adiva il Landgericht Nürenburg-Fürth

perché lo stesso dichiarasse che la IMS Health non era legittimata a chiederle di non utilizzare strutture basate, tra l'altro, sulla struttura di 1 860 moduli. Comunque, il 28 dicembre 2000, la IMS Health otteneva un'ordinanza d'urgenza dal Landgericht Frankfurt che vietava, tra l'altro, l'utilizzo da parte della NDC Health della struttura di 1 860 moduli.

12 Il 19 giugno 2001 il ricorso presentato dalla PI contro le sentenze 27 ottobre e 16 novembre 2000 veniva respinto dall'Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Corte di appello di Francoforte sul Meno; in prosieguo: l'«Oberlandesgericht Frankfurt»).

13 Il 12 luglio 2001 il Landgericht Frankfurt respingeva il ricorso presentato dalla NDC Health avverso l'ordinanza d'urgenza pronunciata contro di lei il 28 dicembre 2000.

14 Il 30 agosto 2001, nell'ambito del procedimento principale relativo al diritto di autore pendente tra la IMS Health e la NDC Health, il Landgericht Frankfurt, con riguardo ad una domanda presentata dalla prima per ottenere un'ordinanza definitiva volta ad inibire alla seconda l'utilizzo della struttura di 1 860 moduli, o qualsiasi sua applicazione, decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia una serie di questioni pregiudiziali ai sensi dell'art. 234 CE. In sostanza esso cerca di stabilire se l'applicazione della legge tedesca sul diritto d'autore possa influire sull'applicazione dell'art. 82 CE nel caso in cui ci sia stato un qualche intervento industriale nello sviluppo dell'opera protetta. Questo rinvio pregiudiziale è stato depositato nella cancelleria della Corte il 22 ottobre 2001 e iscritto al ruolo col numero C-418/01.

15 Nel procedimento contro l'AzyX il Landgericht Frankfurt emanava, il 28 dicembre 2000, un'ordinanza d'urgenza che inibiva all'AzyX la fornitura, la commercializzazione e l'offerta di dati sulla base della struttura di 1 860 moduli. Il 15 febbraio 2001 esso confermava l'ordinanza d'urgenza.

16 In seguito a ciò, il 24 aprile 2001, l'AzyX chiedeva alla richiedente una licenza di utilizzo della struttura di 1 860 moduli. Il 28 maggio 2001 la richiedente respingeva tale richiesta principalmente perché non riteneva che fosse necessario l'accesso alla struttura di 1 860 moduli per consentire all'AzyX di farle concorrenza nel mercato tedesco e perché considerava troppo basso il corrispettivo di DEM 100 000 (EUR 51 129,19) offerto dall'AzyX.

17 Il 18 settembre 2001 l'Oberlandesgericht Frankfurt annullava l'ordinanza pronunciata dal Landgericht Frankfurt contro l'AzyX il 28 dicembre 2000, con la conseguenza che quest'ultima non era più sottoposta in Germania ad un ordine del giudice che le inibisse l'utilizzo della struttura di 1 860 moduli, o le sue applicazioni (si veda oltre ai punti 44-45).

Le indagini della Commissione e l'adozione della decisione impugnata

18 Il 18 dicembre 2000 la NDC presentava una denuncia alla Commissione facendo valere che il rifiuto della richiedente di rilasciarle una licenza relativa alla struttura di 1 860 moduli costituiva una violazione dell'art. 82 CE. Chiedeva inoltre che la Commissione prendesse provvedimenti provvisori contro la richiedente.

19 La richiedente inizialmente presentava osservazioni sulla denuncia con lettera 12 gennaio 2001 e rispondeva alla richiesta di informazioni della Commissione con lettere, rispettivamente, 15 e 26 gennaio 2001 e 7 marzo 2001.

20 In data 8 marzo 2001 la Commissione inviava una comunicazione degli addebiti (in prosieguo: la «CA») alla richiedente, che la riceveva il 9 marzo 2001. La Commissione individuava la questione cruciale nel fatto di stabilire se la struttura di 1 860 moduli rappresentasse o meno un'«infrastruttura essenziale» (punto 58 della CA). Essa, sulla base dell'informazione disponibile al riguardo, giungeva alla conclusione (punto 84 della CA) che l'accesso a tale struttura appariva indispensabile per i concorrenti, che il rifiuto della richiedente di concedere licenze non era oggettivamente giustificato e che detto rifiuto costituiva potenzialmente un abuso della posizione dominante che la IMS deteneva nel mercato rilevante tedesco. La Commissione comunicava alla richiedente che intendeva adottare una decisione con cui venivano imposte misure provvisorie (punti 100-103 della CA).

21 La richiedente presentava la sua risposta scritta alla CA il 2 aprile 2001. Successivamente, il 6 aprile 2001, si svolgeva un'audizione dinanzi alla Commissione, nel corso della quale si dibatteva a lungo se la struttura di 1 860 moduli rappresentasse o meno di fatto uno standard del settore. La Commissione inviava una richiesta di informazioni integrative alla richiedente il 4 maggio 2001, alla quale quest'ultima rispondeva il 14 maggio 2001. La richiedente rispondeva, il 14 giugno 2001, anche alla comunicazione di nuovi elementi di prova ottenuti dalla Commissione in seguito alle domande che essa aveva posto, dopo l'audizione, a diverse società farmaceutiche ai sensi dell'art. 11 del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17, primo regolamento di applicazione degli artt. [81] CE e [82] CE (GU 1962, n. 13, pag. 204; in prosieguo: il «regolamento n. 17»). Tali richieste erano volte a raccogliere la loro opinione circa la natura asseritamente essenziale della struttura di 1 860 moduli. Le copie delle risposte di queste società farmaceutiche venivano trasmesse dalla Commissione alla richiedente in due comunicazioni del 22 maggio 2001 e del 6 giugno 2001. La richiedente formulava osservazioni su questi ulteriori elementi di prova in un successivo promemoria per la Commissione del 14 giugno 2001. Essa veniva anche sentita nel corso di una riunione che ha avuto luogo tra i suoi rappresentanti e quelli della Commissione il 18 giugno 2001.

22 Il 3 luglio 2001 la Commissione adottava una decisione relativa ad un procedimento ai sensi dell'art. 82 del Trattato CE (Caso COMP D3/38.044 — NDC Health/IMS Health: misure provvisorie; in prosieguo: la «decisione

impugnata»). Questa decisione si basa sul regolamento n. 17, in particolare sul potere della Commissione, ai sensi dell'art. 3 dello stesso, di adottare provvedimenti provvisori, riconosciuto per la prima volta dalla Corte nella sua ordinanza 17 gennaio 1980, causa 792/79 R, Camera Care/Commissione (Racc. pag. 119; in prosieguo: l'«ordinanza Camera Care»), confermata in numerose successive sentenze dei giudici comunitari (v. sentenza della Corte 28 febbraio 1984, cause riunite 228/82 e 229/82, Ford/Commissione, Racc. pag. 1129; in prosieguo: la «sentenza Ford/Commissione»; sentenze del Tribunale 12 luglio 1991, causa T-23/90, Peugeot/Commissione, Racc. pag. II-653; in prosieguo: la «sentenza Peugeot/Commissione», e 24 gennaio 1992, causa T-44/90, La Cinq/Commissione, Racc. pag. II-1; in prosieguo: la «sentenza La Cinq»).

23 La Commissione, al punto 41 della decisione impugnata, osserva che sussistono tutti i presupposti richiesti dalla succitata giurisprudenza Camera Care perché nel corso di un procedimento di indagine disciplinato dal regolamento n. 17 possano essere adottati provvedimenti cautelari.

24 Per quanto riguarda il fumus boni iuris relativo ad una violazione dell'art. 82 CE, la Commissione, anzitutto, esamina il prodotto di cui trattasi e il mercato geografico. Essa distingue, sulla base delle informazioni fornite dalla richiedente nella sua lettera 7 marzo 2001, tra dati raccolti dalle farmacie al dettaglio e dati raccolti dai grossisti farmaceutici (punti 47 e 48). Questi dati consentono di individuare quattro distinti servizi a seconda che essi si riferiscano a dati nazionali o regionali. Inoltre i dati tedeschi costituiscono un prodotto a parte non sostituibile con i dati provenienti da un altro paese. Di conseguenza la Commissione definisce il mercato rilevante nel caso in esame come «il mercato dei servizi di dati relativi alle vendite regionali in Germania» (punto 51).

25 Dato che il mercato rilevante è il più esteso del suo genere nella Comunità, la Commissione ritiene che esso rappresenti una parte rilevante del mercato comune (punto 60). Poiché la richiedente fruisce di una «situazione di quasi monopolio»

su tale mercato, con una quota di mercato «oltre il [...% [1]]», essendo la NDC e l'AzyX i suoi unici concorrenti, la Commissione ritiene che essa occupi una posizione dominante nel mercato rilevante (punto 62).

26 La Commissione spiega poi (v. punti 63-185) perché, «in base alle prove attualmente disponibili», vi siano sufficienti indizi per presumere che il rifiuto della richiedente di rilasciare una licenza alla NDC rappresenti un abuso ai sensi dell'art. 82 CE e perché si debbano disporre provvedimenti provvisori, «se ricorrono le altre condizioni per imporre tali provvedimenti» (punto 186). Tale valutazione si basa essenzialmente sull'esistenza di «circostanze eccezionali» ed in particolare sull'opinione (tratta dagli accertamenti esposti ai punti 75-123) che la struttura di 1 860 moduli rappresenti «di fatto lo standard del settore» (punto 180). Il rifiuto della richiedente «di consentire l'accesso alla struttura a 1 860 aree è tale da poter eliminare tutta la concorrenza sul mercato rilevante, poiché senza di essa non è possibile competere su tale mercato» (punto 181). Questa conclusione si fonda essenzialmente sulla sua ricostruzione secondo cui è improbabile che i concorrenti della richiedente creino una struttura alternativa alla struttura di 1 860 moduli (v. punti 124-166) e sulla mancanza di giustificazione del rifiuto opposto da quest'ultima a rilasciare una licenza ai suoi concorrenti (punti 167-174).

27 La Commissione rileva parimenti che esiste il «rischio di un danno grave ed irreparabile e di un pregiudizio intollerabile per l'interesse generale che determina l'urgente necessità di adottare misure provvisorie cautelari» (punto 201). Basandosi sugli elementi di prova a sua disposizione, essa sostiene che «vi sono valide ragioni per supporre che se NDC non ottiene la licenza per utilizzare la struttura a 1860 aree, dovrà cessare le sue attività in Germania, e vi sarà un danno intollerabile per l'interesse generale» (punto 190). A suo parere, in mancanza di provvedimenti provvisori, la NDC perderà la sua attuale clientela, non potrà aspettarsi di attirare nuova clientela per gli anni a venire e probabilmente si vedrà obbligata «a cessare le proprie attività commerciali in

1 — Informazione riservata cancellata.

Germania» (punto 193). Accanto al rischio di un danno grave ed irreparabile alla NDC, esiste anche «il rischio di un danno intollerabile per l'interesse generale, nell'accezione della sentenza La Cinq» (punto 195). La Commissione dichiara che «[l]'eventuale conclusione finale, nella decisione principale, che IMS ha abusato della sua posizione dominante ai sensi dell'articolo 82 sarebbe vana se nel frattempo la filiale tedesca di NDC e altri concorrenti saranno stati costretti a cessare l'attività» (punto 196). Infine, respingendo la tesi della IMS secondo la quale la stessa subirebbe un danno irreparabile, essa conclude che «l'equilibrio degli interessi nel presente caso è a favore del ricorrente» (punto 199).

28 Di conseguenza, gli artt. 1-3 del dispositivo della decisione impugnata sono così formulati:

«*Articolo 1*

Viene imposto a IMS Health (IMS) di concedere senza indugio, su richiesta e in forma non discriminatoria, una licenza d'uso della struttura a 1860 aree a tutte le imprese attualmente presenti sul mercato dei servizi di dati relativi alle vendite regionali. Questo per permettere l'uso e la vendita, da parte di tali imprese, di dati sulle vendite regionali configurati in base a tale struttura.

Articolo 2

In tutti gli accordi di licenza relativi alla struttura a 1860 aree, le royalties che devono essere versate per tali licenze sono stabilite di comune accordo fra IMS e l'impresa che chiede la licenza ("le parti").

Se entro due settimane dalla data di richiesta di una licenza non è stato raggiunto un accordo, le royalties corrispondenti sono stabilite da uno o più esperti indipendenti. Gli esperti sono scelti su accordo delle parti entro una settimana dopo il mancato accordo sui diritti di licenza. Se entro questo termine non viene raggiunto un accordo sull'identità degli esperti, la Commissione nomina uno o più esperti da un elenco di candidati forniti dalle parti o, se necessario, sceglie una o più persone adeguatamente qualificate.

Le parti mettono a disposizione degli esperti qualsiasi documento che questi considerino necessario o utile per lo svolgimento del loro compito. Gli esperti sono vincolati dal segreto professionale e non divulgano prove o documenti a terzi eccetto alla Commissione.

Gli esperti determinano l'importo delle royalties in base a criteri trasparenti e oggettivi, entro due settimane dopo essere stati scelti per svolgere questo compito. Essi comunicano senza indugio l'importo alla Commissione per approvazione. La decisione della Commissione è definitiva e prende effetto immediatamente.

Articolo 3

È applicata una penale di 1 000 EUR al giorno per ogni periodo durante il quale IMS non ottemperi alle disposizioni della presente decisione».

29 L'art. 4 della decisione impugnata precisa che le sue «disposizioni (...) si applicano fino alla notificazione della decisione che chiude il procedimento», mentre, ai sensi dell'art. 5, «IMS Health, Harewood Avenue, London NW1, Regno Unito è destinataria della presente decisione».

Procedimento

30 Con atto depositato nella cancelleria del Tribunale di primo grado il 6 agosto 2001, la richiedente ha presentato un ricorso ai sensi dell'art. 230, n. 4, CE inteso all'annullamento della decisione impugnata o, in subordine, al suo annullamento, «in quanto essa richiede all'IMS Health di rilasciare una licenza relativa alla struttura di 1 860 moduli ad imprese attualmente presenti nel mercato tedesco dei servizi di fornitura di dati sulle vendite regionali e indica le condizioni in cui la trattativa sulle clausole della licenza viene condotta e approvata dalla Commissione».

31 Con atto separato depositato nella cancelleria del Tribunale lo stesso giorno la richiedente ha introdotto la presente istanza di provvedimenti provvisori ai sensi degli artt. 242 CE e 243 CE per quanto riguarda l'esecuzione della decisione impugnata. Essa chiede al presidente del Tribunale di primo grado di adottare i seguenti provvedimenti provvisori:

«— sospendere d'ufficio l'esecuzione della decisione finché non avrà esaminato la presente istanza e avrà statuito su di essa;

— sospendere inoltre l'esecuzione della decisione finché il Tribunale di primo grado non avrà statuito sull'[azione principale],

e

— adottare tutti i provvedimenti provvisori che riterrà opportuni».

32 Con ordinanza 10 agosto 2001, emanata ai sensi dell'art. 105, n. 2, secondo comma, del regolamento di procedura del Tribunale di primo grado, il presidente sospendeva parzialmente l'esecuzione della decisione impugnata finché non venga pronunciata l'ordinanza che conclude il presente procedimento relativo ad una domanda di provvedimenti provvisori. Tale ordinanza, emessa a seguito di un procedimento sommario, si fondava su quello che provvisoriamente risultava essere un fumus boni iuris dell'invalidità della decisione impugnata, sul rischio di riflessi economici e non economici gravi per la parte richiedente, derivanti dalla fissazione da parte della Commissione dei presupposti per il rilascio di una licenza obbligatoria in relazione all'utilizzo della struttura di 1 860 moduli e sull'opportunità, nell'interesse della buona amministrazione della giustizia, che il giudice esamini la domanda di provvedimenti provvisori al fine di disporre del tempo necessario per l'analisi delle complesse questioni di fatto e di diritto sollevate dal presente procedimento.

33 Con i ricorsi depositati nella cancelleria del Tribunale rispettivamente il 13 e 14 agosto 2001, l'AzyX e la NDC hanno chiesto, in particolare, l'autorizzazione ad intervenire nel presente procedimento a sostegno delle conclusioni della Commissione. Con le lettere del 27 agosto 2001 né la parte richiedente né la Commissione hanno sollevato una qualche obiezione sulle richieste delle stesse, ma entrambe le parti hanno chiesto che taluni documenti restassero riservati nei confronti delle parti intervenienti.

34 Il 29 agosto 2001 le parti intervenienti, fatto salvo l'esito dei loro rispettivi ricorsi, sono state invitate dal presidente a presentare entro il 12 settembre 2001 tutte le osservazioni scritte, nonché tutte le richieste di trattamento riservato che intendevano sottoporre.

35 Il 29 agosto 2001 l'AzyX ha chiesto l'autorizzazione ad utilizzare la lingua francese per le sue osservazioni a sostegno della domanda di intervento. Poiché, con lettera 31 agosto 2001, la richiedente si opponeva all'utilizzo della lingua francese solo per ogni osservazione scritta dell'AzyX, mentre la Commissione non sollevava alcuna obiezione, il 5 settembre 2001 il presidente decideva, ai sensi

dell'art. 35, n. 2, del regolamento di procedura, di autorizzare l'AzyX ad utilizzare il francese per le sue osservazioni orali.

36 Con istanza depositata nella cancelleria del Tribunale il 12 settembre 2001 la NDC Health chiedeva l'autorizzazione ad intervenire a sostegno delle conclusioni della Commissione. Essa esponeva che, benché le sue osservazioni fossero essenzialmente identiche a quelle della NDC, aveva interesse ad intervenire separatamente quale impresa direttamente coinvolta nel procedimento per violazione del diritto d'autore avviato dalla IMS Health in Germania. Fatto salvo l'esito del suo ricorso, il 13 settembre 2001 il presidente la invitava a depositare il giorno stesso tutte le osservazioni scritte e tutte le domande di trattamento riservato che intendeva presentare. Essendo l'udienza fissata per il giorno successivo, il presidente decideva di esaminare le osservazioni delle parti relative a tale nuova domanda di intervento nel corso di tale udienza.

37 Nel corso dell'udienza tenutasi il 14 settembre 2001 il presidente, avendo rilevato la qualità di denunciante della NDC Health nel procedimento amministrativo pendente dinanzi alla Commissione, avendo constatato che la NDC era direttamente coinvolta nel procedimento relativo alla violazione del diritto d'autore avviato dalla IMS Health in Germania e che l'AzyX non era semplicemente il solo altro concorrente della IMS nel mercato rilevante, ma che era anche strettamente associata all'inchiesta relativa alla denuncia della NDC, dichiarava che era dimostrato l'interesse di ciascuna delle tre istanti all'esito del presente procedimento sommario, come richiesto dall'art. 37, secondo comma, dello Statuto (CE) della Corte, applicabile al Tribunale ai sensi del suo art. 36. Di conseguenza il presidente decideva di accogliere le tre istanze di intervento.

38 In mancanza di qualsivoglia domanda presentata dalla parte principale o dalle parti intervenienti in vista di un'ordinanza ufficiale per quanto riguarda le varie domande di trattamento riservato depositate dalle parti principali e dalle

intervenienti, il presidente, dopo aver esaminato in modo approfondito i documenti e i particolari aspetti toccati dalle domande, ha quindi deciso, nel corso dell'udienza, di considerarle, a prima vista, riservate per le finalità del presente procedimento, in quanto sembravano costituire segreto professionale ai sensi dell'art. 116, n. 2, del regolamento di procedura.

39 Di conseguenza le parti principali e le intervenienti hanno presentato osservazioni orali ed hanno risposto alle domande del presidente. Un'altra memoria redatta dal dott. Sati Sian, vicepresidente della società richiedente, integrativa di una relazione riservata figurante all'allegato IV della domanda di provvedimenti provvisori, è stata versata agli atti del fascicolo di causa con l'autorizzazione del presidente, senza che le altre parti sollevassero alcuna obiezione al riguardo. Il dott. Sian è anche stato autorizzato dal presidente, senza che le altre parti sollevassero obiezioni, a effettuare un'esposizione orale in una speciale udienza a porte chiuse. In mancanza di obiezioni il sig. Jeffrey Kanis, vicepresidente della NDC Health, è stato parimenti autorizzato dal presidente a effettuare un'esposizione nel corso dell'udienza.

40 Con lettera 18 settembre 2001 il presidente ha chiesto alla Commissione di confermare, come la richiedente aveva fatto valere sia nel suo ricorso che nelle osservazioni orali, se la Commissione detenesse o meno informazioni relative alla struttura o alle strutture a moduli attualmente utilizzate dalle parti intervenienti AzyX e NDC/NDC Health, in vista della fornitura di servizi relativi ai dati sulle vendite regionali nel mercato tedesco. Se fosse stata in possesso di tali informazioni, la Commissione era pregata di comunicarle alla cancelleria del Tribunale entro il 24 settembre 2001. Nei limiti in cui si riteneva che tutte queste informazioni contenessero segreti professionali riservati di una qualsiasi delle parti intervenienti, la Commissione era anche pregata di presentare per la stessa data una o due versioni non riservate delle informazioni in questione.

41 A seguito di una domanda presentata dalla richiedente al fine di essere autorizzata a presentare brevi osservazioni integrative per poter rispondere alle osservazioni scritte della Commissione e delle parti intervenienti, che essa aveva

ricevuto nella loro totalità solo poco prima dell'udienza, il presidente ha deciso di fissare al 24 settembre 2000 il termine di scadenza per la presentazione di tali osservazioni. La Commissione e le parti intervenienti sono state autorizzate a presentare fino al 27 settembre 2001 brevi osservazioni integrative relative alle osservazioni integrative della richiedente.

42 Il 24 settembre 2001 la Commissione ha risposto al quesito scritto 18 settembre 2001. Avendo il presidente accertato, ai sensi dell'art. 116, n. 2, del regolamento di procedura, la natura a prima vista riservata di tale risposta, il 26 settembre 2001 è stata notificata alla richiedente ed alle parti intervenienti una versione non riservata della stessa, che la Commissione aveva trasmesso integralmente il 25 settembre 2001.

43 Osservazioni scritte integrative sono giunte il 24 settembre 2001 dalla richiedente, il 27 settembre 2001 dalla Commissione e dalle parti intervenienti.

44 Il 18 settembre 2001 l'Oberlandesgericht Frankfurt, stando alle osservazioni integrative della richiedente, ha annullato per motivi procedurali l'ordinanza di provvedimenti provvisori del Landgericht Frankfurt 28 dicembre 2000 nei confronti dell'AzyX. Nelle sue osservazioni integrative, benché senza contestare formalmente tale valutazione, la Commissione segnala che la motivazione della giurisdizione nazionale riguarda una diversa valutazione dell'urgenza soggiacente alla domanda di provvedimenti provvisori presentata dalla IMS Health per quanto riguarda il pregiudizio al suo diritto d'autore che lamentava di aver subito da parte dell'AzyX con riguardo alla struttura di 1 860 moduli. L'AzyX non apporta alcuna informazione nelle sue osservazioni integrative relativamente al giudizio dell'Oberlandesgericht Frankfurt.

45 Il 18 ottobre 2001 il presidente ha chiesto alla richiedente, in forma di quesito scritto, di confermare se fosse o meno possibile alla IMS Health presentare un

ricorso contro il giudizio dell'Oberlandesgericht Frankfurt e, in caso affermativo, se si proponesse di presentare un ricorso di tale natura. Con lettera 22 ottobre 2001 la richiedente ha risposto dichiarando che il giudizio era definitivo. Essa ha confermato che il giudizio annullava l'ordinanza di provvedimenti provvisori rivolta contro l'AzyX per i motivi accertati dalla Commissione nelle sue osservazioni integrative. Tuttavia la IMS Health ha sottolineato che esso si fondava sul presupposto della validità del diritto d'autore relativo alla struttura di 1 860 moduli.

In diritto

46 Ai sensi degli artt. 242 CE e 243 CE ed all'art. 4 della decisione del Consiglio 24 ottobre 1988, 88/591/CECA, CEE, Euratom che istituisce un Tribunale di primo grado delle Comunità europee (GU L 319, pag. 1), come modificata con decisione del Consiglio 8 giugno 1993, 93/350/Euratom, CECA, CEE (GU L 144, pag. 21), il Tribunale può, quando reputi che le circostanze lo richiedano, ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato od ordinare i provvedimenti provvisori necessari.

47 L'art. 104, n. 2, del regolamento di procedura prevede che le domande di provvedimenti provvisori specifichino i motivi di urgenza e gli argomenti di fatto e di diritto che giustificano prima facie l'adozione del provvedimento provvisorio richiesto. I provvedimenti richiesti devono essere necessariamente diretti ad evitare un danno grave ed irreparabile agli interessi del richiedente prima che intervenga una decisione nella causa principale e sono provvisori nel senso di non pregiudicare la decisione o vanificarne anticipatamente gli effetti [v. ordinanze del presidente della Corte 11 maggio 1989, cause riunite 76/89 R, 77/89 R e 91/89 R, RTE e a./Commissione, Racc. pag. I-2165, punto 12; in prosieguo: l'«ordinanza Magill»; 19 luglio 1995, causa C-149/95 P(R), Commissione/Atlantic Container Line e a., Racc. pag. I-2165, punto 22; in prosieguo: l'«ordinanza Commissione/Atlantic Container Line e a.», e 14 ottobre 1996, causa C-268/96 P(R), SCK e FNK/Commissione, Racc. pag. I-4971, punto 30; in prosieguo: l'«ordinanza SCK e FNK»]. Il giudice che esamina una domanda di provvedimenti provvisori deve, eventualmente, ponderare gli interessi in causa (ordinanza del presidente della Corte 23 febbraio 2001, causa C-445/00 R, Austria/Consiglio, Racc. pag. I-1461, punto 73).

48 L'art. 3, n. 1, del regolamento n. 17, dispone:

«1. Se la Commissione constata, su domanda o d'ufficio, una infrazione alle disposizioni dell'articolo [81 CE] o dell'articolo [82 CE], può obbligare, mediante decisione, le imprese ed associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata».

49 Nell'ordinanza Camera Care la Corte ha statuito come segue (punti 17 e 18):

«Quanto al potere di prendere decisioni attribuito alla Commissione dal[l'art. 3, n. 1, del regolamento n. 17], è importante che possa essere esercitato nel modo più efficace e meglio appropriato alle circostanze di ciascuna data situazione. A tal fine non si può escludere la possibilità che l'esercizio del potere di decisione attribuito alla Commissione si articoli in fasi successive, cosicché la decisione che constata un'infrazione possa essere preceduta da qualsiasi disposizione preliminare necessaria in un dato momento.

In una prospettiva del genere, la Commissione deve anche poter prendere, nell'ambito del controllo ad essa affidato, in materia di concorrenza, dal Trattato e dal regolamento n. 17, disposizioni cautelari, in quanto possano apparire indispensabili per evitare che l'esercizio del potere di decisione previsto dall'art. 3 non finisca col diventare inefficace, o persino illusorio, a motivo del comportamento di determinate imprese. Fra le competenze della Commissione ex art. 3, n. 1, del regolamento n. 17 è quindi compresa quella di prendere le disposizioni provvisorie indispensabili per poter esercitare in modo efficace le proprie funzioni e, in particolare, per garantire l'efficacia pratica delle eventuali decisioni volte ad obbligare le imprese a porre fine alle infrazioni constatate».

50 Il potere della Commissione di prendere decisioni provvisorie di tale natura in forza dei poteri di indagine che nell'ordinanza Camera Care le sono conferiti dal regolamento n. 17 è stato confermato nelle pronunce Ford/Commissione (punti 18-19), Peugeot/Commissione (punti 19-20) e La Cinq (punti 27-28).

51 Nel procedimento in esame relativo a provvedimenti provvisori, nel quale la richiedente domanda la sospensione pregiudiziale dell'esecuzione della decisione provvisoria della Commissione con cui sono disposte misure cautelari in applicazione della giurisprudenza risalente all'ordinanza Camera Care, si deve, in primo luogo, esaminare la portata dell'argomentazione della quale essa deve dimostrare la fondatezza per poter giustificare, a condizione che sussistano gli altri presupposti, la domanda di sospensione dell'esecuzione.

Il controllo giurisdizionale interlocutorio delle decisioni provvisorie della Commissione

52 Nella decisione impugnata la Commissione ritiene, al punto 41, che, conformemente alla giurisprudenza risalente all'ordinanza Camera Care, tre presupposti debbano essere soddisfatti affinché essa possa adottare misure di tutela nell'ambito di un'indagine in materia di concorrenza:

«— vi siano indizi ragionevolmente forti dell'esistenza dell'infrazione,

— esista la possibilità che la parte che chiede l'applicazione delle misure provvisorie subisca danni gravi e irreparabili se le misure non sono imposte,

— vi sia un'urgente necessità di misure cautelari».

53 Bisogna immediatamente sottolineare che nella sentenza La Cinq il Tribunale ha spiegato (al punto 28) i precisi presupposti che, secondo la giurisprudenza della Corte, ossia l'ordinanza Camera Care e l'ordinanza del presidente della Corte 29 settembre 1982, cause riunite 229/82 R e 228/82 R, Ford/Commissione (Racc. pag. 3091; in prosieguo: l'«ordinanza Ford»), devono sussistere prima che la Commissione possa emanare provvedimenti provvisori. Esso ha innanzitutto dichiarato che i provvedimenti cautelari possono essere adottati solo se le pratiche impugnate sono, a prima vista, tali da costituire un'infrazione delle norme comunitarie sulla concorrenza che possa essere sanzionata da una decisione definitiva della Commissione e, in secondo luogo, che provvedimenti del genere possono essere adottati solo se è accertata la presenza di un caso d'urgenza, per fronteggiare una situazione atta a causare un danno grave ed irreparabile alla parte che ne richiede l'adozione, o un danno intollerabile all'interesse generale. Esso ha statuito che l'esistenza di uno stato d'urgenza, che, nella decisione di cui lì si trattava, come nella decisione impugnata, la Commissione considera uno dei tre presupposti cui è subordinata l'adozione di misure provvisorie, era, comunque, «in realtà solo un aspetto del presupposto relativo al rischio di un danno grave ed irreparabile» (punto 29).

54 Ne consegue che, poiché se esiste un rischio di danno grave ed irreparabile si riscontra in ogni caso simultaneamente l'urgenza, si deve giustamente rilevare che i tre presupposti elencati dalla Commissione nella decisione impugnata sono, in effetti, solo due.

55 Si deve anzitutto ricordare che, dato che i due presupposti per l'adozione dei provvedimenti provvisori sono cumulativi, è sufficiente che uno di essi faccia difetto perché la Commissione non possa esercitare la sua competenza di adottare tali provvedimenti (sentenza La Cinq, punto 30).

56 La Commissione afferma, con il sostegno della NDC e della NDC Health, che, tenuto conto del carattere provvisorio dei provvedimenti cautelari adottati nella decisione impugnata, il giudice che esamina una domanda di provvedimenti provvisori, previa domanda della parte richiedente, deve riesaminare gli stessi presupposti che sono già stati ritenuti sussistenti nella decisione impugnata: ossia

che esistono circostanze eccezionali che rendono il rifiuto di concedere una licenza relativa alla struttura a moduli da parte della parte richiedente un abuso della sua posizione dominante, che i soli concorrenti della parte richiedente saranno a breve termine espulsi dal mercato rilevante, se non ottengono l'accesso, contro un compenso ragionevole, a tale struttura a moduli che si presume essenziale, e che non esiste alcun rischio che la concessione obbligatoria di tale accesso causi un danno grave ed irreparabile alla parte richiedente. Dato che, conformemente alla regola applicabile al sindacato giurisdizionale nei procedimenti di annullamento delle decisioni fondate su valutazioni economiche complesse, come quelle su cui si basano le considerazioni esposte nella decisione impugnata, bisogna che la Commissione abbia commesso un errore manifesto, la parte richiedente nel procedimento in esame dovrebbe essere tenuta a sostenere un'argomentazione plausibile a dimostrazione che la Commissione ha commesso un errore manifesto in sede di esame di tutte le condizioni richieste. In altri termini, come ha sottolineato la Commissione sia nel corso dell'udienza che nelle sue osservazioni integrative, la parte richiedente deve non solo dimostrare la sussistenza del fumus boni iuris quanto al fatto che la decisione impugnata travisa palesemente la portata dell'art. 82 CE, concludendo a prima vista che sia stato commesso un abuso, ma deve anche sostenere un'argomentazione che dimostri l'errore manifesto in sede di esame dell'urgenza e della ponderazione degli interessi che giustificano l'adozione dei provvedimenti provvisori impugnati. Come la NDC ha rilevato nelle sue osservazioni scritte, il tipo di prova richiesto alla parte richiedente è che essa dimostri la mancanza di una «base giuridica plausibile della decisione impugnata».

57 Rispondendo nel corso dell'udienza a tali argomenti la parte richiedente ha sostenuto che, per quanto riguarda il requisito del fumus boni iuris, essa era semplicemente tenuta a dimostrare, per convincere il giudice che conosceva della domanda di provvedimenti provvisori, di avere una ragionevole probabilità di vincere la causa principale. L'imposizione di un criterio più rigoroso pregiudicherebbe l'esito dell'azione ed equivarrebbe di fatto ad escludere la possibilità di ottenere provvedimenti cautelari. Ad ogni buon conto, anche se essa poteva essere tenuta, ciò che non è, a dimostrare la sussistenza di un fumus boni iuris più solido del consueto, essa sostiene che è palese, almeno provvisoriamente, che la conclusione di merito cui è giunta a prima vista la Commissione nella decisione impugnata, in relazione al carattere abusivo del suo rifiuto di concedere una licenza, è viziata.

58 È anzitutto opportuno ricordare che nell'ordinanza Commissione/Atlantic Container Line e a. il presidente della Corte ha confermato l'ordinanza del presidente del Tribunale 10 marzo 1995, causa T-395/94 R, Atlantic Container Line e a./Commissione (Racc. pag. II-595; in prosieguo: l'«ordinanza Atlantic Container Line e a./Commissione»). Nell'ordinanza oggetto del ricorso il presidente del Tribunale non aveva imposto alcun criterio speciale per l'accertamento del fumus boni iuris nell'ambito di una domanda di sospensione dell'esecuzione di una decisione della Commissione che rifiutava, in particolare, di concedere un'esenzione ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE e dell'art. 9, n. 1, del regolamento n. 17. La decisione della Commissione sul punto se si dovesse o meno concedere un'esenzione di tale natura, trattandosi di una decisione che solo la Commissione ha la competenza di adottare, costituisce un esempio classico di decisione di natura intrinsecamente discrezionale comportando la valutazione di condizioni di fatto ed economiche complesse. Nel suo ricorso la Commissione ha fatto valere, riguardo al requisito del fumus boni iuris, che l'ordinanza contestata aveva trasformato il normale accertamento del «fumus boni iuris» in un accertamento del «fumus non mali iuris».

9 L'argomento della Commissione è stato respinto. Il presidente della Corte ha dichiarato che, in forza degli artt. 242 CE e 243 CE, il giudice del procedimento sommario può, «quando reputi che le circostanze lo richiedano, ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato o ordinare i provvedimenti provvisori necessari». Egli tiene conto a tal fine, per quanto riguarda i procedimenti dinanzi al Tribunale, delle condizioni previste all'art. 104, n. 2, del regolamento di procedura, «come precisate dalla giurisprudenza» (ordinanza Commissione/Atlantic Container Line e a., punto 21). Per quanto riguarda la condizione di cui all'art. 104, n. 2, del regolamento di procedura, relativa agli argomenti di fatto e di diritto che giustificano prima facie i provvedimenti provvisori richiesti, esso ha dichiarato quanto segue: «(...) nella giurisprudenza sono state utilizzate numerose formule per definire la condizione relativa al fumus boni iuris a seconda delle circostanze del caso di specie» (punto 26). Rilevando che la formulazione dell'ordinanza contestata che menziona mezzi non privi, prima facie, di fondatezza, è identica o simile a quella a cui ha fatto ricorso, a più riprese, la Corte, lo stesso ha dichiarato che «[u]na formula siffatta pone in evidenza il fatto che, secondo il parere del giudice del procedimento sommario, gli argomenti avanzati dalla parte che sollecita provvedimenti provvisori non possono essere esclusi nella fase corrispondente a tale procedura senza un esame più approfondito» (punto 26). Egli confermava poi, sulla base della giurispru-

denza, che il detto giudice «può considerare, date le circostanze del caso di specie, che tali mezzi giustificano prima facie la concessione della sospensione ai sensi dell'art. [242 CE] o di provvedimenti provvisori ex art. [243 CE]» (punto 27).

60 Non c'è motivo di ritenere che la finalità del potere conferito al giudice che conosce di una domanda di provvedimenti provvisori ai sensi dell'art. 104 del regolamento di procedura, nell'interpretazione datane dal presidente della Corte nell'ordinanza Commissione/Atlantic Container Line e a. con riguardo ad una decisione definitiva della Commissione che applica le regole del Trattato in materia di concorrenza, decisione adottata conformemente ai poteri espliciti di cui la Commissione fruisce in forza del regolamento n. 17, debba essere interpretata diversamente laddove la decisione nei confronti della quale si chiedono provvedimenti provvisori è, invece, una decisione provvisoria adottata sulla base della giurisprudenza Camera Care.

61 Questa tesi è confermata dalla precedente giurisprudenza relativa alle domande di provvedimenti provvisori presentate con riguardo alle prime due decisioni con le quali la Commissione ha adottato provvedimenti provvisori (v. ordinanza Ford e ordinanza del presidente del Tribunale 21 maggio 1990, causa T-23/90 R, Peugeot/Commissione, Racc. pag. II-195; in prosieguo: l'«ordinanza Peugeot»). Nella prima il presidente della Corte ha dichiarato quanto segue al punto 8: «Benché non si possa escludere a priori che, in occasione dell'esame di una domanda di esenzione per una rete di distribuzione, la Commissione possa subordinare la concessione all'allargamento della gamma dei prodotti distribuiti, tuttavia rimane il fatto che talune questioni che sorgono nella presente lite sono molto opinabili. Inoltre, non si possono senz'altro respingere le critiche formulate circa il modo di procedere della Commissione». Ciò è bastato per dimostrare l'esistenza del fumus boni iuris poiché è stata successivamente esaminata l'urgenza della domanda presentata per la sospensione dell'esecuzione della decisione impugnata.

62 Questo approccio è stato usato nell'ordinanza Peugeot. Avendo richiamato l'esigenza che i provvedimenti provvisori adottati dalla Commissione debbano

essere «di carattere provvisorio e limitarsi a quanto necessario nella situazione data» (punto 17), il presidente del Tribunale ha poi dichiarato al punto 18 che: «Di conseguenza, senza che ci si debba pronunziare sull'insieme dei mezzi sollevati dalle richiedenti contro i provvedimenti provvisori decisi dalla Commissione — mezzi che, del resto, le richiedenti illustrano anche nel ricorso principale e il cui esame appartiene al merito della causa — è sufficiente esaminare, nell'ambito del presente procedimento sommario, in primo luogo, se i mezzi di fatto e di diritto dedotti giustifichino prima facie la sospensione dell'esecuzione della decisione impugnata (...)».

63 Pur respingendo l'argomento della richiedente secondo cui la Commissione era incorsa in un errore manifesto ritenendo che gli accordi di distribuzione degli autoveicoli non rientrassero di norma nell'ambito di applicazione dell'art. 81, n. 1, CE in forza del regolamento (CEE) 12 dicembre 1984, n. 123, relativo all'applicazione dell'articolo [81, paragrafo 3, CE] a categorie di accordi per la distribuzione di autoveicoli e il servizio di assistenza alla clientela (GU L 15, pag. 16), il presidente del Tribunale ha dichiarato che esisteva il fumus boni iuris, poiché non era possibile «ignorare il fatto che riguardo a talune questioni sollevate nella causa di cui trattasi sussistono seri problemi interpretativi» (punto 22).

64 Inoltre l'ordinanza del presidente della Corte 22 ottobre 1975, causa 109/75 R, National Carbonising Company/Commissione (Racc. pag. 1193; in prosieguo: l'«ordinanza NCC») non giustificherebbe assolutamente la conclusione, tratta per analogia dalla NDC e dalla NDC Health, secondo cui il richiedente deve dimostrare che la decisione impugnata è priva di un fondamento giuridico plausibile. In quella causa la parte aveva chiesto o un'ordinanza che costringesse la Commissione ad adottare una decisione destinata alla National Coal Board (NCB), sua fornitrice, o, in subordine, un'ordinanza destinata alla NCB perché la stessa si astenesse dall'attuare una determinata politica in materia di prezzi. La Commissione ha ritenuto che la denuncia diretta contro di lei riguardasse un asserito inadempimento ai sensi dell'art. 35 del Trattato CECA. Il presidente della Corte, rilevando che spettava al giudice che conosceva dell'azione principale

stabilire se esistesse un inadempimento impugnabile, ha dichiarato che «la ricorrente chiede[va] al giudice in questa sede la sospensione dell'esecuzione di una decisione negativa, con cui si rifiuta l'adozione di provvedimenti d'urgenza [e che l']accoglimento della domanda equivale ad una decisione positiva, che il giudice del procedimento d'urgenza dovrebbe adottare surrogandosi alla Commissione» (punto 6). Di conseguenza, spettava alla Commissione «adottare i provvedimenti che rit[eneva] necessari» in quanto sarebbe «aberrante una sostituzione della Commissione nell'esercizio delle sue competenze specifiche ad opera del giudice nel procedimento sommario, allorché la Commissione dispone di tutti gli elementi per agire» (punto 8). Ne consegue che l'ordinanza NCC, come la Corte stessa ha dichiarato nell'ordinanza Camera Care (punto 20), ha semplicemente confermato l'esistenza, ancorché nell'ambito del Trattato CECA, del potere della Commissione, a certe condizioni, di «prendere tutte le disposizioni cautelative» (punto 8).

65 Dalla giurisprudenza succitata non emerge alcun principio che fondi l'argomento fatto valere dalla Commissione, con il sostegno della NDC e della NDC Health, relativo al carattere speciale della postulazione di un fondamento giuridico (fumus boni iuris) che va dimostrata in una domanda di provvedimenti provvisori riguardante una decisione provvisoria con cui la Commissione adotta provvedimenti cautelari.

66 Né esistono altri motivi convincenti per cui la parte richiedente debba sostenere un'argomentazione particolarmente solida o valida per far valere l'invalidità di quella che, in fondo, è solo una valutazione a prima vista da parte della Commissione dell'esistenza di una violazione del diritto comunitario della concorrenza. Il carattere «provvisorio» di tali decisioni della Commissione è stato espressamente richiamato nelle ordinanze Ford e Peugeot (v. rispettivamente i punti 11 e 24). Il semplice fatto che alla base della valutazione della Commissione ci fosse l'urgenza di adottare provvedimenti cautelari non giustifica che la parte richiedente la sospensione dell'esecuzione della decisione che dispone tali provvedimenti debba dimostrare la sussistenza di un fumus boni iuris particolarmente solido. Le preoccupazioni della Commissione possono essere prese in considerazione dal giudice adito con tale domanda di provvedimenti provvisori allorché stabilisce a chi sia favorevole la ponderazione degli interessi. In tal modo non c'è motivo di concedere alle decisioni provvisorie della Commissione un rango particolare nell'ambito delle domande di provvedimenti provvisori.

67 A tale proposito si deve rilevare che nella sentenza Peugeot il Tribunale aveva rigettato i vari argomenti che la parte richiedente aveva sollevato per far valere l'inadempimento della Commissione all'obbligo di dimostrare in diritto la fondatezza di una qualsivoglia presunzione di violazione dell'art. 81 CE. Il criterio che la Commissione doveva rispettare richiedeva che essa potesse: «giustamente [ritenere] (...) a prima vista» (punto 37), o, in subordine, che le sue conclusioni non fossero «a prima vista» infondate (punto 46). Inoltre, in risposta ad un argomento secondo cui la Commissione non era autorizzata ad adottare misure cautelari, poiché la situazione non era sufficientemente chiara in diritto e non era stato dimostrato che ci si trovasse «in presenza di un'infrazione altamente verosimile», il Tribunale ha sottolineato che, «nell'ambito di un ricorso relativo alla legittimità di una decisione con cui la Commissione ha adottato misure cautelari, non si può equiparare il requisito dell'accertamento di un'infrazione prima facie con il requisito della certezza che deve essere soddisfatto da una decisione finale» (punto 61). La Commissione ha potuto perciò «giustamente ritenere che la circolare controversa suscitasse a prima vista gravi dubbi circa la sua legittimità» (punto 63). Applicando tale criterio nella sentenza La Cinq, il Tribunale ha dichiarato che la Commissione, esigendo che «la concessione di misure provvisorie sarebbe possibile solo nel caso in cui l'esistenza di un'infrazione [sia] chiara e flagrante», aveva fatto uso, nel ragionamento che giustificava il rifiuto controverso in quella causa, «(...) di un'interpretazione errata in diritto della condizione, richiesta ai fini di queste misure, dell'esistenza verosimile di un'infrazione» (punti 61 e 62).

68 Dato che la Commissione non è tenuta a dimostrare, in via ipotetica, l'esistenza di una presunzione di violazione delle regole comunitarie della concorrenza prima di adottare una decisione che imponga provvedimenti provvisori, sarebbe parimenti inopportuno imporre al richiedente che chiede provvedimenti provvisori contro una siffatta decisione, che per sua essenza non si fonda su una valutazione completa e definitiva di fatto e di diritto e che può avere conseguenze molto gravi per il destinatario, l'obbligo di dimostrare la sussistenza di un solido fumus boni iuris quanto all'invalidità di quella decisione.

69 La Commissione sottolinea, tuttavia, che l'obbligo di dimostrare la sussistenza di un solido fumus boni iuris si applica, a fortiori, con riguardo alle valutazioni fatte nella decisione impugnata sull'urgenza e sulla ponderazione degli interessi che depongono a favore dell'adozione di provvedimenti provvisori.

70 A tale riguardo si deve ricordare che nell'ordinanza Camera Care la Corte ha espressamente citato la necessità che la Commissione sia in grado di adottare i provvedimenti cautelari laddove «appaiano indispensabili» per impedire che l'esercizio del potere di prendere decisioni conferito dall'art. 3 del regolamento n. 17 «finisca col diventare inefficace o persino illusorio» (punto 18). Nello statuire nella sentenza La Cinq, il Tribunale ha dichiarato (ai punti 79-80), richiamando l'ordinanza Camera Care, che la Commissione, affermando nella sua decisione con cui rifiutava l'adozione di provvedimenti provvisori che «non possono essere considerati danni irreparabili che i danni che nessuna decisione ulteriore potrebbe riparare», si fondava «su una nozione giuridicamente non corretta di pregiudizio irreparabile, la cui esistenza o probabilità d'esistenza può legittimare l'adozione di misure provvisorie», che andava «oltre quanto insegna la giurisprudenza della Corte, che si limita a considerare unicamente il caso dei danni che non possono essere riparati dalla decisione che sarà presa dalla Commissione al termine del procedimento amministrativo».

71 La sentenza La Cinq, pertanto, non dimostra affatto l'argomento fatto valere dalla Commissione nel procedimento in esame. Il fatto che prima di adottare una decisione che impone provvedimenti provvisori la Commissione debba necessariamente acquisire essa stessa la certezza che il danno alla concorrenza, che essa teme insorga in mancanza di tali provvedimenti, debba essere tale che sia impossibile rimediarvi con la decisione definitiva di quella controversia, non implica che una parte richiedente provvedimenti provvisori riguardo ad una decisione provvisoria della Commissione debba dimostrare che la valutazione da parte di quest'ultima dell'urgenza sottesa all'adozione di tale decisione fosse manifestamente falsata.

72 Ad ogni buon conto la valutazione da parte della Commissione dei presupposti che devono essere dimostrati, conformemente alla giurisprudenza derivante dall'ordinanza Camera Care, prima che essa adotti una decisione che dispone provvedimenti provvisori, costituisce, in effetti, uno dei prerequisiti giuridici necessari alla valida adozione di ogni decisione di tale tipo. Dato che la mancanza dell'uno o dell'altro dei presupposti richiesti dalla giurisprudenza basta a rendere invalida una decisione che dispone provvedimenti provvisori, la valutazione da parte della Commissione dell'urgenza, così come ogni valutazione analoga cui la Commissione procede per la ponderazione degli interessi, dev'essere esaminata dal giudice che conosce della domanda di provvedimenti provvisori relativi a tale decisione come parte del controllo, prima facie, della sua legittimità.

73 In un procedimento relativo a provvedimenti provvisori come quello in esame il richiedente deve perciò necessariamente dimostrare, per fornire la prova della sussistenza del fumus boni iuris, che esistono validi motivi per dubitare dell'esattezza della valutazione fatta dalla Commissione con riguardo ad almeno uno dei presupposti richiesti dalla giurisprudenza risalente all'ordinanza Camera Care. Ciononostante il giudice che conosce di una domanda in tal senso terrà conto, nell'accertare se sussistono tutti i presupposti per l'adozione di provvedimenti provvisori richiesti dagli artt. 242 CE e 243 CE e dall'art. 104, n. 2, del regolamento di procedura, e in particolare nello stabilire se la ponderazione degli interessi penda a favore del richiedente o della Commissione, sia dell'analisi di quest'ultima circa l'urgenza che ha giustificato l'adozione dei provvedimenti provvisori contestati, sia delle ragioni per le quali essa ha effettuato una ponderazione degli interessi favorevole all'adozione di tali provvedimenti.

74 Risulta da quanto precede che è errato l'argomento fatto valere dalla Commissione, con il sostegno della NDC e della NDC Health, secondo cui la parte richiedente la sospensione dell'esecuzione di una decisione della Commissione che dispone provvedimenti provvisori deve essere in grado di fornire la prova del carattere manifesto del fumus boni iuris.

75 Si deve di conseguenza esaminare se la richiedente sia riuscita a dimostrare l'esistenza di gravi dubbi circa la correttezza dell'analisi giuridica sottesa alla conclusione tratta prima facie nella decisione impugnata e secondo cui la richiedente ha abusato della sua posizione dominante nel mercato rilevante rifiutando di rilasciare licenze ai suoi concorrenti, di modo che l'adozione di provvedimenti provvisori era necessaria per ristabilire la concorrenza in tale mercato.

Sussistenza del fumus boni iuris

76 La richiedente fa valere, in sostanza, cinque motivi a sostegno della sua conclusione secondo cui la decisione impugnata è, prima facie, invalida. Il motivo

di merito essenziale, che essa basa su vari argomenti interconnessi, riguarda l'esattezza dell'analisi giuridica sottesa alla conclusione della Commissione secondo cui il suo rifiuto di rilasciare una licenza relativa all'utilizzo del suo diritto di autore sulla struttura di 1 860 moduli rappresenta uno sfruttamento abusivo della posizione dominante che essa occupa nel mercato rilevante. Essa fa anche valere che la premessa concreta e sostanziale della decisione impugnata è viziata da errore, che tutte le conclusioni importanti in fatto e in diritto che vi sono formulate contraddicono quelle che sono state espresse dai giudici tedeschi, che i provvedimenti adottati non hanno carattere conservativo e che il suo diritto di difesa è stato violato dalla Commissione.

77 È opportuno esaminare in primo luogo quello che costituisce a prima vista il merito del suo motivo principale.

Argomenti delle parti

78 La richiedente sostiene, in primo luogo, che la Commissione può disporre provvedimenti provvisori solo con riguardo ad un comportamento manifestamente illecito, conformemente alle regole stabilite dal diritto comunitario (sentenza La Cinq, punto 28). Non è questo il caso della decisione contestata in quanto, in tale decisione, la Commissione contraddice la costante giurisprudenza comunitaria e precedenti decisioni della Commissione stessa rilevando che è prima facie illegittimo che un'impresa dominante rifiuti di condividere con i concorrenti un vantaggio concorrenziale, che assume la forma della sua proprietà intellettuale sulla struttura di 1 860 moduli, proprio nel mercato coperto da tale proprietà intellettuale. Ciò priva la richiedente dell'essenza stessa del diritto d'autore nell'ordinamento nazionale, quale riconosciuto dal diritto comunitario, ed è manifestamente incompatibile con l'art. 295 CE.

79 La richiedente richiama in particolare le sentenze della Corte 5 ottobre 1988, causa 238/87, Volvo (Racc. pag. 6211, punto 7); causa 53/87, CICRA e Maxicar

(Racc. pag. 6039, punto 10; richiamate entrambe, in prosieguo, come: le «sentenze Volvo, CICRA e Maxicar»); le sentenze del Tribunale 10 luglio 1991, causa T-69/89, RTE/Commissione (Racc. pag. I-485, punto 71; in prosieguo: la «sentenza RTE»), e 10 luglio 1991, causa T-76/89, ITP/Commissione (Racc. pag. II-575; in prosieguo: la «sentenza ITP»), e la sentenza della Corte pronunciata sul ricorso riguardante tali sentenze 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, RTE e ITP/Commissione (Racc. pag. I-743, punto 49; in prosieguo: la «sentenza Magill»). Essa sostiene che il rifiuto di un'impresa in posizione dominante di rilasciare una licenza relativa ai suoi diritti di proprietà intellettuale costituisce un abuso solo in due casi: in primo luogo, laddove, accanto al rifiuto della licenza, l'impresa tiene un ulteriore comportamento di per sé illecito, quale la fissazione iniqua del prezzo, e, in secondo luogo, laddove esiste un'«infrastruttura essenziale».

80 È tuttavia la nozione di ciò che costituisce un'infrastruttura essenziale ad essere stata richiamata nella decisione contestata. Secondo la richiedente, tale nozione si applica solo quando due mercati distinti sono coinvolti ed il prodotto o servizio fornito nel primo mercato (usualmente un mercato «a monte») è un componente necessario per la produzione di beni o per la fornitura di servizi nel secondo mercato (usualmente «a valle»). La precedente giurisprudenza con la quale i giudici comunitari e, prima dell'adozione della decisione impugnata, la Commissione hanno considerato abusivo, in tali circostanze, il rifiuto di fornitura da parte di un'impresa in posizione dominante ha sempre riguardato due distinti mercati: la richiedente richiama in particolare le sentenze della Corte 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Commissione (Racc. pag. 223 — mercati distinti della materia prima e dei derivati della materia prima); 3 ottobre 1985, causa 311/84, CBEM (Racc. pag. 3261 — mercati distinti della trasmissione televisiva e del telemarketing); 13 dicembre 1991, causa C-18/88, GB-Inno-BM (Racc. pag. I-5941 — mercati distinti della creazione ed esercizio della rete telefonica pubblica e dell'importazione, della vendita, dell'allacciamento, del collaudo e della manutenzione degli apparecchi atti ad essere allacciati a detta rete); la sentenza Magill (mercati distinti dei palinsesti e delle guide televisivi); la sentenza del Tribunale 12 giugno 1997, causa T-504/93, Tiercé Ladbroke/Commissione (Racc. pag. II-923 — mercati distinti della copertura televisiva delle corse ippiche e delle sale corse; in prosieguo: la «sentenza Tiercé Ladbroke»); la sentenza della Corte 26 novembre

1998, causa C-7/97, Bronner (Racc. pag. I-7791 — mercati distinti della distribuzione dei giornali e della pubblicazione e vendita dei giornali; in prosieguo: la «sentenza Bronner»), e le decisioni della Commissione 21 dicembre 1993, 94/19/CE [IV/34.689 — Sea Containers/Stena Link — Provvedimenti provvisori (GU 1994, L 15, pag. 8) — servizi portuali e servizi traghetto per passeggeri] e 14 gennaio 1998, 98/190/CE [IV/34.801 — Flughafen Frankfurt/Main AG (GU 1998, L 72, pag. 30) — mercati distinti degli impianti aeroportuali per il decollo e l'atterraggio e servizi di assistenza a terra].

81 L'argomento che la richiedente invoca basandosi sulla succitata giurisprudenza presenta due aspetti essenziali. In primo luogo, essa sostiene che la teoria dell'«infrastruttura essenziale» presuppone che un'impresa dominante utilizzi la sua forza nel mercato in cui è dominante per impedire o rovinare la concorrenza nel mercato a valle o vicino nel quale è già attiva o intende attivarsi, o che vuole impedire, come nella sentenza Magill, che emerga come nuovo mercato. In secondo luogo, richiamando espressamente la sentenza Magill, di cui evidenzia che si tratta della sola causa precedente alla decisione impugnata in cui la Commissione ha cercato di applicare all'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale l'approccio teorico dell'«infrastruttura essenziale», la IMS sostiene che era l'esercizio, da parte dei titolari, del diritto d'autore acquisito a seguito delle loro attività nel mercato in cui erano dominanti (la trasmissione televisiva), al fine di estendere tale posizione dominante al mercato a valle (guide televisive), a configurare quelle «circostanze eccezionali» che giustificavano l'assimilazione del loro rifiuto di rilasciare una licenza ad un abuso. Nella causa in esame il rifiuto della IMS Health di rilasciare licenze ai suoi concorrenti per l'utilizzo della struttura di 1 860 moduli è giustificata perché essa non cerca di sfruttare la sua forza commerciale su un mercato distinto. La richiedente sottolinea che il titolare di un diritto d'autore non commette un abuso rifiutando il rilascio di una licenza ai suoi concorrenti che intendono acquisire tale diritto per farle concorrenza sullo stesso mercato nel quale l'esclusiva conferita da tale diritto è strumento essenziale delle attività della richiedente e nel quale la sua posizione dominante dipende, almeno teoricamente, dal mantenimento del suo diritto di esclusiva. Il mero fatto che l'elemento protetto sia divenuto esso stesso oggetto di una notevole preferenza della clientela, di modo che il prodotto o servizio che l'incorpora domina il mercato, non basta per costringere il titolare a rilasciare licenze a quelli che intendono fargli concorrenza sullo stesso mercato.

82 Nelle sue osservazioni la Commissione fa notare che la portata teorica dell'ordinanza ex parte 10 agosto 2001, in particolare la riluttanza del presidente del Tribunale di primo grado a giustificare «anche provvisoriamente» (punto 24) i provvedimenti adottati nella decisione impugnata, non dovrebbe essere interpretata nel senso che spetti effettivamente alla Commissione dimostrare la fondatezza dell'analisi di base dell'art. 82 CE. A prescindere dalla debolezza della motivazione su un particolare aspetto, essa sostiene che la validità della decisione impugnata deve presumersi e che si può sospenderne l'esecuzione in mancanza di prova diretta dell'urgenza e di una valutazione della ponderazione degli interessi favorevole alla richiedente.

83 La Commissione fa osservare che le conclusioni provvisorie tratte dalla decisione impugnata si fondano su un'analisi combinata delle sentenze Magill, Tiercé Ladbroke e Bronner. Poiché è preferibile riservare l'esame delle questioni di diritto complesse all'azione principale, basti dichiarare nell'ambito del procedimento in corso che, avendo constatato in via provvisoria che i fatti erano talmente eccezionali che l'art. 82 CE richiedeva che alla IMS Health fosse limitato l'esercizio dei suoi diritti di proprietà intellettuale, la Commissione ha assolutamente preso in considerazione tali diritti di proprietà nell'esercizio del suo potere di disporre opportuni provvedimenti provvisori. La Commissione ha sottolineato nel corso dell'udienza che questo si evidenzia in particolare nell'esigenza che le eventuali concessionarie paghino diritti ragionevoli (punto 215 della decisione impugnata).

84 La Commissione sostiene che le circostanze della sentenza Magill non sono quanto al merito molto diverse da quelle esaminate nella decisione impugnata. Né i palinsesti dei programmi protetti nella sentenza Magill né la struttura a moduli attualmente in discussione rappresentano un prodotto distinto: gli uni e l'altra sono un elemento indispensabile alla fornitura di un servizio distinto e presentano un'utilità solo se incorporati in quest'ultimo. Pur riconoscendo nelle sue osservazioni integrative che le differenze tra i servizi relativi ai dati sulle vendite della IMS e quelli dei suoi concorrenti non sono tali da far sì che questi ultimi possano essere considerati costitutivi di un nuovo servizio, come nella sentenza Magill, essa sostiene che le «circostanze eccezionali» la cui esistenza è stata constatata in tale causa, come è stato confermato nelle sentenze Tiercé

Ladbroke e Bronner, non si limitano ai fatti propri alla sentenza Magill. Di conseguenza l'argomento che la richiedente trae dalla portata della mancanza di due mercati è fuori tema.

85 La Commissione sostiene inoltre che, benché la teoria della «struttura essenziale» sia frequentemente invocata in contesti nei quali un'impresa dominante si sforza di sfruttare tale posizione su un mercato a valle, non si individua alcun presupposto di tale tipo nelle cause Magill, Tiercé Ladbroke e Bronner, né nella sentenza del Tribunale 15 settembre 1998, cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, European Night Services e a./Commissione (Racc. pag. II-3141). Inoltre pare che la sua portata non sia stata riconosciuta dal Tribunale nella sentenza 16 dicembre 1999, causa T-198/98, Micro Leader/ Commissione (Racc. pag. II-3989; in prosieguo: la «sentenza Micro Leader/ Commissione»). Ad ogni buon conto, laddove un'infrastruttura essenziale comprende una struttura protetta dai diritti di proprietà intellettuale, il nesso tra tale infrastruttura ed il mercato dal quale è esclusa la concorrenza è necessariamente molto stretto; il prodotto venduto o il servizio prestato incorpora necessariamente in una certa misura l'oggetto protetto dal diritto considerato.

86 La NDC e la NDC Health sostengono che la decisione impugnata è conforme ai criteri per l'adozione delle decisioni che dispongono provvedimenti provvisori indicati nella giurisprudenza Camera Care. La constatazione della Commissione secondo cui l'esercizio da parte della IMS del suo diritto d'autore al fine di espellere i suoi concorrenti dal mercato rilevante rappresenta, a prima vista, uno sfruttamento abusivo rientra nella nozione classica di comportamento abusivo come quelli descritti nel Trattato ed applicati in sentenze come la Magill; in altri termini, i diritti di proprietà intellettuale non sfuggono all'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza. La Commissione, concludendo nella decisione impugnata (punto 67) che il principio che vi è formulato si riferisce a ipotesi in cui il comportamento che si asserisce abusivo ostacola l'emersione di un nuovo prodotto, non applica in modo manifestamente erroneo la sentenza Magill. In tal modo, contrariamente all'argomento essenziale della parte richiedente, né le precedenti decisioni pertinenti della Commissione né la giurisprudenza richiedevano l'esistenza di due mercati contigui distinti come prerequisito all'applicazione della teoria dell'«infrastruttura essenziale».

87 L'AzyX sostiene che, poiché la decisione impugnata fa emergere chiaramente che la struttura di 1 860 moduli sarebbe diventata standard del settore, il fatto che le imprese in posizione dominante sono «tenute in modo particolare» a non violare le norme di concorrenza (sentenza della Corte 9 novembre 1983, causa 322/81, Michelin/Commissione, Racc. pag. 3461, punto 57), giustifica la conclusione secondo cui la richiedente ha sfruttato abusivamente la propria posizione dominante. Le circostanze eccezionali che fanno rientrare il suo comportamento nella giurisprudenza elaborata nelle sentenze Volvo, CICRA e Maxicar, Magill e Micro Leader/Commissione sono configurate dall'utilizzo del suo diritto d'autore invocato dinanzi ai giudici tedeschi come strumento per eliminare concorrenti potenziali. L'AzyX sostiene che lo sfruttamento abusivo è provato, per quanto la riguarda, dal fatto che, benché essa fosse entrata nel mercato tedesco nel corso della primavera e dell'estate 1999, la richiedente non aveva cercato di far valere il suo diritto d'autore contro di lei che nel momento stesso (dicembre 2000) in cui l'AzyX aveva cominciato a rappresentare un'effettiva minaccia concorrenziale. Nelle sue osservazioni integrative l'AzyX sostiene che il momento della reazione da parte della richiedente è stato accuratamente scelto: la domanda e l'ottenimento di un'ordinanza di provvedimenti provvisori nel dicembre 2000 era destinata a paralizzare l'AzyX nel gennaio 2000, quando doveva essere firmata la maggior parte dei contratti con i suoi clienti per il nuovo anno.

Valutazione del presidente

88 Con riguardo al presupposto espresso su cui si basa la decisione impugnata (punto 36), secondo cui la struttura di 1 860 moduli è protetta dal diritto d'autore in Germania, ipotesi che la Commissione non ha peraltro cercato di sottoporre a riesame nelle sue osservazioni nel procedimento in esame, si deve partire dalla premessa che la richiedente, tramite la IMS Health, è titolare di un diritto d'autore valido relativo a tale struttura. In linea di principio tale diritto d'autore comporta il diritto esclusivo di riprodurre la struttura nella fornitura di servizi relativi ai dati sulle vendite regionali ed il diritto di scegliere se concedere o meno licenze a terzi per il suo utilizzo.

89 La conclusione cui giunge la Commissione nella decisione impugnata e secondo cui la richiedente, a prima vista, ha sfruttato abusivamente la sua posizione dominante nel mercato rilevante rifiutando di rilasciare una licenza relativa al suo diritto d'autore riguardante la struttura di 1 860 moduli, ciò che equivale a costatare che essa ha esercitato tale diritto d'autore come uno strumento per lo sfruttamento abusivo della sua posizione dominante al fine di ostacolare la permanenza delle sue concorrenti NDC Health e AzyX su quel mercato e al tempo stesso di far loro concorrenza con successo, fa sorgere delicate questioni circa l'esatta finalità dell'art. 82 CE e dei poteri propri alla Commissione ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 17, come interpretato nella giurisprudenza Camera Care. Un esame approfondito di tali questioni va manifestamente oltre la finalità del presente procedimento sommario e dev'essere riservato, come nell'ordinanza Magill (v. punto 14), al Tribunale in sede di statuizione sull'azione principale.

90 Tuttavia, poiché la Commissione contesta, col sostegno delle parti intervenienti, che una presunzione di invalidità della decisione impugnata sia provata, si deve esaminare la questione se la richiedente, con riguardo al motivo essenziale del procedimento in corso, abbia dimostrato che sussistevano gravi dubbi circa la validità di tale decisione.

91 Si deve innanzitutto ricordare che l'art. 295 CE prevede che «[il] presente Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri». Ne consegue che il giudice dell'urgenza, investito di una domanda di sospensione, deve in genere dar prova di prudenza nell'esaminare una decisione della Commissione che, tramite provvedimenti provvisori disposti nell'ambito di un'indagine in corso ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 17 e basati su un'interpretazione provvisoria dell'art. 82 CE, obbliga il titolare di un diritto di proprietà intellettuale, riconosciuto e protetto dalla legge nazionale, a rilasciare una licenza relativa all'esercizio di tale diritto di proprietà.

92 Con riguardo poi a quanto sostenuto dalla richiedente con riferimento alla sentenza La Cinq (punto 28), che cioè la Commissione deve chiaramente dimostrare l'illiceità del comportamento prima che possa essere giustificata

l'adozione di provvedimenti provvisori, basti sottolineare che una simile esigenza non si desume affatto dalla versione facente fede — il francese, lingua processuale nella causa La Cinq — relativa a tale punto dei motivi della sentenza. A differenza della versione inglese, non vi si limitano i poteri che la Commissione ha di adottare provvedimenti provvisori alle fattispecie che essa potrebbe sanzionare nella decisione definitiva per il comportamento di cui trattasi.

93 Ne consegue che il semplice fatto che l'interpretazione data dell'art. 82 CE nella decisione impugnata appaia relativamente inedita non incide di per sé sulla valutazione che va effettuata in ordine al requisito del fumus boni iuris. La richiedente deve ancora dimostrare l'esistenza di una grave controversia o almeno di ragionevoli dubbi sulla validità della valutazione provvisoria delle regole di concorrenza effettuata dalla Commissione (ordinanze Ford, punto 8, e Commissione/Atlantic Container Line e a., punto 26).

94 Alla luce degli argomenti tratti dalla sentenza Magill e fatti valere dalle parti in tale procedimento, bisogna esaminare quella sentenza in relazione al motivo invocato dalle imprese di telediffusione ricorrenti, secondo cui il Tribunale aveva applicato erroneamente la nozione di sfruttamento abusivo di posizione dominante. Nelle sentenze RTE e ITP (rispettivamente punti 71 e 56), quest'ultimo, pur riconoscendo che era pacifico che l'oggetto specifico di un diritto d'autore conferiva al suo titolare il diritto esclusivo di riprodurre l'opera protetta e tale esclusiva non integra, in sé, gli elementi di un abuso, ha dichiarato che l'abuso si configura «allorché, alla luce delle peculiari circostanze di ogni caso concreto, risulta che le condizioni e le modalità d'esercizio del diritto esclusivo di riproduzione perseguono in realtà uno scopo manifestamente contrario agli obiettivi dell'art. [82 CE]».

95 Nella sentenza Magill la Corte ha respinto categoricamente la tesi che vorrebbe che l'esercizio di un diritto qualificato come «diritto d'autore» dal diritto nazionale «sia sottratto a qualunque valutazione alla luce dell'art. [82 CE]», prima di confermare, sulla base della sentenza Volvo, che un «diniego di licenza,

pur provenendo da un'impresa in posizione dominante, non può costituire di per sé un abuso di tale posizione» (punti 48 e 49). Essa ha poi riconosciuto che «dall'esercizio del diritto esclusivo da parte del titolare può, in casi eccezionali, derivare un comportamento abusivo» (punto 50). Quanto all'esistenza di tali «casi eccezionali», basandosi sulle constatazioni del Tribunale, la Corte ha confermato (punti 52-56) l'esistenza di tre serie di casi eccezionali.

96 In primo luogo, essa ha confermato (punto 52 della sentenza Magill, riferito rispettivamente alla sentenza RTE, punto 62, e alla sentenza ITP, punto 48) l'esistenza di un mercato distinto per la fornitura di guide televisive settimanali complete non collegato a quello delle guide settimanali separate già prodotte, in particolare, da ciascuna delle appellanti. Essa ha in seguito constatato che le emittenti televisive «(...) erano necessariamente le uniche fonti di informazioni grezze sui programmi, materia prima indispensabile per produrre una guida televisiva settimanale» (sentenza Magill, punto 53) e che il rifiuto di fornire tale informazione «(...) avvalendosi delle disposizioni nazionali sul diritto d'autore ha quindi ostacolato l'emergere di un prodotto nuovo — una guida settimanale completa dei programmi televisivi — che le ricorrenti non offrivano e per cui sussisteva una domanda potenziale da parte del consumatore» (Magill, punto 54). Essa concludeva che un tale rifiuto configurava un abuso ex art. 82, n. 2, lett. b), CE.

97 In secondo luogo, essa ha confermato (sentenza Magill, punto 55) l'affermazione secondo cui «tale rifiuto non era giustificato dall'attività di diffusione radiotelevisiva né da quella di pubblicazione di guide televisive (sentenze RTE, punto 73, e ITP, punto 58)».

98 In terzo luogo, la Corte ha confermato (sentenza Magill, punto 56) la considerazione del Tribunale secondo cui con tale comportamento le emittenti televisive si sono riservate un mercato derivato, quello delle guide televisive settimanali, escludendo qualunque tipo di concorrenza su siffatto mercato, poiché le ricorrenti negavano «l'accesso all'informazione grezza, materia prima indispensabile per elaborare una guida del genere».

99 Essa ha in seguito concluso (sentenza Magill, punto 57) che, «[a]tteso il complesso di tali circostanze, il Tribunale non ha commesso un errore di diritto qualificando il comportamento delle ricorrenti come abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. [82 CE]».

100 Risulta chiaramente dalla sentenza Magill che esistono varie e sensibili differenze tra le circostanze di tale causa e quelle su cui si basa la decisione impugnata, delle quali la Commissione contesta con forza l'esistenza, ma non l'importanza. La decisione impugnata pare imperniarsi su un'interpretazione non cumulativa dei presupposti equiparati a «casi eccezionali» nella sentenza Magill. La Commissione fa valere che l'esercizio di un diritto d'autore può essere equiparato ad uno sfruttamento abusivo «anche in assenza di un comportamento abusivo aggiuntivo qualora esso, fra l'altro, ostacoli l'emergere di un prodotto nuovo» (punto 67 della decisione impugnata). I presupposti cui allude la Corte nella sentenza Magill (punto 54) non sono in linea di principio considerati indispensabili dalla Commissione perché esistano «casi eccezionali».

101 Nel procedimento in corso, invece di cercare di ostacolare l'emersione di un nuovo prodotto su un mercato distinto, il rifiuto della richiedente di rilasciare una licenza riguardante un diritto d'autore alla NDC e all'AzyX pare a prima vista volto ad ostacolare la prestazione, da parte di queste ultime, di servizi relativi ai dati sulle vendite regionali basati su dati di agevole acquisizione, forniti sullo stesso mercato e agli stessi potenziali clienti e che differiscono solo nei particolari dai servizi offerti dalla richiedente. Elemento centrale della decisione impugnata è la constatazione che i laboratori farmaceutici considerati sembrano necessitare della presentazione dei dati in questione nel formato della struttura di 1 860 moduli messa a punto dalla richiedente. La Commissione giunge perciò alla conclusione provvisoria che, in mancanza di accesso a tale struttura, i concorrenti della richiedente non possono farle concorrenza nel mercato rilevante. In sostanza dall'analisi della Commissione pare risultare che il fatto di ostacolare, rifiutando il rilascio della licenza relativa ad un diritto di proprietà intellettuale, l'emersione di nuovi concorrenti che intendono offrire tutt'al più nuove varianti dello stesso servizio nello stesso mercato dell'impresa dominante rischia di poter

essere equiparato ad uno sfruttamento abusivo laddove tali concorrenti non possano accedere altrimenti al mercato in questione perché l'opera protetta costituisce di fatto uno standard del settore.

102 La conclusione provvisoria della Commissione secondo cui il fatto di impedire l'emersione di un nuovo prodotto o servizio per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori non costituisce un elemento indispensabile della nozione di «casi eccezionali» messa a punto dalla Corte nella sentenza Magill rappresenta a prima vista un'interpretazione ampliata di tale nozione. Di conseguenza è solo statuendo nella causa principale che si potrà risolvere il grave dissidio relativo alla fondatezza di tale interpretazione.

103 Comunque, nella decisione impugnata, la Commissione cerca di conciliare tale interpretazione apparentemente ampia della nozione di «casi eccezionali» sviluppata nella sentenza Magill riferendosi ad una giurisprudenza recente ed in particolare alla sentenza Bronner. A suo parere, il rifiuto di fornitura da parte di un'impresa dominante è illecito anche se esso riguarda il rifiuto di rilasciare una licenza relativa ad un diritto d'autore, purché (punto 70 della decisione impugnata):

«— il diniego di accordare l'accesso a un'infrastuttura possa eliminare del tutto la concorrenza sul mercato rilevante;

— tale rifiuto non sia obiettivamente giustificabile; e

— l'infrastruttura sia indispensabile per l'esercizio dell'attività, nel senso che non esiste per essa alcun sostituto reale o potenziale».

104 Nella sentenza Bronner la Corte richiama (punto 40), tramite i «casi eccezionali» «considerati» nella sentenza Magill, tutte le constatazioni del Tribunale che essa ha confermato ai punti 53-56 della sua sentenza pronunciata nella causa Magill (v. punti 96-98 supra). Nella sentenza Bronner la Corte di giustizia fa poi osservare che la sentenza Magill riguardava «[l]'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale» (punto 41). Eccederebbe la finalità del controllo che è possibile nel procedimento in corso stabilire se tali passaggi della sentenza Bronner, e il punto 131 della sentenza della Corte Tiercé Ladbroke, dimostrino la conclusione raggiunta a prima vista nella decisione impugnata. Benché l'interpretazione della Commissione possa essere corretta, non si può escludere l'esistenza di ragionevoli motivi per concludere che i «casi eccezionali» considerati dalla Corte nella sentenza Magill e richiamati dalla stessa nella sentenza Bronner sono cumulativi.

105 L'affermazione della richiedente — rifacentesi alle teorie economiche predominanti nella dottrina dell'«infrastruttura essenziale» — secondo la quale ciò vale in particolare per il presupposto in base al quale il contestato rifiuto dell'impresa dominante di rilasciare una licenza deve impedire l'emersione di un nuovo prodotto in un mercato non collegato a quello in cui l'impresa di cui trattasi è dominante rappresenta una questione giuridica di tutto rilievo che merita di essere presa in grande considerazione dal Tribunale nel procedimento principale. Tale interpretazione della sentenza Magill è verosimilmente suffragata da gran parte della giurisprudenza richiamata nella sentenza IMS (v., in particolare, punto 80 supra). Anche l'avvocato generale Jacobs pare richiamarla allorché conclude, nella sentenza Bronner, che la sentenza Magill «può (...) essere spiegata con le circostanze particolari del caso di specie, che hanno fatto propendere per l'obbligo di concedere la licenza» (conclusioni, paragrafo 63).

106 Di conseguenza, posto che esiste quanto meno un dissidio grave circa la fondatezza della essenziale conclusione in diritto su cui si basa la decisione impugnata, per la quale sussistono nel caso in esame i «casi eccezionali» atti a giustificare l'imposizione dell'obbligo di rilascio obbligatorio di una licenza, la richiedente ha chiaramente dimostrato la sussistenza del fumus boni iuris che giustifica la domanda di provvedimenti provvisori. Infatti, quand'anche fosse necessario, nonostante quanto affermato supra ai punti 68 e 73, che in un

procedimento interlocutorio il richiedente dimostri la sussistenza di un solido fumus boni iuris, si deve ritenere che la richiedente abbia soddisfatto tale requisito per quanto riguarda il suo motivo essenziale. È perciò necessario verificare se è soddisfatto il presupposto dell'urgenza.

Urgenza

Argomenti delle parti

107 La richiedente sostiene anzitutto che il suo diritto di proprietà intellettuale sulla struttura di 1 860 moduli è un elemento essenziale della sua competitività e svolge un ruolo fondamentale nel differenziare il suo servizio di fornitura dei dati relativi alle vendite regionali da quelli forniti dalle sue concorrenti. Se fosse costretta a condividere il suo diritto d'autore, il suo servizio, faticosamente messo a punto nel corso di numerosi anni, sarebbe svilito, divenendo un'offerta generica non distinguibile dai servizi delle concorrenti. Richiamando l'ordinanza del presidente del Tribunale 3 giugno 1996, causa T-41/96 R, Bayer/Commissione (Racc. pag. II -381, punto 54; in prosieguo: l'«ordinanza Bayer»), essa sostiene che, come in tale causa, anche in quella in esame, dando applicazione immediata alla decisione impugnata, si rischierebbe di privare la IMS della libertà di definire in modo autonomo alcuni elementi essenziali della sua politica commerciale. Nelle sue osservazioni integrative essa fa rilevare che il valore economico e commerciale di un vantaggio esclusivo non può più essere ristabilito, una volta perse le sue possibilità di commercializzazione. Essa sottolinea inoltre l'attualità del rischio, nel caso fosse costretta a rilasciare la licenza alla NDC Health e all'AzyX, che queste ultime utilizzino il periodo che intercorre prima che si giunga alla pronuncia della sentenza nel procedimento principale per cercare di convincere i clienti procacciati a passare a strutture modulari che non violano il suo diritto d'autore sulla struttura di 1 860 moduli. Tale rischio è aggravato dal fatto che entrambe le concorrenti hanno sostenuto in due diversi momenti che talune di tali strutture modulari non violano tale diritto d'autore.

108 In secondo luogo, la richiedente sostiene che l'esecuzione della decisione contestata determinerà evoluzioni del mercato che saranno difficilmente reversibili, se non irreversibili (ordinanza Atlantic Container Line e a./Commissione, punto 55). Secondo la richiedente, il valore economico rappresentato dai clienti che essa perderebbe a favore delle sue concorrenti a seguito dell'imposizione di rilasciare licenze obbligatorie non potrà essere recuperato. Quei clienti non accetteranno più il fondamento intellettuale e creativo del suo servizio. La richiedente incontrerà difficoltà insormontabili nel tentativo di convincerli che il suo diritto d'autore è valido e non sarà commercialmente in grado di riallineare i prezzi a quelli che corrispondono alla fruizione di un diritto di esclusiva. Come è stato riconosciuto nell'ordinanza Magill (punti 16 e 18), quei clienti si abitueranno probabilmente alla disponibilità di un'offerta di servizi da più fonti ed esiteranno a tornare ad una situazione in cui la IMS Health è la sola in grado di fornire il servizio di cui trattasi. Nelle sue osservazioni integrative essa sostiene che il disconoscimento di tale rischio da parte della Commissione rileva la sua ignoranza del mondo degli affari: ogni decisione, compresa una decisione definitiva, per mera contrapposizione a quella provvisoria, che minaccia di determinare mutamenti nel mercato durevoli o di grande portata, è stata sinora sospesa (ordinanze Ford, Magill, Atlantic Container Line e a./Commissione e Bayer).

109 La richiedente, in terzo luogo, sostiene che le perdite finanziarie dirette da essa già subite a seguito della violazione del suo diritto d'autore da parte della NDC Health e dell'AzyX sono già notevoli. Essa ha sostenuto nel corso dell'udienza di aver già perso [...] dei clienti [...] abbonati a vantaggio della NDC Health e dell'AzyX, dei quali [...] hanno cambiato fornitore a partire dal 9 marzo 2001 quando è stata emanata la CA. Essa stima la sua perdita totale di entrate pari ad euro [...] all'anno sulla base dei canoni di abbonamento applicabili nel 2000. Inoltre ulteriori [...] clienti non hanno ancora rinnovato il contratto in scadenza a fine anno, anche se sarebbe stato normale che l'avessero già fatto. Dal momento che la NDC Health e l'AzyX sono le due sole imprese attive nel mercato, si può ragionevolmente presumere che la maggior parte dei clienti, se non tutti, si rivolgeranno a tali imprese se non si sospende l'esecuzione della decisione impugnata. In quest'ultimo caso il totale delle perdite supplementari della IMS Health sarebbe di euro [...] all'anno sulla base degli attuali canoni di abbonamento. In tal modo le perdite complessive della IMS Health in Germania

nel 2002 potrebbero quantificarsi in euro [...]. Per quanto riguarda l'ordinanza NCC essa sostiene che sarebbe particolarmente benvenuto in questa causa un impegno relativo al risarcimento danni o qualsiasi altra garanzia finanziaria (come una garanzia bancaria), in quanto i fatti sono molto controversi e la valutazione della Commissione appare contraddire principi consolidati del diritto comunitario. Ad ogni buon conto, un tale provvedimento non eliminerebbe il gravissimo rischio di perdite non quantificabili che potrebbero derivare da una mancata sospensione della decisione.

110 La Commissione contesta che la richiedente abbia dimostrato l'esistenza di un danno grave ed irreparabile. Per quanto riguarda le asserite perdite finanziarie che la IMS potrebbe subire, la Commissione, richiamando in particolare l'ordinanza del presidente della Corte 18 ottobre 1991, causa C-213/91 R, Abertal/Commissione (Racc. pag. I-5109, punto 24), ricorda che una perdita finanziaria non può, in linea di principio, essere considerata come irreparabile. È fuori discussione la possibilità che con la decisione impugnata si metta a repentaglio la sopravvivenza della richiedente, vista la sua posizione quasi monopolistica nel mercato tedesco (ordinanza del presidente della Corte 23 maggio 1990, cause riunite C-51/90 R e C-59/90 R, Comos-Tank e Matex Nederland/Commissione, Racc. pag. I-2167, punti 30-31, e ordinanza del presidente del Tribunale 21 dicembre 1994, causa T-301/94 R, Laakman Karton/Commissione, Racc. pag. II-1279, punti 23 e ss.). Neppure la quota di mercato della IMS Health subirà un tracollo nel caso siano concesse le licenze ai suoi concorrenti, in particolare per il fatto che saranno obbligati a pagare i diritti, il che avrà effetti sulla concorrenza. Ad ogni buon conto, le eventuali perdite finanziarie temute dalla richiedente non sono dimostrate e rappresentano uno scenario inverosimile della peggiore delle ipotesi. Per quanto riguarda la valutazione delle proprie perdite, che la IMS ha rettificato nel corso dell'udienza, la Commissione ha sostenuto che esse sarebbero marginali per il fatto che la grande maggioranza dei clienti da cui provengono le sue entrate resterebbe fedele alla IMS e, in tale valutazione, essa non tiene conto dell'importanza dell'obbligo dei licenziatari potenziali di versarle i diritti. Il vantaggio derivante da tale obbligo sarà uguale all'importo dei diritti versati, o meglio doppio, in quanto i diritti aumenteranno le entrate della IMS Health riducendo proporzionalmente quelle dei licenziatari.

111 La Commissione sostiene inoltre che l'esclusione di perdite finanziarie non è subordinata alla possibilità di recuperarle. Se la decisione impugnata fosse

annullata, la richiedente avrebbe la possibilità di recuperare tali perdite dalla NDC e dall'AzyX. Con riguardo all'affermazione che si sarebbe dovuto prevedere nella decisione impugnata un impegno che avrebbe dovuto essere preso dai licenziatari proposti, la Commissione fa valere che l'imposizione di una tale condizione dovrebbe essere molto eccezionale. Le circostanze del caso in esame differiscono da quelle dell'ordinanza NCC, il solo caso, finora, in cui sia stata imposta una tale condizione. Comunque, la Commissione non si opporrebbe a pattuizioni nei contratti di licenza tra la IMS Health e i suoi concorrenti che prevedano una garanzia di tal genere. Essa ha aggiunto nel corso dell'udienza che accetterebbe una misura cautelare imposta dal presidente del Tribunale relativa al deposito di tale garanzia, fermo restando che il suo importo sia ragionevole.

112 Per quanto riguarda l'asserita interferenza con l'autonomia commerciale della IMS, la Commissione sostiene che taluni cambiamenti a tale proposito ineriscono all'adozione di qualsivoglia misura cautelare provvisoria. La questione principale nel presente procedimento è di stabilire se gli effetti dannosi superino notevolmente, o meno, gli inconvenienti che ineriscono, pur temporaneamente, all'adozione di tali decisioni provvisorie. La richiedente non ha dimostrato che lo svilimento del diritto che essa rischia di subire a seguito dell'obbligo di condividere, a fronte di un ragionevole compenso, la struttura di 1 860 moduli con i suoi concorrenti ecceda tali inconvenienti inerenti. Il rilascio di licenze in questione non restringerebbe l'autonomia della IMS Health nel definire la sua politica commerciale: non pregiudicherebbe né la sua libertà di fissare i prezzi, né, data l'ampiezza della sua posizione dominante nel mercato rilevante, la sua capacità di adottare una politica commerciale per rispondere alla sfida concorrenziale.

113 Secondo la Commissione, la decisione impugnata non determinerà alcun fatto nuovo importante e durevole nel mercato. In primo luogo, è chiaro che il suo art. 1, letto alla luce della motivazione esposta nei suoi punti, riguarda solo la NDC Health e l'AzyX. In tal modo la richiedente non troverebbe ostacoli nel far rispettare il suo diritto d'autore in caso di annullamento della decisione nel procedimento principale. In secondo luogo, le circostanze di questo procedimento differiscono da quelle prese in considerazione nell'ordinanza Bayer e nelle ordinanze del presidente del Tribunale 19 febbraio 1993, cause riunite T-7/93 R e

T-9/93 R, Langnese-Iglo e Schöller/Commissione (Racc. pag. II-131), e 7 luglio 1998, causa T-65/98, Van den Bergh Foods/Commissione (Racc. pag. II-2641; in prosieguo: l'ordinanza «Van den Bergh Foods/Commissione»), nelle quali ai destinatari delle decisioni impugnate fu chiesto di modificare i rapporti contrattuali con un gran numero di grossisti e di commercianti al dettaglio. Il procedimento in corso non si può neppure confrontare con la causa Atlantic Container Line e a./Commissione, nella quale si è ritenuto che l'applicazione immediata della decisione impugnata ad un settore già in situazione di precarietà rischiasse di determinare in particolare il crollo dei prezzi e la scomparsa di qualche impresa.

114 La NDC e la NDC Health sostengono che la richiedente cerca in effetti di far valere nel presente procedimento che la IMS Health subirebbe un grave danno per il fatto di dover, provvisoriamente e a fronte di un corrispettivo, rilasciare la licenza di utilizzo di un diritto d'autore funzionale relativo ad uno standard del settore. Esse osservano che il temuto svilimento della proprietà intellettuale della richiedente sulla struttura di 1 860 moduli dovuta alla sua trasformazione in «offerta generica» non è convincente; la tutela del diritto d'autore della IMS Health è divenuto possibile in Germania solo recentemente e la richiedente ha tralasciato di spiegare perché il suo diritto sarebbe svilito in Germania dove essa farebbe, a fronte di un corrispettivo, quel che ha già accettato di fare nel Regno Unito relativamente ad un analogo diritto d'autore senza il vantaggio di un compenso. Inoltre, poiché i dati in questione sono liberamente disponibili, l'esecuzione della decisione impugnata non comporterebbe il rischio, come nel caso dell'ordinanza del presidente del Tribunale 1° dicembre 1994, causa T-353/94 R, Postbank/Commissione (Racc. pag. II-1141), di pubblicazione di dati segreti. Per quanto riguarda la possibilità d'imporre una garanzia bancaria esse nel corso dell'udienza hanno espresso dubbi quanto alla sua necessità dal momento che la IMS non subirebbe alcuna perdita finanziaria irreparabile. Inoltre la IMS potrebbe utilizzare la necessità di raggiungere un accordo sulle clausole di una siffatta garanzia come strumento per ritardare il rilascio di licenze previsto dalla decisione impugnata. Però, a fronte delle perdite irrilevanti che la richiedente rischierebbe di subire, la NDC Health, senza la possibilità di utilizzare la struttura di 1 860 moduli, non può fare concorrenza alla IMS Health. Nelle loro osservazioni integrative esse sostengono che gli elementi di prova che provengono dal settore farmaceutico sono irrefutabili; i laboratori farmaceutici devono ricevere i dati relativi alle vendite regionali nel formato 1860. Ad ogni

buon conto la struttura di 3 942 moduli della NDC non è una struttura adatta a sostituire la struttura di 1 860 moduli della IMS Health, poiché la portata dell'ordinanza di provvedimenti provvisori emanata nei confronti della NDC Health, in quanto riguarda strutture «derivate», è oscura e lo rimarrà, come ha sottolineato la Commissione nella decisione impugnata (punto 143), per i prossimi tre anni.

115 L'AzyX sostiene che nella decisione impugnata la Commissione ha constatato giustamente che essa subirebbe un danno grave ed irreparabile se i provvedimenti provvisori previsti da tale decisione non fossero eseguiti. La sua sopravvivenza finanziaria sarebbe messa a repentaglio entro un brevissimo termine se si sospendesse l'esecuzione dei provvedimenti provvisori disposti dalla Commissione, a motivo dell'importanza che le entrate del mercato tedesco rivestono per il gruppo AzyX. Se la struttura di 1 860 moduli costituisse effettivamente, benché la IMS rifiuti di riconoscerlo, un'infrastruttura essenziale, il danno causato alla richiedente dall'obbligo di rilasciare una licenza relativa a tale struttura sarebbe puramente provvisorio, se la decisione impugnata fosse annullata nel procedimento principale. Se essa non fosse tuttavia così indispensabile, qualsivoglia perdita irreparabile di clientela dipenderebbe, stando a quanto sostiene l'AzyX, da aspetti concorrenziali diversi e non dalla decisione impugnata.

Valutazione del presidente

116 L'urgenza di una domanda di provvedimenti provvisori deve quindi essere valutata in relazione alla necessità di statuire provvisoriamente per evitare che il richiedente subisca un danno grave ed irreparabile [ordinanza nella causa SCK e FNK, punto 30; ordinanze del presidente della Corte 18 novembre 1999, causa C-329/99 P(R), Pfizer Animal Health/Consiglio, Racc. pag. I-8343, punto 94, e 11 aprile 2001, causa C-471/00 P(R), Commissione/Cambridge Healthcare Supplies, Racc. pag. I-2865, punto 107; in prosieguo: l'«ordinanza Cambridge»]. Spetta alla parte che deduce un danno grave e irreparabile dimostrarne l'esistenza (ordinanza del presidente della Corte 12 ottobre 2000, causa C-278/00 R, Grecia/Commissione, Racc. pag. I-8787, punto 14, e ordinanza del presidente del

Tribunale 28 maggio 2001, causa T-53/01 R, Poste italiane/Commissione, Racc. pag. II-1479, punto 110). È sufficiente che il danno, in particolare laddove dipenda dal concorso di più fattori, sia prevedibile con un grado sufficiente di probabilità [ordinanze del presidente della Corte 14 dicembre 1999, causa C-335/99 P(R), HFB e a./Commissione, Racc. pag. I-8705, punto 67; ordinanza Cambridge, punto 108, e ordinanza del presidente del Tribunale 8 dicembre 2000, causa T-237/99 R, BP Nederland e a./Commissione, Racc. pag. II-3849, punto 49].

117 Ciononostante, nel valutare gli elementi che possono giustificare la sospensione del provvedimento impugnato, a motivo dei danni che può causare, si deve tener conto del fatto che questo provvedimento costituisce di per sé un provvedimento provvisorio adottato dalla Commissione nel corso di un'istruttoria che non è ancora terminata (ordinanza Ford, punto 11). Si deve perciò esaminare se esista o meno un grave rischio che le conseguenze dannose della decisione impugnata, qualora abbia immediata esecuzione, superino quelle di un provvedimento cautelare e causino nel frattempo danni molto maggiori degli inconvenienti, inevitabili, ma passeggeri, che derivano da tale provvedimento provvisorio (ordinanze Ford e Peugeot, rispettivamente punto 14 e punto 24).

118 La Commissione, con il sostegno delle parti intervenienti, ha rifiutato di riconoscere la gravità delle perdite che probabilmente la richiedente subirebbe. Esse prospettano il peggiore scenario possibile e trascurano l'importanza finanziaria dei diritti che saranno versati a favore della richiedente. La richiedente ha comunque prodotto quella che, a prima vista, pare rappresentare una prova convincente del rischio che le sue perdite dirette ammontino per quest'anno ad euro [...], potendo con grande facilità raggiungere, nel 2002, euro [...]. Benché la decisione impugnata non contenga alcuna informazione né sul fatturato né sulle entrate della IMS Health, l'AzyX fa valere, senza essere contestata sul punto dalla richiedente, che le entrate della IMS Health in Germania per quanto riguarda il suo servizio di dati relativi alle vendite regionali ammonta a circa euro 25 milioni all'anno. Viste tali circostanze, non si può escludere che perdite dell'ordine di euro [...] — [...] all'anno rischino di essere molto gravi per la IMS Health, nonostante la sua appartenenza ad un gruppo di imprese dell'importanza di IMS.

119 È tuttavia giurisprudenza costante che un danno di ordine meramente economico non può, salvo circostanze eccezionali, essere considerato irreparabile e neppure difficilmente riparabile se può costituire oggetto di una successiva compensazione finanziaria (ordinanze Abertal/Commissione, punto 24, e Cambridge, punto 113; ordinanze del presidente del Tribunale 1° ottobre 1997, causa T-230/97 R, Comafrica e Dole Fresh Fruit Europe/Commissione, Racc. pag. II-1589, punto 32, e 15 giugno 2001, causa T-339/00 R, Bactria/Commissione, Racc. pag. II-1721, punto 94). Tale giurisprudenza si basa sul presupposto che un danno di ordine economico, che non scompare per effetto dell'esecuzione della sentenza pronunciata nel procedimento principale, costituisce una perdita economica che potrebbe essere recuperata avvalendosi dei rimedi giuridici previsti dal Trattato, in particolare dagli artt. 235 CE e 288 CE (v. ordinanza Comafrica e Dole Fresh Fruit Europe/Commissione, citata supra, punto 38, e ordinanza del presidente del Tribunale 20 luglio 2000, causa T-169/00 R, Esedra/Commissione, Racc. pag. II-2951, punto 47). Tuttavia, nel caso in esame, i rimedi giuridici prospettati dalla Commissione nelle sue osservazioni, in caso di annullamento della decisione impugnata, consisterebbero per la richiedente in una domanda (probabilmente di risarcimento danni per violazione del suo diritto d'autore) dinanzi ai giudici tedeschi. Non è chiaramente possibile, e invero neppure opportuno, che il giudice dell'urgenza si soffermi sulla probabilità che ha la IMS di ottenere un'adeguata riparazione dai giudici nazionali. Non si può ad esempio escludere che il fatto stesso di rilasciare licenze alla NDC Health e all'AzyX in applicazione della decisione impugnata possa, ancorché tale decisione sia poi annullata, produrre conseguenze negative sull'ampiezza dei possibili mezzi di impugnazione cui la IMS Health possa ricorrere.

120 Inoltre, con riferimento all'ampia discrezionalità di cui gode la Commissione nel decidere se sia opportuno emanare provvedimenti provvisori come quelli della decisione impugnata, parrebbe, a prima vista, improbabile che la richiedente possa esperire con successo qualsiasi azione di risarcimento danni intentata nei confronti della Commissione. In altri termini, è improbabile che i motivi per i quali in definitiva la decisione impugnata può essere annullata nel procedimento principale bastino a costituire una violazione grave del diritto comunitario tale da consentire alla IMS di sostenere realisticamente che la Commissione aveva violato in modo grave e manifesto i limiti del suo potere discrezionale (v. sentenza della Corte 4 luglio 2000, causa C-352/98 P, Bergaderm e Goupil/Commissione, Racc.

pag. I-5291, punti 41-44, e sentenza del Tribunale 12 luglio 2001, cause riunite T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 e T-225/99, Comafrica e Dole Fresh Fruit Europe/Commissione, Racc. pag. II-1975, punto 134).

121 Tuttavia, benché non sia possibile escludere il rischio che la IMS Health sia incapace di rivalersi delle perdite subite a seguito dell'esecuzione della decisione impugnata, in genere non sono adottati provvedimenti provvisori in caso di danno economico a meno che la richiedente non sia in grado di far valere elementi di prova che dimostrino, a prima vista, che senza i provvedimenti provvisori richiesti le perdite sarebbe tali da minacciare la sua sopravvivenza. Nel procedimento in corso la richiedente non ha contestato l'accertamento della Commissione (punto 3 della decisione impugnata) dal quale risulta che la IMS opera in 100 paesi e che il suo fatturato ammontava nel 2000 a USD 1,4 miliardi. Anche se sarà la IMS Health a subire, secondo le dichiarazioni del dott. Sian, le temute perdite in questione, è sia accettabile sia pertinente, posto che la IMS è destinataria della decisione e ricorrente sia nel procedimento principale che nel presente procedimento, esaminare complessivamente gli effetti potenziali di tali perdite su quest'ultima [ordinanza della Corte 7 marzo 1995, causa C-12/95 P, Transacciones Marítimas e a./Commissione, Racc. pag. I-467, punto 12; ordinanze del presidente del Tribunale 10 dicembre 1997, causa T-260/97 R, Camar/Commissione e Consiglio, Racc. pag. II-2357, punto 50; 30 giugno 1999, causa T-13/99, Pfizer Animal Health/Consiglio, Racc. pag. II-1961, punto 155, confermata in appello con ordinanza 18 novembre 1999, causa C-329/99 P(R), sopra citata, punto 67, e 2 agosto 2001, causa T-111/01 R, Saxonia Edelmetalle/Commissione, Racc. pag. II-2335, punto 27]. Considerata la potenza economica della IMS e l'alleviamento delle perdite della IMS Health tramite l'incasso del versamento dei diritti, pare giustificata la conclusione della Commissione nella decisione impugnata, secondo la quale è improbabile, quantomeno prima che sia statuito nel procedimento principale, che le perdite economiche che potrebbero essere subite minaccino la sua sopravvivenza nel mercato rilevante. Ne consegue che tale danno non può, in sé, bastare a giustificare la domanda di provvedimenti provvisori.

122 La Commissione ha inoltre dichiarato che non si sarebbe opposta al fatto che la richiedente cerchi di introdurre una clausola di garanzia finanziaria nelle

condizioni della licenza che negozia con la NCD e l'AzyX. L'introduzione di opportune clausole di garanzia bancaria nelle clausole definitive della licenza stabilite dalla Commissione, ai sensi dell'art. 2 della decisione impugnata, allevierebbe inoltre il rischio che sopravvenga un danno economico irreparabile.

123 Si deve perciò esaminare se, come sostenuto dalla richiedente, vi sia un rischio reale che gli effetti dannosi dell'esecuzione della decisione impugnata sulla struttura della concorrenza nel mercato rilevante e, in particolare, sul valore del diritto d'autore della richiedente relativo alla struttura di 1 860 moduli le causino un danno grave, che rischia d'essere irreparabile.

124 È importante evidenziare che la Commissione, nella decisione impugnata, non cerca di mettere in discussione il riconoscimento da parte del Landgericht Frankfurt del diritto d'autore della richiedente (di cui essa è titolare tramite la IMS Health) sulla struttura di 1 860 moduli (punti 36 e 211). Nei limiti in cui la NDC e la NDC Health cercano di qualificare tale diritto d'autore come funzionale, esse fanno valere argomenti che vanno oltre l'ambito della decisione impugnata e non sono perciò in grado di dimostrare gli argomenti della Commissione a favore del rigetto della domanda in esame di provvedimenti provvisori relativi a tale decisione. Poiché il Landgericht Frankfurt ha riconosciuto che la creazione su cui si fonda la struttura di 1 860 moduli merita di essere tutelata a titolo di diritto d'autore, la richiedente ha giusti motivi per far valere il rischio reale di svilimento del suo diritto d'autore.

125 La ragion d'essere fondamentale del diritto d'autore è di conferire al creatore di un'opera dell'ingegno originale il diritto esclusivo di sfruttare le sue opere (sentenza 17 maggio 1988, causa 158/86, Warner Brothers e Metronome Video, Racc. pag. 2605, punto 13; in prosieguo: la «sentenza Warner Brothers e Metronome Video»), assicurando con ciò l'esistenza di una «remunerazione dello sforzo creativo» (sentenze RTE, punto 71, e ITP, punto 56). Il diritto d'autore è di importanza fondamentale sia per i singoli titolari che per la società in generale

(conclusioni dell'avvocato generale Gulmann nella sentenza Magill, paragrafo 11). Ridurlo ad un diritto puramente economico a percepire un corrispettivo diluisce l'essenza del diritto ed è, in linea di principio, tale da provocare un danno potenzialmente grave ed irreparabile al titolare del diritto.

126 La Commissione, con il sostegno delle parti intervenienti, cerca di giustificare la necessità di attenuare tale diritto nel presente procedimento facendo valere che il danno derivante alla richiedente, se avrà causa vinta nel procedimento principale, sarà temporaneo e resterà entro i limiti degli effetti propri ai provvedimenti provvisori. In altri termini, la IMS Health riconquisterebbe automaticamente tutti i suoi clienti al momento della reintegrazione nel suo diritto esclusivo, poiché il carattere de facto essenziale della struttura a moduli obbligherà di nuovo quei clienti a concludere contratti esclusivamente con lei.

127 L'asserita natura puramente provvisoria della grave lesione all'oggetto specifico del diritto di proprietà intellettuale della richiedente non basta, in sé, ad attenuare il rischio reale di un danno grave ed irreparabile agli interessi della richiedente.

128 Esiste in primo luogo un rischio evidente che gli attuali clienti della IMS Health, di cui un gran numero è rappresentato dagli stessi laboratori farmaceutici o da imprese che fanno parte di gruppi multinazionali economicamente potenti, non siano disposti ad accettare volentieri, se è loro possibile scegliere tra fornitori concorrenti di servizi sui dati relativi alle vendite regionali basati sulla struttura di 1 860 moduli per un periodo di due o tre anni, un ritorno forzato ad un servizio unico offerto a prezzi più elevati da un fornitore di servizi monopolista. In secondo luogo, il malcontento della clientela della IMS Health sarà aggravato qualora, come le parti intervenienti hanno spiegato nel corso dell'udienza al giudice dell'urgenza, le modalità dei servizi relativi ai dati sulle vendite proposte dalle stesse, benché necessariamente basate sulla struttura di 1 860 moduli, differiscano notevolmente da quelle proposte dalla richiedente. Non si deve perciò escludere che tale malcontento possa manifestarsi nella volontà di

sostenere le spese necessarie per accettare i dati sulle vendite in un formato incompatibile con la struttura di 1 860 moduli in modo da evitare un ritorno alla situazione in cui la richiedente gode di una posizione di quasi monopolio nel mercato rilevante. Questa osservazione è tanto più esatta in quanto molti di tali clienti sembrano, come sostenuto nella decisione impugnata (punti 75-84), aver svolto un ruolo importante, tramite l'RPM Arbeitskreis (gruppo di lavoro), nella realizzazione della struttura di 1 860 moduli. Come sostiene l'AzyX, il semplice fatto che alcuni di loro non siano sembrati disposti a passare ad un diverso formato nel corso della riunione di quattro ore e mezza organizzata durante la conferenza di Francoforte sul Meno del 15 marzo 2001, non esclude un cambiamento del loro atteggiamento se la decisione impugnata, di cui in quell'incontro si decise di sostenere l'adozione anticipata, fosse successivamente annullata.

29 Di conseguenza si deve constatare che vi sono oggettivamente gravi motivi per credere che l'esecuzione immediata della decisione possa creare nel mercato un'evoluzione che sarebbe poi molto difficile, se non impossibile, rovesciare, nel caso in cui fosse accolto il ricorso principale (ordinanza Van den Bergh Foods/ Commissione, punto 66).

30 Inoltre non si può escludere che l'applicazione della decisione impugnata rischi di privare l'interessata della libertà di definire la sua politica commerciale (ordinanza Bayer, punto 54). Risulta chiaramente dalle osservazioni presentate nella causa in esame che la richiedente non potrebbe, in caso di esecuzione della decisione, continuare ad applicare la stessa politica commerciale finora applicata in un mercato in cui le sue concorrenti hanno legittimamente il diritto, fatto salvo l'obbligo di versare i diritti, di farle liberamente concorrenza. Al momento dell'adozione della decisione contestata, sia la NDC Health che l'AzyX fornivano servizi o basandosi sulla struttura di 1 860 moduli (e ciò, molto probabilmente, in violazione del diritto d'autore della richiedente), o basandosi su qualche altra struttura a moduli che ha potuto, o meno, aver costituito un «derivato» illegittimo di tale struttura (e con riferimento al quale prevaleva un clima di incertezza giuridica). L'imposizione alla richiedente dell'obbligo di rilasciare una licenza alla NDC Health e all'AzyX muterà all'evidenza tali condizioni di mercato. Il semplice fatto, come osserva la Commissione, che il rifiuto iniziale della stessa richiedente di rilasciare licenze alle sue concorrenti contribuisse a

quell'incertezza giuridica non modifica la natura del mutamento delle condizioni di mercato che deriverebbe dalla futura legittimazione del comportamento della NDC e dell'AzyX in conseguenza del rilascio delle licenze in applicazione della decisione impugnata.

131 Inoltre, come la Commissione fa valere nelle sue osservazioni integrative, in un contesto in cui è impossibile affermare con certezza che «le attuali strutture a moduli violano il [suo] diritto d'autore» e in cui almeno uno dei suoi concorrenti, vale a dire la NDC, contesta pubblicamente che la sua struttura di 3 942 moduli violi tale diritto d'autore, non si può trascurare, considerandolo come puramente ipotetico, il rischio che la NDC e l'AzyX possano usare il lasso temporale occasionato dall'esecuzione della decisione impugnata, in cui sono protette da azioni per violazione del diritto d'autore, per convincere i loro clienti presenti e futuri a passare dalla struttura di 1 860 moduli ad altre strutture che asseritamente non sono illecite. A prima vista sembra probabile che tale rischio debba essere preso in considerazione dalla richiedente nel formulare la sua politica commerciale in attesa del giudizio nel procedimento principale.

132 Di conseguenza si deve concludere che esiste un rischio reale e concreto che l'esecuzione della decisione impugnata causi, prima della pronuncia nel procedimento principale, un danno grave ed irreparabile alla richiedente, danno atto a superare gli inconvenienti inevitabili, di breve durata, che ineriscono all'adozione dei provvedimenti cautelari di cui trattasi.

133 È perciò necessario soppesare gli interessi coinvolti, al fine di stabilire se sussistano tutti i presupposti necessari all'adozione del provvedimento provvisorio richiesto dalla domanda in esame.

La ponderazione degli interessi

Argomenti delle parti

134 La richiedente sostiene che né la NDC né l'AzyX subiranno un danno irreparabile se si sospende l'esecuzione della decisione impugnata. Esse hanno già un gran numero di clienti e hanno entrambe sviluppato strutture a moduli alternative (e asseritamente non illecite) che possono continuare ad utilizzare e migliorare. Essa si riferisce in particolare alla struttura di 3 942 moduli della NDC che quest'ultima, nel corso delle trattative sulla licenza conseguenti all'adozione della decisione impugnata, sosteneva non essere soggetta a licenza. Inoltre qualsiasi danno subito sarebbe autoinflitto, posto che il Landgericht Frankfurt ha intimato il 12 ottobre e il 28 dicembre 2000 alla NDC e all'AzyX di cessare ogni violazione del diritto d'autore della IMS Health. Esse hanno chiesto per la prima volta le licenze rispettivamente il 26 ottobre 2000 e il 23 aprile 2001, e perciò tutti i servizi basati sulla struttura di 1 860 moduli che da allora hanno fornito ai clienti sono stati forniti violando quelle ingiunzioni. Pur avendo il diritto di chiedere provvedimenti provvisori alla Commissione, esse non avevano il diritto, nel corso dell'inchiesta da quest'ultima aperta su quella denuncia, di violare il diritto d'autore relativo alla struttura di 1 860 moduli.

135 La richiedente sostiene anche che l'affermazione della Commissione secondo cui, in mancanza di licenze, la NDC e l'AzyX cesserebbero la loro attività in Germania è esagerata. La NDC è il maggior fornitore mondiale di dati sanitari a multisegmento con un fatturato annuo (secondo il suo stesso sito Internet del 22 luglio 2001) di circa USD 685 milioni. Essa è il principale concorrente della IMS negli Stati Uniti d'America e opera in diversi paesi europei. L'AzyX, dal canto suo, esercita attività in diversi paesi europei che non sono interessati dalla mancanza di una licenza per l'utilizzo della struttura di 1 860 moduli in Germania.

136 La richiedente sostiene infine che dalla provvisoria sospensione della decisione impugnata non sarebbero lesi né i terzi né l'interesse generale. In particolare, poiché i servizi sui dati relativi alle vendite in questione sono usati solo per finalità interne dai laboratori farmaceutici e rappresentano solo una quota modesta del loro fatturato globale relativo alla commercializzazione, i consumatori finali di prodotti farmaceutici non subirebbero alcun effetto dal mantenimento del suo diritto di esclusiva in attesa del giudizio nel procedimento principale.

137 La Commissione sostiene che il fatto di prevedere una compensazione tramite il pagamento di un corrispettivo ragionevole prova il carattere proporzionato della limitazione del diritto esclusivo del richiedente disposta con la decisione impugnata. Questo fatto, assieme all'interesse dei concorrenti della IMS e dei suoi clienti al mantenimento della concorrenza, depone fortemente in favore dell'autorizzazione all'esecuzione della decisione impugnata in attesa del giudizio nel procedimento principale. In udienza la Commissione ha contestato l'argomento della richiedente secondo cui la sospensione dell'esecuzione della decisione impugnata non avrebbe l'effetto di impedire che tanto la NDC quanto l'AzyX entrino nuovamente nel mercato tedesco, se la validità della decisione fosse successivamente confermata nel procedimento principale.

138 La NDC sostiene che, prima di concedere la sospensione dell'esecuzione, il giudice dell'urgenza deve essere certo che gli interessi della richiedente prevalgano sui grandi interessi concorrenti, ossia gli effetti negativi sulla NDC e sull'AzyX, sui laboratori farmaceutici e sull'interesse generale. Considerate le entrate della IMS Health da essa definite «sbalorditivamente elevate», essa sostiene che i clienti raccoglieranno i benefici della concorrenza se si darà esecuzione alla decisione impugnata. La decisione impugnata sceglie il mezzo meno distruttivo disponibile per salvaguardare la concorrenza nel mercato rilevante. La ponderazione degli interessi richiede il rilascio delle licenze per il diritto d'autore funzionale di cui trattasi nelle more del giudizio nel procedimento principale.

139 L'AzyX sostiene che l'interesse generale del mercato comune sarebbe meglio perseguito, durante tale periodo interinale, consentendo alla concorrenza di

operare anziché permettendo alla IMS di bloccare il mercato rilevante. Nel corso dell'udienza essa contestava l'affermazione della richiedente secondo cui essa avrebbe potuto rientrare nel mercato tedesco in due anni: poiché il 75% circa del fatturato globale del gruppo AzyX è realizzato in Germania, un'esclusione per due anni da quel mercato minaccerebbe seriamente la sua sopravvivenza. A ciò non è paragonabile una perdita potenziale per la IMS, secondo l'AzyX, di circa l'1,5 % delle sue entrate mondiali.

Valutazione del presidente

140 Nella decisione impugnata (punto 187) la Commissione fa valere la sentenza La Cinq (punto 28). Essa sostiene che in caso di mancata adozione di provvedimenti provvisori potrebbe essere causato un danno grave ed irreparabile alla NDC e un danno intollerabile all'interesse generale. Per quanto riguarda la NDC, nella decisione impugnata la Commissione fa valere le perdite economiche e il danno alla sua notorietà commerciale in Germania nel caso non fosse in grado di onorare i contratti in conseguenza dell'ingiunzione che le impedisce di usare la struttura di 1 860 moduli (punto 192). Essa constata che la NDC non sarà in grado di concorrere con la richiedente a meno che non ottenga l'accesso a tale struttura (punti 193 e 194). In risposta ad una domanda posta nel corso dell'udienza, la Commissione ha dichiarato che per la NDC l'urgenza dipende dal rischio che essa, benché sia una grande impresa, non possa sopportare le perdite «sbalorditive» cui, nelle more del giudizio nel procedimento principale, sarebbe esposta nel mercato tedesco in mancanza di accesso alla struttura di 1 860 moduli. Il danno intollerabile all'interesse generale dipenderebbe, secondo la decisione impugnata, dal grave rischio che l'AzyX cessi le sue attività lasciando la IMS come sola fornitrice dei servizi sui dati relativi alle vendite regionali in Germania. La preoccupazione della Commissione è che «la AzyX non sia in grado di restare su tale mercato», poiché le sue attività europee, a motivo della sua dimensione e del suo fatturato mondiale inferiore a quello della NDC «corrono ancor più facilmente il rischio di dover cessare in assenza di misure provvisorie (...)» (punto 195). All'udienza essa ha evocato il rischio che la concorrenza nel mercato rilevante sia «annientata» in attesa del giudizio nel procedimento principale qualora non sia data esecuzione alla decisione impugnata.

141 Ai sensi della giurisprudenza risalente all'ordinanza Camera Care, la Commissione può adottare una decisione interinale disponendo i provvedimenti provvisori che essa ritiene indispensabili per assicurare la possibilità di dare attuazione ad ogni decisione definitiva che essa successivamente adotti in relazione al comportamento asseritamente anticoncorrenziale oggetto dell'indagine. Risulta chiaramente da tale giurisprudenza che, in certe circostanze, l'interesse generale alla conservazione di un'effettiva concorrenza nel mercato rilevante richiede l'adozione di misure cautelari che si scontra con i diritti delle imprese il comportamento delle quali è pur sempre solo oggetto di indagine ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 17. Spetta alla Commissione valutare se sia opportuna l'adozione di tali misure in un caso specifico. Tuttavia, laddove il giudice dell'urgenza è certo che sussistono i presupposti previsti sia dagli artt. 242 CE - 243 CE che dall'art. 104 del regolamento di procedura, egli deve ponderare gli interessi che la Commissione ha fatto valere per giustificare la sua decisione e quelli fatti valere dalla richiedente a sostegno della domanda di provvedimenti provvisori.

142 Nella decisione impugnata la Commissione conclude che esiste l'urgente necessità di obbligare la IMS Health a concedere licenze del suo diritto d'autore sulla struttura di 1 860 moduli in modo tale che due dei suoi concorrenti possano continuare, in attesa dell'adozione della decisione definitiva della Commissione, a fare attivamente concorrenza alla IMS nel mercato in cui tale diritto è attualmente esercitato. Essa giunge a tale conclusione nonostante riconosca «il ruolo fondamentale svolto dai diritti di proprietà intellettuale nella promozione dell'innovazione e della concorrenza» (punto 211) e l'argomento della IMS secondo il quale i provvedimenti provvisori renderebbero i diritti d'autore «nulli», scoraggiando così potenziali investimenti nel campo delle proprietà intellettuale (punto 210). Essa percepisce come proporzionata l'interferenza sui diritti della IMS — privazione temporanea del suo diritto esclusivo ai sensi della legge nazionale in cambio di un «ragionevole» compenso — e su ciò essa basa tale valutazione di giusta ponderazione degli interessi coinvolti.

143 È anzitutto importante ricordare che l'interesse generale per quanto riguarda la tutela dei diritti di proprietà in generale e dei diritti di proprietà intellettuale in particolare è esplicitamente richiamato dagli artt. 30 CE e 295 CE. Il semplice fatto che la richiedente abbia fatto valere e cercato di far rispettare il suo diritto

d'autore sulla struttura di 1 860 moduli per motivi economici non diminuisce il suo diritto a far valere i suoi diritti esclusivi che il diritto nazionale le conferisce allo scopo appunto di compensare l'innovazione (v. sentenza Warner Brothers e Metronome Video, punto 13; sentenze della Corte 20 ottobre 1993, cause riunite C-92/92 e C-326/92, Phil Collins e a., Racc. pag. I-5145, punto 20; 28 aprile 1998, causa C-200/96, Metronome Musik, Racc. pag. I-1953, punti 15 e 24, e 22 settembre 1998, causa C-61/97, FDV, Racc. pag. I-5171, punti 13 e 18).

144 Nella causa in esame, nella quale esiste prima facie un evidente interesse generale che giustifica lo sforzo della richiedente di far valere lo specifico oggetto in questione — il suo diritto d'autore sulla struttura di 1 860 moduli — e di beneficiarne, il carattere intrinsecamente eccezionale del potere di disporre provvedimenti provvisori richiederebbe che i comportamenti la cui cessazione o modifica sono oggetto di tali provvedimenti rientrino chiaramente nell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza. Ad ogni modo, la qualificazione come comportamento abusivo del rifiuto di rilasciare la licenza in questione nel presente procedimento riguarda, a prima vista, l'esattezza dell'interpretazione della Commissione relativa alla giurisprudenza che tratta della portata dei «casi eccezionali». È tale giurisprudenza che spiega le situazioni chiaramente speciali nelle quali la finalità perseguita dall'art. 82 CE può prevalere su quella alla base della concessione di diritti di proprietà intellettuale. In tale contesto, nel quale non è evidente l'illiceità del comportamento della richiedente con riguardo alla giurisprudenza applicabile, e nel quale esiste un rischio concreto che essa subisca un danno grave ed irreparabile se obbligata nel frattempo a rilasciare una licenza ai suoi concorrenti, la ponderazione degli interessi pende a favore della salvaguardia senza riserve del suo diritto d'autore nelle more del giudizio nel procedimento principale.

5 Ciò è particolarmente vero nel presente procedimento nel quale è evidente che l'interesse generale fatto valere dalla Commissione nella decisione impugnata, in sostanza, si riferisce anzitutto agli interessi dei concorrenti della richiedente. La NDC e la NDC Health sostengono che i clienti raccoglieranno i benefici di tale concorrenza. Tuttavia la richiedente sottolinea (senza essere contraddetta su questo punto) come, considerato che per i laboratori farmaceutici il costo di

acquisto dei dati relativi alle vendite rappresenta una quota modesta delle loro complessive spese di commercializzazione, non si verificherebbe per i consumatori finali di prodotti farmaceutici alcun effetto (o almeno nessun effetto percepibile) se il suo diritto di esclusiva fosse conservato nelle more del giudizio nel procedimento principale. Non si può perciò escludere, almeno di primo acchito, che la ponderazione degli interessi effettuata dalla Commissione nella decisione impugnata, in cui sembra che essa equipari gli interessi della NDC e dell'AzyX agli interessi della concorrenza (v. supra punto 140), trascuri che il fine principale dell'art. 82 CE è quello di prevenire distorsioni della concorrenza — e in particolare tutelare gli interessi dei consumatori — più che di proteggere la posizione di singoli concorrenti (conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella causa Bronner, paragrafo 58).

146 Inoltre, benché l'AzyX debba confrontarsi con la minaccia più grande dell'esclusione permanente, o almeno di lunga durata, dal mercato rilevante, come riconosce la decisione impugnata, la ponderazione degli interessi nel presente procedimento ancora non pende a favore della sua esecuzione immediata. Risulta evidente dai dati forniti al presidente sulla decisione dell'Oberlandesgericht Frankfurt 18 settembre 2001 e da un esame approfondito della motivazione della sentenza che nessuna pronuncia giudiziale vieta all'AzyX di affrontare la concorrenza nel mercato rilevante facendo uso delle strutture a moduli che rischiano di ledere il diritto d'autore della richiedente sulla struttura di 1 860 moduli. Se l'AzyX preferisse continuare ad utilizzare tali strutture si esporrebbe al rischio, se fosse successivamente confermata la validità del diritto d'autore della IMS Health su tale struttura, di essere tenuta a risarcire il danno alla IMS Health per lesione di tale diritto d'autore. Tuttavia l'interesse generale volto a garantire che la IMS Health sia sottoposta alla concorrenza nel mercato rilevante in attesa della sentenza nel procedimento principale non può prevalere su quello attinente alla necessità di tutela del suo diritto d'autore al punto da doversi rilasciare all'AzyX una licenza, in base ad un'applicazione provvisoria dell'art. 82 CE, in modo da proteggere quest'ultima dal rischio di una sentenza sfavorevole che potrebbe essere pronunciata contro di lei nel procedimento per violazione del diritto d'autore tra la stessa e la IMS Health in Germania che, come la IMS ha comunicato al presidente, sarà di nuovo oggetto di esame dinanzi al Landgericht Frankfurt il 21 novembre 2001.

147 Per quanto riguarda i dubbi della Commissione sulla probabilità che la NDC Health non sia in grado di proseguire le sue attività nel mercato rilevante finché non sarà pronunciata la sentenza nel procedimento principale, tale rischio non pare, considerata la potenza economica della NDC, sensibilmente superiore al rischio, di cui la Commissione non ha tenuto conto, che le perdite economiche alle quali è esposta la richiedente in caso di esecuzione della decisione impugnata minaccino di per sé la sopravvivenza della IMS Health in quel mercato (v. supra punto 121).

148 Infine, nei limiti in cui l'allusione, fatta dalla Commissione nelle osservazioni scritte, ad «altri interessi» protetti dalla decisione impugnata possa essere considerata una spiegazione piuttosto che un'estensione degli interessi che la Commissione faceva valere in quella decisione, essa non giustificherebbe una valutazione diversa della ponderazione degli interessi che dev'essere effettuata nel presente procedimento. Così, il semplice fatto che taluni laboratori farmaceutici possano essere insoddisfatti del prezzo e del tipo dei servizi offerti dalla IMS Health non significherebbe che il loro interesse sia seriamente o irreparabilmente leso da una sospensione temporanea della decisione impugnata.

149 La ponderazione degli interessi pende così a favore di un'ordinanza di sospensione dell'esecuzione della decisione in attesa della sentenza nel procedimento principale.

150 Risulta da tutto quanto precede che sussistono i presupposti stabiliti dall'art. 242 CE e dall'art. 104, n. 2, del regolamento di procedura per adottare la sospensione provvisoria dell'esecuzione che la richiedente ha domandato col presente procedimento.

Per questi motivi,

IL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE

così provvede:

1) **L'esecuzione della decisione della Commissione 3 luglio 2001, relativa ad un procedimento ai sensi dell'art. 82 del Trattato CE (Caso COMP D3/38.044 — NDC Health/IMS Health: misure provvisorie) è sospesa finché il Tribunale di primo grado non avrà statuito nel procedimento principale.**

2) **Le spese sono riservate.**

Lussemburgo, 26 ottobre 2001

Il cancelliere — Il presidente

H. Jung — B. Vesterdorf