

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

*XXV Ciclo del
Dottorato di ricerca in
Disciplina del mercato e della concorrenza nell'Unione europea*

UNA NUOVA FORMA DI ABUSO ESCLUDENTE: IL MARGIN SQUEEZE

Settore scientifico-disciplinare: Diritto dell'Unione europea (IUS/14)

DOTTORANDO
Antonello Schettino

COORDINATORE DEL COLLEGIO DEI DOCENTI
Chiar.mo Prof. Roberto Mastroianni
Università degli Studi di
Napoli Federico II

RELATORE
Chiar.mo Prof. Fabio Ferraro
Università degli Studi di
Napoli Federico II

ANNO ACCADEMICO 2012/2013

INDICE

INTRODUZIONE

1. **Obiettivo della ricerca: verifica della sostenibilità della teoria del *margin squeeze* quale violazione autonoma dell'art. 102 TFUE**
2. **Ambito di analisi: ricostruzione del metodo di valutazione del *margin squeeze***
 - 2.1. L'ascrivibilità del *margin squeeze* agli operatori dominanti nei settori regolati
 - 2.2. Comparazione tra gli orientamenti contenuti nel *Guidance Paper* ed i principi espressi dalla recente giurisprudenza UE
3. **Brevi cenni sull'inquadramento del *margin squeeze* nell'ordinamento antitrust statunitense**

CAPITOLO PRIMO

L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE NEL DIRITTO DELL'UNIONE

1. **Premessa**
2. **L'importanza e la complessità della definizione del mercato rilevante**
 - 2.1. Il mercato rilevante del prodotto
 - 2.1.1. La sostituibilità del prodotto dal lato della domanda
 - 2.1.2. La sostituibilità del prodotto dal lato dell'offerta
 - 2.1.3. Gli altri criteri applicati nella definizione del mercato del prodotto
 - 2.2. Il mercato geografico rilevante
 - 2.2.1. Le caratteristiche della domanda e dell'offerta
 - 2.2.2. Le caratteristiche del prodotto e del mercato
3. **La nozione di posizione dominante**
 - 3.1. La posizione di mercato dell'impresa dominante e dei suoi concorrenti
 - 3.2. Le barriere all'ingresso e all'espansione nel mercato rilevante
 - 3.3. Il potere degli acquirenti nel mercato
 - 3.4. I criteri di natura comportamentale
4. **La posizione dominante collettiva**
5. **La nozione di abuso e la *ratio* dell'art. 102 TFUE**
6. **Le diverse tipologie di abuso: pratiche abusive di sfruttamento e di esclusione**
 - 6.1. Le principali pratiche abusive di sfruttamento
 - 6.2. Le principali pratiche abusive di esclusione
 - 6.2.1. L'imposizione di prezzi predatori
 - 6.2.2. Il rifiuto a contrarre
7. **L'ambito di applicazione dell'art. 102 TFUE: le giustificazioni obiettive**
 - 7.1. Nozioni di parte sostanziale del mercato comune e di pregiudizio al commercio tra Stati membri

CAPITOLO SECONDO

LA MODERNIZZAZIONE DELL'ART. 102 TFUE

1. **Premessa**
2. **Il Documento di discussione della Commissione sull'applicazione dell'art. 102 TFUE alla categoria degli abusi escludenti**
3. **Il *Guidance Paper* della Commissione: considerazioni introduttive**
 - 3.1. *Ratio* e valore giuridico
4. **Gli elementi fondamentali dell'approccio generale: ridefinizione degli obiettivi dell'art. 102 TFUE e nuovo metodo d'analisi**
 - 4.1. Dominanza e potere di mercato
 - 4.2. La nozione di preclusione anticoncorrenziale
 - 4.3. Pratiche escludenti e politiche di prezzo: *l'as efficient competitor test*
 - 4.4. Eccezioni al modello di analisi degli effetti preclusivi
 - 4.5. Le giustificazioni di una condotta abusiva: necessità obiettiva ed *efficiency defence*
5. **Forme specifiche di abuso escludente: il *predatory pricing***
 - 5.1. Il rifiuto di contrarre "puro" e "de facto"
6. **Spunti critici e considerazioni conclusive sul *Guidance Paper***

CAPITOLO TERZO

LA DISCIPLINA DEL *MARGIN SQUEEZE*

1. **Premessa**
2. **Prassi della Commissione e giurisprudenza UE prima del *Guidance Paper***
3. **Il *margin squeeze* nel *Guidance Paper***
4. **L'affermazione dell'autonomia del *margin squeeze* da parte della Corte di Giustizia: sentenze *Deutsche Telekom* e *TeliaSonera***
 - 4.1. Gli elementi definatori: la non equità dello spread e la natura indispensabile del prodotto intermedio
 - 4.2. Standard degli effetti preclusivi ed il test del concorrente altrettanto efficiente
 - 4.3. L'irrilevanza della doppia dominanza
 - 4.4. L'ininfluenza della natura emergente dei mercati interessati
5. **Il confronto con le forme più contigue di abuso escludente basate sui prezzi**
 - 5.1. Le differenze con l'imposizione di prezzi eccessivi
 - 5.2. Le differenze con l'imposizione di prezzi predatori e con la pratica dei sussidi incrociati

CAPITOLO QUARTO

IL *MARGIN SQUEEZE* NELL'INTERAZIONE TRA REGOLAZIONE E CONCORRENZA

1. **Premessa**
2. **Regolazione e concorrenza: nozioni introduttive**
 - 2.1. Differenze strutturali e sovrapposizioni patologiche
 - 2.2. Brevi cenni sulle norme settoriali delle comunicazioni elettroniche: principi generali ed elementi definatori essenziali
 - 2.2.1. La direttiva accesso
3. **L'uso di un misura regolatoria come mezzo di difesa per l'impresa dominante: la *state action defence***
4. **L'imputabilità del *margin squeeze* nei settori regolamentati: la natura complementare del rapporto tra regolazione e concorrenza**
 - 4.1. Le *Telefónica exceptions*
 - 4.2. Le differenze con l'approccio americano: sentenze *Trinko* e *linkLine*

CONSIDERAZIONE CONCLUSIVE E PROSPETTIVE EVOLUTIVE

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

1. Obiettivo della ricerca: verifica della sostenibilità della teoria del *margin squeeze* quale violazione autonoma dell'art. 102 TFUE. - 2. Ambito di analisi: ricostruzione del metodo di valutazione del *margin squeeze*. - 2.1. L'ascrivibilità del *margin squeeze* agli operatori dominanti nei settori regolati. - 2.2. Comparazione tra gli orientamenti contenuti nel *Guidance Paper* ed i principi espressi dalla recente giurisprudenza UE. - 3. Brevi cenni sull'inquadramento del *margin squeeze* nell'ordinamento antitrust statunitense.

1. OBIETTIVO DELLA RICERCA: VERIFICA DELLA SOSTENIBILITÀ DELLA TEORIA DEL MARGIN SQUEEZE QUALE VIOLAZIONE AUTONOMA DELL'ART. 102 TFUE

Scopo della presente indagine è analizzare la disciplina di una peculiare forma di abuso escludente, consistente nella compressione dei margini tra prezzi e costi degli operatori presenti su un dato mercato da parte di un'impresa dominante (cd. *margin squeeze*), al fine di individuarne la giusta collocazione nell'ambito delle fattispecie sanzionate ai sensi dell'art. 102 TFUE.

Il *margin squeeze* è una pratica tariffaria abusiva che si configura qualora, in assenza di una giustificazione obiettiva, il divario tra il prezzo del bene intermedio fornito da un'impresa dominante verticalmente integrata sul mercato all'ingrosso alle imprese rivali ed il prezzo del bene finale offerto da tale operatore sul mercato al dettaglio sia negativo oppure insufficiente a coprire i costi specifici che l'impresa dominante deve sostenere per fornire le proprie prestazioni ai clienti finali. Un tale divario, infatti, non consente ai concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa dominante di competere con la stessa sul mercato al dettaglio, giacché essi sono costretti ad operare in perdita. Conseguentemente, il *margin squeeze* induce le imprese rivali ad abbandonare il mercato e, al contempo, ostacola l'accesso di nuovi entranti.

In via generale, il *margin squeeze* può essere discriminatorio, laddove l'impresa dominante fornisca il bene intermedio agli altri operatori a prezzi maggiori rispetto a quelli che detta impresa pratica alle proprie divisioni sul mercato a valle, ovvero predatorio, allorché l'impresa dominante ponga in essere delle strategie estremamente aggressive nei confronti degli altri

concorrenti, offrendo il bene finale a prezzi inferiori ai costi sostenuti dalle divisioni di detta impresa sul mercato a valle (cd. *price squeeze*) .

Il *margin squeeze* è una pratica abusiva di stretta attualità, essendo al centro di un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

La Corte di giustizia UE¹, infatti, si è recentemente pronunciata al riguardo², fornendo delle risposte ad una serie di questioni piuttosto controverse e, soprattutto, riconoscendo l'autonomia del *margin squeeze* nel novero degli abusi escludenti di cui all'art. 102 TFUE.

I giudici dell'Unione hanno assunto delle posizioni in netto contrasto con quanto affermato dalla dottrina antitrust maggioritaria³. Quest'ultima, ispirandosi in particolar modo ai principi propri del sistema e della giurisprudenza antitrust americana⁴, aveva messo in discussione la necessità e l'utilità di inquadrare il *margin squeeze* come un'infrazione autonoma ai sensi dell'art. 102 TFUE. In estrema sintesi, nella lettura di tali commentatori, il *margin squeeze* costituirebbe una fattispecie ultronea, essendo assorbita da altre forme di abuso escludente già riconosciute nel diritto antitrust dell'Unione, quali il rifiuto di contrarre ed il divieto di imporre prezzi predatori⁵.

¹ Per Corte di Giustizia UE s'intende sia la Corte di Giustizia che il Tribunale, così come stabilito dall'art. 19 TUE.

² CG, 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom c. Commissione*, Racc., 2010, p. I-9555; 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, Racc., 2011, p. I-527; nonché Trib, 29 marzo 2012, causa T-336/07, *Telefónica c. Commissione*, non ancora pubblicata nella Raccolta, avverso la quale l'incumbent spagnolo ha recentemente proposto appello (impugnazione proposta il 13 giugno 2012, Causa C-295/12 P, in GU 11 agosto 2012 C 243/10).

³ Cfr. R. PARDOLESI - G. FAELLA, «Squeezing price squeeze»: la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, pp. 29-62; D. GERARDIN - R. O'DONOGHUE, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2005, pp. 355-425; A. HEIMLER, *Is a margin squeeze an antitrust or a regulatory violation?*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2010, pp. 879-890; J.G. SIDAK, *Abolishing the Price Squeeze as a Theory of Antitrust Liability*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2008, pp. 279-309; R. O'DONOGHUE, *Regulating the Regulated: Deutsche Telekom v. European Commission*, in *GCP Magazine*, 2008, pp. 1-24; G. COLANGELO, *Il margin squeeze in Europa dopo Deutsche Telekom e TeliaSonera*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2011, pp. 367-378.

⁴ Si fa riferimento, in particolare, alle sentenze della Suprema Corte, *Pacific Bell Telephone Co., d/b/a AT&T California v. LinkLine Communications, Inc., Slip Opinion*, October Term 2008, e *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, Llp*, October term 2003.

⁵ Cfr. J.G. SIDAK, *Abolishing the Price Squeeze as a Theory of Antitrust Liability*, cit., pp. 306-309; W.J. BAUMOL et al., *Brief of Amici Curiae Professors and Scholars in Law and Economics in Support of Petitioners, Pacific Bell Tel Co v linkline Commc'ns, Inc.*, 2007.

Mette conto notare inoltre che l'affermazione della compressione dei margini quale abuso *stand alone* nell'ambito delle violazioni dell'art. 102 TFUE non sembra aver trovato pieno riscontro nel processo di modernizzazione che ha investito tale disposizione normativa. Ed infatti, nella Comunicazione che fornisce gli orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 102 TFUE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti (cd. "Guidance Paper")⁶, il *margin squeeze* appare essere considerato alla stregua di un rifiuto *de facto* a contrarre, atteso che l'abusività di tali pratiche escludenti discende dalla presenza delle medesime condizioni.

Peraltro, è stato altresì sostenuto che le criticità ascrivibili al *margin squeeze* sarebbero affrontate meglio a livello regolatorio, mediante l'applicazione dei rimedi (eventualmente) previsti dalle normative di settore europee e dalle speculari norme nazionali che le hanno recepite. Sicché, in presenza di un previo intervento delle Autorità nazionali di regolamentazione ("ANR") basato sulla pertinente normativa di settore e volto a censurare o meno gli effetti distorsivi generati dal *margin squeeze*, i giudici e le Autorità nazionali di concorrenza ("ANC") dovrebbero evitare di sovrapporre le proprie valutazioni a quelle già espresse dalle ANR⁷.

La questione di fondo di questo lavoro riguarderà, dunque, la sostenibilità (o meglio la plausibilità) del riconoscimento dell'autonomia del *margin squeeze* nel catalogo degli abusi escludenti di cui all'art. 102 TFUE: più specificamente, si analizzerà se i punti di contatto con le summenzionate pratiche escludenti (*id est* rifiuto di contrarre ed imposizione di prezzi predatori) ostacolano l'inserimento del *margin squeeze* in tale catalogo ovvero

⁶ Comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in GUUE n. C 45 24 febbraio 2009, pp. 7-20.

⁷ Cfr. F.E. GONZALEZ DIAZ - J. PADILLA, *The LinkLine Judgment - A European Perspective*, in *GCP Magazine*, 2009, pp. 2 ss., secondo i quali lo strumento della regolamentazione dei prezzi al dettaglio e delle tariffe all'ingrosso, nonché le sanzioni conseguenti alla violazione dei provvedimenti delle Autorità nazionali di regolamentazione, costituirebbero le soluzioni più opportune ed adeguate nei casi di *margin squeeze*.

se, considerate le peculiarità di tale forma di abuso, quest'ultima assuma un ruolo autonomo e complementare rispetto alle prime.

Altro nodo fondamentale da sciogliere consisterà nel verificare se consentendo all'azione antitrust di includere nel proprio ambito operativo l'accertamento dell'illegittimità del *margin squeeze*, anche in presenza di una normativa di settore, si corra o meno il rischio di minare gli equilibri (già incerti) tra regolamentazione e normativa antitrust, atteso che tale pratica tariffaria è una figura ibrida che si pone all'intersezione tra tali discipline.

Giova precisare sin d'ora che si farà un costante riferimento al mercato delle comunicazioni elettroniche per due ordini di motivi.

In primo luogo, il *margin squeeze* è una forma di abuso riscontrata soprattutto su tali mercati in ragione delle loro caratteristiche strutturali.

In secondo luogo, tale settore rappresenta una sorta di laboratorio per il consolidamento della disciplina antitrust, specie per quanto riguarda le condotte anticoncorrenziali mediante le quali le imprese dominanti mirano a rallentare o comunque ad ostacolare i procedimenti di liberalizzazione concernenti i mercati sui quali, in precedenza, esse detenevano delle posizioni monopolistiche. Infatti, come vedremo più diffusamente in seguito, ancorché le condotte sussumibili nella fattispecie del *margin squeeze* si siano registrate inizialmente su mercati diversi, è nel settore delle comunicazioni elettroniche che esse si sono concretizzate più frequentemente ed hanno dispiegato maggiori effetti anticoncorrenziali; ed è pertanto in tale ambito che si rinvengono i *leading cases* nei quali la Corte di giustizia UE ha potuto delineare i tratti essenziali del *margin squeeze*.

Chiarite le problematiche che saranno affrontate nella presente indagine, si rende opportuno illustrarne brevemente la struttura.

Il primo capitolo avrà carattere introduttivo: saranno forniti i concetti di base in relazione alla disciplina dell'abuso escludente nel diritto antitrust europeo. Il secondo capitolo verterà sulla modernizzazione di tale disciplina: sarà analizzata la summenzionata Comunicazione della Commissione sotto il profilo dell'approccio generale nell'applicazione dell'art. 102 TFUE e,

soprattutto, degli orientamenti elaborati rispetto al rifiuto a contrarre ed alle pratiche abusive basate sui prezzi, atteso che la compressione dei margini rientra in tale sottocategoria. Il terzo capitolo avrà ad oggetto la disciplina sostanziale del *margin squeeze* e, quindi, saranno declinati tutti i suoi elementi costitutivi, così come delineati dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia UE. Il quarto ed ultimo capitolo sarà invece dedicato alla trattazione dei rapporti tra regolazione di settore e disciplina antitrust, al fine di comprendere i criteri sottesi all'imputabilità del *margin squeeze* nei settori regolamentati.

2. AMBITO DI ANALISI: RICOSTRUZIONE DEL METODO DI VALUTAZIONE DEL MARGIN SQUEEZE

Tali battute introduttive sono di per sé sufficienti ad evidenziare che la risposta al quesito avente ad oggetto la sussistenza o meno di uno spazio per la teoria del *margin squeeze* nell'ambito della disciplina antitrust europea implica la ricostruzione della cornice analitica cui occorre far riferimento nell'accertamento dell'abusività di tale pratica tariffaria.

Tale ricostruzione consente di eseguire un confronto con i metodi di valutazione relativi alle pratiche abusive più affini al *margin squeeze* menzionate in precedenza.

In questo modo si avranno a disposizione tutti gli elementi necessari per verificare se questa fattispecie abusiva è ultronea ovvero interagisce con le altre pratiche escludenti svolgendo un ruolo complementare rispetto ad esse nel sistema antitrust UE.

Nell'economia di questa indagine, ci soffermeremo anzitutto sul legame sussistente tra rifiuto a contrarre e *margin squeeze*: sarà prestata particolare attenzione al requisito dell'indispensabilità per le imprese rivali del bene intermedio detenuto o controllato dall'impresa dominante, in quanto tale condizione costituisce una delle scriminanti principali tra tali pratiche escludenti.

Ulteriore raffronto essenziale ai fini della presente indagine è quello con la politica dei prezzi predatori, atteso che la compressione dei margini può determinarsi anche per effetto di strategie di predazione attuate dall'impresa dominante sul mercato a valle (cd. *prize squeeze*). Anche tale esercizio mira a verificare se le due pratiche si sovrappongono ovvero se l'una non esclude l'opportunità dell'altra.

2.1. L'ASCRIVIBILITÀ DEL MARGIN SQUEEZE AGLI OPERATORI DOMINANTI NEI SETTORI REGOLATI

Nella letteratura giuridica ed economica sono state revocate in dubbio l'ammissibilità e l'utilità di una teoria del *margin squeeze* fondata sulla disciplina antimonopolistica, specie nei comparti economici sottoposti ad una specifica regolamentazione di settore.

In particolare, è stato osservato che, se le tariffe praticate dall'impresa dominante nei mercati a monte e a valle non sono autonomamente incompatibili con le regole dettate dalla disciplina antitrust, il fatto che una compressione del differenziale tra tali tariffe renda difficile per gli operatori rivali competere nel mercato a valle non dovrebbe dar origine ad un illecito concorrenziale. In tali circostanze, considerato che i rimedi da approntare per far fronte agli effetti distorsivi conseguenti a tali pratiche tariffarie sono già previsti dalla normativa di settore, si potrebbe giustificare soltanto un eventuale intervento delle agenzie regolatorie. Spetterebbe a queste ultime decidere di intervenire o meno, attraverso l'adozione di misure pro-competitive basate sulla normativa di settore e volte a facilitare l'ingresso nel mercato di altri operatori nonché l'espansione di concorrenti minori già presenti sui mercati interessati. Tale approccio sarebbe altresì più coerente con il principio di sussidiarietà ed il principio del legittimo affidamento dei soggetti regolati, i quali dovrebbero essere posti al riparo da eventuali valutazioni divergenti delle Autorità antitrust (UE e nazionali) e delle ARN⁸.

⁸ Cfr. F.E. GONZALEZ DIAZ - J. PADILLA, *The LinkLine Judgment - A European Perspective*, cit., pp. 2 e ss.

In altri termini, la prevenzione delle strategie di *margin squeeze* si risolverebbe in un mero problema regolamentare, che dovrebbe essere affrontato e gestito dalle ANR mediante la regolamentazione di prezzi e tariffe nei settori industriali caratterizzati dall'imposizione di obblighi di fornitura a carico degli *incumbent*⁹. Ne conseguirebbe che, come già rilevato, i giudici e le ANC dovrebbero guardarsi dal sostituire il loro apprezzamento a quello delle ANR, poiché un intervento basato sulle norme antitrust finirebbe con l'interferire con le misure regolamentari in atto, fino a frustrarne gli effetti e, quindi, a violare i predetti principi di sussidiarietà e di legittimo affidamento¹⁰.

Inoltre, le notevoli difficoltà connesse alla verifica della possibilità di incamerare un livello sufficiente di profitto scongiurerebbero l'applicazione delle regole antitrust nei casi di compressione dei margini¹¹.

Tali considerazioni critiche rendono dunque indispensabile approfondire i criteri sottesi all'ascrivibilità del *margin squeeze* nei mercati soggetti ad una regolamentazione specifica, la cui applicazione è demandata alle ANR e che prevede degli appositi rimedi per far fronte agli effetti distorsivi eventualmente generati da tale pratica tariffaria su tali mercati.

La trattazione di tali criteri imporrà di svolgere una serie di riflessioni sulla complessa interazione tra disciplina antitrust e normativa di settore. Solo in tal modo si potranno comprendere appieno le ragioni e l'opportunità di sostenere una teoria antitrust del *margin squeeze* che va ad affiancare quella di stampo regolatorio.

Tale approfondimento è opportuno anche perché dalla prassi si evince che è soprattutto nei settori in cui vige una regolazione pro-concorrenziale che le imprese dominanti ricorrono alla strategia della compressione dei margini.

⁹ Cfr. J.G. SIDAK, *Abolishing the Price Squeeze as a Theory of Antitrust Liability*, cit., pp. 306-309; W.J. BAUMOL et al., *Brief of Amici Curiae Professors and Scholars in Law and Economics in Support of Petitioners, Pacific Bell Tel Co v linkline Commc'ns, Inc.*, 2007.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

2.2. COMPARAZIONE TRA GLI ORIENTAMENTI CONTENUTI NEL *GUIDANCE PAPER* ED I PRINCIPI ESPRESSI DALLA RECENTE GIURISPRUDENZA UE

Il riconoscimento dell'autonomia del *margin squeeze* da parte della Corte di giustizia UE è avvenuto a seguito dell'adozione del *Guidance Paper*, comunicazione mediante la quale la Commissione ha avviato il procedimento di modernizzazione dell'art. 102 TFUE. Infatti, nel *Guidance Paper* si rinvengono gli orientamenti della Commissione in merito alla futura applicazione dell'art. 102 TFUE: sono riportate delle indicazioni di carattere generale che riguardano tutte le forme di abuso escludente, nonché le metodologie di analisi concernenti le principali pratiche abusive.

L'obiettivo principale avuto di mira dalla Commissione è stato quello di permeare con strumenti e nozioni di stampo economico gli accertamenti antitrust, al fine di spostare il fuoco dell'analisi sull'impatto negativo delle condotte tenute dalle imprese dominanti sui mercati interessati e sulle eventuali efficienze generate dalle politiche implementate da tali operatori. Particolare attenzione è stata dedicata alle strategie abusive attuate mediante i prezzi, rispetto alle quali si riteneva che la Commissione e la Corte di giustizia UE adottassero un approccio eccessivamente formale.

In sostanza, si contestava il fatto che, con troppa frequenza, Commissione e giudici europei finissero per incentrare le proprie valutazioni su presupposti apodittici conseguenti all'uso eccessivo di *per se rules* anziché condurre un'approfondita disamina degli effetti anticoncorrenziali.

Considerato che il *margin squeeze* è una pratica tariffaria e che il *Guidance Paper* introduce dei criteri di valutazione che divergono, sotto alcuni aspetti, dalla giurisprudenza precedente, il confronto degli orientamenti presenti in tale atto di *soft law* con i principi recentemente sviluppati dai giudici europei costituisce un esercizio imprescindibile.

Tale comparazione assume rilievo non solo a livello teorico, ma anche e soprattutto a livello pratico. Non foss'altro perché, come noto, il potere di interpretare ed individuare la corretta applicazione del diritto europeo non

spetta alla Commissione bensì alla Corte di giustizia UE. E quindi l'interprete (sia esso l'ANC, il giudice nazionale, impresa dominante, operatore concorrente o consumatore) deve fare affidamento esclusivamente sulla giurisprudenza europea. Egualmente è a dirsi per la Commissione, la cui attività non può non essere conforme al *dictum* dei giudici europei.

La Commissione può tutt'al più proporre determinate cornici analitiche allorché essa adotti le proprie decisioni e comunicazioni, le quali entreranno a far parte dell'ordinamento antitrust europeo solo se avallate dalla Corte di giustizia UE.

In definitiva, il raffronto tra il *Guidance Paper* e le successive pronunce dei giudici europei si rivela necessario ai fini della comprensione dell'evoluzione della disciplina del *margin squeeze* e, più in generale, dell'abuso escludente, giacché consente di individuare l'impostazione corretta ed attuale da seguire negli accertamenti antitrust di tutte le forme che tale abuso può assumere nella prassi.

3. BREVI CENNI SULL'INQUADRAMENTO DEL MARGIN SQUEEZE NELL'ORDINAMENTO ANTITRUST STATUNITENSE

E' stato già rilevato che le critiche mosse dalla dottrina antitrust maggioritaria hanno trattato ispirazione dalla teoria del *margin squeeze* affermatasi nell'ordinamento statunitense secondo la quale tale pratica abusiva non è altro che un rifiuto costruttivo di contrarre. Per questo motivo, risulta essere quanto mai opportuna una sintetica trattazione delle posizioni che sono state assunte dai giudici americani. Ciò consentirà di comprendere come la diversa metodologia seguita nel sistema antitrust americano nella valutazione della compressione dei margini discenda anche e soprattutto da una serie di elementi e di principi che sono propri di tale ordinamento. E quindi la traslazione di tale modello di analisi nella disciplina antitrust europea del *margin squeeze*, implicitamente prospettata da gran parte della dottrina, potrebbe rivelarsi un'operazione evidentemente inopportuna sotto il profilo sistematico.

La prima pronuncia che si è registrata nell'ordinamento antitrust statunitense è la sentenza *Alcoa*, emessa dalla Corte d'appello per il Secondo circuito nel 1945¹². In tale causa, il *margin squeeze* è stato riconosciuto come illecito antitrust che viola il divieto di cui alla Sez. 2 dello *Sherman Act* allorché: l'impresa dominante dispone di un potere di monopolio nel mercato a monte, il prezzo su tale mercato è più elevato di quanto dovrebbe essere un prezzo equo e, al contempo, il prezzo a valle è tanto basso da precludere ai concorrenti che cerchino di fronteggiarlo la possibilità di incamerare profitti di sopravvivenza¹³.

L'assunto dal quale muoveva tale pronuncia era che lo *Sherman Act* mira a preservare, per il suo valore intrinseco e a dispetto di possibili oneri, un'organizzazione industriale articolata in unità di più piccole dimensioni¹⁴. Sennonché, l'evoluzione della teoria economica e gli sviluppi che hanno interessato il diritto antitrust statunitense hanno determinato il superamento di tale convinzione. Ed infatti, nella lettura della maggioranza delle Corti e dei commentatori, l'obiettivo principale della normativa antitrust è divenuto quello della protezione del benessere dei consumatori¹⁵; conseguentemente, i concetti di prezzo equo e profitto di sopravvivenza stridevano con questa nuova impostazione.

Nondimeno, la sentenza *Alcoa* continuò a rappresentare, ancora per molti anni, un punto di riferimento fondamentale per i giudici inferiori e le altre Corti federali d'appello¹⁶.

E' con la sentenza *Trinko* che vengono gettate le basi per una vera e propria svolta nel modo di intendere la disciplina del *margin squeeze* e,

¹² *United States v. Aluminium Co. of Am.*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

¹³ *Ivi*, p.ti 437-448.

¹⁴ V., in particolare, R. PARDOLESI - G. FAELLA, «Squeezing price squeeze»: la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario, cit., p. 35.

¹⁵ V., ex multis, R.H. BOOK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, 1978, p. 52; nonché R. POSNER, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago e London, University of Chicago Press, 1976, pp. 103, 196, 250, e 263,

¹⁶ V., inter alia, *City of Kirkwood v Union Elec Co.*, 671 F.2d 1173 (8th Cir. 1982); *City of Groton v Connecticut Light & Power Co*, 662 F. 2d 921 (2d Cir. 1981); *City of Mishawaka v. American Elec Power Co.*, 616 F. 2d 976 (7th Cir. 1980).

soprattutto, i rapporti tra regolazione e concorrenza¹⁷, ancorché tale pronuncia riguardasse il rifiuto a contrarre. Nel caso di specie, la Corte Suprema si è pronunciata in merito al ricorso alle regole antitrust per imporre obblighi di contrarre. Al riguardo, è stato adottato un approccio piuttosto restrittivo giacché degli obblighi siffatti sono stati considerati ammissibili soltanto entro limiti particolarmente stringenti. Più specificamente, la Corte Suprema ha statuito che il principio dell'autonomia contrattuale può essere limitato soltanto in via eccezionale, poiché sull'impresa dominante non grava l'onere di dover assicurare un livello minimo di assistenza nella fornitura di servizi ai propri concorrenti¹⁸. L'obbligo di condivisione delle fonti dalle quali gli operatori dominanti traggono dei vantaggi competitivi non trova, infatti, alcun riscontro nella disciplina antitrust. Sicché, in linea con i principi espressi nella sentenza *Aspen Skiing*¹⁹, è stato ritenuto che un obbligo di contrarre può essere imposto alla luce della normativa antitrust soltanto laddove sussista una pregressa relazione d'affari e l'impresa dominante modifichi i termini di detto rapporto in modo peggiorativo per i concorrenti.

L'estensione di tale logica alle politiche di prezzo di un'impresa dominante avrebbe potuto spingere i giudici americani a rigettare o, comunque, a dubitare della fondatezza delle istanze degli operatori concorrenti fondate su una presunta compressione dei margini, con la sola esclusione dei casi eccezionali di obbligo a contrarre imposti dalla disciplina antitrust prima menzionati²⁰.

Ed infatti, subito prima ed immediatamente dopo la sentenza *Trinko*, le Corti federali di appello hanno analizzato una serie di casi di *prize squeeze* nel settore delle comunicazioni elettroniche. Ad onta delle forti somiglianze nel quadro fattuale sotteso ai vari casi, i giudici americani sono arrivati a conclusioni configgenti in merito alla configurabilità di un illecito antitrust per

¹⁷ Cfr. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, (2004).

¹⁸ *Ivi*, p.to 410.

¹⁹ Cfr. *Aspen Skiing CO. v. Aspen Highlands Skiing CORP.*, 472 U.S. 585 (1985), No. 84-510.

²⁰ V. R. PARDOLESI - G. FAELLA, «Squeezing price squeeze»: la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario, cit., p. 36.

compressione dei margini in assenza di un obbligo di contrarre fondato sulla disciplina antimonopolistica²¹.

E' stata la causa *Linkline*²² ad offrire alla Corte Suprema l'occasione di far chiarezza sul punto al fine di comporre il contrasto delineatosi tra le Corti minori e, al contempo, di tornare sulla sentenza *Trinko* per fornire la propria interpretazione autentica dei principi espressi in tale pronuncia²³.

Dal punto di vista fattuale, nel caso di specie, la società *AT&T*, proprietaria delle infrastrutture necessarie per fornire i servizi di connessione internet veloce in California ed obbligata dalla *Federal Communications Commission* a fornire accesso alle sue *facilities* ad un prezzo non superiore a quello praticato da tale impresa nel mercato al dettaglio (come condizione per una recente concentrazione), era stata accusata di aver tentato di monopolizzare tale mercato, segnatamente, estendendo il potere detenuto sul mercato all'ingrosso su quello al dettaglio mediante una strategia di compressione dei margini.

In sostanza, la questione riguardava la strutturazione dei prezzi del monopolista che, in quanto controllore del cd. ultimo miglio, avrebbe intenzionalmente praticato delle tariffe elevate per l'accesso alle proprie infrastrutture e dei prezzi a valle molto contenuti, al fine di comprimere i margini di profitto degli operatori concorrenti e, conseguentemente, escludere o limitare significativamente la concorrenza.

²¹ Nel senso che una politica di compressione dei margini può violare la *Section 2* dello *Sherman Act* anche quando un monopolista verticalmente integrato non ha un obbligo di contrarre, v. *Covad Communications Company v BellSouth Corp*, 374 F. 3d 1044 (11th Cir. 2004); *LinkLine Commc'ns, Inc. v Cal, Inc.*, 503 F.3d 876, 882-883 (9th Cir. 2007); in senso contrario, v. *Covad Communications Company v Bell Atlantic Corp.*, 398 F. 3d 666 (D.C. Cir. 2005), per la quale non ha senso proibire una pratica di compressione dei margini quando il monopolista verticalmente integrato è libero di rifiutarsi di contrarre. La Corte d'Appello ha raggiunto conclusioni analoghe in *Cavalier Telephone, LLC v Verizon Virginia, Inc.*, 330 F.3d 176, 190 (4th Cir. 2003), che precede la sentenza *Trinko*.

²² Cfr. *Pacific Bell Telephone Co., d/b/a AT&T California v. LinkLine Communications, Inc.*, *Slip Opinion*, October Term 2008, disponibile sul sito Internet <http://www.supremecourt.gov/opinions/08pdf/07-512.pdf>.

²³ V., in tal senso, G. COLANGELO, *Antitrust e regolazione dopo Linkline*, in *Mercato concorrenza regole*, 2009, p. 375.

Tali operatori lamentavano che una strategia siffatta non aveva assicurato loro un margine di profitto giusto ed adeguato, rifacendosi, in tal modo, alla predetta sentenza *Alcoa*.

AT&T, dal canto suo, respingeva gli addebiti e, sulla base della sentenza *Trinko*, asseriva che l'obbligo a contrarre gravante su di essa non era di matrice antitrust ma regolatoria e, quindi, era libera di fissare termini e condizioni per l'accesso alla propria infrastruttura.

Sulla scorta di tali elementi fattuali, la Corte distrettuale e, successivamente, la Corte d'appello del Nono Circuito avevano ritenuto, invece, che il *margin squeeze* fosse una fattispecie estranea alla sentenza *Trinko* e, pertanto, tale pratica escludente potesse essere considerata come un illecito antitrust ai sensi della *Section 2* dello *Sherman Act*.

In riferimento ai principi di diritto espressi nella sentenza *Linkline*, tale pronuncia poggia, essenzialmente, su due pilastri argomentativi: uno di carattere sistematico, concernente l'individuazione dell'obiettivo finale del diritto della concorrenza e, conseguentemente, l'opportunità di qualificare il *margin squeeze* come autonoma fattispecie antitrust, considerata la stretta contiguità con il rifiuto a contrarre ed il *predatory pricing*; l'altro di carattere eminentemente istituzionale, attinente al tipo di rapporto che intercorre tra regolazione e concorrenza.

In tale ambito, per ragioni di comodità espositiva, verrà affrontata soltanto la prima tematica. La seconda sarà approfondita nell'ultimo capitolo.

Ebbene, nella sentenza in esame, la Corte Suprema ha condotto una duplice analisi con riferimento al *margin squeeze*.

Piuttosto che concentrarsi sull'entità del differenziale di prezzo originato sui due mercati, la Corte Suprema si è focalizzata dapprima sui prezzi fissati sul mercato a monte. E, allineandosi a quanto statuito nella sentenza *Trinko*, i giudici americani hanno affermato che un monopolista integrato, esente da obblighi di fornitura a livello *antitrust* sul mercato a monte, non è tenuto ad offrire termini e condizioni favorevoli ai propri concorrenti,

ben potendo tale operatore anche semplicemente rifiutare l'accesso alle imprese rivali senza incorrere in alcuna violazione.

Per quanto riguarda poi i prezzi praticati sul mercato a valle, la Corte Suprema ha applicato i principi enucleati nella causa *Brooke Group*²⁴, in virtù dei quali una politica dei prezzi è illecita ogniqualvolta questi ultimi sono inferiori ad una misura appropriata dei costi e vi sia il concreto pericolo che il convenuto sia in grado di recuperare le perdite causate dalle vendite sottocosto (cd. *recoupment*).

Ne consegue che, ad avviso della Corte Suprema, la liceità delle politiche di prezzo implementate nei mercati a monte e a valle rende del tutto inconferente la sussistenza di un differenziale tale da pregiudicare gli altri concorrenti²⁵. In buona sostanza, il *margin squeeze* piuttosto che essere considerato come forma di abuso *stand alone* è stato esaminato alla luce dei principi afferenti alle altre pratiche escludenti del rifiuto di contrarre e dell'imposizione di prezzi predatori.

²⁴ V. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

²⁵ V. *Linkline Commc'ns, Inc. v. SBC California, Inc.*, p.to 255.

CAPITOLO PRIMO

L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE NEL DIRITTO DELL'UNIONE

1. Premessa. - 2. L'importanza e la complessità della definizione del mercato rilevante. - 2.1. Il mercato rilevante del prodotto. - 2.1.1. La sostituibilità del prodotto dal lato della domanda - 2.1.2. La sostituibilità del prodotto dal lato dell'offerta. - 2.1.3. Gli altri criteri applicati nella definizione del mercato del prodotto. - 2.2. Il mercato geografico rilevante. - 2.2.1. Le caratteristiche della domanda e dell'offerta. - 2.2.2. Le caratteristiche del prodotto e del mercato. - 3. La nozione di posizione dominante - 3.1. La posizione di mercato dell'impresa dominante e dei suoi concorrenti - 3.2. Le barriere all'ingresso e all'espansione nel mercato rilevante. - 3.3. Il potere degli acquirenti nel mercato. - 3.4. I criteri di natura comportamentale. - 4. La posizione dominante collettiva. - 5. La nozione di abuso e la *ratio* dell'art. 102 TFUE. - 6. Le diverse tipologie di abuso: pratiche abusive di sfruttamento e di esclusione. - 6.1. Le principali pratiche abusive di sfruttamento. - 6.2. Le principali pratiche abusive di esclusione. - 6.2.1. L'imposizione di prezzi predatori. - 6.2.2. Il rifiuto a contrarre. - 7. L'ambito di applicazione dell'art. 102 TFUE: le giustificazioni obiettive. - 7.1 Nozioni di parte sostanziale del mercato comune e di pregiudizio al commercio tra Stati membri.

1. PREMESSA

Le imprese²⁶ operanti sul mercato mediante la fornitura di prodotti o servizi sono degli operatori economici che, per definizione, hanno come fine ultimo ed essenziale la massimizzazione dei profitti generati dalle proprie attività. Per questo motivo, tali imprese sono spinte ad accumulare un potere di mercato sempre maggiore, dal momento che il consolidamento ovvero l'aumento dello stesso risultano essere funzionali, in linea di principio, al conseguimento di guadagni più elevati.

La vigorosa competizione e la continua tensione delle imprese verso la realizzazione di tale obiettivo fanno sì che il processo concorrenziale sia contrassegnato da una positiva e costante dialettica fra la creazione e la distruzione del loro potere di mercato²⁷. Tale processo, di norma, arreca benefici alla collettività in termini di innovazione, di abbassamento dei prezzi e di aumento della qualità dei prodotti giacché sono tali fattori a consentire alle

²⁶ Il diritto della concorrenza presenta una nozione di impresa che travalica i confini di quella civilistica, atteso che non assumono rilevanza la sua forma giuridica, l'organizzazione interna o le finalità perseguite. Ciò che conta è la natura dell'attività posta in essere da un determinato soggetto. Ed infatti, secondo una costante giurisprudenza dell'Unione, nell'ambito del diritto antitrust la nozione di impresa abbraccia «qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico del detto soggetto e dalle sue modalità di finanziamento» (v., *ex multis*, CG, 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters e a.*, Racc., 2002, p. I-1577, p.to 46).

²⁷ Cfr. P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 153.

imprese l'erosione delle quote di mercato degli altri competitori. Nondimeno, le dinamiche competitive possono altresì degenerare verso forme patologiche, nella misura in cui una o più imprese, animate dall'intento di monopolizzare il mercato per realizzare maggiori profitti, pongono in essere delle condotte tali da estromettere gli altri concorrenti da tale mercato. Del pari, un'impresa titolare di un significativo potere di mercato, che gli assicura una certa autonomia rispetto alle reazioni degli altri operatori, potrebbe abusarne, mediante l'imposizione di prezzi eccessivamente elevati o di condizioni contrattuali oltremodo sfavorevoli. In entrambi i casi, ne conseguirebbe un'alterazione della struttura concorrenziale dei mercati interessati da siffatte condotte e, quindi, un inevitabile pregiudizio per i consumatori. Si rende pertanto necessaria una disciplina volta a precludere ed a reprimere l'adozione di tali comportamenti. E' proprio in questo contesto che si viene a collocare l'art. 102 TFUE, contenente la disciplina delle fattispecie di abuso di posizione dominante, ai sensi del quale "*È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo*".

Tra gli abusi di posizione dominante vietati dalla predetta disposizione, che prevede un elenco non esaustivo delle condotte illecite suscettibili di violare il divieto in essa contenuto, va incluso il *margin squeeze*. La piena comprensione di tale forma di abuso impone, dunque, la disamina degli aspetti fondamentali dell'art. 102 TFUE e, soprattutto, delle caratteristiche che connotano gli accertamenti condotti ai sensi di tale disposto normativo.

In questo capitolo avente funzione introduttiva, sarà delineato, in termini generali, il divieto di abuso di posizione dominante nei suoi elementi costitutivi²⁸. Nello specifico, si procederà in conformità alle varie fasi in cui si snoda l'accertamento dell'eventuale natura abusiva delle condotte di un'impresa dominante. Saranno pertanto esaminati, anzitutto, il mercato

²⁸ La disamina degli elementi costitutivi dell'art. 102 TFUE consentirà altresì di cogliere gli aspetti innovativi introdotti mediante il procedimento di modernizzazione della disciplina degli abusi escludenti, cui sarà consacrato il secondo capitolo.

rilevante e la metodologia impiegata per la definizione dello stesso. In seguito, si affronterà la nozione di dominanza, fornendo i criteri e gli indici in base ai quali essa viene identificata. Sulla base di tali concetti si passeranno, poi, brevemente in rassegna le principali forme di abuso. Al riguardo, giova sin d'ora precisare che sarà prestata particolare attenzione al rifiuto a contrarre ed all'imposizione dei prezzi predatori (cd. *predatory pricing*), in ragione della contiguità di tali pratiche abusive rispetto alla compressione dei margini. In tale contesto, saranno trattate, inoltre, le giustificazioni che possono essere adottate dalle imprese dominanti a sostegno della legittimità delle proprie condotte, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 101, paragrafo 3, TFUE. Infine, saranno esaminate le nozioni di parte sostanziale del mercato comune e di pregiudizio al commercio tra Stati membri, le quali contribuiscono a definire l'ambito di applicazione dell'art. 102 TFUE.

2. L'IMPORTANZA E LA COMPLESSITÀ DELLA DEFINIZIONE DEL MERCATO RILEVANTE

Il mercato rilevante è il primo elemento da considerare in presenza di una sospetta violazione delle regole antitrust²⁹. Esso è da intendersi come l'ambito entro cui verificare gli effetti di una presunta condotta anticompetitiva³⁰. Si tratta di un'analisi non fine a se stessa, bensì preordinata ad agevolare gli accertamenti condotti in ambito antitrust³¹: il mercato rilevante consente di individuare il perimetro dell'area nei cui confini è possibile, tenendo in debito conto le esistenti opportunità di sostituzione, la creazione di un significativo potere di mercato in capo ad una o più imprese. In altri termini, al fine di determinare l'esistenza e l'entità di tale potere, è

²⁹ V. M. MONTI, *Market definition as a Cornerstone of EU Competition Policy*, in *Workshop on market definition, Compilation of Papers, The 4th Nordic Competition Policy Conference Helsinki*, Finlandia, (Speech/01/439 del 5 ottobre 2011), p. 17; nonché G. BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, in *Temi e Problemi*, a cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 1995.

³⁰ Sul punto v. anche C. ABUDINO, *Definizione del mercato rilevante ed applicazione del diritto comunitario antitrust: la comunicazione della Commissione*, in *Contratto e Impresa - Europa*, 1998, p. 524.

³¹ Cfr. S. BISHOP - M. WALKER, *The Economics of the EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, 2010, par. 4-002.

necessario delimitare lo scenario competitivo, sia merceologico che geografico, all'interno del quale l'impresa in questione si misura con i suoi concorrenti diretti ed attuali. Questi ultimi, infatti, rappresentano dei vincoli concorrenziali in grado di condizionare le strategie di tale impresa.

La definizione del mercato rilevante assume, dunque, un ruolo di fondamentale importanza nell'*enforcement* degli artt. 101 e 102 TFUE nonché in materia di concentrazioni³². Invero, tale definizione svolge una funzione essenziale anche in ambito regolatorio, giacché lo studio e l'identificazione dei vari segmenti di mercato sono alla base della regolamentazione di settore che, come noto, è informata ai principi antitrust³³. In estrema sintesi, tale identificazione mira ad individuare gli operatori dotati di significativo potere di mercato e, al contempo, a verificare se il mercato di riferimento è effettivamente concorrenziale o necessita di alcune misure e rimedi volti ad assicurare un regime di effettiva concorrenza³⁴.

Quanto alla genesi della nozione in parola, va rilevato che il diritto dell'Unione non prevedeva alcuna esplicita previsione normativa. I primi riferimenti si rinvergono nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE³⁵. E'

³² In tale ambito, infatti, «[l']*adeguata definizione del mercato rilevante è una condizione necessaria e previa ad ogni valutazione relativa all'impatto concorrenziale di un'operazione di concentrazione*», cfr. CG, 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, *SCPA e EMC*, Racc., 1998, p. I-1375.

³³ Si pensi, ad esempio, al settore delle comunicazioni elettroniche, rispetto al quale, per ulteriori approfondimenti sulla definizione del mercato rilevante in ambito regolatorio; v. M. SIRAGUSA - M. D'OSTUNI - F. MARINI BALESTRA, *I mercati rilevanti dei prodotti e servizi e la regolazione ex ante*, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche* (a cura di) F. BASSAN, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 169-203. La disciplina di tale settore sarà esaminata sinteticamente nel corso del quarto capitolo, dedicato allo studio dei rapporti tra regolazione e concorrenza.

³⁴ Ciò spiega perché, in taluni casi, la normativa di settore può essere d'ausilio nella delimitazione dei contorni merceologici di un mercato, senza comportare alcuna aporia sistematica in ragione della matrice comune della disciplina antitrust e di quella regolamentare. Tuttavia, le peculiarità che contrassegnano la definizione del mercato rilevante in ambito regolatorio, nonché il perseguimento di obiettivi diversi ed ulteriori rispetto alla promozione della concorrenza cui essa tende, suggeriscono di evitare mere proiezioni delle valutazioni regolatorie nelle analisi antitrust.

³⁵ V. CG, 21 febbraio 1973, causa C-6/72, *Continental Can c. Commissione*, Racc., 1973, p. 215, p.to 32: «*ai fini della valutazione [...] della posizione dominante [...] ha importanza essenziale la delimitazione del mercato di cui trattasi, poiché le possibilità di concorrenza non possono essere valutate se non in funzione delle caratteristiche dei prodotti di cui trattasi, grazie alle quali detti prodotti sarebbero particolarmente atti a soddisfare bisogni costanti e non sarebbero facilmente intercambiabili con altri prodotti*»; nonché Trib, 10 marzo 1992, cause riunite T-68/89, T-77/89 e T-78/89, *Società Italiana Vetro e a. c. Commissione*, Racc., 1992, p. II-1403, p.to 159, ove esso ha ritenuto che: «*la*

seguita, poi, l'adozione del Formulario CO³⁶ in materia di concentrazioni, nonché di un'apposita Comunicazione della Commissione applicabile a tutti i settori antitrust³⁷. Quest'ultima, da un lato, ha fornito le indicazioni sul modo in cui la Commissione intende il concetto di mercato rilevante - del prodotto e geografico - in sede di applicazione del diritto antitrust; e, dall'altro, ha realizzato una modernizzazione dell'approccio seguito fino ad allora, mediante l'introduzione di principi di stampo economico. Tale Comunicazione è stata accolta con largo consenso, anche perché avrebbe dovuto assicurare una maggiore trasparenza e prevedibilità per gli operatori di mercato. Infatti, ancorché si tratti di un atto di *soft-law*, privo di forza legislativa vincolante, la Commissione non potrebbe, in linea di principio, disattendere le statuizioni ivi contenute³⁸ che, in buona sostanza, riflettono, la prassi elaborata sul punto.

Sicché, nell'economia degli accertamenti condotti in applicazione del diritto antitrust, l'identificazione del mercato rilevante³⁹ è uno strumento essenziale per definire i rapporti di concorrenza tra le imprese e per analizzare gli effetti concreti dei loro comportamenti sul regime concorrenziale dei mercati interessati⁴⁰.

definizione adeguata del mercato di cui trattasi sia una condizione necessaria e preliminare a qualsiasi giudizio su un comportamento assertivamente anticoncorrenziale».

³⁶ Il Formulario CO relativo alle notifiche delle operazioni di concentrazione pubblicato più volte - nel 1990, nel 1994 e nel 1998 - in vigenza del Reg. 4064/89, è stato sostituito da quello in allegato al Reg. n. 802/2004 della Commissione del 7 aprile 2004 di esecuzione del Regolamento n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in GUUE 30 aprile 2004, L 133, pp. 1 ss.

³⁷ Cfr. *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in GUCE 9 dicembre 1997, C 372/5.

³⁸ V. CG, 28 giugno 2005, Cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, *Dansk Rørindustri A/S e a. c. Commissione*, Racc., 2005, p. I-05425, p.ti 209-211; e 18 maggio 2006, Causa C-397/03 P, *Archer Daniels Midland Co. c. Commissione*, Racc., 2006, p. I-04429; nonché H.C.H. HOFMAN, *Negotiated and Non-Negotiated Administrative Rule-making: the Example Of EC Competition Policy*, in *Common Market Law Review*, 2006, pp. 153-178.

³⁹ E' opportuno precisare che per mercato rilevante s'intende quello in cui una determinata impresa detiene una posizione di dominanza e non il mercato ove si registra l'abuso di detta posizione. Infatti, ancorché nella maggior parte dei casi gli effetti delle condotte abusive si producano nel mercato ove l'impresa è in posizione dominante, vi sono altresì ipotesi in cui tali effetti si riscontrano su altri mercati collegati ovvero non dominati dalla medesima impresa. L'obiettivo è di tutelare la posizione di dominanza ovvero di estendere la stessa ad altri mercati; cfr. I. VAN BAEL - J.F. BELLIS, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 146.

⁴⁰ Si tratta, allora, giova ribadirlo, di una disamina preliminare ed essenziale alla correttezza degli accertamenti condotti in ambito antitrust (cfr. R.WHISH - D.BAILEY, *Competition Law*,

Peraltro, i criteri utilizzati per lo studio e la definizione del mercato rilevante possono condurre a risultati differenti, in ragione della natura della condotta o dell'operazione oggetto di scrutinio⁴¹.

Più specificamente, il mercato rilevante può essere delimitato in modo diverso allorché si tratti di valutare gli effetti di una concentrazione ovvero l'asserito sfruttamento di una posizione dominante. Nel primo caso, si esegue un'analisi delle prospettive future, avente quindi un valore prognostico e speculativo. Di contro, negli accertamenti condotti *ex art.* 102 TFUE, l'indagine verte su condotte che si sono già realizzate sul mercato rilevante e, dunque, si può contare su dati storici e maggiormente dettagliati, tali da assicurare una valutazione evidentemente più precipua⁴². L'operazione in esame è parimenti fondamentale nell'applicazione dell'art. 101 TFUE. La precisa delimitazione del mercato in cui si realizza un'intesa e, quindi, l'esatta quantificazione delle quote di mercato detenute dalle parti, è essenziale per stabilire se l'intesa rientri nell'ambito applicativo dell'art. 101, paragrafo 1, TFUE⁴³ ovvero possa

Oxford University Press, 2012, p. 27; nonché Comunicazione sul mercato rilevante, p.to 2). Ed infatti, una definizione di mercato rilevante troppo ristretta potrebbe condurre a censurare comportamenti legittimi o addirittura pro-competitivi in un mercato più ampio (approccio spesso seguito dalla Commissione). Del pari, una definizione troppo estesa potrebbe indurre a considerare non abusive alcune condotte che, invece, sarebbero in contrasto con le norme antitrust in un contesto concorrenziale più ristretto (impostazione normalmente proposta dalle imprese interessate).

⁴¹ Sulla base di tale assunto, alcuni autori hanno sostenuto che la Comunicazione sul mercato rilevante sarebbe più adatta alle indagini nei casi di concentrazioni. V. T. HOEHN – C. NEWTON, *Notice on market definition fails to assess dominance*, in *Global Competition Review*, 1998, pp. 33-34.

⁴² V. CG, 11 dicembre 1980, Causa C-31/80, *L'Oréal c. PVBA*, Racc., 1980, p. 3775, p.ti 25-26. Conseguentemente, il diverso orizzonte temporale preso in considerazione in ciascun caso può condurre a risultati divergenti per quanto concerne la definizione dei mercati interessati, a seconda che si analizzi un mutamento della struttura dell'offerta risultante da una concentrazione oppure questioni afferenti ad un determinato comportamento del passato (cfr. Comunicazione sul mercato rilevante, p.to 12).

⁴³ *Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea ("Comunicazione de minimis")*, in GUCE C 368 22 dicembre 2001, pp. 13-15.

beneficiare dell'esenzione prevista dagli appositi regolamenti di categoria⁴⁴ o dell'esenzione individuale *ex art. 101*, paragrafo 3, TFUE⁴⁵.

Prima di procedere ad un'analisi più approfondita del mercato rilevante, è opportuno precisare sin d'ora che tale accertamento presenta una natura duplice: assume rilevanza, da un lato, il mercato rilevante del prodotto, vale a dire l'individuazione dei beni e servizi offerti dall'impresa interessata e degli altri beni che risultano essere in concorrenza con i primi; e, dall'altro, la dimensione geografica del mercato rilevante, ossia l'area in cui determinate imprese si pongono un rapporto di concorrenzialità⁴⁶.

2.1. IL MERCATO RILEVANTE DEL PRODOTTO

La sopraccitata comunicazione della Commissione prevede che il mercato rilevante del prodotto comprende *"tutti i prodotti e/o servizi che sono intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso cui sono destinati"*⁴⁷.

Il punto di partenza dell'analisi - e, al contempo, il nodo cruciale da sciogliere - è quindi la sostituibilità di un bene sul versante della domanda⁴⁸.

Le relazioni di sostituibilità consentono di misurare la tendenza dei clienti (siano essi rivenditori - eventualmente concorrenti nel mercato a valle -

⁴⁴ Si fa riferimento ai seguenti atti normativi: Reg. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010, in GU L 102 del 23 aprile 2010, pp. 01-07; Reg. n. 461/2010 della Commissione del 27 maggio 2010, in GU L 129 del 28 maggio 2010, pp. 52-57; Reg. n. 1218/2010 della Commissione del 14 dicembre 2010, in GU L 335 del 18 dicembre 2010, pp. 43-47; Reg. n. 1217/2010 della Commissione del 14 dicembre 2010 in GU L 335 del 18 dicembre 2010, pp. 36-42.

⁴⁵ L'adozione del Reg. n. 1/2003 (Reg. n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, in GU L 1 del 4.1.2003, pp. 1-25) ha attribuito, poi, ancora maggiore importanza alla definizione in parola, atteso che, a seguito dell'abolizione del sistema di notificazione preventiva delle intese, le imprese sono chiamate ad autovalutare la compatibilità concorrenziale delle stesse.

⁴⁶ Esulano invece dalla definizione del mercato rilevante le pressioni competitive derivanti dalla concorrenza potenziale, dal momento che, come si vedrà più diffusamente in seguito, essa rappresenta una forma più attenuata di sostituibilità dal lato dell'offerta (cfr. P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., p. 34). Pertanto, tale fattore sarà preso in considerazione nella fase successiva, avente ad oggetto la valutazione del potere di mercato attribuibile all'impresa o alle imprese di cui si analizza la condotta ai sensi della normativa antitrust (cfr. Comunicazione sul mercato rilevante, p.to 14).

⁴⁷ *Ivi*, p.to 7.

⁴⁸ *Ivi*, p.ti 15-19.

o consumatori finali) a sostituire il bene di riferimento con un altro bene poiché considerato un adeguato succedaneo⁴⁹.

Invero, la sostituibilità del prodotto è un concetto impiegato anche nelle disamine concernenti l'offerta e, quindi, il grado di intercambiabilità dei prodotti dal punto di vista del produttore: si misura la capacità di un'impresa, che commercializza prodotti\servizi assimilabili al bene interessato, di adattare la propria strategia di mercato e le strutture di cui essa dispone, al fine di offrire tale bene in presenza di condizioni di mercato che suggeriscano tale mutamento. Sicché se un'impresa è in grado di mutare la propria produzione in modo da fornire un bene diverso da quello già commercializzato, senza troppe difficoltà ed in tempi ragionevoli, è possibile includere tali beni nel medesimo mercato rilevante del prodotto.

Nondimeno, viene comunque operata una sorta di gerarchizzazione tra i predetti criteri, a seconda dell'importanza rivestita nell'economia della definizione del mercato rilevante. La sostituibilità sul versante della domanda costituisce il criterio principale nella metodologia proposta e seguita dalla Commissione. Essa è un fattore più immediato ed efficace, in grado di condizionare i fornitori di un determinato prodotto, specie in ordine alle loro decisioni in materia di prezzo⁵⁰. Di contro, la sostituibilità sul versante dell'offerta, di norma, è un parametro più difficile da applicare e produce un impatto meno diretto sulla delimitazione del mercato rilevante. Per tale motivo, tale parametro è preso in considerazione solo se, e nella misura in cui, l'impatto sia talmente immediato ed efficace da essere equiparabile a quello relativo alla sostituibilità sul versante della domanda⁵¹.

⁴⁹ Sicché il rapporto di sostituibilità tra due beni genera delle pressioni concorrenziali sui produttori degli stessi, in quanto il bene succedaneo è una via di fuga per i clienti nel momento in cui il prezzo del bene di riferimento raggiunge livelli sovra-competitivi.

⁵⁰ *Ivi*, p.to 13.

⁵¹ *Ivi*, p.ti 20-23. Non va sottaciuto inoltre che tale criterio, in linea di principio, acquista maggiore rilevanza nella fase successiva, ossia quella in cui si valuta l'impatto delle presunte condotte abusive sugli assetti concorrenziali dei mercati rilevanti (cfr. *Ivi*, p.to 14, nonché, nella giurisprudenza dell'Unione, v. CG, Causa C-27/76, *United Brands c. Commissione*, p.to 32; causa C-6/72, *Continental Can c. Commissione*, p.to 32; causa C-85/76, *Hoffman-La Roche c. Commissione*, p. ti 25-30; Causa C-322/81, *Michelin c. Commissione*, p.to 37).

2.1.1. LA SOSTITUIBILITÀ DEL PRODOTTO DAL LATO DELLA DOMANDA

Come visto, le valutazioni concernenti la sostituibilità del prodotto dal lato della domanda sono basate sulle percezioni dei consumatori rispetto ad un determinato bene. In altri termini, si considera quali sono i prodotti o servizi che siano fungibili o sostituibili dall'angolo visuale del consumatore: due beni appartengono a mercati diversi se non sono sufficientemente intercambiabili; viceversa, essi dovranno essere inclusi nel medesimo mercato rilevante.

Tale esercizio implica la selezione dei parametri in base ai quali esaminare il comportamento e le preferenze del consumatore. La Comunicazione sul mercato rilevante fa riferimento alle caratteristiche, al prezzo ed alla funzione d'uso dei prodotti o servizi rilevanti⁵².

Dal punto di vista empirico, la funzione d'uso rappresenta un elemento fondamentale nella verifica della fungibilità di due prodotti sul versante della domanda, giacché il riscontro di impieghi diversi di tali prodotti dovrebbe implicare l'assenza di sostituibilità⁵³. Tuttavia, tale criterio deve essere coniugata con la specificità delle caratteristiche del bene interessato poiché anch'esse sono in grado di incidere sul livello di sostituibilità⁵⁴.

Tali elementi, però, non esauriscono l'attività di verifica. Secondo la Comunicazione sul mercato rilevante, la medesimezza o la somiglianza delle caratteristiche di due o più beni ovvero la comparabilità dei bisogni o delle esigenze tipiche che spingono verso il loro acquisto non costituiscono criteri esaustivi per definire in modo compiuto il mercato del prodotto rilevante⁵⁵. Pertanto, si deve tener conto di altri fattori. Tra questi, il prezzo rappresenta

⁵² In sostanza, occorre verificare se essi presentano delle qualità tali da soddisfare le medesime esigenze ed essere quindi delle valide alternative bene di riferimento.

⁵³ V., ad esempio, nel settore farmaceutico, Commissione, 26 aprile 2004, Caso COMP/M.3354, *Sanofi/Aventis*; 15 giugno 2005, COMP/A.37.507, *Astra/Zeneca*. Nel medesimo senso, nel settore dei trasporti, Commissione, 11 novembre 2004, COMP/M.3280, *Air France/KLM*; 21 settembre 1994, COMP/IV/34.600; 21 settembre 1994, COMP/IV/34.600, *European Night Service*.

⁵⁴ V. Commissione, 10 marzo 1998, COMP/N.1086, *GS/Promodes*; 29 settembre 1999, COMP/M.1383, *Exxon/Mobil*; 22 giugno 2005, COMP/A.39.116/B2, *Coca-Cola*; 11 marzo 1998, Casi IV/34.073, *Van den Bergh*.

⁵⁵ Comunicazione sul mercato rilevante, p.to 36.

l'elemento chiave nella delimitazione del mercato rilevante⁵⁶. In primo luogo perché esso indica il grado di omogeneità di mercati sotto il profilo delle condizioni concorrenziali: se per prodotti simili o affini si registrano sostanziali differenze di prezzo, ciò significa che per i consumatori essi non sono diretti sostituti, essendo ben disposti a pagare prezzi sostanzialmente diversi per l'acquisto di tali prodotti⁵⁷. In secondo luogo perché, così come stabilito dalla sopraccitata Comunicazione, ai fini operativi e pratici, nella definizione del mercato rilevante dal lato del prodotto, si deve porre l'accento sui mutamenti della domanda conseguenti alle variazioni di prezzo⁵⁸.

Lo studio dell'andamento della domanda rispetto al prezzo è incentrato su test econometrici, tra i quali riveste particolare rilevanza - soprattutto per la frequenza con la quale si riscontra nella prassi della Commissione - il cd. test del monopolista ipotetico, noto anche come *SSNIP test* (acronimo inglese di "*Small but Significant Non-transitory Increase in Price*")⁵⁹.

Tale verifica consente di misurare l'intensità della sostituibilità sul versante della domanda, sulla base della reazione dei consumatori ad un ipotetico, piccolo ma significativo e durevole incremento del prezzo di un dato bene, con ciò intendendo, convenzionalmente, un aumento che oscilla tra il 5 ed il 10% su un orizzonte temporale di un anno⁶⁰. In altri termini, viene utilizzato lo strumento econometrico della cd. elasticità incrociata della domanda: la portata dello *switch* della domanda da un bene ad un altro conseguente a tale aumento mette in condizioni di apprezzare in che termini, e

⁵⁶ Cfr. M. MOTTA- M. POLO, *Antitrust, Economia e politica della concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 96-97.

⁵⁷ V. Trib, 30 gennaio 2007, Causa T-340/03, *France Télécom c. Commissione*, Racc., 2007, p. II-107, confermata da CG, 2 aprile 2009, Causa C-202/07, *France Télécom c. Commissione*, Racc., 2009, p. I-2369.

⁵⁸ Comunicazione sul mercato rilevante, p.to 15.

⁵⁹ *Ivi*, p.to 17. La Commissione, quindi, ha mutuato la metodologia seguita nell'ordinamento antitrust statunitense, atteso che sono stati il *Department of Justice* e la *Federal Trade Commission* a far riferimento allo *SSNIP test* per valutare le concentrazioni di tipo orizzontale. Infatti, tale test si rinviene nelle *Horizontal Merger Guidelines* adottate nel 1992 e sostituite dalle *Guidelines* del 2010, disponibili al seguente indirizzo Internet: www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html. V., al riguardo, C. SHAPIRO, *The Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years*, in *Antitrust Law Journal*, 2010.

⁶⁰ Comunicazione sul mercato rilevante, p. to 6.

fino a che punto, l'eventuale innalzamento dei prezzi sarà profittevole per l'impresa interessata⁶¹. Più specificamente, se l'incremento incide in maniera negativa su tale impresa, il bene da essa offerto sarà, presumibilmente, in regime concorrenziale con il prodotto o servizio verso il quale viene dirottata la domanda. Pertanto, esso sarà da includere nel mercato rilevante del prodotto. L'esercizio in questione viene ripetuto sino a quando si riscontri che l'innalzamento del prezzo dei beni ricompresi nel paniere così delineato generi dei profitti, in ragione dell'assenza di beni succedanei nell'ottica del consumatore. Sicché, il profitto realizzato rispetto a determinati beni segnerebbe il confine dell'area di mercato rilevante, dalla quale dovrebbero essere estromessi quei prodotti o servizi che, non essendo sufficientemente intercambiabili con i primi, rendono redditizio l'aumento dei loro prezzi⁶².

Nell'ambito di tale analisi, devono essere considerati anche altri parametri, quali i costi sopportati dai consumatori per passare da un prodotto ad un altro e, soprattutto, l'arco temporale in cui si concretizza lo *switch*. Quest'ultimo deve avvenire in tempi sufficientemente brevi, altrimenti si diminuirebbe la sua efficacia deterrente⁶³.

L'ultima questione da affrontare concerne il prezzo di riferimento per l'applicazione dello *SSNIP test*. Al riguardo, occorre procedere con particolare prudenza, specie negli accertamenti condotti *ex art.* 102 TFUE. Il rischio è di sottovalutare il grado di concorrenza del mercato considerato. Qualora le pressioni concorrenziali siano inconsistenti, il prezzo di riferimento potrebbe essersi già assestato ad un livello monopolistico. Conseguentemente, l'incremento di tale prezzo potrebbe determinare lo spostamento della

⁶¹ G. BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, in *Temi e Problemi*, a cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Roma, 1995, pp. 51-56.

⁶² L'esempio classico è il seguente: se il prezzo del bene A aumenta in maniera costante del 5%, in che misura i consumatori vireranno le loro preferenze verso il bene B? Se il numero dei consumatori che passano ad acquistare il bene B è tale da rendere l'incremento del prezzo del bene A non redditizio per effetto del calo delle vendite che ne conseguirebbe, allora, secondo lo *SSNIP test*, il bene A ed il bene B appartengono allo stesso mercato rilevante del prodotto. Questo procedimento viene ripetuto sino ad ottenere un mercato tale per cui un incremento lieve ma significativo di carattere permanente del prezzo risulti finalmente profittevole. V., in tal senso, I. VAN BAEL – J.F. BELLIS, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, op. cit., p. 151.

⁶³ Cfr. R. WHISH – D. BAILEY, *Competition Law*, cit., p. 31; nonché S. BISHOP, *Market definition: Principles and Fallacies*, in *The Use of Economics in EC Competition Law*, Bruxelles, 2001, p. 11.

domanda verso altri beni, più per l'insofferenza dei consumatori che per il tasso di sostituibilità dei prodotti o servizi interessati. A fronte di un simile scenario, lo *SSNIP test* potrebbe generare una percezione errata del potere di mercato e, in un certo qual modo, annacquare il rapporto di sostituibilità tra i beni considerati, rendendolo artificiale. Ne conseguirebbe una definizione eccessivamente ampia del mercato rilevante, non corrispondente alla realtà effettiva⁶⁴.

La Comunicazione sul mercato rilevante, pertanto, raccomanda particolare attenzione nei casi in cui, nelle indagini svolte *ex art.* 102 TFUE, il prezzo di riferimento sia già stabilito ad un livello ben oltre superiore il prezzo concorrenziale⁶⁵. Secondo alcuni autori, in tali circostanze, dovrebbero essere presi in considerazione prezzi diversi da quelli di mercato⁶⁶.

2.1.2. LA SOSTITUIBILITÀ DEL PRODOTTO DAL LATO DELL'OFFERTA

La sostituibilità del prodotto dal lato dell'offerta viene analizzata sulla base dei comportamenti delle altre imprese che forniscono un bene diverso ma, per certi versi, assimilabile a quello preso in considerazione. In dettaglio, si valuta se, a fronte di un incremento dei prezzi di tale bene da parte dell'ipotetico monopolista, la reazione degli altri operatori sia tale da sterilizzare gli effetti positivi, in termini di profitto, conseguenti a tale incremento. Vi è sostituibilità dal lato dell'offerta, qualora, alla presenza di lievi ma costanti aumenti di prezzo di un determinato bene, le imprese

⁶⁴ Tale fenomeno è conosciuto come "*cellophane fallacy*" in ragione della celebre sentenza pronunciata dalla Corte Suprema statunitense nel caso degli incartamenti di cellophane, in cui l'analisi del mercato rilevante fu viziata da tale errore (cfr. *United States c. E.I. du Pont de Nemours e Co.*, 251 US 377, 1956).

⁶⁵ Comunicazione sul mercato rilevante, p.to 19.

⁶⁶ V. I. VAN BAEL – J.F. BELLIS, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, cit., p. 152; nonché R. O'DONOGHUE – A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, p. 82 e ss.. Al riguardo è altresì interessante osservare che, nell'ordinamento anglosassone, in due recenti casi – *National Grid plc v Gas and Electricity Markets Authority* e *Barclays Bank v Competition Commission* –, il *Competition Appeal Tribunal* ha rigettato delle argomentazioni basate sulla *Cellophane Fallacy*, sancendo l'irrelevanza degli eventuali effetti distorsivi conseguenti alla condotta del dominante (cfr. *Case No 1099/1/2/08*, 2009, CAT 14, 2009, CompAR 282, p.ti 41-43, nonché *Case No 1109/6/8/09*, [2009, CAT 27, 2009, CompAR 381, p.ti 53-55).

operanti nei settori contigui rispetto al mercato di riferimento siano in grado di mutare processo di produzione e catena di distribuzione, in modo da immettere su tale mercato maggiori quantità del prodotto il cui prezzo è aumentato⁶⁷.

A ben vedere, quanto detto non rappresenta altro che la proiezione dello *SSNIP test* sul versante dell'offerta. Del resto, la necessità di includere tale parametro nella definizione del mercato rilevante era già stata affermata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Continental Can*⁶⁸. Tale modo di procedere è dovuto al fatto che l'immissione di una quantità aggiuntiva di un dato bene è assimilabile, in un certo qual modo, allo *switch* della domanda verso altri beni che il consumatore ritiene possano sostituire adeguatamente quello il cui prezzo è aumentato⁶⁹.

La produzione aggiuntiva ed il conseguente aumento dell'offerta del bene considerato, derivante dal mutamento delle strategie aziendali di altri operatori, comporterebbero una riduzione nei prezzi. Sicché, l'aumento degli stessi non costituirebbe una condotta profittevole per l'ipotetico monopolista. Al contrario, quest'ultimo finirebbe soltanto per attirare altri concorrenti a fronte della medesimezza o dell'assimilabilità delle condizioni di produzione dei beni offerti sul mercato.

Tuttavia, sebbene tale aumento costituisca un incentivo per le altre imprese, l'effettività della pressione concorrenziale generata dal loro ingresso sul mercato interessato deve essere immediata ed efficace: l'immissione in commercio del bene alternativo deve avvenire in un arco temporale ragionevole⁷⁰ e, al contempo, non deve comportare dei costi incrementali

⁶⁷ Comunicazione sul mercato rilevante, p.to 20.

⁶⁸ V. Sentenza *Continental Can*, p.to 32-33. Pronuncia alla quale si è allineata la Commissione in un numero cospicuo di decisioni, v., *ex multis*, Commissione, caso *Eurofix Bauco v Hilti*, in GUCE, 1988, L. 65/19, p.to 55, confermata da Trib, Causa T-30/89, *Hilti AG v Commission*, in Racc., 1991, p. II-01439, e da CG, Causa C-53/92 P, Racc., 1994, p. I-667; nonché Commissione, *Caso Tetrapak I*, in GUCE, 1998, L 272/27, confermata da Trib., Causa T-51/89, *Tetrapak SA c. Commissione*, Racc., 1990, p. II-309.

⁶⁹ V. A. FRIGNANI - M.WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Giappichelli, Torino, 1996, p.241.

⁷⁰ Nell'ambito del controllo delle operazioni di concentrazione, la Commissione ha identificato il lasso temporale per analizzare la sostituibilità dal lato della domanda in un anno, v.

eccessivi, tantomeno dei rischi ingenti. Qualora, invece, siano richiesti tempi lunghi e notevoli investimenti, la sostituibilità del prodotto dal lato dell'offerta non assume rilevanza nella definizione del mercato rilevante, bensì nello stadio successivo concernente la valutazione del potere di mercato dell'impresa le cui strategie siano oggetto di scrutinio antitrust⁷¹.

2.1.3. GLI ALTRI CRITERI APPLICATI NELLA DEFINIZIONE DEL MERCATO DEL PRODOTTO

Le complessità incontrare nella definizione del mercato rilevante in ambito antitrust impongono se, e nella misura in cui, ciò sia possibile ed opportuno, la considerazione di parametri diversi da quelli prima menzionati. Nella maggior parte dei casi, però, il ricorso a tali elementi è volto soltanto a corroborare o sostanziare il risultato raggiunto mediante l'analisi fondata sulla sostituibilità del prodotto dal lato della domanda e dell'offerta⁷².

Il primo di questi elementi è rappresentato dall'effettiva sostituzione di un dato prodotto nel recente passato⁷³. Tuttavia, le difficoltà relative al reperimento di tali dati fanno sì che il criterio storico sia utilizzato solo raramente. Altro parametro cui si fa riferimento è dato dalle informazioni attestanti le opinioni ed i punti di vista espressi rispetto al bene interessato da

Commissione, 9 dicembre 1991, caso COMP/IV/M 149, *Lucas/Eaton* p.to 21; di contro, è stato ritenuto troppo esteso il periodo di tempo ricompreso tra i 3 e 4 anni, necessario alla conversione della produzione di diversi velivoli, v. Commissione, caso COMP/IV/M.53, *Aérospatiale/Alenia/De Havilland*, p.to 14.

⁷¹ Ed infatti, le imprese capaci di utilizzare le proprie risorse per produrre e commercializzare un bene alternativo possono essere prese in considerazione soltanto come concorrenti potenziali, vale a dire come soggetti in grado di incidere sulla posizione di mercato detenuta dall'impresa interessata (cfr. A. JONES - B. SUFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2011, p. 76. Nel medesimo senso v. Trib. 30 settembre 2003, Cause riunite T-191/98, T-212/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line AB e a. c. Commissione*, Racc., 2003, p. II-3275).

⁷² L'importanza di rafforzare tale analisi, verificando l'attendibilità della stessa anche alla luce di altri criteri, è altresì rimarcata dalla Comunicazione sul mercato rilevante, p.ti 37-43.

⁷³ *Ivi*, p.to 38. L'analisi storica della reazione dei consumatori rispetto alle variazioni di prezzo o al lancio di un nuovo prodotto costituiscono, infatti, dati di riferimento rilevanti, atteso il ruolo rilevante svolto da tali soggetti nello stabilire la sufficiente intercambiabilità dei prodotti interessati.

parte dei clienti o dei concorrenti dell'impresa interessata⁷⁴. Anche qui si riscontrano non poche difficoltà nella raccolta di tali elementi⁷⁵.

Nella Comunicazione sul mercato rilevante, viene inoltre individuata una terza forma di sostituibilità, rappresentata dalle cd. catene di sostituzione⁷⁶. Tale nozione indica la situazione in cui due prodotti, pur non essendo giudicati sufficientemente intercambiabili sul versante della domanda, appartengono comunque allo stesso mercato per effetto di una catena continua di sostituti⁷⁷. Senonché, al fine di evitare una definizione troppo ampia del mercato rilevante, è pur sempre necessario rinvenire prove sufficienti a dimostrare un'effettiva sostituibilità dei prodotti agli estremi della catena e che il grado di intercambiabilità tra i prodotti sia adeguatamente alto.

Ancora, si può tener conto delle categorizzazioni dei prodotti operate dalle associazioni professionali mediante degli approfonditi studio di settore⁷⁸.

Da ultimo, vale la pena menzionare gli eventuali ostacoli ed i costi attinenti al passaggio a potenziali prodotti sostituivi⁷⁹, nonché l'esistenza di

⁷⁴ *Ivi*, p.ti 33 e 40. Infatti, laddove sia ritenuta necessaria una definizione precisa del mercato, la Commissione consulta spesso i principali clienti e le altri principali imprese del settore interessato per avere la loro opinione sulla delimitazione del mercato ed ottenere i dati empirici necessari per raggiungere una conclusione. La Commissione può anche contattare le associazioni di categoria interessate e le imprese che operano sui mercati a monte, in modo da essere in grado di delimitare, se necessario, mercati del prodotto e geografici distinti ai diversi livelli della produzione o della distribuzione dei prodotti o servizi di cui trattasi. Essa può altresì chiedere ulteriori informazioni alle imprese interessate.

⁷⁵ Va aggiunto altresì che, considerata l'assenza di una figura standardizzata di consumatore, il criterio in parola finisce per essere troppo soggettivo e, quindi, poco attendibile, essendo basato sulle esigenze e, soprattutto, sulle disponibilità finanziarie del soggetto intervistato. Pertanto, l'utilizzo di tale criterio dovrebbe essere circoscritto ai mercati in cui sia dato riscontrare la presenza di un numero limitato di clienti o di concorrenti dell'impresa sotto esame e, quindi, escluso laddove l'impresa, operi su mercati di massa (cfr. S. BAKER- L. WU, *Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission*, in *European Competition Law Review*, 1998, p. 279).

⁷⁶ Comunicazione sul mercato rilevante, p.ti 56-58.

⁷⁷ L'esempio classico che mostra l'applicazione di tale criterio è il seguente: considerati i prodotti non direttamente intercambiabili A e C, questi possono essere inclusi nel medesimo mercato allorché vi sia un prodotto B sostituibile rispetto ad entrambi. Ciò si spiega in virtù del fatto che i prezzi di A e C sono influenzati dalla sostituibilità con B.

⁷⁸ Di notevole aiuto sono, ad esempio, le analisi condotte nei mercati farmaceutici, in ragione della complessità delle composizioni dei beni offerti e del conseguente elevato livello di *expertise* richiesto per valutare l'impatto degli stessi sui mercati ove vengono commercializzati.

⁷⁹ In particolare, può trattarsi dei seguenti elementi: ostacoli normativi ovvero di altre forme di intervento statale; necessità di investimenti specifici ovvero diminuzione della produzione dovuta all'uso di materie prime alternative; investimenti specifici nel processo produttivo,

diverse categorie di consumatori che possono essere oggetto di discriminazioni in termini di prezzo.

Va da sé che, considerate le complessità e le difficoltà incontrate nella definizione del mercato rilevante del prodotto, quest'ultima dovrebbe essere eseguita, se possibile, alla luce di tutti i parametri sinora richiamati.

2.2. IL MERCATO GEOGRAFICO RILEVANTE

Il mercato geografico rilevante s'identifica con la zona territoriale caratterizzata da condizioni di concorrenza sufficientemente omogenee⁸⁰ e, al contempo, sensibilmente diverse da quelle presenti in una zona contigua⁸¹. Esso mira ad identificare le fonti reali di approvvigionamento alternativo in termini di ubicazione territoriale rispetto ad un dato prodotto o altri beni fungibili, al fine di individuare le imprese che si pongono un rapporto di concorrenza diretta ed attuale.

L'eventuale omogeneità dell'ambiente concorrenziale dipende, evidentemente, anche dall'esistenza di fenomeni di sostituzione. Ciò spinge a mutuare i medesimi strumenti e criteri di valutazione utilizzati con riferimento al mercato del prodotto, vale a dire la sostituibilità dal lato dell'offerta e della domanda. In tale ambito, però, si assume come punto di riferimento la zona geografica nei cui confini opera l'impresa autrice della condotta oggetto di valutazione ai fini antitrust⁸². E' rispetto a tale zona che, a seguito dell'incremento del prezzo di un bene ivi commercializzato, si dovrà verificare, da un lato, la volontà dei consumatori di spostarsi su altri territori per acquistare tale bene e, dall'altro, la capacità tecnico-economica dei produttori

nella formazione e riqualificazione del personale; incertezza in merito alla qualità e alla reputazione di fornitori sconosciuti.

⁸⁰ Va precisato che l'omogeneità delle condizioni di concorrenza tra diverse aree geografiche per l'individuazione di un mercato rilevante è stata presa in considerazione, in un primo momento dalla Corte, nella sentenza *United Brands*, p.ti 10-11, 44 e 53.

⁸¹ Comunicazione del mercato rilevante, p. to 8; v., anche L. AMADEL, *Mercato rilevante e dimensioni geografiche*, in *Diritto Industriale*, 1995, p. 772.

⁸²V. A. NIUTTA, *Errare humanum est, sed perseverare in errore...la delimitazione del mercato geografico rilevante da parte dell'Autorità garante nella decisione relativa alla concentrazione Telecom/Intesa*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1998, p. 290.

operanti su zone diverse di distribuire i rispettivi prodotti nell'area di riferimento.

Sicché, ai fini della delimitazione dell'estensione geografica del mercato rilevante, assumeranno rilievo, anzitutto, le caratteristiche qualitative del prodotto, quali, ad esempio, la deperibilità o il peso, in ragione dell'incidenza delle stesse sulla quantificazione dei costi di trasporto. Ed infatti, laddove tali costi siano elevati, è probabile che il mercato avrà una dimensione geografica più ridotta e viceversa⁸³. Sarà parimenti rilevante la struttura della domanda e dell'offerta, giacché quanto minori sono le barriere all'ingresso riscontrabili in una determinata area geografica, tanto più elevato sarà il numero di operatori attivi in zone contigue che potranno essere considerati in concorrenza con l'autore di una condotta potenzialmente lesiva⁸⁴.

2.2.1. LE CARATTERISTICHE DELLA DOMANDA E DELL'OFFERTA

La definizione del mercato geografico rilevante avviene sulla base di un'analisi non dissimile da quella realizzata per il mercato del prodotto. Ne consegue l'applicazione dello *SSNIP test* anche in tale contesto, però, con un obiettivo parzialmente diverso: misurare la reazione dei clienti dell'impresa in questione in termini di spostamento o meno verso i fornitori attivi in una zona territoriale diversa da quella considerata. Si procederà, allora, all'esercizio dell'ipotetico, piccolo, significativo e non transitorio incremento dei prezzi, inglobando le aree geografiche non che rendano profittevole tale decisione. Analogamente a quanto avviene per l'apprezzamento della sostituibilità dal

⁸³ Cfr. R. CAIAZZO, *Antitrust Profili Giuridici*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 63.

⁸⁴ Mette conto altresì rimarcare il differente ruolo svolto dalla determinazione del mercato geografico rilevante nei diversi accertamenti condotti ai sensi della normativa antitrust, in tutta conformità a quanto rilevato in precedenza rispetto al mercato rilevante del prodotto. Riguardo all'abuso di posizione dominante e alle operazioni di concentrazione, siffatta disamina rappresenta una condizione indispensabile per provare l'abusività della condotta, in un caso, e valutare gli effetti di dette operazioni, nell'altro caso. Per converso, in tema di intese, essa è funzionale a verificare se la condotta incriminata sia atta a produrre una restrizione apprezzabile della concorrenza. Soltanto in caso positivo, infatti, sarà necessario procedere ad un'analisi più approfondita.

lato della domanda, tale esercizio sarà ripetuto sino a quando si rinvenga una zona territoriale rispetto alla quale l'eventuale incremento del prezzo rappresenterebbe una condotta vantaggiosa per il monopolista ipotetico.

Vi sono, poi, ulteriori parametri da prendere in considerazione, quali, anzitutto, le preferenze dei consumatori. Ed infatti, laddove i consumatori presenti nell'area geografica di riferimento preferiscano acquistare i beni ivi prodotti o commercializzati, è probabile che l'aumento dei prezzi non incida sui loro acquisti e, quindi, non li spinga a spostarsi in luoghi diversi⁸⁵.

Parimenti rilevanti sono la lingua, la cultura e gli stili di vita, giacché anch'essi caratterizzano la domanda e, dunque, possono contribuire alla delimitazione del mercato geografico rilevante⁸⁶.

Ancora, sono da analizzare i tratti e le peculiarità delle pratiche di acquisto ed approvvigionamento relative ai prodotti in esame⁸⁷.

Diversamente da quanto accade nell'identificazione del mercato del prodotto, le caratteristiche dell'offerta hanno un impatto più significativo nella definizione del mercato geografico rilevante. Tali caratteristiche, infatti, riflettono la capacità delle imprese attive in aree geograficamente distinte di delocalizzare la propria attività produttiva e distributiva sulla zona territoriale di riferimento in tempi limitati ed a costi ragionevoli. Devono, allora, essere esaminate le eventuali barriere all'ingresso o, comunque, ogni possibile ostacolo che deve essere fronteggiato dagli ipotetici nuovi entranti.

In riferimento alle barriere, è possibile distinguere quelle di tipo normativo dalle altre aventi natura distributiva⁸⁸. Tra le prime, si possono citare le regolazioni ed i sistemi legislativi dei diversi Stati membri, che

⁸⁵ V. CG, 16 dicembre 1975, Cause riunite C-40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, *Suiker Unie e a c. Commissione*, Racc., 1975, p. 1663, p.ti 371-372. Per una visione critica del criterio della preferenza dei consumatori, v. A. FRIGNANI - M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, cit., p. 245.

⁸⁶ Comunicazione sul mercato rilevante, p. to 48. In particolare, detti parametri acquistano maggiore rilevanza nei settori dei media (v. ad esempio, Trib, 10 luglio 1991, Causa T-69/89, *RTE c. Commissione*, Racc., 1991, p. II-485, p.to 64), rispetto ai servizi bancari, finanziari e assicurativi (v., ad esempio, Commissione, 12 gennaio 2000, caso COMP/M.1712, *Generali/Ina*, p. to 42), nonché, più in generale, i beni di largo consumo (v. ad esempio, Commissione, 20 novembre 1996, caso COMP/IV/M.784, *Kesko/Tuko*, p.ti 21-23).

⁸⁷ Comunicazione sul mercato rilevante, p.to 48.

⁸⁸ *Ivi*, p.ti 30 e 50.

possono tradursi in ostacoli in grado di prevenire il commercio tra diversi territori nazionali e aree geografiche⁸⁹. In linea di principio, ciò fa sì che l'estensione del mercato geografico rilevante sia ricondotta al territorio nazionale. Quanto alle barriere di tipo distributivo, va osservato che, talvolta, la natura del bene offerto e/o la specificità della clientela impongono la presenza territoriale dell'impresa, nonché l'instaurazione di un canale di distribuzione e di un efficiente sistema di marketing. Sicché i costi connessi a tali operazioni potrebbero rendere più difficile l'ingresso sul mercato di riferimento di un potenziale concorrente attivo sul mercato contiguo⁹⁰.

2.2.2. LE CARATTERISTICHE DEL PRODOTTO E DEL MERCATO

Tra le caratteristiche del prodotto atte ad incidere sulla delimitazione dell'area geografica di riferimento deve essere annoverata, in particolare, la deperibilità del bene considerato. Alcuni prodotti, infatti, richiedono particolari modalità di trattamento e, soprattutto, di conservazione. Sicché tali esigenze riducono in maniera sensibile le possibilità per i consumatori di rivolgersi ad imprese operanti su zone territoriali distanti, con il conseguente restringimento della dimensione geografica del mercato rilevante.

Discorso analogo va fatto in relazione ai costi di trasporto, specie nelle ipotesi in cui essi influenzino pesantemente il prezzo del prodotto in questione: tanto più il valore del bene è basso in rapporto al suo volume o al suo peso, tanto maggiore è l'incidenza delle spese di trasporto. Ciò tende a limitare l'area in cui il bene può essere venduto in modo proficuo, attribuendo al mercato geografico rilevante una dimensione locale. Nondimeno, il dato dei

⁸⁹ Gli esempi più evidenti riscontrati nella prassi sono i seguenti: la presenza di monopoli legali per determinate attività (v. Trib, 21 ottobre 1997, Causa T-229/94, *Deutsche Ban c. Commissione*, Racc., 1997, p. II-1869, p.to 58); i sistemi di supervisione da parte di un soggetto pubblico che si estrinsecano attraverso meccanismi regolamentari; ; le eventuali autorizzazioni richieste per la commercializzazione di un prodotto o la fornitura di un servizio; nonché, da ultimo, le norme relative agli standard qualitativi o alla composizione dei beni offerti sul mercato.

⁹⁰ V., ad esempio, Commissione, 20 giugno 2001, Caso COMP/36.041, *PO/Michelin*, p.ti 119-131. In tale caso, l'esigenza di disporre di una rete di distribuzione e di commercializzazione dei pneumatici di ricambio localizzata sul territorio nazionale ha fatto sì che il mercato geografico rilevante fosse individuato nell'intero territorio francese.

costi di trasporto non sempre assume valore determinante poiché tali voci possono essere controbilanciate da altre, quali, ad esempio, dei costi più vantaggiosi in termini di manodopera e di materie prime⁹¹.

In riferimento alle caratteristiche del mercato, vale la pena rammentare che, in alcuni casi, i confini dell'area geografica di riferimento sono stati determinati prendendo in considerazione anche dei rilievi empirici, tra cui l'assenza di *brand* a livello europeo ovvero la presenza di tutti i maggiori produttori europei in ciascuno Stato membro. Del pari, l'identificazione di elevati differenziali di prezzo per prodotti simili in aree diverse ma confinanti, in assenza di giustificazioni obiettive, è stata spesso intesa come espressione significativa dell'esistenza di barriere all'entrata e, quindi, di un mercato con un'estensione geografica più limitata⁹².

Le medesime considerazioni valgono per le differenze in termini di quote di mercato detenute dalle imprese nelle diverse aree geografiche. Tali quote, infatti, potrebbero significare la sussistenza di mercati nazionali distinti.

Nell'economia di tale analisi assume, poi, particolare importanza lo studio dei flussi di scambio tra due o più aree: l'individuazione di flussi di importazione significativi da una zona all'altra potrebbe significare la tendenziale assenza di barriere all'entrata e, dunque, la presenza di un mercato aperto, che si estende oltre i confini nazionali o, addirittura, europei⁹³. Considerato però che il livello di tali flussi è estremamente mutevole nel tempo e che su di esso possono influire variabili economiche determinate dal generale andamento del commercio internazionale, la Commissione si è dimostrata particolarmente cauta nell'utilizzo di tale criterio⁹⁴.

Non va sottaciuto inoltre che, in tale ambito, entrano in gioco le opinioni ed i punti di vista dei consumatori e dei concorrenti. Non meno rilevanti sono i

⁹¹ Comunicazione sul mercato rilevante, p.to 50. V., anche, R. BLASELLE, *Traité du droit européen de la concurrence*, 2002, Paris, p. 486.

⁹² V., in tal senso, Commissione, 22 novembre 2004, Caso COMP/M.3570, *Piaggio/Aprilia*, p.to 23; nonché, 25 agosto 2005, Caso COMP/M.3687, *Johnson & Johnson/Guidant*, p.to 68.

⁹³ V. Commissione, 28 giugno 2006, caso COMP/M.4165, *Sonae Industria/Hornix*, p.to 13; nonché, 12 giugno 2006, Caso COMP/M.4048, *Sonae Industria/Tarkett*, p.to 17.

⁹⁴ Comunicazione del mercato rilevante, p.to 47; nonché S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 182-184.

dati storici relativi agli eventuali spostamenti della clientela verso produttori situati in altre zone geografiche registratisi in precedenza.

Infine, vanno altresì considerati gli effetti del processo di integrazione dei mercati nell'Unione, conseguenti all'armonizzazione delle normative degli Stati membri nonché, più in generale, i progressi in ambito tecnologico⁹⁵.

3. LA NOZIONE DI POSIZIONE DOMINANTE

L'individuazione del mercato rilevante costituisce, come visto, il primo stadio o, meglio, una tappa preliminare ed imprescindibile nella disamina della legittimità di una determinata condotta ai sensi dell'art. 102 TFUE.

La seconda fase di tale disamina è invece volta a verificare quale sia l'entità del potere di mercato detenuto dall'impresa interessata: soltanto nella misura in cui essa si venga a trovare in una posizione di dominanza sul mercato di riferimento, essa può abusarne e, quindi, contravvenire al divieto di cui all'art. 102 TFUE; viceversa, lo scrutinio antitrust dovrà arrestarsi poiché il comportamento posto in essere dall'impresa interessata esula dall'ambito di applicazione di tale previsione normativa.

In linea di principio, la nozione di dominanza è assimilabile a quella di potere di mercato tracciata dalla disciplina economica, consistente nella capacità di un'impresa di aumentare i propri prezzi al di sopra dei livelli competitivi in maniera durevole e profittevole. Sennonché, in ambito antitrust, tale nozione parrebbe presentare un connotato di maggiore intensità, per cui ad assumere rilevanza è solo la presenza di un potere di mercato significativo.

L'art. 102 TFUE non fornisce alcuna definizione della posizione di dominio di un'impresa, né tantomeno gli indici ed i criteri quantitativi o qualitativi in virtù dei quali procedere al suo accertamento. Egualmente è a dirsi per le altre norme di diritto primario consacrate alla disciplina della

⁹⁵ Comunicazione del mercato rilevante, p.to 32; nonché M. MONTI, *Market definition as a cornerstone of EU Competition Policy*, *Speech n. 01/439, Workshop on market definition - Helsinki Fair Centre*, 5 ottobre 2001, disponibile al seguente indirizzo Internet: http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=SPEECH/01/439|0|RAPID&lg=EN, p. 12-13.

concorrenza. Sicché la nozione di dominanza ed i suoi parametri rivelatori vanno ricercati nella giurisprudenza UE e nella prassi della Commissione⁹⁶.

Le prime indicazioni concernenti il metodo per testare l'eventuale dominanza di un'impresa si rinvencono nella sentenza *United Brands*, allorché la Corte ha stabilito che essa consiste in una "una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori⁹⁷". Tale test di dominanza è stato poi mutuato nella giurisprudenza successiva in maniera costante e pressoché pedissequamente⁹⁸.

In sostanza, anche se la posizione di dominio vantata da un'impresa non esclude il mantenimento di un certo grado di concorrenza sul mercato di riferimento, lo scenario competitivo risulta essere instabile, atteso che l'impresa dominante dispone del potere di alterare o, comunque, influenzare le

⁹⁶ Il concetto di posizione dominante rileva anche nell'ambito del controllo delle concentrazioni tra imprese. L'art. 2, Reg. n. 139/2004 (in GUUE 29 gennaio 2004, L 24, pp. 1 ss) stabilisce infatti che: "Le concentrazioni che non ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate compatibili con il mercato comune". Nemmeno in tale contesto normativo, tuttavia, viene esplicitato che cosa s'intenda per posizione dominante. Al riguardo, va altresì osservato che, ancorché venga utilizzata la medesima terminologia, la valutazione della posizione dominante ex art. 102 TFUE e quella svolta sulla base dell'art. 2 prima menzionato presentano un metodo e uno scopo differente: l'art. 102 TFUE impone il controllo dei comportamenti sul mercato e non censura il semplice possesso di una posizione di dominio, di per sé legittimo, bensì l'abuso che può eventualmente conseguire, richiedendo, quindi, un'analisi di tipo retrospettivo; di contro, le disamine inerenti le fattispecie concentrative coinvolgono l'assetto strutturale dei mercati e possono condurre, sulla base di un'analisi prospettica, a ritenere incompatibili con il mercato comune tutte quelle operazioni che determinano la creazione o il rafforzamento di una posizione di dominio sul mercato di riferimento. Ad ogni modo, tali considerazioni non escludono che la prassi sviluppata in sede di controllo di fattispecie concentrative possa rivestire una qualche rilevanza anche nell'analisi svolta nell'ambito del divieto di condotte abusive e viceversa.

⁹⁷ V. sentenza *United Brands*, p.to 65. Occorre concentrarsi, dunque, sulla titolarità di un significativo potere di mercato da parte di un'impresa, nonché sulla considerevole indipendenza comportamentale della stessa che le consente di definire autonomamente la propria strategia commerciale, senza subire alcun condizionamento da parte degli altri operatori sul mercato di riferimento.

⁹⁸ V., ex multis, sentenza *Hofmann La Roche*, p.to 38; sentenza *L'Oréal*, p.to 26; sentenza *Michelin I*, p. to 30.

dinamiche concorrenziali presenti su tale mercato, riuscendo ad imporre le proprie strategie senza tener conto delle reazioni degli altri soggetti⁹⁹.

Volgendo di nuovo l'attenzione agli indici rivelatori della dominanza, fatta eccezione per i casi in cui la regolamentazione preveda un regime di monopolio legale a favore di una determinata impresa, i parametri valutativi da utilizzare finiscono per coincidere con quelli utilizzati nel campo economico per la misurazione del potere di mercato. Essi possono essere suddivisi in criteri di tipo strutturale e di tipo comportamentale.

I criteri strutturali consentono di analizzare il mercato di riferimento e, segnatamente, le sue caratteristiche, nonché le posizioni dell'impresa asseritamente dominante e degli altri operatori di mercato. Il loro utilizzo va coniugato con i criteri di natura comportamentale, poiché l'analisi delle strategie di un'impresa possono fornire ulteriori indizi nella ricostruzione della posizione nella quale essa versa¹⁰⁰. Infatti, ancorché ai primi venga conferito un ruolo più importante rispetto ai secondi, essendo questi ultimi utilizzati per corroborare o specificare i risultati cui hanno condotto i criteri strutturali¹⁰¹, tale differenziazione sembra essere superata nella prassi.

In riferimento all'accertamento del potere di mercato di un'impresa, la Commissione non si è determinata ad adottare una comunicazione assimilabile, per grado di specificità, a quella relativa al mercato rilevante. Sicché, come vedremo meglio in seguito, tale aspetto viene affrontato nel quadro più ampio della disamina concernente il sopraccitato *Guidance Paper*.

Per chiarezza e coerenza di esposizione - nonché al fine agevolare la comprensione degli eventuali aspetti innovativi introdotti dal *Guidance Paper* trattati nel capito successivo - si ripercorrerà l'impostazione contenuta in tale Comunicazione e, quindi, saranno affrontati i seguenti elementi: (i) la posizione di mercato dell'impresa dominante e dei suoi concorrenti; (ii) le

⁹⁹ V. sentenza *Hoffmann - La Roche*, p.to 39. In altri termini, l'assenza di una pressione concorrenziale adeguata sul soggetto dominante mette quest'ultimo nella condizione di poter impedire ovvero di ostacolare il libero gioco della concorrenza, pregiudicando, al contempo, lo svolgimento della sua naturale funzione di regolamentazione del mercato.

¹⁰⁰ V. Commissione, Caso COMP/34.780, *Virgin/British Airways*, p.to 87.

¹⁰¹ V. sentenza C-27/76, *United Brands*, p.ti 67-68.

barriere all'espansione o all'ingresso sul mercato; e (iii) il potere contrattuale dell'acquirente¹⁰². Saranno parimenti esaminati, in maniera del tutto sintetica, i criteri di natura comportamentale.

3.1. LA POSIZIONE DI MERCATO DELL'IMPRESA DOMINANTE E DEI SUOI CONCORRENTI

La quota di mercato detenuta dall'impresa la cui condotta è oggetto di indagine è la prima e più importante chiave di lettura ai fini dell'identificazione della posizione dominante¹⁰³. Ciò è dovuto principalmente al fatto che un'impresa può vantare tale posizione soltanto nella misura in cui essa controlli una porzione significativa del mercato rilevante¹⁰⁴. La determinazione della quota di mercato avviene, a seconda dei casi, sulla base di uno dei seguenti parametri: il fatturato, il volume delle vendite o, da ultimo, il valore del volume d'affari.

La giurisprudenza europea ha confermato che, sebbene l'esistenza di una posizione dominante possa risultare da diversi fattori che, presi isolatamente, non sarebbero necessariamente determinanti, la detenzione di una quota di mercato importante è un elemento molto significativo nell'ambito di tale indagine. Infatti, se è vero che tale circostanza non assume valore assoluto in termini probatori e la sua importanza varia da mercato a mercato a seconda della struttura, è altrettanto vero che l'impresa titolare di una "*quota di mercato notevole*", durante un "*periodo di tempo considerevole*" ed in assenza di "*circostanze eccezionali*", è in una posizione di forza che le garantisce l'autonomia comportamentale insita nella dominanza¹⁰⁵.

Più specificamente, per circostanze eccezionali s'intende, di norma, l'assenza di elevate barriere all'ingresso¹⁰⁶ e per notevole quota di mercato si fa

¹⁰² *Ivi*, p.ti 9-18.

¹⁰³ V. CG, 13 febbraio 1979, Causa 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, Racc., 1979, p. 461, p.to 39.

¹⁰⁴ V. sentenza *United Brands c. Commissione*, p.to 107.

¹⁰⁵ V. sentenza *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, p.ti 40-41.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

riferimento a quella pari al 50%¹⁰⁷; per periodo di tempo considerevole, in linea di massima, si ritiene sufficiente un lasso temporale di cinque anni, essendo tuttavia possibile prendere in considerazione anche un intervallo di tempo inferiore¹⁰⁸.

Sicché, in presenza di tali circostanze, si potrebbe presumere l'esistenza di una posizione di dominanza¹⁰⁹.

Va detto che le quote di mercato non devono essere interpretate in termini assoluti, bensì alla luce delle altre condizioni di mercato rilevanti. In alcuni casi specifici, infatti, ancorché la quota di mercato dell'impresa interessata sia al di sotto di tale soglia, i concorrenti non sono comunque in grado di limitare in modo effettivo il comportamento di tale impresa, perché, ad esempio, devono affrontare gravi limitazioni di capacità¹¹⁰.

Eguale rilevante è il rapporto tra le quote di mercato detenute dall'impresa asseritamente dominante e quelle detenute dai suoi concorrenti, specie quelli più importanti¹¹¹. A parità di quote di mercato, l'autonomia comportamentale di tale impresa e, quindi, la sua influenza sul mercato rilevante, varia in funzione delle posizioni detenute degli altri operatori di

¹⁰⁷ V. CG, 3 luglio 1991, Causa C-62/86, *AKZO c. Commissione*, Racc., 1991, p. I-3359, p.to 60. Peraltro, conformemente alla giurisprudenza della Corte, quote molto elevate, comprese tra l'80% ed il 100% del mercato rilevante, sono considerate indici di per sé sufficienti a dimostrare l'esistenza di una posizione dominante (v. CG, 2 marzo 1994, Causa C-53/92 P, *Hilti AG c. Commissione* nonché, 14 novembre 1996, Causa C-333/94 P, *Tetra Pak International SA c. Commissione*, rispettivamente, Racc., 1999, p. I-667, e 1996, p. I-5951). Evidentemente, laddove si raggiunga il 100% - ad esempio, in conseguenza del regime normativo applicabile al mercato rilevante (cd. monopolio di diritto) o dei meriti dell'impresa interessata (cd. monopolio di fatto) -, quest'ultima è da considerarsi, per definizione, dominante (v. CG, 23 aprile 1991, Causa C-41/90, *Klaus Höfner*, Racc, 1991, p. I-1979, nonché 10 dicembre 1991, Causa C-179/90, *Porto di Genova*, Racc., 1991, p. I-5889). Ancora, quote intermedie, oscillanti tra il 40% e l'80% del mercato, lasciano presumere la sussistenza di una posizione di dominio, sempreché non venga fornita prova contraria da parte dell'impresa interessata (v. CG, 9 novembre 1983, Causa 322/81, *Michelin c. Commissione*, Racc., 1983, p. 3461; nonché Trib, 30 settembre 2003, Cause riunite T-191/98, T-212/98 a T-214/98, *Atlantic Container c. Commissione*, Racc., 2003, p. II-3275, o se, in alternativa, siano prodotti dati aggiuntivi, tali da rafforzare il potere di mercato dell'impresa stessa (v. sentenza *United Brands*, p.ti 108-109). Da ultimo, quote molto basse permettono, di norma, di concludere per un'assenza di dominanza (v. CG, 25 ottobre 1977, Causa 26/76, *Metro c. Commissione*, Racc, 1977, p. 1875, p.to 17).

¹⁰⁸ V. Sentenza *AKZO c. Commissione*, p.ti 59-60. In tale caso, è stato giudicato sufficiente un periodo di tre anni.

¹⁰⁹ Cfr. A. JONES - B. SUFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, cit., p. 329.

¹¹⁰ *Ivi*, p. 328.

¹¹¹ V. sentenza *Hoffmann-La Roche*, p.to 48.

mercato: laddove essi vantino quote di mercato la cui consistenza è equiparabile a quella del soggetto dominante, le pressioni concorrenziali subite da quest'ultimo saranno sicuramente maggiori rispetto alle ipotesi in cui il mercato di riferimento risulti essere particolarmente frammentato. Sicché quanto maggiore è lo *spread* tra la quota di mercato dell'impresa interessata e quella dei suoi più vicini concorrenti, tanto più convincente è l'indizio che la prima si trovi in una posizione dominante.

Allo stesso modo, l'indicatore della quota di mercato potrebbe incontrare qualche limite in assenza di barriere all'ingresso, nonché nei mercati altamente dinamici, quali, ad esempio, quelli della *new economy*¹¹². In tali casi, il quadro delineato dalle quote di mercato dell'impresa interessata potrebbe essere rapidamente messo in discussione dall'elevato tasso di concorrenza potenziale e dalla continua evoluzione dei processi tecnologici.

3.2. LE BARRIERE ALL'INGRESSO E ALL'ESPANSIONE NEL MERCATO RILEVANTE

Le quote di mercato detenute dall'impresa interessata e dai concorrenti permettono di eseguire un'analisi statica giacché forniscono una descrizione del loro attuale potere di mercato. Per converso, le barriere all'ingresso o all'espansione consentono una valutazione prospettica delle posizioni di tali imprese e di analizzare il grado di concorrenza potenziale di un mercato.

In via generale, le barriere all'ingresso costituiscono degli ostacoli di varia natura atti a rendere difficile o, in alcuni casi, addirittura impossibile l'accesso o la permanenza di potenziali nuovi entranti a condizioni competitive sul mercato di riferimento. Le barriere all'espansione, invece, deprimono lo sviluppo delle imprese già attive sul medesimo mercato, sotto il profilo dell'erosione o dell'aumento delle rispettive quote di mercato.

Sicché è la portata di tali barriere a modulare la pressione competitiva esercitata dai concorrenti potenziali sulla presunta impresa dominante: laddove tale portata sia piuttosto ridotta, l'espansione o l'ingresso sul mercato

¹¹² Cfr. J. VICKERS, *Market Power in Competition Case*, in *European Law Journal*, 2006, pp. 8-10.

sono probabili, tempestivi e sufficienti; conseguentemente, tali dinamiche fungono da deterrente nei confronti di siffatta impresa in quanto ne limitano l'autonomia comportamentale.

Le barriere all'espansione o all'ingresso sul mercato possono avere forme diverse. Può trattarsi, in primo luogo, di barriere giuridiche, originate da regimi normativi di carattere amministrativo o regolamentare, generalmente di carattere nazionale. Tali normative, infatti, limitano o rendono particolarmente oneroso l'accesso o l'espansione di nuovi operatori nel mercato di riferimento, mediante la previsione di monopoli legali, di diritti di proprietà industriale e intellettuale¹¹³ o di eventuali autorizzazioni richieste per la commercializzazione di determinati prodotti¹¹⁴.

In secondo luogo, è possibile riscontrare delle barriere di tipo fattuale, le quali generano degli ostacoli legati principalmente al funzionamento del mercato di riferimento. In particolare, sul versante strettamente tecnico, vale la pena menzionare la disponibilità di un *know-how* approfondito e di un'esperienza tecnica consolidata¹¹⁵, nonché le eventuali difficoltà di accesso alle materie prime¹¹⁶ e la necessità di usufruire di fattori di produzione o risorse naturali essenziali¹¹⁷.

Sul versante puramente economico si devono considerare i seguenti parametri: il livello dei costi iniziali, la necessità e la capacità di raggiungere determinate economie di scala e di diversificazione¹¹⁸, l'esigenza di effettuare degli investimenti significativi ed il prevedibile ritorno degli stessi¹¹⁹.

In tale ambito, egualmente degne di nota sono le strutture della domanda e dell'offerta relative al mercato di riferimento. Rispetto alla prima, vanno rimarcate la maturità del mercato, l'esistenza di un'eventuale

¹¹³ V. sentenza *Tetra Pak II*, p.to 110; nonché Trib, 10 luglio 1991, Causa T-69/89, *Radio Telefis c. Commissione*, Racc., 1991, p. II-485, p.to 63, e, 23 ottobre 2003, Causa T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd c. Commissione*, Racc., 2003, p. II-4653, p.to 156.

¹¹⁴ V. Commissione, 20 aprile 2001, Caso COMP D3/34493, p.to 77.

¹¹⁵ V. sentenza *United Brands*, p.ti 82-84.

¹¹⁶ *Ivi*, p.ti 72-74.

¹¹⁷ V. Commissione, 21 dicembre 1993, Caso COMP IV/34689 - *Sea Container*, p.ti 61-65.

¹¹⁸ V. sentenza *United Brands*, p.to 122.

¹¹⁹ *Ivi*, p.to 91.

sovraccapacità della domanda e, più in generale, l'anelasticità della stessa. Va da sé, infatti, che tali circostanze, dovute generalmente alle specifiche preferenze degli acquirenti ed alla loro scarsa propensione a cambiare fornitori - vuoi per la reputazione consolidata dei prodotti da essi offerti, vuoi per la fedeltà a determinati marchi¹²⁰ - costituiscono fattori in grado di disincentivare l'accesso di nuovi entranti e l'espansione degli operatori già presenti sul mercato. Per quanto riguarda la struttura dell'offerta, poi, incidono sulle strategie dei nuovi e vecchi operatori, da un lato, la necessità di disporre di adeguate strutture per la distribuzione ed il marketing¹²¹ e, dall'altro, l'elevato grado di integrazione verticale presente sul mercato interessato¹²².

Da ultimo, va precisato che non rientrano nel novero degli ostacoli in esame l'efficienza della presunta impresa dominante¹²³, né tantomeno l'eventuale ampia gamma di prodotti da essa offerta sul mercato¹²⁴ - a meno che tale condizione consenta di realizzare delle economie di scala in termini di costi di produzione, promozione o distribuzione¹²⁵ -, poiché entrambi costituiscono soltanto degli indici della dominanza dell'impresa.

3.3. IL POTERE DEGLI ACQUIRENTI NEL MERCATO

Il test di dominanza elaborato dalla giurisprudenza europea include tra i fattori rilevanti di cui tener conto le reazioni dei clienti della presunta impresa in posizione dominante. Questi ultimi, infatti, possono esercitare una pressione concorrenziale assimilabile a quella dei concorrenti effettivi o potenziali. Ciò

¹²⁰ V. Commissione, 22 giugno 2005, *Coca Cola*, Caso COMP/39.116, p.to 25.

¹²¹ V. sentenza *Van den Bergh Foods*, p.to 156.

¹²² Per una lettura più cauta di tale circostanza v., C. BADEN FULLER, *Art. 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position*, in *European Law Review*, 1979, p. 440; D. HARBORD - T. HOEHN, *Barriers of Entry and Exit in European Competition Policy*, in *International Review of Law and Economics*, 1994, p. 411; V. KORAH, *Concept of a Dominant Position Within the Meaning of Art. 86*, in *Competition Law Review*, 1980, p. 408; A. FRIGNANI, *La concorrenza*, cit., p. 186. Tali autori esortano ad una maggiore ponderazione del livello di integrazione verticale di un'impresa, in modo da accertare i casi in cui siano effettivamente ridotte le possibilità di accesso alle attività di volta in volta considerate per gli altri soggetti di mercato.

¹²³ V. sentenza *United Brands*, p.ti 125-128. Egualmente è a dirsi, laddove si riscontrino margini di profitto modesti o perdite temporanee, atteso che tali elementi non sono incompatibili con una posizione di dominio, v. sentenza *Michelin I*, p.to 59.

¹²⁴ V. sentenza *Hoffmann-La Roche*, p.to 44.

¹²⁵ V. sentenze *Michelin I*, p. to 55, e *Akzo*, p.to 58.

vale anche per un'impresa con una quota di mercato elevata, la quale può non essere in grado di agire in maniera considerevolmente indipendente rispetto ai clienti che hanno sufficiente forza negoziale¹²⁶.

In altri termini, la presenza di un notevole potere contrattuale dei consumatori è in grado di ridurre significativamente la capacità dei produttori di agire autonomamente nel mercato di riferimento (cd. "*countervailing buyer power*"). Tale potere contrattuale può derivare, da un lato, dalle dimensioni dei clienti o dalla loro importanza commerciale per l'impresa dominante e, dall'altro, dalla loro capacità di passare rapidamente a fornitori concorrenti, di favorire nuovi ingressi sul mercato, di integrarsi a livello verticale e di minacciare in modo credibile di farlo.

Sicché, qualora raggiunga un livello sufficiente, il potere contrattuale degli acquirenti può costituire un importante contrappeso all'autonomia comportamentale della presunta impresa dominante. In particolare, a fronte di tali condizioni, in un mercato a valle fortemente concentrato¹²⁷, grandi gruppi industriali, imprese pubbliche o soggetti che detengono un potere monopsonistico consentono di mantenere alta la pressione competitiva sui prezzi o di incentivare l'ingresso sul mercato di nuovi operatori al mutare delle condizioni concorrenziali¹²⁸. I medesimi risultati possono essere conseguiti anche quando tali acquirenti abbiano un'elevata capacità di autoproduzione.

¹²⁶ V. Trib, Causa T-228/97, *Irish Sugar c. Commissione*, Racc, 1999, p. II-2969, p.ti 97-104.

¹²⁷ V., in tema di concentrazioni, Commissione, Casi COMP/M/1225, *Enso/Stora*, e COMP/IV/M.495, *Behringwerke/Armour Pharmaceutical*; nonché, in riferimento all'art. 102 TFUE, Commissione, Caso COMP/E-1.38.113, *Prokent Tomra*.

¹²⁸ V. Trib, Causa T-68/89, *SIV c. Commissione*, p.to 366 (dove il Tribunale ha censurato l'operato della Commissione, *inter alia*, per non aver tenuto in debito conto il potere economico dell'acquirente Fiat che avrebbe potuto neutralizzare quello dei tre produttori di vetro detentori di una posizione dominante sul mercato di riferimento); nonché CG, 15 dicembre 1994, Causa C-250/92, *Dansk Landbrugs*, Racc., 1994, p. I-5641, p.to 32 (caso in cui è stato affermato che le operazioni delle cooperative di consumo avrebbero potuto, in funzione del numero dei loro soci, costituire un importante contrappeso al potere contrattuale dei grandi produttori e, pertanto, facilitare una concorrenza più efficace).

3.4. I CRITERI DI NATURA COMPORTAMENTALE

L'accertamento della posizione di dominio verte, talvolta, anche su fattori di natura comportamentale. In sostanza, si analizza la condotta posta in essere della presunta impresa dominante sul mercato di riferimento per ottenere ulteriori indizi circa l'entità del potere di mercato da essa detenuto. Sicché si anticipa, sebbene sotto un altro angolo visuale, la disamina dei comportamenti concretamente tenuti dall'impresa asseritamente dominante, i quali saranno valutati successivamente e in maniera più approfondita per accertare la loro eventuale abusività ai sensi dell'art. 102 TFUE¹²⁹.

L'utilizzo di tali criteri si spiega con il fatto che, in linea di principio, un operatore di mercato si determina ad attuare una strategia abusiva ex art. 102 TFUE, nella misura in cui ciò sia possibile e, soprattutto, razionale dal punto di vista economico, non subendo alcun pregiudizio rilevante. In altre parole, l'assunto dal quale si muove è che se un'impresa ha posto in essere un comportamento ritenuto abusivo ex 102 TFUE, allora, essa godeva effettivamente di una posizione di mercato funzionale e necessaria rispetto al compimento di una condotta indipendente, e cioè di una posizione di dominio.

Tuttavia, è stato osservato che tale modo di procedere rischia, evidentemente, di innescare un ragionamento circolare, poiché si utilizza come prova della posizione dominante l'esistenza del suo sfruttamento abusivo¹³⁰. Per questo motivo, è difficile che i criteri comportamentali siano considerati determinanti, di per sé, nell'analisi volta ad accertare la posizione di dominio di una determinata impresa. Essi sono utilizzati come indizi complementari per confermare i risultati raggiunti mediante la disamina dei fattori strutturali.

¹²⁹ V. sentenza *United Brands*, p.to 68, in cui la Corte ha rimarcato che “può essere utile prendere eventualmente in considerazione fatti addebitati alla ricorrente come comportamenti abusivi, senza che venga loro necessariamente riconosciuta tale natura”.

¹³⁰ V., *ex multis*, J. FAULL, A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 2007, par. 4.93; I. VAN BAEL, J-F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2005, p. 132; L. RITTER - W.D. BRAUN, *European Competition law a practitioner's guide*, Aspen Publishers, 2005, pp.400-407.

4. LA POSIZIONE DOMINANTE COLLETTIVA

L'art. 102 TFUE sancisce il divieto dello sfruttamento abusivo di una posizione dominante detenuta da una o più imprese. La lettera della norma sembra suggerire la configurabilità e la rilevanza di una posizione dominante sia individuale che "collettiva o congiunta"¹³¹. Ed infatti, in via di principio, non può escludersi, che due o più imprese, ancorché autonome dal punto di vista giuridico ma unite da vincoli economici o legami strutturali su un mercato specifico, possano detenere "collettivamente" un potere economico che consente loro di agire come un'unica entità su tale mercato, indipendentemente dal comportamento e dalle reazioni dei propri concorrenti, clienti e, in ultima analisi, dei propri consumatori¹³².

Presupposto fondamentale affinché si possa configurare una dominanza collettiva in capo a più imprese è, pertanto, che queste siano sufficientemente legate tra loro, in modo da adottare una condotta uniforme o una politica comune sul mercato rilevante¹³³. Peraltro, sebbene l'assenza di un'effettiva concorrenza tra operatori asseritamente titolari di una dominanza collettiva costituisca un elemento importante, il suo riscontro non richiede l'eliminazione di qualsiasi confronto competitivo tra le imprese interessate¹³⁴.

Quanto ai legami strutturali, essi possono discendere da assetti proprietari o di gestione, accordi o vincoli giuridici veri e propri¹³⁵ di tipo strutturale, personale o anche solo finanziario, esistenti tra tali operatori¹³⁶.

¹³¹ V. MANGINI - G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 68.

¹³² V. Trib, 10 marzo 1992, *Società Italiana Vetro (SIV) c. Commissione*, Cause riunite T-68/89, T-77/89 e T-78/89, Racc., 1992, p. II-1403, p.ti 32-33. Tale pronuncia costituisce la prima occasione in cui si è fatta menzione della nozione di posizione dominante collettiva. Successivamente, tale nozione è stata ripresa anche dalla Corte di giustizia, v. CG, 5 ottobre 1995, Causa C-96/94, *Spedizione Marittima del Golfo*, Racc., 1995, p. I-2883, p.ti 32-33, nonché 17 ottobre 1995, Cause riunite C-140/94, 141/94, 142/94, *DIP c. Comune di Bassano del Grappa*, Racc., 1995, p. I-3257, p.ti 25-26 e infine, 16 marzo 2000, Causa C-395/96, *Compagnie Maritimes Belge*, p.ti 35-59.

¹³³ V. CG, 27 aprile 1994, Causa C-393/92, *Comune di Almelò*, Racc., 1994, p. I-1477, p.to 42.

¹³⁴ V. Trib, 30 settembre 2003, Cause riunite T-191/98, 212/98 e 214/98, *Atlantic Container Line e a c. Commissione*, Racc., 2003, p. II-03275, p.to 654.

¹³⁵ Costituiscono legami contrattuali, ad esempio, gli accordi di cooperazione orizzontale (si pensi alle conferenze marittime, v. sentenza *Compagnie Maritimes Belge*, p.ti 48-49), i contratti verticali di fornitura o di distribuzione (in presenza dei quali, si parla di posizione dominante

La medesimezza delle strategie commerciali seguite dagli operatori presenti sul mercato rilevante può altresì discendere da un coordinamento esplicito conseguente ad uno dei legami prima menzionati¹³⁷.

Peraltro, nel novero delle forme di coordinamento che possono determinare la configurabilità di una dominanza collettiva vanno incluse anche le intese di cui all'art. 101 TFUE. Al riguardo, va precisato però che la mera esistenza di un'intesa non è sufficiente ad attribuire una posizione siffatta alle imprese partecipanti¹³⁸.

La dominanza congiunta di imprese può verificarsi anche in assenza di legami strutturali allorché, in presenza di altri fattori di correlazione, essa possa desumersi da una valutazione della struttura di mercato¹³⁹. Ciò si verifica in presenza di un grado di interdipendenza tale da condizionare le scelte delle imprese al punto da farle tacitamente colludere, poiché in tal modo esse massimizzano la loro utilità economica collettiva ai danni dei consumatori intermedi o finali o dei concorrenti. Una linea di azione comune a più imprese può riscontrarsi, di norma, sui mercati che presentano una struttura oligopolistica, considerato che è in tali contesti che vengono a delinearsi delle condizioni atte ad incentivare le imprese al coordinamento, atteso il vantaggio durevole derivante da una politica economica comune sul mercato interessato¹⁴⁰.

Più specificamente, è su tali mercati che diviene più facile, per le imprese ivi operanti, conoscersi, stabilire contatti, comprendere quali siano i

collettiva "verticale", v. Trib., Causa T-228/97, *Irish Sugar c. Commissione*, p.ti 61-63), gli accordi per lo scambio di informazioni o di conoscenze tecniche, v. Sentenza *SIV*, p.to 358).

¹³⁶ Quali, ad esempio, partecipazioni azionarie incrociate, *joint ventures* in compartecipazione o, ancora, *interlocking directorates*.

¹³⁷ Costituiscono legami contrattuali, ad esempio, gli accordi di cooperazione orizzontale (si pensi ad esempio alle conferenze marittime, v. sentenza *Compagnie Maritimes Belges*, p.ti 48-49), i contratti verticali di fornitura o di distribuzione (in presenza dei quali, taluno parla di posizione dominante collettiva "verticale", v. sentenza *Irish Sugar*, p.ti 61-63), gli accordi per lo scambio di informazioni o di conoscenze tecniche, v. sentenza *SIV*, p.to 358.

¹³⁸ V. sentenza *SIV*, p.to 360.

¹³⁹ V. Trib., Causa T-102/96, *Gencor c. Commissione*, Racc., 1999, p. II-753, p.to 276.

¹⁴⁰ Ciò si realizza, in particolare, allorché sul mercato di riferimento si riscontrino: (i) simmetria di quote di mercato; (ii) offerta di prodotti analoghi; (iii) similitudine nella struttura dei costi; similitudine nella capacità produttiva; (iv) assenza di innovazioni tecnologiche; (v) stabilità della domanda.

reciproci interessi ed anticipare i rispettivi comportamenti¹⁴¹. Infatti, la sussistenza di un incentivo al coordinamento non è di per sé sufficiente in mancanza di una specifica capacità delle imprese di coordinarsi tra loro in maniera durevole, di individuare eventuali comportamenti devianti¹⁴², nonché di attuare efficaci strategie di ritorsioni¹⁴³.

L'ultimo elemento da cui desumere la presenza di una posizione dominante collettiva è l'assenza di potere da parte dei concorrenti e dei clienti di reagire agli effetti negativi del coordinamento¹⁴⁴.

Infine, vale la pena rimarcare che nel caso di equilibrio collusivo da dominanza collettiva parrebbe prescindere dall'elemento soggettivo che caratterizza invece le intese anticoncorrenziali: l'abuso di posizione dominante, infatti, ha una connotazione più marcatamente oggettiva, mancando qualunque elemento di condivisione o comunicazione orizzontale, diretta o indiretta, dell'intenzione di adottare un comportamento anticoncorrenziale¹⁴⁵. Come a dire che il divieto non colpisce un'intenzione soggettiva condivisa o comunicata ai concorrenti, come quella espressa in un accordo o in una concertazione, ma un concreto comportamento, peraltro non illecito di per sé, ma solo in ragione di una speciale posizione - e della speciale responsabilità correlata - dell'impresa interessata.

¹⁴¹ Cfr. S. STROUX, *US and EC Oligopoly Control, the Hague*, 2004.

¹⁴² In entrambi i casi, tale capacità dipende, evidentemente, dal livello di semplicità della strategia comune (ad esempio, un coordinamento che si traduce in un rifiuto a contrarre è meno complesso di una strategia concernente l'imposizione di prezzi) e dal grado di trasparenza del mercato. Quest'ultimo sarà particolarmente trasparente, laddove siano presenti determinati fattori - quali reti di distribuzione o agenzie plurimandatari, strutture di costo analoghe, tecnologie condivise, strumenti di conoscenza immediata delle condizioni economiche praticate dai concorrenti e loro variazioni o iniziative promozionali - ovvero le imprese ivi operanti abbiano frequenti occasioni di incontro e scambio di informazioni.

¹⁴³ Il meccanismo di ritorsione più efficace sembra essere quello della minaccia di abbandono del comportamento collusivo da parte di tutti gli altri operatori dell'oligopolio, con conseguente ripristino di uno stato concorrenziale effettivo. Nel caso di imprese verticalmente integrate, peraltro, la strategia punitiva potrebbe essere attuata anche in un mercato a valle rispetto a quello sul quale sussisteva la collusione e si è verificata la devianza.

¹⁴⁴ V. sentenza *Compagnie Maritimes Belges*; nonché Trib, 26 gennaio 2005, Causa T-193/02, *Laurent Piau c. Commissione*; 30 settembre 2003, Cause riunite T-191/98, T-212/98 e T/214/98, *Atlantic Container Line AB and others c. Commissione*.

¹⁴⁵ Cfr. R. CALAZZO, *Antitrust. Profili giuridici*, cit., p. 110.

5. LA NOZIONE DI ABUSO E LA *RATIO* DELL'ART. 102 TFUE

L'esistenza di una posizione dominante, individuale o collettiva, non è di per sé incompatibile con le norme antitrust; ad essere vietata è, invece, il suo sfruttamento abusivo, atto a ridurre la capacità competitiva degli altri operatori – e a conservare o rafforzare quindi artificialmente siffatta posizione – ovvero a realizzare politiche di mercato che si avvalgano dell'assenza o della ridotta concorrenza per conseguire delle rendite monopolistiche a danno dei consumatori¹⁴⁶.

Sicché l'impresa dominante può competere liberamente sul mercato per migliorare ulteriormente la propria posizione, nella misura in cui essa utilizzi mezzi e strumenti leciti *ex art.* 102 TFUE. In linea di principio, la condotta dell'impresa dominante è illecita e, dunque, preclusa ai sensi di tale previsione normativa, allorché essa si avvalga del significativo potere di mercato di cui dispone per adottare comportamenti – che essa non sarebbe in grado di sostenere, se non in virtù della propria posizione di forza sul mercato di riferimento – idonei a turbare lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata sul mercato comune¹⁴⁷.

Tale preclusione discende, in particolare, dalla speciale responsabilità che, secondo la consolidata giurisprudenza UE in materia antitrust, grava sull'impresa in posizione di dominio - o sulle imprese (in presenza di una dominanza collettiva) – e che impone alla stessa (o alle stesse) di non compromettere lo sviluppo di un sano ambiente concorrenziale con le proprie politiche e strategie commerciali. In tale prospettiva di analisi, comportamenti commerciali qualificabili come legittimi, perché ascrivibili ad un aspetto normale dell'attività di un'impresa, possono essere qualificati come abusivi se realizzati da un'impresa dominante.

In aggiunta al regime di speciale responsabilità cui è sottoposta tale impresa, la medesima giurisprudenza ha individuato ulteriori tratti comuni

¹⁴⁶ V. E. CANNIZZARO – L.F. PACE, *Diritto dell'Unione europea*, (a cura di) G. STROZZI – R. MASTROIANNI, Giappichelli, Torino, 2010, p. 309.

¹⁴⁷ V. sentenza *Michelin II*, p.to 57.

dello sfruttamento abusivo della dominanza: esso riguarda, segnatamente, i comportamenti atti ad influire sulla struttura di un mercato in cui il livello di competitività è già sminuito dalla presenza dell'impresa dominante e che hanno come effetto di ostacolare la conservazione o lo sviluppo del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato interessato, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale - concetto poi sostituito con quello di concorrenza fondata sui meriti¹⁴⁸ - tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici¹⁴⁹.

Da ciò ne consegue, in primo luogo, che l'abuso di posizione dominante è un concetto di tipo oggettivo, non assumendo rilevanza decisiva l'elemento psicologico tipico dell'atto illecito (dolo o colpa), che spesso rimane sullo sfondo. Alcune pratiche, indipendentemente dalla sussistenza o meno dell'intento abusivo, possono alterare la struttura concorrenziale del mercato per il solo fatto che sono poste in essere da un'impresa dominante e, pertanto, colorarsi di illiceità anche in assenza dell'elemento volitivo¹⁵⁰. Ciò non esclude, però, che l'intento abusivo possa tornare utile quale circostanza ulteriore di cui tener conto sia nell'accertamento della pratica abusiva¹⁵¹ che nella determinazione dell'ammenda da infliggere¹⁵².

In secondo luogo, la configurazione di una violazione dell'art. 102 TFUE non richiede la dimostrazione dell'esistenza di effetti anticoncorrenziali concreti, conseguenti allo sfruttamento della posizione dominante, essendo sufficiente accertare la potenzialità abusiva di tale condotta, vale a dire l'idoneità a produrre effetti di esclusione o di sfruttamento sul mercato¹⁵³. Peraltro, occorre aggiungere che, qualora un'impresa dominante attui

¹⁴⁸ V. CG, 14 novembre 1996, Causa C-333/94, *Tetrapak II*, Racc., 1996, p. I-5951.

¹⁴⁹ V. Sentenza *Hoffmann-La Roche*, p.to 91.

¹⁵⁰ V. sentenze *Continental Can*, p.to 29 e *Hoffman-La Roche*, p.to 91.

¹⁵¹ In particolare, l'intento abusivo acquista particolare importanza nell'accertamento dell'illiceità di una condotta *ex art. 102 TFUE*, nel caso di imposizione di prezzi predatori e di azioni giudiziarie cd. "defatigatorie" (cfr. sentenze *Akzo*, p. to 72 e *Tetra Pak II*, p.to 41; nonché sentenza *Irish Sugar*, p.to 114; Trib, Causa T-111/96, *ITT Promedia NV c. Commissione*, Racc., 1998, p. II-02937, p.to 56).

¹⁵² *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, par. 2, lett. a), Reg. 1/2003*, in GUUE, 1 settembre 2006, C 210, pp. 2 e ss.

¹⁵³ Cfr. Sentenza *Akzo*, p.ti 76-82.

effettivamente una pratica il cui fine sia l'estromissione di un concorrente, il fatto che il risultato atteso non si realizzi non è sufficiente ad escludere la qualifica di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE¹⁵⁴. Parimenti irrilevanti sono, quindi, la portata del *vulnus* arrecato al contesto concorrenziale¹⁵⁵ ed il fatto che dalla condotta asseritamente abusiva non discendano vantaggi economici o competitivi per l'impresa dominante¹⁵⁶.

Ancora, il divieto di cui all'art. 102 non richiede l'instaurazione di un legame eziologico tra la pratica abusiva e la posizione dominante¹⁵⁷. In altri termini, tale previsione normativa non impone che l'impiego della potenza economica conferita dalla posizione dominante sia il mezzo con cui si esercita l'abuso¹⁵⁸. Al riguardo va detto però che, allorquando la Corte ha sancito l'applicabilità dell'art. 102 TFUE a condotte abusive poste in essere in un mercato diverso da quello in cui il soggetto agente detiene una posizione di dominio, ma ad esso strettamente connesso, essa ha altresì riconosciuto che l'art. 102 TFUE presuppone l'esistenza di un nesso tra la posizione dominante e il comportamento che si asserisce abusivo¹⁵⁹.

Le nozioni ed i concetti sinora richiamati sembrano presentare un contenuto piuttosto vago e dei contorni che difficilmente si prestano ad essere tratteggiati in maniera definitiva. Ciò parrebbe imputarsi alle peculiarità insite nelle fattispecie abusive sanzionate dall'art. 102 TFUE che, *inter alia*, non contiene un elenco esaustivo delle condotte che possono ricadere nel suo ambito applicativo¹⁶⁰. Ne consegue che sono le caratteristiche delle strategie

¹⁵⁴ V. Trib., Causa T-340/03, *France Télécom c. Commissione*, Racc., 2007, p. II-107; nonché sentenze *Compagnie Maritimes Belges*, p. ti 104 e 149, e *Irish Sugar*, p.to 191.

¹⁵⁵ V. Sentenza *Hoffman-La Roche*, p.to 123. Tuttavia, in alcuni casi, i giudici europei sembrano aver attribuito un peso maggiore alla produzione di effetti restrittivi di una certa entità della restrizione generata dalla condotta abusiva; cfr. FAULL - NICKPAYM, *EC Competition Law*, cit., par. 4.163.

¹⁵⁶ V. Commissione, 20 luglio 1999, Caso COMP/36.888, *Coppa del mondo di calcio 1998*, p.to 102.

¹⁵⁷ Cfr. Sentenza *Continental Can*, p.to 13.

¹⁵⁸ Cfr. Sentenza *Hoffman-La Roche*, p.to 91.

¹⁵⁹ Cfr. Sentenza *TetraPak II*, p.to. 27. Secondo alcuni commentatori, tale affermazione non si pone in contrasto con la giurisprudenza antecedente in ragione delle peculiarità del caso di specie (cfr. R. WHISH - D. BAILEY, *Competition Law*, cit., p. 204).

¹⁶⁰ Ed infatti, la prassi della Commissione tende ormai ad attribuire un valore limitato alle quattro tipologie di abusi elencati nell'art. 102 TFUE, lett. a-d), v. E. CANNIZZARO - L.F. PACE, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 314.

asseritamente abusive, di volta in volta considerate, nonché gli elementi fattuali posti alla base degli accertamenti condotti ai sensi dell'art. 102 TFUE, a riempire di contenuti il divieto ivi sancito¹⁶¹.

Quanto alla *ratio* sottesa all'art. 102 TFUE, tanto la Commissione quanto i giudici UE hanno affermato che tale disposizione mira a salvaguardare, in via immediata, il processo concorrenziale nel mercato interno e, in via mediata, la tutela dei consumatori finali e dei concorrenti altrettanto efficienti (c.d. *as efficient competitors*)¹⁶². Ciò si spiega con l'assunto proprio della teoria economica, secondo cui l'equilibrio raggiungibile in un assetto di mercato concorrenziale sia quello maggiormente idoneo a conseguire tanto l'efficienza allocativa quanto quella produttiva e, quindi, a produrre l'effetto ultimo di massimizzazione del benessere del consumatore e, più in generale, della collettività. E' questa la *ratio* che deve soccorrere l'interprete – sia esso il giudice, l'Autorità antitrust o la stessa impresa dominante – nell'operazione delicata e complessa volta a tracciare il confine tra le condotte pro-competitive (lecite) e quelle anti-competitive (illecite).

6. LE DIVERSE TIPOLOGIE DI ABUSO: PRATICHE ABUSIVE DI SFRUTTAMENTO E DI ESCLUSIONE

L'art. 102 TFUE, dopo aver sancito l'incompatibilità con il mercato comune dello sfruttamento abusivo di una posizione dominante, al comma 2 individua alcune tipologie di comportamenti che integrano gli estremi di tale illecito antitrust¹⁶³.

E' importante precisare che l'elenco di cui all'art. 102 TFUE non contiene un *numerus clausus* di condotte illecite, ma ha soltanto un valore meramente

¹⁶¹ V., in tal senso, R. WHISH - R. BAILEY, *Competition Law*, cit., pp. 192-199.

¹⁶² V. sentenza *Microsoft*, p.to 1070.

¹⁶³ In particolare, ai sensi dell'art. 102 TFUE, sono considerate pratiche abusive le condotte e le strategie che si sostanziano: "a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi di acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte di altri contraenti di prestazioni supplementari, che per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi".

esemplificativo: tale norma individua solo una minima parte delle pratiche considerate generalmente abusive, atteso che queste ultime, in concreto, possono assumere forme assai diversificate e ben più complesse.

Ciononostante, è possibile distinguere le fattispecie di abuso *ex art. 102 TFUE* a seconda che gli effetti anticoncorrenziali si producano nelle relazioni orizzontali dell'impresa dominante (cioè quelle intercorrenti con i propri concorrenti effettivi o potenziali) o nelle relazioni verticali della stessa (cioè quelle intercorrenti con i fornitori, nel mercato a monte, e con i clienti, nel mercato a valle)¹⁶⁴. Nel primo caso, le pratiche abusive vengono definite escludenti, in quanto esse producono un effetto di chiusura del mercato nei confronti dei concorrenti (cd. *foreclosure*): tali abusi, infatti, sono volti ad estromettere gli altri operatori dal contesto competitivo e, quindi, a monopolizzare il mercato per estrarne rendite monopolistiche a danno dei consumatori. Nel secondo caso, invece, si parla di abusi di sfruttamento in quanto le strategie adottate nelle relazioni verticali muovono dall'intento dell'impresa dominante di sfruttare semplicemente il significativo potere di mercato di cui essa dispone per applicare prezzi eccessivi o condizioni ingiustificatamente gravose, deteriori o discriminatorie nei confronti dei contraenti¹⁶⁵.

¹⁶⁴ V., *ex multis*, R. CAIAZZO, *Antitrust. Profili Giuridici*, p. 115; R. WISH - R. BAILEY, *Competition Law*, cit., p. 681 e ss; I. VAN BAEL - J.F. BELLIS, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, cit., pp. 597 e ss. Ulteriore classificazione proposta in dottrina è quella che distingue le pratiche abusive a seconda che esse siano basate o meno sui prezzi.

¹⁶⁵ Invero, accanto a tali tipologie di prative abusive potrebbe altresì aggiungersi un *tertium genus* costituito dai cd. abusi di struttura, che possono configurarsi laddove l'impresa dominante ponga in essere condotte dirette a modificare la struttura del mercato, come, ad esempio: l'acquisizione di una partecipazione di minoranza che si traduce in un controllo di fatto dell'impresa partecipata ovvero in una qualche forma di influenza sulla politica commerciale della stessa; nonché acquisizioni di licenze di proprietà intellettuale suscettibili di incidere negativamente sulla struttura del mercato e ridurre in maniera sostanziale la concorrenza (cfr. CG, 17 novembre 1987, Causa C-142 e 156/84, *Bat c. Commissione*, Racc., 1987, p. 4487, Commissione, 10 novembre 1992, Caso COMP/IV.33486, *Warner Lambert/Gillette* in GUCE 1993, L 116/21; e sentenza *Tetra Pak I*, p.to 114). V'è poi chi individua altre due tipologie di violazioni dell'art. 102 TFUE, consistenti nei cd. abusi di rappresaglia, che si configurano quando l'impresa dominante mira a pregiudicare un determinato concorrente (cfr. JONES - B. SUFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, cit., p. 359 e ss.), e negli abusi di compartimentazione, che hanno come effetto anticoncorrenziale quello di compartimentare determinate aree geografiche (cfr. R. WHISH - R. BAILEY, *Competition Law*, cit., p. 201).

Tale categorizzazione discende anche dalla diversità delle valutazioni e dei criteri che, di norma, vengono utilizzati per accertare l'eventuale abusività di una condotta.

In riferimento agli abusi di esclusione, i giudici UE e la Commissione adottano il criterio della concorrenza basata sui meriti, valutando se l'impresa dominante si sia avvalsa di mezzi diversi da quelli che reggono una normale competizione in base alle prestazioni degli operatori economici, il mantenimento del livello di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo della medesima. Ne consegue che, in linea di principio, laddove l'impresa dominante ottenga dei risultati economicamente favorevoli grazie ai propri meriti commerciali - vale a dire in virtù di una maggiore efficienza, una qualità migliore del bene offerto sul mercato o un grado di innovazione superiore dello stesso -, tale condotta non sarà passibile di censura *ex art. 102 TFUE*. Diversamente, l'impresa dominante sarà sanzionata ai sensi di tale disposizione, allorché le proprie strategie abbiano come unico effetto quello di impedire l'accesso al mercato o estromettere gli altri concorrenti altrettanto efficienti dal medesimo, essendo prive di una valida giustificazione economica.

Per converso, l'esame della liceità delle pratiche inquadrabili nella categoria degli abusi di sfruttamento viene condotta principalmente sulla base del principio di proporzionalità: si verifica se le strategie dell'impresa dominante siano necessarie e adeguate all'obiettivo economico stabilito. Sicché, l'impresa dominante sarà passibile di sanzione *ex art. 102 TFUE*, allorquando, tenuto conto anche di quanto avviene nella normale prassi commerciale, essa abbia posto in essere una strategia eccessiva e sproporzionata rispetto alle finalità perseguite. Va osservato che la disamina degli abusi di sfruttamento è piuttosto complessa, in ragione dell'inevitabile discrezionalità del parametro di riferimento sulla cui base stabilire che le condizioni o le pratiche tariffarie imposte siano sproporzionate; inoltre, si corre il rischio di invadere le competenze attribuite alle Autorità di regolazione¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Cfr. A. JONES - B. SUFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, cit., p. 363.

Per quanto valida ed utile, specie sotto il profilo operativo, la dicotomia tra abusi di sfruttamento e abusi di esclusione non può essere intesa in senso rigido: distinguere in modo netto una tipologia di abuso rispetto all'altra è un esercizio non sempre possibile, atteso che nella prassi, spesso, si registrano fattispecie complesse i cui elementi sono riferibili contemporaneamente ad una pluralità di pratiche vietate¹⁶⁷. Nondimeno, nell'economia della presente indagine, si è ritenuto opportuno mutuare tale classificazione, allo scopo di agevolare la trattazione e l'individuazione delle principali pratiche illecite ex art. 102 TFUE riscontrate nella prassi UE. Pertanto, giova ribadirlo, l'inclusione di una condotta abusiva in una categoria piuttosto che nell'altra risponde, principalmente, a mere esigenze espositive.

6.1. LE PRINCIPALI PRATICHE ABUSIVE DI SFRUTTAMENTO

Ai sensi dell'art. 102 TFUE, comma 2, lett. a), sono considerate abusive le pratiche mediante le quali sono fissati direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni di transazione non eque. Classico esempio di abuso di sfruttamento, che ricade nell'ambito applicativo della predetta norma, è l'imposizione di prezzi sovra-competitivi nelle relazioni contrattuali intercorrenti con controparti non concorrenti (in genere clienti ovvero, più eccezionalmente, fornitori), al fine di appropriarsi della cd. rendita del monopolista¹⁶⁸.

¹⁶⁷ *Ivi*, p. 364. Si pensi, ad esempio, all'imposizione di prezzi discriminatori, condotta vietata ai sensi dell'art. 102 TFUE, comma 2, lett. c): allorché l'impresa dominante impone dei prezzi minori soltanto rispetto a taluni clienti, vengono pregiudicati, da un lato, i clienti che non beneficiano di tale riduzione e, dall'altro, gli altri concorrenti egualmente efficienti che non riescono a eguagliare l'offerta dell'impresa dominante. Egualmente è a dirsi per le pratiche leganti che, sebbene mirino in via principale ad escludere o a indebolire gli altri concorrenti, possono arrecare un danno ai clienti dell'impresa dominante in termini di prezzi maggiori o di riduzione della possibilità di scelta.

¹⁶⁸ L'imposizione di prezzi sovra-competitivi è una pratica che, spesso, affianca altre tipologie di condotte abusive, in quanto, viceversa, se attuata oltre il breve periodo, finisce per produrre effetti pro-competitivi: infatti, i profitti e la redditività conseguente all'imposizione di prezzi eccessivi, in assenza di significative barriere all'entrata, possono incentivare gli altri operatori ad entrare sul mercato rilevante. E' principalmente per questo motivo che il sistema antitrust statunitense non contempla il divieto di praticare prezzi eccessivamente onerosi (cfr. P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, p. 174.)

Più in dettaglio, si presume che l'impresa dominante abbia sfruttato il proprio potere di mercato per realizzare dei profitti sovra-competitivi e che il prezzo del bene offerto sul mercato sia eccessivamente oneroso e non equo, allorché esso sia privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico del medesimo bene¹⁶⁹. Sicché si rende necessaria una complessa analisi basata, anzitutto, sul raffronto tra il prezzo di vendita del prodotto in questione e il suo costo di produzione. Qualora l'entità del margine di profitto così individuato denoti un'eccessiva sproporzione tra il costo effettivamente sostenuto ed il prezzo effettivamente richiesto, si dovrà altresì valutare la non equità dello stesso, con ciò intendendo, giova ribadirlo, l'assenza di un ragionevole rapporto tra il prezzo di vendita del bene ed il suo valore economico. A tale scopo, la non equità del prezzo potrà essere accertata mediante il confronto con i prezzi praticati dagli altri operatori concorrenti¹⁷⁰. Spesso, però, tale comparazione non è possibile vuoi perché l'impresa beneficia di un regime di monopolio legale, vuoi perché non si riesce ad ottenere dati contabili attendibili. Ne consegue che possono essere presi in considerazione anche i prezzi praticati dall'impresa dominante in un mercato rilevante diverso¹⁷¹, la quale potrà comunque giustificare l'eventuale significativa differenza tra prezzi sulla base delle diversità obiettive dei mercati interessati¹⁷².

¹⁶⁹ V. sentenza *United Brands*, p.ti 248-254.

¹⁷⁰ *Ibidem*, nonché Commissione, 25 luglio 2001, Caso COMP/C-1/36.915, *Deutsche Post AG*, in GU L 331 15 dicembre 2001, pp. 40-78).

¹⁷¹ V. Decisione *Deutsche Post*, p.to 160, e Commissione, 23 luglio 2004, *Scandlines Sverige v. Port of Helsingborg*, Caso COMP/36.568, p.ti 171; nonché Sentenza CG, 4 maggio 1988, Causa 30/87, *Pompes funèbres des régions libérées*, in Racc., 1988, p. 2479, p.to 31. Mette conto notare, inoltre, che la Corte nella sentenza *United Brands* ha affermato che sono concepibili altri metodi, menzionando, senza però specificarli, quelli elaborati dalla dottrina economica, per stabilire se il prezzo di un prodotto non sia equo (cfr. sentenza *United Brands*, p.to 253).

¹⁷² V. CG, 13 luglio 1989, Causa C-395/87, *Pubblico ministero c. Jean-Louis Tournier*, Racc., 1989, p. 2521, p.to 38. Va da sé che l'analisi dei prezzi sovra-competitivi dovrà tener conto delle peculiarità e delle circostanze del caso di specie quali, la tipologia dei prodotti o dei servizi interessati, la posizione dei concorrenti e le caratteristiche del mercato di riferimento. Le difficoltà relative all'identificazione di un prezzo competitivo, esercizio che richiede sforzi investigativi particolarmente onerosi e interventi di natura quasi regolatoria, sono i motivi alla base di una prassi poco sviluppata in materia.

Va osservato che le considerazioni ed i principi relativi ai prezzi sovra-competitivi trovano applicazione, *mutatis mutandis*, nei casi concernenti la non equità dei prezzi di acquisto¹⁷³ e, più in generale, delle condizioni contrattuali imposte dall'impresa dominante.¹⁷⁴

Ulteriori tipologie di abusi di sfruttamento sono le pratiche suscettibili di rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 102, comma 2, lett. b), TFUE, norma che, come visto, proibisce di limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori. In sostanza, tale divieto sanziona le inefficienze e l'incapacità delle imprese dominanti di soddisfare la domanda, siano queste ultime delle imprese pubbliche in regime di monopolio legale - rispetto alle quali l'art. 102 TFUE è stato applicato in combinato disposto con l'art. 106 TFUE¹⁷⁵ - ovvero degli operatori privati¹⁷⁶.

Nella categoria in esame vanno altresì incluse le pratiche abusive discriminatorie, considerate illecite *ex art. 102, comma 2, lett. c), TFUE*, nella misura in cui esse applichino "*condizioni dissimili per prestazioni equivalenti*" dalle quali discenda una svantaggio competitivo per il soggetto

¹⁷³ V. CG, 28 marzo 1985, Causa C-298/83, *CICCE c. Commissione*, Racc., 1985, p. 1105, p.ti 7 e 22.

¹⁷⁴ V. CG, 27 marzo 1974, Causa C-127/73, *BRT c. SABAM*, Racc., 1974, p. 313, p.ti 6-15, e 5 ottobre 1988, Causa C-247/86, *Alsatel c. Novasam*, Racc., 1988, p. 5987, p.to 10.

¹⁷⁵ Nella causa *Porto di Genova*, la Corte ha affermato che un'impresa titolare di diritti esclusivi concernenti l'esecuzione delle operazioni portuali aveva violato l'art. 102 TFUE, nella misura in cui si era rifiutata di servirsi di tecnologie moderne con conseguente aumento dei costi di tali operazioni e ritardi nella loro esecuzione (cfr. CG, 10 dicembre 1991, Causa C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, Racc., 1991, p. I-5889, p.to 20). Del pari, nella causa *Höfner*, la Corte ha stabilito che si può riscontrare una violazione dell'art. 102 TFUE, nella misura in cui un'ufficio pubblico per l'occupazione, titolare di un diritto esclusivo, non è manifestamente in grado di soddisfare la domanda esistente sul mercato per questo tipo di attività (cfr. CG, 23 aprile 1991, Causa C-41/90, *Höfner c. Macrotron*, Racc., 1991, p. I-1979, p.to 31).

¹⁷⁶ Nel procedimento *P&I Clubs*, la Commissione ha stabilito che un'impresa esercita uno sfruttamento abusivo dei suoi clienti, allorché offra loro un unico prodotto assicurativo che ha lasciato insoddisfatta una parte sostanziale della domanda. La Commissione ha altresì precisato che esula dalle proprie competenze decidere quale sia il livello di copertura che la medesima impresa doveva fornire nel mercato rilevante; pertanto, essa può intervenire solo se esistono elementi chiari ed inequivocabili a riprova del fatto che una quota sostanziale della domanda viene privata di un servizio di cui ha manifestamente bisogno (cfr. Commissione, 12 aprile 1999, Caso n. IV/D-I/30.373, *P&I Clubs*, in GUCE L 125 del 19 maggio 1999, pp. 12-31, p.to 128). Del pari, nel procedimento *E.ON*, chiuso con l'accettazione degli impegni proposti dall'impresa dominante sotto inchiesta, una delle censure mosse a *E.ON* era che quest'ultima avesse limitato la propria produzione di elettricità allo scopo di aumentare i prezzi nel mercato tedesco dell'elettricità all'ingrosso a scapito dei consumatori (cfr. Commissione, 26 novembre 2008, Casi COMP/39.388 e 39.389, in GU C 36 del 13 febbraio 2009, p. 8).

discriminato¹⁷⁷. Anche in riferimento a tali pratiche sorgono problemi relativi all'individuazione del parametro di riferimento che consenta di stabilire l'equivalenza delle transazioni commerciali riguardanti il bene offerto dall'impresa dominante¹⁷⁸. Le modalità più frequenti mediante le quali si realizzano le pratiche in commento sono la concessione di sconti o riduzioni soltanto ad alcuni clienti o che incidono in maniera differente sulla clientela cui essi sono destinati¹⁷⁹, nonché per il tramite di politiche di prezzo che variano a seconda delle aree geografiche, laddove tali strategia non siano supportate da adeguate giustificazioni di tipo economico o dalle condizioni presenti nei territori interessati¹⁸⁰.

6.2. LE PRINCIPALI PRATICHE ABUSIVE DI ESCLUSIONE

Le pratiche abusive di esclusione sono le più ricorrenti nella prassi UE. Rientrano in tale categoria gli accordi di esclusiva¹⁸¹, nonché i sistemi di sconto e di riduzione c.d. fidelizzanti in quanto atti a produrre i medesimi effetti di

¹⁷⁷ Si noti che nella pertinente prassi UE non è data rinvenire un'analisi approfondita relativa allo svantaggio concorrenziale che la pratica discriminatoria abbia arrecato agli altri operatori di mercato: in alcuni casi non è stato considerato affatto (v. sentenze *United Brands* e *Corsica Ferries*) o è stato ritenuto sussistere in *re ipsa* (v. sentenza *Irish Sugar*, p.to 170); in altri, in presenza di imprese dominanti in regime di monopolio legale, è stato posto in evidenza il danno diretto ai consumatori finali che, di norma, non sono in concorrenza gli uni con gli altri (v. Commissione, 25 luglio 2001, *Deutsche Post -Intercettazione di posta transfrontaliera*, Caso COMP/C-1/36.915, p.to 133).

¹⁷⁸ Al riguardo, si riscontra una lettura piuttosto ampia del requisito dell'equivalenza da parte delle istituzioni UE: ad esempio, nella causa *Deutsche Bahn*, sono stati ritenuti equivalenti i trasporti su linea ferroviaria dei container marittimi destinati alla Germania o provenienti da tale paese, che transitavano all'uopo per un porto tedesco, belga o olandese (cfr. Trib, 21 ottobre 1997, *Deutsche Bahn c. Commissione*, Causa T-229/94, Racc., 1997, p. II-1689, confermata in appello da CG, 27 aprile 1999, Causa C-436/97 P, Racc., 1999, p. I-2387).

¹⁷⁹ Il *leading case* in materia è la sentenza *Aeroporti portoghesi*, nella quale è stata accertata la violazione dell'art. 102, comma 2, lett. c), TFUE, da parte dell'autorità aeroportuale portoghese, per aver fissato dei sistemi di riduzione delle tasse di atterraggio di natura discriminatoria. In particolare, Corte ha sentenziato che, pur essendo del tutto lecito che in un sistema di sconti quantitativi i maggiori acquirenti o utilizzatori di un prodotto conseguano riduzioni più elevate, tale sistema diviene illecito qualora si ravvisi che le soglie ed i meccanismi di attribuzione delle riduzioni conferiscano a determinate controparti commerciali un vantaggio economico non giustificato dal volume d'affari da essi apportato e dalle eventuali economie di scala che essi consentono di realizzare al fornitore rispetto ai loro concorrenti (cfr. CG, 29 marzo 2001, Causa C-163/99, *Portogallo c. Commissione*, Racc., 2001, p. I-2613, p.ti 49-57).

¹⁸⁰ V. sentenza *United Brands*, p.ti 204-209 e 227-234; nonché Trib, causa T-83/91, *Tetra Pak II*, Racc., 1994, p. II-755, p.to 170, e Causa T-168/01, *GlaxoSmithKline*, Racc., 2006, p. II-2969, p.to 177.

¹⁸¹ Cfr. Sentenza *Hoffman-La Roche*, p.to 89.

tali accordi¹⁸². Tali pratiche possono essere ritenute illecite *ex art. 102 TFUE*, laddove risultino idonei a ostacolare i concorrenti attuali e potenziali nella distribuzione dei propri prodotti e servizi, innalzandone i costi di commercializzazione e distribuzione sul mercato¹⁸³. L'intento escludente sotteso all'instaurazione dei rapporti di esclusiva è evidente: esso consiste nell'ostacolare l'accesso agli sbocchi sul mercato da parte delle altre imprese sul mercato. Tra i sistemi di sconto applicati nella prassi commerciale si possono individuare: (i) gli sconti di fedeltà (cd. *loyalty rebates*), concessi in cambio dell'impegno del clienti di non approvvigionarsi presso gli altri concorrenti, considerati illeciti poiché non basati su economie di scala o di transazione¹⁸⁴; (ii) gli sconti *target*, accordati in base al volume di acquisti effettuati dai clienti distributori nel corso di un periodo di riferimento, allorquando essi raggiungano gli obiettivi previamente pattuiti con il fornitore¹⁸⁵; (iii) gli sconti selettivi, cioè quelli rivolti soltanto ad una parte della clientela o che prevedono delle aliquote di sconto diverse o personalizzate¹⁸⁶; e

¹⁸² Cfr. Trib, 1 aprile 1993, Causa T-65/89, *BPB Industries*, Racc., 1993, p. II-389, p.to 68.

¹⁸³ Il rischio che tali pratiche possano produrre effetti di *foreclosure* a danno dei concorrenti emerge chiaramente anche dalle Linee direttrici in materia di accordi verticali, cfr. *Orientamenti sulle restrizioni verticali* (2010/C 130/01), p.to 133: "È più probabile che gli obblighi di monomarchismo determinino una preclusione anticoncorrenziale quando sono concordati da imprese dominanti".

¹⁸⁴ V. Sentenza *Suiker Unie c. Commissione*, p.ti 517-528. In particolare, sono tali gli sconti la cui concessione è subordinata alla condizione che il cliente – quale che sia, peraltro, l'importo, considerevole o minimo, dei suoi acquisti – si approvvigioni per la totalità o per una parte significativa del suo fabbisogno presso l'impresa in posizione dominante. Al riguardo, occorre valutare l'insieme delle circostanze, segnatamente, i criteri e le modalità di concessione degli sconti, ed esaminare se tali sconti mirino, mediante un vantaggio che non è giustificato da alcuna prestazione economica, a togliere o a ridurre all'acquirente la possibilità di scelta per quel che concerne le sue fonti di approvvigionamento, a precludere l'accesso al mercato ai concorrenti o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata (v. CG, 9 novembre 1983, Causa C-322/81, *Michelin c. Commissione*, Racc., 1983, p. 3461, p.ti 71 e 73).

¹⁸⁵ Nella sentenza *Michelin*, il Tribunale ha affermato che, al di là delle denominazioni formali, la liceità di un sistema scontistico dipende dalla presenza o meno di elementi fidelizzanti nelle modalità di applicazione degli sconti. A tal fine, rilevano i seguenti parametri: (i) la durata del periodo di riferimento per il calcolo degli sconti eccessivamente lunga; (ii) la retroattività degli sconti, ossia la loro applicazione all'insieme degli acquisti effettuati; (iii) le sensibili variazioni del tasso di sconto tra uno scaglione e l'altro, che finiscono per premiare in maniera sproporzionata i clienti che effettuano acquisti più importanti (cfr. cfr. sentenza Trib, Causa T-203/01, *Michelin c. Commissione*, p.ti 48-114, nonché CG, 15 marzo 2007, *British Airways*, Causa C-95/04 P, Racc., 2007, p. I-2331, p.ti 68 e 71-74).

¹⁸⁶ V. Commissione, 14 maggio 1997, *Irish Sugar*, Casi COMP/IV34.621 e IV/35059.

(iv) gli sconti quantitativi, accordati in misura proporzionale ai volumi acquistati dai clienti che ne beneficiano¹⁸⁷.

L'art. 102, comma 2, lett. d), TFUE vieta le pratiche consistenti "nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi". Rientrano nell'ambito applicativo di tale norma le pratiche leganti (cd. *tying* o *tie-in*), le quali si configurano allorché un'impresa dominante subordini la vendita di un bene (cd. "bene legante") alla condizione che il compratore acquisti un altro prodotto o servizio economicamente separabile dal primo (c.d. "bene legato"), senza che sussista l'esigenza di effettuare una vendita congiunta, difettando un collegamento tra i beni così "legati": in sostanza, il potere di mercato detenuto rispetto al bene legante viene utilizzato come leva per estendere la propria dominanza su mercati più o meno contigui¹⁸⁸. A ben vedere, gli effetti anticoncorrenziali si producono nel mercato del prodotto legato, atteso che l'impresa dominante costringe i clienti ad acquistare un insieme di beni senza alcuna giustificazione oggettiva - *id est* ragioni tecniche o di efficienza economica ovvero proprie degli usi commerciali vigenti -, in tal modo sottraendoli ai propri concorrenti attivi nella fornitura del bene legato. Ai fini dell'accertamento dell'abusività di una pratica legante, occorre accertare, da un lato, l'artificialità della vendita congiunta, vale a dire che i beni legati costituiscono due prodotti chiaramente distinti e commerciabili separatamente, e, dall'altro, la natura coercitiva di tale vendita, cioè l'impresa dominante deve forzare i propri clienti ad acquistare i prodotti congiuntamente¹⁸⁹. Una

¹⁸⁷ Anche se, in generale, gli sconti quantitativi sono compatibili con l'art. 102 TFUE laddove legati ai volumi di acquisti, fissati in maniera obiettiva e applicabili indistintamente a tutti gli acquirenti, in quanto basati sulle efficienze ed i risparmi realizzati in conseguenza di ordini ingenti e costanti (cfr. sentenza *Hoffman La-Roche*, p.to 90); essi possono essere censurati nella misura in cui contengano elementi fidelizzanti (cfr. sentenza *Michelin*, p.ti 48-114).

¹⁸⁸ Cfr. CG, Causa C-333/94 P, *Tetra Pak*, Racc., 1996, p. I-5951, p.to 37; e sentenza *Microsoft*, p.to 861.

¹⁸⁹ Cfr. sentenza *Microsoft*, p.ti 842, 859-862, 867 e 869. Nel caso di specie, *Microsoft* è stata sanzionata per aver abbinato Windows Media Player (bene legato, consistente nel proprio programma di lettura di file musicali) a Windows (bene legante, consistente nel proprio sistema operativo per personal computer, rispetto al quale *Microsoft* era in posizioni di quasi-

particolare forma di *tying* si può riscontrare nei mercati dei beni e servizi secondari (cd. *after markets*): l'impresa che produce un bene primario durevole di un certo valore tenta di monopolizzare gli *after markets* connessi a tale bene al fine di conseguire extraprofiti dai clienti "catturati" (cd. *locked-in*) per aver acquistato il bene primario¹⁹⁰. In sostanza, il produttore di un bene primario utilizza il potere di monopolio sui pezzi di ricambio di tale bene, in modo da monopolizzare anche il mercato dei servizi di assistenza e manutenzione relativo ai propri prodotti. Ne consegue che la forma tipica di tali pratiche abusive è il rifiuto del produttore del bene primario di fornire pezzi di ricambio originali ai manutentori indipendenti, allo scopo di estrometterli dal mercato dell'assistenza e di monopolizzarlo¹⁹¹.

Altra pratica escludente è quella che ricomprende tutte le condotte finalizzate a procurare deliberatamente un aumento dei costi dei propri concorrenti e, quindi, a menomare la loro capacità competitiva (cd. *raising rivals' costs*). Ancorché esse siano riconducibili, in gran parte, ad alcune condotte abusive prima menzionate (quali, ad esempio, le pratiche scontistiche e quelle leganti), tale categoria è comunque importante dal punto di vista sistematico in ragione della sua valenza residuale, specie in presenza di pratiche abusive che non siano inquadrabili nelle predette infrazioni antitrust.

6.2.1. L'IMPOSIZIONE DI PREZZI PREDATORI

L'idea di fondo sottesa alla fissazione di prezzi predatori può essere sintetizzata nei termini che seguono: allorché un'impresa dominante si trova a

monopolio). Con specifico riferimento alla natura coercitiva, essa può ravvisarsi sia in presenza di un rifiuto esplicito di vendere i propri prodotti separatamente (cfr. Sentenza *Tetra Pak*, cit.) sia per il tramite di strategie commerciali consistenti, ad esempio, nel ritiro o la riduzione di sconti, premi o benefici di altra natura nel caso di acquisto separato da parte dei clienti (cfr. sentenze *Hilti* e *Tetra Pak II*, cit.).

¹⁹⁰ Cfr. M. FATTORI- M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, p. 211.

¹⁹¹ E' poco probabile che le pratiche in commento siano abusive laddove si riscontrino le seguenti condizioni: (i) il mercato del bene primario è molto competitivo; (ii) le informazioni relative ai prezzi di beni e servizi secondari connessi al bene primario sono molto dettagliate; (iii) la domanda è sufficientemente sofisticata. Infatti, in tale ipotesi, il cliente è in grado di orientare la propria scelta verso l'offerta globale considerata più conveniente; cfr. Commissione, 26 settembre 1995, *Pelikan/Kyocera* (1995), COM(96) 126 (non pubblicata). Per una sintesi del caso, v. XXV *Relazione sulla politica di concorrenza* 1995, p.to 87.

dover affrontare la pressione concorrenziale di un concorrente già presente sul mercato o di un nuovo entrante, essa riduce deliberatamente il prezzo del prodotto offerto sul mercato in modo da portarlo ad un livello sotto-costi; una volta esclusi o indeboliti tali operatori, l'impresa dominante procede al rialzo dei prezzi a livelli sovra-competitivi per recuperare le perdite subite e conseguire profitti monopolistici¹⁹². Peraltro, un'impresa dominante può ricorrere a tale pratica anche per segnalare ai propri concorrenti che punirà i tentativi di esercitare una vera concorrenza¹⁹³.

Le condotte predatorie pongono non pochi problemi dal punto di vista del test da applicare per accertarne l'abusività. La scelta dei parametri sui cui basare tale accertamento è molto importante poiché da ciò dipende la corretta demarcazione tra le condotte pro-competitive e quelle anticompetitive.

Il primo test di predatorietà a riscuotere maggior consenso tanto in dottrina quanto in giurisprudenza è stato quello elaborato dalla dottrina statunitense. Si tratta del test *Areeda-Turner*, in applicazione del quale si poteva presumere la predatorietà di un prezzo allorché questo era inferiore al costo medio variabile¹⁹⁴. Tale approccio è stato successivamente modificato dalla Suprema Corte degli Stati Uniti, la quale ha aggiunto all'analisi prezzo\costo la necessità di provare la capacità dell'impresa dominante di recuperare le perdite subite a causa dell'imposizione di prezzi predatori (cd. *recoupment*)¹⁹⁵.

Nell'ordinamento UE, la Corte di Giustizia ha declinato i criteri sulla cui base occorre procedere all'accertamento di una condotta predatoria nella sentenza *Akzo*¹⁹⁶. In tale pronuncia, i giudici europei, discontandosi dal test

¹⁹² Cfr. R. WHISH-R. BAILEY, *Competition Law*, cit., p. 741.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ Cfr. P. AREEDA - D. TURNER, *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, in *Harvard School Review*, 1975.

¹⁹⁵ Cfr. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993); *Weyerhaeuser Company v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Company*, 549 U.S. 312 (2007)

¹⁹⁶ Per un commento di tale sentenza, v. L. GORMLEY, *AKZO - Judgment is Given*, in *European Business Law Review*, 1991, p. 170; J. SMITH, *Abuse of a Dominant Position: Predatory Pricing: AKZO Chemie BV v. Commission*, in *European Competition Law Review*, 1991, pp. 205-210; F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La aplicación del artículo 86 del Tratado de Roma a los precios predatorios: el caso Azko*, in *Actas de Derecho Industrial*, 1991-92, pp. 247-266; A. MASTRORILLI, *Vendita*

Areeda-Turner, hanno preso in considerazione non solo i costi sostenuti dall'impresa dominante, ma anche l'intento di evizione sotteso alla politica di prezzi attuata da tale impresa. Muovendo dall'assunto che non tutte le forme di competizione che fanno leva sui prezzi sono legittime¹⁹⁷, la Corte ha affermato, in primo luogo, che i prezzi inferiori ai costi medi variabili ("CMV") devono essere considerati in via di principio abusivi in quanto, in tal caso, si presume che l'impresa dominante operi in perdita e, quindi, che il suo unico scopo economico è di eliminare i propri concorrenti¹⁹⁸. In secondo luogo, la Corte ha chiarito che i prezzi inferiori ai costi medi totali ("CMT"), ma superiori ai CMV devono essere considerati abusivi solo quando sono stabiliti nel quadro di un piano avente lo scopo di eliminare un concorrente; tali prezzi, infatti, possono estromettere dal mercato le imprese che potrebbero essere altrettanto efficienti, ma che, per via delle loro più modeste capacità finanziarie, sono incapaci di resistere alle pressioni concorrenziali esercitate nei loro confronti¹⁹⁹.

In sostanza, mentre nella prima ipotesi l'intento eliminatorio dell'impresa dominante può essere presunto, nella seconda ipotesi l'elemento soggettivo deve essere debitamente provato²⁰⁰.

In seguito, nella causa *France Télécom*²⁰¹, la Corte ha precisato che siffatta presunzione di predatorietà ha valore *iuris tantum*, essendo quindi possibile

sottocosto: concorrenza o predazione?, in *Il Foro italiano*, 1992, pp. 81-89; L. SANFILIPPO, *Fissazione dei prezzi dei prodotti e posizione dominante delle imprese. Vendita sotto costo come abuso di posizione dominante - I primi effetti della sentenza Akzo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1992, pp. 381-393.

¹⁹⁷ Inoltre, la Corte ha escluso dal novero dei normali mezzi di concorrenza il conseguimento di ragguagli sulle condizioni praticate da un concorrente, da parte di un'impresa dominante presso imprese che essa intende acquisire come clienti (cfr. sentenza *Akzo*, p.ti 70 e 147-148).

¹⁹⁸ Più specificamente, in tale ipotesi, ogni vendita comporta per l'impresa dominante una perdita, ossia la totalità dei costi fissi (vale a dire quei costi che restano costanti a prescindere da quale sia l'entità dei quantitativi prodotti) e, almeno in parte, dei costi variabili relativi all'unità prodotta. Sicché tale impresa non ha alcun interesse a praticare simili prezzi se non quello di eliminare i propri concorrenti, per poter poi rialzare tali prezzi approfittando della situazione di monopolio (cfr. *Ivi*, p.to 71).

¹⁹⁹ *Ivi*, p.to 72.

²⁰⁰ *V.*, in tal senso, sentenza *Tetra Pak*, p.to 44.

²⁰¹ Per un commento di tale sentenza, v. A. ALEMANNI - M. RAMONDINO, *The ECJ France Télécom/Wanadoo judgment: "To recoup or not to recoup? That "was" the question for a predatory price finding under Article 82 EC"*, in *European Law Reporter*, 2009, pp. 202-210; R.K. WAGNER, *La*

per l'impresa dominante fornire una prova contraria²⁰². Al riguardo, però, è stato chiarito che un'impresa dominante non può giustificare vendite sotto-costo con la necessità di allineare i propri prezzi a quelli di un altro fornitore, qualora sia certo che essa abbia intrattenuto con quest'ultimo stretti contatti sulla politica da adottare in materia di prezzi²⁰³.

Nella medesima pronuncia, discontandosi dalla giurisprudenza statunitense prima menzionata, la Corte ha ribadito, inoltre, che la prova del *recoupment* non costituisce un presupposto necessario per dimostrare il carattere abusivo di una condotta predatoria²⁰⁴.

6.2.2. IL RIFIUTO A CONTRARRE

Il rifiuto di fornire un prodotto o un servizio ad altri operatori presenti sul mercato, da parte di un'impresa dominante, può, in determinate circostanze, costituire un abuso escludente. In linea di principio, tale fattispecie riguarda un'impresa verticalmente integrata, dominante nel mercato a monte ed operante anche nel mercato a valle, che nega o impone delle condizioni contrattuali inique ovvero ritarda o riduce la qualità delle proprie prestazioni ad un operatore (già esistente o nuovo) che ne necessita sul mercato a valle, senza addurre alcuna giustificazione obiettiva²⁰⁵. Nella maggior parte dei casi, infatti, il rifiuto a contrarre genera una preclusione verticale poiché il

jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt "France Télécom", in Revue du droit de l'Union européenne, 2009, pp. 327-335; nonché, in senso critico, A. PALMIERI - R. PARDOLESI, Prezzi predatori e antitrust europeo: spiragli che non si schiudono, in Il Foro italiano, 2009, pp. 274-278.

²⁰² V. CG, 2 aprile 2009, Causa C-202/07 P, *France Télécom c. Commissione*, Racc., 2009, p. I-2369, p.to 109.

²⁰³ *Ivi*, p.ti 41-49.

²⁰⁴ Infatti, già nella sentenza *Tetra Pak*, la Corte aveva escluso la necessità della prova del *recoupment*, sottolineando però che non fosse opportuno esigere anche tale prova supplementare considerate le "circostanze del caso di specie", le quali consistevano, segnatamente, nel potere di mercato considerevole detenuto da *Tetra Pak* e nella sussistenza di evidenze chiare ed univoche rispetto all'intento predatorio sotteso alla strategia attuata da tale impresa (cfr. sentenza *Tetra Pak*, p.to 44). Per un commento di tale sentenza, v. S. BASTIANON, *Il caso "Tetra Pak II" e l'art.86: dallo sfruttamento abusivo "per estensione" alla posizione dominante "per relationem"*, in *Il Foro italiano*, 1997, pp. 71-84; L. SANFILIPPO, *Preminenza di un'impresa e suoi abusi: si conferma la rilettura innovativa dell'intero art.86 del Trattato di Roma*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1996, pp. 741-746; nonché, in senso critico, V. KORAH, *Tetra Pak II - Lack of Reasoning in Court's Judgment*, in *European Competition Law Review*, 1997, pp. 98-103.

²⁰⁵ Cfr. R. WHISH - R. BAILEY, *Competition Law*, cit., p. 698.

pregiudizio anticoncorrenziale si produce sul mercato a valle; tuttavia, non mancano i casi in cui si riscontra una preclusione orizzontale, allorché gli effetti anticompetitivi interessino il mercato a monte²⁰⁶.

L'obiettivo perseguito dall'impresa dominante è quello di estendere abusivamente il potere economico detenuto rispetto ad un bene primario (cd. input) sul mercato dove viene fornito un bene secondario (cd. output), sfruttando il fatto che il primo rappresenta una componente necessaria per la produzione e\o la commercializzazione del secondo²⁰⁷. Sicché il ricorso a tale pratica abusiva deve essere contrastato in ragione degli effetti preclusivi che essa può generare, specie nei mercati investiti dai processi di liberalizzazione, rispetto ai quali, spesso, gli interventi ostruzionistici delle imprese dominanti assumono proprio tale forma²⁰⁸; egualmente è a dirsi, per i mercati farmaceutici e delle tecnologie dell'informazione, in cui lo sviluppo e l'innovazione possono essere frenati da un uso improprio (*rectius*: abusivo) dei diritti di privativa, infliggendo, in tal modo, un danno rilevante per i consumatori²⁰⁹.

A ben vedere, però, tale fattispecie solleva non poche problematiche, le quali richiedono alle Autorità antitrust di procedere con estrema cautela. In primo luogo, perché il diritto di scegliere i propri partner commerciali e quello di disporre liberamente dei propri beni sono principi generalmente riconosciuti a livello sia UE che nazionale²¹⁰. In secondo luogo, perché la giustificazione di una compressione di tale diritto in termini di politica di concorrenza, spesso, richiede un'attenta ponderazione di considerazioni contrapposte: se da un lato, nel breve periodo, l'imposizione di un obbligo di

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ Cfr. M. SIRAGUSA, *Le essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in E. RAFFAELLI (a cura di) *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 167.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ Cfr. S. ANDERMAN - E. SCHMIDT, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, Oxford University Press, 2011, pp. 276 e ss.; V. KORAH, *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, Oxford, 2006, pp. 133-167; F. LÉVÊQUE, *Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case*, in *World Competition*, 2005, pp. 71 e ss.

²¹⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs, Causa C-7/97, *Oscar Bronner*, p.to 56.

contrarre in capo all'impresa dominante può generare effetti pro-competitivi, giacché, consentendo agli altri operatori di competere con l'impresa dominante, rafforza la concorrenza effettiva sui mercati interessati; dall'altro, tali effetti potrebbero diminuire nel lungo periodo, poiché l'obbligo di contrarre potrebbe disincentivare sia l'impresa dominante che i concorrenti della stessa ad effettuare investimenti per migliorare o innovare il bene in questione²¹¹.

Peraltro, la letteratura economica invita a tener conto della razionalità di un comportamento siffatto, poiché, in taluni casi, l'impresa dominante nel mercato dell'input ha già il potere di estrarre extra-profitti e, quindi, non ha interesse ad estenderlo sul mercato dell'output in quanto ciò comporterebbe solo lo spostamento di tali profitti più a valle nel processo produttivo e non la loro duplicazione²¹². Tuttavia, se ciò può esser vero, vi sono altresì ipotesi in cui la razionalità di una condotta abusiva può discendere tanto dalla presenza di una regolamentazione stringente sul mercato a monte che rende più conveniente monopolizzare il mercato a valle in ragione dei maggiori margini di manovra sullo stesso, quanto dall'intento di attuare una strategia di *raising rivals' costs* mediante l'introduzione di un'ulteriore barriera all'ingresso per i nuovi entranti sul mercato a monte²¹³.

Quanto ai parametri valutativi utilizzati nell'accertamento di un rifiuto a contrarre a livello sia europeo che nazionale, essi sono tratti, principalmente, dalla dottrina statunitense dell'*essential facilities*²¹⁴. In conformità a tale dottrina, l'abusività di tale condotta può configurarsi in presenza delle seguenti circostanze: (i) dipendenza completa dall'infrastruttura essenziale del mercato a valle, cioè l'unicità dell'input è tale che l'unico modo per accedere su tale mercato è quello di ottenere la sua cessione; (ii) indispensabilità dell'input, cioè non è possibile rinvenire valide alternative ovvero la riproduzione del bene è impossibile o straordinariamente difficile in ragione di ostacoli di

²¹¹ *Ivi*, p.to 57.

²¹² Cfr. M. FATTORI- M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, pp. 182 e ss.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ Cfr. R. WHISH - R. BAILEY, *Competition Law*, cit., pp. 699 e ss.

natura tecnica, economica o normativa (peraltro, quanto all'onere della prova, è stato precisato che a nulla rileva la difficoltà di un'impresa a sostenere gli investimenti sostenuti dal titolare dell'input)²¹⁵; (iii) idoneità del diniego a impedire o ostacolare l'accesso al mercato a valle, che può concretizzarsi anche quando il dominante impone condizioni discriminatorie o inique (cd. rifiuto *de facto*); (iv) assenza di una giustificazione basata su ragioni tecniche o di efficienza, nonché propria dei normali rapporti commerciali²¹⁶.

Come detto, il rifiuto a contrarre può manifestarsi anche dall'utilizzo illecito di un diritto di privativa. Ed infatti, i giudici europei hanno utilizzato, con i dovuti accorgimenti, la dottrina dell'*essential facilities* anche laddove il rifiuto riguardava un bene immateriale²¹⁷. In tale contesto, il bilanciamento degli interessi in gioco - consistenti nel diritto di privativa, da un lato, e dalla libera concorrenza, dall'altro - è ancora più delicato vuoi perché tale diritto, per definizione, implica la detenzione di un potere di monopolio rispetto ad un bene immateriale che può essere esercitato in piena autonomia dal suo titolare, vuoi perché si devono tutelare gli sforzi e gli investimenti sostenuti dal titolare nonché gli incentivi all'innovazione. Il *leading case* a livello UE è la sentenza *IMS Health*, che trae origine da un rifiuto di concedere l'accesso ad un database per la fornitura di informazioni farmaceutiche²¹⁸. In tale pronuncia, la Corte ha affermato che l'abusività di tale condotta discende dalle seguenti condizioni: (i) indispensabilità dell'input, a nulla ostando l'assenza di una commercializzazione in via autonoma, ma rilevando solo la non sostituibilità e la non duplicabilità; (ii) l'impedimento dell'emersione di un prodotto nuovo per il quale esiste una domanda potenziale; (iii) l'assenza di una valida giustificazione; (iv) la completa esclusione della concorrenza nel mercato connesso²¹⁹. In presenza di tali condizioni, il titolare del diritto di privativa deve consentire l'accesso all'input, in modo da consentire ai concorrenti di

²¹⁵ CG, 26 novembre 1998, Causa C-7/97, *Oscar Bronner*, Racc., 1998, p. I-7791, p.ti 38-47.

²¹⁶ Cfr. R. WHISH - R. BAILEY, *Competition Law*, cit., pp. 699 e ss.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ CG, 29 aprile 2004, Causa C-418/01, *IMS Health*, Racc., 2004, p. I-5039.

²¹⁹ *Ivi*, p.to 52.

svolgere una competizione effettiva mediante l'introduzione di prodotti differenziati. In sostanza, si trasmettono degli "anticorpi concorrenziali" alla disciplina dei diritti di privativa²²⁰. In seguito, nella causa *Microsoft*, il Tribunale è intervenuto sulla seconda e sulla quarta condizione, precisando che la condizione dell'emersione del prodotto nuovo non va interpretata in senso letterale - cioè come un bene specifico con caratteristiche innovative ben identificate rispetto a quelli disponibili sul mercato -, bensì come possibilità generica di innovare attraverso l'introduzione di beni con caratteristiche dissimili da quelle del bene fornito dall'*incumbent*; rispetto al grado di concorrenza che residua a seguito del rifiuto, il Tribunale ha chiarito che tale pratica non deve escludere l'esistenza di un grado sufficiente di concorrenza e che tale non è lo scenario in cui gli operatori siano confinati in nicchie di mercato²²¹.

7. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 102 TFUE: LE GIUSTIFICAZIONI OBIETTIVE

Al pari della disciplina concernente le quattro libertà fondamentali previste nell'ordinamento UE, è possibile derogare anche all'applicazione delle norme antitrust europee, se e nella misura in cui ricorrano determinate condizioni²²². Ciò trova un immediato riscontro nel tenore letterale dell'art. 101, paragrafo 3, TFUE, che, come noto, contempla i requisiti da soddisfare per sfuggire al divieto di intese restrittive previsto da tale norma.

Con specifico riferimento all'art. 102 TFUE, ancorché non sia previsto espressamente, non si vede alcun motivo per precludere la possibilità di derogare al divieto dello sfruttamento abusivo di una posizione dominante ivi contenuto. Invero, esigenze di coerenza sistematica sembrerebbero suggerire di mutuare l'approccio bifasico contemplato dall'art. 101 TFUE: una volta riscontrata un'intesa restrittiva della concorrenza, occorre verificare se essa

²²⁰ Cfr. M. FATTORI- M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, pp. 190 e ss.

²²¹ Cfr. Sentenza *Microsoft*, p.to 563.

²²² Cfr. A. ALBORS - LLORENS, *The role of objective justification and efficiencies in the application of article 82 EC*, in *Common Market Law Review*, 2007, 1729-1735; R. WHISH, *Competition Law*, Oxford University Press, 2008, p. 206.

possa essere esentata dall'applicazione di tale disposizione. Ne consegue che, anche nell'*enforcement* dell'art. 102 TFUE, la Commissione sarebbe tenuta a valutare se una condotta *prima facie* abusiva possa essere giustificata e, quindi, essere considerata immune da censure antitrust.

D'altronde, anche la Corte di Giustizia UE ha avallato tale impostazione²²³. I giudici europei, però, non hanno ancora fornito una chiara categorizzazione delle giustificazioni obiettive.

Sicché alcuni commentatori hanno provato a distinguere le fonti da cui traggono origine tali giustificazioni, al fine di proporre la seguente tripartizione: legittimità di una condotta commerciale, il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico e la produzione di efficienze economiche²²⁴.

La categoria delle condotte commerciali legittime comprende i comportamenti compatibili con una competizione incentrata sui meriti. L'art. 102 TFUE, infatti, non proibisce tale forma di concorrenza, atteso che non vengono censurate le pratiche mediante le quali l'impresa dominante è in grado di fornire prestazioni migliori rispetto a quelle degli operatori concorrenti, in ragione della maggiore efficienza del processo produttivo o di un livello di innovazione superiore. Rientrerebbero in tale ambito anche le condotte delle imprese dominanti volte a proteggere i propri interessi commerciali²²⁵, nella misura in cui le contromisure adottate in risposta alle condotte assunte dagli altro operatori siano eque e proporzionate²²⁶. Egualmente è a dirsi per i casi in cui la condotta ritenuta *prima facie* abusiva sia

²²³ V., ad esempio, sentenza *United Brands*, p.to 184; nonché sentenze T-30/89, *Hilti c. Commissione*, Racc., p. II-263, p.ti 102 e ss., e *Microsoft* p.to 709

²²⁴ Cfr. T. VAN DER VIJVER, *Objective Justification and Article 102 TFEU*, in *World Competition*, 2012, p. 62. L'Autore riprende tale categorizzazione dal discorso di P. LOWE, *DG Competition's review of the Policy on Abuse of Dominance*, in *International Antitrust & policy, Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 2003*, (New York. Juris Publishing, 2004), pp. 170-171.

²²⁵ Cfr. Sentenza *United Brands*, p.to 189. Si pensi, ad esempio, ad un regime tariffario differenziato in ragione della diversa entità dei costi sostenuti nelle aree in cui l'impresa dominante è attiva (cfr. sentenza *United Brands*, p.ti 218-220) ovvero della forte domanda dei clienti (cfr. sentenza *Tournier*, p.to 42).

²²⁶ Cfr. A. ALBORS-LLORENS, *The role of objective justification and efficiencies in the application of article 82 EC*, cit., p. 1741. L'Autrice richiama quanto affermato nella sentenza *United Brands*, cit., p.to 190, laddove la Corte ha affermato che "*pur potendosi ammettere un'eventuale reazione [da parte dell'impresa dominante], questa deve essere proporzionata alla minaccia, tenuto conto della potenza economica delle imprese coinvolte*".

dovuta a limitazioni fisiche – derivanti, ad esempio, dalla capacità di trasporto di un gasdotto – ovvero a restrizioni contrattuali o preoccupazioni relative alla solvibilità della controparte contrattuale²²⁷.

Quanto alla categoria delle giustificazioni obiettive incentrate sul perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, il suo riconoscimento desta ancora qualche perplessità, dovute principalmente al fatto che, sinora, la Corte di Giustizia UE non ha ancora accolto tale eccezione²²⁸. Ciononostante, è stato sostenuto che tale circostanza non possa precludere ad un'impresa dominante di invocare tale giustificazione²²⁹, laddove si consideri che l'art. 102 TFUE deve essere interpretato alla luce dei principi e degli obiettivi dell'Unione²³⁰, i quali comprendono, *inter alia*, la realizzazione di uno sviluppo sostenibile, del progresso sociale nonché di un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente²³¹. Del pari, l'utilizzo di tale eccezione troverebbe conferma nel fatto che, nell'ambito dell'art. 101 TFUE, la tutela degli interessi pubblici può determinare l'esenzione di un'intesa dal divieto imposto da tale norma²³². Peraltro, anche la Commissione si è trovata a dover valutare la deroga in esame: essa ha disatteso le argomentazioni difensive basate sul perseguimento di siffatti interessi non in punto di diritto ma solo di fatto, segnatamente, perché non avevano superato il test di proporzionalità²³³.

²²⁷ Cfr. T. VAN DER VIJVER, *Objective Justification and Article 102 TFEU*, p. 65.

²²⁸ In particolare, nella causa *Hilti*, il Tribunale ha respinto le giustificazioni afferenti alla tutela della salute e della sicurezza pubblica, rilevando che l'impresa dominante non poteva arrogarsi un tale compito, stante l'esistenza di regolamentazioni specifiche nel caso di specie e di organismi governativi deputati alla loro applicazione al fine di proteggere tali valori (cfr. sentenza *Hilti*, p.to 118). Allo stesso modo, nella causa *Tetra Pak II*, il Tribunale, rifacendosi a quanto già sostenuto nella sentenza *Hilti*, ha ribadito che, in mancanza di norme e di principi generali vincolanti rispetto ad una condotta *prima facie* abusiva, il diritto antitrust UE non consente ad un'impresa dominante di assumere determinazioni tali da incidere sulla libertà di agire degli altri operatori indipendenti (cfr. sentenza *Tetra Pak II*, cit., p.to 83)

²²⁹ Cfr. T. VAN DER VIJVER, *Objective Justification and Article 102 TFEU*, pp. 65-66.

²³⁰ Cfr. sentenza *Continental Can*, p.to 25.

²³¹ Art. 3, paragrafo 3, TUE.

²³² Cfr. Sentenza *Wouters*, cit.

²³³ Nel caso *Porto di Genova*, è stato confermato che la protezione dell'ambiente rientra nel novero delle giustificazioni obiettive (cfr. Decisione della Commissione 97/745/CE, in GUCE, 1997, L 301/27, p.to 21); nel caso *Aeroporti Spagnoli*, è stata presa in considerazione la riduzione dell'inquinamento acustico (cfr. decisione della Commissione 2000/521/CE, in GUCE L 208/36, p.to 52); nel caso *GVG/FS*, la Commissione ha ribadito che la salute pubblica

La terza categoria delle giustificazioni obiettive riguarda le efficienze economiche²³⁴, la cui rilevanza è stata riconosciuta anche dalla Corte di giustizia UE²³⁵. Più specificamente, secondo i giudici europei, è importante stabilire se l'effetto preclusivo derivante da una determinata condotta, svantaggiosa per la concorrenza, possa essere controbilanciato o anche superato da vantaggi in termini di efficienza che vadano anche a beneficio del consumatore. Qualora, tenuto conto delle circostanze del caso di specie, l'effetto preclusivo di tale condotta non sia in relazione con i vantaggi per il mercato e per i consumatori o se ecceda quanto necessario per conseguirli, essa deve essere considerata abusiva²³⁶. Peraltro, in tale disamina va considerata altresì la tutela degli incentivi all'innovazione dell'impresa dominante²³⁷. In altri termini, per invocare la giustificazione obiettiva basata sulle efficienze economiche, l'impresa dominante deve provare che la condotta *prima facie* abusiva genera degli effetti pro-competitivi tali da controbilanciare quelli restrittivi ed escludere un danno netto per i consumatori.

7.1. NOZIONI DI PARTE SOSTANZIALE DEL MERCATO COMUNE E DI PREGIUDIZIO AL COMMERCIO TRA STATI MEMBRI

L'art. 102 TFUE sancisce l'incompatibilità con il mercato interno e, dunque, il divieto per le imprese dello sfruttamento abusivo di una posizione

costituisce una giustificazione obiettiva (cfr. Commissione, caso COMP/37.865, in GUCE, 2004, L 11/17, p.to 136).

²³⁴ Cfr. R. WHISH, *Competition Law*, cit., p. 208.

²³⁵ V. sentenze *Hoffmann-La Roche*, p.to 90, *Michelin I*, p.to 85, *Michelin II*, cit., p.to 59. Al riguardo, è stato osservato che il test utilizzato dai giudici europei risulta essere troppo stringente, cfr. C. AHLBORN and A. J. PADILLA, *From Fairness to Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law*, paper presentato all'Istituto Universitario Europeo, per il XII Competition Law and Policy Workshop. *A Reformed Approach to Article 82 EC*, 2007, p. 29. E' interessante notare altresì che nella sentenza *TACA* il Tribunale ha negato che le efficienze possano essere utilizzate come giustificazioni obiettive (v. Trib. Cause riunite da T-191/98 a 212/98, p.to 1112). Questo rappresenta, però, un caso isolato.

²³⁶ Cfr. sentenza *British Airways*, p.ti 65, 67-75 e 86.

²³⁷ Cfr. Sentenza *Microsoft*, p.to 709. Nel caso di specie, *Microsoft* aveva giustificato il proprio rifiuto di concedere una licenza di proprietà intellettuale sottolineando il pregiudizio che un'eventuale concessione avrebbe causato per i suoi incentivi ad innovare e che ciò avrebbe limitato lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori.

dominante sul "mercato comune o su una parte sostanziale di questo", "nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri".

Queste due condizioni delimitano la sfera di applicazione materiale dell'art. 102 TFUE, circoscrivendola ai casi che abbiano un'effettiva rilevanza per l'ordinamento UE; qualora esse non vengano soddisfatte, troveranno applicazione, se del caso, soltanto le discipline antitrust nazionali.

Quanto al primo requisito, l'individuazione di cosa si intenda per "mercato comune" non solleva particolari difficoltà; è tuttavia raro nella prassi riscontrare dei comportamenti abusivi che incidano sul mercato comune complessivamente inteso²³⁸. Più problematica appare essere, invece, la definizione di "parte sostanziale del mercato comune", atteso che nella prassi decisionale dei giudici UE e della Commissione non è dato ricavare un criterio certo e univoco, non essendo state mai specificate quali siano le soglie quantitative minime per poter ritenere sostanziale il mercato di riferimento²³⁹. In taluni casi sono stati utilizzati criteri di natura economica, attribuendo rilevanza, in particolare, a fattori di tipo quantitativo, quali il volume e l'organizzazione della produzione di un bene o la prestazione di un servizio²⁴⁰, il consumo del medesimo, nonché le abitudini e le possibilità economiche di venditori ed utilizzatori²⁴¹. Per converso, altre decisioni si sono basate sulla

²³⁸ V. sentenza *Akzo*, p.to 61 (*Akzo* era leader mondiale nel mercato dei perossidi organici) sentenza *Hilti*, p.to 81 o ancora, sentenza *Tetra Pak II*, p.to 98, dove la posizione dominante delle imprese in questione fu ritenuta sussistere in tutta la Comunità economica europea.

²³⁹ Cfr. R. WHISH - R. BAILEY, *Competition Law*, cit., p. 190. Del resto, un approccio siffatto presenterebbe i limiti di un'analisi puramente quantitativa (v., in tal senso, le conclusioni dell'Avv. generale Warner, Causa C-77/77, *BP c. Commissione*).

²⁴⁰ Nei casi relativi al settore dei trasporti, in particolare, si è data rilevanza al volume del traffico, al quantitativo di passeggeri e di merci movimentato, arrivando a riconoscere quali parti sostanziali del mercato comune aree portuali (cfr. sentenza *Merci convenzionali Porto di Genova*, p. to 15; Commissione, 21 dicembre 1993, *Port of Rødby*, Caso COMP/94/119/CE, p.ti 7-9; e Caso COMP/IV/34689, *Sea Containers/Sealink*, p.to 77) o aeroporti (cfr. Commissione, 14 gennaio 1998, Caso COMP/IV/34.801, *FAG Flughafen Frankfurt/Main AG*, p.ti 57- 58, nonché 11 giugno 1998, Caso COMP/IV/35.613, *Alpha Flight Services/Aéroport de Paris*, p.ti 77-82).

²⁴¹ V. CG, Causa C-40/73, *Suiker Unie e a. c. Commissione*, p. to 371, dove si discorreva, *inter alia*, se il Belgio e il Lussemburgo, su cui una delle imprese coinvolte vantava una posizione dominante nel settore della produzione dello zucchero, potessero essere considerati parte sostanziale del mercato comune. In tale causa, la Corte ha risolto positivamente tale quesito, tenuto conto che la produzione di zucchero in Belgio rappresentava circa il 10% del totale UE, mentre il consumo costituiva poco più del 5% di tutta l'Unione. V., in tal senso, anche le conclusioni dell'Avv. generale Mayras, Causa C-127/73.

dimensione geografica del mercato rilevante: il territorio di un intero Stato membro è, di per sé, generalmente considerato parte sostanziale del mercato comune²⁴², così come sono ritenuti tali anche regioni più limitate, che però presentino caratteristiche di estensione o di densità abitativa notevoli²⁴³. Il criterio geografico viene inoltre coniugato con l'analisi del regime normativo in vigore nel mercato rilevante, in quanto l'impresa che dispone di un monopolio legale è considerata essere titolare di una posizione dominante su una parte sostanziale del mercato comune²⁴⁴.

Quanto al pregiudizio al commercio tra gli Stati membri, secondo la costante giurisprudenza UE, esso sussiste allorché la condotta abusiva possa avere un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, non trascurabile sul flusso degli scambi all'interno del mercato unico²⁴⁵: affinché una pratica abusiva sia vietata *ex art. 102 TFUE*, è necessario che questa generi effetti transfrontalieri, idonei a danneggiare in maniera sensibile la struttura competitiva del mercato²⁴⁶.

Considerata la centralità di tale nozione nella delimitazione dell'applicazione della disciplina antitrust dell'Unione, anche alla luce del

²⁴² V. Commissione, 19 dicembre 1974, Caso COMP/IV/28851, *General Motors Continental*, p.to 7. Tale criterio è stato utilizzato anche in presenza di dimensioni geografiche non particolarmente significative (cfr. Sentenza *Irish Sugar*, p.to 99, in cui l'Irlanda è stata considerata parte sostanziale del mercato comune, pur coprendo soltanto l'1,4% del mercato europeo dello zucchero).

²⁴³ V. sentenza *Suiker Unie*, p.ti 445-448, che, alla luce della popolazione e del volume di produzione di zucchero, ha considerato la parte meridionale della Germania parte sostanziale del mercato unico europeo. Più di recente, v. anche CG, 25 ottobre 2001, Causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Racc., 2001, p. I-8089, p.to 38. In senso contrario, v. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 441, secondo cui il ricorso esclusivo a fattori di tipo geografico e non economico rischierebbe di sottoporre all'attenzione delle Autorità UE casi che in concreto non hanno un impatto sensibile sul commercio europeo e che sarebbe più opportuno demandare alle Autorità nazionali.

²⁴⁴ Cfr. CG, 27 marzo 1974, Causa C-127/73, *Belgische Radio en Televisie e société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs*, Racc., 1974, p. 313, p.to 5.

²⁴⁵ Cfr. CG, 30 giugno 1966, Causa C-56/65, *Technique miniere c. Maschinenbau Ulm GmbH*.

²⁴⁶ Cfr. CG, 28 aprile 1998, Causa C-306/96, *Lavico c. Yves Saint Laurent*, Racc., 1998, p. I-1983, p. to 16 e, più di recente, Causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, p.to 48. Mette conto precisare altresì che la nozione di pregiudizio al commercio non coincide con la definizione dei mercati geografici rilevanti, atteso che tale pregiudizio può registrarsi anche nei casi in cui il mercato geografico rilevante è nazionale o anche sub-nazionale. Allo stesso modo, facendo specifico riferimento al commercio tra gli Stati membri, il criterio in parola differisce da quello concernente la restrizione sensibile della concorrenza, concetto analizzato dalla Comunicazione *de minimis*, p.ti 74-77.

nuovo sistema di applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE introdotto dal Reg. 1/2003 in virtù del quale l'esistenza del pregiudizio in parola implica l'applicazione di detta disciplina in aggiunta a quella nazionale da parte delle ANC e delle giurisdizioni degli Stati membri, la Commissione ha raccolto i principi enucleati dai giudici dell'Unione in un'apposita Comunicazione²⁴⁷.

In conformità al tenore letterale degli artt. 101 e 102 TFUE, nonché alla giurisprudenza UE, tre sono i concetti evidenziati ed esplicitati dalla Commissione in tale Comunicazione: (i) commercio tra Stati membri; (ii) capacità di pregiudicare; e (iii) incidenza sensibile. Pertanto è utile ripercorrere sinteticamente le principali indicazioni fornite dalla Commissione.

La nozione di commercio tra Stati membri è alquanto ampia, atteso che essa ricomprende tutte le attività economiche transfrontaliere e, quindi, non solo il flusso transfrontaliero di beni e servizi, ma anche altre forme di attività come lo stabilimento²⁴⁸. Sono da includersi, inoltre, le condotte che pregiudicano la struttura concorrenziale di un mercato. Le ripercussioni devono interessare almeno due Stati membri, ma non è necessario il pregiudizio del commercio tra l'intero territorio di uno Stato membro e l'intero territorio di un altro Stato membro.

Per quanto riguarda l'idoneità di una fattispecie ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri, secondo il criterio standard sviluppato dalla Corte di giustizia, tale nozione implica che deve essere possibile prevedere con un grado di probabilità adeguato, in base ad un complesso di fattori obiettivi, di fatto o di diritto, che l'accordo o la pratica possano avere un'influenza, diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti degli scambi fra paesi dell'UE. Essa va verificata alla luce di una serie di elementi di tipo qualitativo, quali la natura della pratica oggetto di scrutinio e dei beni interessati, nonché di fattori

²⁴⁷ V. Commissione, *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in GUUE 27 aprile 2004 C 101, pp. 81 ss. E' bene precisare che, pur costituendo un utile punto di riferimento, le Linee direttrici non sono vincolanti per le Autorità antitrust ed i tribunali nazionali (Cfr. I. VAN BAELE - J.F. BELLIS, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, cit., p. 121).

²⁴⁸ *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, p.to 33.

di tipo quantitativo, quali la posizione e l'importanza nel mercato dell'impresa in questione, il tutto tenendo conto del contesto giuridico ed economico in cui la pratica ha avuto luogo²⁴⁹.

Il riferimento a fattori oggettivi e probabilistici fa sì che esuli dalla valutazione in parola l'esistenza di una volontà soggettiva in capo all'impresa interessata, così come non è necessario stabilire se la pratica abbia avuto un'effettiva incidenza sul commercio, essendo sufficiente verificare anche la sola idoneità a produrre un effetto di tal genere²⁵⁰. Allo stesso modo, l'incidenza sugli scambi può essere dimostrata facendo ricorso sia agli effetti diretti della pratica abusiva, sia ad eventuali effetti indiretti generati sulle attività economiche transfrontaliere di imprese che dipendono dai prodotti cui si applica la pratica²⁵¹.

Da ultimo, va accertata l'apprezzabilità degli effetti pregiudizievoli²⁵²: l'abusività della pratica è infatti subordinata all'esistenza di un'incidenza sugli scambi quantitativamente sensibile poiché, in assenza di un impatto significativo, essa sarebbe del tutto legittima²⁵³.

La Commissione fornisce delle generalizzazioni circa la rilevabilità dell'effetto pregiudizievole nell'ambito delle pratiche realizzate nel territorio degli Stati membri: si è accertato che qualora l'impresa dominante commetta un abuso in una pluralità di Paesi dell'Unione, questo per sua natura è generalmente idoneo a pregiudicare il commercio intra-UE²⁵⁴. Se la pratica

²⁴⁹ *Ivi*, p.ti 28-32.

²⁵⁰ *Ivi*, p.ti 25 e 26.

²⁵¹ *Ivi*, p.ti 37-39.

²⁵² L'incidenza sensibile costituisce un elemento quantitativo che va valutato caso per caso, sulla base dell'importanza e della posizione dell'impresa in questione sul mercato rilevante, potendo essere misurata tanto in termini assoluti (cioè di fatturato), quanto in termini relativi (cioè di quota di mercato). E' inoltre necessario tenere in debito conto il contesto economico e giuridico relativo alla pratica, all'impresa ed al mercato in questione.

²⁵³ Ai fini della valutazione di tale dato, la prassi è solita fare riferimento al potere di mercato dell'impresa dominante, considerato sia in assoluto, in termini di fatturato, sia in relazione agli altri operatori del mercato di riferimento, mediante il calcolo del market share (*Ivi*, p.ti 44-49). Così si presume che una pratica abusiva possa incidere sul mercato intracomunitario quando il fatturato delle parti coinvolte superi i 40 milioni di Euro oppure queste coprano una quota complessiva superiore al 5% del mercato rilevante (*Ivi*, p.to 53).

²⁵⁴ *Ivi*, p.ti 73-76. Ciò anche qualora l'impresa commetta un abuso nei confronti di un concorrente operante in più Stati membri.

abusiva riguarda invece il territorio di un singolo Paese membro, essa avrà effetti dannosi sulla struttura concorrenziale del mercato comune, solo qualora sia idonea a produrre una chiusura del mercato nazionale ed evitare pertanto la penetrazione del medesimo da parte dei concorrenti situati in altri Stati membri²⁵⁵. In tal caso, anche l'abuso realizzato in una parte del mercato comune che non abbia effetti puramente locali e sia realizzato da un'impresa dominante almeno in una parte sostanziale del mercato comune, può integrare una condotta pregiudizievole ai sensi dell'art. 102 TFUE²⁵⁶.

Va osservato infine che quanto detto non esclude nemmeno l'applicabilità del divieto di cui all'art. 102 TFUE anche nei confronti di imprese situate in Stati terzi: ciò, evidentemente, sempreché tali imprese abbiano una posizione dominante nell'Unione o in una sua parte sostanziale e le pratiche siano poste in essere nel territorio UE o abbiano prodotto effetti pregiudizievoli in relazione agli scambi all'interno dello stesso²⁵⁷.

²⁵⁵ *Ivi*, p.ti 93-96, nonché sentenza *Michelin*, p.to 103, in cui la Corte ha precisato che “quando l'impresa in posizione dominante chiuda l'accesso al mercato a dei concorrenti, è indifferente che questo comportamento abbia luogo unicamente sul territorio di un solo Stato membro se esso può avere ripercussioni sulle correnti commerciali e sulla concorrenza del mercato comune”.

²⁵⁶ V. *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, cit., p.ti 97-99.

²⁵⁷ *Ivi*, p.ti 100-103.

CAPITOLO SECONDO

LA MODERNIZZAZIONE DELL'ART. 102 TFUE

1.Premessa. - 2. Il Documento di discussione della Commissione sull'applicazione dell'art. 102 TFUE alla categoria degli abusi escludenti. - 3. Il *Guidance Paper* della Commissione: considerazioni introduttive. - 3.1. *Ratio* e valore giuridico. - 4. Gli elementi fondamentali dell'approccio generale: ridefinizione degli obiettivi dell'art. 102 TFUE e nuovo metodo d'analisi. - 4.1. Dominanza e potere di mercato. - 4.2. La nozione di preclusione anticoncorrenziale. - 4.3. Pratiche escludenti e politiche di prezzo: *l'as efficient competitor test*. - 4.4. Eccezioni al modello di analisi degli effetti preclusivi. - 4.5. Le giustificazioni di una condotta abusiva: necessità obiettiva ed *efficiency defence*. - 5. Forme specifiche di abuso escludente: il *predatory pricing*. - 5.1. Il rifiuto di contrarre "puro" e "de facto". - 6. Spunti critici e considerazioni conclusive sul *Guidance Paper*.

1. PREMESSA

La modernizzazione delle norme dell'Unione poste a presidio della concorrenza, intesa come l'applicazione in maniera più aderente all'insegnamento della teoria economica neoclassica del diritto antitrust dell'Unione, è iniziata verso la metà degli anni '90: la Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante del 1997, il Regolamento di esenzione di taluni accordi verticali del 1999²⁵⁸, le Linee Guida sugli accordi verticali del 2000²⁵⁹ e il Regolamento sulle concentrazioni del 2004²⁶⁰, infatti, erano tutte misure che riflettevano la volontà della Commissione di mutuare un approccio maggiormente economico basato prevalentemente sulla valutazione degli effetti anticoncorrenziali sul mercato rilevante²⁶¹.

Stante l'assenza di un approccio siffatto nella prassi decisionale relativa all'abuso di posizione dominante, piuttosto refrattaria ad argomentazioni di carattere puramente economico ed efficientistico, si è avvertita l'esigenza di includere in questo processo di riforma anche l'art. 102 TFUE²⁶².

Il fatto che la modernizzazione di tale disposizione abbia seguito le riforme relative all'art. 101 TFUE ed alla disciplina in materia di concentrazioni

²⁵⁸ Reg. n. 2790/1999 della Commissione del 22 dicembre 1999, in GU L 336 del 29 dicembre 1999, pp. 21-25.

²⁵⁹ *Comunicazione della Commissione del 13 ottobre 2000: Linee direttrici sulle restrizioni verticali*, COM(2000/C 291/01, in GU C 291 del 13 dicembre 2000.

²⁶⁰ Reg. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004, in GU C 20 del 28 gennaio 2003, p. 4.

²⁶¹ Cfr. L. LOVDAHL GORMSEN, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 1-16.

²⁶² *Ibidem*.

ha costituito, per un verso, un vantaggio perché è stato possibile beneficiare delle esperienze maturate in tali contesti e, per altro verso, uno svantaggio perché esigenze di coerenza sistematica hanno imposto l'adozione della medesima metodologia e, quindi, l'adattamento delle specificità connesse agli accertamenti ex art. 102 TFUE alle cornici analitiche introdotte nelle altre aree del diritto antitrust²⁶³.

A ben vedere, la decisione di avviare un processo di revisione anche rispetto all'art. 102 TFUE è stata influenzata non solo da ragioni di ordine sistematico, ma, probabilmente, anche dalle forti critiche dottrinali che hanno giudicato i criteri adottati dai giudici dell'Unione e dalla Commissione eccessivamente formalistici e troppo ancorati a categorie di abusività individuate *a priori* sulla base di una *per se rule*²⁶⁴. In estrema sintesi, tali critiche evidenziavano che l'impostazione classica dell'art. 102 TFUE, consolidatasi nella giurisprudenza UE, rischiava di confondere la concorrenza aggressiva di un'impresa dominante con una pratica abusiva e, conseguentemente, di proteggere gli altri concorrenti e di marginalizzare il *consumer welfare* che, invece, avrebbe dovuto costituire il parametro guida dell'applicazione dell'art. 102 TFUE.

²⁶³ Cfr. F. ETRO - I. KOKKORIS, *Toward an Economic Approach to Article 102 TFEU*, in *Competition Law and the Enforcement of article 102 TFEU* (a cura di) F. ETRO - I. KOKKORIS, Oxford University Press, 2010, pp. 1-37

²⁶⁴ V., *ex multis*, J. TEMPLE LANG, R. O'DONOUGHUE, *The Concept of an Exclusionary Abuse under Article 82 EC*, in *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, 2005; C. HUMPE - C. RITTER, *Refusal to Deal*, in *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, 2005; C. AHLBORN - V. DENICOLÒ - D. GERADIN - A.J. PADILLA, *DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries*, 2006 ; C. AHLBORN, A.J. PADILLA, *From fairness to welfare: implications for the assessment of unilateral conduct under EC Competition Law*, in *European Competition Law Annual, 2007: A reformed approach to Art. 82 EC* (a cura di) C.D. ELHERMANN - M. MARQUIS, Hart Publishing, 2008; J. FAULL - A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, 2007; E. ROUSSEVA, *Abuse of Dominant Position Defences. Objective Justification and Article 82 EC in the Era of Modernization*, in *European Community law of competition*, 2008, p. 406; D.S. EVANS - A.J. PADILLA, *Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A NeoChicago Approach*, in *University of Chicago Law Review*, 2005.

2. IL DOCUMENTO DI DISCUSSIONE DELLA COMMISSIONE SULL'APPLICAZIONE DELL'ART. 102 TFUE ALLA CATEGORIA DEGLI ABUSI ESCLUDENTI

Il contesto evolutivo prima delineato ha spinto la Direzione Generale della Concorrenza (“*DG Comp*”) a dare formalmente il via al processo di revisione dell’art. 102 TFUE nel dicembre 2005, mediante la pubblicazione di un Documento di discussione rivolto alla consultazione pubblica (cd. “*Discussion Paper*”)²⁶⁵.

Tale documento conteneva soltanto i punti di vista della *DG Comp*, non essendo stato ancora approvato dalla Commissione al momento della sua emissione. Così, diversamente dall’iter tradizionale seguito nei processi di revisione, la modernizzazione dell’art. 102 TFUE non è stata preceduta dalla pubblicazione di un Libro Verde, espressione del consenso della Commissione quale organo collegiale, bensì dall’adozione di un documento atipico da parte di una Direzione Generale. Il *Discussion Paper* si differenziava dal Libro Verde anche dal punto di vista della struttura, atteso che non erano state formulate possibili alternative sulle modifiche da apportare alla disciplina esaminata: il *Discussion Paper* si presentava come un documento completo, caratterizzato da uno stile assimilabile maggiormente a quello utilizzato nella stesura della bozza delle Linee Diretrici²⁶⁶.

La scelta di procedere in tal modo era forse dipesa dal fatto che il *Discussion Paper* era stato preceduto da ampie consultazioni intercorse sia con le ANC che con molti economisti²⁶⁷; in più, il percorso da seguire ed i parametri principali erano già stati delineati dalle riforme concernenti la disciplina delle intese e delle concentrazioni. In merito all’assenza del consenso

²⁶⁵ Cfr. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, 2005, disponibile solo in lingua inglese al seguente indirizzo Internet: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

²⁶⁶ Cfr. F. ETRO - I. KOKKORIS, *Toward an Economic Approach to Article 102 TFEU*, cit., p. 162.

²⁶⁷ Valga da esempio il Parere dello *European Advisory Group for Competition Policy (EAGCP)* commissionato dalla *DG Comp*, cfr. J. GUAL - M.F. HELLWIG - A. PERROT - M. POLO - P. REY, K.M. SCHMIDT - R. STENBACKA, *Report by the Economic Advisory Group for Competition Policy on An Economic Approach to Article 82*, luglio 2005, disponibile al seguente indirizzo Internet: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/note_eagcp_july_05.pdf

della Commissione, secondo alcuni commentatori, tale circostanza sembrava voler significare l'estraneità della stessa alle proposizioni contenute nel *Discussion Paper* e, quindi, un'implicita apertura ad ulteriori discussioni con gli *stakeholders*²⁶⁸.

Con specifico riguardo al contenuto, il *Discussion Paper* si concentrava esclusivamente sugli abusi di esclusione in quanto ritenuti potenzialmente più dannosi per il benessere dei consumatori da parte della *DG Comp*²⁶⁹.

Quanto all'obiettivo, nonostante lo spirito riformatore, il *Discussion Paper* non mirava a proporre un mutamento radicale di tale disciplina, ma piuttosto a fissare i principi fondamentali della stessa, mediante la ricostruzione dell'esperienza accumulata nell'*enforcement* dell'art. 102 TFUE e della giurisprudenza europea sviluppatasi rispetto a tale disposizione²⁷⁰.

Il *Discussion Paper* persegue altresì una finalità didattico-educativo in quanto tale documento intendeva sviluppare ed esplicitare le più moderne teorie del pregiudizio competitivo che, ad avviso della *DG Comp*, dovevano essere applicate negli accertamenti delle pratiche abusive più ricorrenti, in modo da rendere più comprensibile la (nuova) politica che si voleva condurre nell'ambito dell'applicazione dell'art. 102 TFUE²⁷¹.

La pubblicazione del *Discussion Paper* è stata accolta positivamente in quanto essa costituiva la manifestazione della volontà di abbandonare l'approccio formale consolidatosi nella giurisprudenza tradizionale. Tuttavia,

²⁶⁸ Secondo alcuni commentatori, tale scelta testimoniava la riluttanza della Commissione (o di una parte di essa) in ordine alla pubblicazione di linee direttrici concernenti il regime applicativo dell'art. 102 TFUE; v., in tal senso, L. LOVDAHL GORMSEN, *Why the European Commission's enforcement priorities on Article 82 EC should be withdrawn*, in *The European Competition Law Review*, 2010, p. 45.

²⁶⁹ *Discussion Paper*, p.to 1. Gli abusi di sfruttamento e di discriminazione avrebbero dovuto costituire oggetto di ulteriori lavori nel corso del 2006 (v. Comunicato stampa diffuso dalla Commissione al momento della pubblicazione del *Discussion Paper*, "Competition: Commission publishes discussion paper on abuse of dominance", 10 dicembre 2005, IP/05/1626, reperibile sul sito Internet <http://www.europa.eu>). Tuttavia, come noto, tali lavori non sono stati ancora avviati, forse anche in ragione delle difficoltà e della lunghezza dei tempi richiesti per portare a termine l'esame relativo agli abusi escludenti.

²⁷⁰ *Discussion Paper*, p.to 5.

²⁷¹ *Guidance Paper*, p.to 2, nonché le dichiarazioni di N. KROES, all'epoca Commissario alla Politica della Concorrenza, durante la conferenza "Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82", Fordham Corporate Law Institute, New York, 23 settembre 2005, (Speech/05/537, reperibile sul sito Internet <http://www.europa.eu>).

tale documento ha fatto registrare anche varie critiche²⁷² che, coincidendo in gran parte con quelle mosse nei confronti del *Guidance Paper*, saranno trattate in maniera più approfondita nel prosieguo; egualmente è a dirsi per le soluzioni proposte nel *Discussion Paper*, la cui analisi sarà assorbita in quella concernente i punti principali del *Guidance Paper*²⁷³.

In seguito alla consultazione dei maggiori esperti nel settore, ai dibattiti ed ai commenti ricevuti in merito al *Discussion Paper*²⁷⁴, nonché alle sentenze del Tribunale nelle cause *Microsoft* e *France Télécom* - nei quali la Commissione ha sperimentato taluni aspetti innovativi del *Discussion Paper* dinanzi ai giudici UE - nel dicembre 2008, la Commissione ha pubblicato il *Guidance Paper*²⁷⁵.

L'importanza del modello di analisi contemplata da tale Comunicazione per l'evoluzione della disciplina dell'abuso escludente ne impone una trattazione sintetica. Sicché, nelle pagine che seguono, si cercherà di svolgere alcune riflessioni sul *Guidance Paper*, concentrando l'attenzione sui profili ritenuti più pertinenti rispetto all'oggetto della presente indagine. A tale scopo, saranno esaminati gli elementi fondamentali che costituiscono l'approccio generale proposto dalla Commissione in merito all'art. 102 TFUE e, per quanto riguarda le forme specifiche di abuso escludente - in coerenza con l'impostazione seguita nel capitolo precedente -, saranno approfonditi soltanto

²⁷² Le critiche principali avanzate rispetto al *Discussion Paper* vertevano sul fatto che i modelli di analisi ivi proposti erano alquanto complessi e difficilmente potevano essere trasfusi in regole amministrative; v., in tal senso, V. MERTIKOPOULOU, *DG Competition's Discussion Paper on the Application of Article 82 EC to Exclusionary Abuses: the Proposed Economic Reform from a Legal Point of View*, in *European Competition Law Review*, 2007, pp. 241 ss.

²⁷³ Ad ogni modo, per una disamina dell'approccio generale contemplato nel *Discussion Paper*, v., *ex multis*, L. PEEPERKORN, *Commission Publishes Discussion Paper on Abuse of Dominance*, in *Competition Policy Newsletter*, Spring 2006, pp. 4 ss.; V. MERTIKOPOULOU, *DG Competition's Discussion Paper on the Application of Article 82 EC to Exclusionary Abuses: the Proposed Economic Reform from a Legal Point of View*, cit., pp. 241 e ss.; M. DREHER - M. ADAM, *Abuse of Dominance under reform: sound economics and established case law*, in *European Competition Law Review*, 2007; C. AHLBORN - V. DENICOLÒ - D. GERADIN - A.J. PADILLA, *DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries*, cit..

²⁷⁴ Il *Discussion Paper* ha generato più di un centinaio di commenti ed osservazioni, disponibili al sito Internet: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/contributions.html>.

²⁷⁵ L'adozione di tale Comunicazione era stata preannunciata dall'allora Commissario alla Politica della Concorrenza, N. KROES, nel suo discorso "Exclusionary abuses of dominance: the European Commission priorities", tenuto al Fordham University Symposium, New York, 25 settembre 2008 (Speech/08/457, reperibile sul sito Internet <http://www.europa.eu>).

il rifiuto a contrarre ed il *predatory pricing*, essendo le pratiche abusive che presentano maggiori elementi di contatto con il *margin squeeze*. Di contro, le disposizioni del *Guidance Paper* relative a tale forma di abuso saranno analizzate nel capitolo successivo.

3. II GUIDANCE PAPER DELLA COMMISSIONE: CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Il *Guidance Paper* riproduce, in gran parte, l'impianto concettuale e le proposte racchiuse nel *Discussion Paper*, sintetizzandone notevolmente i contenuti²⁷⁶ e cercando di apportare ulteriori modifiche in risposta alle critiche che aveva sollevato tale documento di consultazione²⁷⁷. Scopo principale di tale Comunicazione è di indicare gli obiettivi cui tende la Commissione nell'applicazione dell'art. 102 TFUE, mediante l'individuazione degli abusi di esclusione che meritano la sua attenzione prioritaria; al contempo, vengono illustrati i principi interpretativi ed il tipo di evidenze sulla scorta dei quali la Commissione condurrà gli accertamenti di siffatte pratiche abusive²⁷⁸.

Come si vedrà, alcuni punti del *Guidance Paper* lasciano emergere delle soluzioni compromissorie dovute, principalmente, alla necessità di contemperare valori ed obiettivi talvolta confliggenti: da un lato, la volontà di introdurre un approccio economico basato sugli effetti e sulla valorizzazione delle efficienze generate dalle pratiche abusive, che tenga conto delle

²⁷⁶ In particolare, il testo definitivo della Comunicazione è stato notevolmente ridimensionato dal punto di vista sia dei temi affrontati – si pensi, ad esempio, alla questione estremamente complessa della dominanza collettiva, la cui disamina è stata rinviata ad un momento successivo – che del dettaglio utilizzato – il testo del *Guidance Paper* (la cui lunghezza è pari a 26 pagine) è decisamente più snello del *Discussion Paper* (che era di ben 72 pagine).

²⁷⁷ Oltre alla già menzionata difficoltà di tradurre in regole amministrative i modelli economici suggeriti, parte della dottrina aveva espresso qualche perplessità sui criteri relativi all'accertamento della dominanza, nonché su quelli concernenti l'analisi delle pratiche scontistiche, il rifiuto a contrarre e l'attribuzione dell'onere della prova in relazione all'*efficiency defence* (v. commenti menzionati *supra*, note n. 273 e 274).

²⁷⁸ *Guidance Paper*, p.to 2: "La presente comunicazione stabilisce le priorità che indirizzeranno l'azione della Commissione nell'applicare l'articolo 82 al comportamento delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti dal mercato. In parallelo alle decisioni coercitive specifiche adottate dalla Commissione, la comunicazione mira a fornire maggiore chiarezza e prevedibilità per quanto riguarda il quadro generale di analisi utilizzato dalla Commissione per stabilire se debba esaminare casi relativi a varie forme di comportamenti di esclusione, nonché ad aiutare le imprese a valutare meglio la probabilità che un certo comportamento determini un intervento della Commissione ai sensi dell'articolo 82".

peculiarità legate all'accertamento di tali condotte, al fine di limitare i "falsi positivi" ed i "falsi negativi" nell'applicazione dell'art. 102 TFUE²⁷⁹; e, dall'altro, la necessità di conciliare tale metodologia con la giurisprudenza consolidata in relazione a tale disposizione - basata su un approccio formale -, con la certezza del diritto, nonché con i parametri stabiliti dalle discipline già riformate in materia di intese e di concentrazioni.

Più specificamente, la modernizzazione dell'art. 102 TFUE richiede un mutamento significativo nell'impostazione precedentemente seguita dalla Commissione, in modo da evitare ovvero circoscrivere quanto più possibile i casi di falsi positivi. Questi ultimi sono estremamente controproducenti per lo stimolo del gioco concorrenziale in quanto, in tali ipotesi, le condotte censurate possono produrre degli effetti pro-competitivi in grado di bilanciare le restrizioni della concorrenza sui mercati interessati. Sicché la loro limitazione consentirebbe alle imprese dominanti di proteggere i propri interessi commerciali e gli investimenti effettuati e, al contempo, ai consumatori di beneficiare dei risvolti positivi delle strategie efficienti di tali imprese. Tuttavia, è altresì vero che i falsi negativi non possono essere esclusi dall'azione della Commissione poiché anch'essi attentano al mantenimento di un regime concorrenziale sui mercati interessati²⁸⁰. E' quindi necessario trovare il giusto equilibrio nell'accertamento di entrambe le tipologie di pratiche abusive, anche se ciò richiede uno sforzo notevole in termini di risorse da parte della Commissione, vista la necessità di condurre delle analisi economiche più

²⁷⁹ Per "falsi positivi" s'intendono i casi in cui la condotta dell'impresa dominante sembra, ma di fatto non è, lesiva della concorrenza, mentre per "falsi negativi" quelli in cui non vengono sanzionate pratiche che non appaiono inizialmente anticompetitive e poi si rivelano invece tali (cfr. R. WHISH - R. BAILEY, *Competition Law*, cit., pp. 193-194).

²⁸⁰ Cfr. P. LOWE, *Remarks on Unilateral Conduct*, discorso tenuto in occasione del convegno su *International Enforcement Perspectives Federal Trade Commission and Antitrust Division Hearings on Section 2 of the Sherman Act*, Washington DC, 11 settembre 2006. Al riguardo, va però osservato che secondo un'opinione largamente diffusa in dottrina, basata principalmente sulle tesi formulate dalla scuola «post-Chicago», i casi di falsi negativi destano minori preoccupazioni in quanto, a differenza dei falsi positivi, saranno assorbiti e "bonificati" dalle dinamiche di mercato, v. F. EASTERBROOK, *The Limits of Antitrust*, *Texas Law Review*, 1984, p. 63; D. MCGOWAN, *Between Logic and Experience: Error Costs and United States v. Microsoft Corp.*, in *Berkeley Tech. Law Journal*, 2005, pp. 1185-1245. In senso contrario, v. S. SALOP, *Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard*, in *Antitrust Law Journal*, 2006, p. 311.

complesse²⁸¹. L'inversione metodologica che si vuole realizzare con il *Guidance Paper* richiede inoltre una vera e propria rivoluzione culturale²⁸², consistente nella ridefinizione della nozione di libertà economica così come intesa dalla scuola di pensiero ordoliberal. Tale mutamento, già avvenuto per la disciplina delle intese e delle concentrazioni, implica maggiori difficoltà nell'applicazione dell'art. 102 TFUE. In particolare, in tale ambito, le dinamiche competitive del mercato di riferimento sono comunque condizionate ed indebolite dalla dominanza di un'impresa. Peraltro, tale fattore riduce sensibilmente la rilevanza delle efficienze in un eventuale contemperamento tra gli effetti pro ed anti-competitivi di una determinata condotta, diminuendo le possibilità che la stessa possa essere considerata lecita.

In sostanza, la dominanza di un'impresa rende più complessa l'operatività dell'approccio economico che, pur consentendo una competizione basata sul merito nella quale l'approfondita analisi degli effetti fa da contrappeso alla speciale responsabilità dell'impresa dominante, si pone comunque come obiettivo principale quello di preservare un regime concorrenziale sui mercati interessati. Il che potrebbe determinare la riemersione dell'approccio formale e, quindi, una notevole compressione dei margini di manovra dell'operatore dominante. Senza contare poi che ciò potrebbe altresì minare la coerenza sistematica all'interno della disciplina antitrust complessivamente intesa, specie in relazione alle condotte che possono ricadere nell'ambito applicativo tanto dell'art. 101 TFUE quanto dell'art. 102 TFUE.

Altro aspetto sensibile è quello del necessario bilanciamento tra approccio economico e certezza del diritto, considerato che essi sono legati da un rapporto inversamente proporzionale: la sostituzione delle *per se rules* - proprie di un approccio formale - con un'impostazione permeata da un'analisi economica più attenta all'impatto negativo della condotta scrutinata sul mercato rilevante e, segnatamente, sul benessere del consumatore, rende

²⁸¹ Cfr. P. LOWE, *Remarks on Unilateral Conduct*, cit.

²⁸² Cfr. C.D. EHLERMANN, *The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, in *Common Market Law Review*, 2000, pp. 537-574.

piuttosto arduo prevedere quand'è che tale condotta integrerà gli estremi di una violazione antitrust²⁸³. Ciò discende dalla complessità della disamina sottesa all'approccio economico, atteso il numero di fattori da analizzare - la cui incidenza varia a seconda del mercato rilevante e dello stadio di sviluppo dello stesso -, nonché la tipologia degli effetti da prendere in considerazione, comprensivi di quelli attuali e potenziali che si producono o che potrebbero prodursi nel breve e lungo periodo. Il che rende alquanto complesso ipotizzare quale possa essere il risultato della combinazione e del temperamento di tali elementi nel quadro di un accertamento antitrust *ex art.* 102 TFUE.

A tali difficoltà si aggiungono, infine, le inevitabili frizioni derivanti dal fatto che la consolidata giurisprudenza UE, sviluppatasi in relazione all'art. 102 TFUE proprio sulla base delle teorie del danno competitivo concepite nella precedente prassi decisionale della Commissione, prevede un approccio formale ed un abbondante ricorso a delle *per se rules*²⁸⁴.

3.1. *RATIO E VALORE GIURIDICO*

Il *Guidance Paper* rappresenta uno strumento alquanto *sui generis* nell'ambito del diritto della concorrenza: tale documento non è redatto nello stile tipico delle Linee Diretrici (cd. *Guidelines*), nelle quali vengono dettate regole precise e dettagliate in relazione alle tematiche affrontate, che rendono prevedibile quali saranno le conseguenze di una determinata condotta.

Per converso, il *Guidance Paper* propone un'impostazione più cauta ed un testo meno analitico, in modo da consentire una certa flessibilità nell'accertamento delle pratiche abusive cui viene attribuita la priorità nell'*enforcement* dell'art. 102 TFUE²⁸⁵. Al riguardo, viene precisato che, nell'applicare i principi generali dell'attuazione coercitiva delle norme antitrust enunciati nel *Guidance Paper*, la Commissione terrà conto dei fatti e delle

²⁸³ Cfr. G. MONTI, *Article 82 EC: What future for the effects-based approach*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, pp. 2-11.

²⁸⁴ Cfr. L. PACE, *European Competition Law: the impact of the Commission's Guidance on Article 102*, Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2011, p. 110.

²⁸⁵ Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusive Abuse in EC Competition law*, cit, p. 362.

circostanze specifiche di ogni caso, adeguando l'approccio illustrato in tale Comunicazione nella misura in cui ciò risulti ragionevole e adeguato²⁸⁶.

Parte della dottrina ha sollevato qualche perplessità sul titolo della Comunicazione in esame in quanto, ancorché esso faccia esplicito riferimento alle "priorità nell'applicazione dell'art. 102 TFUE" (cd. *enforcement priorities*), nel testo del *Guidance Paper* non è dato rinvenire alcun criterio che stabilisca la priorità di una pratica abusiva rispetto ad un'altra; infatti, vengono menzionate indistintamente tutte le classiche forme di abuso escludente e sono indicate solo le condizioni in presenza delle quali esse saranno censurate²⁸⁷.

Ci si è chiesti, allora, perché la Commissione abbia ritenuto opportuno utilizzare l'espressione *enforcement priorities*, se poi non ha fornito i parametri necessari a modulare il proprio intervento e, soprattutto, perché essa abbia adottato delle *Guidance* (Orientamenti) e non delle *Guidelines* (Linee Diretrici), strumento presente nelle altre aree del diritto antitrust.

Secondo alcuni commentatori, tale scelta è dipesa dalla necessità di evitare un distacco netto dalla giurisprudenza consolidata relativa all'art. 102 TFUE incentrata, come visto, su un approccio formale e sull'utilizzo di *per se rules*, specie con riferimento alle pratiche scontistiche²⁸⁸. Ciò si evincerebbe dal fatto che la Commissione evidenzia che la propria azione si concentrerà sui tipi di comportamento maggiormente dannosi per i consumatori²⁸⁹. Tale affermazione testimonierebbe la volontà della Commissione di assicurare un cambiamento graduale nell'*enforcement* dell'art. 102 TFUE, nel senso che si cercherà di attuare il nuovo approccio muovendo comunque dalla prassi consolidata in materia di abuso escludente; tuttavia, laddove le condizioni indicate nel *Guidance Paper* non dovessero trovare adeguato supporto in tale prassi, la Commissione baserà le proprie decisioni soltanto sui modelli

²⁸⁶ *Guidance Paper*, p.to 8.

²⁸⁷ V. G. NIELS, *Abuse and Monopolization: Unilateral Conduct by Two Competition Authorities*, in *Global Competition Policy*, 2009, pp. 7-8.

²⁸⁸ Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusive Abuse in EC Competition law*, cit., p. 363.

²⁸⁹ *Guidance Paper*, p. to 5.

innovativi presenti nel *Guidance Paper*, sottoponendoli al giudizio della Corte di Giustizia UE.

In altri termini, la forma di tale Comunicazione sarebbe dipesa dalla matrice prevalentemente (e necessariamente) propositiva della stessa e l'utilizzo dell'espressione *enforcement priorities* sarebbe volta a richiamare l'attenzione dei giudici europei sulle nuove condizioni che la Commissione ritiene debbano essere soddisfatte nell'applicazione dell'art. 102 TFUE. D'altronde, considerato che ai sensi dell'art. 19 TUE il compito di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme dell'Unione spetta esclusivamente alla Corte di Giustizia UE, l'unico modo per consentire un'evoluzione della disciplina dell'abuso escludente era quello di instaurare un dialogo con i giudici europei, in modo da legittimare i nuovi parametri sui cui poggiano i modelli di analisi contemplati nel *Guidance Paper*. Ne consegue che saranno i giudici UE a valutare l'opportunità e la coerenza di tali parametri con l'ordinamento antitrust europeo e, quindi, a scandire la transizione dall'approccio formale a quello economico. Ed infatti, come rilevato di recente dall'Avvocato generale Kokott nella causa *Solvay*, la Commissione, anche nel caso di un mutamento della sua prassi amministrativa, dovrebbe comunque agire in linea con i canoni interpretativi fissati dai giudici europei²⁹⁰.

Insomma, se è vero che la Corte di Giustizia UE potrà, se del caso, decidere di rivedere i propri orientamenti non essendo vincolata dalle pronunce precedenti²⁹¹, è altrettanto vero che laddove i giudici europei non dovessero ritenere opportuno modificare i principi espressi in tali pronunce, la Commissione dovrà informare la propria azione ai dettami in esse contenuti.

Alle peculiarità appena evidenziate vanno aggiunte quelle concernenti lo *status* del *Guidance Paper* ed il regime degli effetti giuridici di tale Comunicazione.

²⁹⁰ V. Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott, Causa C-109/10 P, *Solvay SA c. Commissione*, p.to 21.

²⁹¹ V., ad esempio, CG, Causa C-10/89, *CNL Sucal c. HAG GF*, Racc., 1990, p. I-3711; nonché, Causa C-267-268/91, *Keck e Mithouard*, Racc., 1993, p. I-3051.

In merito alla collocazione del *Guidance Paper* nel sistema delle fonti UE, è bene precisare che essa non è stata adottata dalla Commissione in virtù di poteri che le vengono conferiti dal Consiglio ex art. 103 TFUE, né tantomeno sulla base di un atto legislativo²⁹². E quindi tale Comunicazione è priva di carattere normativo²⁹³. Coerentemente, la Commissione ha precisato allora che tale Comunicazione non è destinata ad avere valenza giuridica e non pregiudica l'interpretazione dell'art. 102 TFUE da parte della Corte di giustizia UE. Il quadro generale delineato nella Comunicazione si applica inoltre senza escludere la possibilità che la Commissione respinga una denuncia qualora ritenga che un caso non sia prioritario per mancanza di interesse europeo²⁹⁴.

A ben vedere, però, nonostante le peculiarità del *Guidance Paper* e le precisazioni della Commissione appena riportate, il regime degli effetti giuridici della stessa non differisce da quello delle Linee Diretrici. Più specificamente, il *Guidance Paper* vincola la Commissione in relazione alla politica di *enforcement* ivi delineata in ragione del legittimo affidamento ingenerato negli operatori di mercato²⁹⁵. Tale impostazione sembrerebbe essere confermata anche dalla Corte di Giustizia. Quest'ultima, infatti, nella causa *Tomra*, ha disatteso le argomentazioni della ricorrente circa la mancata osservanza del *Guidance Paper* da parte della Commissione, soltanto in ragione dell'inapplicabilità *ratione temporis* della stessa²⁹⁶.

Di talché la differenza principale tra le due Comunicazioni consiste nel fatto che le Linee Diretrici riportano e sintetizzano la giurisprudenza rilevante della Corte di Giustizia UE, fornendo la posizione della Commissione in merito alla disciplina presa in considerazione; per converso, il *Guidance Paper*, pur essendo basato sulla pertinente giurisprudenza UE e sulla prassi decisionale della Commissione, tende ad una maggiore selezione di tale

²⁹² Questo è il caso del Regolamento Concentrazioni e delle corrispondenti Linee Diretrici.

²⁹³ Cfr. B.M.P. SMULDERS, *Institutional Aspects of European Commission Guidance in the Area of Antitrust Law*, in *Competition Policy International*, 2009, pp. 26 e ss.

²⁹⁴ *Guidance Paper*, p.to 3.

²⁹⁵ V. Trib, Causa T-389/94, *AIUFFASS e AKT c. Commissione*, Racc., 1996, p. II-2169, p.to 57; nonché Causa T-105/95, *WWF UK c. Commissione*, Racc., 1997, p. II-313, p.ti 53-55.

²⁹⁶ CG, 19 aprile 2012, Causa C-549/10 P, *Tomra Systems c. Commissione*, non ancora pubblicata nella Raccolta, p.to 81.

casistica al fine di rielaborarne i contenuti ed influenzare gli orientamenti dei giudici europei in merito all'art. 102 TFUE²⁹⁷.

4. GLI ELEMENTI FONDAMENTALI DELL'APPROCCIO GENERALE: RIDEFINIZIONE DEGLI OBIETTIVI DEL'ART. 102 TFUE E NUOVO METODO D'ANALISI

Nel *Guidance Paper*, la Commissione specifica gli obiettivi che saranno perseguiti nell'attuazione coercitiva dell'art. 102 TFUE: garantire che i mercati funzionino correttamente e che vi sia una "concorrenza effettiva" tra le imprese, al fine di permettere ai consumatori di trarre vantaggio dalle efficienze derivanti da una competizione siffatta, la quale si traduce in prezzi inferiori e migliore qualità, nonché in una più ampia scelta di beni e servizi nuovi o migliorati²⁹⁸. Viene altresì precisato che l'azione della Commissione mirerà a tutelare l'efficacia del processo concorrenziale e non la semplice tutela dei concorrenti: saranno censurate soltanto le pratiche abusive che escludono dal mercato gli altri concorrenti tramite mezzi diversi da una competizione basata sui meriti dei prodotti o dei servizi forniti dall'impresa dominante. Il che potrà comportare l'uscita dal mercato dei concorrenti che presentano ai consumatori un'offerta meno interessante in termini di prezzo, scelta, qualità e innovazione²⁹⁹.

Sicché l'accento viene posto sull'effettività dei processi concorrenziale nei mercati e sull'efficienza degli operatori che vi prendono parte; tuttavia, considerato che il mantenimento di un'effettiva struttura concorrenziale è l'obiettivo immediato nonché il mezzo mediante il quale massimizzare il benessere dei consumatori, qualora una condotta generi delle efficienze e, al contempo, ostacoli una concorrenza effettiva sul mercato in cui essa è posta in essere, essa sarà ritenuta illecita *ex art. 102 TFUE*.

Se è vero che siffatto obiettivo svolgeva un ruolo prioritario nell'applicazione dell'art. 102 TFUE anche prima dell'adozione del *Guidance*

²⁹⁷ Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusive Abuse in EC Competition law*, cit, p. 363.

²⁹⁸ *Guidance Paper*, p.to 5.

²⁹⁹ *Ivi*, p.to 6.

Paper, è altrettanto vero che l'orientamento tradizionale tendeva ad assicurare alle imprese la libertà di competere, senza prestare molta attenzione alla qualità del gioco concorrenziale. In tal modo, si creavano le condizioni per realizzare solo un aspetto del *consumer welfare*, vale a dire quello di assicurare una scelta più ampia, non assicurando, invece, prezzi più bassi, una maggiore qualità o nuovi prodotti. Ne consegue che la svolta che la Commissione vuole segnare con l'adozione di tale Comunicazione consiste nello spostare l'attenzione sul concetto di "*concorrenza effettiva*"³⁰⁰, con ciò intendendo un grado di competizione che assicuri degli standard qualitativi tali da massimizzare il *consumer welfare* in tutte le sue declinazioni e che non comprima eccessivamente (ed ingiustificatamente) l'autonomia delle imprese dominanti. Al riguardo, è però vero che resta ancora da chiarire quale sia il grado di concorrenza sufficiente a realizzare i suddetti obiettivi, compito che spetterà alla Commissione nello svolgimento della propria azione sotto il controllo della Corte di Giustizia UE.

L'approccio basato sulla tutela della concorrenza effettiva permette alla Commissione di allineare gli accertamenti condotti ex art. 102 TFUE a quelli svolti ai sensi dell'art. 101 TFUE. Ed infatti, la Commissione, pur riproponendo il modello tradizionale basato sull'accertamento della dominanza e poi dell'abusività della condotta esaminata, chiarisce che tale conseguenza dipende dall'esistenza di una "*preclusione anticoncorrenziale*" che, a sua volta, sussiste laddove si registri un pregiudizio per i consumatori o sui mercati interessati. E' in questo stadio dell'accertamento che si colgono i nuovi risvolti dell'approccio economico, in parte già richiamati, atteso che, alla stregua di quanto avviene ai sensi dell'art. 101 TFUE, una volta individuato tale pregiudizio, la Commissione valuterà le argomentazioni dell'impresa dominante circa la presenza di necessità oggettive o di efficienze tali da giustificare e controbilanciare gli effetti restrittivi della propria condotta.

³⁰⁰ L'importanza di tale concetto è testimoniata anche dal fatto che esso viene menzionato ben dodici volte nel testo della Comunicazione di cui si discorre (cfr. *Guidance Paper*, p.ti 5, 10, 19, 20, 27, 30, 36, 81, 85 e nota 39).

Nel declinare tale approccio bifasico nel *Guidance Paper*, diversamente al *Discussion Paper*, la Commissione non fa più riferimento alla definizione classica presente nella sentenza *Hoffmann-La Roche*, che mal si presta a supportare tale metodologia, essendo funzionale ad un accertamento monofasico e formale volto a verificare se una data condotta produca degli effetti restrittivi³⁰¹. Nondimeno, vi sono altresì casi in cui la Commissione ritiene che alcune pratiche sia abusive *per se* e, quindi, non meritano un'analisi approfondita, sulla falsariga dell'applicazione del *no economic sense test*.

4.1. DOMINANZA E POTERE DI MERCATO

Il *Guidance Paper* non introduce modifiche significative in merito alla nozione di dominanza. Nondimeno, in tale Comunicazione, la definizione tradizionale di dominanza³⁰² viene coniugata con la definizione economica di potere di mercato, intesa come capacità di aumentare il prezzo in maniera profittevole. Il parametro di raccordo di tali concetti è rappresentato dall'autonomia comportamentale dell'impresa la cui condotta è vagliata dalla Commissione.

Più specificamente, tale autonomia implica che le decisioni di un'impresa sono per lo più insensibili alle azioni ed alle reazioni degli altri soggetti del mercato interessato e, quindi, denota l'assenza di pressioni concorrenziali sufficientemente efficaci. In presenza di tali circostanze, se un'impresa è in grado di aumentare i prezzi al di sopra del livello concorrenziale in maniera redditizia per un periodo di tempo significativo, in

³⁰¹ Come vedremo meglio in seguito, siffatto approccio coniuga il *consumer welfare test* con altri parametri, al fine di adattare tale metodologia alla pratica escludente scrutinata: in presenza di un *predatory pricing*, esso viene coniugato al test del concorrente altrettanto efficiente; nei casi di rifiuto a contrarre, esso viene eseguito tendendo in debito conto gli investimenti eseguiti dalle imprese dominanti, in modo da tutelare gli incentivi all'innovazione.

³⁰² Consistente, come visto, in una situazione di potere economico grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare il persistere di una concorrenza effettiva sul mercato in questione e di agire in maniera significativamente indipendente rispetto ai suoi concorrenti, ai suoi clienti e, in ultima analisi, ai consumatori (v. sentenza *United Brands*, p.to 65 e sentenza *Hoffmann-La Roche*, p.to 38).

linea di principio, essa potrebbe godere di una posizione dominante sul mercato interessato³⁰³.

Lo spostamento dell'attenzione sulla capacità di un'impresa di aumentare i prezzi è in linea con gli obiettivi dell'art. 102 TFUE, così come riformulati nel *Guidance Paper*: proteggere un confronto concorrenziale effettivo e non i concorrenti, al fine di assicurare ai consumatori la fruizione dei benefici che ne conseguono. Peraltro, in conformità alla pertinente giurisprudenza UE³⁰⁴, viene specificato, da un lato, che la Commissione può ritenere che non vi siano pressioni concorrenziali effettive - e, quindi, che un'impresa sia dominante - anche se permane una qualche concorrenza reale o potenziale; e, dall'altro che, in generale, una posizione dominante deriva da una combinazione di vari fattori che, considerati separatamente, non sono necessariamente determinanti³⁰⁵.

Come già accennato³⁰⁶, il primo fattore che viene considerato nel *Guidance Paper* è la posizione di mercato dell'impresa dominante e dei suoi concorrenti. Sul punto, la Commissione afferma che, in base alla propria esperienza, delle quote di mercato modeste siano in generale un buon indicatore dell'assenza di un considerevole potere di mercato. In particolare, è improbabile che l'impresa goda di una posizione dominante se la sua quota di mercato è inferiore al 40% sul mercato rilevante; tuttavia, vi possono essere casi specifici in cui, anche al di sotto di tale soglia, i concorrenti non sono in grado di limitare in modo effettivo il comportamento dell'impresa che detiene tale quota³⁰⁷. In più, ancorché la detenzione di una quota elevata durante un

³⁰³ Cfr. *Guidance Paper*, p.to 11, ove viene specificato che l'espressione "aumentare i prezzi", oltre a comprendere il potere di mantenere i prezzi al di sopra del livello concorrenziale, viene utilizzata altresì per designare in forma abbreviata i vari modi in cui i parametri della concorrenza - quali prezzi, produzione, innovazione, varietà o qualità di beni o servizi - possono essere influenzati a beneficio dell'impresa dominante e a scapito dei consumatori. Inoltre, la Comunicazione precisa che la determinazione del "periodo di tempo significativo" dipenderà dal prodotto e dalle circostanze del mercato in questione ma, di norma, un periodo di due anni sarà ritenuto sufficiente.

³⁰⁴ V. Sentenze *United Brands*, p.ti 113-121 e *Atlantic Container Line*, p.to 330.

³⁰⁵ Cfr. *Guidance Paper*, p.to 10.

³⁰⁶ V. Par. 3, Capitolo Primo.

³⁰⁷ *Guidance Paper*, p.to 14, in cui viene menzionato l'esempio degli operatori concorrenti che devono affrontare gravi limitazioni di capacità. E' interessante notare che la *safe harbour* è stata

lungo periodo di tempo costituisca un'importante indicazione preliminare dell'esistenza di una posizione dominante, la Commissione non giungerà ad una conclusione definitiva sull'opportunità di avviare o proseguire un'istruttoria senza analizzare tutti i fattori che possono essere sufficienti a limitare il comportamento dell'impresa³⁰⁸.

Tale approccio differisce da quanto stabilito nella sentenza *Akzo*, nella quale, come già rilevato, la Corte ha stabilito che la detenzione di una quota di mercato pari al 50% rappresenti una presunzione di dominanza che può essere ribaltata. Tuttavia, tale discrepanza non dovrebbe arrecare alcun *vulnus* in termini di certezza del diritto. Infatti, come rilevato da alcuni commentatori³⁰⁹, per un verso, la Corte ha sempre affermato che la dominanza può discendere da vari elementi che, considerati individualmente, non sono necessariamente determinanti; e, per altro verso, né la Commissione né la Corte escludono la dominanza, laddove un'impresa detenga una quota di mercato compresa tra il 40% ed il 50% del mercato rilevante, ritenendo necessario in tal caso esaminare altri elementi. Stesso discorso vale per l'eccezione concernente i casi sotto soglia, poiché anche nella giurisprudenza UE è possibile rinvenire casi in cui è stata accertata la dominanza di un'impresa con una quota inferiore al 40%³¹⁰.

In riferimento alla concorrenza potenziale, nel *Guidance Paper*, la Commissione continua a far riferimento alla concezione di barriere all'espansione o all'ingresso sul mercato elaborata dalla *scuola di Harvard*³¹¹ e, pertanto, saranno considerati i seguenti elementi: i limiti di capacità, le economie di scala o di diversificazione, i vantaggi assoluti in termini di costi, l'integrazione verticale, nonché una rete di distribuzione e di vendita ben

umentata rispetto alla soglia proposta nel *Discussion Paper* che era pari al 25%. Tale modifica, probabilmente, è dipesa dalle forti critiche ricevute su tale aspetto e dalla necessità di evitare contrasti con la disciplina sulle intese, segnatamente quella contemplata dal Regolamento sull'applicazione dell'art. 101, comma 3, che prevede una soglia pari al 30%.

³⁰⁸ *Guidance Paper*, p.to 15.

³⁰⁹ V., in tal senso, E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusive Abuse in EC Competition law*, cit, p. 368.

³¹⁰ V. Trib, 17 dicembre 2003, Causa T-219/99, *British Airways*, Racc., 2003, p. 5917, p.ti 189-224.

³¹¹ Sul punto, v. A. JONES - B. SUFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, pp. 19 e ss.

consolidata³¹². Molti di questi parametri sono in grado di generare anche delle efficienze, le quali possono essere fatte valere dall'impresa dominante nell'ambito della seconda fase dell'accertamento, così come sopra specificato. Sicché il nuovo approccio della Commissione consente di eliminare il rischio che detti fattori vengano considerati soltanto alla stregua di barriere all'ingresso nella prima fase di tale disamina. La Commissione suggerisce inoltre che anche la condotta di un'impresa può rivelare la propria dominanza³¹³. Sebbene ciò trovi riscontro nella giurisprudenza UE³¹⁴, come già rilevato, siffatto modo di procedere potrebbe condurre ad un ragionamento di tipo circolare poiché si utilizza come evidenza della dominanza l'esistenza della condotta abusiva³¹⁵.

Il terzo fattore che viene preso in considerazione nella disamina della dominanza è il potere contrattuale degli acquirenti in quanto anch'esso può generare una pressione concorrenziale sull'operatore dominante. Tale elemento raramente è stato oggetto di valutazione³¹⁶ e, in alcuni casi, ne è stata esclusa la rilevanza³¹⁷. Ciononostante, la Commissione afferma che ne terrà conto, atteso che anche un'impresa con una quota di mercato elevata può non essere in grado di agire in maniera considerevolmente indipendente rispetto ai clienti che hanno sufficiente forza negoziale³¹⁸. Tale vincolo concorrenziale può derivare dalle dimensioni dei clienti o dalla loro importanza commerciale per l'impresa dominante, nonché dalla loro capacità di passare rapidamente a fornitori concorrenti, di favorire nuovi ingressi sul mercato e di integrarsi a livello verticale, e di minacciare in modo credibile di farlo³¹⁹. Se è ad un livello sufficiente, siffatto potere contrattuale può scoraggiare o far fallire il tentativo

³¹² *Guidance Paper*, p.to 17.

³¹³ Ad esempio qualora un'impresa abbia effettuato investimenti significativi che i nuovi operatori o i concorrenti dovrebbero eguagliare o abbia stipulato con i propri clienti contratti a lungo termine che hanno effetti di preclusione (*Ibidem*, p. to 17).

³¹⁴ V. Sentenza *United Brands*, p.to 91.

³¹⁵ Cfr. R. WHISH, *Competition Law*, Oxford University Press, 2009, p. 182.

³¹⁶ Sentenza Trib, *Irish Sugar*, p.ti 97-104.

³¹⁷ Cfr. Sentenze *Hoffmann-La Roche e BPB Industries*, cit.

³¹⁸ *Guidance Paper*, p.to 18.

³¹⁹ *Ibidem*.

da parte dell'impresa di aumentare i prezzi in maniera redditizia³²⁰. Di contro, laddove tale potere si limiti a proteggere un segmento particolare o circoscritto di clienti dal potere di mercato dell'impresa dominante, esso non può essere considerato come una pressione sufficientemente efficace³²¹. Del pari, la rilevanza di tale fattore diminuirà notevolmente in presenza di elevate barriere all'ingresso e di un numero esiguo di concorrenti o di un'acquirente di grandi dimensioni che non ha interesse a esercitare delle pressioni concorrenziali sull'impresa dominante in quanto i benefici che ne conseguiranno potranno essere fruiti anche dagli acquirenti di dimensioni minori.

Le considerazioni che precedono denotano il fatto che il *Guidance Paper* rende più elevati gli standard probatori relativi alla sussistenza della dominanza, giacché la Commissione si è impegnata a valutare tutti i fattori prima menzionati, non essendo sufficiente la sola detenzione di elevate quote di mercato. Per questo motivo, assumono grande rilevanza la classificazione e l'esplicazione delle barriere all'espansione o all'ingresso sul mercato fornite da tale Comunicazione. Le precisazioni della Commissione, infatti, temperano la diminuzione della certezza del diritto conseguente all'approccio in esame che, in parte, si distacca dalla definizione tradizionale della dominanza e dalle presunzioni legate all'ammontare delle quote di mercato, al fine di assicurare una valutazione economica più dettagliata del potere di mercato.

4.2. LA NOZIONE DI PRECLUSIONE ANTICONCORRENZIALE

La preclusione anticoncorrenziale rappresenta il punto centrale dell'analisi di cui al *Guidance Paper*. Tale parametro viene definito come una "situazione in cui l'accesso effettivo di concorrenti reali o potenziali a forniture o a mercati è ostacolato o eliminato a causa del comportamento dell'impresa dominante, e

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ V. M. MOTTA, *Competition Policy; Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, pp. 121-122.

*in cui è probabile che quest'ultima sia in grado di aumentare in modo redditizio i prezzi a scapito dei consumatori*³²².

La definizione di preclusione anticoncorrenziale presente nella Comunicazione sembra suggerire che l'accertamento di tale *vulnus* non richiede una preclusione completa per i concorrenti in merito all'accesso alle forniture o agli sbocchi dei mercati interessati. Ciò risulta essere in linea con la ridefinizione degli obiettivi dell'art. 102 TFUE prima riportati: tutelare un processo concorrenziale effettivo sì da assicurare effetti positivi per i consumatori. Sicché la preclusione anticoncorrenziale può sussistere laddove gli altri operatori non siano in grado di esercitare delle pressioni concorrenziali efficaci sull'impresa dominante, la quale, conseguentemente, è in grado di aumentare in modo redditizio i prezzi con conseguenti effetti negativi per il benessere dei consumatori. Del resto, anche la recente giurisprudenza ha escluso che sia necessario stabilire che l'impresa dominante abbia già intrapreso l'aumento dei prezzi, ma soltanto che la strategia escludente da essa posta in essere le permetta di procedere in tal senso³²³.

³²² *Guidance Paper*, p.to 19. La Commissione precisa che, in tale Comunicazione, la capacità di aumentare i prezzi comprende il potere di mantenere i prezzi al di sopra del livello concorrenziale e viene utilizzata per designare in forma abbreviata i vari modi in cui i parametri della concorrenza – quali prezzi, produzione, innovazione, varietà o qualità di beni o servizi – possono essere influenzati a beneficio dell'impresa dominante e a scapito dei consumatori (*Ivi*, p.to 11); e che l'espressione "*consumatori*" comprende tutti gli utilizzatori, diretti o indiretti, dei prodotti interessati dal comportamento, inclusi produttori intermedi che utilizzano i prodotti come fattore di produzione, nonché i distributori e i consumatori finali sia del prodotto immediato che di prodotti forniti da produttori intermedi. Qualora gli utilizzatori intermedi siano concorrenti effettivi o potenziali dell'impresa dominante, la valutazione si concentra sugli effetti del comportamento sugli utilizzatori più a valle (*Ivi*, nota 15). In altri termini, la Commissione analizzerà siffatta preclusione anticoncorrenziale a livello intermedio o a livello dei consumatori finali, oppure ad entrambi tali livelli.

³²³ V. sentenza *Microsoft*, cit., p.to 561, in cui il Tribunale ha affermato che le espressioni «*rischio di eliminazione della concorrenza*» e «*idoneo ad eliminare qualsiasi concorrenza*» esprimono il medesimo concetto, ossia quello secondo cui l'art. 102 TFUE non si applica solo nel momento in cui non esiste più, o quasi, alcuna concorrenza sul mercato. Infatti, se la Commissione fosse costretta ad aspettare che i concorrenti siano estromessi dal mercato o che tale estromissione sia sufficientemente imminente, prima di poter intervenire in forza della suddetta disposizione, ciò sarebbe manifestamente contrario all'obiettivo della stessa, che è quello di preservare una concorrenza non falsata nel mercato comune e, in particolare, di proteggere la concorrenza ancora esistente sul mercato di cui trattasi.

La nozione in esame trae ispirazione, all'evidenza, dalla teoria del *rising rivals' costs*, fortemente sostenuta dalla *dottrina post-Chicago*³²⁴. Secondo tale orientamento, un pregiudizio competitivo può essere inferito non solo allorché i concorrenti sono eliminati dal mercato ma anche quando essi sono costretti all'utilizzo di canali di accesso o di sbocco qualitativamente inferiori o che comportano costi maggiori rinviene le proprie radici; il che consente all'impresa dominante di fissare o mantenere prezzi sovra-competitivi a danno dei consumatori.

Dal punto di vista applicativo, al fine di stabilire l'esistenza di una preclusione anticompetitiva, la Commissione includerà nella propria disamina vari fattori, molti dei quali coincidono con quelli presenti nelle analisi condotte ex art. 101 TFUE.

Particolare rilevanza viene attribuita, innanzitutto, alla posizione dell'impresa dominante, atteso che, in linea di principio, quanto più forte è tale posizione, tanto più elevata è la probabilità che un comportamento volto a tutelare il potere di mercato del dominante determini una preclusione anticoncorrenziale. La particolare attenzione all'entità della dominanza presenta dei profili innovativi e sembra voler superare quanto affermato dalla giurisprudenza tradizionale, la quale, come visto, si limita a far discendere dalla posizione di dominio una speciale responsabilità di non pregiudicare il libero gioco della concorrenza, a prescindere dal potere di mercato più o meno elevato di un'impresa dominante. Tuttavia, il concetto di responsabilità speciale viene comunque riportato nel *Guidance Paper*. Ciò appare essere alquanto contraddittorio in quanto l'incidenza della dominanza e la speciale responsabilità sono difficilmente conciliabili, perché essi sono funzionali, rispettivamente, all'approccio economico ed a quello formale e perché manca un *benchmark* – quale, ad esempio, delle quote di mercato – che consenta di modulare il grado di responsabilità del dominante a seconda dell'entità del potere di mercato da esso detenuto. Sicché, secondo alcuni commentatori, tale riferimento non dovrebbe rivestire particolare rilevanza nell'insieme della

³²⁴ Sul punto v. A. JONES - B. SUFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, pp. 30-33.

Comunicazione, essendo soltanto un richiamo di stile alla giurisprudenza tradizionale³²⁵.

Nell'accertamento della preclusione anticoncorrenziale saranno presi altresì in considerazione taluni fattori già valutati nell'analisi della dominanza, quali: le condizioni sul mercato rilevante nonché le posizioni dei concorrenti, dei clienti o dei fornitori dei fattori di produzione³²⁶. Lo scopo è di esaminare la condotta asseritamente anticompetitiva alla luce del contesto di mercato nel quale è stata posta in essere, in modo da verificare se essa conduca ad un peggioramento delle condizioni e delle dinamiche concorrenziali di tale mercato³²⁷. Nell'ambito di tale valutazione, si potrà valutare anche se, sulla base delle informazioni disponibili, esistano contromosse realistiche, efficaci e tempestive che i concorrenti probabilmente adotterebbero al fine di sterilizzare gli effetti restrittivi della condotta dell'impresa dominante.

Parametri rilevanti nella disamina della preclusione anticoncorrenziale sono la portata e la durata del presunto comportamento abusivo: in linea di massima, quanto più alta è la percentuale di vendite totali sul mercato rilevante interessata da una pratica escludente e quanto più lunga è la durata di tale pratica e regolare la sua applicazione, tanto maggiore è il potenziale effetto di preclusione³²⁸.

Il *Guidance Paper* indica inoltre che l'individuazione di un potenziale danno per i consumatori può essere suffragata da prove qualitative e, ove

³²⁵ V., in talsenso, E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusive Abuse in EC Competition law*, cit., p. 372.

³²⁶ *Guidance Paper*, p.to 20.

³²⁷ *Ibidem*, ove si specifica che la Commissione cercherà di verificare se la pratica esaminata consente all'impresa dominante di orientare a suo favore un mercato caratterizzato da effetti di rete o di rafforzare ulteriormente la sua posizione su tale mercato, anche in ragione della presenza di e significative barriere all'espansione o all'ingresso. Allo stesso modo, la Commissione valuterà se tale pratica elimina un concorrente specifico che può svolgere un ruolo concorrenziale significativo pur disponendo soltanto di una quota di mercato piccola rispetto ad altri concorrenti: può trattarsi, ad esempio, del concorrente più vicino all'impresa dominante, di un concorrente particolarmente innovativo o di un concorrente noto per tagli sistematici dei prezzi. Ancora, la Commissione potrà prendere in considerazione l'eventuale selettività del comportamento in questione, atteso che, in taluni casi, l'impresa dominante può adottare una condotta escludente solo nei confronti dei clienti o dei fornitori di fattori di produzione che possono avere un'importanza particolare per l'ingresso o l'espansione di concorrenti sul mercato, aumentando quindi la probabilità di preclusione anticoncorrenziale.

³²⁸ *Ibidem*.

possibile ed opportuno, da prove quantitative. Più specificamente, nella propria analisi, la Commissione valuterà se la condotta scrutinata ha già prodotto degli effetti restrittivi. A tale scopo, si verificherà se, per ragioni imputabili al presunto comportamento abusivo, la quota di mercato dell'impresa dominante è aumentata o se la sua diminuzione è stata rallentata, nonché se, per ragioni analoghe, siano stati marginalizzati o siano usciti dal mercato dei concorrenti effettivi o se dei concorrenti potenziali abbiano tentato di entrare nel mercato senza riuscirci³²⁹. In sostanza, si tratta di analisi piuttosto complesse, volte a ricostruire le dinamiche di mercato che si sarebbero venute a delineare in assenza della condotta censurata. Sicché si rende necessaria la raccolta di informazioni connotate da un elevato livello di attendibilità, altamente sensibili per gli operatori di mercato. Tali evidenze, spesso difficili da acquisire, riguardano la struttura dei mercati interessati e, in particolare, le caratteristiche essenziali dei processi produttivi, i dati relativi ai costi ed alle vendite, nonché l'andamento delle quote di mercato sia dell'impresa dominante che degli altri operatori.

Da ultimo, va evidenziato il riferimento all'utilità delle prove dirette, nell'interpretazione di una determinata pratica abusiva. Sono da annoverare in tale categoria, ad esempio, i documenti interni dell'impresa dominante, i quali potrebbero offrire riscontri in merito all'esistenza di un piano particolareggiato messo a punto da tale impresa per escludere o prevenire l'ingresso di un concorrente. In altri termini, tali evidenze consentono di provare l'intento abusivo dell'impresa dominante. Pertanto, mentre in precedenza le prove dirette venivano prese in considerazione, principalmente, nella disamina delle pratiche consistenti nella fissazione di prezzi predatori, a seguito dell'adozione del *Guidance Paper* esse assumono una rilevanza generale in quanto la Commissione afferma che potrà tenerne conto in relazione a tutte le forme di abusi escludenti.

In proposito, però, è appena il caso di sottolineare che tali evidenze non potranno assumere rilievo decisivo negli accertamenti ex art. 102 TFUE poiché,

³²⁹ *Ibidem*.

come noto, l'abuso di posizione dominante costituisce un comportamento di natura oggettiva, natura che contraddistingue anche i fattori sulla cui base viene eseguita la valutazione degli effetti restrittivi di una condotta. E quindi la dimostrazione dell'intento abusivo mediante l'utilizzo delle prove dirette può soltanto corroborare la teoria del pregiudizio anticoncorrenziale che la Commissione incentrerà sui fattori oggettivi prima menzionati, rendendo più difficile la giustificazione della condotta abusiva da parte dell'impresa dominante.

4.3. PRATICHE ESCLUDENTI E POLITICHE DI PREZZO: L'AS EFFICIENT COMPETITOR TEST

Il *Guidance Paper* formula delle regole ben precise in merito alla disamina degli effetti restrittivi derivanti dalle pratiche abusive attuate mediante l'implementazione di politiche di prezzo. Ciò è dovuto in gran parte al fatto che, in linea di principio, una concorrenza vivace basata sui prezzi è generalmente proficua per i consumatori e che il prezzo costituisce la leva più importante del processo concorrenziale. Sicché la Commissione interverrà, di norma, soltanto allorché le politiche di prezzo di un'impresa dominante abbiano già ostacolato o siano atte ad ostacolare la concorrenza da parte dei concorrenti che risultino essere efficienti quanto l'impresa dominante (cd. *as efficient competitor test*)³³⁰.

Più specificamente, il test del concorrente altrettanto efficiente utilizza come termine di confronto un competitore ipotetico che presenta gli stessi costi dell'impresa dominante, al fine di stabilire se anche tale operatore sarebbe escluso dal mercato laddove l'impresa dominante dovesse applicare prezzi inferiori ai propri costi. L'applicazione di tale test implica la disponibilità di dati sufficientemente affidabili. Se disponibili, la Commissione utilizzerà le informazioni relative ai prezzi di costo e di vendita dell'impresa dominante stessa. Viceversa, laddove questi manchino o comunque non siano

³³⁰ *Ivi*, p.to 23.

sufficientemente attendibili, la Commissione potrà decidere di utilizzare i dati relativi ai costi dei concorrenti o altri dati comparabili affidabili³³¹.

Come vedremo più diffusamente in seguito, un approccio siffatto era già stato utilizzato nella disamina dei prezzi predatori. Sicché, al pari delle prove dirette, la novità del *Guidance Paper* in merito al test del concorrente altrettanto efficiente consiste nell'estensione del suo utilizzo a tutte le altre forme di abuso basate sui prezzi e, quindi, anche alle pratiche scontistiche, le cui valutazioni erano state fortemente criticate in ragione della scarsa attenzione agli effetti di tali condotte conseguente all'utilizzo di *per se rules*.

Un ulteriore aspetto innovativo è rappresentato dalla introduzione di nuovi parametri di riferimento in relazione ai costi: il costo evitabile medio ("CEM") ed il costo incrementale medio di lungo periodo ("CIMLP")³³² sostituiscono, rispettivamente, il costo medio variabile ("CMV") ed il costo medio totale ("CMT").

In dettaglio, ad avviso della Commissione, la mancata copertura del CEM indica che l'impresa dominante sacrifica gli utili a breve termine e che un concorrente altrettanto efficiente non può rifornire i clienti destinatari dell'offerta di tale impresa senza subire perdite. Il CIMLP è solitamente superiore al CEM perché, al contrario di quest'ultimo (che comprende soltanto i costi fissi se sostenuti durante il periodo in esame), include i costi fissi specifici per il prodotto, sostenuti prima del periodo durante il quale ha avuto

³³¹ *Ivi*, p.to 25.

³³² In particolare, il costo evitabile medio è la media dei costi che avrebbero potuto essere evitati se l'impresa non avesse prodotto una quantità discreta di produzione (extra); in questo caso si tratta della quantità che è presumibilmente l'oggetto del comportamento abusivo. Nella maggior parte dei casi, il CEM e il costo variabile medio ("CVM") sono gli stessi in quanto spesso possono essere evitati solo i costi variabili. Il costo incrementale medio di lungo periodo è la media di tutti i costi (fissi e variabili) che un'impresa sostiene per fabbricare un determinato prodotto. Il CIMLP e il costo totale medio ("CTM") sono buoni indicatori l'uno dell'altro e sono gli stessi in caso di imprese che fabbricano un unico prodotto. Se le imprese che fabbricano più prodotti hanno economie di diversificazione, il CIMLP sarebbe inferiore al CTM per ciascun singolo prodotto, in quanto i costi veramente comuni non vengono presi in considerazione nel CIMLP. In caso di produzione multipla, tutti i costi che avrebbero potuto essere evitati non fabbricando un particolare prodotto o gamma di prodotti non sono considerati costi comuni. Nelle situazioni in cui i costi comuni sono significativi, è possibile che debbano essere presi in considerazione per la valutazione della capacità di precludere il mercato a concorrenti altrettanto efficienti (v. *Guidance Paper*, nota n. 18).

luogo il presunto comportamento abusivo. Pertanto, la mancata copertura del CIMLP indica che l'impresa dominante non recupera tutti i costi fissi (attribuibili) per la produzione del bene o servizio in questione e che un concorrente altrettanto efficiente potrebbe essere precluso dal mercato³³³.

Ne consegue che se l'analisi di tali elementi indica chiaramente che un concorrente altrettanto efficiente può competere in modo efficace con le politiche di prezzo dell'impresa dominante, la Commissione, in linea di principio, si asterrà dall'intervenire in quanto riterrà improbabile che tali politiche abbiano un'incidenza negativa sulla concorrenza effettiva e, conseguentemente, sui consumatori. Per converso, se la medesima analisi suggerisce che il prezzo applicato dall'impresa dominante può potenzialmente precludere il mercato a concorrenti altrettanto efficienti, la Commissione integrerà questo aspetto nella valutazione generale sulla preclusione anticoncorrenziale, prendendo in considerazione altre prove quantitative e qualitative pertinenti³³⁴.

4.4. ECCEZIONI AL MODELLO DI ANALISI DEGLI EFFETTI PRECLUSIVI

Come visto, in via generale, la Commissione interverrà allorché accerti l'esistenza di una preclusione anticoncorrenziale e, con specifico riferimento agli abusi escludenti basati sui prezzi, allorché questi escludano o minaccino di escludere un concorrente altrettanto efficiente dal mercato interessato.

Il *Guidance Paper*, però, individua altresì delle eccezioni a tale linea di intervento. Ed infatti, in primo luogo, la Commissione riconosce che, in determinate circostanze, anche un concorrente meno efficiente può esercitare

³³³ Per applicare questi parametri di riferimento dei costi può essere necessario anche esaminare entrate e costi della società dominante e dei suoi concorrenti in un contesto più ampio. Può non essere sufficiente valutare soltanto se il prezzo o le entrate coprono i costi per il prodotto in questione, ma può essere necessario esaminare anche le entrate incrementali nel caso in cui il comportamento della società dominante in questione incida negativamente sulle sue entrate su altri mercati o per altri prodotti. Analogamente, in caso dei cosiddetti mercati "a due lati" può essere necessario esaminare contemporaneamente entrate e costi su entrambi i lati (v. *Guidance Paper*, nota n. 19).

³³⁴ *Ivi*, p.to 27.

una pressione di cui si dovrebbe tener conto nell'accertamento degli effetti restrittivi delle politiche di prezzo dell'impresa dominante³³⁵.

Il *Guidance Paper* non specifica quali siano tali circostanze ed in che modo la Commissione accerterà l'eventuale preclusione anticoncorrenziale in un'ipotesi siffatta. La Comunicazione si limita a rilevare che tale vincolo concorrenziale sarà considerato in modo dinamico poiché, in mancanza di una prassi abusiva, tale concorrente può beneficiare dei vantaggi relativi alla domanda - quali gli effetti di rete e di apprendimento - che tenderanno a migliorarne l'efficienza³³⁶. Conseguentemente, tale eccezione resta uno dei punti del *Guidance Paper* che crea maggiore incertezza e che dovrà essere chiarito dall'*enforcement* della Commissione e dalle conseguenti pronunce della Corte di Giustizia UE³³⁷.

La seconda eccezione all'approccio generale riguarda le pratiche escludenti le cui caratteristiche escludono la necessità di una valutazione dettagliata, da parte della Commissione, prima di concludere che il comportamento in questione rischia di determinare un danno per i consumatori. In particolare, qualora risulti essere del tutto evidente che una condotta sia in grado di frapporre soltanto ostacoli alla concorrenza e che la stessa non generi efficienze tali da superare o controbilanciare tali ostacoli, la Commissione potrà presumere l'esistenza di effetti anticoncorrenziali.

Questo avviene, ad esempio, quando l'impresa dominante impedisce ai propri clienti di testare i prodotti concorrenti o accorda loro incentivi finanziari

³³⁵ *Ivi*, p.to 24.

³³⁶ *Ivi*, p.to 24.

³³⁷ Sul punto, il *Discussion Paper* era più dettagliato: si precisava che la necessità di proseguire nell'accertamento di tale preclusione sussisterebbe allorché l'impresa dominante benefici di vantaggi o economie di scala non replicabili e, invece, i nuovi entranti non riescano a raggiungere la scala minima efficiente (*Discussion Paper*, p.to 129). In tali circostanze, però, sarebbe necessario distinguere i casi in cui l'impresa dominante abbia raggiunto tali efficienze in ragione degli sforzi e degli investimenti effettuati - soprattutto a livello di innovazione tecnologica - da quelli in cui essa benefici di tali vantaggi in ragione del suo status di ex-monopolista o di una speciale protezione derivante dalla titolarità di diritti speciali. Soltanto nella seconda ipotesi, infatti, sarebbe opportuno l'intervento della Commissione - specie nei mercati investiti dai processi di liberalizzazione - mentre nella prima ipotesi siffatto intervento sarebbe controproducente in quanto si rischierebbe di ostacolare un confronto competitivo basato sui meriti.

a condizione che non lo facciano, oppure paga un distributore o un cliente per ritardare l'arrivo sul mercato di un prodotto concorrente³³⁸.

Ad ogni modo, si tratta di una presunzione relativa che l'impresa dominante potrà confutare adducendo delle giustificazioni obiettive o economiche in relazione all'adozione del comportamento censurato.

In sostanza, tale eccezione comprende le pratiche escludenti che, ad avviso della Commissione, risultano essere restrittive della concorrenza per oggetto. Al pari della prima eccezione, anche in merito a tale categoria di abusi la Comunicazione non offre adeguate esplicazioni circa il test cui essa ricorrerà per la loro disamina. Nondimeno, secondo alcuni commentatori, gli esempi sopra riportati sembrano lasciar intendere che la Commissione farà riferimento al *no economic sense test*, in applicazione del quale essa dovrà verificare se la presunta condotta restrittiva apporti dei benefici all'impresa dominante e sia razionale dal punto di vista economico³³⁹.

4.5. LE GIUSTIFICAZIONI DI UNA CONDOTTA ABUSIVA: NECESSITÀ OBIETTIVA ED EFFICIENCY DEFENCE

Come visto in precedenza, una volta accertata l'abusività di una pratica escludente (fase I nell'*enforcement* dell'art. 102 TFUE), la Commissione sarà chiamata a valutare le giustificazioni addotte dall'impresa dominante (fase II nell'*enforcement* dell'art. 102 TFUE).

Diversamente dalla ricostruzione dottrinale sopra riportata³⁴⁰, il *Guidance Paper* individua soltanto due categorie di giustificazioni: la necessità obiettiva della pratica abusiva e le efficienze economiche che compensano eventuali effetti anticoncorrenziali sui consumatori (cd. *efficiency defence*)³⁴¹.

³³⁸ *Guidance Paper*, p.to 22.

³³⁹ V. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusive Abuse in EC Competition law*, cit, p. 377.

³⁴⁰ V. Par. 7, Capitolo Primo.

³⁴¹ Peraltro, diversamente dal *Discussion Paper*, il *Guidance Paper* non contempla la *meeting competition defence*. Il *Discussion Paper* suggeriva che tale difesa potesse essere invocata solo per le pratiche abusive basate sui prezzi e che l'impresa dominante doveva dimostrare che la propria condotta costituiva una mera reazione nei confronti delle strategie degli altri concorrenti volta a tutelare i propri interessi commerciali.

Nel quadro di tale analisi viene attribuito un ruolo fondamentale ai test di necessità e proporzionalità, atteso che nella Comunicazione sull'art. 102 TFUE viene specificato che la Commissione valuterà se un comportamento *prima facie* abusivo risulta essere indispensabile e proporzionato allo scopo assertivamente perseguito dall'impresa dominante³⁴².

In riferimento alla prima giustificazione, sulla scorta delle summenzionate sentenze *Hilti* e *Tetra Pak II*³⁴³, la Commissione afferma che il comportamento di esclusione può essere considerato obiettivamente necessario per motivi sanitari o di sicurezza relativi alla natura del prodotto in questione³⁴⁴. In conformità a tali pronunce, la Commissione rileva altresì che, di norma, spetta alle Autorità pubbliche stabilire e applicare le norme di sanità e di sicurezza pubbliche; sicché l'impresa dominante non può agire di propria iniziativa al fine di adottare misure per escludere i prodotti che considera, a torto o a ragione, pericolosi o inferiori al quello da essa offerto sul mercato³⁴⁵.

Il *Guidance Paper*, però, non prende posizione sulla possibilità per l'impresa dominante di addurre a giustificazione di una condotta abusiva la necessità di tutelare un interesse pubblico, ipotesi ammessa dalla Corte di giustizia nella sentenza *Wouters* in relazione all'art. 101 TFUE³⁴⁶. Al riguardo, parte della dottrina sostiene che, fermo restando la verifica relativa al superamento del test di proporzionalità, siffatta possibilità dovrebbe essere riconosciuta per l'impresa dominante, in mancanza di una specifica normativa disciplinante il settore interessato in merito all'incidenza di tale condotta sulla protezione e sulla realizzazione di un interesse pubblico, nonché in assenza di un'Autorità pubblica investita per legge di un compito siffatto³⁴⁷.

La Commissione si allinea alla pertinente giurisprudenza UE, anche in riferimento all'*efficiency defence*. Infatti, nella Comunicazione sull'art. 102 TFUE si riconosce che un'impresa dominante possa giustificare il comportamento che

³⁴² *Guidance Paper*, p.to 28.

³⁴³ V. sentenze *Hilti*, p.ti 102-119, e sentenza *Tetra Pak II*, p.ti 136-140.

³⁴⁴ *Guidance Paper*, p.to 29.

³⁴⁵ V. sentenze *Hilti*, p.ti 118-119 e *Tetra Pak II*, p.ti 83-84 e 138.

³⁴⁶ CG, 19 febbraio 2002, Causa C-309/99, *Wouters*, Racc., 2002, p. I-1577, p.ti 90, 97-98, 110.

³⁴⁷ V. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusive Abuse in EC Competition law*, cit, p. 379.

conduce alla preclusione dei concorrenti anche sulla base di efficienze sufficienti a garantire che non vi sia la probabilità che si determini un danno netto per i consumatori.

Tuttavia, i giudici europei non hanno ancora specificato il metodo di valutazione relativo all'*efficiency defence*, anche perché essi sembrano assimilare tale eccezione a quella incentrata sulle necessità obiettive. Di contro, la Commissione sembra voler distinguere tali giustificazioni, atteso che il *Guidance Paper* subordina il ricorso all'*efficiency defence* al rispetto di specifici requisiti riguardanti le performance dell'impresa dominante. In altri termini, nella visione della Commissione, mentre l'*efficiency defence* è valutata prevalentemente alla luce di elementi soggettivi di natura eminentemente economica, le giustificazioni obiettive afferiscono maggiormente a fattori oggettivi, cioè esterni all'impresa dominante³⁴⁸.

Con specifico riferimento all'*efficiency defence*, la Commissione premette che un'impresa dominante può invocare tale giustificazione nella misura in cui essa garantisca che non vi sia il rischio di un danno netto per i consumatori. Dopodiché, la Commissione declina le quattro condizioni cumulative al cui soddisfacimento è subordinato il ricorso all'*efficiency defence*, le quali devono essere dimostrate dall'impresa dominante con un grado sufficiente di probabilità e sulla base di prove verificabili. In particolare, tale impresa deve provare che: (i) le efficienze sono state (o è probabile che siano state) realizzate in conseguenza del comportamento³⁴⁹; (ii) il comportamento è indispensabile per la realizzazione di tali efficienze, ossia che non devono esistere alternative meno anticoncorrenziali che siano in grado di produrre le stesse efficienze; (iii) le probabili efficienze determinate dal comportamento in questione superano

³⁴⁸ Invero, anche le considerazioni alla base del riconoscimento della prima eccezione sembrerebbero essere diverse da quelle che sorreggono la seconda: mentre la possibilità di invocare l'*efficiency defence* deriverebbe dalla necessità di allineare la disciplina dell'art. 102 TFUE a quella dell'art. 101 TFUE, per far sì che tali norme perseguano i medesimi obiettivi - così come stabilito dalla Corte (v. sentenza *Continental Can*, p.to 25) -, il riconoscimento delle necessità obiettive discenderebbe dall'esigenza di allineare la valutazione degli effetti anticompetitivi a quella concernente le restrizioni alle quattro libertà fondamentali dell'ordinamento UE.

³⁴⁹ Ad esempio, in ragione di miglioramenti tecnici della qualità dei beni o di una riduzione dei costi di produzione o di distribuzione.

probabili effetti negativi sulla concorrenza e sul benessere dei consumatori nei mercati interessati; (iv) il comportamento non sopprime la concorrenza effettiva, eliminando tutte le fonti esistenti di concorrenza reale o potenziale o la maggior parte di esse³⁵⁰.

Le considerazioni che precedono lasciano emergere che l'onere della prova rispetto a tali giustificazioni ricade, in prima battuta, in capo all'impresa dominante. Più specificamente, quest'ultima dispone di due modalità di difesa per confutare l'abusività della propria condotta, rilevata dalla Commissione al termine della prima fase dell'accertamento della stessa: per un verso, l'impresa dominante può tentare di dimostrare che la Commissione non ha fornito prove sufficienti circa l'abusività *prima facie* della condotta esaminata; per altro verso, tale impresa può decidere di invocare le predette giustificazioni³⁵¹. Va osservato, inoltre, che, nella seconda ipotesi, l'onere della prova ricadrà nuovamente sulla Commissione, poiché quest'ultima dovrà stabilire, in ultima analisi, se tale condotta è obiettivamente necessaria o meno e se, in base a una ponderazione tra effetti anticoncorrenziali evidenti ed efficienze vantate e comprovate, è probabile che essa determini un danno per i consumatori³⁵².

In definitiva, la valutazione delle giustificazioni obiettive dipenderà, anzitutto, dal tipo di eccezione che viene invocata. Quanto agli elementi da considerare, il criterio più incisivo appare essere il test di proporzionalità, in quanto la giurisprudenza mostra come sia stato il suo mancato superamento

³⁵⁰ *Guidance Paper*, p.to 30. In riferimento a tale ultima condizione, il *Guidance Paper* afferma che la pressione concorrenziale esercitata dalle imprese operanti sul mercato o dai potenziali entranti costituisce uno stimolo essenziale per la produzione delle efficienze economiche, specie per quelle dinamiche che si realizzano sotto forma di innovazione. Infatti, in assenza di una concorrenza effettiva, l'impresa dominante non avrà incentivi adeguati per continuare a creare e trasferire gli incrementi di efficienza ai consumatori. Sicché, laddove manchi una concorrenza residua o una minaccia prevedibile di ingresso sul mercato, la protezione dalla rivalità e dal processo competitivo supera gli eventuali incrementi di efficienza. Inoltre, in conformità a quanto stabilito dalle Linee direttrici in materia di concentrazioni orizzontali, la Commissione ritiene che un comportamento di esclusione che mantenga, crei o rafforzi una posizione di mercato che si avvicina a quella di monopolio non può di norma essere giustificato per il fatto che crea anche incrementi di efficienza.

³⁵¹ Cfr. T. VAN DER VIJVER, *Article 102 TFEU: How to claim the application of objective justifications in the case of prima facie dominance abuses?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, pp. 4-5.

³⁵² *Guidance Paper*, p.to 31.

ad indurre la Corte di Giustizia UE a disattendere le argomentazioni difensive sinora avanzate. Bisognerà, poi, tener conto delle circostanze del caso di specie, del grado di dominanza, del tipo di condotta e della natura attuale o potenziale degli effetti restrittivi.

5. FORME SPECIFICHE DI ABUSO ESCLUDENTE: IL *PREDATORY PRICING*

In merito alle politiche di prezzi predatori, nel *Guidance Paper*, la Commissione afferma che interverrà, in linea di principio, in presenza di prove che dimostrino che un'impresa dominante stia deliberatamente sopportando un "sacrificio", consistente nelle perdite o nella rinuncia a profitti a breve termine, in modo da precludere o avere la probabilità di precludere il mercato a uno o più dei suoi concorrenti reali o potenziali allo scopo di rafforzare o di mantenere il suo potere di mercato, causando quindi un danno ai consumatori³⁵³.

In estrema sintesi, diversamente dal test di predatorietà delineato dalla pertinente giurisprudenza UE, basata sull'analisi costo/prezzo e sull'intento di evizione, la Commissione incentrerà la propria disamina, principalmente, su due elementi: sacrificio intenzionale e preclusione anticoncorrenziale³⁵⁴; inoltre, come già visto in precedenza, essa utilizzerà come *benchmark* in termini di costi i CEM ed i CIMLP, in luogo dei CMV e dei CMT³⁵⁵.

³⁵³ La Commissione può anche esaminare le pratiche predatorie attuate dalle imprese dominanti su mercati secondari sui quali non sono ancora dominanti. In particolare, è più probabile che la Commissione individui un abuso di questo tipo nei settori in cui le attività sono tutelate da un monopolio legale. L'impresa dominante non deve adottare un comportamento predatorio per proteggere la sua posizione dominante nel mercato tutelato dal monopolio legale ma può utilizzare i profitti realizzati nel mercato monopolistico per sovvenzionare in modo incrociato le sue attività su un altro mercato e minacciare quindi di eliminare la concorrenza effettiva su tale mercato (cfr. *Guidance Paper*, p.to 63 e nota 39).

³⁵⁴ V., in tal senso, E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusive Abuse in EC Competition law*, cit., p. 405.

³⁵⁵ V. *supra*, nota n. 311. Al riguardo, la Commissione precisa che, nella maggior parte dei casi, il costo variabile medio ("CVM") e il CEM saranno identici, in quanto spesso è possibile evitare soltanto i costi variabili. Tuttavia, nelle circostanze in cui CVM e CEM differiscono, quest'ultimo riflette meglio l'eventuale sacrificio: ad esempio, se l'impresa dominante avesse dovuto espandere la capacità per essere in grado di attuare un comportamento predatorio, si dovrebbe tener conto dei costi irrecuperabili di tale capacità extra nell'esaminare le perdite dell'impresa dominante. Tali costi verrebbero riflessi nel CEM ma non nel CVM (*Guidance Paper*, nota 40).

Il sacrificio intenzionale sussiste allorché un'impresa dominante sostiene o ha sostenuto delle perdite che avrebbero potuto essere evitate. Tale elemento svolge una funzione selettiva in quanto consente alla Commissione di focalizzarsi sulle politiche di prezzo che destano maggiori preoccupazioni concorrenziali. Nella maggior parte dei casi, la Commissione considererà come "*chiara indicazione*" di un sacrificio intenzionale, il fatto che un'impresa dominante applichi un prezzo inferiore al CEM per tutta la sua produzione o per una sua quota particolare durante un determinato arco temporale ovvero per l'ampliamento di tale produzione durante il medesimo periodo. Ed infatti, in tale ipotesi, un'impresa non recupera i costi sopportati e, quindi, sostiene o ha sostenuto perdite che avrebbero potuto essere evitate³⁵⁶.

Tuttavia, il sacrificio intenzionale non comprende soltanto la fissazione di prezzi al di sotto del CEM, atteso che esso può configurarsi anche se, a breve termine, la politica di prezzi dell'impresa dominante abbia determinato entrate nette più basse rispetto a quanto ci si sarebbe potuti attendere da un comportamento ragionevole alternativo. Sicché la Commissione potrà confrontare il comportamento effettivo con alternative ipotetiche che avrebbero potuto essere più redditizie, bensì con quelle economicamente razionali e praticabili che si può prevedere siano realisticamente più proficue, tenendo conto delle condizioni di mercato e delle realtà commerciali che affronta l'impresa dominante³⁵⁷.

In conformità alla pertinente giurisprudenza UE³⁵⁸, il *Guidance Paper* stabilisce che, in alcuni casi, sarà possibile basarsi sulla prova diretta consistente in documenti dell'impresa dominante che dimostrano chiaramente una strategia predatoria, come un progetto dettagliato di affrontare sacrifici per escludere un concorrente, impedire l'ingresso o l'emergere di un mercato, o prove di minacce concrete di una strategia predatoria³⁵⁹.

³⁵⁶ *Guidance Paper*, p.to 64.

³⁵⁷ *Ivi*, p.to 65.

³⁵⁸ Sentenza *Tetra Pak II* (1994), p.ti 151, 171, nonché sentenza Trib, Causa T-340/03, *France Télécom c. Commissione*, Racc., 2007, p. II-107, p.ti 198-215.

³⁵⁹ Nella sentenza *AKZO*, la Corte ha accettato l'esistenza di una chiara prova del fatto che *AKZO* avesse minacciato *ECS*, in due riunioni, di applicare prezzi inferiori ai costi se

Terminata la disamina relativa all'esistenza *prima facie* di un sacrificio intenzionale, sarà necessario valutare se la condotta scrutinata genera o può generare una preclusione anticoncorrenziale. Ciò avviene, principalmente, sulla base del test del concorrente altrettanto efficiente³⁶⁰. Tale accertamento diverge a seconda che il prezzo applicato sia inferiore al CEM ovvero si collochi tra il CEM ed il CIMLP. Nella prima ipotesi, la Commissione potrà presumere che l'impresa dominante sacrifica gli utili a breve termine e che un concorrente altrettanto efficiente non può rifornire i propri clienti senza subire perdite³⁶¹; quindi, la condotta sarà ritenuta abusiva a meno che l'impresa dominante non superi tale presunzione fornendo una prova contraria³⁶². Nella seconda ipotesi, la Commissione ritiene che, di norma, la strategia dell'impresa dominante è in grado di precludere il mercato a concorrenti altrettanto efficienti; quindi, oltre ai fattori che sono generalmente considerati nel quadro dell'analisi di una preclusione anticoncorrenziale³⁶³, la Commissione terrà altresì conto delle seguenti circostanze: le asimmetrie informative - in relazione ai costi o ad altre condizioni di mercato - a favore dell'impresa dominante; la capacità di tale operatore di distorcere i segnali del mercato in merito alla redditività, sì da influenzare negativamente le aspettative di potenziali nuovi operatori e scoraggiarne l'ingresso sul mercato (cd. *signal jamming*); se è possibile dimostrare che l'impresa dominante cerca di costruirsi una reputazione di impresa con comportamento predatorio.

Quanto alla natura della preclusione anticoncorrenziale, la Commissione non ritiene necessario dimostrare che i concorrenti siano usciti

quest'ultima non si fosse ritirata dal mercato dei perossidi organici. Esisteva inoltre un piano dettagliato e corredato di dati delle misure che sarebbero state poste in atto da AKZO nell'ipotesi in cui ECS non si fosse ritirata dal mercato (cfr. sentenza AKZO, p.ti 76-82, 115 e 131-140).

³⁶⁰ *Guidance Paper*, p.to 67.

³⁶¹ *Ivi*, p.to 26.

³⁶² *Ivi*, p.to 64. In particolare, le imprese non dovrebbero essere penalizzate per aver sostenuto perdite *ex post* quando la decisione *ex ante* di adottare il comportamento è stata presa in buona fede, ossia se possono fornire prove inoppugnabili del fatto che potevano ragionevolmente prevedere che l'attività sarebbe stata redditizia (cfr. *Ivi*, nota n. 43).

³⁶³ *Ivi*, p.to 20.

dal mercato, essendo sufficiente anche la presenza di effetti potenzialmente preclusivi³⁶⁴.

In merito al *recoupment*, ancorché si riconosca la probabilità che i consumatori subiscano un danno quando l'impresa dominante può ragionevolmente prevedere di trarre un vantaggio dal sacrificio fatto, la Commissione non ritiene che la prova di ciò costituisca una preconditione necessaria³⁶⁵.

Dal punto di vista operativo, la Commissione sembra essere piuttosto scettica circa la produzione di efficienze in presenza di una condotta predatoria, la quale difficilmente può essere il mezzo meno restrittivo per il loro conseguimento. Tuttavia, laddove siano soddisfatte le condizioni per invocare tale giustificazione, la Commissione terrà conto dell'eventuale asserzione dell'impresa dominante che la fissazione di prezzi bassi consente di realizzare economie di scala o efficienze relative all'espansione del mercato³⁶⁶.

In definitiva, pur ispirandosi al test di predatorietà elaborato dalla Corte di Giustizia, il *Guidance Paper* introduce modifiche significative consistenti nella modernizzazione dei parametri sui costi e, soprattutto, nella necessità di effettuare un'analisi approfondita della preclusione anticoncorrenziale. Ciò rende più complesse le valutazioni relative ai prezzi predatori ed aumenta gli standard probatori della Commissione nell'accertamento di tali condotte.

5.1. IL RIFIUTO DI CONTRARRE "PURO" E "DE FACTO"

La sezione del *Guidance Paper* dedicata al rifiuto di effettuare forniture rispecchia appieno il metodo seguito dalla Commissione nella stesura di tale documento: selezionare la pertinente giurisprudenza UE e riportare i principi

³⁶⁴ Più specificamente, la Commissione ritiene di non poter escludere la possibilità che l'impresa dominante preferisca impedire al concorrente di competere in modo deciso e spingerlo ad allinearsi ai prezzi dell'impresa dominante, anziché eliminarlo completamente dal mercato. Tale disciplinamento dei concorrenti evita i rischi insiti nella loro eliminazione, in particolare il rischio che gli attivi dei concorrenti vengano venduti ad un prezzo basso e rimangano sul mercato, creando un nuovo operatore a basso costo (cfr. *Ivi*, p.to 69).

³⁶⁵ *Ivi*, p.to 71.

³⁶⁶ *Ivi*, p.to 74.

ivi affermati, per poi rielaborare gli aspetti ritenuti più significativi per l'emersione di un approccio economico basato sugli effetti.

Così, la Commissione ribadisce che, in generale, tale pratica può destare delle preoccupazioni concorrenziali quando l'impresa dominante compete sul mercato a valle con l'acquirente al quale rifiuta di fornire l'input necessario per operare su tale mercato³⁶⁷. In linea con la giurisprudenza UE³⁶⁸, la Commissione ritiene che non sia necessario che il prodotto rifiutato sia già stato oggetto di scambi: è sufficiente che esista una domanda da parte degli acquirenti potenziali e che si possa individuare un mercato potenziale per il fattore di produzione in questione³⁶⁹.

Successivamente, dopo aver ribadito gli altri principi di matrice giurisprudenziale, la Commissione suggerisce alcuni lievi ma importanti modifiche all'approccio esistente. Viene anzitutto evidenziato che, in linea di principio, qualsiasi impresa, dominante o meno, dovrebbe avere il diritto di scegliere i propri partner commerciali e di disporre liberamente dei propri beni. Sicché gli interventi antitrust volti ad imporre un obbligo a contrarre a carico dell'impresa dominante esigono un esame attento³⁷⁰, perché si potrebbe disincentivare tale impresa ad investire e ad innovare e perché si aumenterebbe il rischio di comportamenti parassitari da parte dei concorrenti (cd. *free riding*)³⁷¹. E nessuna di queste conseguenze sarebbe a lungo termine nell'interesse dei consumatori³⁷².

Muovendo da tale assunto, diversamente dalla giurisprudenza UE, la Commissione applica lo stesso test per il rifiuto a contrarre e per il diniego di

³⁶⁷ *Ivi*, p.to 76. In altri termini, è necessario identificare due mercati rilevanti e che l'impresa dominante debba essere presente sul mercato a valle o dovrebbe pianificare l'estensione su tale mercato.

³⁶⁸ V. Sentenza *IMS Health*, p.to 44.

³⁶⁹ *Guidance Paper*, p.to 79.

³⁷⁰ V. Sentenza *IMS Health* p.to 35 e sentenza *Microsoft*, p.ti 319, 330, 331, 332 e 336.

³⁷¹ Tale comportamento consiste nel fatto che i concorrenti dell'impresa dominante tentano di sfruttare opportunisticamente gli investimenti fatti dall'impresa dominante anziché investire.

³⁷² *Guidance Paper*, p.to 75.

concedere una licenza, cumulando le condizioni fissate per la valutazione dell'abusività di tali condotte³⁷³.

Tale test dovrebbe assicurare maggiore flessibilità e, soprattutto, un'analisi caso per caso, volta a stabilire se è la concorrenza effettiva o la protezione degli investimenti dell'impresa dominante che assicura maggiori benefici per il consumatore³⁷⁴.

Gli elementi che compongono il test di valutazione della pratica in esame sono i seguenti: (i) necessità obiettiva del fattore di produzione; (ii) eliminazione di una concorrenza effettiva; (iii) danno per i consumatori³⁷⁵.

La prima condizione fa riferimento al requisito dell'indispensabilità dell'input per le altre imprese al fine di competere in maniera effettiva sul mercato dell'output³⁷⁶. La Commissione precisa che tale requisito non significa che, senza il fattore di produzione negato, nessun concorrente potrebbe mai entrare o sopravvivere sul mercato a valle³⁷⁷. Un fattore di produzione è piuttosto indispensabile quando non esiste un succedaneo effettivo o potenziale sul quale i concorrenti nel mercato a valle potrebbero contare in modo da contrastare – almeno a lungo termine – le conseguenze negative del rifiuto³⁷⁸. E' in questo senso che la Commissione valuterà se i concorrenti potrebbero duplicare in maniera effettiva il fattore di produzione prodotto dall'impresa dominante in un futuro prossimo³⁷⁹.

³⁷³ Si anticipa sin d'ora che la Commissione estende l'applicazione di tale test anche all'accertamento dell'abusività della compressione dei margini, apportando alcuni accorgimenti legati alle peculiarità di tale forma di abuso.

³⁷⁴ Esulano dall'applicazione di tale modello di analisi i casi di rifiuto, potenzialmente illegali, nei quali la fornitura è subordinata al fatto che l'acquirente accetti limitazioni del proprio comportamento. La Commissione si riferisce alla sospensione delle forniture per punire i clienti dei rapporti intrattenuti con i concorrenti nonché al rifiuto di rifornire i clienti che non accettano condizioni di vendita aggregata. Tali condotte saranno analizzate in base ai principi concernenti gli accordi di esclusiva e le vendite abbinata e aggregate. Parimenti esclusi dall'ambito applicativo di tale test sono i rifiuti di effettuare forniture volti ad impedire all'acquirente di effettuare un commercio parallelo o di abbassare il proprio prezzo di rivendita vengono trattati nella presente sezione (*Guidance Paper*, p.ti 77 e 81).

³⁷⁵ *Ivi*, p.to 81.

³⁷⁶ *Ivi*, p.to 83.

³⁷⁷ *Ibidem*.

³⁷⁸ *Ibidem*.

³⁷⁹ Per duplicazione si intende la creazione di una fonte alternativa di fornitura efficiente che possa permettere ai concorrenti di esercitare una pressione concorrenziale sull'impresa

Sicché la Commissione sembra allinearsi pienamente alla sentenza *Oscar Bronner* rispetto al significato da attribuire al primo elemento del test di indispensabilità - cioè l'assenza di un bene che sia effettivamente succedaneo rispetto all'input -; di contro, in relazione al secondo elemento, vale a dire la possibilità di duplicare l'input, la Commissione sembra mutuare i principi espressi dal Tribunale nella sentenza *Microsoft*³⁸⁰. Tale evoluzione rappresenta il corollario della diversa impostazione di fondo tra la sentenza *Oscar Bronner*, da un lato, ed il *Guidance Paper* e la sentenza *Microsoft*, dall'altro: nel primo caso, l'obiettivo del test era verificare se fosse economicamente sostenibile la duplicazione dell'input dell'impresa dominante e, quindi, se vi fossero le condizioni per l'ingresso di un altro operatore sul mercato a monte; viceversa, nel secondo caso, le valutazioni relative alla possibilità di duplicare l'input sono funzionali a preservare un adeguato livello di concorrenza effettiva sul mercato a valle.

La Commissione, poi, introduce una interessante distinzione in termini di onere della prova, laddove stabilisce che, sebbene il test in parola si applichi sia in caso di turbativa di forniture precedenti che di rifiuto di effettuare forniture *de novo*³⁸¹, è più probabile che si constati un abuso nel primo caso. Come a dire che, in tale ipotesi, spetterebbe all'impresa dominante dimostrare perché il mutamento delle circostanze sottese ad un rapporto contrattuale

dominante nel mercato a valle. In generale, è probabile che sia impossibile replicare un fattore di produzione quando questo comporta un monopolio naturale a causa di economie di scala o di diversificazione, quando vi sono forti effetti di rete o quando riguarda le cosiddette informazioni "single source". Tuttavia, in tutti i casi si dovrebbe tener conto della natura dinamica dell'industria e, in particolare, del fatto che il potere di mercato possa svanire rapidamente o meno.

³⁸⁰ Ed infatti, come già accennato in precedenza (v. par. 6.2.2., Capitolo Primo), in tale pronuncia, è stato affermato che l'esistenza di soluzioni alternative all'input dell'impresa dominante che non sono efficaci e, quindi, che permettono agli operatori concorrenti solo una penetrazione «*de minimis*» nel mercato ovvero una tutela di posizioni «*de minimis*» su quest'ultimo, non dimostrerebbe che il requisito dell'indispensabilità non è soddisfatto; a tale scopo, è invece necessario che siffatte soluzioni consentano agli altri operatori di restare o entrare sul mercato a valle, esercitando una "forza concorrenziale vitale" (cfr. Sentenza *Microsoft*, p.ti 355, 374-379, 421, 428 e 560-563).

³⁸¹ Vale a dire di un rifiuto di fornire un bene o un servizio che l'impresa dominante non ha precedentemente fornito ad altri.

preesistente siano divenute tali da non consentire il proseguimento di tale relazione commerciale³⁸².

La seconda condizione, concernente l'eliminazione di una concorrenza effettiva, è strettamente legata alla prima in quanto ne costituisce la conseguenza immediata. Ed infatti, secondo la Commissione, se il test sull'indispensabilità ha avuto esiti positivi, il rifiuto di un'impresa dominante di effettuare una fornitura è generalmente atto ad eliminare, immediatamente o col tempo, la concorrenza effettiva nel mercato a valle³⁸³.

Anche qui, la Commissione sembra discostarsi dal test *Oscar Bronner* per seguire l'approccio contenuto nella sentenza *Microsoft*. Ed infatti, mentre la prima pronuncia richiede che il rifiuto elimini (o possa eliminare) del tutto la concorrenza sul mercato dell'output da parte dell'operatore concorrente che richiede l'input all'impresa dominante³⁸⁴, il *Guidance Paper*, al pari della sentenza *Microsoft*, fa riferimento all'eliminazione della concorrenza effettiva da parte dell'impresa acquirente nel mercato dell'output³⁸⁵. Ne consegue che tale Comunicazione restringe notevolmente il grado di sostituibilità dell'input necessario a dimostrare che il requisito dell'indispensabilità non è soddisfatto e, quindi, rende più agevole la prova dell'abusività di un rifiuto a contrarre.

La Commissione poi fornisce i fattori che contribuiscono a verificare la sussistenza della condizione in esame, anche qui ispirandosi alla sentenza *Microsoft*. In particolare, essa afferma che la probabilità di eliminazione di una concorrenza effettiva è generalmente tanto più elevata quanto maggiore è la

³⁸² L'aggravamento dell'onere della prova in capo all'impresa dominante si spiega perché, ad esempio, se l'impresa dominante ha rifornito in precedenza l'impresa richiedente, e quest'ultima ha fatto investimenti specifici alla relazione commerciale per utilizzare il fattore di produzione successivamente negato, è più probabile che il fattore di produzione in questione sia da considerarsi indispensabile. Analogamente, il fatto che il proprietario del fattore di produzione essenziale abbia avuto in passato interesse ad effettuare la fornitura è un'indicazione del fatto che fornire il fattore di produzione non implica alcun rischio che il proprietario riceva una compensazione inadeguata per l'investimento originale (*Guidance Paper*, p.to 84).

³⁸³ *Ivi*, p.to 85.

³⁸⁴ V. sentenza *Oscar Bronner*, p.to 41.

³⁸⁵ V. sentenza *Microsoft*, p.ti 421, 428 e 560-563.

quota di mercato dell'impresa dominante nel mercato a valle³⁸⁶, quanto minori sono le pressioni in termini di capacità sull'impresa dominante rispetto ai concorrenti nel mercato a valle, quanto maggiore è la sostituibilità tra la produzione dell'impresa dominante e quella dei suoi concorrenti nel mercato a valle, quanto maggiore è la percentuale di concorrenti interessati nel mercato a valle e quanto più probabile è che la domanda che potrebbe essere soddisfatta dai concorrenti interessati venga deviata a vantaggio dell'impresa dominante³⁸⁷.

La terza condizione riguarda il danno per i consumatori: la Commissione, infatti, valuterà se per tali soggetti le probabili conseguenze negative di un rifiuto a contrarre sul mercato rilevante superano nel tempo le conseguenze negative dell'imposizione di un obbligo di fornitura³⁸⁸.

Tale condizione rappresenta la novità più importante, atteso che, in precedenza, essa trovava un riconoscimento esplicito solo per il rifiuto di concedere una licenza. In conformità alla sentenza *Microsoft*, la Commissione ritiene che vi possa essere un danno per i consumatori qualora, in conseguenza del rifiuto, si impedisca ai concorrenti oggetto di preclusione da parte dell'impresa dominante di immettere sul mercato beni o servizi innovativi e/o quando sia probabile che venga frenata l'innovazione successiva³⁸⁹.

Ciò può avvenire, in particolare, se l'impresa che richiede la fornitura non intende limitarsi essenzialmente alla duplicazione dei beni o dei servizi già offerti dall'impresa dominante sul mercato a valle, ma intende produrre beni o servizi nuovi o migliorati per i quali vi sia una domanda potenziale dei consumatori o se è probabile che essa contribuisca allo sviluppo tecnico³⁹⁰.

In sostanza, la Commissione sostiene che l'innovazione è stimolata dalla concorrenza e non dalla tutela degli investimenti dell'impresa dominante,

³⁸⁶ Ed infatti, nella causa *Microsoft*, il Tribunale ha affermato che, laddove l'abuso origini dalla dominanza detenuta sul mercato a monte, la sua censura non richiede che l'impresa che l'ha commesso detenga una posizione dominante anche sul mercato a valle (cfr. sentenza *Microsoft*, p.to 559).

³⁸⁷ *Guidance Paper*, p.to 85.

³⁸⁸ *Ivi*, p.to 86.

³⁸⁹ V. Sentenza *Microsoft*, p.ti 643, 647-649, 652-653 e 656.

³⁹⁰ *Ivi*, p.to 658.

nella misura in cui gli operatori concorrenti possono contribuire allo sviluppo del settore merceologico interessato. Quindi, il requisito del danno ai consumatori finisce per coincidere con quello dell'eliminazione della concorrenza effettiva, perché, in tale ipotesi, viene a mancare la pre-condizione dell'innovazione. Ne consegue che, nei mercati non omogenei o nei mercati connotati da una concorrenza dinamica, il soddisfacimento della seconda condizione implica automaticamente l'esistenza di un danno ai consumatori. Nondimeno, laddove l'impresa acquirente richieda l'input soltanto per realizzare una mera duplicazione dell'output offerto dall'impresa dominante, quest'ultima potrà legittimamente rifiutare di fornire il bene primario.

Sicché la questione principale rispetto al danno per i consumatori riguarda il grado di differenziazione dell'output delle imprese rivali richiedenti l'accesso rispetto a quello fornito dall'impresa dominante, sufficiente a dimostrare che non si tratti di mera duplicazione.

6. SPUNTI CRITICI E CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SUL GUIDANCE PAPER

Il *Guidance Paper* ha sollevato non poche critiche in dottrina, alcune delle quali sono già state menzionate in precedenza. Le incertezze maggiori riguardano l'idoneità a realizzare gli obiettivi che hanno spinto la Commissione ad adottare tale Comunicazione. E' stato osservato che il *Guidance Paper* non è in grado di fornire maggiore chiarezza e prevedibilità sul quadro generale di analisi utilizzato dalla Commissione per stabilire se avviare un'istruttoria in relazione ad una condotta abusiva, tantomeno ad aiutare le imprese ad (auto)valutare meglio l'eventuale illiceità delle propria condotta³⁹¹.

Il rispetto dei parametri contemplati nel *Guidance Paper*, infatti, non pone al riparo le imprese dominanti da eventuali censure antitrust per due ordini di motivi.

³⁹¹ Cfr. D. GERADIN, *Is the Guidance Paper on the Commission's enforcement priorities in enforcing article 102TFEU useful?*, in *Competition Law and The Enforcement of Article 102* (a cura di) F. ETRO - I. KOKKORIS, Oxford University Press, 2011, pp. 45-49.

In primo luogo, i *caveat* e le eccezioni presenti nella Comunicazione consentono alla Commissione di discostarsi dall'approccio generale ivi proposto laddove essa fornisca delle motivazioni adeguate. Inoltre, considerato che, in ultima analisi, l'interpretazione della nozione giuridiche indeterminate presenti nelle norme antitrust spetta ai giudici UE, la Commissione non dispone di un margine di manovra che le permetta, all'occorrenza, di rinunciare all'intervento allorquando siano soddisfatti i criteri stabiliti da tali giudici³⁹²; infatti, in forza del suo mandato previsto dall'art. 105 TFUE, la Commissione è tenuta ad istruire d'ufficio tutti i casi di infrazione presunta ai detti principi, così come interpretati dalla Corte di Giustizia UE³⁹³. Ne consegue una notevole riduzione della portata del legittimo affidamento delle imprese dominanti rispetto a tale Comunicazione nel momento in cui esse sono chiamate a valutare le conseguenze delle proprie strategie, in quanto difficilmente potranno ricorrere a tale principio come strumento di difesa nel corso di un'istruttoria avviata dalla Commissione³⁹⁴.

In secondo luogo, tale documento è un atto di *soft law* che, in quanto tale, non vincola le Autorità antitrust ed i giudici nazionali, le quali sono tenute invece a seguire la giurisprudenza consolidata e le decisioni della Commissione. Sicché, laddove gli orientamenti contenuti nel *Guidance Paper* divergano dalla pertinente giurisprudenza UE e dalla prassi decisionale della Commissione, le imprese dominanti potrebbero correre il rischio di essere sanzionate. A ciò va aggiunto che, specie per i comportamenti abusivi basati sui prezzi, la complessità dei modelli di analisi introdotti è tale che non tutte le imprese dominanti possono essere in grado di applicarli per auto-valutare la legittimità delle strategie che intendono attuare; in più, diversamente dalle linee direttrici relative all'art. 101 TFUE, la Comunicazione sull'art. 102 TFUE

³⁹² Cfr. M. KELLERBAUER, *The Commission's enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies' exclusionary conduct. A shift towards a more economic approach?*, in *European Commission Law Review*, 2010, pp. 185-186.

³⁹³ V. Trib, 8 luglio 2008, Causa T-99/04, *AC-Treuhand AG c. Commissione*, Racc., 2008, p. II-1501, p.to 163.

³⁹⁴ Cfr. L. GORMSEN, *Why The European Commission's enforcement priorities on article EC should be withdrawn*, in *European Commission Law Review*, 2010, pp. 47-51.

non contempla alcuna *safe harbour*³⁹⁵. Tutto ciò pone le imprese in una posizione di stallo e di incertezza in ordine alla legittimità delle proprie condotte giacché tale analisi precede l'adozione di una determinata strategia commerciale³⁹⁶.

L'altro punto sul quale si concentrano le critiche della dottrina è la capacità dell'approccio proposto nel *Guidance Paper* a segnare la realizzazione di un approccio economico basato sugli effetti.

In particolare, è stato evidenziato che, nonostante la Commissione affermi che la prova del pregiudizio ai consumatori segna il *discrimen* tra condotte lecite ed illecite³⁹⁷, i fattori che saranno utilizzati per accertare la sussistenza di una preclusione anticoncorrenziale sono collegati soltanto alla struttura del mercato e non al danno arrecato ai consumatori; rispetto a tale parametro, la Commissione si limita a precisare solo che essa si potrà basare su prove qualitative e, ove possibile ed opportuno, su prove quantitative, senza approfondire gli elementi di cui terrà conto. Sicché il metodo di analisi contemplato dal *Guidance Paper* non risulta essere del tutto scevro dai parametri propri di un approccio formale di stampo ordoliberal³⁹⁸.

L'analisi relativa al danno per i consumatori è altresì insoddisfacente poiché non viene precisata la necessità della sussistenza di un nesso di causalità tra la preclusione generata dalla condotta dell'impresa dominante ed il pregiudizio per il benessere dei consumatori; infatti, la Commissione si limiterà ad accertare solo il nesso causale tra tale condotte e siffatta preclusione. Di talché la Commissione potrebbe fondare la propria teoria del pregiudizio anche su cause estranee al comportamento vagliato³⁹⁹.

Ulteriori critiche vertono sul fatto che il *Guidance Paper* richiede soltanto di provare che l'impresa dominante sia in grado di agire a detrimento dei

³⁹⁵ *Ibidem*.

³⁹⁶ *Ibidem*.

³⁹⁷ Cfr. G. GHIDINI - E. AREZZO, *L'assalto fallito? Riflessioni sulla proposta rivisitazione in chiave «più economica» dell'abuso di dominanza*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2010, p. 131.

³⁹⁸ Cfr. D. GERADIN, *Is the Guidance Paper on the Commission's enforcement priorities in enforcing article 102 TFEU useful?*, cit., p. 43.

³⁹⁹ Cfr. N. PETIT, *From formalism to Effects? The Commission's Communication on enforcement priorities in Applying Article 82 EC*, in *World Competition*, 2009, pp. 492-497.

consumatori, senza considerare gli incentivi che spingerebbero tale impresa a compiere un'azione siffatta. Ciò rende questo requisito ridondante laddove si consideri che tale capacità discende automaticamente dalla detenzione di una posizione di dominio sul mercato interessato⁴⁰⁰.

Ancora, viene evidenziato che la Commissione afferma che valuterà l'esistenza di una potenziale preclusione anticoncorrenziale (*id est* effetti preclusivi e danno ai consumatori) sulla base di un'analisi controfattuale, ma non è specificato quale sarà il metodo seguito in siffatta ricostruzione⁴⁰¹.

Da ultimo, è stato giudicato negativamente il ristretto ambito applicativo del *Guidance Paper* che, considerato il significativo aumento dell'apertura di casi concernenti gli abusi di sfruttamento e le discriminazioni di prezzo⁴⁰².

Ebbene, ancorché le critiche ivi riportate siano condivisibili laddove si considerino le grandi aspettative riposte dalla dottrina e dagli operatori di mercato sulla svolta che si voleva imprimere all'applicazione dell'art. 102 TFUE, non vanno sottaciute le difficoltà ed i limiti sistemici con i quali si è dovuta confrontare la Commissione. L'ostacolo principale consisteva, come visto, nell'esistenza di una consolidata giurisprudenza basata su un approccio formale, dalla quale la Commissione non poteva discostarsi in maniera netta ed in via autonoma, giacché l'ordinamento UE non le attribuisce tale potere. Sicché la Commissione si è vista costretta a proporre un'interpretazione evolutiva non troppo distante dai principi affermati dai giudici europei, incentrata su soluzione compromissorie.

Il ruolo della Commissione è quello di contribuire allo sviluppo delle politiche antitrust. Le proposte innovative devono, però, essere mutate e sostenute dai giudici UE. Questo sembrerebbe essere l'iter da seguire per legittimare la modernizzazione della disciplina dell'abuso di posizione dominante. Ne consegue che sarebbe stato irrealistico immaginare l'adozione

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

⁴⁰¹ *Ibidem*.

⁴⁰² Cfr. D. GERADIN, *Is the Guidance Paper on the Commission's enforcement priorities in enforcing article 102 TFEU useful?*, cit., p. 46.

di una Comunicazione che fosse esente dalle censure mosse dalla letteratura economica e dalla dottrina più vicina agli orientamenti della *scuola di Chicago*. Tali considerazioni conducono, allora, a ritenere eccessive le critiche relative all'incapacità dei principi contemplati dal *Guidance Paper* ad escludere i falsi positivi. La realizzazione di questo obiettivo è giocoforza graduale, anche perché la Commissione non può non bilanciare tale finalità con l'attenzione da riservare ai falsi negativi.

In ogni caso, il metodo di analisi del *Guidance Paper* contribuirà quantomeno a ridurre il numero di falsi positivi. E ciò sembra essere già una conquista non da poco. Stesso discorso va fatto per le critiche relative all'assenza di *safe harbour*, la cui affermazione richiede l'esistenza di una casistica sviluppata sull'approccio economico che, allo stato attuale, non si è ancora formata. Questo spiega anche la necessità di introdurre delle eccezioni al metodo valutativo introdotto dalla Commissione che ha anteposto la necessità di effettuare un'analisi caso per caso a quella di non ridurre la certezza del diritto⁴⁰³.

In definitiva, la modernizzazione della disciplina dell'abuso escludente dipenderà dalla posizione dei giudici europei: soltanto se questi ultimi faranno propria l'interpretazione evolutiva veicolata dal *Guidance Paper*, tale approccio economico potrà entrare a pieno titolo nell'ordinamento antitrust UE.

⁴⁰³ V. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusive Abuse in EC Competition law*, cit, p. 427.

CAPITOLO TERZO

LA DISCIPLINA DEL *MARGIN SQUEEZE*

1. Premessa. - 2. Prassi della Commissione e giurisprudenza UE prima del *Guidance Paper*. - 3. Il *margin squeeze* nel *Guidance Paper*. - 4. L'affermazione dell'autonomia del *margin squeeze* da parte della Corte di Giustizia: sentenze *Deutsche Telekom* e *TeliaSonera*. - 4.1. Gli elementi definitori: la non equità dello spread e la natura indispensabile del prodotto intermedio. - 4.2. Standard degli effetti preclusivi ed il test del concorrente altrettanto efficiente. - 4.3. L'irrelevanza della doppia dominanza. - 4.4. L'ininfluenza della natura emergente dei mercati interessati. - 5. Il confronto con le forme più contigue di abuso escludente basate sui prezzi. - 5.1. Le differenze con l'imposizione di prezzi eccessivi. - 5.2. Le differenze con l'imposizione di prezzi predatori e con la pratica dei sussidi incrociati. - 6. Brevi cenni sull'inquadramento del *margin squeeze* nell'ordinamento antitrust statunitense.

1. PREMESSA

Esaurite le considerazioni relative all'avvio del processo di modernizzazione dell'*enforcement* dell'art. 102 TFUE, si passerà ora ad una disamina dettagliata della disciplina della compressione dei margini.

A tale scopo, si ripercorreranno brevemente le decisioni della Commissione e del Tribunale che hanno preceduto il *Guidance Paper* e sarà riportata la lettura proposta in tale Comunicazione.

Successivamente, concentreremo la nostra attenzione sulla sentenza *TeliaSonera*, nella quale la Corte ha fornito un vero e proprio *vademecum* rispetto a tale forma di abuso escludente, avendone declinato gli elementi essenziali. Nel quadro di tale analisi, saranno altresì menzionati alcuni punti della sentenza *Deutsche Telekom* in quanto essenziali per la ricostruzione della disciplina sostanziale della compressione dei margini. La disamina di tale pronuncia è solo parziale poiché, per comodità espositiva, i profili relativi all'interazione tra regolazione e concorrenza in essa discussi saranno esaminati *funditus* nell'ultimo capitolo avente ad oggetto proprio tale tematica.

Saranno poi messe in luce le differenze tra la compressione dei margini ed il rifiuto a contrarre, nonché quelle con le forme più contigue di abuso escludente basate sui prezzi, vale a dire le politiche di prezzi predatori o eccessivi e la pratica dei sussidi incrociati.

Infine, sarà fornita una descrizione sintetica dell'inquadramento del *margin squeeze* nell'ordinamento antitrust statunitense.

2. PRASSI DELLA COMMISSIONE E GIURISPRUDENZA UE PRIMA DEL *GUIDANCE PAPER*

Nel diritto antitrust europeo non si rinvenivano molti procedimenti in relazione alla strategia di compressione dei margini. La scarsità dei precedenti, in un'ottica alle incertezze relative alla base giuridica del divieto relativo a tale condotta, rientrano tra i motivi che hanno spinto a chiedersi se essa costituisca un'autonoma violazione o, più semplicemente, un aspetto di altre condotte illecite, quali: rifiuto a contrarre, prezzi eccessivi, sussidi incrociati o prezzi predatori.

La Commissione ha riconosciuto da tempo che una strategia di compressione dei margini praticata da un'impresa verticalmente integrata possa metter capo ad un abuso di posizione dominante. Tale pratica abusiva è stata analizzata per la prima volta nel procedimento cautelare *National Carbonising*: in tale contesto, la Commissione ha affermato che il fornitore di un input essenziale (carbone utilizzato nella produzione di coke metallurgico per uso industriale e domestico) può avere l'obbligo di fissare i propri prezzi in misura tale da assicurare a un fornitore ragionevolmente efficiente di un prodotto derivato un margine adeguato ad operare secondo criteri di redditività e, quindi, a sopravvivere nel mercato nel lungo termine⁴⁰⁴.

Alcuni anni dopo, nel procedimento *Napier Brown*, la Commissione ha statuito che un'impresa, dominante sui mercati delle materie grasse e dei prodotti derivati, commette un abuso allorché il margine tra il prezzo di una materia prima (zucchero industriale) e quello del corrispondente prodotto finale (zucchero al dettaglio) sia insufficiente a coprire i costi di trasformazione⁴⁰⁵. In dettaglio, le preoccupazioni della Commissione vertevano sul fatto che, laddove l'impresa dominante avesse mantenuto tale margine nel lungo periodo, gli altri operatori nel mercato a valle (dello zucchero al dettaglio), pur essendo efficienti quanto tale impresa, sarebbero

⁴⁰⁴ Commissione, 29 ottobre 1975, *National Coal Board, National Smokeless Fuels Limited and National Carbonising Company Limited*, in GUCE L 35/6, 1976.

⁴⁰⁵ Commissione, 18 luglio 1988, Caso COMP/IV/30.178, *Napier Brown/British Sugar*, in GUCE L 284/41, 1988, p.ti 25 e 66.

state costrette ad uscire da siffatto mercato. Tuttavia, la Commissione aveva sanzionato tale impresa non solo per la compressione dei margini ma anche per l'aver posto in essere altre pratiche abusive; inoltre, nella determinazione della sanzione la Commissione aveva tenuto in considerazione anche l'intento di evizione, parametro che, come visto, assume rilievo prevalentemente in relazione alla politica dei prezzi predatori. Questo *modus operandi* poteva, allora, indurre a dubitare sul fatto che il *margin squeeze* fosse un'autonoma forma di abuso. Infatti, in buona sostanza, la Commissione aveva considerato tale pratica solo come un elemento di una più ampia strategia escludente⁴⁰⁶.

Tali dubbi sono stati dissipati negli ulteriori procedimenti concernenti il *margin squeeze* nel settore delle comunicazioni elettroniche⁴⁰⁷.

Nel procedimento *Deutsche Telekom*, la Commissione ha sanzionato l'*incumbent* tedesco per aver attuato una prolungata politica di compressione dei margini, intesa ad escludere i rivali dal mercato al dettaglio per i servizi di accesso ad Internet a banda larga e stretta⁴⁰⁸. In tale procedimento, la Commissione ha sancito il principio secondo cui una politica di prezzo può violare l'art. 102 TFUE allorquando il margine tra le tariffe a monte e quelle a valle è negativo o, comunque, insufficiente a coprire i costi sostenuti dall'impresa verticalmente integrata per fornire i suoi servizi nel mercato a valle⁴⁰⁹. Nel procedimento *Telefónica*, la Commissione ha imposto una significativa sanzione pecuniaria per una pratica simile adottata dall'*incumbent* spagnolo in quanto nella disciplina antitrust UE, considerata la prassi decisionale precedente, una strategia siffatta doveva ormai considerarsi un

⁴⁰⁶ In particolare, la Commissione aveva censurato le seguenti condotte: (i) il rifiuto di fornire zucchero industriale cristallizzato a *Napier Brown*; (ii) la riduzione dei propri prezzi per lo zucchero al dettaglio in modo da lasciare sussistere un margine insufficiente tra i propri prezzi per lo zucchero al dettaglio e per lo zucchero industriale; (iii) il rifiuto di vendere lo zucchero salvo a prezzo franco consegna; (iv) la discriminazione nei confronti di *Napier Brown*, rifiutando di fornirle zucchero esclusivamente di barbabietola, mentre tale zucchero veniva fornito ad altri acquirenti su loro richiesta; (v) l'offerta di sconti di fedeltà.

⁴⁰⁷ Per una breve esposizione dei fatti che hanno condotto all'adozione delle decisioni che hanno chiuso tali procedimenti si rinvia ai paragrafi 4 e ss. del presente Capitolo, dedicati alla disamina degli elementi definatori della compressione dei margini.

⁴⁰⁸ Commissione, 21 maggio 2003, casi COMP/C-1/37, 451, 37.578, 37.579, *Deutsche Telekom AG*, in GU L 263/09, 2003.

⁴⁰⁹ *Ivi*, p.ti 102, 107 e 140.

chiaro abuso⁴¹⁰. In tale decisione, la Commissione ha inoltre ribadito che la *ratio* del divieto risiede nella sproporzione tra il prezzo fissato dall'impresa dominante nei mercati a monte e a valle; conseguentemente, non v'è bisogno di dimostrare che il prezzo all'ingrosso è di per sé stesso eccessivo, né tantomeno che il prezzo al dettaglio è predatorio⁴¹¹. In più, diversamente della decisione *Deutsche Telekom*, nel caso *Telefónica* la Commissione ha effettuato un'analisi più approfondita degli effetti della condotta dell'*incumbent* spagnolo e del danno inferto ai consumatori⁴¹².

Per converso, il Tribunale, in un primo momento, sembrava aver messo in discussione l'ammissibilità di un autonomo abuso per compressione dei margini: nella causa *Industrie des Poudres Spheriques*, i giudici europei hanno osservato che la politica di prezzo di un'impresa verticalmente integrata non è illecita se il prezzo a monte non è abusivo e quello a valle non è predatorio⁴¹³. In dettaglio, ad avviso del Tribunale, se l'impresa dominante non ha praticato prezzi abusivi per la materia prima, né prezzi predatori per il prodotto derivato, il fatto che la ricorrente non riesca ad essere concorrenziale nella vendita di tale prodotto, verosimilmente a causa dei suoi costi di trasformazione più elevati, non può giustificare la qualifica come abusiva della politica di prezzi dell'impresa dominante⁴¹⁴. Peraltro, i giudici europei hanno altresì rilevato che la Commissione non aveva dimostrato che la compressione dei margini attuata dall'impresa dominante fosse idonea ad escludere un concorrente altrettanto efficiente dal mercato a valle⁴¹⁵.

⁴¹⁰ Commissione, 4 luglio 2007, Caso COMP/38.784, *Wanadoo Espana/Telefónica*, p.ti 731-736 e 740.

⁴¹¹ *Ivi*, p.to 283.

⁴¹² In particolare, la Commissione ha accertato che, nel caso di specie, la compressione dei margini ha avuto consistenti effetti di esclusione nel mercato al dettaglio e un impatto negativo per gli utilizzatori finali: in conseguenza di tale condotta, i prezzi spagnoli al dettaglio erano tra i prezzi più alti (se non addirittura i prezzi più alti in assoluto) tra i paesi dell'UE-15 e il tasso di penetrazione della banda larga in Spagna era inferiore alla media dell'UE-15. Peraltro, non v'erano fattori relativi alla domanda o all'offerta che giustificassero il livello elevato dei prezzi spagnoli al dettaglio (cfr. sintesi della decisione *Telefónica*, in GU C 83 2 aprile 2008, pp. 6-9, p.to 3.3).

⁴¹³ Trib, 30 novembre 2000, Causa T-5/97, *BPB Industrie des Poudres Spheriques SA/Commissione*, Racc., 2000, p. II-3755, p.ti 169-186.

⁴¹⁴ *Ivi*, p.to 179.

⁴¹⁵ *Ivi*, p.ti 180-182.

Nondimeno, nella sentenza emessa a seguito dell'impugnazione della decisione *Deutsche Telekom* prima menzionata, il Tribunale ha modificato il suddetto orientamento ed ha avallato la tesi della Commissione che, come visto, aveva propeso per la configurabilità del *margin squeeze* quale abuso escludente, a prescindere dalla natura discriminatoria, predatoria o eccessiva dei prezzi praticati dall'impresa dominante nei mercati a monte ed valle⁴¹⁶.

Più specificamente, il Tribunale ha espressamente respinto l'argomentazione difensiva avanzata da *Deutsche Telekom*, secondo cui, se le tariffe a monte sono amministrate, l'illiceità del *price squeeze* può discendere solo dalla natura predatoria delle tariffe a valle, rilevando che la natura anticompetitiva di tale pratica è connessa al carattere non equo del differenziale tra le tariffe fissate dall'impresa dominante nei mercati a monte e valle, a prescindere dalla circostanza che le stesse infrangano il divieto di cui all'art. 102 TFUE.

3. IL MARGIN SQUEEZE NEL GUIDANCE PAPER

La prassi decisionale riportata in precedenza lascia emergere come la Commissione - supportata dal Tribunale - si fosse orientata nel senso di analizzare la pratica della compressione dei margini come violazione autonoma dell'art. 102 TFUE.

Del resto, tale orientamento era stato confermato a livello regolatorio nella *Comunicazione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi di accesso nel settore delle telecomunicazioni*, ai sensi della quale è possibile provare l'esistenza di una compressione dei margini laddove si dimostri che le divisioni operative a valle di proprietà dell'impresa dominante non sarebbero in grado di svolgere le loro attività in maniera remunerativa sulla base del prezzo praticato a monte ai suoi concorrenti dal braccio operativo di proprietà

⁴¹⁶ Trib, 10 aprile 2008, Causa T-271/03, *Deutsche Telekom c. Commissione*, Racc., 2008, p. II-477, p.ti 166-168. Tuttavia, secondo un orientamento della dottrina, tale sentenza potrebbe essere anche letta nel senso che, quando i prezzi a valle non sono predatori, una compressione dei margini potrebbe integrare un abuso esclusivamente in presenza di prezzi eccessivi nel mercato a monte, cfr. F.E. GONZALEZ DIAZ - J. PADILLA, *The Linkline Judgment - A European Perspective*, in *GCP Magazine*, 2009.

dell'impresa dominante⁴¹⁷. Inoltre, in casi particolari, è possibile dimostrare l'esistenza di una compressione dei prezzi evidenziando che il margine tra la tariffa praticata per l'accesso ai concorrenti nel mercato a valle (comprese le eventuali divisioni operative a valle dell'impresa dominante) e la tariffa fissata dall'operatore della rete nel mercato a valle non consente ad un fornitore di servizi ragionevolmente efficiente nel mercato a valle di operare con normali livelli di profitto (a meno che l'impresa dominante non possa dimostrare che le proprie divisioni operative a valle sono eccezionalmente efficienti)⁴¹⁸.

Senonché, se la summenzionata prassi decisionale aveva lasciato intendere piuttosto chiaramente che il *margin squeeze* potesse configurarsi anche in assenza di prezzi predatori o eccessivi (nei mercati a monte e a valle), non era stato ancora chiarito se l'abusività di tale pratica fosse subordinata al soddisfacimento delle condizioni previste per il rifiuto a contrarre, specie con riferimento al requisito dell'indispensabilità del prodotto intermedio.

La questione non si era ancora posta, da un lato, perché le due forme di abuso (*margin squeeze* e rifiuto a contrarre) presentano molti profili in comune: su tutti l'essere il frutto dell'interazione delle condotte tenute da un'impresa dominante verticalmente integrata nei mercati a monte e a valle. Dall'altro, perché nei procedimenti conclusi nel settore delle comunicazioni elettroniche – ambito nel quale si è venuta concretamente ad affermare la teoria del *margin squeeze* – il problema dell'indispensabilità non era stato esaminato a fondo giacché sia in *Deutsche Telekom* che in *Telefónica* l'input intermedio era la rete telefonica fissa (infrastruttura difficilmente replicabile) e le norme di settore prevedevano l'obbligo di concedere l'accesso tale rete.

⁴¹⁷ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni (98/C 265/02), p.to 117. Nel medesimo punto, la Commissione aggiunge che un operatore dominante può nascondere l'esistenza di una divisione in perdita a valle imputando alle sue strutture di accesso costi che dovrebbero essere invece imputati alle divisioni a valle, o determinando in maniera non corretta in prezzi di trasferimento all'interno dell'organizzazione. Per questo motivo, la Commissione può, se opportuno, chiedere all'impresa dominante di presentare conti certificati separati per tutti gli aspetti fondamentali dell'attività dell'impresa dominante.

⁴¹⁸ *Ivi*, p.to 118.

Ebbene, nel *Guidance Paper*, la Commissione afferma esplicitamente che è sua intenzione applicare il test del rifiuto a contrarre anche per accertare l'abusività della compressione dei margini. Di talché, tale pratica viene considerata come una peculiare forma di rifiuto costruttivo che si configura quando un'impresa dominante, anziché rifiutare di effettuare la fornitura, applica al prodotto sul mercato a monte un prezzo che rispetto a quello applicato sul mercato a valle non consente neppure ad un concorrente altrettanto efficiente di operare in modo redditizio su base duratura sul mercato a valle⁴¹⁹. Conseguentemente, tale impostazione implica che la Commissione dovrà provare che l'input rispetto al quale gli altri operatori richiedono l'accesso è per loro indispensabile, nel senso che gli viene attribuito nel test valutativo del rifiuto a contrarre⁴²⁰.

Al riguardo, parte della dottrina ha rilevato la superfluità di tale requisito nelle valutazioni concernenti l'abusività del *margin squeeze*: sarebbe stato più opportuno considerare l'indispensabilità dell'input come una condizione alternativa all'*as efficient competitor test*, in modo da superare le difficoltà legate all'applicazione di tale criterio. Questo perché, in buona sostanza, l'indispensabilità dell'input coincide con il requisito della eliminazione di una concorrenza effettiva, circostanza verificata proprio mediante il test del concorrente altrettanto efficiente.

In altri termini, considerato che è piuttosto difficile immaginare che tale "operatore virtuale" possa competere effettivamente con l'impresa dominante facendo a meno di un input indispensabile per operare ad armi pari sul mercato a valle, la verifica dell'eliminazione di una concorrenza effettiva conseguente al rifiuto sembra assorbire quella concernente l'indispensabilità dell'input e viceversa⁴²¹.

⁴¹⁹ Cfr. *Guidance Paper*, p.to 79. Il rifiuto costruttivo potrebbe consistere, ad esempio, in ritardi indebiti o in altre forme di danneggiamento della fornitura del prodotto o nell'imposizione di condizioni irragionevoli in cambio della fornitura.

⁴²⁰ V. *supra*, par. 6.2.2 Capitolo Primo e par. 5.1. Capitolo Secondo.

⁴²¹ Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusive Abuse in EC Competition law*, cit, pp. 420-421.

Il *Guidance Paper* precisa poi che il parametro utilizzato dalla Commissione per determinare i costi di un concorrente altrettanto efficiente sarà generalmente il CIMLP⁴²² del comparto a valle dell'impresa dominante verticalmente integrata. Tuttavia, in alcuni casi, potrebbe essere utilizzato come parametro il CIMLP di un concorrente non integrato a valle, ad esempio, quando non è possibile ripartire chiaramente i costi dell'impresa dominante tra le operazioni a valle e quelle a monte⁴²³.

Peraltro, in determinate ipotesi, può essere chiaro che l'imposizione di un obbligo di fornitura non è in grado di incidere negativamente sugli incentivi, per il proprietario dei fattori di produzione e/o per altri operatori, ad investire e innovare a monte, tanto *ex ante* quanto *ex post*. In particolare, la Commissione ritiene che ciò sia probabile allorquando una normativa compatibile con il diritto UE impone già un obbligo di fornitura all'impresa dominante ed è chiaro, dalle considerazioni alla base di detta normativa, che le Autorità pubbliche abbiano già effettuato la necessaria ponderazione degli incentivi al momento dell'imposizione di un tale obbligo. Questo potrebbe avvenire anche quando la posizione sul mercato a monte dell'impresa dominante si è sviluppata grazie a diritti speciali o esclusivi o è stata finanziata mediante risorse statali.

In tali casi specifici, la Commissione potrà dimostrare la potenziale preclusione anticoncorrenziale prescindendo dalla sussistenza delle tre condizioni richieste dal test valutativo utilizzato in relazione al rifiuto a contrarre puro e *de facto*⁴²⁴.

La Commissione ritiene inoltre che il rifiuto di effettuare forniture (tanto quello puro quanto quello costruttivo e, quindi, anche il *margin squeeze*) possa produrre un danno per i consumatori qualora il prezzo del fattore di produzione nel mercato a monte sia regolamentato, il prezzo nel mercato a

⁴²² Così come definitio *supra*, par. 4.3., Capitolo Secondo.

⁴²³ *Guidance Paper*, p.ti 80-81.

⁴²⁴ *Guidance Paper*, p.to 82. Tale eccezione, che si applica, all'evidenza, ai procedimenti che riguardano ex-monopolisti ed imprese dominanti attive nei settori regolamentati, sarà trattata in maniera più approfondita nel par. 4.1., Capitolo Quarto.

valle non lo sia e l'impresa dominante, escludendo i concorrenti sul mercato a valle attraverso tale rifiuto, possa ricavare maggiori profitti nel mercato a valle non regolamentato di quanto avverrebbe altrimenti⁴²⁵. Sicché, anche con riferimento al *margin squeeze*, la Commissione eseguirà un'analisi controfattuale per identificare quale sarebbe stato lo scenario competitivo in assenza di tale pratica escludente.

In definitiva, nel *Guidance Paper*, la Commissione propone una lettura del *margin squeeze* parzialmente divergente dalla precedente prassi decisionale, atteso che la Comunicazione non pone l'accento sulla non equità del differenziale tra le tariffe dell'impresa dominante. Peraltro, l'imposizione del rispetto delle medesime condizioni del rifiuto di contrarre, specie con riferimento al requisito dell'indispensabilità dell'input intermedio, sembrerebbe mettere in discussione la configurabilità del *margin squeeze* quale violazione autonoma dell'art. 102 TFUE.

4. L'AFFERMAZIONE DELL'AUTONOMIA DEL MARGIN SQUEEZE DA PARTE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA: SENTENZE *DEUTSCHE TELEKOM* E *TELIASONERA*

Con la sentenza del 14 ottobre 2010⁴²⁶, la Seconda Sezione della Corte di giustizia ha posto fine al contenzioso, cominciato con la decisione della Commissione europea del 21 maggio 2003 e proseguito con la sentenza del Tribunale del 10 aprile 2008⁴²⁷ (prima menzionate), contro *Deutsche Telekom*.

In particolare, l'*incumbent* tedesco è stato sanzionato per aver applicato agli operatori attivi nella telefonia fissa prezzi più elevati per il servizio di accesso all'ingrosso sulla propria rete locale rispetto ai prezzi che lo stesso operatore riservava ai propri abbonati. Tale comportamento è stato ritenuto illecito poiché avrebbe disincentivato nuovi operatori dall'entrare sul mercato, riducendo l'ambito dei prestatori di servizi di telecomunicazione e la concorrenza sul prezzo a danno dei consumatori.

⁴²⁵ *Guidance Paper*, p.to 88.

⁴²⁶ Sentenza *Deutsche Telekom*, cit.

⁴²⁷ Sentenza Trib e Decisione Commissione *Deutsche Telekom*, cit.

La predetta sentenza è estremamente rilevante perché costituisce la prima pronuncia della Corte in materia di *margin squeeze* e, soprattutto, perché i giudici dell'Unione hanno affermato la natura *stand alone* di tale illecito antitrust⁴²⁸: il carattere abusivo ai sensi dell'art. 102 TFUE di tale pratica risulta dal carattere non equo dello scarto esistente tra le tariffe all'ingrosso e le tariffe al dettaglio fissate dall'impresa dominante, da cui deriva una compressione dei margini dei suoi concorrenti quantomeno altrettanto efficienti.

Sicché non è necessario accertare che le tariffe all'ingrosso applicate agli altri operatori o le tariffe al dettaglio praticate dall'*incumbent* siano di per sé abusive in considerazione del loro carattere, a seconda dei casi, eccessivo, discriminatorio o predatorio⁴²⁹. Del resto, l'accertamento di tali circostanze è volto a verificare se la condotta dell'impresa dominante integri gli estremi di altre forme di abuso, quali il rifiuto di contrarre e l'imposizione di prezzi predatori. In sostanza, la Corte di giustizia ha avallato l'impostazione seguita dalla Commissione e dal Tribunale riportata in precedenza⁴³⁰.

Pochi mesi dopo, la Prima Sezione della Corte è nuovamente intervenuta sul *margin squeeze*, questa volta per rispondere ai quesiti formulati dallo *Stockholms tingsrätt*⁴³¹ nell'ambito di un rinvio pregiudiziale⁴³².

Più specificamente, nella causa principale l'Autorità antitrust svedese aveva ritenuto che *TeliaSonera* - operatore storico svedese della rete di telefonia fissa - avesse abusato della propria posizione dominante applicando una politica tariffaria mediante la quale il divario tra i prezzi di vendita dei prodotti ADSL destinati alle prestazioni intermedie e i prezzi di vendita dei servizi proposti agli utenti finali era insufficiente a coprire i costi che lo stesso *incumbent* doveva sopportare per la distribuzione di tali servizi sul mercato a valle. Pertanto, l'Autorità antitrust svedese aveva presentato una domanda

⁴²⁸ La sentenza *Deutsche Telekom* è intervenuta anche sui profili relativi all'imputabilità dell'infrazione in parola e, segnatamente, ai rapporti tra regolamentazione e concorrenza. La specifica trattazione di tali questioni è rinviata al Capitolo Quarto del presente lavoro.

⁴²⁹ V. sentenza *Deutsche Telekom*, p.ti 167 e 183.

⁴³⁰ V. *supra*, par. 2 del presente Capitolo.

⁴³¹ Tribunale distrettuale di Stoccolma, Svezia.

⁴³² V. sentenza *TeliaSonera*, cit.

dinanzi allo *Stockholms tingsrätt* diretta ad ottenere la condanna della *TeliaSonera* per violazione della pertinente normativa antitrust UE e nazionale.

Ebbene, nella sentenza *TeliaSonera*, la Corte ha confermato che il *margin squeeze* costituisce una fattispecie autonoma di abuso di posizione dominante, sussumendo tale violazione antitrust nell'art. 102, secondo paragrafo, lett. a), TFUE, ai sensi del quale è espressamente vietata l'imposizione diretta o indiretta di prezzi non equi da parte di un'impresa dominante⁴³³, discostandosi, come vedremo meglio in seguito, da quanto sostenuto dall'Avvocato generale Mazák nelle proprie conclusioni⁴³⁴.

Tali pronunce consentono altresì di ricostruire la disciplina sostanziale del *margin squeeze* in quanto la Corte ne ha precisato gli elementi costitutivi. Questi ultimi saranno puntualmente esaminati nelle pagine che seguono.

4.1. GLI ELEMENTI DEFINITORI: LA NON EQUITÀ DELLO SPREAD E LA NATURA INDISPENSABILE DEL PRODOTTO INTERMEDIO

Come già anticipato, nella sentenza *Deutsche Telekom*, i giudici europei hanno stabilito che una pratica tariffaria di un'impresa dominante verticalmente integrata si pone in contrasto con l'art. 102 TFUE, nella misura in cui generi uno scarto non equo tra i livelli delle tariffe all'ingrosso e delle tariffe al dettaglio⁴³⁵. Ad avviso della Corte, la non equità dell'abuso in esame è connessa all'esistenza stessa della compressione dei margini, nella misura in cui il differenziale tra il prezzo che l'impresa dominante applica ai concorrenti per la fornitura del bene intermedio nel mercato a monte e quello praticato per l'offerta del bene finale nel mercato a valle sia negativo ovvero insufficiente a coprire i costi specifici di detta impresa per la prestazione dei propri servizi nel mercato a valle.

Questo è il parametro essenziale in forza del quale va accertata la non equità e, quindi, l'illegittimità della compressione dei margini, non essendo

⁴³³ V. Sentenza *TeliaSonera*, p.to 25.

⁴³⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Mazák presentate il 22 aprile 2010, Causa C-280/08, *Deutsche Telekom*, ed il 2 settembre 2010, Causa C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera*.

⁴³⁵ Sentenza *Deutsche Telekom*, p.ti 149-183.

indispensabile provare la natura discriminatoria ovvero eccessiva delle tariffe *de quibus*⁴³⁶.

Tuttavia, secondo quanto ritenuto dall'Avvocato generale Mazák nelle conclusioni rese nelle cause *Deutsche Telekom*⁴³⁷ e *TeliaSonera*⁴³⁸, tale circostanza non sarebbe sufficiente a configurare un'ipotesi di *margin squeeze*, essendo pur sempre necessario che il prodotto intermedio, commercializzato dall'impresa verticalmente integrata, sia indispensabile per gli altri operatori al fine di accedere e competere ad armi pari sul mercato a valle.

Si potrebbe ritenere, dunque, necessaria una verifica volta ad accertare la sussistenza o meno di modalità alternative per le imprese concorrenti, mutuando i principi propri della dottrina delle *essential facilities*, segnatamente, quelli affermati nella sentenza *Oscar Bronner*⁴³⁹. Quindi, al pari di quanto affermato dalla Commissione nel *Guidance Paper*⁴⁴⁰, il *margin squeeze* costituirebbe una forma di rifiuto *de facto* di contrarre.

In merito a tale aspetto, la dottrina dominante ha parimenti asserito che la configurabilità della compressione dei margini è inscindibilmente connessa all'indispensabilità dell'input intermedio⁴⁴¹. Soltanto in tal modo si eviterebbe la costruzione di una disciplina fuorviante, la cui declinazione conduca a

⁴³⁶ Sentenza *Deutsche Telekom*, p.to 168.

⁴³⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Mazák presentate il 22 aprile 2010 per la Causa *Deutsche Telekom c. Commissione*, p.ti 44, 46 e 64.

⁴³⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Mazák, Causa *TeliaSonera*, p.to 16.

⁴³⁹ V. CG, 26 novembre 1998, Causa C-7/97, *Oscar Bronner c. Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag*, Racc.,1999, p. I-7791, p.ti 44-45.

⁴⁴⁰ V. *supra*, par. 3 del presente Capitolo.

⁴⁴¹ Cfr. R. PARDOLESI - G. FAELLA, "Squeezing price squeeze": la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, pp. 43-50; A. HEIMLER, *Is a margin squeeze an antitrust or a regulatory violation?*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2010, pp. 879-890; J.G. SIDAK, *Abolishing the Price Squeeze as a Theory of Antitrust Liability*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2008, pp. 279-309; R. O'DONOGHUE, *Regulating the Regulated: Deutsche Telekom v. European Commission*, in *GCP Magazine*, 2008, pp. 1-24; G. COLANGELO, *Il margin squeeze in Europa dopo Deutsche Telekom e TeliaSonera*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2011, pp. 367-378; A. JONES, *Identifying an Unlawful Margin Squeeze: The Recent Judgments of the Court of Justice in Deutsche Telekom and TeliaSonera*, in *Cambridge yearbook of European legal studies*, 2012, pp. 161-193; H. AUF'MKOLK, *From Regulatory Tool to Competition Law Rule: The Case of Margin Squeeze under EU Competition Law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, pp. 149-162.

ritenere anticompetitiva tale pratica tariffaria allorché non ve ne siano i presupposti⁴⁴².

Di contro, nella sentenza *TeliaSonera*, la Corte ha attribuito un significato parzialmente diverso al requisito in parola. In particolare, i giudici dell'Unione hanno affermato che la natura indispensabile del prodotto o servizio intermedio da utilizzare per l'offerta del bene finale non è un elemento essenziale ai fini della sussistenza del *margin squeeze*.

Nondimeno, tale requisito incide notevolmente sull'onere della prova dell'abusività della compressione dei margini: qualora il prodotto all'ingrosso sia indispensabile per la vendita del prodotto al dettaglio, è "probabile" che tale pratica tariffaria produca degli effetti anticoncorrenziali nei confronti dei concorrenti altrettanto efficienti poiché tali imprese sono costrette ad operare in perdita ovvero a condizioni di redditività ridotta sul mercato a valle⁴⁴³. Viceversa, se il bene intermedio non è indispensabile, l'accertamento degli effetti anticoncorrenziali della compressione dei margini richiede degli standard probatori più elevati.

Come a dire che la sola circostanza della non indispensabilità del bene intermedio per la fornitura del bene finale da parte dei concorrenti altrettanto efficienti non può escludere, di per sé, l'illiceità della compressione dei margini realizzata da un'impresa sulla quale, in ragione della posizione dominante sul mercato a monte, incombe una speciale responsabilità di non pregiudicare, con il suo comportamento, un regime concorrenziale effettivo e leale all'interno del mercato comune. Sicché l'unica conseguenza della non indispensabilità del bene intermedio consiste nel fatto che l'abusività di tale pratica tariffaria è più difficile da provare.

In coerenza con tale impostazione, nemmeno l'assenza di obblighi di natura regolatoria in capo al dominante circa la fornitura di un determinato bene intermedio agli altri operatori osta alla configurabilità dell'abuso in

⁴⁴² Cfr. D. GERARDIN - R. O'DONOGHUE, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2005, pp. 396-399.

⁴⁴³ Sentenza *TeliaSonera*, p.ti 70-71.

commento; infatti, in tale ipotesi, la piena autonomia dell'impresa dominante nella scelta dei comportamenti da porre in essere sul mercato deve essere esercitata comunque nel rispetto e nei limiti derivanti dalla speciale responsabilità che incombe in capo a tale operatore in virtù della sua posizione di dominio⁴⁴⁴.

Sulla base di tali motivi, i giudici dell'Unione hanno affermato che, nei casi di compressione dei margini, è da escludere la necessità di un'indagine simile a quella imposta dalla sentenza *Oscar Bronner*⁴⁴⁵, giacché gli stringenti requisiti imposti per l'accertamento del rifiuto di contrarre non sono pertinenti⁴⁴⁶.

Da un punto di vista sistematico, l'impostazione della Corte appare essere del tutto coerente con l'intento di voler inquadrare il *margin squeeze* come pratica abusiva autonoma nell'elenco non esaustivo delle infrazioni contenuto dall'art. 102 TFUE, inquadrandola, segnatamente, nella fattispecie anticompetitive di cui al secondo comma, lett. a)⁴⁴⁷.

Peraltro, considerato che l'abusività di tale pratica è legata all'imposizione, in modo diretto o indiretto, di prezzi non equi, l'estensione dei principi di cui alla sentenza *Oscar Bronner*, basata principalmente su alcuni punti di contatto tra la compressione dei margini ed il rifiuto di contrarre, minerebbe non solo l'autonomia del *margin squeeze*, ma anche e soprattutto - ed in maniera affatto indebita - l'effetto utile dell'art. 102 TFUE⁴⁴⁸.

Ed infatti, tale approccio subordinerebbe l'illegittimità di qualsiasi strategia commerciale dell'impresa dominante, consistente nell'assoggettare la fornitura di un bene intermedio a condizioni svantaggiose o alle quali l'acquirente non potrebbe essere interessato, al rispetto dei dettami della pronuncia *Oscar Bronner* che, invece, giova ribadirlo, riguardano l'accertamento degli effetti anticoncorrenziali generati da un diniego di

⁴⁴⁴ Sentenza *TeliaSonera*, p.ti 47-59.

⁴⁴⁵ Sentenza *Oscar Bronner*, p.to 47.

⁴⁴⁶ Sentenza *TeliaSonera*, p.ti 54-55.

⁴⁴⁷ Sentenza *TeliaSonera*, p.to 25.

⁴⁴⁸ Sentenza *TeliaSonera*, p.to 58.

cessione, ritenuta anticompetitiva ai sensi dell'art. 102 TFUE, secondo paragrafo, lett. b)⁴⁴⁹.

Di talché, rimarrebbero impunte tutte quelle condotte che, sebbene non integrino gli estremi del rifiuto di contrarre, incidono comunque negativamente sulla struttura competitiva dei mercati interessati poiché rendono più difficile, se non impossibile, l'esercizio delle attività dei concorrenti almeno altrettanto efficienti sul mercato al dettaglio, contribuendo a rafforzare la posizione dell'impresa dominante sulla base di mezzi diversi da quelli che sono propri di una concorrenza fondata sui meriti.

Più specificamente, se è vero che, in assenza di misure regolatorie cogenti e della natura indispensabile del bene intermedio, il principio dell'autonomia contrattuale esclude la possibilità di imporre ad un'impresa dominante verticalmente integrata un obbligo di contrarre ovvero le condizioni da praticare agli altri operatori, è altrettanto vero che tali circostanze non escludono la speciale responsabilità incombente ad un'impresa dominante, né tantomeno il conseguente dovere di astenersi dal porre in essere strategie escludenti basate su politiche di compressione dei margini nel momento in cui l'operatore dominante decida di intrattenere rapporti contrattuali con le imprese rivali.

Del resto, non va perso di vista l'obiettivo fondamentale delle regole antitrust consistente nell'evitare che la concorrenza sia alterata a danno dell'interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori, contribuendo in tal modo a garantire il benessere economico all'interno dell'Unione⁴⁵⁰.

Volgendo nuovamente l'attenzione all'onere della prova nei casi di *margin squeeze*, è importante evidenziare che anche il livello di compressione dei margini comporta un'ulteriore differenziazione sotto il profilo probatorio.

In particolare, l'effetto preclusivo almeno potenziale è "*probabile*" laddove si riscontri un margine negativo, vale a dire quando il prezzo all'ingrosso del bene intermedio è superiore al prezzo al dettaglio per il bene

⁴⁴⁹ Sentenza *TeliaSonera*, p.ti 55-56.

⁴⁵⁰ Sentenza *TeliaSonera*, p.to 22.

finale, giacché i concorrenti dell'impresa dominante, anche se altrettanto efficienti, sarebbero obbligati a vendere in perdita. Per converso, nel caso in cui lo scarto sia positivo, la preclusione anticoncorrenziale deve essere debitamente comprovata, dimostrando che la pratica tariffaria è idonea a rendere quantomeno più difficile per le imprese rivali l'esercizio delle loro attività sul mercato a valle, a causa, ad esempio, di una riduzione della redditività⁴⁵¹. Tale ultima ipotesi è dunque equiparata a quella in cui il prodotto intermedio non sia indispensabile.

4.2. STANDARD DEGLI EFFETTI PRECLUSIVI ED IL TEST DEL CONCORRENTE ALTRETTANTO EFFICIENTE

Le valutazioni della Corte sul requisito dell'indispensabilità dell'input lasciano emergere un approccio di fondo diverso e meno severo rispetto a quanto stabilito dal *Guidance Paper*⁴⁵², ove il *margin squeeze* è assimilato al rifiuto di contrarre e, quindi, la configurabilità di tale pratica è ancorata al rispetto dei parametri stringenti di cui alla sentenza *Oscar Bronner*⁴⁵³.

Eguale è a dirsi per lo standard degli effetti preclusivi che determinano l'abusività della compressione dei margini e, in particolare, del conseguente danno per i consumatori.⁴⁵⁴ Tali effetti non devono essere necessariamente attuali, essendo sufficiente la dimostrazione di un effetto anticoncorrenziale potenzialmente idoneo a precludere (*rectius*: escludere) l'accesso di concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa dominante sul mercato a valle⁴⁵⁵. Ed infatti, laddove un'impresa dominante ponga effettivamente in essere una pratica tariffaria che, determinando una compressione dei margini dei suoi concorrenti almeno altrettanto efficienti, mira a estrometterli dal mercato interessato, la circostanza che il risultato

⁴⁵¹ Sentenza *TeliaSonera*, p.ti 73-74.

⁴⁵² Cfr. R. WHISH - D. BAILEY, *Competition Law*, cit., pp. 200-202.

⁴⁵³ *Guidance Paper*, p.ti. 7-20 e 75-90.

⁴⁵⁴ V. S. CLERCKX, *Feature Article: Price Squeeze: The Implications of the CJ Judgements in Deutsche Telekom and TeliaSonera*, in *Unilateral Conduct Committee: ABA Section of Antitrust Law*, 2011, pp. 4-9.

⁴⁵⁵ Sentenza *TeliaSonera*, p.to 64.

perseguito, cioè l'esclusione dei concorrenti, non venga, in definitiva, raggiunto non può certo escludere la qualificazione di abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE⁴⁵⁶. Tuttavia, in assenza del minimo effetto sulla posizione concorrenziale dei concorrenti altrettanto efficienti, una pratica tariffaria come quella in esame non può essere qualificata come pratica preclusiva qualora essa non renda minimamente più difficile la penetrazione di questi ultimi nel mercato interessato⁴⁵⁷.

Come visto, tali valutazioni vanno condotte, principalmente, sulla base dei rapporti funzionali tra i prodotti all'ingrosso e i prodotti al dettaglio e dell'entità del differenziale generato dalle tariffe imposte su tali mercati dall'impresa dominante. Sicché, diversamente da quanto suggerito nel *Guidance Paper*, non è necessario verificare se l'impresa dominante possa ricavare maggiori profitti nel mercato a valle di quanto avverrebbe altrimenti⁴⁵⁸. Allo stesso modo, la Corte non sembra ritenere che vi possa essere un danno per i consumatori solo qualora si impedisca ai concorrenti - i cui margini tra prezzi e costi sono compressi dalla politica di prezzo dell'impresa dominante - di immettere sul mercato beni o servizi innovativi e/o quando sia probabile che venga frenata l'innovazione successiva⁴⁵⁹.

In altri termini, la Corte non parrebbe estendere al *margin squeeze* il rispetto del requisito del prodotto nuovo previsto per la valutazione del danno ai consumatori negli accertamenti relativi al rifiuto di contrarre⁴⁶⁰. Tale aspetto non è di poco conto. Considerato che nel *Guidance Paper* l'unica precisazione relativa al *margin squeeze* riguarda il parametro per determinare i costi di un concorrente altrettanto efficiente⁴⁶¹, la trattazione del *margin squeeze* e del rifiuto di contrarre nella medesima sezione di tale Comunicazione poteva lasciar intendere la volontà della Commissione di operare in tal senso.

⁴⁵⁶ *Ivi*, p. to 65.

⁴⁵⁷ *Ivi*, p. to 66.

⁴⁵⁸ *Guidance Paper*, p.to 88.

⁴⁵⁹ *Ivi*, p.ti 86-87.

⁴⁶⁰ V. *supra*, parr. 6.2.2., Capitolo Primo, e 5.1., Capitolo Secondo.

⁴⁶¹ Tale parametro consiste, come visto, nel CIMLP del comparto a valle dell'impresa dominante integrata (v. *Guidance Paper*, p. to 80).

In buona sostanza, tali considerazioni testimoniano che nella visione dei giudici europei l'obiettivo primario del diritto antitrust sia ancora la tutela del processo concorrenziale sui mercati interessati dalle condotte abusive di un'impresa dominante. E' sufficiente allora che quest'ultima attenti al normale svolgimento di tali processo per essere sanzionata ai sensi dell'art. 102 TFUE. Non è invece necessario accertare che le strategie di un'impresa dominante arrechino un danno diretto ed immediato ai consumatori, il quale risulta essere in un certo qual modo presunto dal turbamento del regime concorrenziale del mercato interessato da tali strategie⁴⁶².

In definitiva, in relazione all'accertamento del *margin squeeze*, la Corte ha deciso di non seguire totalmente l'approccio economico nell'applicazione dell'art. 102 TFUE, incentrato sulla dimostrazione degli effetti anticoncorrenziali concreti (cd. *effects based*), né tantomeno di mutuare le considerazioni contenute nel *Guidance Paper* in relazione al danno ai consumatori⁴⁶³. I giudici europei hanno riproposto, invece, una versione più economica dell'impostazione classica, basata sugli effetti anticoncorrenziali potenziali (cd. *potential effects-approach*)⁴⁶⁴, in quanto coniugata con il test del

⁴⁶² La Corte, infatti, conferma in limine che, nell'ambito applicativo dell'art. 102 TFUE vanno ricondotte non solo le pratiche abusive che possono provocare un danno immediato ai consumatori, ma anche quelle che li danneggiano pregiudicando la sussistenza di una concorrenza effettiva. (cfr. sentenza *TeliaSonera*, p.to 24). E' peraltro utile osservare che questo approccio rientra pienamente nel solco della giurisprudenza classica della Corte in materia di abuso di posizione dominante ancora confermata, per quanto riguarda l'applicazione di prezzi predatori, dalla CG, 2 aprile 2009, Causa C-202/07 P, *France Télécom SA c. Commissione*, Racc., 2009, p. I-2369. In questa pronuncia, infatti, la Corte, contrariamente a quanto sostenuto da un'affrettata dottrina (v. A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Prezzi predatori e antitrust europeo: spiragli che non si schiudono*, in *Foro It.*, 2009, IV, 274, 278) non intende affatto spingere indietro di decenni il diritto antitrust europeo, ma semmai intende rafforzare la tutela sul lungo periodo della struttura concorrenziale di certi mercati, in Europa molto più fragile o compromessa che non nei corrispondenti mercati americani. Ci sarebbe infatti da chiedersi, a questo riguardo, se, in un settore in cui il *falso* è sempre in agguato, risponda maggiormente all'obiettivo di proteggere il consumatore nel lungo periodo - e quindi stabilmente - un approccio che miri alla salvaguardia dei *falsi positivi* (come sembra essere il grande vantaggio di quello americano), ovvero uno, come quello seguito dalla Corte, che punti a evitare i *falsi negativi*. Si può certamente discutere - e non è questa la sede per farlo - su quale approccio sia economicamente più giustificato, ma scegliere il secondo non significa sottrarsi all'approccio economico antitrust, né, tanto meno, averne paura.

⁴⁶³ *Guidance Paper*, p.ti 81-88.

⁴⁶⁴ Per un chiaro esempio applicativo di tale approccio, v. Trib., 30 settembre 2003, Causa T-203/01, *Michelin c. Commissione*, Racc., p. II-4071, p.to 239; 17 dicembre 2003, Causa T-219/99,

concorrente altrettanto efficiente e la possibilità per l'impresa dominante di dimostrare che la propria condotta sia economicamente giustificata in quanto produce efficienze considerevoli tali da compensare eventuali effetti anticoncorrenziali sui consumatori.

Il criterio del concorrente altrettanto efficiente è stato preferito a quello del concorrente ragionevolmente efficiente. Come già rilevato, tale test - che meglio riflette il principio della certezza del diritto - impone, in linea di principio⁴⁶⁵, la considerazione delle tariffe e dei costi del dominante, in luogo di quelli dei suoi concorrenti che, di norma, non sono noti al primo soggetto⁴⁶⁶. Ne consegue che l'impresa dominante, in considerazione della sua particolare responsabilità, può eseguire un'autovalutazione dei dati economici relativi alle proprie strategie per accertare l'eventuale illegittimità delle stesse.

Quanto all'*efficiency defence*, ad avviso dei giudici europei, la valutazione di tale giustificazione deve essere effettuata sulla base dell'insieme delle circostanze della fattispecie. Al riguardo, è importante stabilire se l'effetto preclusivo derivante da una tale pratica, svantaggioso per la concorrenza, possa essere controbilanciato, o anche superato, da vantaggi in termini di efficienza che vadano anche a beneficio del consumatore. Se l'effetto preclusivo di detta pratica non è in relazione con i vantaggi per il mercato e per i consumatori o se eccede quanto necessario per conseguirli, essa deve essere considerata abusiva⁴⁶⁷.

British Airways plc c. Commissione, Racc., p. II-5917, p.to 293. Rispetto a quest'ultima, in appello, CG, 15 marzo 2007, Causa C-95/04 P, *British Airways plc c. Commissione*, Racc., p. I-2331.

⁴⁶⁵ In particolare, la Corte ha affermato che i costi ed i prezzi dei concorrenti possono essere rilevanti nell'esame della compressione dei margini qualora: (i) la struttura dei costi dell'impresa dominante non sia identificabile con precisione per ragioni obiettive; (ii) la prestazione fornita ai concorrenti consista nella semplice gestione di un'infrastruttura il cui costo di produzione sia stato già ammortizzato, in modo tale che l'accesso a siffatta infrastruttura non rappresenta più un costo per l'impresa dominante economicamente paragonabile al costo che i suoi concorrenti devono sostenere per accedervi; (iii) le condizioni specifiche di concorrenza del mercato lo esigano, a causa, ad esempio, della circostanza che il livello dei costi dell'impresa dominante dipende precisamente dalla situazione di vantaggio concorrenziale in cui la posizione dominante la colloca. V. sentenza *TeliaSonera*, p.to 45.

⁴⁶⁶ V. sentenza *Deutsche Telekom*, p.ti 195-204.

⁴⁶⁷ V. sentenza *TeliaSonera*, p.ti 75-76.

Tutto ciò induce a ritenere infondate le preoccupazioni di alcuni commentatori⁴⁶⁸, i quali avevano ipotizzato che gli obiettivi propri dell'approccio economico, vale a dire *consumer welfare* ed efficienza, sarebbero prevalse nell'applicazione dell'art. 102 TFUE a seguito delle modifiche che hanno interessato dell'ex art. 3 CE, determinando un *revirement* nella giurisprudenza della Corte⁴⁶⁹.

Allo stesso modo, sono da respingere le critiche secondo cui le fattispecie di *margin squeeze* tenderebbero ad imporre all'impresa dominante di garantire dei margini di utile alle imprese rivali e, quindi, a proteggere il benessere di concorrenti piuttosto che quello dei consumatori, sull'assunto ormai screditato che le regole antimonopolistiche mirino ad assicurare un numero minimo di operatori attivi sul mercato di riferimento⁴⁷⁰. Con particolare riferimento alla causa *Deutsche Telekom*, poi, è stato contestato altresì che, invece di incentivare gli altri concorrenti ad adottare delle contromisure, si è deciso di tutelarli eccessivamente imponendo all'*incumbent* di aumentare i prezzi sui mercati rilevanti⁴⁷¹.

Orbene, tali osservazioni trascurano il fatto che la compressione dei margini rafforza la posizione dell'impresa dominante sul mercato al dettaglio, mediante la riduzione del grado di concorrenza esistente su tale mercato - già indebolito dalla presenza dell'*incumbent* - conseguente all'esclusione o all'indebolimento di operatori altrettanto efficienti e, quindi, in grado quantomeno di assicurare le medesime prestazioni di tale impresa. Di talché, il *margin squeeze* arreca ai consumatori un duplice danno, consistente nella

⁴⁶⁸ V. J. DREXL, *Competition Law as Part of the European Constitution*, in A. VON BOGDANDY & J. BAST (a cura di) *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing 2010, p. 697.

⁴⁶⁹ Come noto, a seguito del Trattato di Lisbona, il principio della libera concorrenza non viene più menzionato nell'ex art. 3 CE bensì nel Protocollo n. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza. Nella sentenza *TeliaSonera*, che costituisce la prima pronuncia a far riferimento art. 3, paragrafo 3, TUE ed a tale Protocollo, la Corte, sulla base del combinato disposto di tali previsioni normative, ha confermato il valore fondamentale del principio della libera concorrenza non falsata nell'ordinamento dell'Unione (sentenza *TeliaSonera*, p. to 20). La collocazione di detto principio in un protocollo non ne altera, dunque, la valenza sistematica. E' ben noto, infatti, che i protocolli hanno lo stesso valore dei trattati.

⁴⁷⁰ Cfr. J.G. SIDAK, *Abolishing the Price Squeeze as a Theory of Antitrust Liability*, cit., p. 308.

⁴⁷¹ Cfr. R. O'DONOGHUE, *Regulating the Regulated: Deutsche Telekom v. European Commission*, cit., p. 22-24.

limitazione della loro possibilità di scelta e nella conseguente esclusione di un'eventuale riduzione delle tariffe derivante dalla pressione concorrenziale degli operatori quantomeno altrettanto efficienti⁴⁷². Ed inoltre tale strategia crea le condizioni perché un'impresa dominante possa sfruttare ancor più agevolmente la posizione di dominio detenuta e rafforzata sul mercato rilevante in conseguenza di siffatta condotta.

4.3. L'IRRILEVANZA DELLA DOPPIA DOMINANZA

La dominanza sul mercato costituisce, come noto, il presupposto fondamentale affinché si possa configurare una violazione di cui all'art. 102 TFUE. Tale preconditione sembra aver generato delle incertezze di non poco conto in relazione al *margin squeeze* dovute, in gran parte, alla sua particolare struttura, la quale coinvolge sia il mercato a monte che il mercato a valle.

In estrema sintesi, il nodo interpretativo da sciogliere consiste nello stabilire se sia sufficiente che l'impresa cui viene contestata l'infrazione sia dominante esclusivamente sul mercato all'ingrosso ovvero se sia altresì richiesta una dominanza sul mercato a valle (cd. *price squeeze*).

Il quesito è estremamente interessante poiché rappresenta un punto che non è stato ancora specificamente affrontato nell'ambito delle valutazioni sulla compressione dei margini.

Al riguardo, è stato osservato che la necessità della doppia dominanza potrebbe discendere dalle affinità tra la compressione dei margini e la pratica dei prezzi predatori: considerato che quest'ultima, in linea di principio, richiede una posizione dominante sul mercato al dettaglio, tale condizione s'imporrebbe anche per il *margin squeeze*, almeno nei casi in cui essa sia realizzata mediante l'implementazione di strategie aggressive sul mercato a valle⁴⁷³.

Del pari, il bisogno di una dominanza a valle costituirebbe il corollario della struttura stessa dell'abuso escludente in esame, poiché l'impresa

⁴⁷² V. sentenza *Deutsche Telekom*, p.to 182.

⁴⁷³ Cfr. D. GERARDIN - R. O'DONOGHUE, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, pp. 407-409.

dominante potrebbe comprimere i margini dei propri concorrenti soltanto sulla base di un potere significativo esercitato su entrambi i mercati⁴⁷⁴.

In ogni caso, qualora l'impresa verticalmente integrata sia dominante soltanto nel mercato a monte, le criticità concorrenziali derivanti dalla compressione dei margini avrebbero un impatto minore sul mercato a valle, considerato che il grado di concorrenza sul secondo mercato non è indebolito dalla presenza di un operatore dotato di un significativo potere economico⁴⁷⁵.

Sicché, in tale ipotesi, dovrebbe essere condotta un'analisi più approfondita degli eventuali effetti anticoncorrenziali, che tenga conto dei seguenti fattori: (i) il grado di elasticità della domanda nel mercato a valle; (ii) le probabilità di uscita degli altri operatori in caso di persistenza della compressione dei margini; (iii) l'eventuale ingresso di nuovi entranti in conseguenza di un aumento dei prezzi sul mercato a valle da parte dell'impresa dominante⁴⁷⁶.

La Corte, di contro, rifacendosi in particolare alla sentenza *Tetra Pak*⁴⁷⁷, ha affermato che l'abusività della compressione dei margini non dipende dalla dominanza dell'impresa verticalmente integrata sul mercato a valle.

L'art. 102 TFUE, infatti, non contiene alcuna previsione in merito alla localizzazione dell'abuso sui mercati interessati dalla presunta condotta abusiva. Sicché è possibile qualificare come abusive talune condotte tenute su mercati diversi da quelli soggetti a dominio, le quali producono i propri effetti su questi ultimi ovvero sugli stessi mercati dominati.

Peraltro, se è vero che una pratica abusiva per essere tale presuppone la sussistenza di un nesso con una posizione dominante che, in linea di principio, non è riscontrabile a fronte di un comportamento posto in essere e produttivo di effetti in un mercato distinto dal mercato dominato, è altrettanto vero che

⁴⁷⁴ Cfr. R. PARDOLESI - G. FAELLA, "Squeezing price squeeze": la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario, cit., pp. 40 e ss.

⁴⁷⁵ Cfr. R. O'DONOGHUE, *Regulating the Regulated: Deutsche Telekom v. European Commission*, pp. 15 e ss.

⁴⁷⁶ Cfr. D. GERARDIN - R. O'DONOGHUE, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, pp. 407-409.

⁴⁷⁷ V. sentenza *Tetra Pak*, cit, *supra*, nota n. 108.

talune "circostanze particolari" possono determinare l'applicazione dell'art. 102 TFUE ad un comportamento accertato sul mercato distinto ma collegato a quello dominato .

Ebbene, tali circostanze particolari possono sussistere laddove un operatore dominante sul mercato a monte comprima i margini dei propri concorrenti altrettanto efficienti per escluderli dal mercato a valle che, per definizione, è strettamente connesso e dipendente dal primo mercato.

In tale ipotesi, allorché il dominante non sia in grado di fornire una giustificazione economica obiettiva, l'intento sotteso alla strategia di *margin squeeze* può essere soltanto quello di impedire lo sviluppo della concorrenza e rafforzare la propria posizione sul mercato a valle ovvero quello di conquistare una posizione dominante su quest'ultimo con mezzi diversi dai propri meriti.

4.4. L'ININFLUENZA DELLA NATURA EMERGENTE DEI MERCATI INTERESSATI

Ulteriore tematica relativa alla compressione dei margini è quella concernente la natura nuova ed emergente dei mercati sui quali essa può concretizzarsi, con particolare riferimento a quelli che sono caratterizzati da una forte crescita ed un'elevata dinamicità in ragione del rapido e costante sviluppo tecnologico dei prodotti commercializzati.

La concorrenza dinamica e l'instabilità che si registrano su tali mercati rendono l'accertamento dell'abusività del *margin squeeze* ancora più complesso rispetto alle valutazioni eseguite sui mercati ove, invece, si riscontra una certa maturità.

Ed infatti, la concorrenza dinamica è basata, come noto, sull'innovazione e sul conseguente lancio di un nuovo prodotto che, spesso, richiede l'applicazione di prezzi notevolmente bassi, i quali potrebbero far insorgere il sospetto di una compressione dei margini.

Del pari, è estremamente difficile condurre un'analisi corretta dei costi di avviamento (cd. *start-up losses*) sostenuti per accedere a tali mercati e degli ingenti investimenti per restare competitivi rispetto agli altri operatori.

Sicché le Autorità antitrust ed i giudici nazionali dovrebbero mostrare una maggiore sensibilità, ricorrendo a criteri che permettano di discernere le ipotesi in cui i prezzi imposti non siano necessari al recupero in un determinato lasso di tempo degli *start-up losses* ovvero all'immissione di un nuovo prodotto, da quelle in cui dette strategie tariffarie siano economicamente giustificate.

E' stato allora sostenuto che, a fronte di tali circostanze, sarebbe opportuno dotare gli operatori dominanti di un margine di manovra pari a quello assicurato alle Autorità antitrust, allorché le stesse eseguano delle analisi economiche complesse e di tipo prospettico, come, ad esempio, nel settore delle concentrazioni⁴⁷⁸.

Al riguardo, nella sentenza *TeliaSonera*, la Corte ha affermato che l'art. 102 TFUE non introduce alcuna distinzione rispetto al grado di sviluppo dei mercati rilevanti e, dunque, tale indice non può influenzare l'applicazione dei principi sottesi alla disciplina dell'abuso di posizione dominante⁴⁷⁹. Peraltro, il vantaggio competitivo consistente nella dominanza detenuta da un'impresa su un mercato distinto ma prossimo ad un mercato in rapido sviluppo, che implica la possibilità di operare in perdita o comunque sulla base di tassi di redditività ridotti per un determinato lasso di tempo al fine di escludere dei concorrenti altrettanto efficienti, può pregiudicare l'instaurazione e lo sviluppo di condizioni di normale concorrenza sul secondo mercato⁴⁸⁰.

Sicché non è opportuno attendere che il mercato in esame abbia raggiunto un certo grado di maturazione; al contrario, l'art. 102 TFUE esige che si intervenga il più rapidamente possibile per evitare che si producano gli effetti anticoncorrenziali di un'eventuale strategia abusiva posta in essere sul mercato dominato o su quello ad esso strettamente collegato.

Per tali motivi, il fatto che i mercati rilevanti siano in forte crescita e che vi sia una nuova tecnologia richiedente investimenti assai ingenti, non è

⁴⁷⁸ Cfr. D. GERARDIN - R. O'DONOGHUE, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, pp. 399-407.

⁴⁷⁹ V. Sentenza *TeliaSonera*, p.ti 104-11.

⁴⁸⁰ *Ibidem*.

rilevante, in linea di principio, per accertare se la pratica tariffaria di cui trattasi sia illegittima ai sensi dell'art. 102 TFUE.

Del resto, siffatte valutazioni sono evidentemente assorbite, da un lato, da quelle condotte nell'applicazione del test del concorrente altrettanto efficiente e, dall'altro, dalle argomentazioni che l'operatore dominante può addurre nell'ambito dell'*efficiency defence*.

5. IL CONFRONTO CON LE FORME PIÙ CONTIGUE DI ABUSO ESCLUDENTE BASATE SUI PREZZI

Come visto, il *margin squeeze* è una pratica escludente basata sui prezzi che rientra nella fattispecie anticompetitive di cui al secondo paragrafo, lett. a), dell'art. 102 TUFUE; inoltre, tale forma di abuso può essere discriminatorio, laddove l'impresa dominante fornisca il bene intermedio agli altri operatori a prezzi maggiori rispetto a quelli che detta impresa pratica alle proprie divisioni sul mercato a valle, ovvero predatorio, allorché l'impresa dominante ponga in essere delle strategie estremamente aggressive nei confronti degli altri concorrenti, offrendo il bene finale a prezzi inferiori ai costi sostenuti dalle divisioni di detta impresa sul mercato a valle (cd. *price squeeze*)⁴⁸¹.

In altri termini, la compressione dei margini si può configurare quando l'impresa dominante impone dei prezzi eccessivi sul mercato a monte e/o predatori sul mercato a valle. Sicché, dopo aver precisato le differenze con il rifiuto a contrarre, specie in riferimento al requisito dell'indispensabilità dell'input intermedio, esigenze di coerenza espositiva rendono opportuno evidenziare altresì quelle con le strategie abusive basate sull'imposizione di tali prezzi. Tali distinguo appaiono essere necessari anche e, soprattutto, sotto il profilo operativo, in quanto l'inquadramento di una pratica abusiva in una determinata categoria è funzionale all'individuazione del corretto test da applicare per la sua valutazione e, quindi, ad evitare che l'interprete commetta

⁴⁸¹ Cfr. R. PARDOLESI - G. FAELLA, «*Squeezing price squeeze*»: la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario, cit., p. 33.

degli errori nell'accertamento dell'illegittimità della condotta di un'impresa dominante ai sensi della disciplina antitrust.

5.1. LE DIFFERENZE CON L'IMPOSIZIONE DI PREZZI ECCESSIVI

Ancorché, alla stregua del *margin squeeze*, le politiche basate sulla fissazione di prezzi eccessivi siano suscettibili nella lett. a) del secondo paragrafo dell'art. 102 TFUE, essa differisce dalla compressione dei margini dei concorrenti dell'operatore dominante per i seguenti aspetti.

In primo luogo, nella maggior parte dei casi, l'impresa dominante che fissa dei prezzi eccessivi mira a sfruttare il proprio potere di mercato in maniera verticale, vale a dire nei confronti dei propri clienti e dei consumatori finali, essendo quindi diversi l'intento abusivo ed i soggetti nei cui confronti è diretta in via principale tale forma di abuso.

In secondo luogo, l'illiceità di una politica di prezzi in ragione della natura eccessiva o iniqua degli stessi è accertata mediante un test diverso da quello impiegato nella disamina della compressione dei margini: mentre nella prima ipotesi, si fa riferimento, principalmente, ai costi sopportati dall'impresa dominante per la fornitura di un determinato prodotto per poi compararli con quelli relativi a prodotti similari commercializzati nello stesso mercato o su mercati ad esso contigui, nella seconda ipotesi, il *benchmark* è rappresentato dai prezzi stabiliti nei mercati a monte e a valle per poi valutare l'equità del differenziale di tali tariffe.

Pertanto, mette conto notare che, in concreto, ancorché il prezzo praticato dall'impresa dominante nel mercato a monte non sia eccessivo, la strategia di prezzi di tale impresa può comunque determinare una compressione dei margini nella misura in cui essa generi un differenziale non equo; allo stesso modo, l'imposizione di un prezzo eccessivo può essere considerato abusivo anche laddove non dia luogo ad una compressione dei margini tra prezzi e costi dei concorrenti dell'impresa dominante.

Da ultimo, va osservato che nei settori delle industrie di rete, ambito nel quale si registra più frequentemente una strategia di *margin squeeze*, è difficile

che quest'ultima si configuri mediante l'imposizione di prezzi eccessivi per la commercializzazione di un bene intermedio, giacché i mercati in cui questo viene fornito sono soggetti ad una regolamentazione di settore piuttosto stringente che fissa tale prezzo o, quantomeno, il *range* entro il quale possono oscillare le tariffe praticate dall'impresa dominante.

5.2. LE DIFFERENZE CON L'IMPOSIZIONE DI PREZZI PREDATORI E CON LA PRATICA DEI SUSSIDI INCROCIATI

Il *margin squeeze* presenta molti aspetti in comune con la pratica dei prezzi predatori. Ed infatti, come già accennato, una delle modalità in cui può concretizzarsi la compressione dei margini è proprio quella predatoria.

In entrambi i casi, l'impresa dominante deve disporre di un significativo potere di mercato, tale da consentirle di lanciarsi nell'implementazione di una strategia escludente siffatta; allo stesso modo, nell'accertamento delle due pratiche abusive in esame, occorre valutare attentamente se la condotta dell'impresa dominante sia razionale dal punto di vista economico o se, invece, l'unico intento a muovere l'azione di tale impresa sia quello di escludere i propri concorrenti.

Tuttavia, ad onta di tali punti di contatto, è dato riscontrare delle differenze significative tra una politica di prezzi basata su un puro *predatory pricing* ed una compressione dei margini di tipo predatorio.

In primo luogo, nell'accertamento di una condotta predatoria vengono presi in considerazione tutti i costi rilevanti sopportati da un'impresa dominante nella fornitura di un determinato bene, mentre nella compressione dei margini si tiene conto soltanto dei costi sostenuti nel mercato a valle, incluso il prezzo dell'input.

In secondo luogo, diversamente dal *predatory pricing* puro, l'attuazione di una compressione dei margini non comporta necessariamente dei sacrifici in termini di perdite economiche nel mercato a valle giacché l'impresa dominante potrebbe comunque operare in modo profittevole sul mercato a monte.

Sicché la questione del *recoupment* assume una rilevanza minore e, al contempo, tale fenomeno va osservato in due stadi temporali distinti: nel *margin squeeze* il recupero delle perdite sul mercato a valle può avvenire contemporaneamente alla realizzazione della compressione dei margini in virtù degli eventuali profitti conseguiti nel mercato a monte e, quindi, se ne può avere già contezza; di contro, nel *predatory pricing* puro tale recupero avviene in una fase immediatamente successiva all'esclusione o all'indebolimento degli altri operatori in conseguenza dell'imposizione di prezzi sotto-costo e, dunque, va esaminato in termini prospettici.

Ancora, a differenza del *predatory pricing* puro, nel breve periodo, la compressione dei margini non genera necessariamente effetti positivi per i consumatori in termini di riduzione dei prezzi o, comunque, non arreca dei benefici di portata pari a quella che si registra in conseguenza dell'imposizione di prezzi predatori; infatti, ancorché, in linea di principio, il *margin squeeze* predatorio sia quello che produce degli effetti escludenti di intensità maggiore, la riuscita della strategia di evizione perseguita dall'impresa dominante, di norma, non le impone di pareggiare l'entità dei prezzi sottocosto fissati nell'ambito di una politica di predazione pura. In altri termini, nel *margin squeeze* un'impresa dominante sacrifica i profitti nel breve periodo senza incorrere in perdite ingenti.

In più, la disamina degli incentivi dell'impresa dominante a porre in essere una pratica di compressione dei margini appare assumere maggiore rilevanza rispetto al ruolo svolto nell'accertamento del *predatory pricing* puro. Mentre in tale ipotesi, in via generale, si presume che l'impresa predatrice trarrà vantaggio dall'uscita dal mercato o dall'indebolimento degli altri concorrenti, nella compressione dei margini la situazione è più complessa. Infatti, i guadagni che un'impresa dominante verticalmente integrata potrebbe realizzare mediante una strategia siffatta potrebbero essere di gran lunga inferiori alle perdite subite, giacché tale pratica elimina o indebolisce degli operatori che sono concorrenti dell'impresa dominante sul mercato a valle e, al

contempo, clienti della stessa sul mercato a monte; il che renderebbe del tutto irrazionale il perseguimento di una politica di *margin squeeze*.

Da ultimo, va evidenziato che i rimedi adottabili per far fronte ai danni arrecati dalle politiche di *predatory pricing* puro e di *margin squeeze* presentano una portata diversa. Nel primo caso, è sufficiente imporre all'impresa dominante di porre fine alla condotta abusiva e di rialzare i prezzi ad un livello ragionevole rispetto ai costi sostenuti nella fornitura di un bene; per converso, nel secondo caso, potrebbe essere necessario diminuire il prezzo dell'input e/o aumentare il prezzo dell'output, in modo da eliminare la non equità del differenziale di tali prezzi.

Infine, in tale ambito, è opportuno formulare qualche breve riflessione sul rapporto tra la compressione dei margini e la pratica dei sussidi incrociati. Quest'ultima è spesso posta in essere dalle imprese dominanti multi-prodotto che o finanziano le perdite sopportate in alcuni settori con i proventi realizzati in altre aree in cui esse sono attive o ripartiscono i costi sostenuti in tali settori in maniera strategica in modo da ripianare tali perdite.

Di talché, tale *modus operandi* potrebbe essere, evidentemente, seguito nella realizzazione del *margin squeeze* atteso che anche tale pratica coinvolge mercati tra loro connessi sui quali l'impresa dominante offre le proprie prestazioni.

Al riguardo, si ritiene che il metodo di analisi concernente la pratica dei sussidi incrociati, consistente, principalmente, nell'identificazione delle fonti utilizzate per compensare i mancati profitti in uno dei mercati connessi, è sicuramente utile nella valutazione della compressione dei margini e, in via generale, viene utilizzato dalle Autorità antitrust.

Tale metodo, però, per le considerazioni esposte in precedenza, non è sufficiente, di per sé, per accertare l'abusività del *margin squeeze* che appare essere ben più complessa.

In altri termini, il fatto che un'impresa dominante verticalmente integrata ponga in essere una pratica di sussidi incrociati costituisce soltanto

un'evidenza che può essere utilizzata per accertare l'esistenza di una compressione dei margini⁴⁸².

⁴⁸² Cfr. Sentenza *Deutsche Telekom* del Tribunale, p.ti 116-117 e 268. V., in tal senso, F.M. SALERNO, *Il Tribunale di Primo Grado e la responsabilità delle imprese dominanti soggette a regolazione: the end of quiet life?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, pp. 222 e ss.

CAPITOLO QUARTO

IL *MARGIN SQUEEZE* NELL'INTERAZIONE TRA REGOLAZIONE E CONCORRENZA

1. Premessa. - 2. Regolazione e concorrenza: nozioni introduttive. - 2.1. Differenze strutturali e sovrapposizioni patologiche. - 2.2. Brevi cenni sulle norme settoriali delle comunicazioni elettroniche: principi generali ed elementi definatori essenziali. - 2.2.1. La direttiva accesso. - 3. L'uso di un misura regolatoria come mezzo di difesa per l'impresa dominante: la *state action defence*. - 4. L'imputabilità del *margin squeeze* nei settori regolamentati: la natura complementare del rapporto tra regolazione e concorrenza. - 4.1. Le *Telefónica exceptions*. - 4.2. Le differenze con l'approccio americano: sentenze *Trinko* e *linkLine*.

1. PREMESSA

In questo capitolo saranno affrontate le problematiche legate all'imputazione del *margin squeeze* alle imprese dominanti operanti nei settori regolamentati.

A tale scopo, sarà anzitutto chiarito cosa debba intendersi per regolazione e concorrenza e saranno evidenziate le differenze strutturali tra tali tipologie di intervento. Successivamente, saranno illustrati i possibili *overlap* tra misure regolatorie e provvedimenti antitrust, conseguenti ai procedimenti di liberalizzazione e di apertura dei mercati strategici per l'economia di un sistema Paese, nonché la soluzione adottata dalla Corte di giustizia UE per la risoluzione delle tensioni derivanti dalla sovrapposizione di tali misure. Particolare attenzione sarà dedicata alla disciplina regolamentare delle comunicazioni elettroniche, attesa la sua importanza nella disamina delle strategie di *margin squeeze*, specie per quanto riguarda i problemi legati all'accesso, da parte degli operatori di settore, alle infrastrutture essenziali di proprietà o comunque gestite dagli ex-monopolisti.

Da ultimo, sarà esposto brevemente l'approccio seguito nel sistema antitrust statunitense, al fine di far emergere le divergenze con l'impostazione adottata nell'ordinamento europeo.

2. REGOLAZIONE E CONCORRENZA: NOZIONI INTRODUTTIVE

La comprensione dei nessi intercorrenti tra regolazione e diritto della concorrenza impone una breve declinazione di tali nozioni.

La regolazione non può essere identificata con ogni specie di ingerenza pubblica nell'economia⁴⁸³. Come sostenuto da autorevole dottrina, tale concetto va delimitato: la regolazione, infatti, dovrebbe comprendere solo quelle forme di intervento che non sono esterne al mercato ma che ne sono parte, nel senso che esse contribuiscono a conformarlo, stabilendo equilibri che attivano interessi, i quali, quindi, si avvalgono della regolazione come opportunità da sfruttare⁴⁸⁴. La regolazione sta quindi a designare diversi insiemi di regole che disciplinano in modi differenti altrettanti settori specifici dell'economia europea e nazionale⁴⁸⁵. In questo senso, l'esempio maggiore di regolazione è quello dei servizi pubblici (cd. *public utilities*)⁴⁸⁶. In tali settori, la disciplina pubblica presenta i seguenti caratteri: è in prevalenza condizionale e non finalistica⁴⁸⁷; in via generale, è applicata da Autorità amministrative indipendenti; e si esplica con modalità «*process oriented*», le quali assicurano la trasparenza, il contraddittorio e la partecipazione degli operatori di settore⁴⁸⁸.

La regolazione è un'attività che influenza la libertà di impresa mediante misure di limitazione (come le programmazioni), laddove si presume che i comportamenti degli operatori economici possano produrre risultati socialmente indesiderabili o di favore (come gli incentivi), volte a rendere possibili o comunque facilitare l'ottenimento di risultati socialmente

⁴⁸³ Si pensi, ad esempio, alle misure di pianificazione, alle sovvenzioni, alla concertazione, alla disciplina sanitaria e del lavoro, ecc.

⁴⁸⁴ Cfr. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza* (a cura di) G. TESAURO - M. D'ALBERTI, Il mulino, Milano, 2000, p. 12.

⁴⁸⁵ Cfr. M. D'ALBERTI, *Diritto della concorrenza e regolazione in una prospettiva ultranazionale*, in *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, (a cura di) C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 753-755.

⁴⁸⁶ Le *public utilities* ricomprendono, come noto, i settori delle telecomunicazioni, dell'elettricità, del gas, delle poste, dei trasporti ferroviari, aerei e marittimi, dell'acqua, ecc. All'interno di tali settori, è possibile poi distinguere i servizi pubblici tradizionali ed i nuovi servizi; questi ultimi presentano delle caratteristiche tecniche soggette ad una rapida evoluzione, che fanno diventare le regolazioni di settore ancor più rapidamente obsolete.

⁴⁸⁷ Si tratta cioè di un intervento che tende a porre le condizioni dell'agire degli operatori di mercato, prefigurando criteri di comportamento ed assicurandone il rispetto e non, invece, al raggiungimento di determinati obiettivi (cfr. S. CASSESE, *Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in AA. VV., *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 49 e ss.

⁴⁸⁸ Cfr. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, cit., p. 13.

desiderabili che non sarebbero stati conseguiti se i soggetti economici fossero stati lasciati liberi di operare⁴⁸⁹.

Non fa parte della regolazione la disciplina della concorrenza. Quest'ultima è espressione del diritto del mercato libero che si applica a tutti i comparti economici: è un diritto non invasivo della libertà di impresa, che diventa tuttavia assai incisivo quando la libertà si trasforma in potere di mercato⁴⁹⁰.

Il diritto antitrust impone il rispetto delle pratiche concorrenziali mediante la previsione di divieti formulati in apposite norme la cui applicazione è demandata ad un'Autorità pubblica indipendente e neutrale. Tale disciplina mira alla correzione dei risultati non desiderati del mercato, conseguenti alle condotte assunte dai soggetti privati e pubblici nello svolgimento di un'attività economica, quali, ad esempio, intese o abusi di posizioni dominanti⁴⁹¹.

La regolazione muove da un assunto diverso: e cioè che il mercato non vi sia e che si debbano, quindi, (a mezzo di una disciplina statale del tipo «*competition enforced by law*» e, quindi, transitoria), affermare i principi che mirano agli stessi scopi (contenere i prezzi e proteggere i consumatori) oppure che lo imitano (separazione contabile per evitare sussidi incrociati; disciplina dell'accesso alle *essential facilities* per impedire il monopolio naturale)⁴⁹².

In altri termini, la regolazione mira a garantire risultati che il mercato, pur esistendo e funzionando, non riesce o non può assicurare, come, ad esempio, il perseguimento e la realizzazione di taluni fini sociali (cd. *social regulation*)⁴⁹³.

⁴⁸⁹ Cfr. R. BALDWIN - M. CAVE, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press, 1999, pp. 18 e ss.

⁴⁹⁰ Cfr. M. D'ALBERTI, *Diritto della concorrenza e regolazione in una prospettiva ultranazionale*, p. 754.

⁴⁹¹ Cfr. S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, pp. 265-276

⁴⁹² V., in tal senso, B. EBERLEIN, *Regulating Public Utilities in Europe: Mapping the Problem*, in *EUI working Papers*, 1998, pp. 14-25.

⁴⁹³ Cfr. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, cit., p. 14.

2.1. DIFFERENZE STRUTTURALI E SOVRAPPOSIZIONI PATOLOGICHE

A livello teorico, i rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza sono abbastanza chiari dal punto di vista sia giuridico che economico.

Gli economisti considerano un risultato consolidato che la concorrenza sia la forma di mercato che massimizza il benessere sociale ed il tasso di innovazione tecnologica.

Pertanto, le politiche pubbliche devono tutelare sempre e comunque la concorrenza, preservandola e limitando le distorsioni che essa possa soffrire: questo è il compito dell'antitrust. Quando la concorrenza è impossibile o essa condurrebbe a risultati che non coincidono con il benessere sociale, bisogna in qualche modo stimolarne gli effetti: questo è il compito della regolazione⁴⁹⁴.

Sicché la teoria economica conferma la distinzione tra questi due strumenti di *policy* tracciata dalla teoria giuridica: la tutela antitrust è trasversale e si basa su principi generali per difendere interessi altrettanto generali; mentre la tutela regolatoria si basa su norme specifiche e settoriali⁴⁹⁵.

Più specificamente, le differenze strutturali tra concorrenza e regolazione possono essere così sintetizzate⁴⁹⁶.

La disciplina della concorrenza trova applicazione *ex post*, cioè ha per oggetto prevalentemente condotte degli operatori già poste in essere, ha carattere generale e permanente e si fonda su obblighi negativi, vale a dire sui divieti di monopolizzare, di concludere intese restrittive della concorrenza nonché di porre in essere operazioni di concentrazione suscettibili di restringere la concorrenza⁴⁹⁷.

La regolazione, invece, ha un approccio *ex ante*, nel senso che mira a guidare le condotte dei regolati assumendo una visione prospettica o cercando di immaginare il probabile e futuro sviluppo dei mercati, ed ha carattere

⁴⁹⁴ Cfr. L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, pp. 277-284.

⁴⁹⁵ *Ibidem*.

⁴⁹⁶ M. CLARICH, *Regolamentazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, in *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche* (a cura di) R. PEREZ, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 15-26.

⁴⁹⁷ *Ibidem*.

particolare in quanto il suo oggetto è predefinito e circoscritto ad un settore. Si presenta inoltre come transitoria, ossia come una sorta di legislazione a tempo o che comunque richiede una revisione periodica degli assetti regolamentari dati, in modo da riflettere, in maniera costante, le mutate condizioni di mercato. La regolazione opera infine non già per divieti, bensì tramite obblighi di tipo positivo, poiché impone agli operatori dei comportamenti predefiniti⁴⁹⁸.

Invero, queste distinzioni classiche sono sempre meno accettate nel dibattito teorico e risultano essere sempre più sfumate nella prassi, specie nel settore delle *public utilities*⁴⁹⁹.

In tale ambito, considerata l'esistenza di regimi di monopoli naturali, il passaggio da un sistema monopolistico ad uno aperto alla libera concorrenza ha reso necessario coniugare la continuità del servizio pubblico con gli obiettivi di privatizzazione e di liberalizzazione e ha posto, nel contempo, il problema di contenere la speciale forza di mercato assunta dai nuovi soggetti aventi veste privata e societaria che avevano preso il posto dei monopolisti pubblici. Senza questo contenimento, infatti, non sarebbe stato possibile sviluppare il ruolo di altri competitori e, quindi, realizzare un'effettiva apertura dei mercati⁵⁰⁰. Pertanto, accanto agli obblighi di servizio universale, che rientrano tra i compiti specifici salvaguardati dal diritto dell'Unione e costituiscono una deroga al diritto antitrust, sono stati introdotti numerosi obblighi e prescrizioni in capo alle imprese operanti nei settori delle *public utilities*, al fine di aprire alla concorrenza segmenti economici che, in precedenza, erano del tutto estranei alle ordinarie logiche di mercato⁵⁰¹.

Senonché, l'esigenza di affiancare la promozione della concorrenza alla protezione dei valori sociali e degli interessi pubblici nella regolazione di settore ha fatto sì che le discipline regolamentari fossero sempre più informate

⁴⁹⁸ *Ibidem*.

⁴⁹⁹ Cfr. F. CINTIOLI, *Concorrenza, Istituzioni e Servizio Pubblico*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 195 e ss.

⁵⁰⁰ Cfr. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, cit., pp. 15-17.

⁵⁰¹ Si pensi, ad esempio, alla disciplina degli spazi operativi tra le imprese nel settore (disciplina di interconnessione), alla regolazione dell'accesso alle infrastrutture essenziali, ai criteri stabiliti per la distribuzione dell'uso delle risorse scarse, alla separazione tra l'attività di gestione della rete e l'attività dell'impresa a valle, ecc.

ai concetti tipici del diritto antitrust⁵⁰². In alcuni comparti economici, ad esempio quello delle comunicazioni elettroniche, l'ordinamento europeo ha affidato all'Autorità di regolazione una disciplina tutt'altro che episodica ed anzi puntuale e dettagliata, basata sull'identificazione degli operatori aventi uno speciale potere nei singoli mercati rilevanti, facendone discendere corpose misure regolatorie. In questo modo, il regolatore è stato costretto a muovere da nozioni proprie del diritto antitrust ed a creare i presupposti per una sovrapposizione oggettiva, se non addirittura per una confusione circa le rispettive funzioni⁵⁰³.

D'altro canto, anche nella normativa antitrust si può determinare tale sovrapposizione giacché, in taluni casi, concorrenza e regolazione tendono a fondersi o ad avere interrelazioni molto strette⁵⁰⁴.

Ciò si verifica, anzitutto, nel *merger control*, attività basata su valutazioni prospettiche dell'andamento del mercato, con il rischio pressoché inevitabile di trascendere da un classico giudizio *ex post* ad un intervento *ex ante* di tipo regolatorio, sotto forma di condizioni apposte ai provvedimenti che autorizzano le operazioni di concentrazioni; ugualmente è a dirsi per l'utilizzo dello strumento degli impegni di cui all'art. 9, Reg. 1/2003, mediante il quale le Autorità antitrust, accettando e rendendo obbligatorie le misure proposte dall'impresa dominante al fine di rimuovere le preoccupazioni concorrenziali rilevate in sede di avvio istruttoria, incide sulla struttura del mercato, producendo effetti non molto diversi da quelli generati dagli interventi delle Autorità di settore. In tale categoria di interventi, definiti di *regulatory antitrust*, è stato incluso anche l'accertamento della compressione dei margini giacché, anche in tale ipotesi, l'Autorità antitrust esegue delle valutazioni di carattere eminentemente regolatorio, nella misura in cui essa deve valutare il carattere

⁵⁰² Cfr. F. CINTIOLI, *Concorrenza, Istituzioni e Servizio Pubblico*, cit., pp. 195 e ss.

⁵⁰³ *Ibidem*.

⁵⁰⁴ Cfr. P. LAROCHE, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Hart, 2000, pp. 112-127.

non equo del differenziale tra le tariffe praticate dall'impresa dominante nei mercati a monte e a valle⁵⁰⁵.

Sicché la penetrazione di concetti tipici del diritto antitrust nel quadro delle competenze regolatorie e l'aumento dei poteri a contenuto regolatorio della Autorità antitrust hanno reso sempre più permeabile la tradizionale linea di demarcazione tra queste due discipline; inoltre, ciò ha dato luogo ad incursioni di una funzione nel campo dell'altra, determinando problemi di coordinamento tra plessi normativi nonché conflitti di competenza e sovrapposizioni patologiche tra Autorità di settore e Autorità antitrust⁵⁰⁶.

Conseguentemente, l'assetto dei rapporti tra i due tipi di discipline e di attività è fluido, con equilibri incerti: la disciplina generale della concorrenza sembra avere due tutori nei segmenti economici regolamentati, quello di settore e quello generale. Ma il primo deve assicurare anche la cura di altri interessi accanto alla tutela del valore della concorrenza⁵⁰⁷. E non c'è una graduazione chiara tra i due. Per cui è ben possibile, come vedremo più diffusamente in seguito, che le Autorità antitrust e le Autorità di regolazione non si muovano sempre in modo uniforme; il che implica delle inevitabili ricadute negative in termini di legittimo affidamento per i soggetti di mercato.

La difficoltà di conciliare, da un lato, gli interventi regolatori necessari a garantire a tutti gli operatori economici eguali condizioni competitive e, dall'altro, una concorrenza genuina e non sottoposta a limiti positivi di sorta, è stata efficacemente descritta come "*il difficile matrimonio tra regolazione e concorrenza*"⁵⁰⁸. L'esempio principale di questo complesso connubio è appunto rappresentato dal settore delle telecomunicazioni. Essendo funzionale all'analisi condotta nel presente lavoro ed essenziale ai fini della comprensione delle problematiche legate all'accertamento del *margin squeeze* nei settori

⁵⁰⁵ Cfr. G. MONTI, *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*, in *The Competition Law Review*, 2008, 138-145.

⁵⁰⁶ Cfr. F. CINTIOLI, *Concorrenza, Istituzioni e Servizio Pubblico*, cit., p. 216.

⁵⁰⁷ Quali, ad esempio, il rispetto degli obblighi di servizio universale, la promozione di investimenti efficienti, l'innovazione tecnologica e infrastrutturale.

⁵⁰⁸ A. KAHN, *The Uneasy Marriage of Regulation and Competition*, in *Telematics*, Washington, D.C., September 1984, pp. 1 e ss.

regolati, nelle pagine che seguono sarà descritto brevemente il quadro regolatorio vigente in tale settore.

2.2. BREVI CENNI SULLE NORME SETTORIALI DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE: PRINCIPI GENERALI ED ELEMENTI DEFINITORI ESSENZIALI

A partire dagli anni 90' il settore delle telecomunicazioni è stato oggetto di un processo di liberalizzazione ispirato da direttive europee sottoposte ad una costante revisione periodica⁵⁰⁹, di volta in volta recepite a livello nazionale⁵¹⁰.

Tale procedimento si è articolato in varie fasi⁵¹¹, il cui denominatore comune è stato l'apertura dei mercati delle comunicazione elettroniche e, conseguentemente, l'affermazione delle dinamiche concorrenziali anche in tale ambito⁵¹². A tale scopo, il legislatore europeo ha affiancato i principi antitrust

⁵⁰⁹ Per questo motivo è possibile individuare le "direttive di prima generazione": Dir. 301/88/CE (Concorrenza sui mercati dei terminali di telecom); Dir. 387/90/CE (Open Network Provision), Dir. 388/90/CE (Concorrenza nei servizi di telecomunicazioni); Dir. 96/19/CE (Full Competition), Direttiva 33/97/CE (Accesso e Interconnessione); le "direttive di seconda generazione": Dir. 2002/19/CE (Direttiva accesso), Dir. 2002/20/CE (Direttiva autorizzazioni), Dir. 2002/21/CE (Direttiva quadro), Dir. 2002/22/CE (Direttiva servizio universale), Dir. 2002/77/CE (Direttiva concorrenza), Dir. 2002/58/CE (Direttiva privacy); le "direttive di terza generazione": Dir. 2009/140/CE e 2009/136/CE.

⁵¹⁰ La trasposizione di tali direttive nel nostro ordinamento è avvenuta mediante l'adozione del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche".

⁵¹¹ In estrema sintesi, nella prima fase, l'obiettivo principale era quello di liberalizzare il settore delle telecomunicazioni; ciò ha comportato l'adozione delle seguenti misure: l'abolizione dei diritti speciali e esclusivi concernenti i servizi e le reti di telecomunicazioni, il passaggio da un sistema di accesso ai mercati basato sulle concessioni ad un sistema caratterizzato da licenze individuali e autorizzazioni generali non discrezionali, nonché l'attribuzione delle funzioni regolatorie ad organismi indipendenti dagli operatori di settore che vigilano altresì sul rispetto sulla fornitura dei servizi essenziali. Nella seconda fase l'aspirazione prevalente era quella di promuovere e mantenere un mercato europeo aperto e competitivo dei servizi di comunicazione elettronica. Nella terza fase il fine ultimo consisteva nel ridurre a maggiore unità normazione e azione amministrativa nelle comunicazioni elettroniche in Europa.

⁵¹² Per un'analisi dettagliata delle prime due fasi, v. G. DE MINICO (a cura di), *Codice delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli editore, Torino, 2006; M. SIRAGUSA - S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002, 515 e ss. e, nello stesso numero della rivista, A. RADICATI DI BROZOLO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, 561 ss. Per una disamina della terza fase, v. M. CLARICH - R. CASSANO, *L'imposizione degli obblighi regolamentari ex ante nel nuovo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2009, pp. 23 e ss., nonché B. ARGOLAS, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, pp. 191-201.

(che assicurano maggiore efficacia e flessibilità) alla normativa di settore e, dunque, gli istituti e le nozioni proprie del diritto della concorrenza hanno informato gli interventi delle Autorità di settore⁵¹³.

Tale regolamentazione è basata inoltre sul principio della neutralità tecnologica, in ragione della convergenza dei settori delle telecomunicazioni, dei media e delle tecnologie dell'informazione. Conseguentemente, si è passati dal concetto di telecomunicazioni a quello omnicomprensivo di comunicazioni elettroniche⁵¹⁴.

Le principali aree investite da tali interventi normativi sono state le seguenti: utilizzo delle reti e dei servizi di telecomunicazione⁵¹⁵; accesso e interconnessione; licenze e autorizzazioni; gestione dello spettro radio; servizio universale nonché tutela degli utenti e dei consumatori; concorrenza tra gli operatori e aspetti istituzionali; numerazione, denominazione e indirizzamento⁵¹⁶.

Quanto ai soggetti istituzionali coinvolti nell'implementazione del sistema regolatorio introdotto dal legislatore europeo, in conformità al principio di sussidiarietà, si è optato per "un concerto tra i regolatori", in cui le Autorità nazionali sono monitorate dagli altri regolatori di settore degli Stati membri e dalla Commissione⁵¹⁷. In dettaglio, tali soggetti sono: le ANR, che svolgono un ruolo di primo piano nell'adozione delle misure che caratterizzano tale sistema⁵¹⁸; la Commissione, che detiene un potere di

⁵¹³ Ciò spiega altresì il carattere transitorio di tale regolazione, la quale si contrae in favore del diritto della concorrenza laddove lo consenta lo stato dei mercati (cfr. G. DE MINICO, *Le direttive CE sulle comunicazioni elettroniche del 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo?*, in G. DE MINICO (a cura di), *Codice delle comunicazioni elettroniche*, cit., pp. 174 e ss.).

⁵¹⁴ Direttiva quadro, considerando n. 5 e art. 8, par. 1.

⁵¹⁵ L'introduzione del principio di neutralità tecnologica e, quindi, di un approccio unificato e convergente per reti e servizi in ragione dell'avvento della tecnologia digitale che ha consentito di supportare telefono, televisore e computer su un'unica piattaforma, ha fatto sì che si passasse dalla nozione di telecomunicazione a quello "omnicomprensivo" di comunicazioni elettroniche (cfr. M. CLARICH - R. CASSANO, *L'imposizione degli obblighi regolamentari ex ante nel nuovo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche*, cit., pp. 23 e ss.).

⁵¹⁶ Resta esclusa, invece, la disciplina dei contenuti audiovisivi, contenuta nella direttiva televisioni senza frontiere, prima, e nella direttiva servizi audiovisivi, poi.

⁵¹⁷ S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, pp. 689 e ss.

⁵¹⁸ Direttiva quadro, art. 7, par. 2.

direzione e controllo e, in taluni casi, di veto⁵¹⁹; le ANC, chiamate a svolgere una funzione consultiva ed a cooperare con le ANR nell'analisi della competitività dei mercati rilevanti⁵²⁰.

Dal punto di vista strettamente operativo, il quadro normativo delle comunicazioni elettroniche - segnatamente, la Direttiva quadro - contempla un processo regolatorio asimmetrico articolato in tre *step*.

Il primo stadio riguarda la definizione dei mercati rilevanti, i quali vengono selezionati in coerenza con le proprie specificità e secondo i principi del diritto antitrust⁵²¹, sintetizzati nella Raccomandazione dei mercati rilevanti⁵²². Quest'ultima affida l'esito della selezione ad un test, già noto al diritto della concorrenza, basato sull'esistenza di barriere all'accesso forti e non transitorie, nonché sull'assenza prospettica di competizione effettiva e, infine, sull'insufficienza della sola disciplina antitrust a sanare le individuate disfunzioni del mercato. Quindi, la definizione del mercato rilevante vive nella concretezza delle dinamiche economiche e strutturali, le quali rappresentano degli indizi sintomatici della sua concreta capacità di autoregolarsi⁵²³.

Il secondo stadio implica l'analisi della competitività dei mercati individuati e nell'eventuale identificazione delle imprese con significativo potere di mercato ivi operanti (cd. SMP), sulla scorta della definizione della posizione di dominanza elaborata nella giurisprudenza antitrust UE⁵²⁴.

⁵¹⁹ Direttiva quadro, art. 7, par. 4.

⁵²⁰ Sono poi da menzionare altresì l'ERG (*European Regulators Group*) - oggi sostituito dal BEREC (*Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche*) -, un organo consultivo il cui compito principale è quello di favorire la cooperazione tra regolatori nazionali e Commissione, in modo da assicurare una disciplina coerente e uniforme nei vari Stati membri; nonché il Comitato per le Comunicazioni, chiamato a svolgere un ruolo di assistenza nell'implementazione del sistema in esame.

⁵²¹ Direttiva quadro, art. 15, par. 1.

⁵²² Raccomandazione della Commissione del 17 dicembre 2007, relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, in GU L 344 del 28 dicembre 2007, pp. 65-69.

⁵²³ V., in tal senso, G. DE MINICO, *Le direttive CE sulle comunicazioni elettroniche del 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo?*, cit., p. 174.

⁵²⁴ Direttiva quadro, art. 14, par. 2: «*Si presume che un'impresa disponga di un SMP se, individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione equivalente ad una posizione dominante ossia una posizione di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole*

Il terzo stadio concerne l'imposizione, il mantenimento, la modifica o la revoca di misure correttive che prescrivono obblighi di regolamentazione (appropriati e specifici) in capo alle SMP⁵²⁵. In particolare, se i mercati rilevanti sono effettivamente concorrenziali, l'Autorità di settore non impone né mantiene nessuno degli obblighi di regolamentazione specifici previsti nelle altre direttive che compongono il quadro normativo in esame⁵²⁶ e revoca – con congruo preavviso alle parti interessate – gli obblighi esistenti per le imprese operanti su tali mercati. Se, invece, tali mercati non sono effettivamente concorrenziali, l'ANR adotta i rimedi proporzionati e funzionali alle criticità derivanti dalla presenza di SMP⁵²⁷, nonché giustificati dagli obiettivi di cui all'art. 8 della Direttiva quadro. Tali obiettivi consistono, anzitutto, nella promozione della concorrenza nonché nella fornitura delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, delle risorse e dei servizi correlati⁵²⁸; in secondo luogo, le ANR dovranno contribuire allo sviluppo del mercato interno⁵²⁹ e, al contempo, promuovere gli interessi dei cittadini europei⁵³⁰.

in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori»; nonché par. 3: «Se un'impresa dispone di un SMP specifico, può parimenti presumersi che essa abbia un SMP in un mercato strettamente connesso qualora le connessioni tra i due mercati siano tali da consentire al potere detenuto in un mercato di esser fatto valere nell'altro, rafforzando in tal modo il potere complessivo dell'impresa interessata».

⁵²⁵ Direttiva quadro, art. 16 par. 2.

⁵²⁶ Si fa riferimento, in particolare, alla Direttiva accesso ed alla Direttiva servizio universale.

⁵²⁷ Nell'ambito di tali valutazioni le Autorità di settore dovranno seguire altresì le Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (2002/C 165/03).

⁵²⁸ A tale scopo, le Autorità di settore dovranno: a) assicurare che gli utenti, compresi gli utenti disabili, ne traggano il massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità; b) garantire che non abbiano luogo distorsioni e restrizioni della concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche; c) incoraggiare investimenti efficienti in materia di infrastrutture e promuovendo l'innovazione; d) incoraggiare un uso efficace e garantire una gestione efficiente delle radiofrequenze e delle risorse di numerazione.

⁵²⁹ Ciò implica che tali Autorità dovranno a) rimuovere gli ostacoli residui che si frappongono alla fornitura di reti di comunicazione elettronica, di risorse e servizi correlati e di servizi di comunicazione elettronica a livello europeo; b) incoraggiare l'istituzione e lo sviluppo di reti trans-europee e l'interoperabilità dei servizi paneuropei e la connettività da utente a utente (*end-to-end*); c) garantire che, in circostanze analoghe, non vi siano discriminazioni nel trattamento delle imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica; d) collaborare tra loro e con la Commissione in maniera trasparente per garantire lo sviluppo di prassi normative coerenti e l'applicazione coerente della normativa in parola.

⁵³⁰ Tale obiettivo richiede ai regolatori nazionali di: a) garantire a tutti i cittadini un accesso al servizio universale; b) garantire un livello elevato di protezione dei consumatori nei loro

Nel corso di siffatte valutazioni, le ANR consentono alle parti interessate di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misure entro un termine ragionevole, mediante l'avvio di consultazioni pubbliche⁵³¹.

Come già anticipato, l'implementazione del sistema in esame avviene mediante una stretta cooperazione tra le ANR e la Commissione: qualora le prime intendano adottare delle misure che rientrino nell'ambito di applicazione delle direttive particolari⁵³² e che influenzino gli scambi tra gli Stati membri, esse devono rendere accessibile il progetto di misura e la relativa motivazione alla Commissione ed alle altre ANR, dandone il relativo avviso⁵³³. Tali soggetti possono trasmettere le proprie osservazioni all'ANR interessata entro il termine di un mese - non prorogabile - o, comunque, non oltre un termine ragionevole⁵³⁴.

In più, laddove siffatte misure identifichino dei mercati rilevanti diversi da quelli previsti dalla summenzionata Raccomandazione e la Commissione abbia rilevato che il progetto di misura creerebbe una barriera al mercato unico o dubiti seriamente della sua compatibilità con il diritto UE e, in particolare, con gli obiettivi di cui all'art. 8 della Direttiva quadro, tale progetto non può essere adottato per ulteriori due mesi. Entro tale periodo - non prolungabile - la Commissione può adottare una decisione con cui richiede all'ANR interessata il ritiro del progetto di misura, fornendo un'analisi dettagliata e obiettiva dei motivi nonché proposte specifiche di emendamenti (cd. potere di veto). Tale potere può essere esercitato anche in relazione all'analisi della

rapporti con i fornitori, in particolare predisponendo procedure semplici e poco onerose di composizione delle controversie espletate da un organismo indipendente dalle parti in causa; c) contribuire a garantire un livello elevato di protezione dei dati personali e della vita privata; d) promuovere la diffusione di informazioni chiare, in particolare imponendo la trasparenza delle tariffe e delle condizioni di uso dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico; e) prendere in considerazione le esigenze di gruppi sociali specifici, in particolare degli utenti disabili; f) garantire il mantenimento dell'integrità e della sicurezza delle reti di comunicazione pubbliche.

⁵³¹ Direttiva quadro, art. 6.

⁵³² Per direttive particolari si intendono la Direttiva accesso, la Direttiva autorizzazioni, la Direttiva servizio universale, la Direttiva concorrenza e la Direttiva privacy.

⁵³³ Direttiva quadro, art. 7, parr. 2-3.

⁵³⁴ Direttiva quadro, art. 7, parr. 2-3.

competitività dei mercati e nell'eventuale identificazione imprese con significativo potere di mercato⁵³⁵.

2.2.1. LA DIRETTIVA ACCESSO

Nel perseguire i summenzionati obiettivi di cui all'art. 8 della Direttiva quadro, le ANR devono incoraggiare e garantire un adeguato accesso⁵³⁶, nonché un'adeguata interconnessione⁵³⁷ e l'interoperabilità dei servizi, esercitando le rispettive competenze in modo da promuovere l'efficienza economica ed una concorrenza sostenibile, recando il massimo vantaggio agli utenti finali⁵³⁸.

In linea di principio, l'attuale normativa riconosce autonomia negoziale agli operatori nella definizione degli aspetti tecnici e commerciali relativi agli accordi di accesso ed interconnessione, assegnando alle ANR il compito di garantire che non vi siano restrizioni tali da impedire alle imprese la conclusione di detti accordi.

Più specificamente, tale normativa pone in capo agli operatori il diritto e, se richiesti da altri operatori titolari di un'autorizzazione dello stesso tipo, l'obbligo di negoziare l'interconnessione ai fini della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico⁵³⁹. Siffatto diritto/dovere

⁵³⁵ Direttiva quadro, art. 7, par. 4.

⁵³⁶ Direttiva accesso, art. 2, lett. a), definisce l'accesso come "il fatto di rendere accessibili risorse e/o servizi ad un'altra impresa a determinate condizioni, su base esclusiva o non esclusiva, ai fini di fornire servizi di comunicazione elettronica. Il concetto comprende, tra l'altro: l'accesso agli elementi della rete e alle risorse correlate, che può comportare la connessione di apparecchiature con mezzi fissi o non fissi (ivi compreso in particolare l'accesso alla rete locale nonché alle risorse e ai servizi necessari per fornire servizi tramite la rete locale); l'accesso all'infrastruttura fisica, tra cui edifici, condotti e piloni; l'accesso ai pertinenti sistemi software, tra cui i sistemi di supporto operativo; l'accesso ai servizi di traduzione del numero o a sistemi che svolgano funzioni analoghe; l'accesso alle reti fisse e mobili, in particolare per il roaming; l'accesso ai sistemi di accesso condizionato per i servizi di televisione digitale, l'accesso ai servizi di rete virtuale".

⁵³⁷ Direttiva accesso, art. 2, lett. b) definisce l'interconnessione come "il collegamento fisico e logico delle reti pubbliche di comunicazione utilizzate dalla medesima impresa o da un'altra impresa per consentire agli utenti di un'impresa di comunicare con gli utenti della medesima o di un'altra impresa, o di accedere ai servizi offerti da un'altra impresa. I servizi possono essere forniti dalle parti interessate o da altre parti che hanno accesso alla rete. L'interconnessione è una particolare modalità di accesso messa in opera tra operatori della rete pubblica".

⁵³⁸ Direttiva accesso, art. 5.

⁵³⁹ Direttiva accesso, art. 4.

riflette un criterio di autoregolazione flessibile rispetto al quale l'ANR può intervenire con l'imposizione di misure correttive.

Quale corollario di questa disposizione, gli operatori che ottengono informazioni da un altro operatore prima, durante o dopo il negoziato sugli accordi in materia di accesso o di interconnessione possono utilizzare tali informazioni esclusivamente per le finalità per le quali esse sono state fornite, restando soggetti ad obblighi di riservatezza. In questo modo è possibile, da un lato, creare una tutela reciproca per le imprese rispetto ad un uso improprio delle informazioni scambiate e, dall'altro, evitare che questo scambio di informazioni possa diventare uno strumento per la realizzazione di pratiche collusive tra imprese concorrenti.

La Direttiva accesso prevede, inoltre, il potere per le ANR di imporre ulteriori obblighi specifici in capo alle SMP a livello *wholesale*.

In primo luogo, le ANR possono obbligare tali operatori ad accogliere richieste ragionevoli di accesso nonché ad autorizzare l'uso di determinati elementi di rete e risorse correlate, qualora il rifiuto di concedere l'accesso o l'imposizione di termini e/o condizioni non ragionevoli di effetto equivalente pregiudicherebbe l'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato *retail* o gli interessi dell'utente finale⁵⁴⁰.

In secondo luogo, le ANR possono prescrivere alle SMP di rendere pubbliche determinate informazioni relative all'accesso e all'interconnessione, quali quelle di carattere contabile e quelle riguardanti le specifiche tecniche, le caratteristiche della rete, i termini e le condizioni per la fornitura e l'uso,

⁵⁴⁰ Direttiva accesso, art. 12. In particolare, tali operatori possono essere obbligati a: a) concedere a terzi un accesso a determinati elementi e/o risorse di rete, compreso l'accesso disaggregato alla rete locale; negoziare in buona fede con le imprese che chiedono un accesso; e non revocare l'accesso alle risorse concesso in precedenza; b) garantire determinati servizi all'ingrosso per rivendita da parte di terzi; e concedere un accesso alle interfacce tecniche, ai protocolli o ad altre tecnologie d'importanza decisiva, indispensabili per l'interoperabilità dei servizi o dei servizi di reti virtuali; c) consentire la coubicazione o altre forme di condivisione degli impianti, inclusa la condivisione di condotti, edifici o piloni; e fornire determinati servizi necessari per garantire agli utenti l'interoperabilità dei servizi da punto a punto, tra cui risorse per servizi di reti intelligenti o servizi di roaming per le reti mobili; d) garantire l'accesso ai sistemi di supporto operativo o a sistemi software analoghi necessari per garantire eque condizioni di concorrenza nella fornitura dei servizi; e di interconnettere reti o risorse di rete.

nonché i prezzi⁵⁴¹. In più, le ANR possono sancire degli obblighi di separazione contabile in relazione a particolari attività nell'ambito dell'interconnessione e/o dell'accesso a carico delle SMP⁵⁴².

In terzo luogo, le ANR possono imporre un obbligo di non discriminazione in capo alle SMP. Conseguentemente, queste ultime sono tenute ad applicare condizioni equivalenti in circostanze equivalenti nei confronti di altri operatori che offrono servizi equivalenti, nonché a fornire a terzi servizi e informazioni garantendo condizioni e livelli di qualità identici a quelli che detto operatore assicura per i propri servizi o per i servizi delle proprie società consociate o dei propri partner commerciali⁵⁴³. La *ratio* sottesa a tale obbligo è di consentire agli operatori che intendano offrire servizi di comunicazione elettronica a livello *retail* di competere equamente con le imprese verticalmente integrate, potendo acquistare i servizi intermedi da tali imprese alle stesse condizioni praticate alle proprie divisioni commerciali o controllate operanti sul mercato dei servizi finali.

Ulteriori obblighi che l'ANR può stabilire a carico delle SMP sono quelli previsti in materia di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi. Molto brevemente, l'art. 13 della Direttiva accesso dispone che, per determinati tipi di interconnessione e di accesso, l'ANR possa imporre obblighi in materia di recupero dei costi e di controlli dei prezzi, tra cui l'obbligo che i prezzi siano orientati ai costi nonché l'obbligo di disporre di un particolare sistema di contabilità dei costi. Quest'ultimo vincolo mira a prevenire che tali operatori mantengano prezzi eccessivamente elevati ovvero comprimano le tariffe praticate nei mercati a monte e a valle a danno dell'utenza finale. L'operatore gravato dal vincolo in esame ha l'onere di provare che il prezzo applicato si basa sui costi, maggiorati di un ragionevole margine di profitto sugli

⁵⁴¹ Direttiva accesso, art. 9.

⁵⁴² Direttiva accesso, art. 11. In particolare, esse possono obbligare un'impresa ad integrazione verticale a rendere trasparenti i propri prezzi *wholesale* ed i prezzi dei trasferimenti interni, segnatamente per garantire l'osservanza di un obbligo di non discriminazione ai sensi dell'art. 10 o, se del caso, per evitare sovvenzioni incrociate abusive.

⁵⁴³ Direttiva accesso, art. 10.

investimenti sostenuti e, inoltre, è tenuto a pubblicare una descrizione del sistema di contabilità dei costi da lui adottato.

3. L'USO DI UNA MISURA REGOLATORIA COME MEZZO DI DIFESA PER LE IMPRESE DOMINANTE: LA *STATE ACTION DEFENCE*

La *State action defence* riguarda la questione dell'applicabilità delle regole antitrust a condotte di impresa riconducibili, direttamente o indirettamente, a misure pubbliche di natura legislativa o regolamentare.

Come noto, le norme antitrust consentono di censurare le condotte anticoncorrenziali solo se queste costituiscono delle autonome scelte imprenditoriali di soggetti svolgenti attività di impresa. Qualora invece condotte di impresa anticompetitive derivino da misure legislative o regolamentari, queste ultime potrebbero fungere da schermo alla responsabilità delle imprese, facendo venir meno il requisito dell'autonomia e, quindi, l'imputabilità di tali condotte ai sensi della disciplina antitrust.

E' pacifico infatti che il legislatore (europeo e nazionale) sia legittimato a stabilire delle limitazioni alla libertà di concorrenza in nome del perseguimento di altri interessi di carattere generale ritenuti meritevoli di protezione e perciò prevalenti sull'interesse alla tutela alla concorrenza. In molte circostanze, ad esempio, le restrizioni alla concorrenza determinate normativamente discendono dalla constatazione che il mercato, lasciato libero di funzionare senza limitazioni, non produrrebbe esiti desiderabili per il benessere della collettività. Di qui la necessità di intervenire a livello legislativo e/o regolamentare per correggere i cd. fallimenti di mercato, ipotesi già esaminate in precedenza per quanto riguarda le comunicazioni elettroniche.

Tuttavia non è raro che il legislatore finisca per imporre interventi esorbitanti in nome di interessi autenticamente generali ovvero per scambiare impropriamente gli interessi generali con gli interessi di un gruppo di operatori perché «catturato» da soggetti privati; in tali contesti, può accadere

che gli operatori se ne avvantaggino, riducendo ulteriormente il grado di concorrenza già attenuato dalla presenza di una normativa distorsiva.

Il problema principale consiste, allora, nello stabilire in quale misura le condotte dei privati, che si pongono in relazione con normative di portata restrittiva, derivino direttamente da queste ultime – e come tali siano legittimamente coperte dalle medesime norme – ovvero esorbitino rispetto al dettato di tali prescrizioni, costituendo così autonomi comportamenti che ricadono nell’ambito di applicazione della disciplina antitrust.

La giurisprudenza europea è costante nel ritenere, per un verso, che l’imputabilità di condotte rilevanti *ex artt.* 101 e 102 TFUE sia da escludere allorquando le misure pubbliche prescrittive di tali condotte non lascino alcun margine di autonomia in capo alle imprese quanto alle condotte da porre in essere⁵⁴⁴; e, per altro verso, che le disposizioni antitrust sono pienamente applicabili alle imprese allorché una normativa nazionale lasci sussistere la possibilità di una concorrenza che possa essere ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi delle imprese⁵⁴⁵.

Nell’applicazione concreta di tali principi, i giudici europei hanno cioè sistematicamente recepito un’interpretazione restrittiva della portata coercitiva delle norme rispetto alle condotte da queste derivanti, giungendo così ad escludere l’applicabilità delle norme antitrust a condotte discendenti da misure pubbliche solo in circostanze eccezionali, laddove cioè il comportamento dell’impresa sia puntuale attuazione di un dettato normativo inequivocabile⁵⁴⁶.

In altri termini, un’impresa può sfuggire all’applicazione delle disposizioni antitrust, soltanto nella misura in cui il suo operato sia

⁵⁴⁴ V., *ex multis*, Cfr. CG, 16 dicembre 1975, *Suiker Unie e altri c. Commissione*, Cause riunite C-40 e 48/73; nonché, 11 novembre 1977, *Commissione e Repubblica francese c. Ladbroke Racing LTD*, Cause riunite C-359 e 379/95. Mette conto notare inoltre che il Tribunale sembra aver esteso il principio di irresponsabilità delle imprese anche a situazioni del tutto particolari in cui la condotta privata non sia imposta da una norma, bensì da condizionamenti esercitati dai poteri pubblici sotto forma di pesanti minacce ritorsive, tali da configurarsi come «pressioni irresistibili» (cfr. sentenza del Tribunale, 7 maggio 1998, *Somaco Sàrl*, Causa C-401/96, in Racc., p. I-2587).

⁵⁴⁵ V. CG, 29 ottobre 1980, *Van Landewyck c. Commissione*, Cause riunite C-209-215-218/78, in Racc., 1980, p. I-3125.

⁵⁴⁶ V. Trib., 30 marzo 2000, Causa T-513/93, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali c. Commissione*, in Racc., 200, p. II-1807.

conseguenza necessaria e diretta della legge: e cioè quando l'esigenza di conformarsi ad un precetto normativo non lasci al soggetto destinatario alcun margine di autonomia, neppure quanto alle modalità di adempimento.

Per converso, saranno attribuite direttamente alle imprese e considerate come infrazioni antitrust tutte le condotte che appaiono ultronee o quanto meno sprovviste di un legame di necessità e proporzionalità rispetto alle prescrizioni di legge.

Volendo tentare una schematizzazione, è possibile distinguere i casi in cui condotte anticompetitive di soggetti privati sono avallate e ratificate da atti adottati da un'Autorità pubblica (spesso, di natura amministrativa) e quelli in cui misure pubbliche (spesso disposizioni legislative di rango primario) che si collocano a monte - cioè in un momento precedente all'attuazione delle condotte - consentono di realizzare condotte anticoncorrenziali⁵⁴⁷.

Quanto alla prima categoria, sembra assumere rilievo dirimente il fatto che l'Autorità pubblica non abbia rinunciato all'esercizio effettivo e concreto di un potere di decisione e controllo rispetto all'atto di natura privata. In tal caso, quest'ultimo viene assorbito dalla determinazione pubblica nei cui confronti potranno essere censurati eventuali profili di illegittimità per violazione delle norme antitrust europee⁵⁴⁸.

In riferimento alla seconda categoria, sembrano invece riscontrarsi maggiori difficoltà, poiché in tali casi non si tratta di disposizioni che si limitano a rafforzare gli effetti di comportamenti compiuti ed autonomamente posti in essere da privati, quanto piuttosto di situazioni dove un determinato complesso normativo disciplina a monte la stessa attività delle imprese che produce effetti restrittivi della concorrenza; in tali circostanze occorre allora verificare se, malgrado la presenza di tali norme, residui uno spazio di

⁵⁴⁷ Cfr. P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., pp. 222-233.

⁵⁴⁸ L'esempio classico è quello dell'iter di formazione delle tariffe dei Consigli dell'ordine nel quale è prevista l'approvazione ministeriale. Al riguardo, v. CG, 19 febbraio 2002, Causa C-35/99, *Arduino*, Racc., 2002, p. I-1529 e 5 dicembre 2006, Cause riunite C-94/04 e C-202/04, *Cipolla*, Racc., 2006, p. I-11421.

autonomia, ancorché minimo, in capo all'impresa, che consenta di imputarle la responsabilità della medesima condotta⁵⁴⁹.

Questa operazione interpretativa passa attraverso due fasi logicamente distinte: la ricostruzione del quadro normativo di riferimento e l'individuazione dell'ambito di autonomia privata⁵⁵⁰. In particolare, si deve verificare se, a fronte di norme che consentono talune condotte per il perseguimento di determinate finalità, residui in capo alle imprese – in base ad un criterio di proporzionalità e necessità – un ambito di autonomia e discrezionalità circa le modalità di attuazione, ritenendo, in tali casi, imputabili dette condotte alle imprese e quindi applicabili le norme antitrust.

Al riguardo, il *leading case* è la sentenza *CIF*, nella quale la Corte di giustizia ha escluso che avesse “*carattere pubblico*” l'attività di ripartizione della produzione dei fiammiferi da parte del *CIF* (Consorzio Industrie Fiammiferi) perché, *inter alia*, il potere di ripartizione della produzione tra i consorziati era attribuito ad un organo interno al consorzio in prevalenza espressione delle stesse imprese ed il cui agire non era vincolato da criteri di interesse pubblico, in un contesto in cui erano carenti eventuali forme di effettivo controllo (ed eventuale rideterminazione) da parte dei pubblici poteri in relazione alle decisioni del predetto organo consortile⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ Cfr. P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., pp. 222-233.

⁵⁵⁰ *Ibidem*.

⁵⁵¹ CG, settembre 2003, Causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in Racc., 2003, p. I-08055. In particolare, in tale causa, si era in presenza di una normativa che imponeva alle imprese del settore (produzione e distribuzione di fiammiferi) di attuare delle condotte anticoncorrenziali, giacché prescriveva un obbligo in capo alle stesse di operare associandosi in un consorzio e conferiva poi a quest'ultimo il potere di ripartire la produzione di fiammiferi fra le imprese consorziate. Tuttavia, e sotto un diverso profilo, si erano registrati comportamenti specifici imputabili al *CIF* che risultavano ultronei rispetto al dettato normativo. Più precisamente, la produzione di ciascuna impresa, che per disposizione normativa doveva essere deliberata da un'apposita Commissione interna al consorzio, veniva stabilita dal *CIF* tramite accordi raggiunti all'interno del consorzio. Il *CIF* godeva pertanto di margini di discrezionalità nell'assolvere gli obblighi a esso imposti e, quindi, avrebbe potuto operare in modo tale da non restringere la concorrenza esistente. In proposito, v. C. RIZZA, *L'obbligo delle autorità nazionali della concorrenza di disapplicare le norme interne contrarie al Trattato e i conseguenti limiti alla proponibilità della State action defense (Causa C-198/01 CIF/Autorità garante)*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, pp. 6-14.

Sicché, anche rispetto a siffatte ipotesi, i giudici europei pongono l'accento sul fatto che le determinazioni del soggetto privato non avessero costituito oggetto di un effettivo potere di controllo di natura pubblica.

E' appena il caso di ricordare inoltre che, nella medesima pronuncia, la Corte di Giustizia ha elaborato un vero e proprio "test di disapplicazione" ex artt. 10, 81-82 CE (oggi art. 4, n. 3, TUE, nonché artt. 101 e 102 TFUE) da parte di un'Autorità antitrust nazionale⁵⁵².

4. L'IMPUTABILITÀ DEL MARGIN SQUEEZE NEI SETTORI REGOLAMENTATI: LA NATURA COMPLEMENTARE DEL RAPPORTO TRA REGOLAZIONE E CONCORRENZA

Il *margin squeeze* è una pratica abusiva che si riscontra, principalmente, nei mercati in cui operano le industrie di rete. Tali mercati, di norma, sono sottoposti ad una dettagliata regolamentazione di settore informata ai principi *antitrust*. Come visto, ciò si verifica, in particolare, nel settore delle comunicazioni elettroniche, in cui i servizi di accesso all'ingrosso possono essere sottoposti alla previa autorizzazione delle ANR, mentre le tariffe dei servizi di accesso al dettaglio sono regolamentate da un meccanismo di *price*

⁵⁵² Tra gli elementi necessari ai fini di tale disapplicazione possono indicarsi i seguenti: i) che vi siano delle disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, intese in senso ampio; ii) che tali disposizioni impongano, agevolino la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 101 TFUE o pratiche abusive in contrasto con l'art. 102 TFUE, o ne rafforzino gli effetti, ovvero tolgano alla propria normativa il suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni di intervento in materia economica (elemento ampio); iii) che, quindi, si sia in presenza di comportamenti d'impresa in contrasto con gli artt. 101-102 TFUE. In particolare, è necessaria una condotta delle imprese sul mercato che oggettivamente integri una infrazione agli artt. 101-102 TFUE (quindi, un'intesa o un abuso imposto, facilitato o rafforzato negli effetti da una norma, ovvero posto in essere a seguito della delega di una potestà di regolamentazione pubblica ad un organismo privato); iv) che la disapplicazione sia attuata dall'autorità di concorrenza nell'ambito di una procedura istruttoria finalizzata all'accertamento dell'illecito e ad ordinarne la cessazione ("inchiesta") avente ad oggetto comportamenti d'impresa rilevanti ex artt. 101-102 TFUE (cfr. P. CASSINIS, *La sentenza della Corte nel caso del "Consorzio industrie fiammiferi" (CIF): la prevalenza del diritto comunitario e tutela della concorrenza in contesti regolamentati*, in *Il Foro amministrativo*, 2004 pp. 291-314). Per una disamina più approfondita di tale questione, v. v. G. TESAURO, *Il diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 774-784; P. DE PASQUALE, *CIF: l'applicazione al caso di specie di principi consolidati potenzia il ruolo dell'AGCM*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, pp. 449-454.

cap⁵⁵³. Sicché, in presenza di un previo intervento regolatorio, come già accennato, l'autonomia delle imprese dominanti potrebbe essere limitata o esclusa, eliminando la possibilità di eventuali violazioni del diritto antitrust⁵⁵⁴.

Tale problematica è stata portata all'attenzione della Corte nella causa *Deutsche Telekom*⁵⁵⁵. Nel caso di specie, la Commissione riteneva che, sebbene i prezzi imposti fossero regolamentati, *Deutsche Telekom* disponesse comunque di un certo margine discrezionale tale da poter evitare o eliminare l'effetto anticoncorrenziale derivante dalla propria strategia tariffaria. Di contro, *Deutsche Telekom* asseriva l'assenza di una piena autonomia nella fissazione delle tariffe all'ingrosso, essendo le stesse determinate in maniera vincolante dalla *RegTP*⁵⁵⁶. Pertanto, godendo di un margine di manovra ristretto, relativo soltanto alle tariffe al dettaglio, l'*incumbent* affermava che la propria condotta non potesse essere inquadrata nella fattispecie della compressione dei margini, trovando applicazione tutt'al più il divieto di prezzi predatori⁵⁵⁷.

Peraltro, le medesime tariffe, erano state approvate dalla *RegTP* e, quindi, la particolare responsabilità incombente sull'operatore tedesco, in considerazione della sua dominanza su entrambi i mercati, doveva essere trasferita in capo alla *RegTP*.

⁵⁵³ Le problematiche derivanti dalla compressione dei margini tra prezzi e costi possono essere affrontate, dunque, sia a livello regolatorio, mediante l'adozione di rimedi *ex ante*, che a livello antitrust, attraverso interventi *ex post* di tipo sanzionatorio. Invero, l'istituto degli impegni, previsto agli artt. 5 e 9 del Reg. n. 1/2003, permette di adottare dei rimedi *ex ante* anche a livello antitrust.

⁵⁵⁴ Cfr. CG, 11 novembre 1997, Cause riunite C-359/95 P e C-379/95 P, *Commissione e Francia c. Ladbroke Racing*, Racc., p. I-6265, p.to 33; nonché sentenza *TeliaSonera*, p.to 49, in conformità alle quali l'art. 102 TFUE riguarda soltanto comportamenti anticoncorrenziali adottati dalle imprese di propria iniziativa. Infatti, se un comportamento anticoncorrenziale viene imposto alle imprese da una normativa nazionale o se quest'ultima crea un contesto giuridico che di per sé elimina ogni possibilità di comportamento concorrenziale da parte loro, l'art. 102 TFUE non trova applicazione poiché le eventuali criticità emerse non trovano origine in comportamenti autonomi delle imprese dominanti.

⁵⁵⁵ La Commissione aveva rilevato la violazione dell'art. 102 TFUE (all'epoca art. 82 CE) da parte di *Deutsche Telekom*, mediante un sistema di tariffazione abusivo che aveva determinato una compressione dei margini tra prezzi e costi. L'*incumbent* tedesco aveva addebitato ai concorrenti delle tariffe all'ingrosso superiori alle tariffe al dettaglio che essa applicava ai propri abbonati. Tuttavia, tali tariffe erano state oggetto di intervento da parte della *RegTP* - l'ANR tedesca nel settore delle telecomunicazioni -, la quale non aveva mosso alcuna censura.

⁵⁵⁶ Autorità tedesca per la regolamentazione del settore delle comunicazioni elettroniche.

⁵⁵⁷ Sul tema dei prezzi predatori. V. CG, 2 aprile 2009, Causa C-202/07 P, *France Télécom SA c. Commissione*, Racc., 2009, p. I-02369.

Su tale punto, la Corte ha precisato che la valutazione positiva dell'Autorità di settore poteva rilevare solo ai fini di un eventuale ricorso per inadempimento avverso la Germania sulla base del combinato disposto degli artt. (all'epoca) 10 e 82 CE, non facendo venir meno la possibilità di adottare un comportamento autonomo valutabile *ex art.* 102 TFUE⁵⁵⁸.

La Corte ha respinto, poi, le altre argomentazioni, rilevando, da un lato, che l'*incumbent* fosse comunque libero nella determinazione delle proprie strategie, perché l'intervento della *RegTP* non aveva carattere impositivo, bensì meramente incitativo; e, dall'altro, che a nulla ostava tale intervento perché la Commissione non può essere vincolata da una decisione emessa da un regolatore nazionale in forza dell'art. 102 TFUE⁵⁵⁹.

In definitiva, la Corte, sulla base di un'interpretazione restrittiva della *state action defence*⁵⁶⁰, ha confermato l'imputazione della condotta all'*incumbent*, ancorché i prezzi sui mercati rilevanti fossero già regolamentati⁵⁶¹.

Tale impostazione ha generato numerose critiche in dottrina⁵⁶², le quali possono essere sintetizzate, in gran parte, nelle argomentazioni proposte da *Telefónica* nella causa avente ad oggetto l'impugnazione della decisione della Commissione⁵⁶³ che, in continuità con l'approccio seguito nella causa *Deutsche Telekom*, l'ha sanzionata per violazione dell'art. 102 TFUE⁵⁶⁴.

⁵⁵⁸ Sentenza *Deutsche Telekom*, p.to 92.

⁵⁵⁹ Sentenza *Deutsche Telekom*, cit., p.to 90.

⁵⁶⁰ Come visto, tale eccezione può essere invocata dalle imprese dominanti nelle ipotesi in cui un comportamento anticoncorrenziale viene imposto alle stesse da una normativa nazionale o se quest'ultima crea un contesto giuridico che di per sé elimina ogni possibilità di comportamento concorrenziale da parte loro. In una situazione del genere, l'art. 102 TFUE non trova applicazione in quanto la restrizione alla concorrenza non trova origine, come queste norme implicano, in comportamenti autonomi delle imprese. (v. CG, 11 novembre 1997, Cause riunite C-359/95 P e C-379/95 P, *Commissione e Francia c. Ladbroke Racing*, Racc., p. I-6265, p.to 33).

⁵⁶¹ Sentenza *Deutsche Telekom*, p.to 181.

⁵⁶² Cfr. D. GERARDIN - R. O'DONOGHUE, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, cit., pp. 355-425; G. SIDAK, *Abolishing the Price Squeeze as a Theory of Antitrust Liability*, cit., pp. 279-309; R. O'DONOGHUE, *Regulating the Regulated: Deutsche Telekom v. European Commission*, cit., pp. 1-24; R. PARDOLESI - G. FAELLA, «Squeezing price squeeze»: la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario, cit., pp. 29-62; G. COLANGELO, *Il margin squeeze in Europa dopo Deutsche Telekom e TeliaSonera*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2011, pp. 367-378.

⁵⁶³ V. sentenza *Telefónica*, p.ti 293, 296-305, 309-316, 343-352, 355-369.

⁵⁶⁴ V. Commissione, 4 luglio 2007, Caso COMP/38.784 - *Telefónica*.

Più specificamente, *Telefónica* era l'unico operatore a disporre di una infrastruttura di telefonia fissa in tutto il territorio spagnolo, grazie alla quale essa forniva servizi a banda larga a livello sia all'ingrosso che al dettaglio, su base nazionale e regionale. La Commissione aveva concluso che l'*incumbent* spagnolo avesse abusato della propria posizione dominante sul mercato dei servizi di accesso all'ingrosso nazionale e regionale, mediante pratiche di *margin squeeze* in conseguenza dei prezzi di accesso per servizi a banda larga dalla stessa formulati al dettaglio e all'ingrosso, a livello sia regionale che nazionale.

In dettaglio, *Telefónica* ha contestato l'impostazione della Commissione, asserendo che ad essere compressi non sono i margini di operatività dei concorrenti bensì quelli delle imprese dominanti. La sovrapposizione dell'intervento della Commissione a quello dell'Autorità nazionale di regolamentazione, infatti, soprattutto in presenza di valutazioni contrastanti, cagionerebbe più danni che benefici poiché determinerebbe una situazione di incertezza giuridica e, al contempo, metterebbe in discussione il ruolo e le funzioni attribuite alle ANR. Tale scenario si ripercuoterebbe, poi, in misura rilevante anche sugli investimenti degli operatori di settore limitando l'innovazione e, quindi, la dinamicità dell'assetto concorrenziale dei mercati. Del pari, l'azione antitrust della Commissione nei settori regolamentati comporterebbe, in via generale, l'adozione di atti *ultra vires* e la conseguente violazione dei principi di proporzionalità, sussidiarietà, certezza giuridica, legittimo affidamento, leale cooperazione e buona amministrazione⁵⁶⁵.

Altra parte della dottrina sostiene che l'impostazione della Commissione in tema di *margin squeeze* sia auspicabile in presenza di ANR non totalmente indipendenti sia dagli Stati membri che dagli operatori di settore. Nondimeno, raggiunto un soddisfacente grado di indipendenza, si dovrebbe garantire a tali Autorità un ambito operativo tale da poter svolgere le proprie funzioni che, essendo proiettate nel lungo periodo, sono sovente basate su

⁵⁶⁵ V. sentenza *Telefónica*, p.ti 285-316 e 317-369.

principi parzialmente divergenti da quelli antitrust⁵⁶⁶. In più, tale approccio sarebbe da censurare poiché incentiverebbe gli aumenti di prezzo, agevolando la concertazione degli operatori⁵⁶⁷.

Orbene, si ritiene di non poter condividere le argomentazioni sottese alle critiche sopra riportate per i seguenti motivi.

Innanzitutto, non v'è nulla di straordinario nel fatto che la Commissione giunga a delle valutazioni divergenti rispetto a quelle dei regolatori nazionali. Tali contrasti sono del tutto fisiologici poiché discendenti dai diversi principi posti alla base delle analisi rispettivamente condotte: come visto, le ANR intervengono *ex ante*, sulla base di valutazioni prognostiche e nel lungo periodo, perseguendo obiettivi spesso differenti e piuttosto circoscritti rispetto a quelli antitrust, mentre la Commissione interviene *ex post*, sulla base di dati storici e nel breve periodo⁵⁶⁸.

E' evidente, allora, che tali azioni si collocano su piani e stadi diversi e che la disciplina antitrust e quella regolatoria, pur essendo legate da un rapporto di natura complementare, godono di sfere di applicazione contigue ma pur sempre autonome. Le norme antitrust completano, per effetto di un esercizio di controllo *ex post*, le scelte adottate dal legislatore dell'Unione ai fini della regolamentazione *ex ante* dei mercati in cui operano le industrie di rete⁵⁶⁹. E, in caso di contrasto con la regolamentazione di settore, esse prevalgono laddove quest'ultima non abbia superato il test di proporzionalità nel perseguimento di obiettivi divergenti da quelli propri del diritto della concorrenza⁵⁷⁰. Sicché l'intervento antitrust si rivela necessario in quanto

⁵⁶⁶ Cfr. G. MONTI, *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*, in *Competition law review*, 2008, pp. 123-145.

⁵⁶⁷ Cfr. G. SIDAK, *Abolishing the Price Squeeze as a Theory of Antitrust Liability*, cit., pp. 279-309. L'Autore afferma che: «*After all, one way for the vertically integrated firm to prevent a price-squeeze claim from being filed against it is to raise retail prices to provide a price umbrella for its downstream competitors*».

⁵⁶⁸ Inoltre, nei settori regolamentati, gli interventi delle Autorità nazionali di regolamentazione riflettono altresì delle scelte di tipo politico-economico. V., in tal senso, S. GENEVAZ, *Margin Squeeze after Deutsche Telekom*, in *GCP Magazine*, 2008, p. 34.

⁵⁶⁹ V. sentenza *Deutsche Telekom*, p.to 92.

⁵⁷⁰ Cfr. M. D'ALBERTI, *Diritto della concorrenza e regolazione in una prospettiva ultranazionale*, pp. 754 e ss.; G. DE MINICO, *Le direttive CE sulle comunicazioni elettroniche del 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo?*, cit., pp. 174 e ss.; G. MONTI, *Managing the Intersection of Utilities*

L'azione regolatoria può diminuire ma non eliminare in via definitiva il rischio di eventuali condotte anticoncorrenziali. In altre parole, non v'è distonia ma sintonia tra l'azione antitrust e quella regolatoria, atteso che la prima non pregiudica bensì integra la seconda. In più, l'immunità antitrust conseguente all'applicazione della disciplina regolatoria determinerebbe l'ampliamento di quest'ultima a discapito del diritto antitrust. La situazione va quindi capovolta, essendo tale espansione a dover essere realizzata con cautela poiché un'eccessiva dilatazione degli interventi regolatori si porrebbe in contrasto con la loro natura transitoria.

In secondo luogo, sulle imprese dominanti grava una speciale responsabilità⁵⁷¹ in virtù della quale esse sono tenute, se del caso, a modificare le proprie strategie per non compromettere una concorrenza effettiva nel mercato, indipendentemente dall'eventuale adozione di una decisione da parte della Commissione⁵⁷². Vero è che tale onere può sembrare eccessivo in quanto le imprese dominanti devono continuare a monitorare le proprie politiche dei prezzi, anche a seguito della decisione dell'ANR⁵⁷³. Tuttavia, in virtù del test del concorrente altrettanto efficiente, le valutazioni concernenti il *margin squeeze* poggiano sui costi degli operatori dominanti. Siffatti valori, così come lo *status* dei mercati rilevanti, possono mutare nel tempo rendendo anacronistiche le considerazioni svolte nell'ambito di un'analisi, quella delle ANR, che resta *ex ante* ed è basata su parametri ben diversi da quelli antitrust⁵⁷⁴.

Regulation and EC Competition Law, cit., pp. 123-145; S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, cit., pp. 13 e ss.; V. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusive Abuse in EC Competition law*, cit, p. 423.

⁵⁷¹ CG, 15 marzo 2007, Causa C-95/04 P, *British Airways c. Commissione*, Racc., p. I-2331; Trib. 30 gennaio 2007, Causa T-340/03, *France Télécom SA c. Commissione*, Racc., p. II-107, nonché 30 settembre 2003, Causa T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin contro Commissione*, Racc., p. II-4071.

⁵⁷² CG, 9 novembre 1983, Causa 322/81, *Michelin c. Commissione*, Racc., p. 3461, p.to 57; Trib. 25 ottobre 2002, Causa T-5/02, *TetraLaval BV c. Commissione*, Racc., p. II-4381; 10 luglio 1990, Causa T-51/89, *Tetra Pak c. Commissione*, in Racc., p. II-309, p.to 23; 22 marzo 2000, Cause riunite T-125/97 e T-127/97, *Coca-Cola c. Commissione*, Racc., p. II-1733, p.to 80.

⁵⁷³ Cfr. F.M. SALERNO, *Il tribunale di Primo Grado e la responsabilità delle imprese dominante soggette a regolazione: the end of a quiet life?*, in *Rivista di dir. pubb. com.*, 2009, pp. 222-232.

⁵⁷⁴ V., ad esempio, il considerando 26 della Raccomandazione della Commissione del 20 settembre 2010, relativa all'accesso regolamentato alle reti di nuova generazione,

La cooperazione dell'*incumbent* acquista, peraltro, ancora maggiore rilevanza rispetto alla compressione dei margini, viste le frequenti difficoltà nel reperimento dei costi dovute alla propria struttura di operatore verticalmente integrato.

In terzo luogo, nel caso di specie, si deve altresì rammentare che la regolamentazione nazionale e la disciplina antitrust si applicano sì in modo parallelo e cumulativo, ma pur sempre nel rispetto del principio del primato del diritto dell'Unione⁵⁷⁵. Parimenti, il rispetto delle disposizioni normative e regolamentari nazionali non può condizionare l'esito di un esame condotto sulla base della normativa antitrust dell'Unione⁵⁷⁶.

Da ultimo, va osservato che gli interventi antitrust - beninteso in presenza di criticità concorrenziali - rappresentano una scelta obbligata allo stadio attuale, atteso che gli ex-monopolisti sono ancora riluttanti all'idea di un confronto ad armi pari su un mercato aperto alle dinamiche competitive.

Ben venga, allora, l'utilizzo di maggiori risorse e il duplice sforzo derivante dalle attività di due diversi soggetti, se a trarne beneficio sarà l'assetto concorrenziale sui mercati rilevanti e, in ultima istanza, i consumatori. Nondimeno, il previo intervento dell'ANR, nonché l'osservanza della normativa di settore in vigore da parte degli operatori di mercato, potrebbero rilevare a titolo di circostanza attenuante nel calcolo dell'eventuale ammenda da infliggere all'impresa dominante⁵⁷⁷.

4.1. LE TELEFÓNICA EXCEPTIONS

Come già accennato⁵⁷⁸, il *Guidance Paper* prevede due eccezioni all'applicazione del test utilizzato per accertare la preclusione

2010/572/UE, in cui il legislatore dell'Unione ha ritenuto più appropriato al contesto regolatorio il test del concorrente ragionevolmente efficiente.

⁵⁷⁵ Cfr. P.LAROCHE, *Contrasting Legal Solutions and the Comparability of EU and US Experiences*, TILEC Discussion Paper (DP 2006/028), p. 10-11.

⁵⁷⁶ V. Commissione, 12 marzo 2004, Caso *Mobile Deutschland/O2 Germany*, COMP/38.369, in GUCE L 75 del 2004, pp. 32-58.

⁵⁷⁷ *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lettera a), del Reg. (Ce) n. 1/2003*, in GUCE C 210 del 2006, pp. 2-5, p. to 29.

⁵⁷⁸ V. *supra*, par. 3 del Capitolo Terzo.

anticoncorrenziale generata tanto dal rifiuto a contrarre quanto dalla compressione dei margini (cd. test *Oscar Bronner*)⁵⁷⁹.

Ebbene tali eccezioni sono state mutate dalla prassi decisionale della Commissione, segnatamente, dal procedimento *Telefónica*⁵⁸⁰. Ed infatti, in tale ambito, la Commissione ha affermato che non era necessario applicare il test *Oscar Bronner* per rilevare l'abusività di una compressione dei margini in ragione delle circostanze concrete, economiche e giuridiche del caso di specie.

Più specificamente, nel procedimento *Telefónica*, la normativa spagnola in materia di comunicazioni elettroniche – compatibile con quella europea – imponeva già in capo all'*incumbent* spagnolo l'obbligo di garantire l'accesso alla propria rete a favore degli altri operatori. Tale obbligo era stato istituito al fine di promuovere la concorrenza e gli interessi dei consumatori ed era il risultato della valutazione comparata, da parte delle pubbliche Autorità, dei fattori che incentivano *Telefónica* ed i suoi concorrenti ad investire ed innovare nonché della necessità di promuovere la concorrenza a valle a lungo termine. In ogni caso, l'interesse *ex ante* di *Telefónica* ad investire nelle proprie infrastrutture non era mai stato in causa nel procedimento in esame: la rete a monte di *Telefónica* era, in larga misura, il frutto di investimenti realizzati

⁵⁷⁹ V. *Guidance Paper*, «In determinati casi specifici, può essere chiaro che l'imposizione di un obbligo di fornitura non è evidentemente in grado di incidere negativamente sugli incentivi, per il proprietario dei fattori di produzione e/o per altri operatori, ad investire e innovare a monte, ex ante o ex post. La Commissione ritiene in particolare che sia probabile che questo avvenga quando una normativa compatibile con il diritto comunitario impone già un obbligo di fornitura all'impresa dominante ed è chiaro, dalle considerazioni alla base di detta normativa, che le autorità pubbliche hanno già effettuato la necessaria ponderazione degli incentivi al momento dell'imposizione di un tale obbligo. Questo potrebbe avvenire anche quando la posizione sul mercato a monte dell'impresa dominante si è sviluppata grazie a diritti speciali o esclusivi o è stata finanziata mediante risorse statali [...]», p. to 82.

⁵⁸⁰ Cfr. Commissione, 4 luglio 2007, Caso COMP/38.784, *Wanadoo España c. Telefónica*. In tale procedimento, la Commissione aveva rilevato che, dal settembre 2001 al dicembre 2006, il margine tra i prezzi al dettaglio di *Telefónica* ed il prezzo per l'accesso all'ingrosso a livello regionale, da una parte, e il margine tra i prezzi al dettaglio e i prezzi per l'accesso all'ingrosso per l'accesso a livello nazionale, dall'altra, non era stato sufficiente a coprire i costi che un operatore efficiente come *Telefónica* avrebbe dovuto sostenere per la fornitura al dettaglio dell'accesso a banda larga. Secondo la Commissione, l'abuso è terminato nel dicembre 2006 con l'intervento dell'Autorità di regolamentazione spagnola che ha ridotto i prezzi all'ingrosso. Tale Autorità non si è mai pronunciata sull'esistenza di una compressione dei margini per i due prodotti all'ingrosso su scala nazionale e la sua valutazione dell'esistenza di una compressione dei margini per quanto riguarda i prodotti all'ingrosso su scala regionale di *Telefónica* si è basata sulle previsioni effettuate nell'ottobre 2001 da *Telefónica* mentre la Commissione si è basata sui costi storici effettivamente sostenuti.

molto prima dell'avvento dei servizi a banda larga in Spagna, in un contesto in cui l'impresa beneficiava di diritti speciali o di esclusiva che la proteggevano dalla concorrenza⁵⁸¹.

Parte della dottrina ha criticato tale *modus operandi*, rilevando anzitutto che nessuna di tali eccezioni affonda le proprie radici nella pertinente giurisprudenza UE⁵⁸².

Con particolare riferimento alla prima eccezione, legata all'esistenza di una regolazione che impone un obbligo di accesso in capo all'*incumbent*, è stato sostenuto che il diritto antitrust e le normative di settore perseguono obiettivi diversi e che le Autorità investite dell'applicazione di tali discipline muovono da un'impostazione differente ed applicano principi non del tutto coincidenti⁵⁸³. Sicché le ANR potrebbero imporre obblighi in capo agli *incumbent* anche in condizioni in cui non avrebbero potuto farlo le Autorità antitrust⁵⁸⁴. Inoltre, pur volendo ammettere una comunanza di obiettivi, un'Autorità antitrust dovrebbe comunque applicare il test *Oscar Bronner*, poiché esso individua delle condizioni più stringenti rispetto a quelle previste a livello regolatorio⁵⁸⁵. Ancora, osterebbe all'applicazione di tale eccezione il fatto che l'analisi dell'Autorità di settore e l'avvio di istruttoria dell'Autorità antitrust avvengono in periodo di tempo diversi, quindi, le condizioni di mercato potrebbero essere mutate⁵⁸⁶.

Per quanto riguarda la seconda eccezione, derivante dalla titolarità di diritti speciali o esclusivi ovvero dall'aver beneficiato di risorse statali, sono

⁵⁸¹ *Ivi*, p. to 302.

⁵⁸² Cfr. D. GERADIN, *Refusal to Supply and Margin Squeeze: A Discussion of Why the "Telefónica Exceptions" are Wrong*, in *Telec Discussion Paper*, 2009, pp. 7-10.

⁵⁸³ Ad esempio, nel settore delle comunicazioni elettroniche, come già accennato, l'azione dei regolatori deve bilanciare molteplici interessi: non solo la protezione di una struttura competitiva, ma anche la tutela del pluralismo dell'informazione, l'istaurazione delle condizioni di mercato affinché ciò si realizzi, la promozione degli investimenti, il mantenimento ed il miglioramento del servizio universale.

⁵⁸⁴ Cfr. D. GERADIN, *Refusal to Supply and Margin Squeeze: A Discussion of Why the "Telefónica Exceptions" are Wrong*, cit., p. 7.

⁵⁸⁵ Ad esempio, in tale ambito, l'identificazione di una SMP implica quasi automaticamente l'imposizione di rimedi e, quindi, di un eventuale obbligo di concedere l'accesso; di contro, la disciplina antitrust ricollega tale imposizione all'accertamento (anche *prima facie*) di una condotta abusiva.

⁵⁸⁶ Ad esempio, potrebbero essere entrate sul mercato altri operatori infrastrutturati.

state evidenziate le difficoltà legate alla sua applicazione. In particolare, alcuni autori hanno sostenuto come non sia agevole rilevare con certezza che la fonte della costituzione e dello sviluppo di un'infrastruttura è senza ambiguità di natura pubblica: molte delle infrastrutture di ex-monopolisti hanno formato oggetto di significative migliorie in seguito alla privatizzazione, con la conseguenza che le fonti dell'acquisto sono sostanzialmente miste⁵⁸⁷. Inoltre, le imprese integrate verticalmente possono ritrovarsi gravate da vecchie infrastrutture che esigono una manutenzione e spesso si tratta di industrie con un notevole tasso di innovazione tecnologica, in cui il soggetto obbligato deve investire per poter competere⁵⁸⁸. È stato altresì affermato che non è chiaro perché una fonte pubblica di acquisto di proprietà debba condurre ad un'applicazione più restrittiva degli standard legali, nonostante l'art. 102 TFUE non consenta di distinguere modi di acquisto pubblici e privati e l'art. 345 TFUE vieti anche una discriminazione così fondata tra diritti di proprietà. Invero, non sarà sempre agevole⁵⁸⁹.

Ebbene, nella sentenza emessa dal Tribunale a seguito del ricorso presentato da *Telefónica*⁵⁹⁰, i giudici europei non sono espressamente intervenuti su tali eccezioni. Essi si sono limitati ad affermare che la Commissione non aveva analizzato la compressione dei margini quale rifiuto *de facto* a contrarre e, richiamando la sentenza *TeliaSonera*, che i requisiti necessari per accertare l'esistenza di un rifiuto abusivo a contrarre non devono trovare necessariamente applicazione nella valutazione del carattere abusivo

⁵⁸⁷ V. O'DONOGHUE - R. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford: Hart, 2006, pp. 463 e ss. Gli Autori sostengono che la stessa Commissione ha respinto tale argomento nella sua decisione 14 gennaio 1998, relativo ad un procedimento ai sensi dell'art. 102 TFUE (Caso Comp IV/34.801, *FAG - Flughafen Frankfurt/Main AG*, in GU L 72, p. 30). L'operatore aeroportuale riteneva che la propria posizione storica di monopolista legale come fornitore di servizi di scalo giustificasse un rifiuto di contrarre. La Commissione ha concluso che il carattere storico del monopolio era irrilevante; ciò che importava era la condotta dell'operatore sul mercato. Se ne può dedurre che la Commissione è indifferente alla fonte storica della causa del monopolio una volta che sono soddisfatti i requisiti sostanziali per un dovere di contrarre.

⁵⁸⁸ *Ibidem*.

⁵⁸⁹ *Ibidem*.

⁵⁹⁰ Uno dei motivi di ricorso consisteva nel fatto che, ad avviso di *Telefónica*, la Commissione, pur avendo esaminato la pretesa compressione dei margini quale abuso i cui effetti esclusivi sono analoghi a quelli del rifiuto *de facto* di concludere un contratto, non aveva applicato il test *Oscar Bronner* (v. Sentenza *Telefónica*, p.to 176.)

del *margin squeeze*, pena la vanificazione dell'effetto utile dell'art. 102 TFUE⁵⁹¹. Peraltro, secondo il Tribunale, se è pur vero che nella sentenza *TeliaSonera*, la Corte ha rilevato che il carattere indispensabile del prodotto all'ingrosso può essere pertinente nell'ambito della valutazione degli effetti della compressione dei margini, le ricorrenti non avevano invocato il carattere indispensabile dei prodotti all'ingrosso se non a sostegno dell'affermazione secondo cui la Commissione non avrebbe applicato il criterio giuridico adeguato al preteso rifiuto *de facto* di contrarre, sanzionato nella decisione impugnata⁵⁹².

A nostro avviso, la conclusione cui è giunto il Tribunale su tale aspetto è corretta ma non perfettamente in linea con la sentenza *TeliaSonera*. Tale pronuncia ha stabilito che, tenuto conto della posizione dominante dell'impresa interessata sul mercato dei prodotti all'ingrosso, non si può escludere che una pratica di compressione dei margini produca effetti anticoncorrenziali, soltanto perché il prodotto all'ingrosso non è indispensabile per la fornitura del prodotto al dettaglio⁵⁹³. In tale ambito, trattandosi di un rinvio pregiudiziale, la Corte ha precisato che spettava al giudice del rinvio sincerarsi che una pratica siffatta fosse idonea a produrre effetti anticoncorrenziali sui mercati rilevanti⁵⁹⁴.

Ne consegue che, nella causa *Telefónica*, essendo il Tribunale il giudice dell'impugnativa, esso avrebbe dovuto compiere un passaggio in più nel rigettare le censure di *Telefónica*, evidenziando come la Commissione avesse comunque provato l'idoneità della politica di prezzi di *Telefónica* a produrre effetti anticoncorrenziali⁵⁹⁵ ovvero ritenendo assorbite tali censure dalla

⁵⁹¹ Sentenza *Telefónica*, p.ti 178-180.

⁵⁹² *Ivi*, p.to 182.

⁵⁹³ Sentenza *TeliaSonera*, p.to 72.

⁵⁹⁴ *Ibidem*.

⁵⁹⁵ In particolare, nel procedimento *Telefónica*, la Commissione ha accertato che la compressione dei margini ha limitato la concorrenza imponendo delle perdite insostenibili a dei concorrenti altrettanto efficaci costringendoli a uscire dal mercato o limitando, in ogni caso, la loro capacità di investire e svilupparsi. In particolare, anche se i loro prezzi e le loro spese di commercializzazione erano equivalenti a quelli di *Telefónica*, considerate le perdite costanti, tali concorrenti non erano in grado di concorrere seriamente a lungo termine con *Telefónica*. Pertanto, il comportamento di *Telefónica* rischiava di ritardare l'ingresso sul mercato e la crescita dei concorrenti, rinviando il più possibile il momento in cui gli operatori di ADSL avrebbero potuto raggiungere un livello di economie di scala che avesse giustificato degli

disamina dei motivi di ricorso concernenti l'operato della Commissione circa la dimostrazione degli effetti restrittivi probabili o concreti di tale politica⁵⁹⁶.

Infine, si ritiene che tali considerazioni rendono inconferenti le critiche sollevate rispetto alle eccezioni in esame poiché, giova ribadirlo, ciò che conta nell'accertamento dell'abusività della compressione dei margini è, in ultima istanza, la prova dell'idoneità di tale strategia a generare effetti distorsivi.

4.2. LE DIFFERENZE CON L'APPROCCIO AMERICANO: SENTENZE *TRINKO* E *LINKLINE*

L'approccio seguito nell'ordinamento antitrust statunitense per l'accertamento dell'abusività del *margin squeeze* muove da una diversa impostazione di fondo in relazione ai rapporti intercorrenti tra regolazione e concorrenza. Ciò è quanto si evince dalla summenzionata sentenza *linkLine*, i cui principi riflettono e, al contempo, costituiscono l'evoluzione di talune pronunce che l'hanno preceduta⁵⁹⁷.

Al riguardo, è opportuno prendere le mosse dalla sentenza *Town of Concord* del 1990: in tale occasione, la Corte d'appello federale per il Primo Circuito (estensore giudice Breyer)⁵⁹⁸ ha stabilito che una compressione dei

investimenti nelle loro infrastrutture nonché l'uso della disaggregazione della rete locale. Peraltro, la Commissione ha rilevato che il pregiudizio immediato arrecato ai consumatori rischiava di essere significativo: in mancanza di distorsioni risultanti dalla condotta in esame,, la concorrenza sarebbe probabilmente stata più vivace sul mercato al dettaglio dei servizi a banda larga e ciò sarebbe stato vantaggioso per i consumatori in termini di prezzi più bassi, maggiore scelta e innovazione. La compressione dei margini ha avuto consistenti effetti di esclusione nel mercato al dettaglio e un impatto negativo per gli utilizzatori finali. A causa della compressione dei margini, i prezzi spagnoli al dettaglio sono tra i prezzi più alti (se non addirittura i prezzi più alti in assoluto) tra i paesi dell'UE-15 e il tasso di penetrazione della banda larga in Spagna è inferiore alla media dell'UE-15. Non vi sono fattori relativi alla domanda o all'offerta che giustifichino il livello elevato dei prezzi spagnoli al dettaglio. Ne consegue che il comportamento di *Telefónica* ha arrecato un danno grave ai consumatori (cfr. Sintesi della decisione della Commissione *Wanadoo España/Telefónica*, in GU C 083 del 2 aprile 2008 pp. 6 -9, p.to 3.3).

⁵⁹⁶ V. sentenza *Telefónica*, p.ti 266- 285, in cui il Tribunale ha respinto tali censure.

⁵⁹⁷ V. *supra*, par. 3 dell'Introduzione.

⁵⁹⁸ Nel sistema giurisdizionale statunitense, i distretti giudiziari sono organizzati in circuiti regionali, in ciascuno dei quali è presente una Corte d'Appello. Ognuna di esse giudica i ricorsi provenienti dai tribunali distrettuali appartenenti al proprio circuito e da alcuni enti amministrativi federali. Inoltre, la Corte d'Appello federale ha competenza su tutto il territorio nazionale in merito ad alcuni casi specifici, tra i quali quelli relativi alle leggi sui brevetti e quelli sui quali si sono pronunciati i Tribunali per il Commercio Internazionale e il Tribunale

marginari praticata in un comparto industriale completamente regolamentato non sarebbe stata contraria, in linea di massima, alla *Section 2* dello *Sherman Act*⁵⁹⁹. Tuttavia, in tale pronuncia, la Corte d'Appello federale non ha preso in considerazione l'approccio da seguire per l'accertamento della medesima condotta allorché questa venga assunta nell'ambito di un settore parzialmente regolamentato.

Ebbene, tale questione è stata affrontata dalla predetta sentenza *linkLine* che, in buona sostanza, ha esteso il principio espresso in *Town of Concord* anche ai settori parzialmente regolamentati⁶⁰⁰. In particolare, è il giudice Breyer - mediante una *concurring opinion*⁶⁰¹ - ad affermare che il differente quadro regolatorio tra *linkLine* e *Town of Concord* non è rilevante perché si è comunque in presenza di un intervento di un'Autorità di regolazione, anche se solo nel mercato a monte. Ne consegue che, in tali circostanze, anziché lamentare una violazione antitrust, gli operatori concorrenti avrebbero dovuto rivolgersi al regolatore al fine di richiedere che i prezzi all'ingrosso praticati da AT&T fossero abbassati in ragione del denunciato *price squeeze*⁶⁰².

per i Ricorsi Federali (cfr. T. M. FINE, *Il diritto americano. Un'introduzione completa al sistema giuridico anglo-americano*, XL Edizioni, Roma, 2011, pp. 24 ss.).

⁵⁹⁹ *Town of Concord, Massachusetts, et al. v Boston Edison Company* 915 F.2d 17 (1990). In dettaglio, tale causa riguardava un'impresa verticalmente integrata e attiva nel settore elettrico, le cui politiche di prezzo erano regolamentate sia nel mercato all'ingrosso che nel mercato al dettaglio. In tale occasione, il Giudice Breyer ha sostenuto che, laddove coesistano la disciplina antitrust e quella regolatoria, la prima deve sensibilmente riconoscere e riflettere la seconda. Pertanto, se la strategia dei prezzi di un'impresa dominante non viola la regolamentazione di settore, essa è lecita anche dal punto di vista antitrust (*Ibidem*, p. to 21).

⁶⁰⁰ C. C. RUDAZ, *Did Trinko Really Kill Antitrust Price Squeeze Claims? A Critical Approach to the Linkline Decision Through a Comparison of E.U. and U.S. Case Law*, cit., in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2010, pp. 1110-1114;

⁶⁰¹ Come noto, mentre la *dissenting opinion* (opinione dissenziente) si sostanzia nella facoltà, concessa ai singoli membri costituenti il collegio della Corte Suprema degli Stati Uniti (e, in generale, di qualsiasi collegio giudicante), di esprimere, motivare e, soprattutto, rendere pubbliche, le eventuali opinioni in dissenso rispetto alle decisioni adottate dalla maggioranza dei membri, per *concurring opinion* (opinione concordante) si intende l'istituto in forza del quale il membro del collegio si trova d'accordo con gli altri rispetto al dispositivo, ma ne contesta pubblicamente le motivazioni, offrendone alcune alternative (cfr. P.C. CORLEY, *Concurring Opinion Writing on the U.S. Supreme Court*, SUNY Press, 2011, pp. 18 e ss.).

⁶⁰² J. BREYER, *concurring in judgment Supreme Court of the United States No. 07-512 Pacific Bell Telephone Company, Dba AT&T California, et AL., Petitioners v. Linkline Communications, Inc., et AL*, pp. 1-3.

L'idea che il *price squeeze* sia sostanzialmente un problema regolatorio – e, quindi, di fissazione e monitoraggio, da parte dell'Autorità di settore, dell'equo livello delle tariffe praticate dalle imprese dotate di un significativo potere di mercato – è stata fortemente sostenuta anche da un nutrito gruppo di studiosi intervenuti nel ruolo di *amici curiae* a sostegno delle ragioni di AT&T⁶⁰³. Tale impostazione si fonda, essenzialmente, su argomentazioni sviluppate nella summenzionata sentenza *Trinko*⁶⁰⁴: in presenza di un quadro regolatorio volto ad impedire ed a porre rimedio alla produzione di effetti distorsivi, i benefici di un intervento antitrust *ex post* saranno minimi e, quindi, non sarebbe opportuno procedere ad un ulteriore vaglio della condotta che produce tali effetti alla luce della disciplina della concorrenza⁶⁰⁵.

Più specificamente, nella sentenza *linkLine*, i giudici statunitensi hanno evidenziato che laddove si volesse scongiurare il rischio di un'eccessiva compressione dei margini di profitto dei concorrenti, essi dovrebbero obbligare le imprese dominanti a condividere i propri input essenziali con gli operatori concorrenti sulla base di determinati termini e condizioni di accesso. E, per fare questo, si dovrebbe stabilire cosa si debba intendere per *fair price* (prezzo equo) a monte e *living profit* (profitto di sopravvivenza) a valle⁶⁰⁶. Sicché i giudici si troverebbero ad agire alla stregua di un'Autorità di

⁶⁰³ Cfr. J.G. SIDAK, *Abolishing the Price Squeeze as a Theory of Antitrust Liability*, cit., pp. 279-309; W.J. BAUMOL et al., *Brief of Amici Curiae Professors and Scholars in Law and Economics in Support of Petitioners, Pacific Bell Tel Co v linkline Commc'ns, Inc.*, No. 07-512 (ottobre 2007).

⁶⁰⁴ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, Llp*, October term 2003, In tale causa, Verizon - monopolista locale - rifiutava o ritardava l'accesso alla rete locale del suo concorrente AT&T, impegnato a sua volta nell'offerta di servizi telefonici al pubblico, ovvero ne deteriorava la qualità. Il regolatore investito del caso, era intervenuto in tempi piuttosto brevi, imponendo e regolando l'accesso e comminando anche a Verizon una sanzione piuttosto pesante. Successivamente, lo studio legale dell'avv. *Trinko*, abbonato al servizio di AT&T, presentava ricorso per far dichiarare al giudice che il comportamento di Verizon aveva rappresentato un abuso di posizione dominante e aveva cagionato un danno ai clienti di AT&T (si trattava, quindi, di un'azione di classe). Per una disamina approfondita di tale sentenza, V. C. C. RUDAZ, *Did Trinko Really Kill Antitrust Price Squeeze Claims? A Critical Approach to the Linkline Decision Through a Comparison of E.U. and U.S. Case Law*, cit., pp. 1110-1114; nonché C. OSTI, *Trinko e l'antitrust come declamazione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2004, pp. 375-388.

⁶⁰⁵ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, Llp*, p. 12.

⁶⁰⁶ Sentenza *LinkLine*, p.to 453.

regolazione, ruolo per il quale essi non sono attrezzati, non avendo competenza né sufficiente *expertise* per implementare la normativa di settore⁶⁰⁷.

In definitiva, in conformità alla sentenza *linkLine*, l'accertamento dell'abusività della compressione dei margini alla luce della disciplina antitrust non sembrerebbe trovare spazio nei settori regolamentati, né tantomeno in quelli parzialmente regolamentati; nessuna censura antitrust potrebbe quindi essere mossa, specie laddove siffatta compressione sia compatibile con i criteri regolatori previsti per i mercati a monte e a valle⁶⁰⁸.

Sulla scorta del medesimo orientamento giurisprudenziale, è stato sostenuto che, in presenza di pratiche tariffarie legittime sui mercati a monte e a valle, le conseguenze negative derivanti dal differenziale tra i prezzi predisposti dall'*incumbent* debbano essere affrontate soltanto dal punto di vista regolatorio⁶⁰⁹. Le Autorità antitrust ed i giudici nazionali dovrebbero dunque evitare di sostituire le proprie valutazioni a quelle delle ANR, essendo questi gli unici soggetti deputati all'adozione di misure procompetitive volte ad incentivare l'accesso sui mercati di nuovi entranti e l'espansione degli operatori già presenti⁶¹⁰. Come a dire che lo strumento della regolamentazione dei prezzi *retail* e delle tariffe *wholesale*, nonché le sanzioni conseguenti alla violazione dei provvedimenti delle ANR, costituirebbero le soluzioni più opportune ed adeguate nei casi di *margin squeeze*⁶¹¹.

Tuttavia, non è ancora chiaro se tale impostazione troverà applicazione anche al di fuori dei settori (totalmente o parzialmente) regolamentati, allorché l'impresa dominante sia tenuta a fornire l'accesso al proprio input ai sensi del diritto antitrust.

⁶⁰⁷ Cfr. G. COLANGELO, *Antitrust e regolazione dopo linkLine*, cit., p. 377.

⁶⁰⁸ Cfr. C. RUDAZ, *Did Trinko Really Kill Antitrust Price Squeeze Claims? A Critical Approach to the Linkline Decision Through a Comparison of E.U. and U.S. Case Law*, cit., pp. 1110-1114

⁶⁰⁹ Cfr. D. GERADIN - R. O'DONOGHUE, *The concurrent application of competition law and regulation: the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector*, cit., p. 417.

⁶¹⁰ Cfr. J.G. SIDAK, *Abolishing the Price Squeeze as a Theory of Antitrust Liability*, cit., pp. 279-309; W.J. BAUMOL et al., *Brief of Amici Curiae Professors and Scholars in Law and Economics in Support of Petitioners, Pacific Bell Tel Co v linkline Commc'ns, Inc.*, No. 07-512 (ottobre 2007).

⁶¹¹ F.E. GONZALEZ DIAZ - J.PADILLA, *The LinkLine Judgment - A European Perspective*, in «GCP Magazine», aprile 2009 (1).

Infine, non va sottaciuto che è stato possibile sviluppare le argomentazioni sottese all'approccio statunitense, secondo cui il diritto antitrust va disapplicato nei settori (totalmente o parzialmente) regolamentati, anche perché il *Telecommunications act* - in cui è contemplata la normativa di settore - e lo *Sherman act* - che racchiude la normativa antitrust - sono atti federali e, quindi, dello stesso rango. Di contro, nell'ordinamento europeo, il rapporto complementare tra le norme antitrust e quelle di settore, deriva anche dal fatto che le prime assumono valore primario in quanto sono dettate da disposizioni presenti nei Trattati, mentre le seconde sono contenute in atti di diritto derivato e nelle normative nazionali adottate per il loro recepimento⁶¹².

⁶¹² Cfr. P. LAROCHE, *Contrasting Legal Solutions and the Comparability of EU and US Experiences*, in *TILEC Discussion Paper (DP 2006/028)*, pp. 10-11.

CONSIDERAZIONE CONCLUSIVE E PROSPETTIVE EVOLUTIVE

1. Il lavoro svolto ha consentito di soffermarsi su uno dei temi più controversi e dibattuti del diritto antitrust europeo, che si collega ad alcuni aspetti sistematici di grande rilievo, segnatamente alla necessità di riconoscere il *margin squeeze* come fattispecie abusiva autonoma nell'applicazione dell'art. 102 TFUE.

Le pronunce richiamate nella presente indagine rappresentano una tappa significativa nella ricostruzione della disciplina del *margin squeeze*, ricostruzione culminata nella formulazione di un vero e proprio *vademecum* di tale pratica escludente, nonché nella chiara affermazione della sua natura di *stand alone abuse*⁶¹³.

L'intervento chiarificatore dei giudici di Lussemburgo era più che mai necessario e atteso in merito agli elementi definatori di tale pratica escludente e, soprattutto, alla sostenibilità - o meglio alla plausibilità - del riconoscimento della sua autonomia.

Come visto, i giudici europei hanno ritenuto che il *margin squeeze* è una forma di abuso escludente da sussumere nella lett. a) dell'art. 102 TFUE, ai sensi del quale è espressamente vietata l'imposizione diretta o indiretta di prezzi non equi da parte di un'impresa dominante. In questa prospettiva, essi hanno affermato che l'abusività di tale pratica tariffaria discende dalla non equità del differenziale generato dalle tariffe che l'impresa dominante applica sui mercati a monte e a valle: ciò si verifica nella misura in cui tale differenziale sia negativo ovvero insufficiente a coprire i costi specifici dell'impresa dominante per la prestazione dei propri servizi nel mercato a valle. E' questo l'elemento principale sul quale deve essere focalizzata l'attenzione dell'interprete allorché si valuti l'illiceità del *margin squeeze*.

Non è invece necessario dimostrare la natura discriminatoria ovvero eccessiva delle tariffe praticate dall'impresa dominante per la fornitura dell'input e dell'output. Tantomeno è essenziale dimostrare che l'input

⁶¹³ V. sentenza *Deutsche Telekom*, cit., p.to 183, nonché sentenza *TeliaSonera*, cit., p.ti 25 e 56.

commercializzato dall'impresa verticalmente integrata sia indispensabile per gli operatori rivali al fine di accedere e competere ad armi pari sul mercato a valle, in conformità a quanto stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Oscar Bronner*. Tale elemento assume rilievo solo sotto il profilo dell'onere della prova dell'abusività del *margin squeeze*: se l'input è indispensabile, si può presumere che tale pratica tariffaria produca degli effetti anticoncorrenziali; viceversa, l'accertamento di tali effetti richiede degli standard probatori più elevati, così come richiesto nel caso in cui il differenziale tra le tariffe praticate dall'impresa dominante sia positivo.

Per tali motivi, i giudici europei hanno implicitamente respinto le argomentazioni proposte da gran parte della dottrina, secondo cui l'affermazione della teoria del *margin squeeze* quale autonoma forma di abuso escludente avrebbe determinato l'inserimento di una fattispecie ultronea nell'elenco di cui all'art. 102 TFUE. Ed infatti, la ricostruzione della disciplina sostanziale del *margin squeeze* e, soprattutto, gli elementi definatori prima menzionati consentono di comprendere come tale pratica tariffaria non possa essere assorbita dalle discipline concernenti il rifiuto di contrarre ed il *predatory pricing*. Conseguentemente, le caratteristiche che contraddistinguono il *margin squeeze* fanno sì che esso svolga una funzione complementare rispetto a tali fattispecie abusive.

2. Il secondo aspetto su cui si è concentrata la presente analisi riguarda gli eventuali *overlap* tra azione antitrust e azione regolatoria, in relazione all'accertamento dell'illiceità della compressione dei margini. In sostanza, si è inteso chiarire se il *margin squeeze*, ponendosi all'intersezione tra la regolamentazione di settore e la disciplina antitrust, potesse alterare i loro equilibri ed i relativi ambiti di applicazione. Il nodo principale da sciogliere consiste nella possibilità di imputare tale infrazione antitrust ad un'impresa dominante, in presenza di un previo intervento di un'ANR che non abbia rilevato alcuna criticità rispetto alla condotta di tale impresa dal punto di vista della normativa di settore.

Sotto il profilo sistematico, i giudici europei hanno chiarito che tali azioni si collocano su piani e stadi diversi e che la disciplina antitrust e quella regolatoria, pur essendo legate da un rapporto di natura complementare, godono di sfere di applicazione contigue ma pur sempre autonome. Le norme antitrust completano, per effetto di un esercizio di controllo *ex post*, le scelte adottate *ex ante* in ambito regolatorio. E, in caso di contrasto con la regolamentazione di settore, gli interventi antitrust prevalgono laddove quest'ultima non abbia superato il test di proporzionalità nel perseguimento di obiettivi divergenti da quelli propri del diritto della concorrenza. Sicché l'azione antitrust è necessaria poiché l'azione regolatoria può diminuire ma non eliminare in via definitiva il rischio di eventuali condotte anticoncorrenziali. In altre parole, gli interventi antitrust non pregiudicano bensì integrano gli interventi di stampo regolatorio.

Con specifico riferimento all'imputabilità del *margin squeeze* ad un'impresa dominante anche laddove un'ANR non abbia mosso alcuna censura sul piano della normativa di settore, i giudici europei hanno risolto tale questione sulla base di un'interpretazione restrittiva della *state action defence*. E, quindi, l'aspetto fondamentale da accertare riguarda il margine di autonomia che residua in capo all'impresa dominante a seguito dell'intervento dell'ANR: in estrema sintesi, se tale operatore è ancora in grado di assumere le proprie determinazioni in via autonoma, allora le sue condotte potranno essere censurate ai sensi dell'art. 102 TFUE. Conseguentemente, l'impresa dominante sarà tenuta, se del caso, a modificare le proprie strategie per non compromettere una concorrenza effettiva nel mercato, indipendentemente dall'eventuale adozione di una misura regolatoria. Vero è che tale onere può sembrare eccessivo in quanto le imprese dominanti devono continuare a monitorare le proprie politiche di prezzo, anche a seguito della decisione di un'ANR che non abbia riscontrato alcun effetto distorsivo. Tuttavia, in virtù del test del concorrente altrettanto efficiente, le valutazioni concernenti il *margin squeeze* poggiano sui costi degli operatori dominanti. E tali valori, al pari dello stato dei mercati rilevanti, possono mutare nel tempo rendendo

anacronistiche le considerazioni svolte nell'ambito di un'analisi, quella delle ANR, che resta *ex ante* ed è basata su parametri ben diversi da quelli antitrust. Sicché la cooperazione dell'impresa dominante costituisce un elemento essenziale al fine di preservare la struttura concorrenziale del mercato interessato, in conformità a quanto richiesto dalla disciplina sia antitrust che regolatoria in ragione del significativo potere di mercato e della conseguente speciale responsabilità che grava su tale operatore.

3. Quest'analisi ha evidenziato altresì come non vi sia una totale coincidenza tra l'approccio contenuto nel *Guidance Paper* e la ricostruzione fornita dalla Corte di giustizia in relazione agli elementi costitutivi del *margin squeeze*. L'aspetto più significativo riguarda il requisito dell'indispensabilità dell'input per gli operatori concorrenti: mentre tale Comunicazione indica la necessità di provare tale elemento ai fini dell'accertamento dell'abusività del *margin squeeze*, considerando implicitamente tale pratica tariffaria come una forma di rifiuto *de facto* di contrarre, i giudici europei hanno svincolato la configurabilità di questa strategia abusiva dalla dimostrazione della natura indispensabile dell'input commercializzato dall'impresa dominante verticalmente integrata. Inoltre, considerato che *margin squeeze* e rifiuto (puro e *de facto*) sono trattati nella medesima sezione del *Guidance Paper* e che la Commissione non opera alcuna differenziazione esplicita quanto al tipo di indagine da condurre in relazione a tali pratiche abusive, è poco chiaro se anche in riferimento al *margin squeeze* debba essere verificata la condizione dell'immissione sul mercato di un prodotto nuovo o comunque con caratteristiche diverse da quello fornito dall'impresa dominante.

Di contro, con riferimento alla natura degli effetti anticoncorrenziali non sembra riscontrarsi una rigida contrapposizione: ancorché il *Guidance Paper* ponga l'accento sul danno inferto ai consumatori e sembri prediligere la presenza di effetti anticompetitivi concreti ed attuali per dimostrare l'abusività di una condotta – sulla base di prove circostanziate e convincenti –, tale Comunicazione non esclude l'illiceità di una strategia laddove questa generi

soltanto degli effetti potenzialmente anticompetitivi che pregiudicano la struttura concorrenziale del mercato interessato.

Per il resto, i giudici europei hanno condiviso l'approccio generale concernente le politiche di prezzo presente in tale Comunicazione, atteso che essi hanno riconosciuto l'importanza del test del concorrente altrettanto efficiente e la possibilità per l'impresa dominante di addurre delle giustificazioni obiettive rispetto ad una condotta ritenuta *prima facie* abusiva.

Sicché non si condivide quanto osservato da alcuni commentatori, i quali hanno sostenuto che le summenzionate divergenze potrebbero far riflettere circa la necessità di modificare gli orientamenti racchiusi nel *Guidance Paper*, onde evitare che le ANR, i giudici nazionali e gli operatori di mercato possano adottare decisioni o comportamenti coerenti con tale documento ma in contrasto con la pertinente giurisprudenza dell'Unione⁶¹⁴.

In primo luogo, come visto, tali orientamenti non sono destinati ad avere valenza giuridica e non pregiudicano l'interpretazione dell'art. 102 TFUE da parte della Corte di giustizia UE. E quindi la Commissione, anche nel caso di un mutamento della sua prassi amministrativa, dovrebbe comunque allinearla ai canoni interpretativi fissati dai giudici europei. Ciò, evidentemente, vale anche per gli altri soggetti coinvolti nell'applicazione del diritto antitrust, i quali dovranno seguire ed attenersi ai principi espressi dai giudici dell'Unione.

In secondo luogo, la natura essenzialmente propositiva di tale Comunicazione rende fisiologiche eventuali divergenze tra le indicazioni ivi contenute ed i principi espressi dai giudici europei.

In definitiva, i tempi sembrano essere ancora prematuri per l'eventuale modifica del *Guidance Paper*: sarebbe meglio attendere che il dialogo avviato tra la Commissione e la Corte di Giustizia UE sulla modernizzazione dell'art. 102 TFUE produca una giurisprudenza più solida in relazione ai nuovi sviluppi di tale disposizione, in modo da poterla porre alla base dell'adozione di una

⁶¹⁴ V. W.WURMNEST, *Case C 52/09, Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB, judgment of the Court (First chamber) 17 February 2011*, in *Common Market Law Review*, 2012, p.721-736

nuova Comunicazione, così com'è avvenuto nelle altre aree del diritto antitrust. Questo perché la *conditio sine qua non* per la modernizzazione della disciplina degli abusi escludenti è rappresentata dal sostegno della Corte di Giustizia UE all'affermazione dell'approccio economico negli accertamenti *ex art. 102 TFUE*.

Al riguardo, le pronunce dei giudici europei che hanno seguito l'adozione del *Guidance Paper* lasciano ben sperare. In particolare, essi hanno mostrato una maggiore sensibilità in merito alla necessità di valutare gli effetti restrittivi di una condotta escludente al fine di accertarne l'abusività⁶¹⁵.

Ed infatti, nella recente sentenza *Post Danmark*⁶¹⁶, in materia di prezzi predatori e selettivi, la Corte ha affermato anzitutto che non tutte le esclusioni pregiudicano necessariamente la concorrenza e che, per definizione, la competizione basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione⁶¹⁷.

In secondo luogo, i giudici UE hanno rilevato, da un lato, che l'art. 102 TFUE riguarda i comportamenti di un'impresa dominante che, "a danno dei consumatori", abbiano l'effetto di impedire il mantenimento o lo sviluppo del livello di concorrenza esistente sul mercato; e, dall'altro che, nessuna

⁶¹⁵ Cfr. R. WHISH - D. BAILEY, *Competition Law*, cit., pp. 200-202.

⁶¹⁶ Tale pronuncia trae origine da un rinvio pregiudiziale disposto dall'*Højesteret* (Corte di Cassazione danese), nell'ambito di una controversia pendente tra *Post Danmark* e il *Konkurrencerådet* (Consiglio della concorrenza danese), in merito ai prezzi applicati da *Post Danmark* a tre ex clienti della sua concorrente, la *Forbruger-Kontakt*, nel mercato della corrispondenza non indirizzata. Per un commento della sentenza *Post Danmark*, v. S. BARAZZA, *Post Danmark: The CJEU Calls for an Effect-Based Assessment of Pricing Policies*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, pp. 466-468; F. BIEN - M. KRAH, *The Ruling of the CJEU in Post Danmark: Putting an End to Selective Price Cuts as an Abuse Under TFEU Article 102 and Turning Towards a More Economic Approach*, in *European Competition Law Review*, 2012, pp. 482-487; D. DITTERT, *Abus de position dominante: versuneapproche plus "économique"?*, in *Revue des affaires européennes*, 2012, pp. 197-205; J. PROBST, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne. Chronique des arrêts. Arrêt « Post Danmark »*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2012, pp. 352-359.

⁶¹⁷ Cfr. Sentenza *Post Danmark*, p.to 22.

concorrenza esercitata facendo leva sui prezzi può considerarsi legittima laddove escluda i concorrenti altrettanto efficienti⁶¹⁸.

Successivamente, dopo aver escluso la possibilità che dei prezzi inferiori ai costi totali medi ma superiori ai costi incrementali medi siano illegittimi, di per sé, *ex art. 102 TFUE*, la Corte ha sancito che, al fine di accertare l'esistenza di effetti anticompetitivi, è necessario valutare se la politica di prezzi dell'impresa dominante produca effetti anticompetitivi - attuali o potenziali - a danno della concorrenza e, quindi, dei consumatori, in assenza di una giustificazione obiettiva⁶¹⁹. Pur rinviando tale compito al giudice a *quo*, i giudici europei hanno comunque evidenziato che dal fascicolo della causa principale emergeva come la ricorrente non avesse subito danni ingenti⁶²⁰. Sicché i giudici UE hanno convalidato l'utilizzo dei costi medi incrementali come parametro di riferimento in un caso che riguardava l'insieme dei costi concernenti i servizi regolati e gli obblighi di servizio universale⁶²¹ - testimoniando un'elevata sensibilità economica - e, al contempo, essi hanno sottolineato la necessità di accertare l'esistenza di effetti anticompetitivi - e quindi non solo dell'intento escludente -, la cui mancata prova deve essere tenuta in debito conto⁶²².

Ancora, la Corte ha ammesso espressamente che, in presenza di effetti anticoncorrenziali, un'impresa dominante può giustificare le condotte da cui essi discendono, dimostrando o che il proprio comportamento è obiettivamente necessario o che tali effetti possono essere controbilanciati (o

⁶¹⁸ *Ivi*, p.to 24-25.

⁶¹⁹ *Ivi*, p.ti 37 e 44.

⁶²⁰ *Ivi*, p.to 39. E' stato rilevato, in particolare, che il ricorrente ha potuto mantenere la propria rete di distribuzione nonostante la perdita del volume di posta fornita dai tre clienti interessati e riacquisire, nel corso del 2007, la posta del gruppo *Coop* nonché quella del gruppo *Spar* nel periodo successivo

⁶²¹ Infatti, all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, *Post Danmark* deteneva il monopolio della distribuzione delle lettere e dei pacchi indirizzati al di sotto di un determinato limite di peso, cui era associato, in ragione del diritto esclusivo di distribuzione, un obbligo di servizio universale di distribuzione della posta indirizzata inferiore a tale peso. A tal fine, detta impresa disponeva inoltre di una rete estesa all'intero territorio nazionale danese che essa impiegava anche per la distribuzione della posta non indirizzata.

⁶²² Cfr. E. ROUSSEVA - M. MARQUIS, *Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, pp. 32-50.

anche superati) da vantaggi in termini di efficienza che vanno anche a beneficio del consumatore. Sotto quest'ultimo profilo, spetta all'impresa dominante dimostrare: che i vantaggi in termini di efficienza derivanti dal comportamento in questione neutralizzano i probabili effetti svantaggiosi per la concorrenza e per gli interessi dei consumatori sui mercati interessati, che è stato o è possibile realizzare tali vantaggi in termini di efficienza grazie a detto comportamento, che quest'ultimo è indispensabile per realizzarli e che esso, pur sopprimendo tutte o la maggior parte delle fonti esistenti di concorrenza attuale o potenziale, non elimina una concorrenza effettiva⁶²³.

Sicché, come già evidenziato, in materia di politiche di prezzo, la Corte sembra aver avallato, in via generale, l'approccio di fondo contenuto nel *Guidance Paper*. Tuttavia, se ciò è vero nella misura in cui si considerino le sentenze emesse a seguito di un rinvio pregiudiziale, è altrettanto vero che si riscontrano ancora delle resistenze, da parte della Corte di Giustizia UE, a trasfondere tali concetti nel controllo dell'operato della Commissione nell'ambito delle azioni di annullamento⁶²⁴. Infatti, nella sentenza *Tomra*, in materia di pratiche scontistiche, la Corte ha confermato le decisioni della Commissione e del Tribunale, le quali muovevano da un'impostazione formale e ben lontana da un'analisi dettagliata in termini di effetti.

Nondimeno, il fatto che la Corte, nel caso di specie, abbia disatteso le argomentazioni della ricorrente circa la mancata osservanza del *Guidance Paper* da parte della Commissione, soltanto in ragione dell'inapplicabilità *ratione temporis* della stessa⁶²⁵, non esclude che i giudici UE si discostino dall'impostazione formale nelle impugnative aventi ad oggetto le decisioni della Commissione successive all'adozione di tale Comunicazione.

⁶²³ *Ibidem*, p.ti 40-42.

⁶²⁴ V. A.L. SIBONY, *Accords d'exclusivité - Rabais fidélisant: La CJUE précise la pertinence de l'intention pour la qualification d'abus de position dominante (Tomra)*, in *Concurrences: in Revue des droits de la concurrence*, 2012, pp. 101-104; L. IDOT, *La Cour de justice précise sa position sur les contrats d'exclusivité et les rabais de fidélité pratiqués par une entreprise en position dominante*, in *Revue des contrats*, 2012, pp. 852-855; R. GALANTE - S. OUILES, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Commentaires des arrêts. Arrêt «Tomra Systems e.a. / Commission»*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2011, pp. 149-156.

⁶²⁵ V. CG, 19 aprile 2012, Causa C-549/10 P, *Tomra Systems c. Commissione*, non ancora pubblicata nella Raccolta, p.to 81.

Ciò implica che la Commissione giocherà un ruolo fondamentale nell'affermazione dell'interpretazione evolutiva da essa propugnata, soprattutto in ragione dell'influenza che tale istituzione esercita nello sviluppo della giurisprudenza in un campo così complesso come quello del diritto antitrust. Si rivela dunque essenziale che la Commissione cerchi di porre a fondamento delle proprie decisioni i metodi valutativi proposti nel *Guidance Paper*, al fine di testarli dinanzi alla Corte di Giustizia UE⁶²⁶ e, quindi, di stimolare i *revirement* necessari a consentire l'ingresso nel diritto antitrust di un approccio sempre più sensibile alle analisi economiche.

4. Le recenti pronunce dei giudici europei esaminate nel corso di questo lavoro segnano altresì un ulteriore punto di distacco dal diritto antitrust americano⁶²⁷. Distacco confermato anche per quanto riguarda la non necessarietà del cd. *recoupment*, vale a dire la possibilità per l'impresa dominante di recuperare le perdite eventualmente subite a causa dell'applicazione di tale stessa pratica. Del resto, la divergente lettura del *margin squeeze* in tali ordinamenti costituisce il corollario di una diversa impostazione di base: infatti, come visto, nella sentenza *Linkline*, la Corte Suprema ha stabilito che in mancanza di un obbligo antitrust di contrarre sul mercato all'ingrosso e di prezzi predatori nel mercato al dettaglio, non può configurarsi un'abusiva compressione dei margini, giacché all'impresa verticalmente integrata non può essere richiesto di stabilire prezzi per servizi fornite su entrambi i mercati, tali da preservare margini di profitto per i rivali. A ciò va aggiunto che il diritto dell'Unione prevede la contemporanea applicazione del diritto antitrust e della regolazione di settore; per converso, negli Stati Uniti si è propeso per l'applicazione alle imprese regolate di un'unica disciplina, in genere quella regolatoria.

In chiave prospettica, va poi osservato che, svincolando la configurabilità dell'abuso in esame dal rispetto dei requisiti previsti per il

⁶²⁶ M. D'OSTUNI, *Gli orientamenti della Commissione sugli abusi escludenti: nati sotto un cattivo segno?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2011, pp. 401-416.

⁶²⁷ V. sentenza *TeliaSonera*, cit., p.to 103.

rifiuto a contrarre ed il *predatory pricing*, la Corte di giustizia UE ha realizzato un'ampia dilatazione della sfera applicativa del *margin squeeze* nei settori regolamentati, ove i risultati conseguenti ai processi di liberalizzazione e di apertura dei mercati non risultano essere del tutto soddisfacenti⁶²⁸. Infatti, la compressione dei margini è la forma di abuso escludente che esprime appieno l'insofferenza degli *incumbent* al confronto con gli altri operatori in un regime di libera concorrenza. Pertanto, è facile prevedere un netto aumento delle doglianze degli operatori minori.

Invero, la valenza attribuita al prodotto intermedio nella disciplina del *margin squeeze* potrebbe comportare la sua configurabilità anche al di fuori dei mercati regolamentati. Tale affermazione si giustifica proprio alla luce della sentenza *TeliaSonera*, atteso che l'*incumbent* svedese non era vincolato ad alcun obbligo di tipo regolamentare nella fornitura di prestazioni ADSL agli altri operatori nel mercato a monte⁶²⁹.

Ne consegue che sarà interessante verificare l'applicazione della disciplina di questo nuovo abuso escludente, nel contesto del *public* e *private enforcement* del diritto antitrust dell'Unione e nazionale; soprattutto a seguito della sentenza del Tribunale nella causa *Telefónica*, che ha mutuato *in toto* i principi affermati dalla Corte nelle pronunce *Deutsche Telekom* e *TeliaSonera*⁶³⁰.

⁶²⁸Cfr. O. KOCH - K. NAGY - I. PUCINSKAITE KUBIK - W. TRETTON, *The RWE gas foreclosure case: Another energy network divestiture to address foreclosure concerns*, disponibile sul sito della Commissione: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_2_7.pdf. In tale articolo si analizza il caso *RWE* conclusosi con una decisione di impegni da parte della Commissione. Quest'ultima contestava alla RWE AG una violazione dell'art. 102 TFUE, basata sul rifiuto di contrarre nonché sulla compressione dei margini dei propri concorrenti nel mercato tedesco della trasmissione del gas. Il caso RWE AG costituisce, quindi, la prova del fatto che il *margin squeeze* inizia a configurarsi anche su mercati diversi da quello delle comunicazioni elettroniche.

⁶²⁹ Cfr. sentenza *TeliaSonera*, cit., p.to 59, in cui la Corte ha precisato che l'assenza di siffatto obbligo non inciderebbe sull'eventuale carattere abusivo della pratica tariffaria in specie.

⁶³⁰ Cfr. sentenza *Telefónica*, cit., p.ti 169-197 e 266-285. Degna di nota è la precisazione secondo cui il lasso di tempo intercorso tra l'inizio della condotta incriminata (settembre 2001) e l'adozione della decisione impugnata (4 luglio 2007), non esclude l'applicabilità del test dei probabili effetti a favore della dimostrazione della sostanzialità dei pretesi effetti anticoncorrenziali connessi alla condotta esaminata, in quanto tale argomento non trova alcun fondamento nella giurisprudenza. V. sentenza *Telefónica*, cit., p.to 272. Egualmente rilevante è l'inapplicabilità della pronuncia *Tetra Laval* (cfr. Trib, 25 ottobre 2002, Causa T-5/02, *Tetra Laval c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-4381, p.to 153). Ne consegue l'insussistenza dell'onere per la Commissione di dimostrare che il comportamento dell'*incumbent* avrebbe prodotto, «con tutta

Come visto, l'*incumbent* spagnolo ha proposto ricorso in appello avverso la sentenza del Tribunale. Tuttavia, sembra alquanto improbabile che la Corte, salvo che non decida di seguire le conclusioni dell'Avvocato generale Mazák nella causa *TeliaSonera*⁶³¹, possa rimettere in discussione la natura di *stand alone abuse* ed i criteri di imputazione della compressione dei margini.

probabilità», effetti negativi sulla concorrenza e sui consumatori, poiché tale pronuncia riguardava un ambito diverso: l'analisi prospettica compiuta in un'operazione di concentrazione; v. sentenza *Telefónica*, cit., p.to 276.

⁶³¹ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Mazák, cit.

BIBLIOGRAFIA

- C. ABUDINO, *Definizione del mercato rilevante ed applicazione del diritto comunitario antitrust: la comunicazione della Commissione*, in *Contratto e Impresa – Europa*, 1998
- C. AHLBORN - V. DENICOLÒ - D. GERADIN - A.J. PADILLA, *DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries*, 2006
- C. AHLBORN - A.J. PADILLA, *From fairness to welfare: implications for the assessment of unilateral conduct under EC Competition Law*, in *European Competition Law Annual 2007: A reformed approach to Art. 82 EC* (a cura di) C.D. ELHERMANN – M. MARQUIS, Hart Publishing 2008
- A. ALBORS - LLORENS, *The role of objective justification and efficiencies in the application of article 82 EC*, in *Common Market Law Review*, 2007
- A. ALEMANNINO – M. RAMONDINO, *The ECJ France Télécom/Wanadoo judgment: "To recoup or not to recoup? That "was" the question for a predatory price finding under Article 82 EC"*, in *European Law Reporter*, 2009
- L. AMADEI, *Mercato rilevante e dimensioni geografiche*, in *Dir. Industriale*, 1995
- P. AREEDA – D. TURNER, *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, in *Harvard School Review*, 1975
- B. ARGIOLOS, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011
- C. BADEN FULLER, *Art. 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position*, in *European Law Review*, 1979
- S. BAKER - L. WU, *Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission*, in *European Competition Law Review*, 1998
- R. BALDWIN – M. CAVE, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press, 1999
- S. BARAZZA, *Post Danmark: The CJEU Calls for an Effect-Based Assessment of Pricing Policies*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012
- S. BASTIANON, *Il caso "Tetra Pak II" e l'art.86: dallo sfruttamento abusivo "per estensione" alla posizione dominante "per relationem"*, in *Il Foro italiano*, 1997
- S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Giuffrè, 2001

- W.J. BAUMOL et al., *Brief of Amici Curiae Professors and Scholars in Law and Economics in Support of Petitioners, Pacific Bell Tel Co v linkline Commc'ns, Inc.*, 2007
- BELLAMY – CHILD, *European Community Law f Competition*, (ed. by P. ROTH- V. ROSE), Oxford, 2008
- F. BIEN – M. KRAH, *The Ruling of the CJEU in Post Danmark: Putting an End to Selective Price Cuts as an Abuse Under TFEU Article 102 and Turning Towards a More Economic Approach*, in *European Competition Law Review* 2012
- S. BISHOP, *Market definition: Principles and Fallacies*, in *The Use of Economics in EC Competition Law*, Bruxelles, 2001
- S. BISHOP – M. WALKER, *The Economics of the EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, 2010
- R. BLASELLE, *Traité du droit européen de la concurrence*, 2002, Paris
- R.H. BOOK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, 1978
- G. BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, in *Temi e Problemi*, a cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 1995
- R. CAIAZZO, *Antitrust Profili Giuridici*, Giappichelli, Torino, 2007
- E. CANNIZZARO – L.F. PACE, *Diritto dell'Unione europea, Parte Speciale*, (a cura di) G. STROZZI, Terza edizione, Giappichelli, Torino, 2010
- S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002
- S. CASSESE, *Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in AA. VV., *Sistema finanziario e controlli:dall'impresa al mercato*, Milano, Giuffré, 1986
- S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002
- S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza* (a cura di) G. TESAURO – M. D'ALBERTI, Il mulino, Bologna, 2000

- P. CASSINIS, *La sentenza della Corte nel caso del "Consorzio industrie fiammiferi" (CIF): la prevalenza del diritto comunitario e tutela della concorrenza in contesti regolamentati*, in *Il Foro amministrativo*, 2004
- F. CINTIOLI, *Concorrenza, Istituzioni e Servizio Pubblico*, Giuffr , Milano, 2010
- M. CLARICH, *Regolamentazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, in *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche* (a cura di) R. PEREZ, Giuffr , Milano, 2004
- M. CLARICH - R. CASSANO, *L'imposizione degli obblighi regolamentari ex ante nel nuovo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2009
- S. CLERCKX, *Feature Article: Price Squeeze: The Implications of the CJ Judgements in Deutsche Telekom and TeliaSonera*, in *Unilateral Conduct Committee: ABA Section of Antitrust Law*, 2011
- G. COLANGELO, *Antitrust e regolazione dopo Linkline*, in *Mercato concorrenza regole*, 2009
- P.C. CORLEY, *Concurring Opinion Writing on the U.S. Supreme Court*, SUNY Press, 2011
- M. D'ALBERTI, *Diritto della concorrenza e regolazione in una prospettiva ultranazionale*, in *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorit  garante della concorrenza e del mercato*, (a cura di) C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI, Giappichelli, Torino, 2010
- G. DE MINICO (a cura di), *Codice delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino, 2006
- P. DE PASQUALE, *CIF: l'applicazione al caso di specie di princip  consolidati potenzia il ruolo dell'AGCM*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004
- P. DI BETTA, *La regolazione nella strategia d'impresa. Convergenza e competenze, coalizioni e sistemi di beni*, Franco Angeli Editore, Milano, 2005
- D. DITTERT, *Abus de position dominante: versuneapproche plus " conomique"?*, in *Revue des affaires européennes*, 2012
- M. D'OSTUNI, *Gli orientamenti della Commissione sugli abusi escludenti: nati sotto un cattivo segno?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2011
- M. DREHER - M. ADAM, *Abuse of Dominance under reform: sound economics and established case law*, in *European Competition Law Review*, 2007

- J. DREXL, *Competition Law as Part of the European Constitution*, in A. VON BOGDANDY & J. BAST (eds.) *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, 2010
- F. EASTERBROOK, *The Limits of Antitrust*, in *Texas Law Review*, 1984
- B. EBERLEIN, *Regulating Public Utilities in Europe: Mapping the Problem*, in *EUI working Papers*, 1998
- A. EDLIN, *Stopping Above-Cost Predatory Pricing*, in *Yale Law Journal*, 2002
- C-D. EHLERMANN, *The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, in *Common Market Law Review*, 2000
- D.S. EVANS - A.J. PADILLA, *Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A NeoChicago Approach*, in *University of Chicago Law Review*, 2005
- R. PARDOLESI - G. FAELLA, «Squeezing price squeeze»: la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario, in *Mercato concorrenza regole*, 2010
- P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, 2010
- J. FAULL - A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press (USA), 2007
- T. M. FINE, *Il diritto americano. Un'introduzione completa al sistema giuridico anglo-americano*, XL Edizioni, Roma, 2011
- A. FRIGNANI - M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Giappichelli, Torino, 1996
- R. GALANTE - S. OUILES, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Commentaires des arrêts. Arrêt «Tomra Systems e.a. / Commission»*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2011
- S. GENEVAZ, *Margin Squeeze after Deutsche Telekom*, in *GCP Magazine*, 2008
- D. GERADIN, *Is the Guidance Paper on the Commission's enforcement priorities in enforcing article 102 TFEU useful?*, in *Competition Law and The Enforcement of Article 102* (a cura di) F. ETRO - I. KOKKORIS, Oxford University Press, 2011
- D. GERADIN, *Refusal to Supply and Margin Squeeze: A Discussion of Why the "Telefónica Exceptions" are Wrong*, in *Telec Discussion Paper*, 2009

- D. GERADIN - R. O'DONOGHUE, *The concurrent application of competition law and regulation: the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2005
- G. GHIDINI - E. AREZZO, *L'assalto fallito? Riflessioni sulla proposta rivisitazione in chiave «più economica» dell'abuso di dominanza*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2010
- F.E. GONZALEZ DIAZ - J. PADILLA, *The Linkline Judgment – A European Perspective*, in *GCP Magazine*, 2009
- L. GORMLEY, *AKZO - Judgment is Given*, in *European Business Law Review*, 1991
- L. GORMSEN, *Why The European Commission's enforcement priorities on article EC should be withdrawn*, in *European Commission Law Review*, 2010
- D. HARBORD – T. HOEHN, *Barriers o Entry and Exit in European Competition Policy*, in *International Review of Law and Economics*, 1994
- A. HEIMLER, *Is a margin squeeze an antitrust or a regulatory violation?*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2010
- F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La aplicación del artículo 86 del Tratado de Roma a los precios predatorios: el caso Azko*, in *Actas de Derecho Industrial*, 1991-92
- L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *Predatory Pricing Literature under European Competition Law: The AKZO Case*, in *Legal Issues of European Integration*, 1993
- T. HOEHN – C. NEWTON, *Notice on market definition fails to assess dominance*, in *Global Competition Review*, 1998
- H.C.H. HOFMAN, *Negotiated and Non-Negotiated Administrative Rule-making: the Example Of EC Competition Policy*, in *CML Review*, 2006
- C. HUMPE - C. RITTER, *Refusal to Deal*, in *GCLC Research Papers on Article 82EC*, 2005
- L. IDOT, *La Cour de justice précise sa position sur les contrats d'exclusivité et les rabais de fidélité pratiqués par une entreprise en position dominante*, in *Revue des contrats*, 2012
- A. JONES - B. SUFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2011
- A. KAHN, *The Uneasy Marriage of Regulation and Competition*, in *Telematics*, Washington, D.C., 1984

- M. KELLERBAUER, *The Commission's enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies' exclusionary conduct. A shift towards a more economic approach?*, in *European Commission Law Review*, 2010
- V. KORAH, *Concept of a Dominant Position Within the Meaning of Art. 86*, in *CML Review*, 1980
- V. KORAH, *Tetra Pak II - Lack of Reasoning in Court's Judgment*, in *European Competition Law Review*, 1997
- P. LAROUCHE, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Hart publishing, 2000
- P. LAROUCHE, *Contrasting Legal Solutions and the Comparability of EU and US Experiences*, TILEC Discussion Paper (DP 2006/028)
- L. LOVDAHL GORMSEN, *Why the European Commission's enforcement priorities on Article 82 EC should be withdrawn*, in *The European Competition Law Review*, 2010
- P. LOWE, *DG Competition's review of the Policy on Abuse of Dominance*, in *International Antitrust & policy, Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 2003*, ed. Hawk, New York. Juris Publishing, 2004
- V. MANGINI - G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Giappichelli, Torino, 2012
- A. MASTRORILLI, *Vendita sottocosto: concorrenza o predazione?*, in *Il Foro italiano*, 1992
- D. MCGOWAN, *Between Logic and Experience: Error Costs and United States v. Microsoft*, (2205) 20 "Berkeley Tech. L. J.", 1185
- V. MERTIKOPOULOU, *DG Competition's Discussion Paper on the Application of Article 82 EC to Exclusionary Abuses: the Proposed Economic Reform from a Legal Point of View*, in *European Competition Law Review*, 2007
- G. MONTI, *Article 82 EC: What future for the effects-based approach?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010
- G. MONTI, *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*, in *The Competition Law Review*, 2008
- M. MOTTA, *Competition Policy; Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004

M. MOTTA - M. POLO, *Antitrust, Economia e politica della concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2005

G. NIELS, *Abuse and Monopolization: Unilateral Conduct by Two Competition Authorities*, in *Global Competition Policy*, 2009

A. NIUTTA, *Errare humanum est, sed perseverare in errore...la delimitazione del mercato geografico rilevante da parte dell'Autorità garante nella decisione relativa alla concentrazione Telecom/Intesa* (nota a AGCM, sent. 13 novembre 1997, n. 5489, Soc. Telecom Italia c. Soc. Intesa), in *Riv. Dir. Comm.*, 1998

R. O'DONOGHUE - A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford, Hart Publishing, 2006

C. OSTI, *Trinko e l'antitrust come declamazione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2004

L. PACE, *European Competition Law: the impact of the Commission's Guidance on Article 102*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA : Edward Elgar, 2011

A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Prezzi predatori e antitrust europeo: spiragli che non si schiudono*, in *Il Foro italiano*, 2009

A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Giappichelli, Torino, 2007

L. PEEPERKORN, *Commission Publishes Discussion Paper on Abuse of Dominance*, in *Competition Policy Newsletter*, Spring 2006

R. POSNER, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago e London, University of Chicago Press, 1976

J. PROBST, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne. Chronique des arrêts. Arrêt « Post Danmark »*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2012

L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002

A. RADICATI DI BROZOLO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002

L. RITTER - W.D. BRAUN, *European Competition law a practitioner's guide*, Aspen Publishers, 2005

- C. RIZZA, *L'obbligo delle autorità nazionali della concorrenza di disapplicare le norme interne contrarie al Trattato e i conseguenti limiti alla proponibilità della State action defense (Causa C-198/01 CIF/Autorità garante)*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004
- E. ROUSSEVA, *Abuse of Dominant Position Defences. Objective Justification and Article 82 EC in the Era of Modernization*, in *European Community law of competition*, 2008
- E. ROUSSEVA – M. MARQUIS, *Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012
- C. C. RUDAZ, *Did Trinko Really Kill Antitrust Price Squeeze Claims? A Critical Approach to the Linkline Decision through a Comparison of E.U. and U.S. Case Law*, cit., in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2010
- F.M. SALERNO, *Il tribunale di Primo Grado e la responsabilità delle imprese dominante soggette a regolazione: the end of a quiet life?*, in *Rivista di dir. pubb. com.*, 2009
- S. SALOP, *Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard*, in *Antitrust L.J.*, 2006
- L. SANFILIPPO, *Fissazione dei prezzi dei prodotti e posizione dominante delle imprese. Vendita sotto costo come abuso di posizione dominante - I primi effetti della sentenza Akzo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1992
- L. SANFILIPPO, *Preminenza di un'impresa e suoi abusi: si conferma la rilettura innovativa dell'intero art.86 del Trattato di Roma*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1996
- C. SHAPIRO, *The Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years*, in *Antitrust LJ*, 2010
- A.L. SIBONY, *Accords d'exclusivité - Rabais fidélisant : La CJUE précise la pertinence de l'intention pour la qualification d'abus de position dominante (Tomra)*, in *Concurrences: in Revue des droits de la concurrence*, 2010
- G. SIDAK, *Abolishing the Price Squeeze as a Theory of Antitrust Liability*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2008
- M. SIRAGUSA - S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002

- M. SIRAGUSA - M. D'OSTUNI - F. MARINI BALESTRA, *I mercati rilevanti dei prodotti e servizi e la regolazione ex ante*, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche* (a cura di) F.BASSAN, Giuffr , 2010
- J. SMITH, *Abuse of a Dominant Position: Predatory Pricing: AKZO Chemie BV v. Commission*, in *European Competition Law Review*, 1991
- B.M.P. SMULDERS, *Institutional Aspects of European Commission Guidance in the Area of Antitrust Law*, in *Competition Policy International*, 2009
- S. STROUX, *US and EC Oligopoly Control*, The Hague, 2004 (*International Competition Law Series*).
- J. TEMPLE LANG - R. O'DONOUGHUE, *The Concept of an Exclusionary Abuse under Article 82 EC*, in *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, 2005
- I. VAN BAEL, J-F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2005
- I. VAN BAEL - J.F. BELLIS, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, Giappichelli, 2009
- R.J. VAN DEN BERGH - P.D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, Sweet & Maxwell, London, 2006
- T. VAN DER VIJVER, *Article 102 TFEU: How to claim the application of objective justifications in the case of prima facie dominance abuses?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012
- T. VAN DER VIJVER, *Objective Justification and Article 102 TFEU*, in *World Competition*, 2012
- B. VAN ROMPUY, *The impact of the Lisbon Treaty on EU competition law: a review of the recent case law of the EU Courts*, in *CPI Antitrust Chronicle*, 2011
- J. VICKERS, *Market Power in Competition Case*, in *European Law Journal*, 2006
- R.K. WAGNER, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt "France Télécom"*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2009
- R. WHISH - D.BAILEY, *Competition Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012