

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il riparto dell'onere della prova ai sensi dell'art. 3 Reg. 1/2003 anche con riferimento all'art. 101 § 3 TFUE

Sommario: I. LA PROVA DELL'ILLECITO *ANTITRUST*. LE INTESE *EX ART.* 101 TFUE. – 1. La prova degli elementi costitutivi di un'intesa: l'art. 101 § 1 TFUE. – 2. Restrizioni per oggetto e restrizioni per effetto e il caso della pratica concordata. – 3. La prova degli effetti pro-competitivi: l'art. 101 § 3 TFUE. – II. L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE: L'OBIETTIVA GIUSTIFICAZIONE. CENNI.

I. LA PROVA DELL'ILLECITO *ANTITRUST*. LE INTESE *EX ART.* 101 TFUE

L'analisi di un qualsiasi comportamento – accordo o pratica concertata – alla luce dell'art. 101 TFUE è necessariamente composta da due fasi in cui si deve valutare: (i) se quel dato comportamento ha per oggetto ovvero per effetto (attuale o potenziale) una restrizione della concorrenza; e, in caso di risposta positiva alla prima parte del *test*, (ii) se tale comportamento produce effetti pro-competitivi in grado di bilanciare gli effetti anticompetitivi alla luce dell'art. 101 § 3 TFUE¹. Solo qualora un comportamento soddisfi la prima parte della valutazione ma non la seconda sarà possibile qualificarlo come un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'art. 101 TFUE². La particolarità della struttura di questa norma è che le due parti del *test* ivi previsto implicano l'assolvimento di due distinti oneri probatori ricadenti su soggetti diversi. L'articolo 2, Reg. 1/2003 prevede al riguardo che «...[i]n tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione degli articoli [101/102 TFUE], l'o-

nera della prova di un'infrazione dell'articolo [101 § 1 TFUE], o dell'articolo [102 TFUE] incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione. Incombe invece all'impresa o associazione di imprese che invoca l'applicazione dell'articolo [101 § 3 TFUE] l'onere di provare che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte...». Il principio generale in materia di onere probatorio di cui all'art. 2697 cod. civ. trova pertanto applicazione anche in relazione alla violazione dei divieti *antitrust*, italiani ed europei, con la conseguenza che spetterà all'Autorità di concorrenza (in un contesto di *public enforcement*) ovvero all'attore (in un giudizio civile) fornire le prove circa l'esistenza di un'intesa anticompetitiva (e quindi dimostrare il soddisfacimento della prima parte del *test ex art.* 101 § 1 TFUE), mentre spetterà all'impresa sotto accusa dimostrare che l'intesa produce effetti pro-competitivi (e quindi il soddisfacimento della seconda parte del *test ex art.* 101 § 3 TFUE)³.

1. *La prova degli elementi costitutivi di un'intesa: l'art. 101 § 1 TFUE.* – Il concetto di "intesa", da un punto di vista letterale, non appartiene al diritto comunitario, essendo invece previsto dall'art. 2, comma 1, legge n. 287/1990 quale sintesi delle tre tipologie di comportamenti plurisoggettivi collusivi rilevanti per il diritto della concorrenza nazionale e comunitario. Invero, l'art. 101 TFUE (e il citato art. 2, legge n. 287/1990) prevedono che questi comportamenti possano assumere essen-

¹ Per una completa comprensione delle fattispecie *ex art.* 101 TFUE si vedano le Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, G.U.U.E. del 14 gennaio 2011, C-11, pp. 1-72 e gli Orientamenti sulle restrizioni verticali G.U.U.E. 19 maggio 2010, C-130, pp. 1-46.

² L'art. 1, commi 1 e 2, Reg. 1/2003 del Consiglio, 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in G.U.U.E. L 1, 4 gennaio 2003, prevede che «...[g]li accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo

81, paragrafo 1, del trattato che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso [e gli] accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato non sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso (...)».

³ Da ultima, C. giust. UE, 29 novembre 2012, causa T-491/07, *Groupement des cartes bancaires - "CB" c. Commissione* non ancora pubblicata, punto 74.

zialmente la forma dell'accordo, quella di pratica concordata ovvero di decisione di un'associazione di imprese, ognuna delle quali è caratterizzata da elementi costitutivi differenti oggetto dell'onere probatorio di chi intende dimostrare una violazione dell'art. 101 TFUE.

a. *L'accordo*. – La prova circa la conclusione di un *accordo* esige la dimostrazione della comunanza di intenti tra le parti del medesimo, ovvero l'intenzione reciproca di restringere la concorrenza in un determinato modo attraverso la convergenza espressa o tacita su un meccanismo collusivo determinato⁴. Una volta dimostrata la partecipazione di un'impresa a riunioni in relazione alle quali è stata fornita la prova della sussistenza di un accordo, ossia del fatto che nell'ambito della quale almeno altre due imprese hanno raggiunto un consenso su un meccanismo collusivo determinato, la partecipazione della prima impresa all'illecito è presunta, salvo che quest'ultima sia in grado di dimostrare in maniera obiettiva di essersi "dissociata", ossia di averne preso pubblicamente le distanze, opponendosi al piano collusivo e dichiarando agli altri partecipanti di aver preso parte agli incontri in un'ottica diversa, interrompendo qualsiasi contatto, diretto e indiretto⁵. La giurisprudenza delle corti europee appare meno chiara, invece, circa la rilevanza *ex art. 101 § 1 TFUE* di quelle condotte prodromiche al raggiungimento di un vero e proprio accordo, quali ad esempio il tentativo di accordo ovvero le

discussioni che inevitabilmente precedono il raggiungimento di un vero e proprio accordo, spesso accompagnati da comportamenti di per sé incompatibili con un atteggiamento collusivo (ad esempio, l'avvio di una guerra di prezzi). La Commissione ha nel tempo cercato di estendere la portata della nozione di "accordo" (essenzialmente, al fine di estendere la durata dell'illecito) fino ad includervi anche le fasi preparatorie basandosi sull'assunto che sia sufficiente la convergenza di intenti sul solo generico interesse di limitare la concorrenza reciproca per integrare un'infrazione *ex art. 101 TFUE* e la giurisprudenza di merito ha, quantomeno in qualche occasione, seguito la Commissione su questa strada⁶. La questione, a quanto ci consta, non è allo stato ancora stata oggetto di un pronunciamento chiaro della Corte di Giustizia. Invero, la giurisprudenza della suprema corte comunitaria ha sempre richiesto, al fine di dimostrare la sussistenza di un accordo, la prova della comune volontà di due o più imprese di comportarsi sul mercato in un determinato modo⁷, ovvero che vi sia una convergenza espressa o tacita su un meccanismo collusivo non generico o di principio ma determinato e specifico nei suoi tratti essenziali⁸, anche se non delineato in tutti i suoi dettagli. Il generico obiettivo di restringere la concorrenza, senza che vi sia un livello minimo di condivisione almeno su un piano di massima per attuare tale restrizione sul mercato non dovrebbe pertanto essere sufficiente per dimostrare la

⁴ Trib. CE, 20 marzo 2002, causa T-9/99, *HFB Holding e altri c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-1487, punto 199; Trib. CE, 17 dicembre 1991, causa T-7/89, *Hercules Chemicals c. Commissione*, in *Racc.* 1991, p. II-1711, punto 256.

⁵ C. giust. CE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e altri c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-123, punto 81; Trib. CE, 6 aprile 1995, causa T-141/89, *Trefileurope Sales Sarl c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 85; Trib. CE, 10 marzo 1992, causa T-12/89, *Solvay c. Commissione*, in *Racc.* 1992, p. II-907, punti 98-100; Trib. CE, 17 dicembre 1991, causa T-7/89, *Hercules Chemicals c. Commissione*, cit., punto 232.

⁶ Trib. UE, 16 giugno 2011, causa T-195/06, *Solvay Solexis c. Commissione*, in *Racc.* 2011, p.

II-178, punto 56; Trib. CE, 8 luglio 2008, causa T-53/03, *BPB c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. II-01333, punto 178; Trib. CE, 20 marzo 2002, causa T-9/99 *HFB Holding e altri c. Commissione*, cit., punti 151-157 e 206; Trib. CE, 6 aprile 1995, causa T-148/89, *Trefilunion c. Commissione*, in *Racc.* 1995, p. II-1063, punto 82.

⁷ C. giust. UE, 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione c. Anic*, in *Racc.* 1999, p. I-4125, punto 130; C. giust. UE, 15 luglio 1970, causa 41/69, *ACF Chemiefarma c. Commissione*, in *Racc.* 1970, p. 661, punto 112.

⁸ Trib. CE, 26 ottobre 2000, causa T-41/96, *Bayer c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. II-3383, punto 173; C. giust. UE, 29 ottobre 1980, cause riunite 209-215, 218/78, *Heintz Van Landewyck Sarl e a. c. Commissione*, in *Racc.* 1980, p. 3125, punto 86.

prova di un accordo ai sensi dell'art. 101 TFUE.

b. La pratica concertata. – La *pratica concertata* è l'altra modalità attraverso cui la collusione rilevante ai sensi dell'art. 101 TFUE può manifestarsi. Essa invero oggi rappresenta la nozione chiave nella c.d. lotta ai cartelli, rappresentando lo strumento con cui, nella larga maggioranza dei casi, la Commissione cerca di dimostrare la sussistenza di fenomeni collusivi orizzontali. La differenza tra le due fattispecie è, pertanto, non di carattere qualitativo – si tratta di due fattispecie che cercano di cogliere il medesimo fenomeno collusivo – bensì nell'intensità della prova che deve essere fornita. La pratica concertata è in buona sostanza un'altra modalità attraverso cui la collusione rilevante ai sensi dell'art. 101 TFUE può essere qualificata sotto il profilo giuridico. Più precisamente, nella definizione che la consolidata giurisprudenza ha fornito, la pratica concordata individua una forma di coordinamento tra imprese che, pur non raggiungendo il livello di un vero e proprio accordo, costituisce una consapevole collaborazione tra le imprese stesse e, di conseguenza, elimina o riduce la concorrenza sul mercato⁹. La distinzione risiede proprio nella necessità di comprendere nell'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE forme di coordinamento lesive della concorrenza aventi diverse caratteristiche. Ciò al fine di evitare che il divieto espresso dall'art. 101 TFUE possa

essere aggirato mediante l'adozione di mezzi più informali rispetto ad un accordo vero e proprio. Ne consegue che l'unica differenza tra tali modalità di collusione risiede nel diverso onere probatorio che deve essere soddisfatto¹⁰. Gli elementi costitutivi di una pratica concertata *ex art.* 101 TFUE sono i seguenti: (i) l'esistenza di una concertazione tra imprese idonea, in concreto, a ridurre l'incertezza sulla loro condotta commerciale futura; (ii) l'esistenza di un comportamento sul mercato che dia seguito a tale concertazione; nonché (iii) un nesso causale tra i primi due elementi¹¹. Come vedremo, questi tre elementi si atteggiavano in maniera diversa a seconda che intervengano nell'ambito di una pratica concertata per l'effetto ovvero per l'oggetto.

c. Le decisioni delle associazioni di categoria. – Infine, la terza categoria di "intese" rilevanti ai sensi dell'art. 101 TFUE è rappresentata dalle decisioni delle associazioni di categoria. Si tratta della categoria giuridicamente più semplice e, relativamente alle altre due, di minor rilievo pratico. In relazione a questa fattispecie, la casistica che si è venuta a formare sul punto è chiara nell'indicare che nessuna particolare formalità nella formazione della volontà dell'ente esponenziale è richiesta per la sua prova, essendo sufficiente che quest'ultima sia manifestata, ad esempio, anche mediante raccomandazioni, regolamenti, codici di condotta, comunicati stampa ovvero circolari¹².

⁹ C. giust. UE, 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. I-4529, punto 26; C. giust. UE, 16 dicembre 1975, cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114/73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e a. c. Commissione*, in *Racc.* 1975, p. 1663, punto 26; C. giust. UE, 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemicals c. Commissione*, in *Racc.* 1972, p. 619, punto 64.

¹⁰ A conferma della sostanziale equivalenza tra le due forme di collusione, la casistica della Commissione, come confermata dalla giurisprudenza, ha sviluppato il concetto di infrazione unica e continuata stante la difficoltà, nella pratica, di individuare una linea di demarcazione netta tra le due nozioni nell'ambito di comportamenti collusivi complessi e articolati nel tempo. In questo modo, la Commissione utilizza il concetto di infrazione unica e continuata per sanzionare forme di collusione che potrebbero racchiu-

dere sia gli elementi di un accordo, sia di una pratica concordata. Naturalmente, tale nozione non esime la Commissione dalla necessità di provare che ciascuna tipologia di condotta collusiva rientra nella fattispecie *ex art.* 101 TFUE (v. Trib. CE, 20 marzo 2002, causa T-9/99, *HFB Holding c. Commissione*, cit., punto 191) e che, quantomeno nel momento iniziale e in quello finale, la condotta infrattiva si qualificava per essere un accordo ovvero una pratica concertata.

¹¹ C. giust. UE, l'8 luglio 1999, causa C-49/92 *P, Anic partecipazioni*, cit., punto 118.

¹² Trib. CE, 15 settembre 2005, causa T-325-1, *DaimlerChrysler AG c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. II-3319, punto 210; Trib. CE, 26 gennaio 2005, causa T-193/02, *Laurent Piau c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. II-209, punto 75; C. giust. UE, 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters*, in *Racc.* 2002, p. I-1577, punto 64; Trib. CE, 28 marzo 2001, causa T-144/99, *Istituto dei manda-*

d. *Gli elementi di prova.* – Per quanto riguarda in generale la qualità e consistenza degli elementi probatori per corroborare l'accertamento di una violazione della concorrenza, la giurisprudenza richiede che questi siano gravi, precisi e concordanti tra loro¹³. In considerazione della complessità delle infrazioni anti-trust e del loro essere tipicamente articolate nel tempo, non tutti gli elementi devono necessariamente rispondere a tali criteri con riferimento ad ogni elemento dell'infrazione. È, infatti, sufficiente che il complesso degli indizi invocato, globalmente valutato, soddisfi tali requisiti¹⁴. Essi da un lato devono essere quindi considerati nel loro insieme e non atomisticamente; dall'altro, non tutte le fasi di cui inevitabilmente si compone un illecito continuato quale è una intesa in violazione dell'art. 101 TFUE richiedono la stessa intensità probatoria¹⁵. La confessione fa piena prova dei fatti ammessi nei confronti di chi vi ha proceduto. Dichiarazioni confessorie hanno trovato ampia adozione nell'ambito dei programmi di clemenza che la Commissione ha sviluppato negli ultimi 15 anni. Al riguardo, si rileva che tali dichiarazioni fanno prova anche nei confronti delle altre imprese coinvolte se viene fornito almeno un altro elemento di prova (ad esempio, dichiara-

zioni confessorie concordanti di altri soggetti) che possa corroborarne il contenuto.

2. *Restrizioni per oggetto e restrizioni per effetto ed il caso della pratica concordata.* – a. *Le restrizioni per oggetto e per effetto.* – Una volta dimostrata l'esistenza di un'intesa, nelle diverse forme viste in precedenza che questa può assumere, al fine di provare la violazione dell'art. 101 TFUE deve essere dimostrato che quella stessa intesa ha per oggetto o per effetto di restringere il gioco della concorrenza. Si tratta di requisiti alternativi e pertanto una volta dimostrato che un'intesa ha un oggetto anticoncorrenziale non sarà necessario procedere ad un'analisi dei suoi effetti¹⁶ per dimostrare la sua esistenza¹⁷. Questi, infatti, assumono rilevanza solo al fine di determinare la gravità della condotta e, quindi, sono idonei ad influire sulla determinazione della sanzione. La distinzione tra restrizione per l'oggetto e restrizione per l'effetto produce, pertanto, immediate conseguenze sull'onere probatorio che deve essere assolto per la relativa dimostrazione. Per questo motivo, le Corti comunitarie sin dalle prime applicazioni del diritto della concorrenza hanno cercato di tracciare i confini distintivi tra i due concetti¹⁸. Con riferimento alle re-

tari abilitati presso l'Ufficio europeo dei brevetti c. Commissione, in *Racc.* 2001, p. I-3541; C. giust. UE, 27 gennaio 1987, causa 45/85, *Verband der Sachversicherer e.V. c. Commissione*, in *Racc.* 1987, p. 405; C. giust. UE, 8 novembre 1983, cause riunite 96-102, 104, 105, 108 e 110/82, *N.V. IAZ International Belgium e a. c. Commissione*, in *Racc.* 1983, p. 3369; Dec. Comm. UE, 9 luglio 1980, IV/27.958 - *National Sulphuric Acid Association*, G.U.C.E. L 190, 5 luglio 1989. Con riferimento alla possibilità che le decisioni di associazioni di imprese possano assumere anche la forma di comunicati stampa. V. la recente decisione del 25 febbraio 2009 adottata dall'AGCM con il provvedimento n. 19562, caso *Listino prezzi della pasta*, pubblicata sul *Boll. n.* 8/2009.

¹³ Trib. CE, 6 luglio 2000, causa T-62/98, *Volkswagen c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. II-2707, punto 43.

¹⁴ Trib. CE, 8 luglio 2004, cause riunite T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, *JFE Engineering e altri c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. II-2501, punto 180.

¹⁵ Trib. CE, 27 settembre 2006, cause riunite T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP e T-60/02 OP,

Dresdner Bank AG e altri c. Commissione, in *Racc.* 2006, p. II-3567, punti 59-67; C. giust. UE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e altri c. Commissione*, cit., punti 5557.

¹⁶ Trib. CE, 28 febbraio 2002, causa T-395/94, *Atlantic Container Line AB c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-875, punto 76 e C. giust. UE, 30 giugno 1966, causa 56/65 *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm GmbH*, in *Racc.* ed. italiana, p. 262.

¹⁷ Naturalmente, la valutazione circa gli effetti di una intesa è rilevante ai fini della determinazione della gravità dell'infrazione nell'ambito della quantificazione dell'eventuale sanzione. Si rileva inoltre, come meglio spiegato nel prosieguo, che la valutazione degli effetti gioca anche un ruolo cruciale nell'ambito della prova contraria la quale, per giurisprudenza costante, può essere fornita nell'ambito delle pratiche concertate per l'oggetto.

¹⁸ Trib. CE, 27 settembre 2006, causa T-168/01, *GlaxoSmithKline c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. II-2969, punto. 111; Trib. CE, 28 febbraio

strizioni per oggetto, ovvero quelle condotte che *per loro natura obiettiva* restringono la concorrenza, la giurisprudenza più risalente ha spesso fatto riferimento, in maniera non sistematica, alla mera "idoneità" dell'intesa a restringere la concorrenza. L'idoneità di una intesa a determinare effetti anticoncorrenziali sarebbe quindi sufficiente per qualificarla quale restrizione per l'oggetto prescindendo da una analisi dei suoi effetti (concreti o anche potenziali). Per restrizione per oggetto normalmente ci si riferisce alle c.d. *hard core restrictions*, ossia quelle restrizioni che, per *tabulas*, rappresentano le più gravi violazioni dell'art. 101 TFUE: queste includono sicuramente le intese di prezzo, l'allocazione della clientela, la ripartizione dei mercati e la limitazione della produzione (sotto il profilo orizzontale) nonché la fissazione dei prezzi di rivendita (RPM) e le clausole di protezione territoriale assoluta (sotto il profilo verticale). La categoria delle restrizioni per l'oggetto non è limitata alle sole restrizioni *hard core* anche se, all'atto pratico, queste ne riflettono i casi largamente prevalenti. Per valutare se si è in presenza di una restrizione per l'oggetto è sempre necessario valutare sia il contenuto delle previsioni dell'intesa, sia gli obiettivi perseguiti dalle parti sia, infine, il contesto

economico e giuridico di cui la restrizione fa parte, il tutto nell'ambito di una analisi c.d. "controfattuale". Per poter compiere tale analisi occorre considerare come la concorrenza si svolgerebbe in mancanza dell'intesa¹⁹. Inoltre, anche se l'intenzione delle parti non è un elemento determinante a tali fini, dello stesso se ne può tuttavia tenere conto²⁰. Replicando nella sostanza le motivazioni alla base della suddivisione esistente nel diritto statunitense tra pratiche restrittive "*per se*" e quelle invece soggette alla c.d. "*rule of reason*" (analisi degli effetti), la *ratio* della distinzione tra pratiche restrittive per l'oggetto e pratiche restrittive per l'effetto ai sensi dell'art. 101 TFUE risiede nel grado di probabilità che la pratica in questione possa effettivamente determinare effetti anticoncorrenziali. Una pratica con oggetto restrittivo, dunque, avrebbe sempre associato un elevato grado di probabilità che la stessa possa determinare effetti restrittivi, tanto elevato che il legislatore comunitario ha ritenuto sufficiente la prova del suo oggetto per sanzionarla²¹. L'esempio paradigmatico sono i cartelli di prezzo ai quali sono normalmente associati solo effetti negativi, sia in termini allocativi, sia redistributivi. Più che di mera idoneità, pertanto, l'elemento distintivo dovrebbe invero essere rintracciato nell'e-

2002, causa T-395/94, *Atlantic Container Line AB c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-0875, punto 76; C. giust. UE, 17 luglio 1997, causa C-219/95 P, *Ferrière Nord c. Commissione*, in *Racc.* 1997, p. I-4411, punti 14-15; C. giust. UE, 8 novembre 1983, causa 96/82, *Nv Iaz International Belgium c. Commissione*, in *Racc.* 1983, p. 3369, punto 25.

¹⁹ C. giust. UE, 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax*, in *Racc.* 2006, p. I-11125, punto 49; C. giust. UE, 2 maggio 2006, causa 328/03, *O2 GmbH & Co. OHG c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. II-1231, punti 66-69 e 116; C. giust. UE, 28 maggio 1998, causa 7/95 P, *John Deere Ltd c. Commissione*, in *Racc.* 1998, p. I-3111, punto 76; C. giust. UE, 11 dicembre 1980, causa 31/80, *L'Oréal*, in *Racc.* 1980, p. 3775, punto 19; C. giust. UE, 30 giugno 1966, causa 56/65, *Société Technique Minière*, cit.

²⁰ Comunicazione della Commissione relativa a linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale Testo rilevante ai fini del SEE, in G.U.U.E. C-11 del 14.1.2011 p. 1-72, §§ 24 e 25.

²¹ Ciò è ben chiarito al para. 21 della Comunicazione della Commissione - Linee direttrici sul-

l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, in G.U.U.E. C-101 del 27.4.2004 p. 97-118, laddove è chiarito che «...[l]e restrizioni della concorrenza per oggetto sono quelle che per loro stessa natura possono restringere la concorrenza. Si tratta di restrizioni che, alla luce degli obiettivi delle regole di concorrenza comunitarie, hanno una potenzialità talmente alta di produrre effetti negativi sulla concorrenza che è inutile, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, dimostrare l'esistenza di effetti specifici sul mercato. Questa presunzione si basa sul carattere grave della restrizione e sull'esperienza acquisita, che ha dimostrato che le restrizioni della concorrenza per oggetto possono verosimilmente determinare effetti negativi sul mercato e pregiudicare gli obiettivi perseguiti dalle regole di concorrenza comunitarie. Le restrizioni per oggetto, quali la fissazione dei prezzi e la ripartizione del mercato, provocano riduzioni della produzione ed aumenti dei prezzi, determinando una cattiva allocazione delle risorse, in quanto i beni e i servizi richiesti dai consumatori non vengono prodotti. Tali restrizioni determinano inoltre una riduzione del benessere dei consumatori, i quali devono pagare un prezzo più elevato per i beni e i servizi in questione...».

levato grado di probabilità che, *in concreto*²², tenendo sempre presente il contesto economico e giuridico in rilievo, una determinata intesa produca effetti anti-concorrenziali²³. In buona sostanza, scatterà la presunzione (assoluta) di restrizione per l'oggetto tutte le volte in cui si è in presenza di un'intesa che, per la sua natura, caratteristiche specifiche e per l'ambito in cui viene posta in essere, reca di *per se* un'elevata probabilità di determinare effetti restrittivi. Questo è, come detto, il caso per quelle intese orizzontali c.d. *hard core* quali i cartelli di prezzo, di allocazione dei mercati e della clientela etc., le quali, se badi bene, sono un sottoinsieme della più ampia categoria delle intese restrittive per l'oggetto. Fuori dai casi di restrizioni per l'oggetto, affinché un'intesa possa essere considerata anti-competitiva dovrà essere fornita la prova che dalla medesima siano derivati ovvero possano derivare effetti anti-competitivi. La prova dunque può riguardare non solo gli effetti attuali, e quindi già verificatesi, ma anche gli effetti meramente potenziali²⁴ e, pertanto, l'illiceità di una intesa può invero derivare anche solo dimostrando la probabile verifica di effetti restrittivi nel caso specifico.

b. Il caso delle pratiche concordate. – Con specifico riferimento alle pratiche concertate – come verrà illustrato in seguito – la distinzione tra restrizioni per oggetto e restrizioni per effetto assume particolare rilevanza. Nel fornire la prova di una pratica concordata per l'oggetto, è necessario dimostrare che le imprese hanno partecipato ad una concertazione avente ad oggetto lo scambio di informazioni commercialmente sensibili e che le stesse sono rimaste attive sul mercato.

Una volta fornita questa prova, la giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia ritiene che sia possibile presumere che tali imprese non abbiano potuto tenere conto della concertazione nel determinare il proprio comportamento sul mercato²⁵. La medesima giurisprudenza fa salva la possibilità di fornire la prova contraria da parte dell'impresa volta a dimostrare di non aver tenuto conto dei contatti intercorsi con i concorrenti nel determinare la propria condotta sul mercato. Si tratta, pertanto, di una presunzione semplice (*iuris tantum*) e la cui funzione è semplicemente di invertire l'onere probatorio. La casistica della Commissione europea e la successiva giurisprudenza comunitaria hanno però sino ad ora applicato tale presunzione come fosse una presunzione (di fatto) assoluta, non ritenendo sostanzialmente mai soddisfatta la dimostrazione della prova contraria, attraverso la richiesta di una *probatio diabolica*. Ciò che dovrebbe essere richiesto all'impresa che vuole ribaltare la presunzione è la dimostrazione che i contatti intercorsi con i concorrenti (i.e. la concertazione) non hanno in alcun modo influito sul suo comportamento sul mercato. In altre parole, per superare la presunzione *iuris tantum*, dovrebbe essere sufficiente prendere in considerazione il comportamento sul mercato delle imprese coinvolte e valutare se questo sia compatibile con la concertazione. Qualora l'impresa riesca a dimostrare che la concertazione non ha influito sul suo comportamento in quanto il comportamento è oggettivamente incompatibile ovvero trova la sua oggettiva spiegazione in altre ragioni, la presunzione semplice dovrebbe ritenersi confutata²⁶. Diversa è invece la prova richiesta

²² Concl. Trstenjak, 30 giugno 2009, causa C-501/06 P, *GlaxoSmithKline c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. I-9291, punto 91.

²³ Una formulazione in questo senso sembra scaturire dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (C. giust. CE, 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile*, cit., punto 31), la quale ha indicato che l'essenza delle restrizioni per oggetto debba essere rappresentata dalla loro "idoneità in concreto" di restringere la concorrenza.

²⁴ C. giust. CE, 28 maggio 1998, causa 7/95 P, *John Deere Ltd c. Commissione*, cit., punto 77; C. giust. UE, 17 novembre 1987, cause riunite

142/84 e 156/84, *BAT e Reynolds c. Commissione*, in *Racc.* 1987, p. 4487, punto 54; C. giust. CE, 10 dicembre 1985, causa 31/85, *SA ETA Fabriques d'Ébauches c. SA DK Investment ed altri*, in *Racc.* 1985, p. 3933, punto 12.

²⁵ C. giust. UE, 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile*, cit. punti 51-53; C. giust. UE, 18 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Anic partecipazioni*, cit., punti 121-126; Trib. CE, 24 ottobre 1991, causa T-1/89, *Rhône-Poulenc SA c. Commissione*, in *Racc.* 1991, p. II-867, punti 121-123.

²⁶ La giurisprudenza non ha ritenuto che tale *standard* fosse sufficiente: Trib. CE, 16 giugno

in relazione alle pratiche concordate per l'effetto. Invero, si ricorre a tale fattispecie proprio laddove non sia possibile fornire la prova della concertazione (ovvero possano essere al più provati contatti ma non che nell'ambito degli stessi vi siano stati comportamenti collusivi) ma, diversamente dall'ipotesi precedente, sia possibile osservare comportamenti sul mercato da parte di imprese che risultino *prima facie* incompatibili con una condotta concorrenziale in quanto paralleli o apparentemente coordinati. La giurisprudenza comunitaria prevede che qualora non sia possibile fornire la prova di contatti «...[i]l parallelismo di comportamenti [possa] essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora la concertazione ne costituisca l'unica spiegazione plausibile...»²⁷. Tuttavia, una volta provata l'esistenza di contatti, i comportamenti paralleli e/o coordinati osservati sul mercato si considerano causalmente imputabili alla collusione. In tale evenienza, spetterà peraltro alle imprese di dimostrare che tali comportamenti sul mercato hanno una diversa origine ovvero siano spiegabili altrimenti (ad esempio, per dinamiche oligopolistiche derivanti dalla struttura concentrata del mercato rilevante)²⁸.

3. *La prova degli effetti pro-competitivi: l'art. 101 § 3 TFUE.* – L'accertamento circa l'esistenza di un'intesa restrittiva non esige solo la dimostrazione della sussistenza

di un oggetto ovvero di effetti anti-competitivi ma richiede altresì la valutazione degli eventuali effetti pro-competitivi generati dall'intesa stessa alla luce dell'art. 101 § 3 TFUE²⁹. L'art. 101 § 1 TFUE è, infatti, inapplicabile qualora le condizioni previste dal terzo paragrafo dello stesso articolo siano soddisfatte e siano tali da almeno compensare gli effetti restrittivi associati all'intesa ai sensi del primo comma del medesimo articolo³⁰. Dal punto di vista della struttura della norma, ciò vale sia per le intese restrittive per l'oggetto, sia per le intese restrittive per l'effetto. Se entrambe le tipologie di intese possono, in astratto, dar luogo a guadagni di efficienza *ex art.* 101 § 3 TFUE, l'applicazione di tale eccezione appare tuttavia più complessa in relazione a restrizioni per l'oggetto³¹. Come chiarito in precedenza, poiché nell'ambito di queste sono ricomprese le intese che, per loro natura e caratteristiche specifiche si presume che producano effetti anti-competitivi, è evidente che la dimostrazione che questi effetti anticoncorrenziali sono più che compensati dai guadagni di efficienza che l'intesa può generare risulta "ardua". Se da un punto di vista economico, l'analisi degli effetti positivi e negativi di una intesa non può essere disgiunta in due momenti differenti, entrambi "collassandosi" nell'ambito della medesima valutazione³², dal punto di vista giuridico,

2011, causa T-195/06, *Solvay Solexis c. Commissione*, cit., punti 117-118; C. giust. UE, 18 luglio 2007, causa C-189/02, *Dansk Rørindustri A/S e altri c. Commissione* in *Racc.* 2005, p. I-5425, punti 132 e ss.; C. giust. UE, 8 luglio 1999, causa C-199/92, *Hüls AG c. Commissione*, in *Racc.* 1999, p. I-4287, punti 163-168.

²⁷ Sentenze riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 to C-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö e.a. (Woodpulp II)*, in *Racc.* 1994, p. I-99, punto 71.

²⁸ C. giust. UE, 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile*, cit., punto 28.; C. giust. UE, 2 maggio 2006, causa 328/03, *O2 GmbH & Co. OHG c. Commissione*, cit., punti 77-79 e 114.

²⁹ Per una completa disamina dell'art. 101.3 TFUE, e della giurisprudenza ad esso relativa, nonché del ruolo che l'analisi economica svolge nell'analisi delle efficienze si veda la Comunicazione della Commissione relativa a Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato, G.U. del 27 aprile 2004, C-101, p. 97-118.

³⁰ Dec. Comm. UE, 29 dicembre 2003, caso COMP/C2/ 38.287, *Telenor / Canal+ / Canal Digital*, punto 197; C. giust. UE, 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, *Consten e Grundig c. Commissione*, in *Racc.* edizione italiana, p. 575.

³¹ Trib. UE, 29 novembre 2012, causa T-491/07, *Groupement des cartes bancaires "CB" c. Commissione*, cit., punto 274; Trib. CE, 15 luglio 1993, causa T-17/93, *Matra Hachette c. Commissione*, in *Racc.* 1994, p. II-00595, punto 85 e C. giust. UE, 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, *Consten e Grundig c. Commissione*, cit.

³² Una separazione netta delle due fasi appare artificiosa, e potrebbe costituire un limite nell'applicazione dell'art. 101 TFUE. A favore dell'individuabilità del primo e terzo paragrafo dell'art. 101 TFUE: C. giust. UE, 14 dicembre 1977, causa 59/77, *Établissements A. De Bloos SPRL c. société en commandite par actions Bouyer*, in *Racc.* 1977, p. 2359, punto 11; C. giust. UE, 6 aprile 1962, causa 13/61, *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd c. la società di diritto tedesco Robert Bosch GmbH*, in *Racc.* 1963, p. 89.

l'art. 101 TFUE contempla due momenti distinti: da un lato, l'analisi degli aspetti anti-competitivi (inefficienza allocativa); dall'altro, l'analisi degli effetti pro-competitivi (efficienza produttiva)³³. Tale distinzione produce immediate conseguenze giuridiche nella diversa ripartizione del relativo onere probatorio. Tuttavia, una sintesi tra effetti anticompetitivi e pro-competitivi connessi ad un'intesa è comunque inevitabile, essendo necessario fare un vero e proprio bilanciamento che tenga conto delle implicazioni complessive che discenderebbero dall'intesa, positive e negative. Questa valutazione sembra avvicinarsi a quanto richiesto dalla giurisprudenza la quale, sin dalle sue prime applicazioni, ha sottolineato la necessità di analizzare un'intesa nell'ambito del suo contesto di riferimento³⁴, e quindi di effettuare un'analisi di tipo economico (v. *supra*)³⁵. La distinzione tra i due paragrafi dell'art. 101 TFUE risulta, quindi, più sfumata. Con riferimento all'onere della prova, incombe all'impresa che chiede l'applicazione dell'art. 101 § 3 TFUE l'onere di provare che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte (v. l'art. 2, Reg. 1/2003 citato *supra*)³⁶. L'impresa che intende avvalersi dell'art. 101 § 3 TFUE deve quindi dimostrare, con argomenti ed elementi di prova convincenti, che tutte le quattro condizioni previste da tale disposizione sono cumulativamente soddi-

sfatte³⁷. Così come già ricordato, l'autorità che intende contestare tali argomenti ed elementi di prova deve fornire una spiegazione o giustificazione a fondamento del loro rigetto, in mancanza della quale si deve ritenere che l'onere della prova sia stato soddisfatto e che, quindi, le condizioni previste dall'art. 101 § 3 TFUE trovino applicazione³⁸. Si tratta di condizioni cumulative, due di carattere positivo e due negativo. Il terzo paragrafo dell'art. 101 TFUE richiede, in particolare, che l'intesa (i) contribuisca a migliorare la produzione e distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico (efficienze produttive/distributive); (ii) riservi una parte dei benefici ottenuti ai consumatori (c.d. *passing-on*); (iii) non imponga delle restrizioni non strettamente necessarie/indispensabili per raggiungere tali obiettivi (proporzionalità/indispensabilità); e (iv) non dia alle imprese interessate la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti in questione (non eliminazione della concorrenza). Si tratta, quindi, di una valutazione delle efficienze che un'intesa restrittiva può essere idonea a generare e la probabilità che le stesse si materializzino, del fatto che sia necessario che una parte equa di queste vada a diretto beneficio dei clienti nonché, infine, che il carattere restrittivo di tale intesa sia strettamente necessario

³³ Trib. CE, 18 settembre 2001, causa T-112/99, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom e Télévision française 1 SA (TF1) c. Commissione*, in *Racc.* 2001, p. II-2459 punto 74.

³⁴ C. giust. UE, 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters*, cit. punto 97; C. giust. UE, 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Delimitis*, in *Racc.* 1991, p. I-935, punto 23.

³⁵ Trib. CE, 15 settembre 1998, cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, *European Night Services e altri c. Commissione*, in *Racc.* 1998, p. II-3141, punto 136-137; C. giust. UE, 12 dicembre 1995, causa C-399/93, *Oude Luttikhuis e altri c. Commissione*, in *Racc.* 1995, p. I-4515, punti 10-20; C. giust. UE, 15 dicembre 1994, causa C-250/92, *DLG c. Commissione*, in *Racc.* 1994, p. I-5641, punti 31-35; C. giust. UE, 28 gennaio 1986, causa 161/84, *Pronuptia c. Commissione*, in *Racc.* 1986, p. 353; C. giust. UE, 6 ottobre 1982, causa 262/81, *Coditel e altri c. Commissione*, in *Racc.* 1982, p. 3381; C. giust. UE, 8 giugno 1982, causa 258/78, *Nungesser e Eisele c.*

Commissione, in *Racc.* 1982, p. 2015; C. giust. UE, 30 giugno 1966, causa 56/65, *Société technique minière c. Commissione*, cit.

³⁶ Cfr., C. giust. UE, 17 gennaio 1984, cause riunite 43/82 e 63/82 *VBVB e VVVB c. Commissione*, in *Racc.* 1984, p. 19, punto 52.

³⁷ Dec. Comm. UE, 19 dicembre 2007, caso COMP/34.579 - *Mastercard*, COMP/36.518 - *Euro-Commerce* e COMP/38.580 - *Commercial cards*, in G.U.U.E. C-264, 6 novembre, 2009, p. 8, punti 680-690; Trib. CE, 27 settembre 2006, causa T-168/2001, *GlaxoSmithKline c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. II-2969, p. 57, punto 235 (confermata sul punto da C. giust. UE, *GlaxoSmithKline c. Commissione*, 6 ottobre 2009, in *Racc.* 2009, p. I-9291).

³⁸ Trib. UE, 29 novembre 2012, causa T-491/07, *Groupement des cartes bancaires - "CB" c. Commissione*, cit., punto 277; C. giust. UE, 6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, C-515/06 P e C-519/06P, *GlaxoSmithKline c. Commissione*, cit., punto 83.

per l'ottenimento delle efficienze e che permanga un sufficiente grado di confronto concorrenziale. Con riferimento alla prima condizione, la giurisprudenza ha chiarito che possono essere presi in considerazione solo i benefici oggettivi derivanti dall'intesa e che deve essere poi valutata l'importanza economica degli incrementi di efficienza così prodotti³⁹. Sostanzialmente, l'impresa che volesse sostenere che la prima condizione prevista dall'art. 101 § 3 TFUE è soddisfatta dovrebbe dimostrare che si tratta di un incremento di efficienza obiettivo e che esiste un legame causale diretto sufficiente tra l'accordo restrittivo e gli incrementi di efficienza⁴⁰. Inoltre, deve fornire prove che confermino tali incrementi cosicché questi possano essere verificati. Con particolare riferimento allo *standard* probatorio da soddisfare, per dimostrare che la prima condizione dell'art. 101 § 3 TFUE è soddisfatta occorre effettuare «...un'analisi dettagliata, ampia e vincente basata, sia nelle ipotesi che nelle deduzioni, su dati empirici e fatti concreti...»⁴¹. Per quanto riguarda la seconda condizione, l'impresa deve dimostrare che almeno una congrua parte dei benefici ottenuti grazie all'intesa siano traslati ai consumatori o, quanto meno, che siano trasferiti benefici tali da compensare gli effetti negativi dell'accordo restrittivo. L'analisi da svolgere in tale contesto è di tipo econo-

mico, essendo necessario tenere presenti le caratteristiche e la struttura del mercato; la natura e l'entità degli incrementi di efficienza; l'elasticità della domanda e l'entità della restrizione della concorrenza. La giurisprudenza ha sottolineato che i consumatori ottengono una congrua parte delle efficienze generate dall'intesa solo qualora la concorrenza eserciti una pressione sufficiente ad assicurare che i risparmi di costo siano traslati sui consumatori stessi e tali vantaggi economici non rappresentino semplicemente un beneficio a vantaggio delle parti dell'accordo⁴². La terza condizione richiede, invece, che l'impresa dimostri che grazie all'accordo o alla restrizione si realizzano maggiori incrementi di efficienza di quelli che si avrebbero in loro assenza, ossia che la restrizione sia indispensabile⁴³. L'ultima condizione implica la dimostrazione che l'intesa non sia in grado di eliminare la concorrenza, valutazione che richiede l'analisi delle diverse fonti di approvvigionamento presenti sul mercato per i clienti finali, il livello di pressione concorrenziale che queste esercitano sulle parti dell'intesa e dell'influenza dell'accordo su tali pressioni concorrenziali⁴⁴. L'analisi economica svolge, quindi, un ruolo essenziale nel dimostrare che le quattro condizioni cumulative previste dall'art. 101 § 3 TFUE sono soddisfatte⁴⁵.

³⁹ C. giust. UE, 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, *Consten e Grundig c. Commissione*, cit. dove si legge che «...[l]'esistenza di un miglioramento della produzione e della distribuzione dei prodotti di cui trattasi, prescritta per la concessione dell'esenzione dev'essere valutata alla luce dell'articolo 85. In primo luogo, il miglioramento non può consistere nei vantaggi che i contraenti traggono dall'accordo per quanto riguarda la loro attività di produzione o di distribuzione, vantaggi che sarebbero incontestabili e che farebbero apparire l'accordo come indispensabile in ogni suo elemento al miglioramento in tal modo inteso. Un siffatto metodo soggettivo, che fa dipendere il contenuto della nozione di miglioramento dalle particolarità dei rapporti contrattuali di cui trattasi, non corrisponde agli scopi dell'articolo 85. In secondo luogo, il fatto stesso che il Trattato prescriva che la limitazione della concorrenza dev'essere "indispensabile" al miglioramento, indica chiaramente che quest'ultimo dev'essere rilevante. Il miglioramento deve in specie consistere in un rilevante vantaggio obiettivo,

atto a compensare gli inconvenienti che ne derivano sul piano della concorrenza (...).

⁴⁰ Dec. Comm. UE, 8 maggio 2001, casi IV/36.957/F3 *Glaxo Wellcome*, IV/36.997/F3 *Aseprofar e Fedifar*, IV/37.121/F3 *Spain Pharma*, IV/37.138/F3, G.U.U.E. L 302, 2001, p. 1-043, punto 169.

⁴¹ Dec. Comm. UE, 19 dicembre 2007, caso COMP/34.579 - *Mastercard*, COMP/36.518 - *EuroCommerce* e COMP/38.580 - *Commercial cards*, cit., punto 690.

⁴² C. giust. UE, 25 ottobre 1977, causa 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commissione*, in *Racc.* 1977, p. 1875, punti 46-48.

⁴³ C. giust. UE, 18 settembre 2001, causa T-112/99, *Métropole Télévision c. Commissione*, cit., punto 145.

⁴⁴ C. giust. UE, 30 ottobre 1978, causa 209/78, *Van Landewyck c. Commissione*, in *Racc.* 1980, p. 3125, punto 187-189.

⁴⁵ Commissione Europea, Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato, G.U.C.E. C132

II. L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE: L'OBIETTIVA GIUSTIFICAZIONE. CENNI

Come più compiutamente spiegato in altra parte del presente lavoro, la prova di un abuso di posizione dominante implica, quale condizione preliminare necessaria, la dimostrazione circa l'esistenza di una posizione dominante in capo ad una impresa⁴⁶ nonché che tale impresa ha abusato di tale particolare posizione sul mercato, adottando una condotta volta ad escludere un concorrente⁴⁷ ovvero a sfruttare la propria posizione⁴⁸. Diversamente da quanto avviene per le intese, l'art. 102 TFUE non contempla lo svolgimento di un'analisi sugli incrementi di efficienza eventualmente generati dal comportamento ritenuto abusivo. Nell'art. 102 TFUE non vi è, infatti, una eccezione equivalente a quella prevista dall'art. 101 § 3 TFUE. La differenza nel dato testuale dei due articoli ha portato, almeno inizialmente, a dare una lettura ed un'interpretazione più formalistica dell'art. 102 TFUE, volta ad escludere la possibilità di prendere in considerazione eventuali giustificazioni per un comportamento ritenuto abusivo. Tuttavia, soffermandosi

unicamente sul dato testuale dell'art. 102 TFUE, ed assecondandone così un'interpretazione restrittiva e formalistica, si perverrebbe alla conclusione che ogni condotta con effetti escludenti e/o di sfruttamento di una impresa dominante, per sua natura, costituirebbe una restrizione della concorrenza, non lasciando spazio per una comparazione tra effetti anticompetitivi e competitivi che possano legittimare l'adozione di quel dato comportamento sul mercato⁴⁹. Sulla base di tale interpretazione si avallerebbe, tra l'altro, una rilevante discrepanza sostanziale tra l'art. 101 TFUE (ai sensi del quale è possibile giustificare una pratica in considerazione delle efficienze da questa generate) e l'art. 102 TFUE (il quale apparentemente non tiene conto di eventuali incrementi di efficienza generati dalla pratica restrittiva) la quale apparirebbe difficilmente riconciliabile con quanto stabilito dalla giurisprudenza la quale, sulla base di una interpretazione teleologica, ha rilevato che gli art. 101 e 102 TFUE, sebbene su piani diversi, perseguono lo stesso interesse pubblico, ovvero a mantenere un'effettiva concorrenza sul

del 12 maggio 1999, p. 1, punto 57 «...Sarebbe quanto meno paradossale privare della sua sostanza l'articolo 85, paragrafo 3, laddove tale disposizione contiene in realtà tutti gli elementi di un "principio di ragionevolezza" [...] rischierebbe infine di sviare l'articolo 85, paragrafo 3 dal suo stesso oggetto, che è quello di fornire un quadro giuridico alla valutazione economica delle intese e non quello di permettere di evitare l'applicazione delle regole di concorrenza in base a considerazioni politiche».

⁴⁶ Trib. CE, 17 luglio 1998, causa T-111/96, *ITT Promedia c. Commissione*, in *Racc.* 1998, p. II-2937 punto 139. Per il concetto di posizione dominante, C. giust. UE, 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands c. Commissione*, in *Racc.* 1978, p. 207, punto 65. L'art. 102 TFUE si applica alle imprese in posizione dominante, a prescindere dal ruolo svolto sul mercato, venditore o acquirente: Trib. CE, 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways c. Commissione*, in *Racc.* 2003, p. II-5917, punto 101.

⁴⁷ C. giust. UE, 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, G.U.U.E. C-103, 2 aprile 2011, p. 3; Trib. UE, 9 settembre 2010, causa T-155/06, *Tomra Systems ASA c. Commissione*, in *Racc.* 2010, p. II-4361; Dec. Comm. UE, 13 maggio 2009, COMP/C-3/37.990 - *Intel*, G.U.U.E. C-227, 22 settembre 2009; C. giust. UE, 2 aprile 2009, causa C-202/07,

France Télécom c. Commissione, in *Racc.* 2009, p. I-2369; Trib. CE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. II-3601; C. giust. UE, 16 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways*, in *Racc.* 2007, p. I-2331; Trib. CE, 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin c. Commissione (Michelin II)* in *Racc.* 2003, p. II-4071; C. giust. UE, 16 marzo 2000, causa C-396/96 P, *Compagnie maritimes belges transports SA c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. I-1365; C. giust. UE, 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner*, in *Racc.* 1998, p. I-7791; C. giust. UE, 14 novembre 1996, causa C-333/94, *Tetra Pak International SA c. Commissione*, in *Racc.* 1996, p. I-5951; C. giust. UE, 3 luglio 1991, causa 62/86, *Akzo chemie BV c. Commissione*, in *Racc.* 1991, p. I-3359; C. giust. UE, 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin c. Commissione (Michelin I)* in *Racc.* 1983, p. 3461; C. giust. UE, 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffman - La Roche*, in *Racc.* 1979, p. 461.

⁴⁸ C. giust. UE, 11 novembre 1986, causa 226/84, *British Leyland*; C. giust. UE, 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands*, cit.; C. giust. UE, 13 novembre 1975, causa 26/75, *General Motors*, in *Racc.* 1975, p. 1367.

⁴⁹ Concl. Jacobs, 28 ottobre 2004, causa C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) c. Glaxosmithkline AEFVE*, in *Racc.* 2005, p. I-4609, punto 72.

mercato⁵⁰. Per cercare di surrogare questo vuoto normativo, la giurisprudenza comunitaria, nel contesto di un approccio sostanziale alla valutazione delle condotte unilaterali e riconoscendo il sempre maggiore ruolo che l'analisi economica gioca, ha via via sviluppato sempre di più il concetto di obiettiva giustificazione. Ciò, anche al fine di permettere ad un'impresa in posizione dominante di avvalersi effettivamente del diritto di tutelare legittimamente i propri interessi commerciali⁵¹, senza necessariamente essere limitata nella sua condotta dalla "speciale responsabilità" che grava su ogni soggetto dotato di potere di mercato dominante. Il concetto di obiettiva giustificazione per la condotta dell'impresa dominante è basato sul principio di proporzionalità ed opera come una eccezione ad una condotta ritenuta, *prima facie*, abusiva. In tale categoria, la giurisprudenza si è soffermata, in particolare, sulla c.d. "*meeting competition defence*" ovvero l'argomento in base al quale l'impresa dominante deve poter far fronte alla concorrenza, con azioni difensive, purché ciò non si rifletta in condotte volte ad intraprendere azioni nei confronti dei concorrenti non basate sulla concorrenza "*on the merits*"⁵². L'onere di dedurre argomenti ed elementi di prova a supporto di un'eventuale giustificazione obiettiva spetta, specularmente rispetto a quanto avviene alla luce dell'art. 101 § 3, all'impresa dominante interessata. Analogamente, spetta poi a chi afferma la sussistenza della violazione dell'art. 102 TFUE

dimostrare che gli argomenti e gli elementi di prova invocati da tale impresa non possono essere accolti e che quindi la giustificazione presentata deve essere respinta⁵³. L'apertura verso la possibilità di sollevare argomenti difensivi di questo genere anche per un abuso di posizione dominante si è riflessa nel graduale e progressivo riconoscimento della necessità di prendere in considerazione tutti gli effetti, attuali o potenziali, generati da una condotta ritenuta abusiva. Se inizialmente la giurisprudenza aveva negato la possibilità di considerare difese di natura economica per giustificare una condotta abusiva⁵⁴, successivamente tale orientamento è stato mitigato e superato con il riconoscimento che gli effetti negativi (restrittivi) possono essere bilanciati da vantaggi in termini di efficienza che vadano anche a beneficio dei consumatori, fermo restando che la pratica sotto scrutinio non deve eccedere quanto necessario per conseguirli⁵⁵. Sembra quindi possibile argomentare che la valutazione dei guadagni di efficienza sia entrata, mediante il concetto di "obiettiva giustificazione", a far parte degli elementi da valutare nell'ambito di una analisi completa dell'art. 102 TFUE, sulla falsa riga di quanto previsto dall'art. 101 § 3 TFUE.

GIAN LUCA ZAMPA - GIULIA ATTINÀ

Bibliografia

AITKEN, MITCHELL, «Efficiency defences under Art. 81 EC: is the hurdle getting higher?», in *Comp. L.J.*, 2009, VIII (1), p. 55-71; BELLIS,

⁵⁰ C. giust. UE, 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Continental Can c. Commissione*, in *Racc.* 1973, p. 215, punto 25.

⁵¹ C. giust. UE, 16 settembre 2008, cause riunite da C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélou kai Sia EE ed altri c. GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proïonton*, in *Racc.* 2008, p. I-7139, punto 50.

⁵² C. giust. UE, 16 marzo 2000, causa C395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritimes Belge*, cit., punto 119; Trib. CE, 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar*, in *Racc.* 1999, p. II-2969, punto 190; comunicato stampa della Commissione del 10 ottobre 1997, IP/97/868 *The Digital Undertaking*; C. giust. UE, 3 luglio 1991, causa C-62/86, *Akzo c. Commissione*, cit., punto 156; Dec. Comm. UE, 18 luglio 1988, *Napier Brown*, G.U.C.E. L 284, 19 ottobre, 1988, p. 41; Dec. Comm. UE, 5 dicembre 1988, *BPB*, G.U.C.E. L 10, 13 gennaio 1989 punti. 132-133; Dec. Comm. UE, 22 dicembre

1987, *Hilti*, G.U.C.E. L 65, 11 marzo 1988. punto 80.

⁵³ Trib. CE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, cit., punto 1144.

⁵⁴ Trib. CE, 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Télécom c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. II-107, punto 217; Trib. CE, 30 settembre 2003, cause riunite T-191/98 e da 212/98 a 214/98, *Atlantic Container c. Commissione*, cit., punto 1112; C. giust. UE, 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin I*, cit., punto 85.

⁵⁵ C. giust. UE, 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Telia Sonera c. Commissione*, in *Racc.* 2011, p. I-527, punto 76; Trib. CE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, cit., punti 1091 e ss.; C. giust. UE, 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways c. Commissione*, cit., punto 86; Trib. CE, 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin II*, cit., punto 98.

KASTEN, «Will efficiencies play an increasingly important role in the assessment of conduct under Article 102 TFEU?», in *Competition Law and the enforcement of art. 102*, (a cura di) ETRO e KOKKORIS, Oxford, 2010, pp. 129-138; ETRO, KOKKORIS, «Toward an economic approach to art. 102 TFEU», in *Competition Law and the enforcement of art. 102*, (a cura di) ETRO e KOKKORIS, Oxford, 2010, p. 1-36; MAH-TANI, «Thinking outside the object box: and EU and UK perspective», *Eur. Comp. J.*, VIII (1), aprile 2012, pp. 1-39; ROUSSEVA, «The concept

of "Objective justification" of an Abuse of dominant position: Can it help to modernise the analysis under Art. 82 EC?», in *Comp. L. Rev.*, II (2), marzo 2006, pp. 27-72; VAN BAELE, BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009, pp. 76-109; ZAMPA, «Efficiency under the EU Merger Regulation», in *E.B.O.R.*, IV, 2003, pp. 573-622; WÄELBROECK, «The Assessment of Efficiencies under Article 102 and the Commission's Guidance Paper», in *Competition Law and the enforcement of art. 102*, (a cura di) ETRO e KOKKORIS, Oxford, 2010, pp. 115-128.