

XVII CONVEGNO ANNUALE
DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"
*"IL DIRITTO COMMERCIALE NELLA PROSPETTIVA EUROPEA:
FRA OVERREGULATION E DEREGULATION, NORME IMPERATIVE ED
AUTONOMIA PRIVATA, ARMONIZZAZIONE E FLESSIBILITÀ"*

Roma, 27-28 febbraio 2026

NICCOLÒ GALLI

RESEARCH ASSOCIATE – EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE / PROFESSORE A
CONTRATTO – UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FIRENZE

Licenze di tecnologia nel diritto della concorrenza UE: accordi e disaccordi tra regimi d'esonazione per categoria e linee direttrici

SOMMARIO: 1. Introduzione: il diritto della concorrenza europeo e gli accordi di licenza di diritti di proprietà intellettuale. – 2. Inquadramento storico degli accordi di licenza nel diritto della concorrenza UE: dal Regolamento n. 17 del 1962 alla proposta di TTBER del 2025. – 3. Regolamento d'esonazione degli accordi verticali e TTBER. 3.1. Il poco coordinamento tra TTBER e VBER. 3.2. Incoerenze terminologiche sulla distribuzione esclusiva. – 4. Regolamento d'esonazione degli accordi di ricerca e sviluppo e TTBER: divergenze sui rapporti concorrenziali. – 5. La cooperazione nelle licenze tra TTBER e Horizontal Cooperation Guidelines. 5.1. Scambi di informazioni nelle licenze bilaterali e multilaterali. 5.2. Accordi di standardizzazione e licenze. 5.3. Licensing Negotiation Groups e accordi di acquisto. 6. Conclusioni.

1. Introduzione: il diritto della concorrenza europeo e gli accordi di licenza di diritti di proprietà intellettuale

L'economia industriale da tempo riconosce i benefici pro-concorrenziali degli accordi di licenza che trasferiscono diritti di proprietà intellettuale ('DPI') su tecnologie da impiegare a fini produttivi.¹ Tra gli effetti positivi generalmente riconosciuti si contano la riduzione della duplicazione inefficiente di investimenti in ricerca e sviluppo ('R&S'), la diffusione delle invenzioni oltre l'ambito di operatività dei loro titolari, l'innovazione incrementale da parte del licenziatario che perfeziona la tecnologia, l'integrazione di tecnologie complementari, maggiore concorrenza nei mercati a valle dei prodotti che integrano la tecnologia trasferita, e l'efficienza produttiva grazie alla specializzazione economica delle imprese tra innovatrici e produttrici.²

Nonostante la generale efficienza economica delle licenze, l'esperienza antitrust insegna che, in concreto, rischi anticoncorrenziali si possano annidare in specifiche clausole restrittive dei contratti di licenza soprattutto tra parti che, vuoi individualmente, vuoi collettivamente, detengano potere di mercato.³ Distinguendo, come insegna l'approccio più economico all'analisi del diritto della concorrenza,⁴ tra accordi orizzontali e verticali, ossia rispettivamente tra accordi di imprese concorrenti (ad es. due produttori rivali) e di imprese poste a livelli diversi della filiera produttiva (ad es. un produttore e un distributore), i primi sono i generalmente i più insidiosi perché capaci di facilitare la collusione, anche al fine di sopprimere la concorrenza tra tecnologie alternative mentre i secondi possono portare, tra l'altro, a una riduzione della concorrenza tra prodotti basati sulla medesima tecnologia. Dinanzi a tale tensione, il diritto della concorrenza UE assume che gli effetti positivi degli accordi di licenza di tecnologia

¹ Tra la letteratura economica, Michael Katz e Carl Shapiro, 'On the Licensing of Innovations' (1985) 16 RAND Journal of Economics 504; Nancy Gallini e Ralph Winter, 'Licensing in the Theory of Innovation' (1985) 16 RAND Journal of Economics 237.

² Più ampiamente, sui benefici economici delle licenze nei mercati della tecnologia, cfr. Ashish Arora, Andrea Fosfuri e Alfonso Gambardella, *Markets for Technology: The Economics of Innovation and Corporate Strategy* (MIT Press, 2001).

³ Per una ricostruzione completa, si veda Pierre Regibeau e Katharine Rockett, *Assessment of Potential Anticompetitive Conduct in the Field of Intellectual Property Rights and Assessment of the Interplay Between Competition Policy and IPR Protection* (EU, 2011), 40-41; Robert Jones, 'Fundamentals of International Licensing Agreements and Their Application in the European Community' (1973) 7 International Lawyer 78, 94-102.

⁴ Sull'origine dell'approccio più economico nell'analisi di diritto della concorrenza europeo si rimanda a Commissione europea, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* (2005).

prevalgano su quelli negativi.⁵ In effetti, se il diritto antitrust disincentivasse i titolari delle privative dal concederle in licenza, lo scenario controfattuale che ne risulterebbe sarebbe o un'onerosa e rischiosa integrazione verticale dello sfruttamento delle tecnologie da parte dei titolari o la mancata integrazione delle stesse nell'industria a discapito dei consumatori.

Il Regolamento della Commissione europea n. 316 del 2014 cristallizza la relazione tra art. 101 TFUE e il generale favore politico-economico verso gli accordi di licenza, garantendo loro un'esenzione per categoria.⁶ Tale regolamento, più generalmente noto in inglese come Technology Transfer Block Exemption Regulation o 'TTBER', esenta determinati tipi di accordi di licenza a fini produttivi di DPI afferenti al campo della tecnica dal divieto di intese restrittive al ricorrere di condizioni che preservano gli incentivi ad innovare sia del licenziante sia del licenziatario. Data la scadenza del TTBER ad aprile 2026,⁷ è in corso il procedimento di revisione del regime d'esenzione, comprensivo delle relative linee guida, identificato come priorità dalla Bussola per la competitività della Commissione,⁸ affinché le imprese dispongano di norme chiare, semplici e aggiornate, in grado di facilitare la diffusione delle tecnologie chiave per la crescita economica.

⁵ In senso concorde, Giuseppe Colangelo, 'Il trattamento antitrust degli accordi per il trasferimento di tecnologie nell'Unione Europea' in Massimiliano Granieri, Giuseppe Colangelo e Francesco De Michelis (curatori) *Introduzione ai contratti per il trasferimento di tecnologie: profili contrattuali e di diritto della concorrenza* (Cacucci, 2009), p. 141; Giuseppe Colangelo, 'Controllo esterno e accordi di trasferimento di tecnologia' in Massimiliano Granieri, Giuseppe Colangelo e Tommaso Ubertazzi (curatori), *Controllo e impresa: itinerari di ricerca tra diritto ed economia* (Il Mulino, 2016), p. 131.

⁶ Versione Consolidata del Trattato sull'Unione Europea ('TUE') e del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ('TFUE') GU UE 2016 C 202/1; Regolamento (UE) n. 316/2014 della Commissione del 21 marzo 2014 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia, GU UE 2014 L 93/17.

⁷ La Commissione stessa, nel proprio calendario delle revisioni delle politiche in materia di antitrust, concentrazioni, aiuti di stato, Digital Markets Act e sussidi esteri per il 2024-2029, ambisce a pubblicare la proposta di nuovo TTBER e relative linee guida entro il terzo trimestre del 2025 e di adottare il nuovo regime entro il secondo trimestre del 2026, cfr. <https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/fb32c5d5-51ec-4344-a9c6-35ebbbb2bc3_en?filename=timeline_competition-policy_review_2024-2029.pdf>.

⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A Competitive Compass for the EU, COM(2025) 30 final, 6-7.

Alla luce della significativa evoluzione del diritto della concorrenza UE intervenuta dall'adozione dell'attuale TTBER ad oggi,⁹ il presente contributo valuta la sua coerenza rispetto ai due regimi paralleli e complementari applicabili agli accordi verticali, di R&S, nonché alle linee direttrici sulla cooperazione orizzontale (più comunemente note come Horizontal Cooperation Guidelines, 'HCG').¹⁰ Dopo un inquadramento storico degli accordi di trasferimento tecnologico nel diritto comunitario (Sezione 2), l'articolo confronta le norme sul trasferimento tecnologico con il regolamento d'esenzione per categoria degli accordi verticali del 2022 (meglio noto come Vertical Block Exemption Regulation, 'VBER'), con particolare riguardo agli accordi 'ibridi' a cavallo tra causa distributiva e causa di licenza e alle eccezioni previste per i sistemi di esclusiva (Sezione 3).¹¹ La Sezione 4 approfondisce il coordinamento tra TTBER e il regolamento d'esenzione per categoria degli accordi di R&S (più comunemente noto come R&D Block Exemption Regulation, 'R&DBER'), mettendo in luce i limiti di un approccio fondato esclusivamente sul criterio di priorità formale del secondo rispetto al primo. La Sezione 5 analizza, infine, gli aspetti di cooperazione orizzontale insiti nei contratti di licenza,¹² nella specie gli scambi informativi tra licenziante e licenziatario, le licenze

⁹ Per una panoramica sugli sviluppi regolamentari del diritto della concorrenza UE, si rinvia a Alessandra Zanardo, 'Il "consumer welfare approach" nei recenti documenti della Commissione europea in materia di antitrust' (2023) 3 Orizzonti del diritto Commerciale 739.

¹⁰ Regolamento (UE) 2022/720 della Commissione del 10 maggio 2022 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate GU UE 2022 L 134/4 ('VBER'); Regolamento (UE) 2023/1066 della Commissione del 10 giugno 2023 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi di ricerca e sviluppo GU UE 2023 L 143/9 ('R&DBER'); Comunicazione della Commissione Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale GU UE 2023 C 259/01 ('HCG').

¹¹ In ambito di accordi verticali, è prevista un'esenzione per categoria dedicata al settore automobilistico che però non si interseca con le questioni di proprietà intellettuale e trasferimento tecnologico di cui al TTBER ed è perciò oltre l'ambito d'interesse del presente saggio; cfr. Regolamento (UE) N. 461/2010 Della Commissione del 27 maggio 2010 relativo all'applicazione dell'Art. 101, par. 3, TFUE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico OJ 2010 L 129/52, prorogato fino al 31 maggio 2028 dal Regolamento (UE) 2023/822 della Commissione del 17 aprile 2023 che modifica il regolamento (UE) n. 461/2010 per quanto riguarda il suo periodo di applicazione OJ 2023 L 102/1.

¹² Esula dall'ambito d'interesse del presente saggio anche il regolamento d'esenzione per categoria degli accordi di specializzazione produttiva, il quale non rileva per i mercati rilevanti della tecnologia; cfr. Regolamento (UE) 2023/1067 Della Commissione del 1° giugno 2023 relativo all'applicazione dell'Art. 101, par. 3 TFUE a talune categorie di accordi di specializzazione OJ 2023 L 143/20.

di privative essenziali agli standard e i gruppi di negoziazione delle licenze (meglio noti come Licensing Negotiation Groups, o 'LNG'),¹³ alla luce delle HCG. L'ultima sezione offre alcune brevi considerazioni conclusive.

Il raffronto evidenzia, in primo luogo, una sostanziale tenuta del modello TTBER quale strumento di bilanciamento funzionale tra tutela della concorrenza e preservazione degli incentivi all'innovazione. La transizione storica da un regime formalista e centrato su liste rigide e notifica, a un assetto fondato su esenzioni per quote di mercato, restrizioni fondamentali e valutazione degli effetti, ha aumentato la certezza giuridica e ridotto i costi di transazione connessi al trasferimento tecnologico ordinario, senza precludere il controllo antitrust nei casi problematici solo residuali, specialmente in presenza di potere di mercato delle parti. Proprio questa stabilità, tuttavia, non può tradursi in inerzia regolatoria: l'evoluzione parallela dei regimi regolamentari in materia di accordi verticali e orizzontali rende ormai visibili frizioni puntuali tra dati normativi che, se trascurate, rischiano di produrre incoerenze applicative proprio nei processi d'innovazione cruciali per la trasformazione e la crescita industriale europea. L'analisi converge su tre priorità di riallineamento circoscritte, ossia la coerenza terminologica e di perimetro tra TTBER e VBER, l'armonizzazione concettuale e temporale tra TTBER e R&DBER e il rafforzamento delle linee guida sul trasferimento tecnologico nel dialogo con le HCG, in ottica di affinamento del quadro regolatorio in vista del rinnovo del TTBER. In difetto dell'auspicato riallineamento, gli spunti restano criteri operativi per l'interprete chiamato a valutare la legittimità antitrust di clausole di licenza o di esercizi di DPI negli interstizi regolatori.

2. Inquadramento storico degli accordi di licenza nel diritto della concorrenza UE: dal Regolamento n. 17 del 1962 alla proposta di TTBER del 2025

Il diritto della concorrenza europeo sin dagli albori tenta di bilanciare la generale pro-competitività del trasferimento tecnologico con la dovuta cautela contro gli effetti escludenti e di sfruttamento di specifiche clausole di licenza dei DPI. Già il primo regolamento d'applicazione degli Artt. 85 e

¹³ Tale forma di accordo di acquisto in comune è già stata soggetta ad un limitato scrutinio antitrust in Germania poi sostanzialmente replicato a livello europeo; vedasi: Bundeskartellamt, caso B4-136/23 *Volkswagen Group, Mercedes-Benz Group, BMW Group, Thyssenkrupp Group: Proposed creation of a framework for negotiating licence agreements for standard essential patents (SEPs) through an "Automotive Licensing Negotiation Group" (ALNG)* (10 giugno 2024); Commissione europea, Caso AT.40979 *Guidance - Automotive LNG*, lettera di indirizzo informale C(2025) 4526 final.

86 del Trattato di Roma,¹⁴ equivalenti agli attuali Artt. 101 e 102 TFUE,¹⁵ ossia il Regolamento n. 17 del 1962,¹⁶ all'art. 4, par. 2, lett. b) escludeva dall'obbligo di notificare alla Commissione onde ottenere un'esenzione individuale ex art. 85, par. 3, gli accordi che imponessero limitazioni all'esercizio dei diritti di privativa industriale sul loro acquirente o utilizzatore. Sempre nel 1962, la Commissione pubblicò la 'Comunicazione relativa ai contratti di licenza di brevetto'.¹⁷ Pur come *soft law* non vincolante, la Comunicazione riconosceva la legittimità di un certo numero di clausole frequenti nella prassi, ritenendo che gli effetti economici positivi delle licenze superassero quelli negativi in termini di potenziale distorsione della concorrenza. Di conseguenza, essa esimeva le imprese dalla notifica alla Commissione degli accordi di licenza contenenti le clausole indicate, notifica altrimenti necessaria per ottenere o un'attestazione negativa ex art. 2 Reg. 17/1962 o, opzionalmente dato il tenore del citato art. 4, par. 2, lett. b), un'esenzione individuale ex art. 4, par. 1 del medesimo regolamento.

Dopo oltre vent'anni di servizio, il Regolamento della Commissione n. 2349 del 1984 ha abrogato la Comunicazione e introdotto una prima esenzione regolamentare per certe categorie di licenze brevettuali, o pure o combinate a licenze di know-how tecnico.¹⁸ Successivamente il Regolamento n. 556 del 1989 ha esentato in blocco anche gli accordi di licenza puri di know-how.¹⁹ Con tali regolamenti, adottati in base al potere legislativo delegato dal Consiglio con il Reg. 19 del 1965 che tuttora autorizza l'adozione di esenzioni in blocco ex art. 101, par. 3 TFUE,²⁰ si presume la sussistenza dei requisiti per l'inapplicabilità del divieto ex art. 101, par. 1 TFUE ossia che le restrizioni determinate da licenze di DPI, notasi bene, solo bilaterali, siano indispensabili a determinare efficienze oggettive a vantaggio dei consumatori, lasciando al contempo residuare la concorrenza nel mercato rilevante. Conseguentemente, il legislatore

¹⁴ Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea (1957).

¹⁵ Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (versione consolidata), GUUE C 2016 202/47.

¹⁶ Regolamento del Consiglio della Comunità Economica Europea: Regolamento n. 17 Primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato GU CEE 1962 13/204.

¹⁷ Comunicazione della Commissione del 24 dicembre 1962 relativa ai contratti di licenza di brevetto, GU CEE 1962 P 139/2922. La comunicazione è conosciuta come 'Christmas Message' in base sia alla data della sua pubblicazione sia al contenuto benevolo.

¹⁸ Regolamento (CEE) n. 2349/84 della Commissione del 23 luglio 1984 relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del trattato CEE a categorie di accordi di licenza di brevetto, GU CEE 1984 L 219/15.

¹⁹ Regolamento (CEE) n. 556/89 della Commissione del 30 novembre 1988 relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato CEE a categorie di accordi di licenza di know-how, GU CEE 1989 L 61/1.

²⁰ Regolamento N. 19/65/CEE del Consiglio relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del Trattato a categorie di accordi e pratiche concordate, GU CEE 1965 36/533.

europeo fornisce maggiore certezza giuridica alle imprese titolari e utilizzatrici di tecnologie proprietarie rispetto all'esenzione caso per caso da parte della Commissione, limitando sia i costi di compliance per le imprese sia quelli di attuazione pubblica da parte delle autorità garanti e privata dinanzi alle corti, nonché la coerenza del diritto dinanzi alle medesime, e quindi in ultima analisi incentiva la conclusione degli accordi di licenza.

Salvo lievi emendamenti, le esenzioni speciali per tipo di privativa industriale titolata o meno hanno operato in parallelo fino alla loro scadenza, quando il Regolamento 240 del 1996 ha riunito le licenze di brevetti e know-how, pure o combinate, e inaugurato la stagione moderna dei regolamenti di esenzione degli accordi c.d. di trasferimento tecnologico.²¹ Il TTBER del 1996 ha però continuato la tradizione prescrittiva di applicare l'esenzione settoriale in base alla mera presenza di clausole contrattuali elencate in dettaglio e classificate per il loro riconosciuto effetto concorrenziale positivo, negativo o incerto. L'esenzione regolamentare era così assicurata per gli accordi contenenti clausole appartenenti alla c.d. lista bianca ('white list') di cui all'art. 1 ed esclusa in presenza delle clausole della c.d. lista nera ('black list') di cui all'art. 3. Al contrario, le clausole appartenenti alla c.d. lista grigia ('grey list') ex art. 2, permettevano l'esenzione in blocco della restante parte dell'accordo ma necessitavano di valutazione individuale separata poiché generalmente non restrittive della concorrenza.

L'approccio più economico all'analisi antitrust, affermatosi sotto l'allora Commissario per la concorrenza, Mario Monti, e la decentralizzazione dell'applicazione degli Artt. 101 e 102 (*rectius* Artt. 81 e 82 del Trattato sulla Comunità Europea) determinata dall'entrata in vigore

²¹ Regolamento (CE) n. 240/96 della Commissione, del 31 gennaio 1996, relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato CE a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia, GU CE 1996 L 31/2. A parere di chi scrive, l'etichetta "trasferimento tecnologico" riferita agli accordi di licenza di DPI nel contesto antitrust non è particolarmente felice, poiché coglie solo una porzione minoritaria dei contratti tipici riconducibili, nell'accezione più ampia della locuzione, al trasferimento tecnologico quale dimensione della "terza missione" di università e centri di ricerca. Nella prassi, infatti, i contratti di licenza costituiscono soltanto una delle forme ricorrenti di trasferimento tecnologico, accanto, *inter alia*, a convenzioni per l'istituzione di laboratori congiunti, accordi di trasferimento di materiale, contratti di ricerca commissionata e collaborativa, finanziamenti di borse e assegni di ricerca, nonché convenzioni per dottorati industriali. Sull'accezione generale di "trasferimento tecnologico" si rimanda a Giuseppe Conti, Massimiliano Granieri e Andrea Piccaluga, *La gestione del trasferimento tecnologico. Strategie, modelli e strumenti* (Springer, 2011).

del nuovo regolamento applicativo n. 1 del 2003,²² eliminando l'obbligo di notifica alla Commissione degli accordi di cui al già citato Reg. 17/1962²³ e chiamando le imprese ad autovalutare la legittimità delle proprie condotte, hanno determinato un'obsolescenza precoce del TTBER del 1996. Nonostante la scadenza di marzo 2006, già nel 2004 è stato emanato il Regolamento 772/2004 che ha rinnovato l'esenzione per categoria fino al 2014.²⁴ Il TTBER del 2004 ha svincolato il beneficio dell'esenzione in blocco, basata solo su liste di clausole bianche, grige e nere, in favore di criteri più flessibili, coerenti con quelli già adottati per la prima volta dal Regolamento di esenzione per categoria degli accordi verticali 2790/1999.²⁵

Tale impianto, tuttora in vigore, combina il criterio economico delle soglie relative alle quote di mercato detenute dalle imprese in ciascun mercato rilevante con i criteri giuridici degli elenchi delle restrizioni fondamentali e delle restrizioni escluse. Da un lato, quindi, le soglie circoscrivono il beneficio dell'esenzione in blocco solo a quegli accordi di trasferimento tecnologico conclusi tra parti che verosimilmente non esercitano potere di mercato né individualmente, se operative a livelli diversi della filiera produttiva, né collettivamente, in caso di imprese concorrenti orizzontali.²⁶ Dall'altro, è abbandonata la prescrittività regolamentare della lista bianca in favore di due tipi di liste di restrizioni o fondamentali o escluse. Le restrizioni fondamentali corrispondono a quelle clausole che non devono comparire in un accordo affinché questo benefici dell'esenzione regolamentare (art. 4 TTBER '04). Le restrizioni escluse

²² Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, GU CE 2003 L1/1. Il funzionamento dell'attuale regolamento applicativo è in corso di valutazione da parte della Commissione, cfr. <https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/legislation/regulation-12003_en>.

²³ Il combinato disposto degli allora applicabili regolamenti d'esenzione del Reg. 17/1962 imponeva alle imprese parti di accordi le cui clausole non fossero incluse nelle liste bianche di notificare tali accordi alla Commissione onde ottenere un'esenzione individuale; cfr. Commissione europea, Commission Staff Working Document Evaluation of Commission Regulation 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Art. 101(3) TFEU to categories of technology transfer agreements SWD(2024) 268 final.

²⁴ Regolamento (CE) n. 772/2004 della Commissione, del 27 aprile 2004, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia, CU CE 2004 L 123/11.

²⁵ Regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione, del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, GU CE 1999 L 336/21.

²⁶ Degno di nota è che le quote individuate dall'Art. 3 del primo TTBER, ossia individuale del 30% per gli accordi verticali e cumulativa del 20% per gli accordi orizzontali, siano state mantenute nel secondo TTBER e non sia stato proposto di modificarle nel regolamento prossimo venturo.

individualmente non beneficiano dell'esenzione per categoria e restano soggette a una valutazione casistica, potendo pertanto risultare inefficaci e separabili dal resto dell'accordo esentato (art. 5 TTBER '04). Le relative liste variano in funzione sia del rapporto di concorrenza o meno tra le parti, riconoscendo che gli accordi orizzontali e verticali possono sollevare problematiche concorrenziali differenti, sia della reciprocità dell'accordo. In particolare, il regime prevede liste più permissive per le licenze unilaterali o per le licenze incrociate ad oggetto tecnologie non alternative, cumulativamente definite come accordi non reciproci, e liste più stringenti per le licenze incrociate ad oggetto tecnologie alternative e che quindi necessariamente coinvolgono imprese concorrenti.²⁷

In parallelo ai nuovi requisiti d'esenzione cumulativi, il TTBER del '04 è stato accompagnato dall'ulteriore novità delle Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81 del trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia (più comunemente noti con l'acronimo inglese 'TTG').²⁸ In esse, la Commissione ha fornito orientamenti sia per l'applicazione del regolamento d'esenzione, chiarendo principi generali, invero validi anche per l'analisi delle condotte unilaterali ex art. 102 TFUE o per il controllo delle concentrazioni, come il rapporto tra diritto antitrust e proprietà intellettuale e la definizione del mercato rilevante nel caso delle licenze, sia aspetti di dettaglio come l'applicazione dell'art. 101 TFUE ad accordi fuori dall'ambito del TTBER perché, ad esempio, privi dei requisiti di soglie di mercato o inclusivi di restrizioni fondamentali o riguardanti più di due parti contrattuali come nel caso dei pool di brevetti che concedono licenze uniche per brevetti raccolti da più titolari.²⁹

La combinazione di regolamento più linee direttrici è stata sostanzialmente replicata dal regime in vigore dal 2014 al 2026 composto dal Regolamento n. 316 del 2014 e parallele linee guida.³⁰ Il TTBER del '14 apporta infatti cambiamenti incrementali, non essendo del resto intervenute

²⁷ Art. 1, par. 1, lett. c) e d) primo TTBER.

²⁸ Comunicazione della Commissione – Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia, GU CE 2004 C 101/2.

²⁹ Per approfondire il tema dei pool di brevetti e il loro trattamento antitrust si rimanda a Mario Libertini, 'Brevi riflessioni sulla sentenza Huawei: verso una regolazione delle licenze FRAND' (2017) 1 *Orizzonti del Diritto Commerciale*, pp. 4-5; World Intellectual Property Organization, *Patent Pools and Antitrust - A Comparative Analysis* (2014).

³⁰ Regolamento (UE) n. 316/2014 della Commissione del 21 marzo 2014 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia, GU UE 2014 L 93/17; Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di trasferimento di tecnologia, GU UE 2014 C 89/03.

grandi rivoluzioni nel diritto della concorrenza *tout court* come invece era avvenuto nel passaggio dal primo TTBER del '96 al secondo del '04. Tra le modifiche più significative, degno di nota è l'abbandono della distinzione tra perfezionamenti separabili e non separabili nell'ambito della restrizione esclusa delle clausole di retrocessione esclusiva al licenziante dei perfezionamenti della tecnologia licenziata realizzati dal licenziatario. Mentre l'art. 5, par. 1 del TTBER '04 escludeva l'esenzione regolamentare per le sole retrocessioni esclusive di perfezionamenti separabili, ossia quei perfezionamenti sfruttabili senza violare l'esclusiva sulla tecnologia licenziata, l'art. 5, par. 1(a) del TTBER '14 esclude le retrocessioni esclusive di qualsiasi tipo di perfezionamento, anche quelli non separabili ossia il cui sfruttamento implica necessariamente violazione delle privative del licenziante. L'esclusione generalizzata di tutte le retrocessioni esclusive di perfezionamenti è criticata perché eccessivamente rigida, ma ha il pregio di semplificare la distinzione tra perfezionamenti separabili e non, altrimenti molto complessa e incerta nella prassi.

Un'ulteriore stretta si riscontra rispetto alle clausole di non contestazione ('non-challenge clauses'). Il previo regime includeva nell'esenzione in blocco il diritto di recesso del licenziante a fronte della contestazione della validità delle privative licenziate da parte del licenziatario (c.d. 'terminate-on-challenge clauses'). Più restrittivamente, il regime attuale consente tale diritto di recesso solo nel caso di licenze esclusive, privilegiando la libertà dei licenziatari che, sfruttando la tecnologia licenziata stessa, ricoprono una posizione privilegiata per perseguire l'interesse pubblico a revocare privative invalide.³¹ Infine, il TTBER del '14 coordina esplicitamente, seppur in maniera imperfetta come argomentato nel prosieguo, la sua intersezione con altri regolamenti d'esenzione per categoria di accordi, ed è accompagnato da linee guida più estese e moderne nel presentare esempi e interpretazioni pratiche, nonché più benevole verso i pool dei brevetti suscettibili al ricorrere di determinate condizioni di una deroga non cogente (c.d. 'soft safe harbour') dall'applicazione dell'art. 101, par. 1 TFUE.

Data la scadenza del 30 aprile 2026, la Commissione ha avviato nel 2022 il procedimento di revisione del TTBER del '14.³² Seguendo i principi

³¹ Per un'analisi critica del cambiamento, si veda Sophie Lawrence, 'The Competition Law Treatment of No-Challenge Clauses in Licence Agreements: An Unfortunate Revolution?' (2014) 9 *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 802.

³² I dettagli sul procedimento di revisione sono pubblicati alla pagina <https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2023-technology-transfer_en>.

delle Better Regulation Guidelines,³³ tale procedimento ha comportato una prima fase retrospettiva per valutare l'efficacia del regime, che ha visto susseguirsi un invito a presentare riscontri sull'esperienza applicativa del regime, una consultazione pubblica tramite un questionario sull'efficacia, efficienza, rilevanza, coerenza e valore aggiunto europeo del regime, un seminario online e uno studio tecnico di supporto.³⁴ I risultati della valutazione sono stati sintetizzati dalla Commissione in un documento di lavoro che individua quali punti principali da affrontare nella revisione il ruolo sempre maggiore dei dati negli accordi di trasferimento tecnologico, le difficoltà pratiche nel definire i mercati delle tecnologie rilevanti ai fini del calcolo delle soglie relative alle quote di mercato, oltre ad aggiornamenti necessari a fronte degli sviluppi legislativi, giurisprudenziali e di mercato intervenuti negli ultimi anni, specialmente riguardo ai pool di brevetti e ai LNG.³⁵

Sebbene le elezioni europee del 2024 e il relativo cambio d'indirizzo politico in seno alla Commissione, con chiare spinte deregolatorie e semplificatorie di cui al Rapporto Draghi,³⁶ abbiamo necessariamente inciso sul lavoro già intrapreso di revisione, a inizio 2025 si è aperta la seconda fase di valutazione d'impatto con un'ulteriore consultazione pubblica sulle opzioni strategiche proposte dalla Commissione per il futuro regime. Dati i riscontri positivi dei portatori d'interessi sull'efficacia e certezza giuridica apportate dall'esenzione per categoria, la Commissione ha assoggettato alla valutazione d'impatto due opzioni, scartando a priori l'alternativa, invero mai ventilata, di far decadere il regime di favore stesso.³⁷ La più conservativa sarebbe mantenere invariato il futuro TTBER e aggiornare solo le linee direttrici per chiarire gli orientamenti sull'analisi delle disposizioni relative ai dati contenute negli accordi di trasferimento di tecnologia e sull'applicazione delle soglie di quote di mercato per i mercati rilevanti

³³ Cfr. Commissione europea, *Commission Staff Working Document Better Regulation Guidelines* SWD(2021) 305 final.

³⁴ L'Istituto Universitario Europeo, anche nella persona dell'autore del presente saggio, ha contribuito allo studio tecnico di supporto, cfr. Paula Ramada et al., *Support study for the evaluation of the Technology Transfer Block Exemption Regulation Final Report* (EU, 2024).

³⁵ Cfr. Commissione Europea, *Commission Staff Working Document Evaluation of Commission Regulation (EU) No. 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Art. 101(3) TFEU to categories of technology transfer agreements* SWD(2024) 268 final.

³⁶ Tale rapporto si divide in due parti, al prima generale e la seconda di dettaglio, cfr. Mario Draghi, *The future of European competitiveness Part A – A competitiveness strategy for Europe* (EU, 2024) e Mario Draghi, *The future of European competitiveness Part B – In-depth analysis and recommendations* (EU, 2024). Per una sintesi in italiano della prima parte, si veda il dossier dell'Ufficio Rapporti con l'UE della Camera dei Deputati, *Il rapporto sul futuro della competitività europea di Mario Draghi* (Camera dei Deputati, 2024).

³⁷ Cfr. Commissione Europea, *Invito a presentare contributi per una valutazione d'impatto Ares(2025)761131*.

delle tecnologie. L'opzione più innovativa, invece, sarebbe assoggettare categorie di dati o di diritti in materia di dati al regolamento d'esenzione e abbandonare il requisito della soglia di mercato per i mercati delle tecnologie.³⁸

L'11 settembre 2025, la Commissione ha pubblicato per un'ultima consultazione la proposta di nuovo TTBER e relative TTG,³⁹ optando per una revisione conservativa e prefiggendosi di adottare il testo definitivo entro il secondo trimestre 2026. Tale progetto contempla chiarimenti sulle soglie di quota di mercato applicabili ai mercati delle tecnologie.⁴⁰ Introduce poi una nuova sezione delle TTG dedicata alla concessione in licenza di dati, che estende i principi del regime di esenzione alle licenze bilaterali e alle licenze per fini produttivi di banche dati protette dal diritto d'autore o dal diritto sui generis.⁴¹ Infine, sono previsti requisiti più dettagliati per la deroga in favore dei pool di brevetti, nonché nuovi orientamenti sui LNG, anch'essi suscettibili di beneficiare di una deroga al pari dei pool.⁴²

Così ricostruita l'evoluzione storica dell'esenzione per categoria degli accordi di trasferimento tecnologico, le sezioni seguenti si concentrano sull'analisi della coerenza del regime TTBER attuale e di futura adozione rispetto alla normativa antitrust europea sopravvenuta di rilevanza complementare o, talora, in rapporto di genere a specie rispetto al regime stesso. Il TTBER, quale unico regolamento d'esenzione chiamato a disciplinare indistintamente accordi tra concorrenti e non, offre infatti plurimi punti di contatto con il VBER e con il R&DBER, in particolare con riguardo alle clausole di licenza di DPI inserite nelle altre categorie di

³⁸ L'autorità antitrust britannica, che sta svolgendo una revisione del TTBER ritenuto in seguito a Brexit in parallelo alla Commissione, è giunta alla conclusione di suggerire al legislatore di inserire nel futuro regime d'esenzione l'opzione più innovativa di includere nell'ambito dell'esenzione anche gli accordi in merito di diritto d'autore sulle banche dati e diritto sui generis sulle banche dati; cfr. Competition and Markets Authority, *Final Recommendation to the Secretary of State: Assimilated Technology Transfer Block Exemption Review* (2025), parr. 2.16-2.29.

³⁹ Comunicazione della Commissione, Approvazione del contenuto di un progetto di regolamento della Commissione relativo all'applicazione dell'Art. 101, par. 3 TFUE a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia e di un progetto di linee direttrici della Commissione sull'applicazione dell'Art. 101 TFUE agli accordi di trasferimento di tecnologia GU UE C/2025/5024 (di seguito, rispettivamente, 'proposta di TTBER del 2025' e 'proposta di TTG del 2025').

⁴⁰ Proposta di TTBER del 2025, considerando n. 13 e Art. 8, par. 1, lett. e; Proposta di TTG del 2025, paragrafi 103 e ss.

⁴¹ Proposta di TTG del 2025, paragrafi 62-73.

⁴² Sui pool di brevetti, cfr. Proposta di TTG del 2025, paragrafi 265-296; sui LNG, cfr. Proposta di TTG del 2025, paragrafi 297-332.

accordi esentati. Al contempo, esso interagisce con le HCG rispetto ai profili di cooperazione tipici delle licenze di DIP, dallo scambio di informazioni, alla diffusione degli standard industriali e alle forme organizzate di acquisto in gruppo, che, aggiungendosi alla dimensione di trasferimento tecnologico, ne condizionano in modo decisivo la valutazione ai sensi dell'art. 101 TFUE.

3. Regolamento d'esenzione degli accordi verticali e TTBER

Il VBER riconosce che gli accordi tra fornitori e distributori possano facilitare il coordinamento tra attori economici complementari e determinare incrementi d'efficienza nella filiera stimolando la concorrenza sia tra marchi alternativi (c.d. *inter-brand competition*) sia nella distribuzione del medesimo marchio (c.d. *intra-brand competition*).⁴³ In maniera analoga al TTBER, il VBER combina criteri economici (i.e., soglie di mercato) e criteri legali (i.e., liste di restrizioni fondamentali ed escluse) per introdurre garanzie volte a prevenire effetti anticoncorrenziali quali la riduzione della scelta dei consumatori o l'aumento dei prezzi.⁴⁴

3.1. Il poco coordinamento tra TTBER e VBER

Mentre il TTBER disciplina la diffusione della tecnologia e dell'innovazione all'interno del mercato, indipendentemente dal fatto che le parti di un accordo bilaterale di licenza si trovino in un rapporto verticale oppure orizzontale,⁴⁵ il VBER è incentrato sulla struttura del mercato e si applica esclusivamente agli accordi di distribuzione tra due o più imprese che operano necessariamente a livelli diversi della filiera. Pur disciplinando tipi contrattuali diversi, il VBER e il TTBER prevedono un meccanismo di coordinamento nei casi speculari di accordi misti. Da un lato, gli accordi verticali, come i contratti di franchising,⁴⁶ rivendita o distribuzione di beni o servizi *lato sensu* creativi, spesso includono la concessione di licenze sui DPI rilevanti. Dall'altro, gli accordi di trasferimento tecnologico possono implicare anche l'acquisto di beni o servizi, come materie prime,

⁴³ Sulle restrizioni verticali in generale si rinvia a Marco d'Ostuni e Matteo Beretta, *Il diritto della concorrenza in Italia* (Giappichielli 2021), pp. 665ss.

⁴⁴ Per approfondire la materia del VBER, si rinvia ad Alberto Venezia (curatore), *Vertical Block Exemption Regulation 720/2022 and National Authorities Antitrust Case Law in Europe* (Ordine degli Avvocati di Milano, 2025), pp. 18-27.

⁴⁵ L'applicabilità agli accordi di licenza sia orizzontali sia verticali amplia sensibilmente l'ambito di rilevanza pratica del TTBER ma contribuisce, a parere dello scrivente, alla sua difficoltà d'utilizzo per i non esperti.

⁴⁶ L'art. 1, par. 1 Legge n. 129 del 6 maggio 2004 norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale, fa della licenza di diritti di proprietà intellettuale una componente essenziale del tipo contrattuale del franchising.

attrezzature o assistenza commerciale e tecnica, o la licenza di diritti diversi da quelli definiti come tecnologici dall'art. 1, par. 1, lett. b) TTBER quali marchi o diritti d'autore non sul software.⁴⁷

Tuttavia, i due regolamenti adottano criteri differenti per determinare se un accordo misto ricada nel rispettivo ambito applicativo con conseguente incertezza giuridica e possibili comportamenti opportunistici per ricadere nel regime in concreto più permissivo. L'art. 2, par. 3 VBER ricomprende nel perimetro dell'esenzione le disposizioni sull'uso da parte dell'acquirente di DPI *"a condizione che tali disposizioni non costituiscano l'oggetto primario degli accordi e che esse siano direttamente collegate all'uso dei beni o servizi distribuiti"* (c.d. test del baricentro o *centre of gravity test*). Questo criterio riflette la logica strutturale del VBER di preservare la concorrenza nei mercati della distribuzione, escludendo che la componente di proprietà intellettuale alteri la causa del contratto da distributiva a vera e propria licenza. L'obiettivo è impedire che la licenza di proprietà intellettuale venga utilizzata come strumento per controllare la rete distributiva o per mascherare forme di coordinamento orizzontale tra rivenditori. Da ciò deriva un test prudente, che limita l'applicazione del VBER ai soli accordi la cui funzione principale rimane chiaramente distributiva, seppur facilitata dalle disposizioni sui DPI.⁴⁸

L'art. 2, par. 3 TTBER, tanto nella versione vigente quanto in quella futura proposta, è invece più permissivo. Include nell'esenzione le clausole d'acquisto di beni o di licenza di diritti non tecnologici da parte del licenziatario se *"direttamente collegate"* allo scopo produttivo del contratto di licenza (c.d. test della relazione diretta o *ancillary test*). Tale scelta risponde alla diversa ratio del TTBER di incentivare l'innovazione e facilitare la diffusione della tecnologia. L'approccio del TTBER è quindi formalistico: ciò che rileva è la presenza di trasferimento tecnologico a fini produttivi e non tanto il ruolo primario delle clausole simil-distributive.

Ne deriva che il TTBER ha un raggio applicativo potenzialmente più ampio rispetto al VBER in presenza di accordi misti. Come riconosciuto espressamente dalle TTG,⁴⁹ il TTBER può ricomprendere anche accordi di trasferimento tecnologico in cui l'interesse principale delle parti sia, in concreto, lo sfruttamento di un marchio anziché della componente

⁴⁷ I casi di accordi misti sono riconosciuti a livello normativo, cfr. Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle restrizioni verticali GU UE 2022 C 248/1 (nel prosieguo 'GVR'), parr. 71-87; TTG del '2014, parr. 50, 62 e 75-78 TTG 2014; Proposta di TTG del 2025, parr. 99-102.

⁴⁸ GVR, parr. 71-79.

⁴⁹ TTG del 2014, par. 37 TTG; Proposta di TTG del 2025, par. 59.

tecnologica.⁵⁰ Sul piano pratico, l'ampiezza del TTBER consente alle imprese di impostare strategicamente i propri accordi di distribuzione o di franchising industriale come licenze tecnologiche,⁵¹ beneficiando della relativa esenzione per categoria, anche in presenza di restrizioni qualificate come fondamentali o escluse dal VBER ma irrilevanti per il TTBER. Potrebbe trattarsi, ad esempio, di restrizioni territoriali e di clientela nelle licenze non reciproche tra non concorrenti,⁵² di obblighi di approvvigionamento esclusivo o di non acquisto di beni concorrenti,⁵³ nonché di clausole di non concorrenza diverse dai limiti all'utilizzo delle tecnologie del licenziatario o allo svolgimento di ricerca e sviluppo.⁵⁴

Per evitare abusi dell'esenzione per categoria del TTBER da parte di accordi primariamente distributivi ma mascherati da trasferimento tecnologico, sarebbe auspicabile livellare verso l'alto i criteri di coordinamento tra i due regimi, elevando il TTBER verso il test del baricentro, come in effetti previsto dal TTBER del '04 all'art. 1, par. 1, lett. b). Il ritorno al passato garantirebbe maggiore coerenza sistematica ed efficacia dell'enforcement, impedendo alle imprese di sfruttare un trasferimento tecnologico minimo per ottenere un'esenzione in blocco, altrimenti negata dal VBER.

⁵⁰ Il precedente in materia è il caso *Moosehead/Whitbread*, concernente la produzione e distribuzione di birra Canadese a marchio Moosehead nel Regno Unito da parte del licenziatario Whitbread. Nel fattispecie, la Commissione non ritenne applicabile il regolamento d'esenzione vigente all'epoca sul know-how, in quanto, l'oggetto ritenuto preponderante dell'accordo era stato quello di licenza del diritto di marchio piuttosto che del know-how. Parimenti non sarebbe stato applicabile neanche il regolamento d'esenzione sugli accordi di distribuzione, poiché il licenziante non forniva alcun bene al licenziatario Whitbread. Le parti ottennero comunque un'esenzione individuale da parte della Commissione. Decisione della Commissione, del 23 marzo 1990, relativa a una procedura a norma dell'articolo 85 del trattato (IV/32.736 - *Moosehead/Whitbread*) 90/186/CEE, OJ 1990 L 100/32.

⁵¹ Sul franchising industriale si rinvia a Giorgia Anna Parini, 'La rilevanza del know how nell'ambito dei contratti di franchising' (2021) 1 *Persona e Mercato* 176.

⁵² Le restrizioni territoriali e di clientela nelle licenze non reciproche tra non concorrenti sono qualificate come restrizioni fondamentali dal VBER (art. 4, par. 1, lett. b)) mentre sono permesse dal TTBER (art. 4, par. 1, lett. c)).

⁵³ Gli obblighi di approvvigionamento esclusivo o di non acquisto di beni concorrenti sono qualificate come restrizioni fondamentali dal VBER (art. 4, par. 1, lett. b) e c)) ma irrilevanti ai fini del TTBER.

⁵⁴ Le clausole di non concorrenza sono qualificate come restrizioni escluse dal VBER (art. 5, par. 1, lett. a)) ma sono permesse dal TTBER non ad oggetto limiti all'utilizzo delle tecnologie del licenziatario o allo svolgimento di ricerca e sviluppo (art. 4, par. 1, lett. d) e 5, par. 2).

3.2. Incoerenze terminologiche sulla distribuzione esclusiva

Un'ulteriore incoerenza tra TTBER e VBER riguarda le eccezioni alle restrizioni fondamentali in materia di allocazione esclusiva di gruppi di clienti o territori previste dall'art. 4 di entrambi i regolamenti. Tali restrizioni non sono considerate fondamentali e possono dunque beneficiare delle esenzioni in blocco quando inserite in regimi di esclusività, ossia quando il licenziante o fornitore attribuisca in esclusiva un territorio o un gruppo di clienti a sé o alla controparte e limiti le vendite attive nell'area riservata da parte di soggetti privi di esclusiva.

Il *favor* verso tali clausole di allocazione della domanda riflette la riconosciuta funzione economica e giuridica della distribuzione esclusiva, in cui l'esclusività e la conseguente limitazione delle vendite attive sono elementi intrinseci all'efficienza dell'accordo.⁵⁵ Tali restrizioni mirano a incentivare gli investimenti specifici dell'esclusivista in promozione, assistenza e presenza commerciale, prevenendo fenomeni di free-riding e hold-up e assicurando una penetrazione territoriale efficiente.⁵⁶ Si tratta dunque di limitazioni della concorrenza *intra-brand* che non eliminano quella *inter-brand* e che, entro le soglie di mercato previste dai regimi di esenzione, risultano idonee a generare efficienze comprovate.⁵⁷ Né, sul piano giuridico, tali clausole presentano la struttura tipica dei cartelli orizzontali di ripartizione del mercato, anti-competitivi per oggetto, poiché intervengono in una relazione verticale (o comunque non reciproca nel caso del TTBER) e non comportano una sostituzione della concorrenza con cooperazione tra rivali. Per questo, la qualifica di restrizione fondamentale è circoscritta ai divieti di vendite passive o altre limitazioni che, nella sostanza, sopprimono la concorrenza effettiva oltre quanto richiesto dalla logica stessa dell'esclusiva.

⁵⁵ La funzione pro-competitiva della distribuzione esclusiva è stata riconosciuta dalla Corte di Giustizia UE sin dalle sentenze nei C-26/76 Metro I e C-161/84 Pronuptia.

⁵⁶ Si parla di hold-up nei casi in cui una parte contrattuale si trova ad aver effettuato investimenti specifici i cui costi sono irrecuperabili al di fuori del rapporto contrattuale e che quindi soggiace al rischio di comportamenti opportunistici dell'altra parte; cfr. Oliver Hart e John Moore, 'Incomplete Contracts and Renegotiation' (1988) 56 *Econometrica* 755, pp. 756-757. Si verifica, invece, un'ipotesi di free-riding quando una parte effettua investimenti di cui beneficiano terzi (c.d. esternalità positive), cfr. Patrick Rey e Jean Tirole, 'The Logic of Vertical Restraints' (1986) 76 *American Economic Review* 921, pp. 922-925.

⁵⁷ Sulla logica economica della distinzione tra concorrenza inter- e intra-brand, cfr. Patrick Rey e Jean Tirole, 'The Logic of Vertical Restraints' (1986) 76 *American Economic Review* 921; Frederic Scherer, 'The Economics of Vertical Restraints' (1983) 52 *Antitrust Law Journal* 687; Louis Kaplow, 'The Meaning of Vertical Agreement and the Structure of Competition Law' (2016) 80 *Antitrust Law Journal* 563.

Nonostante la comune impostazione dovuta al riscontro delle medesime circostanze economiche che giustificano l'esclusività sia negli accordi di distribuzione sia nelle licenze,⁵⁸ il TTBER risulta più restrittivo del VBER nell'ammettere eccezioni alle restrizioni fondamentali. Mentre il VBER consente sistemi di distribuzione esclusiva plurimi, qualificando come "esclusivo" un sistema anche se il fornitore autorizza fino a cinque acquirenti a effettuare vendite attive nel territorio o gruppo di clienti riservato (art. 1, par. 1, lett. h VBER), il TTBER identifica l'esclusività con l'unipersonalità, riflettendo un retaggio storico di maggiore cautela nella disciplina antitrust delle licenze di proprietà intellettuale. In particolare, il TTBER, anche nella versione proposta nel 2025, definendo la distribuzione esclusiva solo indirettamente con riferimento alla nozione di territorio esclusivo ex art. 1, par. 1, lett. q e gruppo esclusivo di clienti ex art. 1, par. 1, lett. r, ammette l'esclusiva solo se il territorio o il gruppo di clienti sia riservato a un'unica parte dell'accordo di trasferimento tecnologico.

Considerato che la proposta di TTBER del 2025 ha già recepito integralmente, e in modo condivisibile, le definizioni di vendite attive e passive di cui al VBER,⁵⁹ sarebbe auspicabile che il legislatore europeo proseguisse nell'allineamento, adottando anche la definizione di sistema di distribuzione esclusiva del VBER sostituendola alle nozioni più rigide di territorio esclusivo e gruppo esclusivo di clienti attualmente presenti nel TTBER. Tale allineamento con il VBER sarebbe coerente, da un lato, con il principio di neutralità del diritto della concorrenza, che non dovrebbe discriminare tra forme contrattuali equivalenti in assenza di differenze economiche sostanziali; e, dall'altro, con l'obiettivo generale delle esenzioni per categoria di fornire strumenti di semplificazione e di certezza giuridica coerenti.

4. Regolamento d'esenzione degli accordi di ricerca e sviluppo e TTBER: divergenze sui rapporti concorrenziali

Sia l'R&DBER sia il TTBER mirano a preservare gli incentivi all'innovazione che le rispettive categorie di accordi potrebbero altrimenti indebolire. Poiché gli scenari controfattuali degli accordi di trasferimento tecnologico e di R&S sono, alternativamente, l'integrazione verticale delle attività altrimenti contrattualizzate oppure la loro mancata realizzazione,

⁵⁸ Tali circostanze economiche consistono ad esempio in investimenti specifici, rischi di *free-riding*/parassitismo, *hold-up* e *lock-in* contrattuale e esigenze di penetrazione territoriale; cfr. D'Ostuni e Beretta op. cit., pp. Marco d'Ostuni e Matteo Beretta, Il diritto della concorrenza in Italia (Giappichielli 2021), pp. 669-672.

⁵⁹ Cfr. Proposta di TTBER del 2025, art. 1, par. 1 lettere s) e t); VBER, art. 1, par. 1, lettere l) e m).

gli accordi che beneficiano dell'esenzione risultano pro-competitivi nella misura in cui danno luogo a una forma di concorrenza che non si sarebbe verificata in loro assenza. In particolare, l'R&DBER disciplina sia le fasi iniziali del processo d'innovazione, più lontane da veri e propri mercati del prodotto, ossia le attività di ricerca e sviluppo, cooperative o su commessa, sia quelle di diffusione dell'innovazione più prossime ai mercati, qualora le parti convengano anche lo sfruttamento dei risultati della R&S, inclusa la concessione in licenza dei relativi DPI per fini produttivi, distributivi o applicativi (artt. 1, par. 1 e par. 7 R&DBER).⁶⁰

Necessariamente, quindi, l'ambito del R&DBER può sovrapporsi a quello del TTBER, nella misura in cui le parti di un contestuale o precedente accordo bilaterale di R&S si concedano reciprocamente o unilateralmente una licenza di DPI sui risultati della ricerca a fini produttivi.⁶¹ La relazione tra i due regolamenti d'esenzione è tuttavia risolta espressamente dall'art. 9 TTBER, mantenuto nella proposta del '25, dando priorità al R&DBER. Ulteriori clausole di licenza su DPI diversi da quelli relativi ai risultati della ricerca, si pensi, ad esempio, ai DPI sul c.d. background o sideground,⁶² beneficiano dell'esenzione del R&DBER a condizione di superare un test del baricentro: esse devono essere direttamente collegate e necessarie all'esecuzione delle attività di R&S e non devono costituire l'oggetto principale dell'accordo.⁶³ In caso contrario, tali clausole possono ricadere nel TTBER, qualora ne siano soddisfatte le condizioni, oppure richiedere un esame individuale alla luce dell'art. 101 TFUE.

Vista la gerarchia, il confronto tra TTBER e R&DBER evidenzia significative incoerenze proprio in termini di rilevanza dei rapporti concorrenziali e di soglie di quote di mercato. Ai sensi dell'art. 6, par. 2 R&DBER, tutti gli accordi tra imprese non concorrenti rientrano, senza limiti temporali, nell'esenzione a prescindere dalle quote di mercato. Se imprese *ab initio* non concorrenti lo diventassero dopo il primo lancio sul mercato dei risultati della R&S e la loro quota congiunta superasse il limite del 25% su qualsiasi mercato rilevante per l'accordo, vuoi del prodotto, vuoi della tecnologia risultante dall'attività di R&S, l'esenzione continuerebbe ad

⁶⁰ Sul regime di titolarità dei DPI dei risultati della ricerca pubblica in Italia, si veda Francesca Vessia, 'La riforma della disciplina delle invenzioni accademiche e del settore pubblico: dal professor's privilege alla titolarità istituzionale con un passo del Pnrr' (2024) 3 *Orizzonti del Diritto Commerciale* 977, pp. 1017-1019.

⁶¹ Gli accordi di licenza tra licenziante parte dell'accordo di R&S e terzi licenziatari esula invece dal R&DBER, anche laddove le parti dell'accordo di R&S abbiano determinato a monte le condizioni della licenza, e può esser ricompreso al ricorrere delle condizioni nel TTBER; cfr. TTG del '14, para. 74; Proposta di TTG del '25, para. 98.

⁶² Vessia (2024) op. cit.

⁶³ R&DBER, art. 2, par. 3.

applicarsi per sette anni.⁶⁴ Viceversa, l'esenzione per categoria del R&DBER per gli accordi tra concorrenti attuali o potenziali su qualsiasi mercato suscettibile di essere influenzato dagli esiti della R&S è subordinata a una soglia cumulativa di quota di mercato del 25% su ciascun mercato rilevante e termina, se il prodotto è commercializzato, sette anni dopo la prima commercializzazione.⁶⁵

La scelta dell'R&DBER di qualificare la concorrenza potenziale sul mercato della tecnologia come un rapporto orizzontale lungo la catena del valore si discosta dal TTBER (vigente e prossimo) che invece considera la concorrenza potenziale sui mercati tecnologici come espressione di un rapporto verticale ovvero di non concorrenza tra le parti.⁶⁶ La disarmonia è particolarmente evidente se si considera che l'R&DBER governa le fasi del processo innovativo più lontane dallo sfruttamento commerciale, caratterizzate da maggiore incertezza di mercato e difficoltà valutative per l'antitrust. Al contrario, il TTBER interviene su accordi di licenza in funzione produttiva, già a valle di un output tecnologico definito, dove le posizioni di mercato sono più chiare e le condotte possono essere analizzate alla luce di parametri concorrenziali ordinari, quali le variazioni ipotetiche di domanda e di offerta al variare del prezzo, della quantità o della qualità. A fortiori, sarebbe proprio il TTBER a dover prestare maggiore attenzione alla concorrenza potenziale tra le parti sui mercati delle tecnologie, dove gli effetti restrittivi o di coordinamento risultano più immediati. Nella configurazione attuale, si verifica invece una situazione paradossale: due concorrenti solo potenziali sul mercato della tecnologia e non concorrenti nei mercati dei prodotti a valle, con quote di mercato individuali fino al 30%, non possono beneficiare dell'esenzione per l'attività congiunta di R&S sotto l'R&DBER, la cui soglia è fissata al 25%, ma possono comunque accordarsi, sotto il TTBER, su quale tecnologia utilizzare a fini produttivi, purché ciascuno resti al di sotto delle soglie nei mercati rilevanti dei rispettivi prodotti contrattuali.

La coerenza tra i due regimi difetta anche sul piano temporale, ossia nella definizione dell'orizzonte rilevante per individuare la concorrenza potenziale. Ai sensi del par. 34 TTG del 2014, la concorrenza potenziale è ancorata alla probabilità di ingresso entro un orizzonte di uno-due anni, coerente con l'idea di una pressione competitiva sufficientemente immediata. La proposta di TTBER del '25 sostituisce il riferimento preciso

⁶⁴ R&DBER, art. 6, par. 3.

⁶⁵ R&DBER, art. 6, parr. 1 e 3.

⁶⁶ Cfr. R&DBER, art. 1, par. 1, punto 15 e TTBER del '14, art. 1, par. 1, lett. n, mantenuto invariato nella Proposta di TTBER del '25.

con un più flessibile “tempo sufficientemente breve”.⁶⁷ Per contro, l’R&DBER fissa l’orizzonte temporale a tre anni, ampliando in modo non allineato il perimetro dei rapporti qualificati come orizzontali.⁶⁸ In altri termini, i potenziali concorrenti sul mercato della tecnologia, pur potendo entrare in tale mercato a stretto giro di posta, ricadono nel regime più permissivo del TTBER, mentre sono soggetti ai vincoli più stringenti dell’R&DBER anche quando il loro ingresso nel mercato sia prevedibile solo entro un orizzonte temporale addirittura più lungo.

Inoltre, mentre il TTBER del 2014 collega l’accertamento della concorrenza potenziale al criterio di un “modesto e permanente incremento dei prezzi relativi”, l’R&DBER non menziona alcun ipotetico aumento di prezzo come parametro operativo, limitandosi a richiamare la concreta probabilità di sostenere gli investimenti e i costi necessari per entrare nel mercato.⁶⁹ Ne risultano definizioni divergenti sia dal punto di vista dell’orizzonte temporale, sia sotto il profilo del test sostanziale di pressione concorrenziale potenziale. La proposta di TTBER del ’25 avvicina solo parzialmente i due regimi, sostituendo il criterio dell’aumento di prezzo con il concetto di investimenti e costi d’ingresso necessari, ma senza colmare appieno le disarmonie temporali e sostanziali rispetto al R&DBER.⁷⁰

Letti congiuntamente, questi elementi suggeriscono che il coordinamento tra TTBER e R&DBER non può esaurirsi nel solo criterio di priorità formale di cui all’art. 9 TTBER (vigente e prossimo), ma richiede una maggiore armonizzazione sostanziale. Ciò vale in particolare per la qualificazione dei rapporti di concorrenza potenziale sui mercati della tecnologia, al fine di evitare che assetti regolatori differenti portino, in pratica, a trattare in modo più severo la cooperazione in R&S a monte rispetto agli accordi di licensing che ne determinano lo sfruttamento industriale a valle.

5. La cooperazione nelle licenze tra TTBER e Horizontal Cooperation Guidelines

Le HCG forniscono un quadro analitico per l’applicazione dell’art. 101 TFUE a diversi tipi di contratti ad oggetto la cooperazione tra concorrenti, distinguendo le efficienze pro-competitive dai temibili rischi di

⁶⁷ Proposta di TTBER del ’25, art. 1, par. 1, lett. n), punto ii); Proposta di TTG del ’25, par. 48.

⁶⁸ R&DBER, art. 1, par. 1, punto 15.

⁶⁹ Cfr. TTBER del ’14, art. 1, par. 1, lett. n), punto ii) e R&DBER, art. 1, par. 1, punto 15, lett. b).

⁷⁰ Proposta di TTBER del ’25, art. 1, par. 1, lett. n).

collusione.⁷¹ Nel complesso, le HCG sono rilevanti per il TTBER poiché quest'ultimo, quale unicum nel diritto della concorrenza UE, copre accordi di licenza orizzontali e verticali che ordinariamente includono clausole sulla cooperazione tra licenziante e licenziatario o ne costituiscono comunque la naturale evoluzione. Si pensi, ad esempio, agli scambi informativi dettagliati e ricorrenti necessari al calcolo dei canoni di licenza, nonché al ruolo delle licenze brevettuali per l'efficace funzionamento dell'ecosistema della standardizzazione industriale.

I principi generali sanciti nelle HCG possono pertanto informare in modo utile la valutazione della cooperazione tra licenziante e licenziatario, siano questi concorrenti o meno, nella consapevolezza che l'adesione ai criteri di legittimità elaborati per la cooperazione orizzontale, più rischiosa e dunque maggiormente vincolata, comporta, a fortiori, la conformità anche sotto il profilo della meno sospetta cooperazione verticale.⁷² Il rilievo delle HCG è tanto più significativo se si considera che la qualificazione del rapporto di concorrenza o meno tra licenziante e licenziatario rappresenta uno dei profili più critici del TTBER, in particolare nei mercati rilevanti della tecnologia o nei mercati di prodotti altamente innovativi.⁷³

Nella specie, a parte il caso di cui sopra relativo agli accordi di R&S oggetto di apposita esenzione per categoria, le HCG si sovrappongono al TTBER in particolare in almeno tre campi:⁷⁴ (1) lo scambio di informazioni, (2) gli accordi di standardizzazione, e (3) gli accordi di acquisto.

⁷¹ Zanardo (2023) op. cit., pp. 749-750.

⁷² Ad esempio, il par. 34 HCG, che chiarisce il concetto di restrizioni accessorie, vale a dire clausole restrittive ma ammesse in quanto obiettivamente necessarie e proporzionate all'attuazione di una cooperazione altrimenti lecita, può essere applicato, *mutatis mutandis*, anche nell'ambito del regime TTBER, benché le relative TTG del '14 non lo richiamino espressamente. Non a caso, il par. 19 della proposta di TTG del '25 riproduce verbatim il contenuto del par. 34 HCG, confermandone il ruolo di parametro generale per la valutazione delle restrizioni accessorie, sebbene sarebbe auspicabile che la norma andasse oltre il mero copia-incolla e declinasse il concetto in un'ottica di trasferimento tecnologico e non soltanto di cooperazione.

⁷³ In questo senso, Paula Ramada et al., *Support study for the evaluation of the Technology Transfer Block Exemption Regulation Final Report* (EU, 2024), pp. X, 294-303.

⁷⁴ In merito alla questione della sostenibilità, si rinvia a Mario Siragusa, 'Antitrust e consumer welfare alla prova della doppia transizione ecologica e digitale' (2023) 3 *Orizzonti del Diritto Commerciale* 884. In questa sede ci si limita a rilevare che gli accordi di trasferimento tecnologico tra concorrenti aventi finalità di sostenibilità, ad esempio licenze per tecnologie che riducono il consumo energetico o l'inquinamento nei processi produttivi, possono rientrare nella nozione di accordo di sostenibilità ai sensi delle HCG. In tal caso, dovrebbero essere valutati alla luce del TTBER, integrato dagli orientamenti del Capitolo 9 delle HCG, in linea con la complementarità già riconosciuta agli orientamenti sulle altre forme di accordi di cooperazione orizzontale. Inoltre, al di fuori dell'esenzione

5.1. Scambi di informazioni nelle licenze bilaterali e multilaterali

Diversamente dalla sezione sugli accordi di R&S delle HCG,⁷⁵ che riconosce la legittimità degli scambi informativi oggettivamente necessari e proporzionati agli obiettivi degli accordi di R&S altrimenti leciti, le TTG del 2014 non contengono una disposizione analoga sullo scambio di informazioni commercialmente sensibili per la negoziazione, conclusione ed esecuzione di accordi di trasferimento tecnologico, salvo i casi speciali delle licenze multilaterali.⁷⁶ Nondimeno, nella prassi, anche i contratti bilaterali di licenza disciplinano significativi scambi di informazioni che, per contenuto e funzione, possono far emergere rischi di collusione o preclusione non qualificabili a priori come restrizioni accessorie.⁷⁷

Solo il par. 31 della proposta di TTG del 2025 ora fugge il dubbio che il principio generale del diritto della concorrenza dell'Unione relativo alle restrizioni accessorie si applichi anche agli scambi di informazioni sensibili nell'ambito degli accordi di trasferimento tecnologico. In tal modo, il criterio dell'accessorietà coprirà verosimilmente la maggior parte degli scambi informativi tra licenziante e licenziatario, anche concorrenti nei mercati rilevanti per la licenza, se effettivamente necessari e proporzionati

del TTBER, qualora emergano incoerenze tra le linee guida dei due regimi, le parti potrebbero ragionevolmente richiamarsi all'impostazione loro più favorevole, applicando per analogia il principio di cui al par. 525 HCG.

⁷⁵ HCG, parr. 152-153.

⁷⁶ TTG del '14, parr. 248 e 259-261; sulle attività di negoziazione e il contenuto delle licenze, si rinvia a Niccolò Galli, 'Patent Aggregation in Europe: The Spotlight on Patent Licensing by Patent Aggregators' (2020) EIPIN-IS Research Paper no. 20-03, pp. 4-6.

⁷⁷ Sui generali rischi collusivi e preclusivi degli scambi informativi, cfr. HCG, parr. 377-383. Nella specie, le licenze presentano di regola almeno tre macrocategorie di scambi informativi sensibili, ossia idonei a influenzare la condotta delle parti sul mercato: dati commerciali, tecnici e legali. Sul piano commerciale, il licenziatario soggiace a obblighi di rendicontazione periodica collegati al calcolo del corrispettivo variabile c.d. 'royalties' (ad esempio volumi di produzione o vendita dei prodotti licenziati, fatturato generato, prezzi praticati, eventuali sconti e resi), talvolta in forma molto dettagliata per territorio, segmento di mercato o campo di applicazione della tecnologia, per la verifica dei quali il licenziante spesso dispone di diritti di accesso e ispezione dei registri contabili e commerciali. A ciò possono aggiungersi, specie nei casi di impegni di licenza 'FRAND', clausole di parità tra licenziatari che implicano un'informazione almeno indiretta sulle condizioni economiche concesse a terzi. Sul piano tecnico, oltre alla fornitura di *know-how* necessario all'implementazione della tecnologia licenziata, possono essere previsti obblighi reciproci o unilaterali di informare sull'emersione di nuove soluzioni tecniche, miglioramenti o invenzioni collegate, spesso connessi a clausole di retrocessione o di cotitolarità, nonché obblighi del licenziatario di fornire riscontri sulla tecnologia licenziata (ad es., nel settore farmaceutico, i dati dei test clinici e di farmacovigilanza). Infine, sul piano legale, le parti possono essere tenute a informarsi e collaborare in relazione a violazioni delle privative licenziate da parte di terzi e ai relativi contenziosi.

alla corretta esecuzione del contratto. Per gli scambi di informazioni sensibili oltre il perimetro dell'accessorietà occorre invece far riferimento al Capitolo 6 delle HCG, valutando tra l'altro se la natura dei dati scambiati, la frequenza e la simmetria dello scambio, la struttura del mercato e il rapporto di concorrenza tra le parti, determinino una riduzione dell'incertezza strategica nel mercato compatibile o meno con l'art. 101 TFUE, anche alla luce di eventuali misure di mitigazione adottate dalle parti.⁷⁸

A fronte dell'esigua attenzione agli scambi informativi nelle licenze bilaterali, le TTG regolano invece nel dettaglio gli scambi di informazioni all'interno degli accordi multilaterali di licenza, previsti solo come pool di brevetti nella versione del 2014 ed estesi ai LNG nella proposta del 2025, secondo una matrice concettuale comune fondata su necessità, proporzionalità e cautele organizzative. Per il pool di brevetti,⁷⁹ le TTG considerano gli scambi di informazioni commercialmente sensibili tra i membri del pool come un profilo contrattuale necessario al suo funzionamento, da arginare mediante adeguate salvaguardie. Esse ammettono che dati su partite e prezzi possano essere indispensabili per il calcolo e la spartizione delle royalties raccolte dal pool, ma insistono sull'adozione di misure idonee a evitarne la circolazione tra membri concorrenti, nonché tra pool concorrenti mediante membri comuni.⁸⁰

Nello specifico, le TTG valorizzano solo la presenza di un soggetto indipendente (c.d. amministratore) incaricato di concedere la licenza congiunta per i brevetti raccolti da più titolari e, in tale contesto, di raccogliere verticalmente i dati dai licenziatari impedendone la circolazione orizzontale tra membri.⁸¹ In questa prospettiva, la condizione che gli scambi

⁷⁸ Circa la natura dei dati scambiati (ad es. granulari o aggregati, attuali o storici, pubblici o confidenziali), cfr. HCG, parr. 390-394; circa la frequenza e la simmetria dello scambio, HCG, parr. 395-405; circa la struttura del mercato e il rapporto di concorrenza tra le parti, cfr. HCG, par. 412; circa le misure di mitigazione degli scambi di informazioni sensibili, cfr. HCG, parr. 406-411. Ad esempio, uno scambio unilaterale, retrospettivo e con cadenza mensile o più sporadica di dati su prezzi e quantità dal licenziatario al licenziante in un rapporto verticale solleva, in linea di principio, minori perplessità concorrenziali rispetto a uno scambio reciproco, prospettico e dettagliato degli stessi dati tra parti che si trovino in un rapporto di concorrenza effettiva o potenziale.

⁷⁹ Proposta di TTG del '25, parr. 283-285.

⁸⁰ Nella prassi, i grandi titolari di brevetti fanno 'multi-homing' tra pool diversi per tecnologia e campo di applicazione della medesima tecnologia, specialmente nel settore degli standard audio-video e delle comunicazioni wireless.

⁸¹ Ai sensi delle HCG, parr. 406-411, si possono tuttavia immaginare ulteriori misure mitigative, quali il coinvolgimento di consulenti antitrust nella strutturazione e gestione del pool, l'adozione di protocolli interni che prevedano diritti di accesso alle informazioni differenziati per i dipendenti (c.d. *clean teams* o "muraglie cinesi"), impegni contrattuali di

di informazioni siano limitati a quanto necessario alla creazione e al funzionamento del pool è inserita tra i requisiti della deroga al divieto ex art. 101, par. 1 TFUE, ma senza un'esplicita costruzione degli scambi eccedenti come restrizione per oggetto.

Per gli LNG, invece, la proposta di TTG del '25 adotta uno standard più severo, avvicinandosi alla logica dei cartelli fra acquirenti delineata nelle HCG.⁸² Tralasciando il caso di LNG composti da imprese attive a livelli diversi della filiera, dunque in rapporto verticale tra loro, ad esempio come fornitori di componenti e produttori di prodotti finali complessi, o imprese in settori merceologici lontani,⁸³ le TTG si concentrano sul caso più sospetto per l'antitrust degli LNG orizzontali, ossia composti da concorrenti nei mercati rilevanti dei prodotti a valle. In tale prospettiva, lo scambio di informazioni commercialmente sensibili tra i membri del LNG è tra i principali canali attraverso cui può determinarsi una riduzione dell'incertezza strategica nel mercato e una coordinazione nella conclusione delle licenze e nella determinazione dei prezzi dei prodotti licenziati a discapito dei consumatori.

Laddove tali scambi non siano limitati a quanto oggettivamente necessario e proporzionato agli obiettivi della negoziazione congiunta, il coordinamento che ne deriva è qualificato come restrizione della concorrenza per oggetto ai sensi dell'art. 101, par. 1, TFUE.⁸⁴ La verifica di necessità e proporzionalità degli scambi informativi è condotta, come per i pool, anche alla luce dell'adozione di misure mitigative, tra cui spicca il ricorso a un amministratore indipendente del LNG che renda verticali i flussi informativi, riducendo il coordinamento orizzontale tra membri concorrenti.

Nel silenzio normativo e in assenza di un'esperienza applicativa consolidata,⁸⁵ possono considerarsi necessari e proporzionati solo gli scambi informativi bilaterali tra ciascun membro e l'amministratore del LNG funzionali all'esercizio del mandato di negoziazione collettiva. Per contro, esulano dal perimetro dell'accessorietà i dati attinenti direttamente alle strategie dei membri, sia sotto il profilo commerciale sui mercati di

confidenzialità e clausole disciplinari quale condizione per la partecipazione al pool, nonché mitigazioni tecniche quali data room controllate e log di accesso, affiancate da programmi di formazione e audit antitrust periodici.

⁸² HCG, parr. 273 e ss.

⁸³ Le HCG in realtà fanno cenno alla possibilità, invero meno problematica per l'antitrust, di accordi di acquisto in comune non orizzontali, con componenti contrattuali anche verticali o tra non concorrenti; cfr. HCG, parr. 276 e 298.

⁸⁴ Proposta di TTG del '24, parr. 301, 304, 310 e 324-325.

⁸⁵ Supra, 13.

prodotto a valle,⁸⁶ sia con riguardo a eventuali tattiche di ritardo o boicottaggio nei confronti del licenziante nel mercato della tecnologia a monte.⁸⁷

I dati legittimamente scambiati devono consentire al LNG di formarsi, definendo la propria domanda collettiva, ossia quale sia la tecnologia o le tecnologie d'interesse, se l'oggetto della negoziazione sia solo il prezzo o un mero sconto addizionale da applicarsi nelle successive licenze bilaterali o se invece l'obiettivo sia una licenza standardizzata completa pronta per l'adesione dei membri magari differenziata per cluster di membri (ad esempio, piccoli, medi, grandi utilizzatori, o per categorie industriali o aree geografiche). In secondo luogo, il LNG deve poter adempiere al proprio mandato negoziale, raccogliendo le aspettative individuali sulle tempistiche delle trattative e sulle condizioni di licenza ritenute accettabili nonché dati sull'effettiva implementazione ed estensione dell'uso della tecnologia di interesse nei prodotti dei membri, così da poter condurre i negoziati con il licenziante fino al loro esito positivo, con la conclusione di un accordo, o negativo, con la chiusura infruttuosa delle trattative.⁸⁸

Nel caso di tecnologie standard soggette a impegni di licenza *Fair, Reasonable and Non-Discriminatory* ('FRAND') interpretati alla luce del canone di buona fede pre-contrattuale di cui al caso *Huawei v ZTE*,⁸⁹ le informazioni trasmesse dai membri al LNG dovrebbero consentire a quest'ultimo di esaurire il proprio mandato accettando la proposta FRAND

⁸⁶ Si pensi a prezzi attuali o futuri, listini, strategie promozionali, margini e costi, piani di output o di capacità produttiva nonché dettagli sulle condizioni di licenze già concluse.

⁸⁷ Sono qualificabili come estranee all'accessorietà, e quindi i relativi scambi sanzionabili, le informazioni sull'intenzione di instaurare contenziosi di invalidità brevettuale, presentare denunce antitrust o intraprendere altre iniziative di lobby regolatoria.

⁸⁸ A tal fine, il LNG deve poter disporre di dati forniti dai membri da comunicare al licenziante per ridurre l'asimmetria informativa e porlo in condizione di negoziare in modo informato. Rientrano in questo perimetro, ad esempio, informazioni sul grado di effettiva implementazione ed estensione dell'uso della tecnologia standard nei prodotti dei membri, sull'esistenza di eventuali alternative tecniche realistiche alla tecnologia licenziata, nonché valutazioni qualitative o percentuali sull'impatto economico delle condizioni di licenza proposte (ad esempio il peso indicativo della royalty sul prezzo o sui margini di prodotti tipo).

⁸⁹ Corte Giust. UE, 16 luglio 2015, C-170/13, *Huawei c. ZTE*. Per le specificità antitrust delle licenze di brevetti essenziali a standard industriali, si rinvia, *ex multis*, a Vincenzo Meli, 'Standard, standardizzazione e applicazione dell'art. 102 TFUE ai conflitti su licenze relativi a diritti di proprietà intellettuale' (2014) 2 *Orizzonti del Diritto Commerciale* 1; Niccolò Galli, 'The FRAND Defense Up To Huawei/ZTE' (2016) 7 *Bocconi Legal Papers* 155; Emanuela Arezzo, 'Is dominance the missing piece of the Huawei puzzle?' (2017) 1 *Orizzonti del Diritto Commerciale* 1.

del licenziante o formulando una controproposta sempre FRAND a cui il licenziante possa aderire *sic et simpliciter*.⁹⁰ Eventuali successivi scambi informativi bilaterali tra l'amministratore e i singoli membri del LNG dovrebbero intervenire solo se il licenziante non accettasse la controproposta onde valutare l'opportunità di estendere il mandato conferito al LNG per proseguire le trattative e ridefinirne i confini sostanziali e temporali. In tale scenario, tuttavia, i membri del LNG si esporrebbero al rischio di un'inibitoria se, continuando a utilizzare la tecnologia standard e avendo conoscenza dell'offerta FRAND del licenziante, non prestino una garanzia bancaria nelle more delle trattative collettive per un importo almeno pari a quello previsto dalla controproposta FRAND già rifiutata dal licenziante.⁹¹

Ne risulta, in definitiva, che pur muovendo dallo schema giuridico comune delle restrizioni accessorie e dall'analisi degli scambi informativi delle HCG, la proposta di TTG del '25 tratta gli scambi all'interno dei pools di brevetti come un problema prevalentemente di governance tecnica da contenere. Al contrario, nell'ambito dei LNG, gli scambi sono identificati come il cuore del rischio cartellistico lato licenziatari, con una soglia di sospetto e un grado di vincolatività notevolmente più elevati rendendo invero auspicabile un'analisi mirata sulla fattispecie e non un mero rinvio in nota alle HCG.⁹²

5.2. Accordi di standardizzazione e licenze

Un ulteriore profilo di intersezione tra HCG e TTBER è quello degli accordi di standardizzazione,⁹³ o, più correttamente, dell'accesso ai risultati di tali accordi mediante licenza dei DPI insistenti sulla tecnologia standardizzata. Nella specie, le HCG riconoscono la generale legittimità degli accordi che standardizzano requisiti tecnici o qualitativi di prodotti o processi a condizione che essi siano aperti alla partecipazione di tutti i soggetti interessati, seguano procedure trasparenti e democratiche e producano standard non vincolanti e accessibili a condizioni FRAND.⁹⁴ Proprio quest'ultimo requisito, declinato come impegno a concedere licenze a condizioni FRAND,⁹⁵ si applica in parallelo al TTBER e alle TTG rispetto agli accordi bilaterali e multilaterali (i.e., pool di brevetti e LNG) di

⁹⁰ Corte Giust. UE, 16 luglio 2015, C-170/13, *Huawei c. ZTE*, par. 66.

⁹¹ Corte Giust. UE, 16 luglio 2015, C-170/13, *Huawei c. ZTE*, par. 67.

⁹² Proposta di TTG del '25, par. 304, nota 134.

⁹³ HCG, parr. 346 e ss. Sul tema, si veda Mario Libertini, 'Brevi riflessioni sulla sentenza Huawei: verso una regolazione delle licenze FRAND' (2017) 1 *Orizzonti del Diritto Commerciale* 1.

⁹⁴ HCG, par. 451.

⁹⁵ HCG, parr. 454-462.

trasferimento tecnologico relativi a brevetti essenziali per l'implementazione di uno standard (c.d. standard essential patent o 'SEP').⁹⁶

In realtà, le licenze bilaterali di SEP difficilmente beneficiano dell'esenzione per categoria poiché i loro titolari superano di regola le soglie di quota di mercato previste dal TTBER, dato che l'indispensabilità di un SEP per l'implementazione del relativo standard può non solo costituire un vantaggio concorrenziale significativo, come riconosciuto espressamente dalle TTG,⁹⁷ ma anche portare a definire il mercato rilevante in maniera circoscritta al solo SEP con relativa quota di mercato del suo titolare del 100%. Sebbene la giurisprudenza escluda una presunzione automatica di posizione dominante sulla base della mera titolarità di un SEP,⁹⁸ nella prassi i titolari di brevetti essenziali per parti non opzionali di standard tecnologici pervasivi sono frequentemente considerati dominanti e potranno incontrare difficoltà nel dimostrare di essere soggetti a vincoli concorrenziali tali da impedire loro di esercitare il potere di mercato scaturito dagli accordi di standardizzazione stessi.⁹⁹ Ne consegue che, per le licenze bilaterali di SEP, assumono un ruolo ben più significativo le TTG, che vi fanno riferimento in più passaggi, seppur in maniera non del tutto sistematica. I riferimenti sono di principio, sul concetto di licenza FRAND, sia di dettaglio su due disposizioni specifiche di licenza.

Sul piano dei principi, le TTG seguono le HCG nell'interpretazione dell'impegno FRAND, inteso come concessione in licenza delle privative

⁹⁶ In materia, si rinvia a Vincenzo Meli, 'Standard Essential Patents e licenze a condizioni FRAND nel diritto della UE: equità e ragionevolezza tra antitrust e regolazione' (2021) *Orizzonti del Diritto Commerciale* 489, pp. 512-514.

⁹⁷ TTG del '14, par. 162; Proposta di TTG del '25, par. 187.

⁹⁸ Opinione dell'Avvocato Generale Wathelet, 20 novembre 2014, C-170/13, *Huawei c. ZTE*, parr. 53-58; Corte Giust. UE, 29 febbraio 1968, C-24/67, *Parke, Davis and Co. c. Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm*, parr. 73-74; sul tema si veda Arezzo (2017) op. cit., pp. 13-15; Anne Layne-Farrar e Jorge Padilla, 'Assessing the link between standard setting and market power' (2011) 9 *International journal of standardisation research* 19.

⁹⁹ L'analisi del mercato rilevante per le licenze di SEP è un aspetto ancora poco approfondito anche nella prassi decisionale della Commissione; cfr. Commissione UE, decisione del 9 dicembre 2009, *Rambus*, COMP/38.636, parr. 18-26; Commissione UE, decisione del 13 febbraio 2012, *Google/MMI*, COMP/M.6381, C(2012) 1068, par. 54; Commissione UE, decisione del 29 aprile 2014, *Motorola - Enforcement of GPRS Standard Essential Patents*, AT.39985, C(2014) 2892 final, parr. 212-213; Commissione UE, decisione del 29 aprile 2014, *Samsung - Enforcement of UMTS Standard Essential Patents*, AT.39939, C(2014) 2891 final, parr. 41-51; Commissione UE, decisione del 18 gennaio 2018, *Qualcomm/NXP Semiconductors*, M.8306, C(2018) 167 final, parr. 220-236.

essenziali a uno standard “a tutti i terzi”.¹⁰⁰ Le TTG estendono tuttavia tale lettura oltre le licenze di SEP che rivendicano standard *de consensu*, ossia adottati dagli organismi di normazione per i quali i titolari dei SEP rilevanti hanno assunto uno specifico impegno FRAND, applicandola anche alle licenze incrociate e tramite pool ad oggetto privative essenziali per standard *de facto*,¹⁰¹ vale a dire tecnologie affermatasi come soluzione di riferimento in esito al gioco concorrenziale sul mercato e per le quali i rispettivi titolari non necessariamente si sono impegnati in termini FRAND. Tale estensione risulta coerente con la natura delle condizioni FRAND, quali rimedio generale di diritto antitrust volto a bilanciare il monopolio su infrastrutture, nel caso di specie tecnologiche, indispensabili e irriproducibili, con l’esigenza di garantire l’accesso e stimolare l’innovazione nei mercati collegati.¹⁰²

I riferimenti di dettaglio evidenziano i rischi antitrust connessi a due clausole, ove inserite nelle licenze di SEP. La prima è la clausola di risoluzione in caso di contestazione dei DPI licenziati, che è sempre qualificata come restrizione esclusa ai sensi dell’art. 5, par. 1, lett. b), TTBER, in quanto aumenta il costo-opportunità della contestazione per i licenziatari, finendo per accordare una protezione eccessiva a DPI

¹⁰⁰ Tale approccio, senza ulteriori specificazioni, finisce per fondere due piani concettualmente distinti: da un lato, l’impegno a concedere licenze FRAND assunto dal titolare dei SEP nei confronti dell’organismo di normazione, dall’altro la pratica di concedere licenze a più livelli della filiera produttiva. In realtà, non sempre l’impegno FRAND interpretato alla luce dello statuto dell’organismo di normazione rilevante impone la concessione di licenze a più livelli della filiera ma può risultare compatibile con la prassi opposta di licenziare ed esaurire l’esclusiva sui SEP a un unico livello, sia esso della componentistica a monte o del prodotto finale a valle. A favore dell’obbligo dei titolari di SEP di concedere licenze a più livelli della filiera, si segnala Damien Geradin e Dimitrios Katsifis, ‘End-product vs Component-level licensing of standard essential patents in the Internet of Things context’ (2021) disponibile su <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3848532>. In senso contrario, Jean-Sébastien Borghetti, Igor Nikolic e Nicolas Petit, ‘FRAND licensing levels under EU law’ (2021) 17 European Competition Journal 205.

¹⁰¹ Per gli standard *de consensu*, cfr. HCG, par. 465; per le licenze incrociate e i pool di DPI essenziali a standard *de facto*, cfr. TTG del ‘14, par. 196, 261, 267, 269 e Proposta di TTG del ‘25, par. 216, 285, 291 e 293 TTG ‘25.

¹⁰² Nel caso Bronner, fondante la teoria dell’accesso alle infrastrutture essenziali nel diritto UE, la Corte di Giustizia parla di accesso “contro un adeguato corrispettivo”, Corte Giust. UE, 26 novembre 1998, C-7/97, *Oscar Bronner c. Mediaprint*, par. 47 e dispositivo; nel caso Microsoft I, si parla di accesso a condizioni “ragionevoli e non discriminatorie”, Tribunale di primo grado UE, 17 settembre 2007, *Microsoft c. Commissione europea*, T-201/04, parr. 808-811. I pool di SEP sarebbero soggetti, comunque, all’obbligo FRAND dei loro membri in ossequio alle HCG, par. 456 che prevede che gli impegni FRAND devono essere trasferiti anche in caso di alienazione dei SEP o dei diritti di sub-licenza.

potenzialmente invalidi.¹⁰³ Come restrizione esclusa, essa non beneficia dell'esenzione per categoria ed è soggetta a una valutazione individuale che può, in astratto, condurre a un'esenzione ex art. 101, par. 3, TFUE, oppure alla nullità e alla scindibilità della clausola rispetto al resto della licenza.¹⁰⁴ Nondimeno, un'esenzione individuale appare difficilmente giustificabile alla luce del rilevante impatto concorrenziale che la clausola produce quando inserita in una licenza di più SEP, per definizione tutti necessari e complementari ai fini dell'implementazione dello standard: la risoluzione dell'intera licenza a fronte della contestazione anche di un solo SEP determinerebbe l'illegittimità dell'uso dell'intero portafoglio di SEP licenziato, rafforzando ulteriormente la posizione del titolare e scoraggiando a priori qualsiasi contestazione.

Il secondo riferimento puntuale concerne i SEP come probabile privativa principale da abbinare ad altre privative non essenziali mediante pratiche leganti, con possibili effetti preclusivi sulla concorrenza tra tecnologie non essenziali alternative.¹⁰⁵ L'implementazione legittima di uno standard implica infatti l'utilizzo di tutti i SEP che rivendicano parti non opzionali di tale standard, sicché la licenza di ciascun tal SEP risulta indispensabile. Al contrario, per le tecnologie non standardizzate è più probabile che sussistano alternative sul mercato e che, di conseguenza, la licenza per i relativi brevetti non sia strettamente necessaria, ma rappresenti piuttosto un'alternativa rispetto a licenze di brevetti sostitutivi. Alla luce di ciò, condizionare la licenza 'indispensabile' di uno o più SEP all'accettazione di una licenza aggiuntiva contestuale su privative non essenziali e sostituibili può precludere la concorrenza nel mercato rilevante per queste ultime.¹⁰⁶ Resta, naturalmente, legittimo concedere in licenza congiuntamente SEP e privative non essenziali quando ciò avvenga su richiesta del licenziatario o dimostrando che tali privative abbinate, pur non essendo SEP, risultino di fatto indispensabili sotto il profilo commerciale o per altre ragioni d'efficienza.

Così ricostruita l'intersezione tra HCG e TTBER nel contesto degli accordi di standardizzazione, se ne deduce che, per le licenze bilaterali di

¹⁰³ TTG del '14, par. 136, riprodotto sostanzialmente dalla Proposta di TTG del '25, par. 160.

¹⁰⁴ In astratto, nulla esclude che una clausola qualificata come "esclusa" possa, all'esito di una valutazione individuale, risultare estranea all'ambito applicativo dell'art. 101, par. 1, TFUE; cionondimeno, è difficilmente sostenibile che essa sia priva di potenziali effetti anticoncorrenziali, come dimostra la scelta stessa del legislatore di escluderla dal perimetro del TTBER.

¹⁰⁵ TTG del '14, par. 172; Proposta di TTG del '25, par. 32, fn 25.

¹⁰⁶ Sull'analisi delle pratiche leganti nel contesto delle licenze brevettuali, si rinvia a Niccolò Galli e Marco Botta, 'It's Unfair! Non-price exploitation in ICT Patents Licenses' (2023) 54 *International Review of IP and Competition Law* IIC 200, pp. 216-218.

SEP, la valutazione antitrust fa leva, più che sull'esenzione per categoria, sull'applicazione sostanziale dei principi e delle cautele delineate nelle TTG in ragione delle soglie di quota di mercato difficilmente rispettabili in mercati rilevanti delineati attorno alla singola tecnologia essenziale. Le TTG approcciano poi le licenze FRAND come presidio antitrust di accesso a infrastrutture tecnologiche indispensabili, in ottica ordinatrice anche oltre gli standard consensuali. Infine, le clausole di "no-challenge" e le pratiche leganti tra SEP e private non essenziali emergono come snodi critici in cui il rischio di irrigidimento del rapporto di licenza è più elevato e richiede una valutazione individuale particolarmente rigorosa, calibrata su indispensabilità, concorrenza tra tecnologie ed efficienze dimostrabili.

5.3. *Licensing Negotiation Groups e accordi di acquisto*

Dopo aver accantonato l'ipotesi di menzionare i LNG direttamente nelle HCG, assimilandoli agli ordinari gruppi di acquisto in comune,¹⁰⁷ la nuova proposta di TTG introduce una sezione loro dedicata. A prescindere da valutazioni di opportunità politico-economica di tale scelta,¹⁰⁸ il risultato redazionale evidenzia un adattamento imperfetto, talvolta quasi *verbatim*, del Capitolo 4 delle HCG al contesto del trasferimento tecnologico che ne mette in dubbio l'effettiva utilità. Sul piano sistematico, è chiaro che le HCG e le TTG si pongano in rapporto di genere a specie in materia di LNG. Tuttavia, le TTG escludono a priori l'applicabilità delle HCG a tale tipo di accordi di acquisto in comune, sebbene le HCG siano in realtà utili a colmare incertezze interpretative e lacune.¹⁰⁹ In concreto, le TTG

¹⁰⁷ La bozza di HCG sottoposta a consultazione dalla Commissione nel 2022 è tuttora accessibile: Annex Communication From The Commission - Guidelines On The Applicability Of Article 101 Of The Treaty On The Functioning Of The European Union to horizontal co-operation agreements DRAFT, par. 312. https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-hbers_en#view-the-consultation-document.

¹⁰⁸ Il dibattito dottrinale in materia di LNGs è aperto. Tra le voci più aperte ai LNGs, cfr. Enrico Bonadio e Akshita Rohatgi, 'Standard Essential Patents and Licensing Negotiation Groups under EU Law' (2025) SSRN 5498140; Ruud Peters, Igor Nikolic e Bowman Heiden, 'Designing SEP licensing Negotiation Groups to Reduce Patent Holdout in 5G/IoT Markets' in Johnathan Barnett e Sean O'Connor (curatori), *5G and Beyond: Intellectual Property and Competition Policy in the Internet of Things* (Cambridge University Press, 2023), pp.155. Tra le voci più critiche verso i LNGs, cfr. Johnathan Barnett, 'The Economic case against licensing negotiation groups in the Internet of Things' (2022) 10 *Journal of Antitrust Enforcement* 518; Igor Nikolic, 'Licensing negotiation groups for SEPs: collusive technology buyers arrangements? Their pitfalls and reasonable alternatives' (2021) *LES nouvelles* 350; Giuseppe Colangelo, 'Licensing Negotiation Groups: The New Antitrust Kid on the SEP Block' (2025) Deep-IN Research Paper.

¹⁰⁹ Cfr. Proposta di TTG del '25, par. 299 TTG. La contraddizione emerge in modo evidente laddove le TTG finiscono per richiamare proprio le HCG come criterio sussidiario di interpretazione, come ad esempio riconosciuto al par. 304, nota 133.

sostituiscono la parte introduttiva delle HCG sugli ordinari accordi di acquisto con una sezione definitoria sugli LNG e sui loro effetti concorrenziali;¹¹⁰ riproducono, con minimi adattamenti, le parti dedicate alla valutazione antitrust ai sensi dell'art. 101, parr. 1 e 3, TFUE;¹¹¹ introducono al ricorrere dei medesimi requisiti o una deroga *ad hoc* per gli LNG all'art. 101, par. 1, TFUE, come già previsto per i pool, o comunque un'esenzione individuale ex art. 101, par. 3, TFUE;¹¹² infine, espungono i riferimenti delle HCG alla legittimità delle minacce tipiche delle negoziazioni collettive di abbandonare il tavolo delle trattative o di interrompere gli ordini in corso da parte sia del gruppo di acquisto sia del fornitore.¹¹³

Il risultato di politica legislativa che ne risulta appare insoddisfacente. In un'ottica di semplificazione dell'analisi antitrust e riduzione del carico regolatorio, sarebbe stato coerente ed efficiente assimilare gli LNG agli ordinari accordi di acquisto in comune nelle HCG, poiché ne condividono in larga parte i potenziali effetti economici, tanto pro- quanto anticoncorrenziali. In un'ottica opposta, orientata a una maggiore precisione e a un effettivo valore aggiunto regolatorio, è altrettanto coerente, seppur più complesso, disciplinare le specificità dell'oggetto degli LNG, ossia la negoziazione di licenze di beni immateriali, di cui il titolare può impedire l'uso solo mediante l'azione in giudizio e non in via di autotutela sinallagmatica.¹¹⁴ Ciò sarebbe potuto avvenire con una sezione apposita delle TTG che, rinviando per economia legislativa ai principi generali delle HCG, chiarisca se e perché l'analisi antitrust degli LNG differisca dagli altri accordi di acquisto. L'esito cui perviene l'attuale proposta di TTG, lungi dal semplificare il lavoro dell'interprete, introduce duplicazioni e potenziali incoerenze rispetto alle HCG senza sviluppare

¹¹⁰ Proposta di TTG del '25, parr. 297-301.

¹¹¹ Proposta di TTG del '25, rispettivamente parr. 302-325 per l'analisi delle restrizioni per oggetto e parr. 328-332 per l'analisi delle restrizioni per effetto.

¹¹² Proposta di TTG del '25, parr. 326-327.

¹¹³ Le HCG, nel contesto degli accordi di acquisto in comune, escludono restrizioni alla concorrenza per oggetto in caso di minacce di abbandonare le negoziazioni collettive o interruzioni agli ordini in corso se limitate ai prodotti negoziati e nel tempo. Inoltre, se le minacce o le interruzioni lasciano comunque residuare prodotti alternativi nel mercato è inverosimile anche un effetto anticoncorrenziale; cfr. HCG, parr. 303-304. L'omesso omologo riferimento nelle TTG è interpretabile come minor favor legislativo verso le minacce di abbandonare o gli abbandoni delle trattative da parte dei LNG e loro membri, evidentemente considerando tali pratiche come meno fisiologiche che nel contesto della contrattazione d'acquisto collettiva ordinaria. Inoltre, nel contesto dei SEP, la minaccia di abbandonare o l'effettivo abbandono delle trattative, a prescindere da profili di responsabilità antitrust, pesa negativamente sulla valutazione della buona fede rilevante per ottenere o evitare un'inibitoria.

¹¹⁴ Cesare Valentino, 'Autotutela Sinallagmatica' (2022) Cammino Diritto.

un'analisi sufficientemente approfondita delle specificità dei mercati sia della tecnologia, in particolare dei SEP e dei relativi impegni di licenza FRAND, sia dei prodotti contrattuali in cui gli LNG sono destinati ad operare.

Le TTG, in linea con le HCG, muovono dal principio condivisibile secondo cui gli LNG, al pari di altri genuini accordi di acquisto che non celino cartelli tra acquirenti, siano giustificabili per l'antitrust se consentano di riequilibrare la posizione negoziale degli utilizzatori della tecnologia rispetto al potere di mercato dei suoi grandi titolari, così da negoziare condizioni contrattuali migliori che possano essere trasferite ai consumatori finali.¹¹⁵ Tali circostanze sono ipotizzabili nel caso di titolari di brevetti essenziali per implementare parti non opzionali di standard pervasivi o altre tecnologie indispensabili, che come argomentato sopra è verosimile detengano potere di mercato, a fronte di numerosi utilizzatori frammentati e dispersi. Si pensi alla pleora di PMI operanti nell'Internet delle Cose, soggetta a marcate asimmetrie informative sul contenuto e sul valore di tecnologie da licenziare per la prima volta, quali quelle relative agli standard di telecomunicazione.¹¹⁶ In simili circostanze, la negoziazione tramite un LNG genuino può rivelarsi efficiente non solo per gli utilizzatori membri del gruppo, invero unica e limitata prospettiva adottata dalle TTG,¹¹⁷ ma anche per il licenziante, che beneficia di minori costi di transazione, economie di scala nella conclusione delle licenze, eliminazione del disincentivo dei singoli utilizzatori a concludere una licenza finché i concorrenti non fanno altrettanto (c.d. svantaggio del primo acquirente) e maggiore penetrazione nei mercati rilevanti per i prodotti licenziati.¹¹⁸

La capacità concreta degli LNG di realizzare le efficienze predicate dipende dalla loro progettazione e successiva condotta: entrambe devono escludere restrizioni alla concorrenza per oggetto (presupposto ovvio), ma,

¹¹⁵ Gli accordi di acquisto in comune possono determinare anche efficienze in termini di ridotti costi di transazione e produzione facendo leva su economie di scala e di scopo tra i membri. In particolare, i gruppi di acquisto tra piccole e medie imprese possono permettere ai propri membri di rimanere competitivi a fronte di grandi concorrenti, incrementare l'affidabilità della catena di approvvigionamento e far fronte a perturbazioni di mercato o evitare dipendenze economiche strategiche; cfr. HCG, parr. 274-275 e 305.

¹¹⁶ In questo senso, vedasi: Ruud Peters, Igor Nikolic e Bowman Heiden, 'Designing SEP licensing Negotiation Groups to Reduce Patent Holdout in 5G/IoT Markets' in Johnathan Barnett e Sean O'Connor (curatori), *5G and Beyond: Intellectual Property and Competition Policy in the Internet of Things* (Cambridge University Press, 2023), pp.155-159.

¹¹⁷ Le TTG presentano i benefici pro-concorrenziali dei LNG solo dalla prospettiva dei licenziatari; cfr. Proposta di TTG del '25, parr. 300 e 329.

¹¹⁸ Le HCG riconoscono che per i fornitori sia razionale negoziare tramite gruppi di acquisto genuini onde avere accesso a nuovi mercati o creare nuovi canali distributivi; cfr. HCG, par. 305.

in modo più sofisticato, anche effetti anticoncorrenziali, pur solo potenziali. I problemi concorrenziali degli LNG restano, in sostanza, quelli tipici degli accordi di acquisto in comune che incidono sui mercati rilevanti sia per i prodotti scambiati tra fornitore e gruppo sia per quelli rivenduti dai membri del gruppo, corrispondenti, nella fattispecie tipica delle TTG, rispettivamente alle licenze sulla tecnologia e ai prodotti licenziati.¹¹⁹

Da un lato, un eccessivo potere d'acquisto collettivo e la conseguente possibilità di collusione nei mercati rilevanti a monte, in cui i membri del gruppo negoziano o acquistano congiuntamente le licenze, possono pregiudicare i licenzianti in termini di ritardo nelle trattative, corrispettivi ridotti o condizioni di licenza peggiori (c.d. hold-out).¹²⁰ Dall'altro, nei mercati a valle dei prodotti licenziati, dove i membri del gruppo competono, possono emergere intese esplicite sui prezzi di vendita o altre forme di concertazione anticoncorrenziale.¹²¹ A ciò si aggiungono ulteriori effetti restrittivi, quali boicottaggi nei confronti di soggetti terzi estranei alla licenza raggiunta dal LNG, siano essi altri licenzianti o utilizzatori concorrenti.¹²²

La prima preoccupazione antitrust è quindi escludere il rischio di restrizioni per oggetto relative ai LNG. In questo senso, le TTG riproducono, in larga parte, i requisiti fissati dalle HCG, con la sola eccezione, immotivata e a parere di chi scrive non giustificata, della

¹¹⁹ Le TTG seguono le HCG nel definire il mercato rilevante a monte per l'acquisto collettivo sulla base del criterio della sostituibilità dell'offerta, concentrandosi sulle alternative disponibili per i fornitori, ad esempio in reazione a una diminuzione del prezzo offerto per l'acquisto dei loro beni; cfr. HCG, par. 289; Proposta di TTG del '25, par. 314-316. La scelta è in controtendenza rispetto alla riaffermata eccezionalità del criterio della sostituibilità dell'offerta rispetto a quello ordinario della sostituibilità della domanda da parte della Comunicazione della Commissione sulla Definizione del Mercato Rilevante; cfr. Commissione europea, *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza C/2024/1645*, parr. 7 e 32-37. L'argomento merita un approfondimento dottrinale specifico ma, in via preliminare, a parere di chi scrive, la sostituibilità dal lato della domanda dovrebbe rimanere il criterio fondamentale per definire il mercato rilevante per l'acquisto collettivo. Se esistono prodotti alternativi offerti da altri fornitori che esercitano una maggiore pressione concorrenziale sul fornitore che negozia con il gruppo d'acquisto, tali prodotti andrebbero infatti inclusi nel medesimo mercato rilevante, più che privilegiare, ai fini della definizione del mercato, la mera possibilità per il fornitore di rivolgersi a terzi estranei al gruppo d'acquisto.

¹²⁰ HCG, par. 288; Proposta di TTG del '25, parr. 301 e 319.

¹²¹ HCG, parr. 277, 283 e 294; Proposta di TTG del '25, parr. 308 e 310. La sezione sui LNG risulta incoerente con il TTBER e il resto delle TTG nella misura in cui per i mercati a valle dei prodotti non adotta la terminologia di 'mercati dei prodotti licenziati' altrimenti coerentemente presente in tutto il restante regime di favore regolamentare.

¹²² HCG, parr. 284 e 296; Proposta di TTG del '25, parr. 309 e 320.

vincolatività dell'accordo raggiunto tra fornitore e gruppo. Sul piano formale, entrambe le linee direttrici richiedono che l'accordo istitutivo del LNG sia adeguatamente documentato, così da agevolarne la valutazione antitrust ex post anche alla luce della condotta tenuta in concreto dal gruppo e dai suoi membri, nonché documentare la buona fede e diligenza nella costituzione del LNG.¹²³ Nel merito, l'accordo deve rimanere genuinamente circoscritto all'acquisto in comune, in modo che il coordinamento tra concorrenti non ecceda quanto strettamente necessario al perseguimento dello scopo legittimo, secondo il principio di proporzionalità. In particolare, devono essere esclusi scambi di informazioni tra i membri del LNG a latere della negoziazione congiunta, da condurre sempre in modo trasparente con il licenziante.¹²⁴

Senza alcuna motivazione esplicita, le TTG omettono tuttavia un requisito essenziale per attenuare il rischio di restrizioni per oggetto, ossia la conclusione diretta della licenza da parte del LNG con diritto di sublicenziare i propri membri o, perlomeno, la vincolatività dell'accordo quadro raggiunto tra LNG e licenziante.¹²⁵ Tale requisito è cruciale sia per ridurre il rischio di hold-out da parte dei membri del LNG sia per garantire la realizzazione delle efficienze proprie della contrattazione collettiva. Una volta postulata l'opzionalità dell'adesione alla negoziazione tramite LNG sia per i suoi membri sia per la controparte negoziale (cioè la possibilità per ciascuna parte di ritirarsi dal tavolo senza conseguenze negative), l'accordo di licenza raggiunto con il LNG deve esser opponibile ai membri del gruppo. Diversamente, la negoziazione collettiva perde di significato e rischia di tradursi in un mero pretesto per un ulteriore ritardo nella conclusione delle licenze, a detrimento dei titolari della tecnologia.¹²⁶

¹²³ HCG, par. 282, lett. b); Proposta di TTG del '25, par. 307, lett. b).

¹²⁴ Sulla proporzionalità del gruppo d'acquisto, cfr. HCG, par. 278 e Proposta di TTG del '25, par. 303. Sull'assenza di scambi informativi anticoncorrenziali tra i membri del gruppo a latere della negoziazione congiunta, cfr. HCG, par. 281 e Proposta di TTG del '25, parr. 304 e 310. Sebbene la negoziazione congiunta debba essere trasparente ed escludere negoziazioni individuali concertate, sia le HCG sia le TTG ammettono che il gruppo d'acquisto non sia tenuto a garantire trasparenza totale circa la propria composizione; cfr. HCG, parr. 279-280 e 282, lett. a) e Proposta di TTG del '25, parr. 303-305 e 307, lett. a). Nel contesto del trasferimento tecnologico, tuttavia, la possibilità che i LNG operino con una composizione parzialmente opaca risulta difficilmente conciliabile con gli incisivi obblighi di trasparenza imposti ai pool di brevetti, a fronte di rischi di coordinamento collusivo in larga misura analoghi.

¹²⁵ HCG, par. 282, lett. a).

¹²⁶ Peraltro, nel caso delle licenze di SEP, a prescindere dalla vincolatività, il membro del LNG che rifiuti di aderire all'accordo tra LNG e il licenziante senza dimostrare che non esso rispetti le condizioni FRAND rimarrà comunque esposto al rischio di provvedimenti inibitori; cfr. Corte Giust. UE, 16 luglio 2015, C-170/13, *Huawei c. ZTE*, par. 71; Corte

Escluse le restrizioni per oggetto, la legittimità di un LNG è valutata alla luce dei suoi effetti anticoncorrenziali attuali o potenziali nei mercati rilevanti, tenendo conto, preliminarmente, del potere di mercato individuale dei suoi membri e del carattere accessorio o meno delle restrizioni concretamente previste.¹²⁷ In linea con quanto previsto per gli accordi di acquisto in comune, anche per gli LNG una quota di mercato congiunta dei membri non superiore al 15% sui mercati rilevanti per l'acquisto delle licenze e per la vendita dei prodotti licenziati rende di regola improbabile il riscontro di potere di mercato e, dunque, la presenza di effetti anticoncorrenziali; ovvero, qualora si profilino effetti restrittivi potenziali, rende più verosimile la possibilità che sussistano i requisiti per un'esenzione individuale ai sensi dell'art. 101, par. 3, TFUE.¹²⁸

Al superamento di tale soglia, diviene necessaria una valutazione specifica degli effetti concreti del LNG, alla luce dei fattori contrattuali ed economici che rendono più o meno probabile l'esercizio collettivo di potere monopsonistico a fini collusivi o restrittivi. Il principio di fondo, comune a HCG e TTG, è che il perimetro di legittimità antitrust della cooperazione per l'acquisto in comune tra concorrenti molto vicini, simmetrici e simili, operanti in mercati concentrati e trasparenti, sia assai più ristretto rispetto a quello della cooperazione tra imprese eterogenee, asimmetriche e diversificate che si confrontano con grandi fornitori dotati di significativo potere di mercato.¹²⁹ Nel primo caso, il gruppo di acquisto diviene un naturale facilitatore di scambi informativi strategici e un potenziale forum stabile di coordinamento, con elevata capacità e incentivi a convergere verso esiti collusivi, anche grazie alla facilità di monitorare e punire

Federale di Giustizia tedesca, 24 novembre 2020, caso n. KZR 35/17, *Sisvel v Haier*, parr. 66 e 68.

¹²⁷ HCG, parr. 286-287, 289-290; Proposta di TTG del '25, parr. 311-313.

¹²⁸ 291 HCG, Proposta di TTG del '25, parr. 317-318. Notasi bene che la quota di mercato del 15% è la soglia più bassa prevista da qualsiasi strumento regolatorio del diritto della concorrenza UE, a riprova del disfavore e dell'eccezionalità dell'ammissibilità degli accordi di acquisto congiunto.

¹²⁹ Le HCG menzionano più tipi di fattori rilevanti per l'analisi individuale degli effetti degli accordi di acquisto congiunto rispetto a quelli menzionati dalle TTG: la concentrazione e la trasparenza del mercato (HCG, par. 299; Proposta di TTG '25, par. 322); i margini di profitto e il grado di concorrenza tra membri del gruppo (HCG, par. 298; Proposta di TTG '25, par. 321), la natura dei prodotti da acquistare e il contropotere negoziale dei fornitori (HCG, parr. 292 e 295, Proposta di TTG del '25, parr. 318-319), i collegamenti e legami tra membri (HCG, par. 293), l'estensione e l'indispensabilità dell'obbligo a negoziare solo tramite il gruppo (HCG, parr. 297 e 306; Proposta di TTG del '25, par. 320), la proporzionalità dell'accordo allo scopo d'acquisto in comune (HCG, par. 299), componenti di costo in comune tra i membri (HCG, par. 300; Proposta di TTG del '25, par. 323), limiti organizzativi, tecnici e contrattuali agli scambi informativi (HCG, parr. 301-302; Proposta di TTG del '25, parr. 318, 324-325).

eventuali deviazioni. Nel secondo caso, l'attitudine collusiva è minore e il gruppo d'acquisto tende ad assumere la funzione di contropotere negoziale, riequilibrando un potere di mercato preesistente a monte e aumentando la probabilità che le condizioni migliori ottenute dal gruppo siano trasferite ai consumatori.

Dopo aver riprodotto, con scostamenti limitati, l'impostazione delle HCG nei passaggi dell'ortodossia antitrust, ossia la valutazione delle restrizioni per oggetto, del potere di mercato e degli effetti economici, le TTG introducono per gli LNG un trattamento di maggior favore rispetto a quello applicato agli accordi di acquisto ordinari. Nella specie, al ricorrere di sette condizioni cumulative, le TTG prevedono non solo una deroga (non cogente) alla proibizione di cui all'art. 101, par. 1 TFUE, sul modello di quanto già previsto per i pool di brevetti, ma addirittura un'esenzione ai sensi dell'art. 101, par. 3 TFUE.¹³⁰ Ne risulta un regime di favore per gli LNG dalla struttura poco lineare, che combina requisiti eterogenei volti a fronteggiare sia restrizioni per oggetto (i.e., tre obblighi comportamentali) sia per effetto, attingendo in parte dai principi generali sugli accordi di acquisto delle HCG e in parte dai criteri speciali delle TTG sui pool di brevetti, ma al contempo trascurando la principale salvaguardia concorrenziale costituita dalle soglie di mercato volte a escludere potere monopsonistico.

Seppur già necessario, come visto, a escludere restrizioni per oggetto in ogni accordo di acquisto congiunto,¹³¹ le TTG impongono, ai fini del trattamento di favore, tre obblighi comportamentali. In primis, l'attività del LNG deve esser circoscritta alla negoziazione congiunta delle licenze; in secundis, tale negoziazione deve esser svolta in modo trasparente nei confronti dei licenzianti; infine, il LNG deve escludere gli scambi di informazioni sensibili tra i membri.¹³² Il trattamento di favore non menziona, invece, il requisito della forma scritta dell'accordo istitutivo del LNG, pur indicato da TTG e HCG come necessario per escludere restrizioni per oggetto in questa tipologia di accordi, generando incertezza giuridica sulla sua effettiva necessità. A parere di chi scrive, tale requisito non è affatto superfluo, ma deve considerarsi implicito una volta giunti allo stadio dell'analisi della meritevolezza di una deroga o di un'esenzione per categoria (seppur non cogente) dall'art. 101, parr. 1 e 3 TFUE, così come, in

¹³⁰ Proposta di TTG del '25, par. 326, lettere b), c) e d).

¹³¹ A riprova della ridondanza dei requisiti utili a disinnescare il rischio di restrizioni per oggetto nel contesto della valutazione di una deroga alla luce degli effetti di un comportamento nel mercato, il trattamento di favore dei LNG non richiede la forma scritta dell'accordo istitutivo del LNG.

¹³² HCG, par. 282, lett. b); Proposta di TTG del '25, par. 307, lett. b).

realtà, gli stessi obblighi comportamentali che riproducono condizioni già richieste per escludere restrizioni per oggetto. In sostanza, il trattamento di favore duplica in questa parte requisiti preliminari e preesistenti senza alcun valore aggiunto, finendo, anzi, per alimentare incoerenze e incertezze interpretative.

In aggiunta a tali tre requisiti comportamentali, le TTG impongono due requisiti di natura contrattuale, riferiti all'accordo tra LNG e licenziante, coerenti con i principi generali delle HCG sugli effetti degli accordi di acquisto congiunto. Da un lato, l'accordo tra LNG e licenziante non deve imporre a quest'ultimo alcun obbligo di boicottare terzi licenziatari concorrenti dei membri del LNG. Tale previsione tutela, al contempo, la libertà contrattuale del licenziante e la posizione concorrenziale dei potenziali licenziatari, che non devono esser penalizzati per il solo fatto di non aver aderito al LNG. Dall'altro, il corrispettivo di licenza negoziato tramite il LNG non deve superare il 10% del prezzo di rivendita dei prodotti licenziati, limitando l'allineamento dei costi di produzione dei membri del LNG e, di riflesso, la loro capacità e il loro incentivo a colludere nei mercati a valle dei prodotti licenziati. Di fatto, il trattamento di favore si applica solo ai LNG chiamati a negoziare licenze per tecnologie che costituiscano una componente di costo proporzionalmente limitata nei prodotti dei membri, e non a quelli aventi ad oggetto tecnologie cruciali per tali prodotti.¹³³

Le TTG richiedono infine due requisiti relativi al funzionamento del LNG, che ricalcano due delle condizioni previste per la deroga a favore dei pool di brevetti.¹³⁴ Da un lato, la partecipazione al LNG deve essere aperta, in base a criteri oggettivi e non discriminatori, evitando che il gruppo si trasformi in un club chiuso idoneo a boicottare i terzi concorrenti. L'apertura richiesta risulta tuttavia difficilmente conciliabile con il rischio di monopsonio e il relativo sospetto antitrust verso LNG che rappresentino cumulativamente oltre il 15% di quota di mercato nei mercati rilevanti. La stessa è anche poco flessibile rispetto ad almeno tre scenari in cui effetti restrittivi sono comunque improbabili. In primis, potrebbe persistere una concorrenza effettiva tra diversi LNG. In secundis, la conclusione di un accordo tra LNG e licenziante potrebbe essere impossibile o altamente improbabile in assenza di una struttura del LNG più selettiva. Infine, la chiusura del gruppo può essere temporaneamente limitata per esigenze di efficacia negoziale, anche nell'interesse del licenziante, dato che quest'ultimo può sempre negoziare bilateralmente con i non membri,

¹³³ HCG, par. 300; Proposta di TTG del '25, parr. 326, lettere f) e g), 323 e 330.

¹³⁴ HCG, par. 297; Proposta di TTG del '25, parr. 326, lettere a) e e), e 320.

potenzialmente raggruppati in un ulteriore LNG o aggiunti a quello preesistente in occasione di successive tornate negoziali.¹³⁵

Dall'altro, la negoziazione tramite il LNG deve rimanere opzionale sia per i membri sia per i licenzianti, quali devono conservare la possibilità di condurre trattative di licenza bilaterali, fatte salve eventuali clausole che prevedano un impegno a negoziare esclusivamente tramite il LNG per un massimo di sei mesi. A prescindere dall'incertezza sul *dies a quo* di tale impegno,¹³⁶ la legittimità che le TTG gli attribuiscono va ben aldilà delle HCG, per le quali i relativi effetti restrittivi vanno valutati caso per caso alla luce dell'accessorietà dell'impegno rispetto all'efficacia del gruppo di acquisto, dell'ampiezza (più o meno limitata) dell'oggetto delle trattative e, soprattutto, della quota di mercato detenuta dai membri. È evidente che un impegno a sospendere le trattative bilaterali assunto in seno a un LNG la cui quota di mercato congiunta superi il 15% nei mercati rilevanti e che sia incaricato di negoziare licenze di lungo periodo per tutte le tecnologie applicabili a un determinato prodotto produce effetti ben più restrittivi del medesimo impegno previsto da un LNG composto da PMI non concorrenti e ragionevolmente limitato alla negoziazione di una specifica tecnologia per termini brevi.

In sintesi, la nuova sezione delle TTG dedicata ai LNG rappresenta, sotto il profilo normativo e sistematico, un adattamento non pienamente riuscito delle HCG, suscettibile di generare duplicazioni e possibili incoerenze senza apportare un effettivo valore aggiunto al paradigma del trasferimento tecnologico nel contesto della contrattazione collettiva. La proposta, da un lato, esclude il rinvio ai principi generali delle HCG pur replicandone struttura e criteri valutativi; dall'altro, introduce un regime di favore di non agevole lettura, fondato su condizioni cumulative eterogenee e trascurando presidi di controllo essenziali, quali la soglia del 15% per prevenire esiti di potere di monopsonio e la vincolatività dell'accordo quadro raggiunto dal gruppo. Benché si riconosca che LNG genuini

¹³⁵ In analogia a accordi di standardizzazione, cfr. HCG, par. 470.

¹³⁶ In assenza di indicazioni testuali sulla decorrenza del termine di sei mesi, se ne propone un'interpretazione restrittiva. Non appare giustificato far decorrere il termine né dal giorno di costituzione del LNG, troppo anticipato rispetto alla funzione dell'impegno di dare serietà ed efficacia ad uno specifico stadio delle trattative, né dalla mera ricezione di una richiesta unilaterale di licenza da parte di un singolo membro, finché il licenziante non sia formalmente coinvolto nel negoziato collettivo. In un'ottica di necessità e proporzionalità, l'interpretazione plausibile è che il termine decorra dal momento in cui le parti accettino formalmente di trattare, ad esempio mediante conferma scritta o conclusione di apposito accordo di riservatezza, oppure, l'avvio fattuale delle trattative tra LNG e licenziante, ad esempio la prima riunione o, nel caso di SEP, l'invio della prima offerta FRAND da parte del licenziante; cfr. Corte Giust. UE, 16 luglio 2015, C-170/13, *Huawei c. ZTE*, par. 63-64.

possano produrre efficienze tanto per licenzianti quanto per licenziatari, la loro compatibilità concorrenziale rimane strettamente dipendente dalla progettazione istituzionale e dalla condotta concretamente osservata.

De iure condendo, si prospetta l'opportunità di archiviare l'attuale bozza di sezione delle TTG sui LNG, riconducendo tali gruppi nell'alveo degli ordinari accordi di acquisto disciplinati dalle HCG, ambito in cui opera una grammatica analitica consolidata e già sperimentata nel caso ALNG. In alternativa, si impone una revisione sostanziale della bozza TTG, con la predisposizione di una disciplina realmente mirata per i LNG che, rinviando per economia ai principi delle HCG, introduca garanzie puntuali per il licensing di tecnologie, segnatamente in materia di standard industriali, così da restituire certezza e utilità operativa alla nuova sezione ed evitare forme di iper-regolazione prive di effettiva capacità ordinante.

6. Conclusioni

Questo saggio conferma la tenuta sistemica del TTBER quale strumento di bilanciamento funzionale tra tutela della concorrenza e incentivi all'innovazione: la transizione storica da un regime d'esenzione per categoria di impianto formalista, fondato su liste rigide e obblighi di notifica, a un assetto imperniato su deroghe per quote di mercato, restrizioni fondamentali e valutazione degli effetti ha accresciuto la certezza giuridica e ridotto i costi di transazione tipici del licensing tecnologico ordinario, senza impedire un controllo antitrust effettivo nei casi sospetti residuali. Il TTBER, anche nella versione proposta, rischia tuttavia frizioni applicative, perché il quadro complessivo delle esenzioni e delle linee direttrici contigue (i.e., VBER, R&DBER, HCG) si è evoluto con definizioni e soglie non sempre coerenti, in un contesto in cui le licenze operano sempre più spesso come strumenti ibridi per l'organizzazione di filiere e reti. Da tale quadro derivano tre priorità di riallineamento.

In primo luogo, il confronto TTBER/VBER mette in evidenza che l'attuale coordinamento degli ambiti applicativi è insufficiente e idoneo a incentivare scelte opportunistiche di qualificazione contrattuale. Il centre of gravity test del VBER e l'ancillary test più permissivo del TTBER per clausole "non strettamente tecnologiche" determinano asimmetrie che possono consentire a schemi primariamente distributivi di presentarsi come trasferimento tecnologico. Sul piano de iure condendo, l'analisi suggerisce un rialzo del criterio TTBER verso un controllo sostanziale del baricentro dell'operazione, per preservare la neutralità del diritto della concorrenza rispetto a forme contrattuali equivalenti. In parallelo, l'allineamento terminologico già avviato nella proposta 2025 sulle nozioni di vendite attive

e passive dovrebbe estendersi alle nozioni di esclusività. La persistenza nel TTBER di una concezione di esclusività sostanzialmente unipersonale, a fronte dell'ammissione nel VBER di sistemi esclusivi con pluralità limitata di distributori, rischia di mantenere fuori dall'esenzione configurazioni oggi In secondo luogo, il rapporto TTBER/R&DBER non appare risolvibile mediante il solo criterio di priorità formale del R&DBER, poiché le divergenze riguardano presupposti sostanziali, a partire dalla qualificazione dei rapporti concorrenziali e dalla dimensione temporale della concorrenza potenziale. L'R&DBER tende a "orizzontalizzare" la concorrenza potenziale sul mercato della tecnologia e ad applicare finestre temporali che non coincidono con la logica delle TTG. Ne deriva un esito paradossale: la cooperazione a monte in R&S può risultare più vincolata, mentre accordi a valle di licensing su tecnologie già definite possono beneficiare di regole più permissive, pur incidendo più direttamente su mercati tecnologici e di prodotto. L'esigenza è dunque un'armonizzazione dei criteri per definire la concorrenza potenziale nei mercati della tecnologia, così da prevenire trattamenti disallineati per operazioni ibride R&S/licensing.

In terzo luogo, la dialettica tra TTG e HCG rivela una lacuna pratica: scambi informativi ricorrenti, governance dei flussi informativi e multilateralità organizzata non possono essere gestiti efficacemente mediante meri rinvii alle HCG. Il chiarimento introdotto nella proposta 2025 sull'applicabilità del paradigma delle restrizioni accessorie agli scambi informativi nelle licenze bilaterali è un passo utile, ma conferma che la valutazione ex art. 101 TFUE richiederà spesso un coordinamento esplicito con il Capitolo sugli scambi informativi delle HCG, oltre la stretta accessorietà. Ne discende l'opportunità che le TTG assumano un ruolo più ordinante nel guidare l'interprete, riducendo l'alea delle ricostruzioni caso per caso.

Un'attenzione specifica merita, infine, il capitolo sugli ecosistemi di standardizzazione e la proposta sezione TTG sui LNG. Il lavoro evidenzia che, per le licenze bilaterali di SEP, il TTBER è spesso destinato a operare in modo limitato per difficoltà strutturali connesse alle soglie e ai mercati tecnologici delineati attorno a tecnologie essenziali, con conseguente centralità delle TTG e dei presidi sostanziali in materia di licenze FRAND, pratiche leganti di SEP e non SEP e clausole risolutive a fronte di contestazione dei DPI licenziati. In questo contesto, la bozza di TTG del '25 sui LNG appare un innesto poco convincente: riproduce la grammatica delle HCG sugli acquisti congiunti senza chiarire adeguatamente le specificità antitrust della negoziazione collettiva di DPI, né fornire un valore aggiunto proporzionato al costo di duplicazione. Inoltre, la mancata

valorizzazione della vincolatività dell'accordo quadro tra LNG e licenziante, la tensione tra apertura del LNG e rischio di monopsonio oltre soglia, e un regime di favore fondato su condizioni eterogenee che non presidiano in modo lineare il potere d'acquisto, rischiano di indebolire l'efficacia e leggibilità dell'intervento.

Sul tema LNG si aprono così due prospettive de iure condendo. La prima è archiviare l'attuale bozza di TTG sui LNG e ricondurre i LNG nell'alveo degli accordi di acquisto disciplinati dalle HCG dove opera una grammatica analitica consolidata e già sperimentata nel caso ALNG, preservando semplificazione e coerenza regolatoria. La seconda è rivedere significativamente la bozza di TTG, predisponendo una disciplina realmente settoriale che, rinviando ai principi HCG, introduca garanzie puntuali per la negoziazione collettiva delle licenze tecnologiche, segnatamente contro l'hold-out in materia di standard industriali, calibrate sull'indispensabilità del LNG, sul potere di mercato dei suoi membri e sulle efficienze dimostrabili.

In conclusione, la riforma del TTBER in vista della scadenza del 30 aprile 2026 dovrebbe perseguire un obiettivo pragmatico: preservare l'effetto abilitante e la prevedibilità del regime, suoi principali valori aggiunti, mantenendo coerenza definitoria e continuità metodologica tra strumenti di esenzione e linee direttrici contigue. Un riallineamento selettivo con VBER e R&DBER, e un dialogo più esplicito con le HCG sui profili di cooperazione nelle licenze, ridurrebbero l'incertezza negli interstizi regolatori in cui si collocano le operazioni più innovative. In difetto, il rischio non è soltanto teorico: la frammentazione interna del diritto derivato può trasformarsi in un costo di compliance e in un fattore di frizione per la diffusione delle tecnologie nel mercato interno, con effetti controproducenti rispetto alla finalità concorrenziale e industriale che il TTBER è chiamato a servire.