

DIRITTO DEL MERCATO UNICO EUROPEO

Luigi Daniele

Luigi Daniele

DIRITTO DEL MERCATO UNICO EUROPEO

**CITTADINANZA - LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE
CONCORRENZA - AIUTI DI STATO**

Seconda edizione



GIUFFRÈ EDITORE

resto dell'accordo (sentenza 30 giugno 1966, causa 56/65, *Société Technique Minière*, in *Racc.* p. 337).

5. L'abuso di posizione dominante.

5.1. L'art. 102, primo comma, stabilisce che

“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”.

Oggetto del divieto previsto dalla norma non è dunque la stessa detenzione o acquisizione di una posizione dominante da parte di un'impresa, ma soltanto il suo **sfruttamento abusivo**. Il TFUE, infatti, non contiene norme che impediscano l'acquisizione o il mantenimento di posizioni monopolistiche o oligopolistiche.

Nondimeno, in casi particolari, lo stesso fatto di acquisire una posizione del genere può essere rilevante per l'applicazione degli artt. 101 e 102. In un caso non recente (restato senza seguito) è stato considerato come vietato dall'art. 102 il **rafforzamento di una posizione dominante** attuata mediante acquisizione di un'impresa concorrente (sentenza 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Continental Can*, in *Racc.* p. 215). In tempi più vicini, la Corte ha ammesso che l'art. 101 possa considerarsi violato da un accordo che preveda l'acquisizione da parte di un'impresa di una partecipazione azionaria nel capitale di un'impresa concorrente, in particolare quando l'accordo consenta alla prima di controllare di diritto o di fatto il comportamento della seconda (sentenza 17 novembre 1987, cause riunite 142/84 e 156/84, *British American Tobacco*, in *Racc.* p. 4487). La parzialità dell'approccio a problemi di questo tipo consentito dagli artt. 101 e 102 ha indotto l'Unione ad adottare uno strumento apposito in materia di concentrazioni: il reg. (CE) n. 139/2004, del 20 gennaio 2004, *relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese* (“Regolamento comunitario sulle concentrazioni”), in *GU* n. L 24 del 29 gennaio 2004, p. 1 che ha sostituito il reg. (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, in *GU* n. L 395 del 30 dicembre 1989, p. 1 (sul medesimo argomento, *infra*, par. 8).

5.2. Di solito l'art. 102 trova applicazione in ipotesi in cui lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante è attribuibile ad un'unica impresa (**posizione dominante individuale**). Anche ai fini dell'applicazione dell'art. 102, va tuttavia tenuto conto che, nell'am-

bito del diritto (v. *supra* par. dunque comporta un comportamento responsabile (es, in *Racc.* p.

Nella sentenza si trattava di una concessione il cui r oltre un terzo c “per stabilire se l esame si deve de concessionarie su

Il testo de dominante dete **tiva**). Tale situa loro indipender per tale motivo, rispetto agli altri verifica, ad eser spongono in cor tecnologico che pendenti in una renti, dei loro cl 1992, cause riun:

Le condizio posizione domin: marzo 2000, caus p. I-1365. La Cc necessario “esam un'entità collettiv controparti comm nato”. In propos vincolate, mediar imprese o una pr su un mercato del tale mercato come renti, delle loro co questa prima cor

causa 56/65, *Société*

no e vietato, nella
e al commercio tra
parte di una o più
mercato interno o su

non è dunque la
one dominante da
mento abusivo. Il
cano l'acquisizione
oligopolistiche.

to di acquisire una
zione degli artt. 101
è stato considerato
posizione dominante
rente (sentenza 21
n. 215). In tempi più
erarsi violato da un
presa di una parte-
ente, in particolare
il diritto o di fatto il
1987, cause riunite
4487). La parzialità
li artt. 101 e 102 ha
in materia di con-
o 2004, relativo al
o comunitario sulle
1 che ha sostituito
e 1989, in *GU* n. L
to, *infra*, par. 8).

ipotesi in cui lo
è attribuibile ad
e). Anche ai fini
nto che, nell'am-

bito del diritto della concorrenza dell'Unione, la nozione di impresa (v. *supra* par. 3.3) va compresa come unità in senso economico e dunque comprensiva anche delle eventuali imprese affiliate, del cui comportamento la società madre decide ed è, conseguentemente, responsabile (sentenza 1° aprile 1993, causa T-65/89, *BPB Industries*, in *Racc.* p. II-389) (**posizione dominante di gruppo**).

Nella sentenza 4 maggio 1988, causa 30/87, *Bodson*, in *Racc.* p. 2479, si trattava di un gruppo di imprese di pompe funebri, che aveva in concessione il relativo servizio in comuni, la cui popolazione costituiva oltre un terzo della intera popolazione francese. La Corte afferma che "per stabilire se una posizione dominante sussista in un caso come quello in esame si deve determinare la posizione economica del gruppo di imprese concessionarie sul mercato di cui trattasi, che è quello delle pompe funebri".

Il testo dell'art. 102 prevede anche l'ipotesi di una posizione dominante detenuta da "più imprese" (**posizione dominante collettiva**). Tale situazione si verifica in presenza di più imprese tra di loro indipendenti, ma tuttavia "unite da tali vincoli economici che, per tale motivo, esse detengono insieme una posizione dominante rispetto agli altri operatori economici sullo stesso mercato": ciò si verifica, ad esempio, qualora "due o più imprese indipendenti dispongono in comune, mediante accordo o licenza, di un vantaggio tecnologico che concede loro la possibilità di comportamenti indipendenti in una misura apprezzabile nei confronti dei loro concorrenti, dei loro clienti e infine dei consumatori" (sentenza 10 marzo 1992, cause riunite T-68, 77 e 78/89, *SIV*, in *Racc.* p. II-1403).

Le condizioni in presenza delle quali è possibile parlare di posizione dominante collettiva sono state chiarite nella sentenza 16 marzo 2000, causa C-395/96 P, *Compagnie maritimes belges*, in *Racc.* p. I-1365. La Corte ha affermato che, a questo fine, è anzitutto necessario "esaminare se le imprese interessate costituiscono insieme un'entità collettiva nei confronti dei loro concorrenti, delle loro controparti commerciali e dei consumatori su un mercato determinato". In proposito può rilevare il fatto che le imprese si siano vincolate, mediante un accordo, una decisione di associazione di imprese o una pratica concordata, "quanto al loro comportamento su un mercato determinato in maniera tale che esse si presentino su tale mercato come un'entità collettiva nei confronti dei loro concorrenti, delle loro controparti commerciali e dei consumatori". Solo se questa prima condizione risulta soddisfatta, si deve passare ad

esaminare se le imprese interessate detengono su questo stesso mercato una posizione dominante e se vi è stato sfruttamento abusivo.

Nella specie le ricorrenti aderivano ad una conferenza marittima ai sensi del reg. (CEE) n. 4056/86, del Consiglio, del 22 dicembre 1986, *che determina le modalità di applicazione degli artt. 85 e 86 del trattato* [ora artt. 101 e 102 TFUE] *ai trasporti marittimi* (in *GU* n. L 378 del 31 dicembre 1986, p. 4). Le conferenze riuniscono a titolo volontario le imprese interessate a svolgere servizi di trasporto marittimo su determinate rotte, per organizzare una cooperazione in tema di tariffe, offerta di capacità e ripartizione dei carichi. Il reg. cit. dichiara inapplicabile l'art. 101 alle conferenze. La Corte conclude tuttavia che una conferenza "può essere qualificata come entità collettiva che si presenta come tale sul mercato di fronte sia agli utenti che ai concorrenti".

5.3. Per stabilire se l'art. 102 è violato di solito si procede attraverso un'indagine articolata in tre fasi:

- in primo luogo si individua il **mercato rilevante** (relevant market), cioè il mercato sul quale si suppone che l'impresa oggetto di indagine potrebbe detenere una posizione dominante;
- in secondo luogo si stabilisce se all'interno del mercato rilevante la posizione dell'impresa può essere definita come dominante (**posizione dominante**);
- in terzo luogo si esamina se il comportamento dell'impresa in posizione dominante presenta aspetti abusivi (**abuso**).

La descritta analisi tripartita è praticata tanto dalla Commissione nelle sue decisioni quanto dalla Corte di giustizia e dal Tribunale nelle pronunce in materia. Da un punto di vista empirico, tuttavia, essa è alquanto artificiosa. Nella realtà dei fatti, a far scattare il sospetto che si sia in presenza di un abuso di posizione dominante è spesso la segnalazione di comportamenti anomali sul mercato da parte di un'impresa di una certa rilevanza. In altri termini si parte dalla constatazione dell'abuso (o meglio di ciò che si dimostrerà essere tale) piuttosto che dall'analisi del mercato e della posizione che vi occupa l'impresa sotto esame.

Cominciamo dalla prima fase, quella finalizzata ad individuare il relevant market (v. in proposito, la Comunicazione della Commissione del 9 dicembre 1997 *sulla definizione del mercato ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in *GU* n. C 372 del 9 dicembre 1997, p. 5).

La definizione di fini di accertare "senza siffatta definizione di associazione di incidere sugli scambi quello di impedire il libero mercato del mercato swagen, in Racc. I Windsurfing, in R. un accordo concepito da un'impresa interessata contestando una domanda di pezzi è necessario procedere a fatti fosse dimostrato staccate, non si può concludere da WSI, concorrenza all'interno delle parti". Tale indagine avrebbe accertato l'abuso all'interno dell'intero mercato. T-348/94, *Esso Esp*.

Il mercato rilevante è definito in termini di prodotti e di servizi. Dal primo principio, in linea di principio, si parte sempre corrisponde allo stesso art. 102 con un mercato più ristretto, pur se il mercato è interno. Questa concezione è obiettiva di concorrenza. Questa concezione è stata confermata in un'organizzazione di concorrenza rilevante nel 1983, causa 322/81, *Alfa Romeo*. La Corte ha rilevato che per veicoli industriali si formano gruppi che si fanno

Nella sentenza è stato individuato nel mercato italiano e Regno Unito un'organizzazione di concorrenza rilevante nel 1983, causa 322/81, *Alfa Romeo*. La Corte ha rilevato che per veicoli industriali si formano gruppi che si fanno

La definizione del mercato rilevante può essere necessaria anche ai fini di accertare l'esistenza di un'infrazione all'art. 101, almeno quando "senza siffatta definizione non è possibile stabilire se l'accordo, la decisione di associazione di imprese o la pratica concordata di cui è causa possano incidere sugli scambi tra Stati membri ed abbiano per oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune" (sentenza 6 luglio 2000, causa T-62/98, *Volkswagen*, in *Racc.* p. II-2357). Nella sentenza 25 febbraio 1986, causa 193/83, *Windsurfing*, in *Racc.* p. 611, la Commissione aveva accertato l'esistenza di un accordo concernente il commercio di parti di tavole a vela ma l'impresa interessata contestava che esistesse un mercato di tali prodotti (a parte la domanda di pezzi di ricambio). La Corte riconosce che, in casi del genere, è necessario procedere ad identificare il mercato rilevante. "Qualora infatti fosse dimostrato che in pratica non esisteva alcun commercio di parti staccate, non si potrebbe affermare che le clausole dei contratti di licenza conclusi da WSI potevano impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune per quanto concerne dette parti". Tale indagine sarebbe invece superflua nel caso la Commissione avesse accertato l'esistenza di un'intesa che pregiudichi la concorrenza all'interno dell'intero mercato interno (sentenza 14 maggio 1998, causa T-348/94, *Esso Española*, in *Racc.* p. II-1875).

Il mercato rilevante va definito sia in termini geografici, sia in termini di prodotti o di servizi.

Dal primo punto di vista (**mercato geografico**), va detto che, in linea di principio, il mercato da prendere in considerazione dovrebbe sempre corrispondere all'intero mercato interno. Tuttavia lo stesso art. 102 consente che, in alternativa, venga in rilievo un'area più ristretta, purché si tratti di una **parte sostanziale del mercato interno**. Questa corrisponde ad un'area nella quale "le condizioni obiettive di concorrenza relativamente al prodotto in questione devono essere le stesse per tutti gli operatori economici" (sentenza 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands*, in *Racc.* p. 207; v. anche sentenza 21 ottobre 1997, causa T-229/94, *Deutsche Bahn*, in *Racc.* p. II-1689).

Nella sentenza *United Brands*, il mercato rilevante per le banane è stato individuato nel territorio di tutti gli Stati membri eccettuati Francia, Italia e Regno Unito, Stati nei quali erano in vigore, data l'assenza di un'organizzazione comune di mercato, regimi diversi l'uno dall'altro, comportanti rilevanti restrizioni agli scambi. Nella sentenza 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin*, in *Racc.* p. 3461, il mercato dei pneumatici per veicoli industriali è stato individuato nel solo mercato dei Paesi Bassi. La Corte ha rilevato che "la politica commerciale delle varie affiliate dei gruppi che si fanno concorrenza a livello europeo o perfino mondiale è

no su questo stesso
è stato sfruttamento

onferenza marittima ai
22 dicembre 1986, che
86 del trattato [ora artt.
L 378 del 31 dicembre
volontario le imprese
o su determinate rotte,
è, offerta di capacità e
applicabile l'art. 101 alle
onferenza "può essere
me tale sul mercato di

lito si procede attra-

o **rilevante** (relevant
he l'impresa oggetto
dominante;
nterno del mercato
definita come domi-

amento dell'impresa
vi (**abuso**).

to dalla Commissione
e dal Tribunale nelle
irico, tuttavia, essa è
re il sospetto che si sia
spesso la segnalazione
n'impresa di una certa
e dell'abuso (o meglio
all'analisi del mercato
ne.

zzata ad individuare
cazione della Com-
del mercato ai fini
eria di concorrenza,

generalmente adeguato alle condizioni specifiche di ciascun mercato" e che "in pratica, i rivenditori stabiliti nei Paesi Bassi si riforniscono solo presso i fornitori che esercitano la loro attività nei Paesi Bassi" (v. anche sentenze 12 dicembre 1991, causa T-30/89, *Hilti*, in *Racc.* p. II-1439, e 10 luglio 1990, causa T-51/89, *Tetra Pak*, in *Racc.* p. II-309, per due casi in cui il mercato rilevante viene fatto coincidere con l'intero mercato interno, respingendo i tentativi di individuare mercati più ristretti).

Dal secondo punto di vista (**mercato dei prodotti**), occorre prendere in considerazione, non solo i prodotti identici a quelli dell'impresa in questione, ma anche quelli che, in ragione delle loro caratteristiche obiettive, presentano rispetto a questi un certo grado di intercambiabilità o di sostituibilità reciproca, di modo che tra i primi e i secondi sussista una certa concorrenza. Nella sentenza 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann La Roche*, in *Racc.* p. 461, la Corte ha affermato: "la nozione di mercato di cui trattasi (*relevant market*) implica, in realtà, che vi possa essere concorrenza effettiva tra i prodotti che ne fanno parte, il che presuppone un sufficiente grado di intercambiabilità per lo stesso uso fra tutti i prodotti che fanno parte dello stesso mercato" (v. anche sentenza 3 luglio 1991, causa C-62/86, *Akzo*, in *Racc.* p. I-3359).

Nella sentenza *United Brands*, il mercato delle banane viene distinto da quello della frutta fresca, poiché per la banana il periodo di maturazione dura tutto l'anno, l'offerta è abbondante e la banana costituisce un alimento particolarmente indicato per bambini, anziani e malati. Nella sentenza *Hoffmann La Roche*, la Corte accetta di considerare le vitamine dei gruppi C ed E come mercati rilevanti a sé stanti, senza includervi il complesso dei prodotti che, a seconda dei casi, potevano venire sostituiti all'uno o all'altro di detti gruppi di vitamine negli impieghi tecnologici. La Corte infatti ritiene che la concorrenza che tali prodotti di sostituzione possono fare ai gruppi di vitamine in questione è limitata a particolari impieghi. Nella sentenza *Michelin*, la Corte, esaminando la situazione del mercato dei pneumatici di ricambio per veicoli industriali, vi include soltanto i pneumatici nuovi e non quelli ricoperti, presentando questi ultimi un grado di sostituibilità limitata rispetto ai pneumatici nuovi. Nella sentenza *Hugin* cit., la Corte ha definito il *relevant market* con riferimento ai soli pezzi di ricambio per registratori di cassa della marca Hugin, non essendo questi intercambiabili con quelli di registratori di cassa di altre marche. Nella sentenza 10 luglio 1991, causa T-69/89, *RTE*, in *Racc.* p. II-485, il mercato dei palinsesti settimanali dei programmi televisivi e quello delle riviste che pubblicano tali programmi sono stati considerati come un *relevant market* distinto rispetto al mercato generale dell'informazione televisiva. Gli esempi riportati rivelano una tendenza della prassi ad individuare il mercato rilevante in maniera abbastanza ristretta. Ciò

spesso
nante,
appare
esemp
resping
differe
che sia

5.4.
secondo
una po
domin
ne di p
in gra
merca.
alquar
ultima
mann

posizio
minant
monop
ditta c.
notevoli
compo.
simile c

F
sono i
della c
una qu
come
(senten
belge,
mercat
1988, c
particc
contra
1875).

A
no alla

spesso facilita il compito di accertare la presenza di una posizione dominante, posto che, generalmente, più ristretto è il mercato, più elevata appare la quota detenuta dall'impresa interessata. Non mancano tuttavia esempi in senso contrario. Nella sentenza *Tetra Pak* cit., il Tribunale, respingendo le tesi della ricorrente, ha escluso la presenza di sottomercati differenziati per sistemi di condizionamento dello stesso tipo, a seconda che siano utilizzati per l'imballaggio di questo o quel prodotto.

5.4. Una volta definito il relevant market, si può passare alla seconda fase e stabilire se l'impresa in questione detiene o meno una posizione dominante su tale mercato. La **nozione di posizione dominante** fornita dalla giurisprudenza è la seguente: "*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 consumatori*" (sentenza 13 febbraio 1979, *Hoffmann La Roche* cit.).

Nella sentenza cit. la Corte ha anche delineato la differenza tra **posizione dominante e monopolio** o quasi-monopolio. La posizione dominante "*a differenza di una situazione di monopolio o di quasi-monopolio, non esclude l'esistenza di una certa concorrenza, ma pone la ditta che la detiene in grado, se non di decidere, almeno di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza e, comunque, di comportarsi sovente senza doverne tener conto e senza che, per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio*".

Per stabilire quando una tale posizione sussiste, numerosi sono i fattori da prendere in considerazione. La sola valutazione della **quota di mercato** detenuta da un'impresa non basta, benché una quota estremamente importante sia considerata in generale come un indizio sufficiente per provare una posizione dominante (sentenze *Hoffmann La Roche*, *AKZO* e *Compagnie maritimes belges*, tutte cit.; per un caso in cui, invece, l'ampiezza della quota di mercato non è stata considerata sufficiente, v. sentenza 5 ottobre 1988, causa 247/86, *Alsatel*, in *Racc.* p. 5987). Viceversa una quota particolarmente bassa è stata ritenuta una prova sufficiente del contrario (sentenza 25 ottobre 1977, causa 26/76, *Metro*, in *Racc.* p. 1875).

Altri fattori che sono stati utilizzati dalla giurisprudenza si riferiscono alla **struttura dell'impresa** (in particolare se si tratta di un'impresa

fortemente integrata in senso verticale: sentenza *United Brands* cit.), il numero e la forza dei concorrenti in rapporto all'impresa dominante (nella sentenza cit., la Corte rileva come la quota di mercato di *United Brands* sia nettamente superiore a quella del suo concorrente più forte, mentre le altre imprese occupano posizioni ancora meno importanti) e l'esistenza o meno di barriere all'ingresso sul mercato da parte di nuovi concorrenti (si tratta di ostacoli giuridici o di fatto che rendono impossibile o particolarmente oneroso l'accesso al mercato di new competitors: un esempio di ostacoli di fatto è rappresentato dalla disponibilità da parte dell'impresa dominante di un'efficiente e ben articolata rete di distribuzione che assicura contatti molto frequenti con gli acquirenti, fattore preso in considerazione nella sentenza *Michelin* cit.)

5.5. Occorre poi che vi sia sfruttamento abusivo della posizione dominante.

Come si vedrà da alcuni dei casi descritti nei par. seguenti, può accadere che non vi sia coincidenza tra il mercato rilevante, sul quale l'impresa è dominante, e il mercato sul quale si verifica l'abuso, il secondo potendo essere costituito da un mercato distinto ma pur tuttavia collegato al primo. L'esempio tipico è quello di un'impresa dominante sul mercato di una materia prima che sfrutta abusivamente la sua posizione sul mercato dei prodotti derivati da tale materia (downstream market), mercato sul quale l'impresa dominante sia già presente (perché verticalmente integrata) o intenda entrare: es. sentenza 6 marzo 1974, cause riunite 6-7/73, *Istituto chemioterapico*, in *Racc.* 223, dove Commercial Solvents, impresa dominante nel settore dell'aminobutanolo, attraverso la sua controllata italiana, Istituto, aveva cessato di rifornire della materia prima Zoja, produttore del prodotto derivato etambutolo, al fine di eliminarlo dal mercato del prodotto derivato e di facilitare il proprio ingresso in tale mercato.

La definizione di ciò che costituisce abuso ed è dunque vietato ai sensi dell'art. 102 risulta particolarmente delicata. Secondo la Corte la nozione di sfruttamento abusivo "è una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti e servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza" (sentenza *Hoffmann La Roche*, cit.).

VI,

mei
tale
pre:
non
con
Mic
nani
un c
potr

pres
stat
dom
diriti
sidia
piere
non
scope
1° ap
cit. e

l'inter
di ave
conco
amme
contre
minac
che "
posizi
poteva
condoi
Second
Racc. I
costitu

5.6.]
i loro
zione

•
•

L'idea di base è pertanto che l'impresa dominante agisce in un mercato in cui la concorrenza, proprio a causa della presenza di una tale impresa, risulta già indebolita. Ciò comporta a carico dell'impresa dominante una **particolare responsabilità**. Essa è tenuta "a non compromettere col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune" (sentenza *Michelin* cit.). Rispetto all'impresa non dominante, quella dominante è soggetta quindi a limiti d'azione più gravosi. In altre parole, un comportamento che sarebbe consentito ad un'impresa normale, potrebbe non esserlo ad un'impresa dominante.

La giurisprudenza ha applicato questa idea in casi in cui l'impresa assume comportamenti in **difesa della posizione dominante**. È stato ripetutamente affermato che "se l'esistenza di una posizione dominante non priva un'impresa che si trova in questa posizione del diritto di tutelare i propri interessi commerciali qualora essi siano insidiati e se detta impresa ha la facoltà, entro limiti ragionevoli, di compiere atti che essa ritenga opportuni per la protezione di tali interessi, non è però ammissibile un comportamento del genere che abbia lo scopo di rafforzare la posizione dominante e di farne abuso" (sentenza 1° aprile 1993, *BPB Industries*, cit.; v. anche sentenze *United Brands* cit. e 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar*, in *Racc.* p. II-2969).

Nella sentenza *United Brands*, la Corte ha considerato abusiva l'interruzione delle forniture ad un cliente tradizionale (Olsen), colpevole di avere partecipato ad una campagna pubblicitaria insieme ad alcuni concorrenti di *United Brands*. La Corte ha affermato che, "pur potendosi ammettere una reazione" da parte di *United Brands* ad eventuali attacchi contro la sua posizione "questa deve essere proporzionata rispetto alla minaccia, tenuto conto della potenza economica delle imprese coinvolte" e che "un rifiuto di vendita, come reazione da parte di un'impresa in posizione dominante, era una misura eccessiva rispetto alle sanzioni che si potevano eventualmente e ragionevolmente prevedere in risposta ad una condotta del genere di quella di cui la *UBC* faceva carico alla Olsen". Secondo la sentenza 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Continental Can*, in *Racc.* p. 215, invece, il rafforzamento della posizione dominante potrebbe costituire abuso indipendentemente dal rispetto di particolari parametri.

5.6. Le pratiche abusive possono essere anzitutto distinte secondo i loro **effetti sulla concorrenza**. Sotto questo profilo rileva la distinzione tra:

- abusi di sfruttamento (**exploitative abuses**) e
- abusi di esclusione (**exclusionary abuses**).

Negli abusi del primo tipo l'impresa dominante intende massimizzare il profitto che può trarre dalla sua posizione di forza sul mercato, imponendo condizioni che non le sarebbe consentito praticare in un mercato concorrenziale. Gli abusi di tipo esclusivo mirano invece a proteggere o a incrementare la posizione dell'impresa dominante, espellendo dal mercato attuali concorrenti (*incumbents*) o impedendo a concorrenti potenziali di entrarvi (*barriers to entry*).

In generale può dirsi che mentre le pratiche abusive del primo tipo danneggiano più direttamente gli interessi dei consumatori (es. prezzi eccessivi), gli abusi del secondo tipo danneggiano i concorrenti attuali o potenziali (es. prezzi predatori), influenzando negativamente sull'intera struttura del mercato e della concorrenza, il che, a lungo termine, può rappresentare un danno anche per i consumatori. Sugli abusi di tipo esclusivo v. in generale la Comunicazione della Commissione — Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE, [ora art. 102 TFUE] al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in *GU* n. C 45 del 24 febbraio 2009, p. 7.

5.7. Gli abusi possono essere distinti inoltre in base al loro **contenuto**. La prassi della Commissione e la giurisprudenza mostrano che la tipologia dei possibili abusi è molto varia e coincide solo in parte con l'elencazione non tassativa (v. sentenza 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Continental Can*, in *Racc.* p. 215) contenuta nel secondo comma dell'art. 102. I tipi più diffusi sono i seguenti:

• **prezzi eccessivi o non equi**

Trattasi di un'ipotesi di abuso espressamente contemplata nell'elenco contenuto nel secondo comma dell'art. 102 (lett. a). Essa si verifica quando l'impresa dominante pratica prezzi privi di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita: v. sentenze 13 novembre 1975, causa 26/75, *General Motors*, in *Racc.* p. 1367, e *United Brands* cit. e più recentemente 11 novembre 2008, causa C-52/07, *Kanal 5*, in *Racc.* p. I-9275. In quest'ultima pronuncia la Corte ha giudicato non abusivo il sistema di tariffazione applicato da un ente svedese, monopolista di fatto per la gestione dei diritti d'autore, alle emittenti radiotelevisive private per la diffusione delle opere musicali protette dal diritto d'autore. Le tariffe applicate a ciascuna emittente erano calcolate in funzione del rispettivo fatturato oltre che della quantità di musica diffusa. La Corte afferma che, in termini generali, il sistema di tariffazione non è eccessivo perché presenta "un ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita" ma ritiene che non sia tuttavia da "escludersi che, in determinate circostanze, l'applicazione di un simile tariffario di

canon
altro
precis
idone
degli
aumen
per la
d'autc

merca
presta
ad ese
costo
elenc
senten
afferm
compe
diotele
essere
modali

•

C
bassi, "
concor
mettere
come l'i
finanzia
nei loro
p. I-335
Pak, in
France
possa pe
da un la
siano in
medi va
in un di

•

Ar
dominan
fedeltà, i

canoni possa assumere carattere abusivo, segnatamente, laddove sussista un altro metodo che consenta di identificare e di quantificare in maniera più precisa l'utilizzo di tali opere nonché l'audience e laddove tale metodo sia idoneo a realizzare lo stesso scopo legittimo che è la tutela degli interessi degli autori, compositori ed editori musicali, senza tuttavia comportare un aumento sproporzionato delle spese sostenute per la gestione dei contratti e per la sorveglianza sull'utilizzazione delle opere musicali tutelate dal diritto d'autore."

• prezzi discriminatori

Un'impresa dominante, considerata la sua posizione di forza sul mercato, non è libera di decidere di praticare prezzi differenziati per prestazioni equivalenti, a meno che non siano oggettivamente giustificati ad esempio da diversità nelle spese di trasporto, negli oneri fiscali, nel costo della mano d'opera ecc.. Anche questa ipotesi rientra tra quelle elencate nel secondo comma dell'art. 102 (lett. c): per alcuni esempi v. sentenze *United Brands* e *Kanal 5*, entrambe cit. Nel secondo caso la Corte afferma che non costituisce abuso il praticare un sistema di tariffazione dei compensi per diritti d'autore differenziati a seconda che l'emittente radiotelevisiva sia privata o pubblica, potendo una tale differenziazione essere oggettivamente giustificata "*segnatamente, dalla missione e dalla modalità di finanziamento delle società di servizio pubblico*".

• prezzi predatori

Costituisce un'ipotesi grave di abuso anche il praticare prezzi troppo bassi, "*allorché sono fissati nell'ambito di un disegno inteso ad eliminare un concorrente*". Secondo la giurisprudenza "*tali prezzi possono infatti estromettere dal mercato imprese le quali potrebbero essere altrettanto efficienti come l'impresa dominante, ma che, per via delle loro più modeste capacità finanziarie, sono incapaci di resistere alla concorrenza che viene esercitata nei loro confronti*" (sentenza 3 luglio 1991, causa C-62/86, *Akzo*, in *Racc.* p. I-3359; v. anche sentenze 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, *Tetra Pak*, in *Racc.* p. I-5951, e, più recentemente, 8 marzo 2007, causa T-339/04, *France Télécom*, in *Racc.* p. II-2369). Secondo la sentenza *Akzo*, perché si possa parlare di abuso, due condizioni debbono quindi essere soddisfatte: da un lato, occorre che i prezzi siano anormalmente bassi, nel senso che siano inferiori ai costi (il parametro utilizzato in genere è quello dei costi medi variabili); dall'altro è necessario che la politica di prezzi bassi rientri in un disegno di tipo esclusivo (*supra*, par. 5.6).

• sconti sui prezzi

Anche una politica di sconti, se praticata da un'impresa in posizione dominante, può costituire un abuso. In particolare sono vietati gli **sconti di fedeltà**, i quali sono legati all'impegno di rifornirsi esclusivamente dall'im-

presa dominante (sentenza *Hoffmann La Roche* cit.) ovvero al conseguimento di obiettivi minimi di vendita di prodotti acquistati dall'impresa dominante durante un determinato periodo (sentenza *Michelin* cit.). L'effetto anticoncorrenziale di sistemi del genere consiste nel fatto che, attraverso la promessa di un vantaggio che non è basato su alcuna controprestazione economica, viene soppressa o limitata la possibilità dell'acquirente di scegliere la fonte di rifornimento, cosicché si chiude l'accesso del mercato ai concorrenti, rafforzando la posizione dominante dell'impresa (sentenza *Michelin* cit.). In linea di massima non sono invece considerati abusivi gli **sconti quantitativi**, legati al volume degli acquisti. Talvolta tuttavia le condizioni richieste per la concessione di uno sconto del genere, le modalità di calcolo e di erogazione, o anche la misura dello stesso possono avere effetti di fidelizzazione analoghi a quelli degli sconti di fedeltà veri e propri e costituire pertanto abusi (c.d. **sconti condizionali**: es. sentenze 30 settembre 2003, causa T-303/01, *Michelin*, in *Racc.* p. II-4071, e 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways*, in *Racc.* p. II-5917).

• tying and bundling agreements

Tale pratica abusiva consiste, secondo la descrizione contenuta nell'art. 102, secondo comma, lett. d), "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 del contratto stesso". È uno strumento utilizzato di frequente da un'impresa dominante su un determinato mercato per estendere il suo potere su un distinto mercato. Il leading case è costituito dalla sentenza 2 marzo 1994, causa C-53/92 P, *Hilti*, in *Racc.* p. I-667, in cui un'impresa dominante sul mercato delle pistole spara-chiodi imponeva agli acquirenti di acquistare da lei anche i chiodi da utilizzare nelle pistole. Dai *tying agreements* la dottrina distingue i *bundling agreements* in cui l'impresa dominante decide di vendere il prodotto appartenente al mercato da essa "dominato" soltanto o a condizioni migliori se acquistato insieme ad altro prodotto appartenente ad un distinto mercato. In proposito il leading case è la sentenza 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft*, in *Racc.* p. II-3601. In tale notissimo caso, a MS venivano contestate due pratiche abusive. Quella che interessa in questa sede consisteva nel preinstallare insieme con il sistema operativo Windows, appartenente ad un mercato dominato da MS, il programma Windows Media Player (WMP), appartenente ad un diverso mercato dove erano presenti vari concorrenti. Benché WMP fosse fornito gratuitamente agli utenti Windows, l'effetto prodotto dal bundling era di ostacolare la scelta degli altri programmi di Media Player disponibili sul mercato, indipendentemente dalla loro qualità rispetto a WMP.

• rifiuto di vendere

Riconducibile forse all'ipotesi contemplata dall'art. 102, secondo comma, lett. b) (limitazioni alla produzione e agli sbocchi), le pratiche

abus
di ve
L'ab
clien
1974,
supra
207, c
il rifi
abus
Qualc
config
(v. la

anti-tr
domin:
a prop
struttu
potrebl

L
delle e
aprile19
novemb
causa C
T-201/0
delle en
i palinse
la pubb
moment
un'impre
dei quot
Stato, e
compens
IMS He
organizza
territorio
un'impre
da quella
riguardav
zione nei
necessari
servizi di
permetter
per svilup

abusivo in esame consistono nel rifiuto da parte di un'impresa dominante di vendere i propri prodotti o servizi ad un'impresa che ne faccia richiesta. L'abuso è particolarmente grave se l'impresa richiedente era un abituale cliente dell'impresa dominante (v. i casi esaminati nella sentenza 6 marzo 1974, cause riunite 6-7/73, *Istituto chemioterapico*, in *Racc.* 223, descritta *supra*, par. 5.5, e 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands*, in *Racc.* p. 207, descritta, per quanto interessa qui, *supra*, par. 5.5; per un caso in cui il rifiuto è stato considerato oggettivamente giustificato e perciò non abusivo sentenza 29 giugno 1978, causa 77/77, *BP*, in *Racc.* p. 1513). Qualora invece si tratti di un nuovo cliente, il rifiuto di vendere può configurarsi come abuso soltanto se si ricade nel caso di *essential facilities* (v. la categoria successiva).

• rifiuto di accesso a essential facilities

Si tratta di un orientamento, derivato dall'esperienza del diritto anti-trust statunitense, tendente a considerare le imprese in posizione dominante come soggette all'obbligo di consentire ai concorrenti l'accesso a proprie strutture o servizi quando si tratti di *essential facilities*, cioè di strutture o servizi in mancanza dei quali l'attività in questione non potrebbe essere svolta affatto.

La giurisprudenza ha avuto occasione di affrontare la questione delle *essential facilities* in quattro casi, in particolare nelle sentenze 6 aprile 1995, cause riunite C-241 e 242/91 P, *RTE*, in *Racc.* p. I-743, 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Bronner*, in *Racc.* p. I-7791, 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health*, in *Racc.* p. I-5039, e 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft*, in *Racc.* p. II-3601. Nel caso *RTE* si trattava del rifiuto delle emittenti televisive operanti in Irlanda di fornire all'editore Magill i palinsesti della loro programmazione televisiva in maniera da consentire la pubblicazione di una guida televisiva settimanale completa che al momento non era disponibile sul mercato. Il caso *Bronner* riguardava un'impresa che deteneva una rilevantissima quota nel mercato austriaco dei quotidiani, gestiva l'unico sistema di recapito a domicilio nello stesso Stato, e rifiutava ad un'impresa concorrente l'accesso, dietro adeguato compenso, a tale sistema per il recapito dei propri quotidiani. Nel caso *IMS Health* si trattava invece di una struttura ad aree utilizzata per organizzare la distribuzione su base regionale dei prodotti farmaceutici sul territorio tedesco. *IMS Health* rifiutava di concedere una licenza ad un'impresa che intendeva sviluppare una struttura più articolata a partire da quella di *IMS Health*. Il secondo addebito mosso a *Microsoft*, infine, riguardava il rifiuto, in primo luogo, di comunicare i protocolli di attuazione nei sistemi operativi Windows per server per gruppi di lavoro, dati necessari a tali server per fornire alle reti di gruppi di lavoro Windows servizi di condivisione di files e di stampanti e, in secondo luogo, di permettere a queste diverse imprese di utilizzare le suddette specificazioni per sviluppare e immettere in commercio sistemi operativi per server per

al conseguimento dell'impresa dotata. L'effetto attraverso la prestazione di servizi di consulenza di mercato ai clienti di scegliere le condizioni di calcolo e gli effetti di costi e tempi di consegna 2003, causa

mantenuta nella sentenza di condanna supplementare hanno utilizzato di fatto per estendere il loro potere di mercato in cui un'impresa poteva agli acquirenti. Dai casi l'impresa è stato da essa come ad altro leading case *Racc.* p. II- che abusive. insieme con dominato da ente ad un WMP fosse dal bundling e disponibili VMP.

2), secondo le pratiche

gruppi di lavoro. Al di là delle particolarità che ciascun caso presentava, sono rinvenibili alcuni tratti comuni.

In primo luogo, va osservato che, con la sola eccezione del caso *Bronner*, tutti gli altri erano complicati dal fatto che l'*essential facility* in discussione era coperta da un **diritto di proprietà intellettuale** analogo al diritto d'autore. La Corte e il Tribunale si sono trovati pertanto nella necessità di conciliare l'esigenza di tutelare l'obiettivo della libera concorrenza con quello di riconoscere al titolare del diritto di esclusiva la giusta ricompensa per il suo sforzo creativo. Pur avendo avuto cura di ricordare che il comportamento di un'impresa dominante non è sottratto all'applicazione dell'art. 102 solo perché è in gioco un suo diritto di esclusiva analogo al diritto d'autore e che "*dall'esercizio del diritto esclusivo da parte del titolare può, in casi eccezionali, derivare un comportamento abusivo*" (sentenza *IMS Health*; cfr., per analogia, la distinzione tra esistenza e esercizio dei diritti di proprietà industriale e commerciale effettuata dalla giurisprudenza a proposito della libera circolazione delle merci e dell'art. 36 TFUE: Cap. II, par. 5.7), nei casi in cui tale profilo era presente l'atteggiamento della Corte (meno quello del Tribunale) è sembrato più prudente.

In secondo luogo, è interessante notare come in tutti i casi tranne quello *IMS Health*, l'abuso prospettato non si sarebbe svolto sul mercato in cui l'impresa detentrica dell'*essential facility* era dominante (rispettivamente quello dell'editoria di giornali, quello dell'emittenza televisiva e quello dei sistemi operativi per pc), ma in mercati secondari o derivati (rispettivamente quello della distribuzione di giornali, quello delle guide televisive settimanali e quello dei sistemi per work-group operativi in ambiente Windows; sul punto v. *supra*, par. 5.5). Anche questo aspetto può spiegare la prudenza mostrata dalla Corte.

Nelle sentenze cit. è stato anzitutto necessario precisare la **nozione di *essential facility***. La giurisprudenza richiede a questo fine che si tratti di "*un prodotto o [...] un servizio indispensabile per esercitare una data attività*" (sentenza *IMS Health*). Nel caso *RTE* i palinsesti delle emittenti televisive erano senz'altro indispensabili per l'attività che Magill voleva svolgere, costituendo il contenuto stesso della progettata guida settimanale. Più dubbio era invece il **carattere indispensabile** dell'accesso alla rete di distribuzione oggetto della sentenza *Bronner*. Lasciando al giudice di rinvio di decidere sul punto, la Corte sottolinea tuttavia che "*altri modi di distribuzione di quotidiani, come la distribuzione a mezzo posta e la vendita nei negozi e nelle edicole, anche se eventualmente meno vantaggiosi per la distribuzione di taluni quotidiani, esistono e sono utilizzati dagli editori di questi*" e che "*non risultano esistere ostacoli di natura tecnica, normativa o anche economica capaci di rendere impossibile o straordinariamente difficile a qualsiasi altro editore di quotidiani cercare, da solo o in collaborazione con altri editori, un proprio sistema di recapito a domicilio su scala nazionale ed avvalersene per distribuire i propri quotidiani.*"

Successivamente sono state definite le **condizioni** in cui il rifiuto di concedere l'accesso ad un prodotto o servizio del genere indicato può costituire abuso di posizione dominante. In primo luogo è necessario che il

rifiuto
esiste
richi
esser
(sent
lative

tutto
ad ese
(nella
Bronn
questo
sa di t
essa e
era ne
nazion
fosse n
ma rife
102, se
cazione
l'impre
creative
terza co
condizic
vato anc
dall'imp
sentenza
derivato
Microsoj
concorre

5.8. Pe
infine, ne
gli Stati

A d
abbia per
4.7). Ciò s
è ristretta

5.9. Va
previsto c
non è pos
La stessa
valutazion
abusivo de

rifiuto "costituisca ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori". È in secondo luogo richiesto che il rifiuto sia "ingiustificato". In terzo luogo il rifiuto deve essere "idoneo a escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato" (sentenza *IMS Health*, dove si precisa che si tratta di condizioni "cumulative").

La portata e il significato delle tre condizioni descritte non sono del tutto chiari. In generale non si comprende se esse siano sempre applicabili, ad esempio in casi in cui non è in gioco un diritto analogo a quello d'autore (nella sentenza *IMS Health* la Corte si riferisce spesso alla sentenza *Brunner*, anche se in questo caso non veniva invocato alcun diritto di questo genere). In particolare, la prima condizione (ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto richiesto dal mercato) appare molto restrittiva: essa era certamente soddisfatta nel caso *RTE* ma probabilmente non lo era nel caso *IMS Health* (la Corte lascia decidere il punto al giudice nazionale che aveva effettuato il rinvio pregiudiziale) ed è dubbio che lo fosse nei casi *Brunner* e *Microsoft* (dove il Tribunale la dà per soddisfatta ma riferendosi al più generico concetto di "sviluppo tecnico" di cui all'art. 102, secondo comma, lett. b). La seconda condizione (assenza di giustificazione del rifiuto d'accesso) sembrerebbe dipendere soprattutto dal se l'impresa che richiede l'accesso offra un adeguato compenso per lo sforzo creativo e gli investimenti sostenuti dal titolare dell'*essential facility*. La terza condizione, infine, si scompone essa stessa in almeno due sub-condizioni. Anzitutto deve essere possibile identificare un mercato derivato anche soltanto potenziale ma distinto da quello principale dominato dall'impresa titolare dell'*essential facility* (questione lasciata aperta nella sentenza *Brunner*). Inoltre sembrerebbe necessario che su tale mercato derivato siano già presenti dei concorrenti (cosa che avveniva nel caso *Microsoft* ma in nessuno degli altri casi), altrimenti non si vede come la concorrenza possa essere eliminata.

5.8. Perché l'abuso di una posizione dominante sia vietato è, infine, necessario che esso produca un **pregiudizio al commercio tra gli Stati membri** (per tale nozione v. *supra*, par. 4.8).

A differenza dell'art. 101, par. 1, l'art. 102 non esige che l'abuso abbia per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza (v. *supra*, par. 4.7). Ciò si spiega, considerando che la concorrenza sul mercato rilevante è ristretta per il solo fatto della presenza di un'impresa dominante.

5.9. Va infine ricordato che, diversamente dal divieto di intese previsto dall'art. 101, il **divieto** previsto dall'art. 102 è **assoluto** e non è possibile al riguardo alcuna dichiarazione di inapplicabilità. La stessa definizione dell'oggetto del divieto contiene in sé una valutazione aprioristicamente negativa, parlandosi di sfruttamento abusivo della posizione dominante.

Nella sentenza 11 aprile 1989, causa 66/86, *Ahmed Saeed*, in *Racc.* p. 803, la Corte ha affermato, con riferimento all'ipotesi di imposizione di tariffe aeree eccessive da parte di una compagnia aerea dominante, che *"l'abuso di posizione dominante non può fruire di alcuna esenzione in nessun modo; un siffatto abuso è semplicemente vietato dal trattato e, a seconda dei casi, spetta alle autorità nazionali o alla Commissione trarre le conseguenze di tale divieto nell'ambito delle loro competenze"*.

Di conseguenza sarebbe vietato il comportamento abusivo di un'impresa in posizione dominante, anche qualora lo stesso comportamento rientrasse nel campo d'applicazione di un regolamento d'esenzione per categoria emesso ai sensi dell'art. 101, par. 3. Infatti *"nel sistema di protezione della concorrenza messo in atto dal trattato, la concessione di un'esenzione, sia individuale, sia per categoria, ai sensi dell'art. 85 [ora art. 101], par. 3, non può in alcun caso valere anche come un'esenzione dal divieto sancito dall'art. 86 [ora art. 102]"*, costituendo i due articoli *"disposizioni autonome e complementari destinate, in linea di principio, a regolare situazioni distinte sotto regimi diversi"* (sentenza 10 luglio 1990, causa T-51/89, *Tetra Pak*, in *Racc.* p. II-309).

Nel caso di specie, *Tetra Pak* aveva acquisito una licenza esclusiva di brevetto che, ad avviso della Commissione, benché non costituisse di per sé un'intesa vietata ai sensi dell'art. 101 (in quanto rientrante in un regolamento di esenzione per categoria), rafforzava la già considerevole posizione dominante di *Tetra Pak* nel mercato dei recipienti per alimenti liquidi e costituiva pertanto un abuso vietato dall'art. 102. Il Tribunale conferma la fondatezza dell'impostazione della Commissione, osservando come l'acquisizione della licenza esclusiva di brevetto, ha avuto l'effetto *"di privare le altre imprese dei mezzi per fare concorrenza alla ricorrente"*.

6. Le procedure per l'applicazione degli artt. 101 e 102.

6.1. Il compito di dare applicazione alle regole di concorrenza contenute negli artt. 101 e 102, è affidato:

- a) alla Commissione;
- b) alle autorità degli Stati membri competenti in materia di concorrenza (in seguito, autorità nazionali o ANC: si tratta delle autorità incaricate, in base alla legislazione interna di ciascuno Stato membro, del controllo della concorrenza a livello nazionale) e
- c) ai giudici nazionali.

VI, 6

6.2.
prim.
[ora
avev
tere

care
potev
le pro
16 lug
vada,
mome
adotta

I
solleva
stato es
garante
ottobre
prescriz
dell'art.

Q
autonom
za, trat
1.4). Tu
sioni gi
propositi
causa C

Ne
(contratti
apposito
renti) era
una decis
al Tribun
irlandese
Corte, ne
Commissi
momento
trattato [o
pratica co
prevista d
decisione]