

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

L'abuso di posizione dominante

Sommario: I. INTRODUZIONE. – II. POSIZIONE DOMINANTE. – 1. Definizione. – 2. Accertamento della posizione dominante. – 3. Posizione dominante collettiva. – III. PARTE SOSTANZIALE DEL MERCATO COMUNE. – IV. NOZIONE DI ABUSO. – V. GIUSTIFICAZIONI OGGETTIVE ED EFFICIENZA. – VI. TIPOLOGIE DI ABUSO. – 1. Rifiuto di contrarre. – 2. *Margin squeeze*. – 3. Prezzi predatori. – 4. Rapporti di esclusiva e sconti condizionati. – 5. Pratiche leganti. – 6. Abusi di sfruttamento. – 7. Altre tipologie di abuso.

I. INTRODUZIONE

Nelle regole di concorrenza del TFUE, la disciplina del comportamento unilaterale di impresa è costituita dal divieto di abuso di posizione dominante. L'art. 102 TFUE dispone 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». La prescrizione è accompagnata da un elenco esemplificativo di comportamenti che possono costituire pratiche abusive: *a)* imporre direttamente o indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita o altri condizioni di transazione non eque; *b)* limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori; *c)* applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio concorrenziale; *d)* 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.

¹ C. giust. CE, 6 marzo 1974, cause riunite C-6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano SpA e Commercial Solvents Corporation c. Commissione* - "Commercial Solvents", in *Racc.* 1974, p. 223, punti 31 e 32.

L'applicazione dell'art. 102 TFUE richiede la verifica di tre condizioni: la posizione dominante (che non è vietata in quanto tale), una condotta abusiva, il pregiudizio al commercio tra Stati membri.

L'art. 3 l. 287/1990 che disciplina l'abuso di posizione dominante «all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante» segue sostanzialmente la stessa formulazione, salvo che per l'irrelevanza, nel caso del diritto nazionale, del requisito del pregiudizio al commercio tra Stati membri.

La nozione di pregiudizio al commercio, rilevante anche per l'applicazione dell'art. 101, è stata interpretata in modo ampio dalla giurisprudenza. In particolare, in *Commercial Solvents* la Corte di giustizia ha indicato che comportano un pregiudizio al commercio anche le condotte che pregiudicano il mantenimento di una concorrenza effettiva nel mercato comune¹. Ciò può avvenire, ad esempio, quando la condotta determini o sia idonea a determinare l'esclusione di un concorrente dal mercato europeo o dal mercato di uno Stato membro. Nelle Linee direttrici della Commissione europea sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli artt. 101 e 102 del Trattato² sono indicate alcune modalità attraverso le quali può verificarsi il pregiudizio al commercio in relazione alle diverse tipologie di condotta abusiva dell'impresa in posizione dominante.

II. POSIZIONE DOMINANTE

1. *Definizione*. – La verifica della posizione dominante è un presupposto necessario per l'applicazione della disciplina dell'abuso.

Nella sentenza *United Brands* la Corte di giustizia ha definito la posizione domi-

² Comunicazione della Commissione relativa alle linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, in G.U.U.E. C-101, 27 aprile 2004, p. 81.

nante come «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»³.

Nel linguaggio economico, questa nozione viene abitualmente tradotta in termini di potere di mercato, ossia di capacità dell'impresa di applicare in maniera redditizia prezzi superiori a quelli che prevarrebbero in situazione di concorrenza: una posizione dominante è una situazione di significativo e durevole potere di mercato.

Nella sentenza *Hoffmann - La Roche* la Corte di Giustizia ha chiarito che la posizione dominante non coincide con il monopolio: essa può sussistere infatti anche in presenza di una qualche forma di concorrenza residua⁴.

2. *Accertamento della posizione dominante.* - Affinché vi sia una posizione dominante occorre che i vincoli derivanti dall'esistenza di concorrenti, attuali e potenziali, e dalla forza negoziale dei clienti siano insufficienti a disciplinare i comportamenti dell'impresa, in modo da escludere un significativo e durevole potere di mercato.

Tipicamente, l'accertamento della posizione dominante richiede una preliminare definizione del mercato rilevante, ossia dell'ambito merceologico e geografico in cui le imprese sono in concorrenza tra loro. Il mercato del prodotto e geografico può essere visto come il più piccolo gruppo di prodotti e la più piccola area geografica in cui è possibile, in ragione delle possibilità di sostituzione esistenti, una consistente restrizione della concorrenza in funzione dell'oggetto o dell'effetto della pratica considerata⁵.

In particolare, la definizione del mercato è funzionale a tenere conto del vincolo esercitato sull'impresa dalla possibilità per gli acquirenti di rivolgersi ad altri fornitori per soddisfare le loro esigenze (sostituibilità dal lato della domanda). Nella definizione del mercato rilevante occorre tenere conto di una pluralità di fattori tra cui la funzione d'uso, le caratteristiche e i prezzi dei prodotti, le preferenze dei clienti, la loro disponibilità a spostarsi, il grado di deperibilità del prodotto e i costi di trasporto in relazione al prezzo. Nel mercato rilevante sono incluse anche le imprese che a fronte di una piccola ma significativa e durevole variazione dei prezzi del prodotto sarebbero in grado e troverebbero conveniente convertire rapidamente alla produzione di quest'ultimo parte della propria capacità produttiva (sostituibilità dal lato dell'offerta).

Una volta individuato il mercato rilevante, occorre per prima cosa analizzare se la disciplina derivante dalla concorrenza effettiva sia sufficiente ad escludere la sussistenza della posizione dominante. Rileva, a questo fine, l'analisi della posizione di mercato dell'impresa rispetto a quella dei suoi concorrenti⁶.

Più elevata è la quota di mercato dell'impresa in relazione a quella dei concorrenti, maggiori sono le probabilità che essa possa esercitare un significativo potere di mercato. Nella sentenza *Hoffmann-La Roche*, a fronte di quote di mercato tra il 72% e l'87%, la Corte di giustizia ha sostanzialmente invertito l'onere della prova riguardo alla sussistenza della posizione dominante: «benché l'importanza delle quote di mercato possa variare da un mercato all'altro, si può ritenere che quote molto alte costituiscano di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante»⁷. Nella sentenza *Akzo*, la Corte di giustizia ha ritenuto che una quota di mercato del

³ C. giust., 14 febbraio 1978, causa C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continental BV c. Commissione* - "United Brands", in *Racc.* 1978, p. 207, punto 65.

⁴ C. giust., 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann - La Roche & Co. AG c. Commissione* - "Hoffmann - La Roche", in *Racc.* 1979, p. 461, punto 39.

⁵ App. Milano 18 gennaio 2006, in *Massima redazionale*, 2006.

⁶ C. giust., 9 novembre 1983, causa C-322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commissione* - "Michelin I", in *Racc.* 1983, p. 3461.

⁷ C. giust., 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La Roche", cit., punto 41; cfr. anche il caso *Tetra Pak*,

50% costituisse comunque un serio indizio della sussistenza di una posizione dominante⁸.

Oggi è comunque generalmente riconosciuto che la quota di mercato, per quanto elevata, non costituisce mai l'unico indicatore di cui tenere conto nel valutare la sussistenza della posizione dominante. Negli Orientamenti del 2009⁹ la Commissione europea non ha indicato alcuna quota di mercato al di sopra della quale essa presume la sussistenza di una posizione dominante. Anche se, seguendo l'impostazione della Corte di giustizia nel caso *Akzo* che ad oggi non è stata abbandonata dalla giurisprudenza successiva, si ritenesse opportuno presumere la posizione dominante in presenza di una quota di mercato superiore al 50%, è chiaro che si tratta di una presunzione semplice, superabile mostrando che sussistono vincoli concorrenziali sufficienti a impedire l'esercizio di un significativo potere di mercato da parte dell'impresa.

Affinché vi sia una posizione dominante, occorre che la quota di mercato sia stabile, e non solo temporanea¹⁰. Il rilievo della quota di mercato come segnale di dominanza può essere scarso, ad esempio, nel mercato di un prodotto innovativo. La quota di mercato non fornisce, inoltre, informazioni rilevanti sul potere di mercato nei cosiddetti *bidding markets* in cui le imprese competono tra loro per l'intera quota di mercato all'inizio del periodo. Una significativa riduzione della quota di mercato dell'impresa in pochi anni, a fronte dell'aumento delle quote di mercato dei concorrenti, può essere un indicatore dell'assenza di una posizione dominante¹¹.

Quote di mercato relativamente ridotte possono essere considerate un indicatore utile a escludere una posizione dominante. La Commissione europea, ad esempio, ritiene che al di sotto della quota di mercato del 40% la sussistenza di una posizione dominante sia "improbabile". Né la Commissione né tantomeno la giurisprudenza, comunque, associano a questa soglia una presunzione assoluta di assenza di posizione dominante. In linea teorica, anche una quota del 40% potrebbe essere accompagnata da un significativo potere di mercato in presenza di particolari ostacoli alla capacità dei concorrenti, inclusi i concorrenti potenziali, di espandersi e disciplinare in modo efficace il comportamento dell'impresa in posizione dominante.

Se un'impresa non ha la quota di mercato più elevata all'interno di un determinato mercato rilevante, si può escludere che essa disponga individualmente di una posizione dominante in tale mercato¹².

Anche qualora l'impresa detenga una quota di mercato elevata, l'esercizio di un significativo e durevole potere di mercato può essere precluso dalla concorrenza potenziale. Occorre valutare, a tal fine, se vi sia una realistica possibilità di un ingresso sul mercato di nuovi concorrenti (o dell'espansione di imprese già operanti) che sia sufficientemente tempestivo e su scala tale da disciplinare l'impresa. L'efficacia della concorrenza potenziale come fattore disciplinante dei comportamenti d'impresa può risultare ridotta se vi sono barriere di natura regolamentare, tecnica o economica (associate ad esempio alla necessità di sopportare costi irrecuperabili per operare nel mercato) tali

dove la quota di mercato era intorno al 90%: C. giust., 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, *Tetra Pak International SA c. Commissione* - "Tetra Pak II", in *Racc.* 1996, p. I-5951.

⁸ C. giust., 3 luglio 1991, causa C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Commissione* - "Akzo", in *Racc.* 1991, p. I-3439, punto 60; cfr. anche Trib. CE, 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Télécom SA c. Commissione* - "France Télécom", in *Racc.* 2007, p. II-117, punti 99-100; Trib. CE, 17 dicembre 2009, causa T-57/01, *Solvay SA c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. II-4621, punti 277-279; Trib. UE, 1° luglio 2010, causa T-321/05, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione* -

"AstraZeneca", in *Racc.* 2010, p. II-2805, punti 242-254.

⁹ Comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in G.U.U.E. C-45, 24 febbraio 2009, p. 7.

¹⁰ C. giust., 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La Roche", cit., punto 41.

¹¹ App. Roma 28 febbraio 2000, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, vol. 9, p. 902.

¹² App. Milano, 16 gennaio 1996, in *Giur. dir. ind.*, 1996, p. 583.

da impedire o ritardare l'ingresso o lo sviluppo dei concorrenti¹³. Fattori quali la disponibilità di marchi affermati o di diritti di proprietà intellettuale, una struttura produttiva verticalmente integrata che includa ad esempio anche una rete distributiva, il controllo di un'infrastruttura essenziale, l'ampiezza della gamma di prodotti offerti o l'esistenza di effetti di rete non conferiscono di per sé una posizione dominante, ma possono contribuire alla sua esistenza nella misura in cui determinino significativi ostacoli all'entrata o all'espansione dei concorrenti.

Il potere negoziale degli acquirenti può costituire in taluni casi un fattore rilevante nell'analisi della posizione dominante. Occorre verificare se l'importanza commerciale dei clienti dell'impresa, la loro capacità di passare a fornitori concorrenti, di favorire nuovi ingressi nel mercato e di integrarsi a livello verticale o anche solo di minacciare in modo credibile di agire in tal senso siano sufficienti a disciplinare i comportamenti di mercato dell'impresa in modo da escludere una situazione di significativo e durevole potere di mercato.

Nella maggior parte dei casi di abuso la posizione dominante è dal lato dell'offerta, ossia riguarda il fornitore di un prodotto; può esservi tuttavia una posizione dominante anche dal lato della domanda, ossia in capo all'acquirente di un prodotto. Questa possibilità è espressamente prevista dalla lettera dell'art. 102 TFUE, che indica tra i comportamenti abusivi vietati l'imposizione di prezzi "d'acquisto" non equi. Per accertare che vi sia una posizione dominante dal lato della domanda occorre identificare il mercato rilevante dal lato degli acquisti (quali siano i possibili sbocchi per un dato prodotto e quindi quale sia la più piccola area merceologica e geografica in cui è possibile, in ragione delle possibilità di sostituzione esistenti, un abuso da parte di un acquirente); biso-

gna quindi valutare le condizioni di concorrenza effettiva e potenziale su questo mercato, nonché il possibile effetto disciplinante derivante dalla forza negoziale dei fornitori.

Un'impresa può detenere una posizione dominante solo in alcuni dei mercati in cui opera; può inoltre essere dominante come fornitore ma non come acquirente, o viceversa.

L'abuso può riguardare anche un mercato diverso da quello in cui l'impresa detiene la posizione dominante; affinché si configuri un comportamento vietato bisogna però che vi sia un nesso tra la posizione dominante e il presunto comportamento anticoncorrenziale. Ciò può avvenire ad esempio se un'impresa dominante in un dato mercato geografico pone in essere in altri mercati geografici comportamenti volti a ostacolare l'esportazione del prodotto nel mercato in cui è dominante, per preservare la propria posizione in tale mercato¹⁴. In *British Gypsum*, è stato considerato un abuso da parte dell'impresa assicurare in un mercato contiguo a quello in cui detiene la posizione dominante un trattamento preferenziale ai clienti che si impegnano a restarle fedeli nel mercato in cui è dominante, così da proteggere la propria posizione in quel mercato¹⁵. In *Tetrapak II*, la Corte di giustizia ha sostenuto che in circostanze eccezionali è possibile anche un abuso in un mercato diverso da quello in cui è detenuta la posizione dominante volto a restringere la concorrenza nel mercato non dominato. Nel caso di specie, che riguardava presunte pratiche leganti e prezzi predatori, si è ritenuto che le circostanze eccezionali fossero presenti perché Tetra Pak aveva comunque una posizione di preminenza anche nel mercato non dominato, questo era contiguo al mercato dominato e la maggior parte dei clienti di Tetra Pak acquistava prodotti in entrambi i mercati¹⁶.

¹³ C. giust., 14 febbraio 1978, "United Brands", cit., punto 122; Trib. CE, 23 ottobre 2003, causa T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd c. Commissione*, in *Racc.* 2003, p. II-4662.

¹⁴ Dec. Comm. UE, 5 dicembre 2001, 2003/569/CE, COMP 37.614, "Interbrew", in G.U.U.E. L 200, 7 agosto 2003, p. 1.

¹⁵ C. giust., 6 aprile 1995, causa C-310/93 P,

BPB Industries plc e British Gypsum Ltd c. Commissione, in *Racc.* 1995, p. I-896.

¹⁶ C. giust., 14 novembre 1996, "Tetra Pak II", cit., punti 27-31; cfr. anche C. giust., 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB - "TeliaSonera"*, in *Racc.* 2011, p. I-527, punto 87.

La giurisprudenza comunitaria ha sottolineato che la posizione dominante deve essere valutata autonomamente nei singoli casi: l'accertamento di una posizione dominante in un caso specifico non può essere automaticamente utilizzato per l'applicazione della normativa in un caso successivo¹⁷. Questo approccio si applica anche nei mercati liberalizzati, caratterizzati in precedenza da una situazione di monopolio a norma di legge: la sussistenza della posizione dominante dell'ex monopolista va valutata alla luce delle nuove condizioni del mercato¹⁸.

Un'impresa può essere considerata in posizione dominante ai fini dell'applicazione della disciplina dell'abuso in corrispondenza a vari livelli di potere di mercato, sino al limite estremo di una permanente situazione di monopolio. Nel caso *Compagnie Maritimes Belge*, relativo ai comportamenti di prezzo di una conferenza marittima con una quota di mercato superiore al 90%, la Corte di giustizia ha accettato la qualificazione di pratica abusiva in relazione all'applicazione selettiva di prezzi bassi ma comunque superiori ai costi, che in genere non sarebbe considerata un abuso¹⁹. Più in generale, nei casi in cui l'impresa gode di una posizione dominante che si avvicina al monopolio (cd. superdominanza) la giurisprudenza ha in alcuni casi mostrato disponibilità ad accettare un'analisi troncata dei possibili effetti anticoncorrenziali del comportamento dell'impresa, ponendo su questa l'onere di provare l'assenza di tali effetti²⁰. Nella recente pronuncia pregiudiziale nel caso *Telia Sonera*, la Corte sostiene che in generale il grado di potere di mercato dell'impresa dominante è rilevante per la valutazione degli effetti della

condotta, piuttosto che ai fini della qualificazione di un determinato comportamento come abusivo²¹.

3. *Posizione dominante collettiva.* – Oltre che all'abuso da parte di una singola impresa, l'art. 102 fa riferimento all'abuso da parte di «più imprese» di una posizione dominante. Nella sentenza *Vetro piano*, il Tribunale di primo grado ha chiarito che la nozione di posizione dominante collettiva è distinta da quella di accordo o pratica concordata ai sensi dell'art. 101, e deve essere dimostrata autonomamente²². In particolare, per provare l'esistenza di una posizione dominante collettiva occorre dimostrare che «due o più entità economiche indipendenti siano, su un mercato specifico, unite da tali vincoli economici che per tale motivo esse detengono insieme una posizione dominante rispetto agli altri operatori sullo stesso mercato»²³. I giudici europei hanno per la prima volta ritenuto sufficientemente provata la sussistenza di una posizione dominante collettiva nel caso della conferenza marittima *Cewal*, in quanto oltre agli accordi tra le compagnie marittime costitutivi della conferenza *Cewal* (esentati ai sensi dell'art. 101 § 3 TFUE), esistevano tra le compagnie legami tali da fare adottare loro una linea d'azione comune sul mercato. La conferenza operava in concreto come una singola impresa e prendeva decisioni unilaterali in autonomia rispetto alle imprese aderenti²⁴. Nella pronuncia che ha respinto il ricorso contro la decisione del Tribunale, la Corte di giustizia ha confermato che la posizione dominante collettiva richiede che le imprese si presentino sul mercato come un singolo soggetto; l'esistenza di un accordo

¹⁷ Trib. CE, 22 marzo 2000, cause riunite T-125 e 127/97, *The Coca-Cola Company e Coca-Cola Enterprises Inc. c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. II-1737, punti 81-82.

¹⁸ Trib. Milano 5 dicembre 2005, in *Dir. ind.*, 2006, vol. 5, p. 447.

¹⁹ C. giust., 16 marzo 2000, cause riunite C-395-396/96 P, *Compagnie maritimes belge transports SA e a. c. Commissione* - "Compagnie Maritimes Belge", in *Racc.* 2000, p. I-1442.

²⁰ C. giust., 14 novembre 1996, "Tetra Pak II", cit.

²¹ C. giust., 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punti 78-82.

²² Trib. CE, 10 marzo 1992, cause riunite T-68, 77-78/89, *Società italiana vetro SpA e a. c. Commissione* - "Vetro piano", in *Racc.* 1992, p. II-1405, punto 360.

²³ *Ibidem*, punto 358.

²⁴ Trib. CE, 8 ottobre 1996, cause riunite T-24-25-26, 28/93, *Compagnie maritimes belge transports SA e Compagnie maritimes belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. e Nedlloyd Lijnen BV c. Commissione*, in *Racc.* 1996, p. II-1207, punto 67.

o di altri vincoli giuridici non è indispensabile; l'accertamento della posizione dominante potrebbe infatti «risultare da altri fattori di correlazione e dipenderebbe da una valutazione economica e, in particolare, da una valutazione della struttura del mercato di cui trattasi»²⁵. Sia nel controllo delle concentrazioni²⁶, sia con riferimento all'abuso di posizione dominante²⁷, la giurisprudenza ha indicato che, in assenza di legami strutturali, per dimostrare una posizione dominante collettiva occorre dimostrare che vi sono le condizioni di un oligopolio collusivo: a) il mercato deve essere sufficientemente trasparente da consentire alle imprese di monitorare eventuali comportamenti devianti; b) il sistema deve essere reso stabile da una credibile minaccia di punizioni in caso di deviazione; c) fattori esterni, tra cui in particolare la reazione dei concorrenti attuali o potenziali e degli acquirenti non devono essere in grado di pregiudicare i risultati dell'equilibrio collassivo.

III. PARTE SOSTANZIALE DEL MERCATO COMUNE

L'art. 102 TFUE si applica quando la posizione dominante riguarda il mercato comune o una sua parte rilevante. La *ratio* sembra quella di escludere dall'ambito di applicazione le ipotesi in cui il mercato interessato può essere considerato «di importanza minore» (*de minimis*).

Nella sentenza *Suiker Unie* la Corte di Giustizia ha indicato che, nel compiere tale valutazione, è necessario «prendere in considerazione, fra l'altro, la struttura

e il volume della produzione e del consumo della merce in questione, come pure le abitudini e le capacità economiche dei venditori e degli acquirenti»²⁸. Non si tratta quindi di considerare solo le dimensioni geografiche e della popolazione coinvolta, ma anche il rilievo del mercato dal punto di vista della produzione e del consumo. La giurisprudenza ha ritenuto che anche mercati corrispondenti a una parte del territorio di uno Stato membro potessero costituire «una parte rilevante» del mercato comune²⁹; persino singoli porti o aeroporti possono essere considerati tali quando hanno un particolare rilievo commerciale³⁰. Può costituire una parte rilevante del mercato comune anche una pluralità di piccoli mercati locali distinti, contigui³¹ o non contigui³².

IV. NOZIONE DI ABUSO

Il presupposto logico della disciplina contenuta nell'art. 102 TFUE è che la posizione dominante genera una «speciale responsabilità» dell'impresa per il corretto funzionamento del mercato³³; è per questo motivo che determinati comportamenti sono vietati se posti in essere da imprese dominanti e sono considerati leciti se posti in essere da imprese che non sono tali. La nozione di «speciale responsabilità» non aiuta però, in quanto tale, a distinguere i comportamenti legittimi dagli abusi.

La giurisprudenza ha presto indicato che il divieto dell'abuso di posizione dominante non riguarda soltanto i comportamenti con cui l'impresa sfrutta il pro-

²⁵ C. giust., 16 marzo 2000, «Compagnie Maritimes Belge», cit., punto 45.

²⁶ Trib. CE, 6 giugno 2002, causa T-342/99, *Airtours plc c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-2592.

²⁷ Trib. CE, 26 gennaio 2005, causa T-193/02, *Laurent Piau c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. II-217, punto 111.

²⁸ C. giust., 16 dicembre 1975, cause riunite C-40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e a. c. Commissione*, in *Racc.* 1975, p. 1663, punto 371.

²⁹ C. giust., 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner c. Landkreis Südwestpfalz*, in *Racc.* 2001, p. I-8137, punto 38.

³⁰ C. giust., 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Merci Convenzionali Porto Genova c. Siderurgica Gabrielli SpA*, in *Racc.* 1991, p. I-5923; C. giust., 29 marzo 2001, causa C-163/99, *Repubblica portoghese c. Commissione*, in *Racc.* 2001, p. I-2638.

³¹ C. giust., 5 ottobre 1994, causa C-323/93, *Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle c. Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne*, in *Racc.* 1994, p. I-5097, punto 17.

³² C. giust., 4 maggio 1988, causa C-30/87, *Corinne Bodson c. SA Pompes Funèbres des Régions Libérées - "Bodson"*, in *Racc.* 1988, p. 2507.

³³ C. giust., 9 novembre 1983, «Michelin I», cit., punto 57.

prio potere di mercato nei confronti delle controparti commerciali (cd. abusi di sfruttamento), ma anche i comportamenti nei confronti dei concorrenti (cd. abusi escludenti). In particolare, nella sentenza *Continental Can* la Corte di Giustizia ha indicato che l'art. 102 «non riguarda soltanto le pratiche che possano causare direttamente un danno ai consumatori, bensì anche quelle che recano loro pregiudizio modificando un regime di concorrenza effettiva»³⁴. Di fatto, i casi di applicazione dell'art. 102 TFUE da parte della Commissione europea hanno riguardato prevalentemente abusi a carattere escludente.

Un'altra caratteristica della disciplina che è stata chiara fin dall'inizio è il carattere oggettivo del concetto di abuso³⁵. La dimensione soggettiva, e in particolare il carattere intenzionale o meno, della condotta, non rileva per la sua qualificazione come abuso, anche se può rilevare in una fase successiva ai fini della determinazione della sanzione.

I casi di applicazione del divieto di abuso di posizione dominante da parte della Commissione europea e sottoposti al vaglio della Corte di Giustizia non sono particolarmente numerosi e i criteri applicativi hanno generato un ampio dibattito. Del resto, il tema della disciplina della condotta unilaterale delle imprese è uno dei più delicati del diritto della concorrenza, in tutti gli ordinamenti³⁶.

Nella disciplina dell'abuso di sfruttamento, in particolare, il rischio è quello di una deriva verso una generalizzata regolazione dei mercati. Nella disciplina dei comportamenti escludenti, invece, la difficoltà è distinguere tra i comportamenti (anche aggressivi) dell'impresa dominante che fanno parte del normale pro-

cesso concorrenziale e i comportamenti volti ad escludere i concorrenti in modo abusivo, che sono oggetto del divieto.

Con riferimento agli abusi escludenti, la giurisprudenza comunitaria riconosce che all'impresa dominante non è vietato competere, anche in modo aggressivo, e ha da tempo tradotto il problema in termini di condotte che deviano dalla "concorrenza normale" (o "concorrenza nel merito"). Nella sentenza *Hoffman-La Roche*, la Corte ha indicato che la nozione di abuso 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 o servizi, (...) la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza"³⁷.

Il compito, quindi, è quello di accertare quali condotte escludenti dell'impresa dominante non costituiscano "concorrenza normale" o "concorrenza nel merito". Nel 2004 la Commissione europea ha promosso un ampio dibattito sulle modalità applicative della disciplina dell'abuso, anche per fare fronte alle accuse spesso rivolte all'approccio europeo di mirare alla protezione dei concorrenti, invece che del processo concorrenziale, e alle critiche incentrate sull'eccessivo formalismo dei criteri di valutazione. Dopo ampie consultazioni, nel 2009 sono stati pubblicati gli «Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 102 TFUE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti»³⁸. In tale docu-

³⁴ C. giust., 21 febbraio 1973, causa C-6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione* - "Continental Can", in *Racc.* 1973, p. 215, punto 26.

³⁵ C. giust., 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La Roche", cit., punto 91.

³⁶ Cfr. ad esempio ICN, Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power and State-Created Monopolies, 2007.

³⁷ C. giust., 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La

Roche", cit., punto 91; cfr. anche C. giust., 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG c. Commissione* - "Deutsche Telekom", in *Racc.* 2010, p. I-9555, punto 177; C. giust., 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punto 43.

³⁸ Comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in G.U.U.E. C-45, 24 febbraio 2009, p. 7.

mento, la Commissione europea propone uno schema strutturato di valutazione che intende seguire nell'applicazione dell'art. 102 TFUE agli abusi escludenti.

In estrema sintesi, la Commissione dichiara che nell'applicazione dell'art. 102 TFUE la finalità «è la tutela dell'efficace processo concorrenziale e non la semplice tutela dei concorrenti. Questo può anche significare che usciranno dal mercato i concorrenti che presentano ai consumatori un'offerta meno interessante in termini di prezzo, scelta, qualità e innovazione» (§ 6). Occorre impedire che le imprese dominanti «ostacolino lo svolgimento della concorrenza effettiva precludendo il mercato ai loro concorrenti *in modo anticoncorrenziale* con conseguenti effetti negativi per il benessere dei consumatori, sia in forma di prezzi più elevati di quelli altrimenti vigenti, sia in altra forma, ad esempio limitando la qualità o riducendo la scelta dei consumatori» (§ 19). In questo contesto la Commissione propone una nozione di abuso escludente basata su due elementi: la preclusione (la condotta ostacola o impedisce l'effettivo ingresso dei concorrenti, attuali o potenziali, alle forniture o ai mercati) e l'impatto anticoncorrenziale, attuale o probabile. La condotta ha un impatto anticoncorrenziale quando, precludendo il mercato ai concorrenti, consente all'impresa di aumentare i prezzi o peggiorare le condizioni di offerta a danno dei clienti.

Secondo questo approccio, la condotta dell'impresa dominante può essere quindi qualificata come abusiva solo sulla base di una credibile teoria del danno concorrenziale che da essa può derivare. Nella sua

recente prassi decisionale la Commissione ha dedicato particolare attenzione all'impatto, attuale o potenziale, delle condotte dell'impresa dominante sul mercato³⁹.

Gli Orientamenti della Commissione non sono vincolanti per i giudici europei e per i giudici nazionali. Essi costituiscono comunque, come sottolineato nel parere dell'Avvocato Generale Mazak nel caso *Telia Sonera* «una base utile di riferimento»⁴⁰.

Pur essendovi pronunce dei giudici europei che sembrano prescindere dall'approccio proposto dalla Commissione per seguire modelli più tradizionali⁴¹, un certo numero di sentenze recenti raccoglie alcuni degli spunti proposti negli Orientamenti, in particolare attribuendo rilievo all'analisi dell'impatto anticoncorrenziale della condotta dell'impresa dominante sul mercato ai fini della sua qualificazione come condotta abusiva⁴². I giudici europei hanno anche in più occasioni accolto il principio in base al quale per accertare se i comportamenti di prezzo dell'impresa dominante siano abusivi occorre valutare la loro idoneità ad escludere dal mercato un'impresa «almeno altrettanto efficiente» rispetto all'impresa dominante⁴³. Ciò significa, in particolare, che nel valutare se determinati prezzi siano escludenti tenuto conto del livello dei costi si potrà fare riferimento alle condizioni di costo dell'impresa dominante.

V. GIUSTIFICAZIONI OGGETTIVE ED EFFICIENZA

L'art. 102 TFUE, a differenza dell'art. 101 TFUE, non indica specifiche condi-

³⁹ Dec. Comm., 24 marzo 2004, 2007/53/CE, COMP 37.792, "Microsoft", in G.U.U.E. L 32, 6 febbraio 2007, confermata in appello in Trib. CE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commissione* - "Microsoft", in *Racc.* 2007, p. II-3619; Dec. Comm., 13 maggio 2009, 2009/C 227/06, COMP 37.990, "Intel", in G.U.U.E. C-227, 22 settembre 2009, p. 13.

⁴⁰ Concl. Mazak, 2 settembre 2010, causa C-52/09, "Telia Sonera", in *Racc.* 2011, p. I-00527, nota 21.

⁴¹ C. giust., 19 aprile 2012, causa C-549/10 P, *Tomra Systems ASA e a. c. Commissione*, non ancora pubblicata.

⁴² C. giust., 14 ottobre 2010, "Deutsche Te-

lekom", cit., punti 252-254 e 259; C. giust., 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punti 66-74; C. giust., 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark A/S c. Konkurrenserådet* - "Post Danmark", non ancora pubblicata, punto 44; Trib. UE, 29 marzo 2012, causa T-336/07, *Telefónica, SA e Telefónica de España SA c. Commissione* - "Telefónica", non ancora pubblicata, punti 201 e 275-276.

⁴³ C. giust., 14 ottobre 2010, "Deutsche Telekom", cit., punto 177; C. giust., 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punti 31-33; C. giust., 27 marzo 2012, "Post Danmark", cit., punti 21-22, 25 e 38; Trib. UE, 29 marzo 2012, T-336/07, "Telefónica", punti 189-191.

zioni in presenza delle quali una condotta restrittiva della concorrenza è comunque compatibile con il Trattato (cd. eccezione legale). La giurisprudenza comunitaria ha però da tempo affermato il principio per cui il comportamento restrittivo della concorrenza dell'impresa dominante può non essere ritenuto abusivo ai sensi dell'art. 102 TFUE se si fonda su giustificazioni oggettive e le restrizioni della concorrenza sono necessarie e proporzionate⁴⁴.

In alcune recenti sentenze la Corte di Giustizia ha mostrato disponibilità a tenere conto nell'applicazione dell'art. 102 anche di giustificazioni in termini di incrementi di efficienza idonei a compensare l'impatto anticoncorrenziale sui consumatori⁴⁵.

Mentre l'onere di provare la posizione dominante e il carattere anticoncorrenziale della condotta spetta al soggetto che denuncia l'abuso, l'onere di provare che la condotta è giustificata per motivi oggettivi o di efficienza ricade sull'impresa dominante.

VI. TIPOLOGIE DI ABUSO

1. *Rifiuto di contrarre*. – A differenza dell'impresa operante in condizione di monopolio legale che, in base all'art. 2597 c.c., a fronte di una richiesta di prestazioni ha l'obbligo di contrarre assicurando la parità di trattamento, l'impresa in posizione dominante in linea di principio è libera, come le altre imprese, di scegliere con chi contrarre e di porre fine a rapporti commerciali esistenti. Queste scelte fanno parte della normale strategia economica di un'impresa che può tenere

in questo modo conto dei diversi fattori che rendono più o meno conveniente avere rapporti commerciali con un determinato soggetto.

Il rifiuto di contrarre da parte dell'impresa dominante può però configurare un abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE quando determina un impatto negativo sulla concorrenza. Ciò può accadere in particolare quando l'impresa dominante è verticalmente integrata e dispone di un fattore della produzione (bene o servizio) l'accesso al quale è essenziale per operare in un mercato in cui anch'essa opera⁶. Il rifiuto può riguardare ad esempio: l'accesso a un'infrastruttura fisica (porti, aeroporti, reti)⁴⁷; a un servizio di distribuzione; a un sistema di prenotazione; a pezzi di ricambio o pezzi accessori⁴⁸; a un'informazione proprietaria o a un diritto di proprietà intellettuale.

Può costituire un abuso non solo l'interruzione di un rapporto commerciale già esistente, ma anche il rifiuto di fornire un soggetto con cui non vi sono ancora relazioni commerciali.

Secondo la giurisprudenza, affinché il rifiuto di concedere l'accesso a un bene o servizio sia abusivo occorre che esso sia indispensabile per operare nel mercato in cui l'impresa richiedente è concorrente dell'impresa dominante. Non vi è abuso, quindi, se il bene, l'infrastruttura o il servizio può essere duplicato con costi e tempi ragionevoli o se vi sono comunque modalità alternative, attuali o potenziali, di operare sul mercato interessato⁴⁹. Nella sentenza *Oscar Bronner* la Corte di Giustizia ha indicato che l'impresa a cui fare riferimento nel valutare se sia possibile realizzare modalità alternative di accesso al

⁴⁴ C. giust., 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways plc c. Commissione* - "British Airways", in *Racc.* 2007, p. I-2373, punti 69 e 86; C. giust., 3 ottobre 1985, causa C-311/84, *SA Centre belge d'études de marché - télémarketing (CBEM) c. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e SA Information publicité Benelux (IPB) - "Télémarketing"*, in *Racc.* 1985, p. 3270, punto 27.

⁴⁵ C. giust., 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punto 76; C. giust., 27 marzo 2012, "Post Danmark", cit., punti 40-43.

⁴⁶ C. giust., 6 marzo 1974, "Commercial Solvents", cit.

⁴⁷ Dec. Comm., 21 dicembre 1993, 94/19/CE,

COMP IV/34.689, "Sea Containers c. Stena Sealink", in G.U.C.E. L 15, 18 gennaio 1994, p. 8.

⁴⁸ C. giust., 31 maggio 1979, causa C-22/78, *Hugin Kassaregister AB e Hugin Cash Registers Ltd c. Commissione*, in *Racc.* 1979, p. 1869; C. giust., 2 marzo 1994, causa C-53/92 P, *Hilti AG c. Commissione* - "Hilti", in *Racc.* 1994, p. I-693.

⁴⁹ C. giust., 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*. - "Oscar Bronner", in *Racc.* 1998, p. I-7817.

mercato è un'impresa della stessa dimensione dell'*incumbent*⁵⁰.

Un secondo requisito che deve essere soddisfatto affinché il rifiuto di contrarre sia abusivo è che esso determini l'eliminazione di una concorrenza effettiva dal mercato⁵¹: l'oggetto della tutela infatti non è il singolo concorrente, ma la concorrenza, a vantaggio dei consumatori.

Il rifiuto di contrarre non è considerato abusivo se ha una giustificazione oggettiva (ad esempio, assenza di capacità disponibile, mancanza di solvibilità della controparte)⁵².

Nel caso in cui l'oggetto della controversia sia l'accesso a un diritto di proprietà intellettuale o a un'informazione proprietaria, la Corte di Giustizia ha posto un ulteriore requisito perché il rifiuto di contrarre possa essere considerato abusivo: occorre che esso pregiudichi l'offerta di un nuovo prodotto per il quale vi è una potenziale domanda da parte dei consumatori⁵³. Nel caso *Microsoft*, il Tribunale ha considerato sufficiente, in luogo di questo criterio, dimostrare che il rifiuto di contrarre ostacola lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori⁵⁴.

In linea generale va tenuto presente che un obbligo generalizzato dell'impresa a contrarre potrebbe avere effetti negativi sui suoi incentivi a innovare e investire e indurre comportamenti di *free-riding* da parte dei concorrenti, volti a sfruttare opportunisticamente gli investimenti effettuati dall'operatore dominante⁵⁵. I requisiti individuati dalla giurisprudenza possono essere visti come funzionali a limitare l'obbligo a contrarre a circostanze eccezionali, quando dal comportamento

dell'impresa deriva chiaramente un pregiudizio per la concorrenza e quindi per i consumatori.

In alcuni casi è stato considerato abusivo anche il rifiuto di contrarre da parte di un'impresa dominante non verticalmente integrata. Nel caso *United Brands*, ad esempio, l'interruzione delle relazioni commerciali con un distributore considerata abusiva costituiva una ritorsione alla commercializzazione da parte del distributore di prodotti di un'impresa concorrente⁵⁶.

2. *Margin squeeze*. – Un'ulteriore tipologia di abuso a carattere escludente consiste nella cosiddetta compressione dei margini di rivendita (*margin squeeze*). Si tratta del caso in cui un'impresa verticalmente integrata che detiene una posizione dominante nel mercato di un *input* a monte e opera in concorrenza con altre imprese nel mercato a valle, fissa i prezzi dell'*input* a un livello così elevato o i prezzi di vendita del proprio prodotto nel mercato a valle a un livello così basso da non lasciare all'impresa concorrente attiva solo nel mercato a valle un margine di rivendita sufficiente per continuare ad operare⁵⁷.

Nella valutazione della presunta impossibilità di continuare a operare sul mercato occorre in linea di principio fare riferimento a un'impresa "altrettanto efficiente" rispetto all'impresa dominante: i costi da prendere in considerazione per valutare la profittabilità della permanenza sul mercato sono quindi, in via prioritaria, quelli dell'impresa dominante⁵⁸.

⁵⁰ C. giust., 26 novembre 1998, "Oscar Bronner", cit.; C. giust., 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG*, - "IMS", in *Racc.* 2004, p. I-5069.

⁵¹ C. giust., 3 ottobre 1985, "Télémarketing", cit.; C. giust., 26 novembre 1998, "Oscar Bronner", cit.; Trib. UE, 17 settembre 2007, "Microsoft", cit.

⁵² C. giust., 6 aprile 1995, causa C-241/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commissione* - "RTE", in *Racc.* 1995, p. I-808.

⁵³ C. giust., 6 aprile 1995, "RTE", cit.; C. giust., 29 aprile 2004, "IMS", cit.

⁵⁴ Trib. CE, 17 settembre 2007, "Microsoft", cit.

⁵⁵ Comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, cit., § 75.

⁵⁶ C. giust., 14 febbraio 1978, "United Brands", cit.

⁵⁷ Trib. UE, 30 novembre 2000, causa T-5/97, *Industrie des poudres sphériques SA c. Commissione* - "Industrie des poudres sphériques", in *Racc.* 2000, p. II-3759.

⁵⁸ Trib. CE, 30 novembre 2000, "Industrie des poudres sphériques", cit.; Trib. CE, 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom AG c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. II-485; C. giust.,

Affinché la compressione dei margini abbia un impatto restrittivo della concorrenza potenzialmente pregiudizievole per i consumatori occorre che l'*input* sia essenziale per operare nel mercato a valle. La Corte di Giustizia, nella sentenza *Telia Sonera*, ha sostenuto la necessità di dimostrare l'impatto restrittivo della concorrenza del *margin squeeze*, ma ha ritenuto che si tratti di un abuso autonomo rispetto a quello consistente nel rifiuto di contrarre⁵⁹.

3. *Prezzi predatori*. – Viene definita predatoria la condotta in base alla quale l'impresa sopporta intenzionalmente per un certo periodo un sacrificio in termini di profitti in modo da precludere il mercato a uno o più concorrenti, con l'obiettivo di aumentare il proprio potere di mercato. La possibilità di applicare in futuro prezzi più elevati grazie alla riduzione della concorrenza nel mercato rende razionale un comportamento che nel breve periodo non sarebbe profittevole.

All'impresa dominante non è vietato competere, anche in modo aggressivo, nei confronti dei concorrenti e dei nuovi entranti⁶⁰. In particolare, l'art. 102 TFUE non è volto ad assicurare la permanenza sul mercato di concorrenti meno efficienti dell'impresa in posizione dominante⁶¹. Sono però vietati quei comportamenti che, attraverso il loro impatto sulla concorrenza, sono suscettibili di determinare su un orizzonte di tempo più ampio un pregiudizio per i consumatori⁶².

Per determinare il carattere predatorio della condotta, viene in genere verificato se i prezzi applicati dall'impresa dominante siano inferiori a determinati indicatori di costo. Valutare se un prezzo sia "sottocosto" rispetto ai costi dell'impresa dominante consente di accertare se la condotta sia idonea a precludere il mercato a un concorrente altrettanto efficiente.

Nella sentenza *Akzo* la Corte di Giustizia ha osservato che se i prezzi sono inferiori ai costi medi variabili (AVC) sarebbe più profittevole per l'impresa cessare la produzione e si può quindi presupporre il carattere predatorio della condotta, salva la possibilità per l'impresa di spiegare diversamente il proprio comportamento. Se il prezzo copre i costi variabili e parte dei costi fissi di produzione (è superiore al costo medio variabile AVC ma inferiore al costo medio totale ATC), il carattere predatorio non può essere presunto: occorre dimostrare l'esistenza di un «disegno inteso ad eliminare un concorrente»⁶³.

Negli Orientamenti del 2009, la Commissione sviluppa l'intuizione sottostante la pronuncia della Corte nel caso *Akzo*, proponendo l'utilizzo di ulteriori indicatori di costo: il costo medio evitabile, dato dalla somma del costo medio variabile e della media dei costi fissi che l'impresa avrebbe potuto evitare rinunciando a produrre nel periodo rilevante (AAC) e il costo medio incrementale di lungo periodo (LRAIC), che è la media di tutti i costi necessari per realizzare un determinato prodotto, inclusi i costi che nel breve periodo sono fissi e irrecuperabili ed esclusi i costi comuni.

Secondo la Commissione, se i prezzi sono inferiori al costo medio evitabile, la sussistenza di un sacrificio nel breve periodo può essere presunta. Se l'impresa invece pratica un prezzo superiore al costo medio evitabile ma inferiore al costo medio incrementale di lungo periodo (LRAIC), non si può presumere che la condotta comporti un sacrificio. Infatti può essere comunque conveniente coprire i costi medi evitabili e parte degli altri costi incrementali. In queste ipotesi, per dimostrare che il comportamento è predatorio occorrono altri elementi atti a provare che vi sia una strategia escludente.

14 ottobre 2010, "Deutsche Telekom"; C. giust., 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit.

⁵⁹ C. giust., 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punti 54-58; cfr. anche Trib. UE, 29 marzo 2012, "Telefonica", cit., punti 178-181.

⁶⁰ Dec. Comm., 14 dicembre 1985, 85/609/CEE, COMP IV/30.698, "ECS c. Akzo Chemie", in G.U.C.E. L 374, 31 dicembre 1985, p. 1, punto 81.

⁶¹ C. giust., 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punti 31-33; C. giust., 27 marzo 2012, "Post Danmark", cit., punti 21-22.

⁶² C. giust., 27 marzo 2012, "Post Danmark", cit., punto 20; C. giust., 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punto 24.

⁶³ C. giust., 3 luglio 1991, "AKZO", cit., punti 71 e 72.

Considerare il costo medio incrementale può essere appropriato, in particolare, nei mercati in cui i costi sono prevalentemente fissi e i costi variabili sono irrisori⁶⁴.

Nella sentenza *Post Danmark*, la Corte di giustizia ha considerato i nuovi indicatori di costo, sostenendo che l'applicazione da parte dell'impresa dominante di prezzi superiori al costo medio evitabile del prodotto considerato ma inferiori al costo medio totale attribuibile a tale prodotto non può essere considerata di per sé un abuso escludente⁶⁵.

La prassi decisionale della Commissione e la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia attribuiscono un peso crescente alla valutazione dell'effettiva capacità della condotta di esercitare un effetto di preclusione e di comportare una restrizione della concorrenza a danno dei consumatori. In *Post Danmark* la Corte ha indicato che, se i prezzi sono superiori ai costi medi incrementali ma inferiori ai costi medi totali, per valutare se la condotta sia restrittiva occorre verificare se essa comporti un effetto, attuale o potenziale, di esclusione restrittivo della concorrenza e, quindi, pregiudizievole dell'interesse dei consumatori. Gli elementi di cui tenere conto in questa valutazione includono in linea di principio anche la valutazione di eventuali barriere all'entrata che consentirebbero lo sfruttamento del potere di mercato al termine della fase di concorrenza aggressiva. Comunque, sinora la Corte di giustizia ha escluso la necessità di provare che al termine della fase di concorrenza predatoria vi sarebbe una realistica possibilità di re-

cupero delle perdite sopportate (cd. *recoupment*)⁶⁶.

In presenza di particolari circostanze, la giurisprudenza ha considerato un abuso di posizione dominante anche l'applicazione selettiva di prezzi superiori ai costi medi totali, nell'ambito di più ampie strategie escludenti⁶⁷. Di regola, tuttavia, l'applicazione di prezzi superiori ai costi medi totali non è considerata una pratica predatoria, in quanto non è in grado di precludere il mercato a un'impresa altrettanto efficiente⁶⁸.

4. *Rapporti di esclusiva e sconti condizionati*. – Imporre ai clienti di rifornirsi esclusivamente, o per la maggior parte dei propri acquisti, dall'impresa dominante è in linea di massima considerato un abuso di posizione dominante⁶⁹. Può costituire un comportamento abusivo anche un'esclusiva imposta di fatto. Ad esempio, il comodato gratuito di un refrigeratore con il vincolo di utilizzarlo solo per i prodotti dell'impresa è stato considerato, in particolari condizioni, assimilabile a un obbligo di acquisto esclusivo⁷⁰.

Simmetricamente, l'obbligo per i fornitori di servire esclusivamente l'impresa dominante può costituire un abuso a carattere escludente dal lato della domanda⁷¹.

Nell'applicazione dell'art. 102 TFUE non rilevano i motivi che possono rendere più o meno conveniente l'accettazione del vincolo di esclusiva all'interno del rapporto bilaterale; ciò che conta è l'idoneità dell'esclusiva ad avere un impatto negativo sulla struttura della concorrenza nel mercato rilevante⁷². La dottrina ha sotto-

⁶⁴ Dec. Comm., 20 marzo 2001, 2001/354/CE, COMP 35.141, "Deutsche Post AG", in G.U.C.E. L 125, 5 maggio 2001, p. 27.

⁶⁵ C. giust., 27 marzo 2012, "Post Danmark", cit., punto 44.

⁶⁶ C. giust., 14 novembre 1996, "Tetra Pak II", cit., punto 44; C. giust., 2 aprile 2009, "France Télécom", cit., punto 37.

⁶⁷ Trib. CE, 8 ottobre 1996, "Compagnie maritimes belge", cit.; C. giust., 3 luglio 1991, "Akzo"; C. giust., 2 marzo 1994, "Hilti", cit.; C. giust., 10 luglio 2001, causa C-497/99 P, *Irish Sugar plc c. Commissione*, in *Racc.* 2001, p. I-5335.

⁶⁸ C. giust., 27 marzo 2012, "Post Danmark", cit., punto 36.

⁶⁹ C. giust., 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La Roche", cit.

⁷⁰ Trib. CE, 23 ottobre 2003, causa T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd. c. Commissione - "Van den Bergh Foods"*, in *Racc.* 2003, p. II-4662.

⁷¹ Dec. Comm. UE, 22 febbraio 2006, 2006/520/CE, COMP/B-2/38.381, "De Beers", in G.U.U.E. L 205 del 27 luglio 2006, p. 24.

⁷² Trib. CE, 23 ottobre 2003, "Van den Bergh Foods", cit.; C. giust., 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo e a. c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*, in *Racc.* 1994, p. I-1508.

lineato che, da un punto di vista economico, per effettuare tale valutazione occorre verificare se l'esclusiva determini un aumento del potere di mercato dell'impresa dominante. Rileva, a tal fine, considerare quale sia la parte di mercato interessata dall'esclusiva, la durata della stessa⁷³, l'esistenza di canali alternativi attraverso i quali i concorrenti potrebbero comunque accedere al mercato⁷⁴. Se l'esclusiva è necessaria per realizzare investimenti specifici a vantaggio del contraente, questa circostanza può essere considerata come giustificazione in termini di efficienza.

Gli sconti fedeltà, condizionati all'impegno da parte del cliente ad acquistare esclusivamente dall'impresa dominante, sono assimilabili a un obbligo di acquisto esclusivo⁷⁵. Tradizionalmente nell'applicazione dell'art. 102 TFUE gli sconti condizionati a determinati comportamenti dell'acquirente (acquisti al di sopra di una determinata soglia nel periodo di riferimento), se posti in essere dall'impresa dominante, sono stati valutati come tendenzialmente abusivi⁷⁶, salva la possibilità di giustificarli mostrando che vi è una diretta connessione con una riduzione dei costi di produzione o distribuzione dell'impresa⁷⁷.

La dottrina ha evidenziato come questo approccio nei confronti degli sconti costituisca un'area critica del diritto *anti-trust* europeo in quanto può limitare ingiustificatamente l'esplicarsi della concorrenza di prezzo. Queste critiche suggeriscono che il carattere abusivo degli sconti condizionati dovrebbe essere valutato tenendo conto della loro capacità di precludere il mercato a concorrenti efficienti, con un impatto negativo sulla

struttura concorrenziale a pregiudizio dei consumatori. Rileva, a questo fine, valutare se lo sconto praticato dall'impresa dominante sarebbe concretamente replicabile da un'impresa altrettanto efficiente⁷⁸, quanto sia rilevante la parte della domanda interessata dalla condotta, quale sia la durata della condotta e se i concorrenti dispongano di canali alternativi per accedere al mercato⁹.

La giurisprudenza ha sottolineato come sconti basati su soglie individualizzate, definite in relazione al singolo cliente, e retroattivi, ossia applicati anche agli acquisti effettuati prima del superamento della soglia, vadano valutati con particolare attenzione in quanto possono avere un rilevante impatto preclusivo⁸⁰.

5. *Pratiche leganti*. – Abusi a carattere escludente possono essere realizzati anche attraverso l'offerta congiunta di più prodotti da parte dell'impresa dominante. L'impresa può infatti fare leva sulla posizione dominante detenuta nel mercato di uno dei prodotti per precludere ai concorrenti il mercato del prodotto abbinato. L'effetto di restrizione della concorrenza a pregiudizio dei consumatori può avvenire nel mercato del prodotto abbinato, nel mercato del prodotto principale o in entrambi i mercati.

Rientrano in questa categoria di abusi le pratiche di vendita abbinata o *tying*, in base alle quali l'impresa condiziona l'acquisto del prodotto principale all'acquisto del prodotto abbinato⁸¹. Il vincolo può avere natura contrattuale o natura tecnica, quando il prodotto principale è disegnato per operare solo con il prodotto abbinato dell'impresa. Un'altra pratica legante potenzialmente abusiva è il *bund-*

⁷³ Dec. Comm. UE, 17 marzo 2010, 2010/C-133/05, COMP/39.386, "Contratti a lungo termine, Francia", in G.U.U.E. C-133 del 22 maggio 2010, p. 5.

⁷⁴ OCSE, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, OECD Policy Roundtable, 2008.

⁷⁵ C. giust., 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La Roche", cit.

⁷⁶ Trib. CE, 30 settembre 2003, "Michelin II", cit.; C. giust., 15 marzo 2007, "British Airways", cit.

⁷⁷ Trib. CE, 30 settembre 2003, "Michelin II",

cit., punto 59; Trib. CE, 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar plc. c. Commissione* - "Irish Sugar", in *Racc.* 1999, p. II-2975, punto 173.

⁷⁸ Dec. Comm. UE, 13 maggio 2009, 2009/C-227/07, COMP/C-3/37.990, "Intel", in G.U.U.E. C-227 del 22 settembre 2009, p. 13.

⁷⁹ OCSE, cit.

⁸⁰ C. giust., 9 novembre 1983, "Michelin I", cit., punto 71; C. giust., 15 marzo 2007, "British Airways", cit.

⁸¹ C. giust., 2 marzo 1994, "Hilti", cit.; C. giust., 14 novembre 1996, "Tetra Pak II", cit.

ling puro (vendita aggregata), in cui i prodotti sono venduti solo insieme, in proporzioni fisse. Nel caso *Microsoft*, ad esempio, il sistema operativo Windows era venduto solo nella versione che includeva Windows Media Player⁸². Un'ulteriore pratica legante è il *bundling* misto, in cui i due prodotti sono venduti anche separatamente ma il pacchetto è venduto a un prezzo inferiore al prezzo complessivo dei due prodotti acquistati separatamente. Si tratta quindi di uno sconto condizionato all'acquisto di più prodotti.

L'offerta congiunta di prodotti da parte delle imprese è una normale pratica di mercato, che può avere molte giustificazioni economiche, tra cui la riduzione dei costi di transazione per i clienti.

Per valutare se le pratiche leganti, quando poste in essere dalle imprese in posizione dominante, abbiano carattere abusivo occorre anzitutto valutare attentamente se sussista una posizione dominante. Nel caso degli *aftermarkets*, ossia dei prodotti complementari rispetto al prodotto principale che vengono utilizzati successivamente al suo acquisto (ad esempio cartucce, pezzi di ricambio), è importante identificare correttamente il mercato rilevante. Occorre chiedersi, tenendo conto della sostituibilità dal lato della domanda, se vi sia un mercato rilevante dei prodotti secondari, o se il mercato rilevante sia quello dei prodotti secondari compatibili con il prodotto principale di quella determinata marca, o se si debbano considerare insieme il prodotto principale e i prodotti secondari in quanto le condizioni di prezzo applicate sui secondi influiscono sulla scelta del prodotto principale.

In base alla giurisprudenza, affinché l'offerta congiunta possa risultare abusiva, occorre comunque che vi sia potenzialmente una domanda distinta per il prodotto principale e il prodotto abbinato⁸³.

Negli Orientamenti del 2009 la Commissione sottolinea infine che, perché vi sia un impatto escludente anticoncorrenziale, la strategia di offerta congiunta non

deve essere in qualche modo replicabile da concorrenti efficienti (anche attraverso l'offerta di un diverso insieme di prodotti).

6. *Abusi di sfruttamento*. – L'elenco esemplificativo di pratiche abusive contenuto nell'art. 102 TFUE include chiaramente condotte in cui l'impresa dominante sfrutta iniquamente il suo potere di mercato, a prescindere dall'impatto della condotta sulla struttura concorrenziale del mercato: l'imposizione di prezzi o altre condizioni di transazione ingiustificatamente gravose, la limitazione della produzione a danno dei consumatori, l'applicazione di condizioni diverse per prestazioni equivalenti, il subordinare la conclusione di contratti all'accettazione di prestazioni supplementari che non hanno alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

L'applicazione dell'art. 102 TFUE in realtà si è principalmente focalizzata sugli abusi a carattere escludente che restringono la concorrenza, piuttosto che sugli abusi di sfruttamento. I motivi sono principalmente due.

Anzitutto, la posizione dominante non è vietata in quanto tale e il suo sfruttamento, anche attraverso l'applicazione di prezzi elevati, normalmente trova risposta nel mercato stesso, inducendo l'entrata di nuovi concorrenti e l'offerta di prodotti alternativi. Pertanto, precludere in via generale l'esercizio del potere di mercato dell'impresa dominante potrebbe risultare alla fine dannoso per la stessa concorrenza e per i consumatori. Quando vi sono ostacoli strutturali allo sviluppo del processo concorrenziale (ad esempio in situazioni di durevole monopolio naturale) la soluzione più appropriata è la regolazione *ex ante*.

La seconda criticità, nell'applicazione dell'art. 102 TFUE agli abusi di sfruttamento, è che individuare quando una condotta è eccessivamente gravosa è complicato. Occorre infatti fare riferimento a uno *standard* (il prezzo "equo") che non è di facile individuazione. L'analisi tipica-

⁸² Trib. CE, 17 settembre 2007, "*Microsoft*", cit.

⁸³ C. giust., 2 marzo 1994, "*Hilti*", cit.; C.

giust., 14 novembre 1996, "*Tetra Pak II*", cit.; Trib. CE, 17 settembre 2007, "*Microsoft*", cit.

mente richiede precise informazioni sui costi dell'impresa attribuibili al prodotto e una valutazione sul margine di profitto accettabile.

La Corte di Giustizia, nella sentenza *United Brands*, ha riconosciuto che praticare un prezzo eccessivo «privo di ogni ragionevole rapporto con la prestazione fornita» costituisce un abuso rilevante ai sensi dell'art. 102 TFUE. In quel caso, la Corte ha ritenuto che la Commissione, alla quale spettava l'onere di provare il carattere iniquo delle condizioni applicate, non avesse assolto a tale compito in modo adeguato. Secondo la Corte, la Commissione avrebbe dovuto dimostrare anzitutto che la differenza tra costi e prezzi era eccessiva e, in caso di risposta affermativa, provare che il prezzo applicato era iniquo, in quanto tale o rispetto al prezzo di prodotti in concorrenza con il prodotto considerato⁸⁴.

Il metodo del confronto del prezzo applicato dall'impresa dominante con il prezzo di prodotti equiparabili per valutarne l'eventuale iniquità è stato successivamente richiamato in varie decisioni della Commissione e pronunce della Corte⁸⁵. È essenziale, in questi casi, che il confronto venga effettuato con riferimento a situazioni effettivamente comparabili.

La Corte ha sottolineato che l'impresa dominante non può fare leva su costi elevati derivanti dalla propria inefficienza per giustificare il livello dei prezzi applicati⁸⁶.

Costituisce un possibile abuso di sfruttamento anche la condotta attraverso la quale l'impresa dominante effettua una discriminazione di prezzo, applicando

prezzi diversi a clienti con le stesse caratteristiche, a parità di condizioni di costo, determinando per questi un ingiustificato svantaggio nella concorrenza⁸⁷. La giurisprudenza ha sottolineato l'importanza di verificare che si tratti effettivamente di transazioni equivalenti; l'impresa non è tenuta, in particolare, a praticare gli stessi prezzi in mercati che presentano diverse condizioni economiche e concorrenziali⁸⁸. In vari casi di applicazione dell'art. 102 TFUE il divieto di discriminazione dei prezzi è stato utilizzato per rimuovere pratiche pregiudizievoli per il mercato interno, che comportavano ad esempio un diverso trattamento sulla base della nazionalità o del domicilio dei soggetti⁸⁹.

La discriminazione non è considerata abusiva se l'impresa dimostra che è oggettivamente giustificata. La dottrina ha sottolineato che un divieto di per sé della discriminazione di prezzo, anche da parte dell'impresa dominante, può avere conseguenze indesiderabili per il mercato e per i consumatori. Infatti, applicando prezzi diversi l'impresa può riuscire a soddisfare una parte più ampia della domanda potenziale. Se obbligata ad applicare a tutti il medesimo prezzo, l'impresa lo fisserebbe, tenendo conto delle caratteristiche dei mercati, a un livello che non necessariamente sarà il prezzo più basso. Impedire la discriminazione di prezzo può quindi comportare una riduzione delle quantità complessive vendute e il mancato accesso al prodotto per i clienti con minore disponibilità a pagare.

7. *Altre tipologie di abuso.* – Tra le ulteriori pratiche che sono state considerate abusive ai sensi dell'art. 102 TFUE appare utile ricordare: l'imposizione da parte del-

⁸⁴ C. giust., 14 febbraio 1978, "United Brands", cit.

⁸⁵ Dec. Comm. UE, 20 marzo 2001, n. 2001/354/CE, COMP/35.141, "Deutsche Post AG", in G.U.C.E. L 125, del 5 maggio 2001, p. 27; Dec. Comm. UE, 23 luglio 2004, COMP/36.568 - *Scandlines Sverige c. Porto di Helsingborg*; C. giust., 4 maggio 1988, "Bodson", cit.; C. giust., 13 luglio 1989, cause riunite C-110 e 241-242/88, *François Lucazeau e a. c. Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM)*, in *Racc.* 1989, p. 2823.

⁸⁶ C. giust., 13 luglio 1989, causa C-395/87, *Ministère Public c. Jean-Louis Tournier*, in *Racc.* 1989, p. 2565.

⁸⁷ C. giust., 15 marzo 2007, "British Airways", cit.

⁸⁸ C. giust., 14 febbraio 1978, "United Brands", cit.

⁸⁹ C. giust., 17 maggio 1994, causa C-18/93, *Corsica Ferries Italia Srl. c. Corpo dei Piloti del porto di Genova*, in *Racc.* 1994, p. I-1812; C. giust., 2 marzo 1983, causa C-7/82, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) c. Commissione*, in *Racc.* 1983, p. 483.

l'impresa dominante ai propri distributori di un divieto all'esportazione⁹⁰; le condotte volte ad ostacolare l'accesso di prodotti esteri nel mercato di uno Stato membro⁹¹; le operazioni di acquisizione che riducono la concorrenza nel mercato⁹² (anche se l'utilità dell'applicazione dell'art. 102 TFUE a queste ultime fattispecie è stata sostanzialmente ridimensionata con l'introduzione del sistema di controllo preventivo delle concentrazioni).

Nel caso *Promedia* la Commissione ha ritenuto che in particolari circostanze anche un uso pretestuoso della *litigation* da parte dell'impresa dominante possa essere considerato abusivo: occorre dimostrare, a tal fine, che l'azione in giudizio non possa essere ragionevolmente considerata un tentativo dell'impresa di far valere i propri diritti e serva quindi solo a danneggiare la controparte e, inoltre, che rientri all'interno di un piano volto a eliminare la concorrenza. Comportando una limitazione dell'accesso alla giustizia, questa modalità di applicazione dell'art. 102 va limitata a ipotesi del tutto eccezionali⁹³. Nel caso *Astra Zeneca*, è stato considerato abusivo da parte dell'impresa dominante un utilizzo strumentale delle procedure amministrative nel settore della protezione della proprietà intellettuale, idoneo a restringere la concorrenza sul mercato; in particolare, è stato conside-

rato abusivo indurre le autorità pubbliche, attraverso la trasmissione di informazioni ingannevoli, al rilascio di un certificato di protezione complementare⁹⁴.

GINEVRA BRUZZONE

Bibliografia

C.D. EHLERMANN - M. MARQUIS (a cura di), *European Competition Law Annual 2007: a Reformed Approach to article 82 EC*, Oxford-Portland, 2008; D. CARLTON, «Should "Price Squeeze" Be a Recognized Form of Anticompetitive Conduct», in *J. of Comp. Law and Economics*, 2008, vol. 4, p. 2; G. FAELLA, «Incentivi alla fedeltà ed esclusione: sconti e premi fidelizzanti», in *MCR*, 2008, p. 117; A. HEIMLER - G. BRUZZONE, «Abuso di posizione dominante», in *Codice commentato della concorrenza e del mercato* (a cura di A. CATRICALÀ e P. TROIANO), Torino, 2010, p. 78; OCSE, *Excessive Pricing*, OECD Policy Roundtable, 2011; R. O'DONOGHUE - A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford, 2006; C. OSTI, «Abuso di posizione dominante», in *Enc. dir., Annali*, vol. 5, Milano, 2012; A. RENDA - J. TEMPLE LANG (a cura di), *Treatment of Exclusionary Abused under Article 82 of the EC Treaty - Comments on the European Commission's Guidance Paper*, CEPS, Bruxelles, 2009; E. ROUSSEVA - M. MARQUIS, «Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU», in *J. of Eur. Comp. Law and Practice*, vol. IV(1), 2013, p. 32; R. WHISH - D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, 2012, cap. 5, 17, 18 e 19.

⁹⁰ C. giust., 14 febbraio 1978, "United Brands", cit.

⁹¹ Trib. CE, 22 novembre 2001, causa T-139/98, *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) c. Commissione*, in *Racc.* 2001, p. II-3415; Trib. CE, 7 ottobre 1999, "Irish Sugar", cit.

⁹² C. giust., 21 febbraio 1973, "Continental Can", cit.; Dec. Comm. UE, 10 novembre 1992, 93/252/CEE, COMP IV/33.440, "Warner-Lam-

bert/Gillette e altri", in G.U.C.E. L 116, 12 maggio 1993, p. 21.

⁹³ Trib. CE, 17 luglio 1998, causa T-111/96, *ITT Promedia NV c. Commissione*, in *Racc.* 1998, p. II-2941.

⁹⁴ Trib. UE, 1° luglio 2010, "AstraZeneca", cit., confermata da C. giust., 6 dicembre 2012, C-457/10 P, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc. c. Commissione*, non ancora pubblicata.