

MANFREDI DE VITA

LE NUOVE FORME DI ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

Schema

dell'Intervento svolto al IV Convegno Nazionale della

ASSOCIAZIONE ANTITRUST ITALIANA

I PRINCIPALI SVILUPPI NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA DELL'UNIONE EUROPEA E NAZIONALE

Capri, 25 maggio 2017

- I -

I TERMINI DELLA QUESTIONE

1. La definizione dello **standard legale richiesto per dichiarare abusiva, ai sensi dell'art 102 TFUE**, la condotta di un'impresa dominante:
 - a. **Approccio** strutturale, o meglio, **oggettivo**:
 - Sentenza della Corte del 13 febbraio 1979 Hoffmann-La Roche/Commissione Causa 85/76.
 - b. **Approccio** economico, o meglio, **effettuale**
 - 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 (2009/C 45/02).
2. **La questione** sembra ancora **aperta nella giurisprudenza** successiva alla Comunicazione della Commissione del 2009
 - Sentenza del Tribunale del 12 giugno 2014, Intel / Commissione, causa T-286/09
 - Sentenza della Corte del 6 ottobre 2015 Post Danmark II causa C-23/14
3. Inoltre nel più recente dibattito dottrinale **l'approccio effettuale conosce ulteriori declinazioni**, a seconda che vogliano privilegiarsi, ai fini dell'attivazione del divieto reso dall'art. 102 TFUE, gli **effetti a scapito**:
 - del processo concorrenziale;
 - dei concorrenti dell'impresa dominante;
 - dei clienti o consumatori.

- II -

L'IPOTESI CHE L'EVOLUZIONE INTERVENUTA PARALLELAMENTE IN APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 101 TFUE POSSA CONTRIBUIRE ALLA DEFINIZIONE DELLO STANDARD LEGALE RICHIESTO PER DICHIARARE ABUSIVA, AI SENSI DELL'ART 102 TFUE, LA CONDOTTA DI UN'IMPRESA DOMINANTE

1. Lo scopo unitario delle due regole fondanti il **sistema antitrust** europeo

- a. Sentenza della Corte del 21 febbraio 1973, Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. / Commissione delle Comunità europee, Causa 6-72 (punti 25-26)
- Su piani diversi, gli artt. 85 e 86 mirano allo stesso scopo, cioè a mantenere un'effettiva concorrenza nel mercato comune.
 - L'alterazione della concorrenza, vietata quando deriva dai comportamenti contemplati dall'art. 85, non può divenire lecita qualora detti comportamenti riescano, grazie all'azione di un'impresa dominante,
 - Una tale diversità di trattamento giuridico aprirebbe nel complesso delle norme sulla concorrenza una breccia atta a compromettere il corretto funzionamento del mercato comune.
 - In ogni caso, gli artt. 85 e 86 non possono essere interpretati in modo contraddittorio, dal momento che servono all'attuazione dello stesso obiettivo.

2. **Protocollo n. 27** al trattato sull'Unione europea e al trattato sul funzionamento dell'Unione europea

- Il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata.

3. Cenni all'analisi per oggetto quale specifica modalità di applicazione dell'articolo 101 TFUE

a. Il criterio della **dannosità intrinseca**

- Talune forme di coordinamento tra imprese possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza (sentenza CB/Commissione, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punto 50)
- Al fine di valutare se un accordo tra imprese presenti un grado di dannosità sufficiente per essere considerato come una «restrizione della concorrenza per oggetto» ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, occorre riferirsi al tenore delle sue disposizioni, agli obiettivi che esso mira a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale si colloca (sentenza ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, punto 33)". (sentenza del 20 gennaio 2016 causa C-373/14 P, Toshiba Corporation, parr. 26-27)
- Il criterio giuridico essenziale per determinare se un accordo comporti una restrizione della concorrenza «per oggetto» risiede quindi nel rilievo che un simile accordo presenta, di per sé, un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente per ritenere che non sia necessario individuarne gli effetti (v., in tal senso, sentenza CB/Commissione, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punto 57)" (Sentenza del 26 novembre 2015, causa C-345/14, SIA «Maxima Latvija», parr.18-20.

b. Il rilievo dell'analisi del contesto

- In questo quadro di analisi, per riprendere l'espressione dell'avvocato generale Wahl nelle sue conclusioni, presentate nella causa CB/Commissione (C-67/13P, par. 41), l'esame necessario per determinare se un contratto abbia un oggetto restrittivo non può essere scisso dal contesto economico e giuridico in considerazione del quale le parti l'hanno concluso.
- Tener conto del contesto economico e giuridico significa quindi che l'accordo controverso deve essere idoneo in concreto a impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato. Ciò al fine di individuare i casi che presentino un rischio intrinseco di effetto pregiudizievole particolarmente grave, vale a dire le restrizioni che siano intrinsecamente caratterizzate da un elevato grado di nocività.

4. **La possibile bipartizione delle restrizioni della concorrenza per oggetto o per effetto in relazione all'art. 102 TFUE** nelle sentenze del Tribunale del 30 settembre 2003, Michelin (II), causa T-203/01 (punti 237-241) e del 30 gennaio 2007, France Télécom SA, causa T-340/03 (punti 195-196)

- L'art. 82 CE vieta, qualora possa essere pregiudizievole per il commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo. Contrariamente all'art. 81, n. 1, CE, l'art. 82 CE non contiene alcun riferimento all'oggetto o all'effetto anticoncorrenziale della pratica interessata. Tuttavia, alla luce del contesto in cui rientra l'art. 82 CE, un comportamento verrà considerato abusivo solo se può restringere la concorrenza.
- L'«effetto» menzionato dalla ...non riguarda necessariamente l'effetto concreto del comportamento abusivo censurato. Al fine di accertare una violazione dell'art. 82 CE, è sufficiente attestare che il comportamento abusivo dell'impresa in posizione dominante mira a restringere a concorrenza o, in altri termini, che il comportamento è tale da avere o può avere un simile effetto.
- Ne consegue che, ai fini dell'applicazione dell'art. 82 CE, la prova in merito all'oggetto e quella relativa all'effetto anticoncorrenziale si confondono (v. in tal senso, Irish Sugar/Commissione, cit. supra al punto 54, punto 170). Infatti, se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa in posizione dominante è di restringere la concorrenza, detto comportamento potrà anche avere tale effetto
- Quanto alle condizioni d'applicazione dell'art. 82 CE e alla distinzione tra oggetto ed effetto della pratica abusiva, occorre sottolineare che, ai fini dell'applicazione del detto articolo, la prova in merito all'oggetto e quella relativa all'effetto anticoncorrenziale possono, eventualmente, confondersi. Infatti, se si dimostra che il comportamento di un'impresa in posizione dominante ha lo scopo di restringere la concorrenza, detto comportamento sarà anche idoneo a produrre un effetto di tal genere

5. Rispetto all'art. 102 TFUE **oggetto ed effetto restrittivo si confondono ma non sino a scomparire, perché esse condividono la medesima natura** rispetto alla configurazione di una fattispecie abusiva, come chiarito nelle Conclusioni dell'AG Wahl del 20 ottobre 2016 nella causa C-413/14P Intel/Commissione (punti 41-43)
- From the outset, EU competition rules have aimed to put in place a system of undistorted competition, as part of the internal market established by the EU.
 - Given its economic character, competition law aims, in the final analysis, to enhance efficiency. The importance placed on efficiency is also in my view clearly reflected in the case-law of the EU Courts.
 - A logical corollary to the objective of enhanced efficiency is that the anticompetitive effects of a particular practice assume crucial importance. Irrespective of whether we are dealing with an enforcement shortcut such as that offered by the concept of 'restriction by object' in the context of Article 101 TFEU, or with single firm conduct falling within the scope of Article 102 TFEU, EU competition rules seek to capture behaviour that has anticompetitive effects.
6. Come per l'art. 101 TFUE, **anche ai fini** dell'applicazione del divieto di condotte abusive espresso **dall'art. 102 TFUE, quanto assume rilievo centrale è una piena analisi del contesto.** Ancora secondo la ricostruzione dell'AG Wahl nelle conclusioni del 20 ottobre 2016 nella causa C 413/14 P Intel/Commissione (punti 73-78)
- An abuse of dominance is never established in the abstract: even in the case of presumptively unlawful practices, the Court has consistently examined the legal and economic context of the impugned conduct. In that sense, the assessment of the context of the conduct scrutinised constitutes a necessary corollary to determining whether an abuse of dominance has taken place.
 - The case-law does not omit to look at the legal and economic context of the conduct — or, to employ the standard formula in Article 102 TFEU cases, 'all the circumstances' — in order to determine whether an undertaking has abused its dominant position. The analysis of 'context' — or 'all the circumstances', as it is termed in the Court's case-law — aims simply but crucially to ascertain that it has been established, to the requisite legal standard, that an undertaking has abused its dominant position.

- III -

ELEMENTI A SOSTEGNO DELLA POSSIBILITÀ DI ACCERTARE IL CARATTERE ABUSIVO DI ALCUNE CONDOTTE DELLE IMPRESE DOMINANTI IN
RAGIONE DELLA LORO DA DANNOSITÀ INTRINSECA PER LA CONCORRENZA

1. Quelle appena passate in rassegna, piuttosto che mere coincidenze terminologiche, paiono invece rappresentare **l'espressione di tratti comuni al sistema del diritto antitrust ad alla fondamentale nozione di restrizione della concorrenza**, suscettibili di avallare - anche nel quadro dell'art. 102 - **un esercizio a carattere presuntivo che, se riveli un saldo negativo del bilancio concorrenziale della fattispecie considerata, possa condurre una più sollecita repressione della medesima**

2. In tal senso non sembrano configurarsi ostacoli insormontabili alla possibilità che, **una volta debitamente condotta la necessaria analisi di contesto** - esercizio, peraltro, che per l'applicazione dell'art. 102 TFUE viene in parte a coincidere con le attività richieste per la definizione dei mercati rilevanti e l'accertamento della posizione dominante - si schiuda, **per le condotte abusive di cui sia comprovata la dannosità intrinseca per la concorrenza** (o, in altri termini, il rischio intrinseco di effetto pregiudizievole particolarmente grave), **l'accesso ad un *enforcement shortcut* analogo a quello reso per l'art. 101 TFUE dalla categoria delle restrizioni per oggetto.**

3. Un tale approccio avrebbe tra l'altro il pregio di **controbilanciare talune possibili derive - in termini di *under enforcement* -** che potrebbero conseguire ad un'applicazione dell'art.102 esclusivamente fondata sul c.d. effect based (or economic) approach, nel senso di:
 - scongiurare il rischio di una troppo spinta categorizzazione in chiave gerarchica degli effetti prodotti dalla condotta abusiva - o peggio dei soggetti pregiudicati dalla medesima - ai fini della concreta attuazione del divieto;
 - rendere ossequio all'equilibrio tra l'art. 101 e 102 TFUE voluto dagli Autori del Trattato, nel senso che il regime istituito per gli abusi di posizione dominante non ammette a differenza di quello delle intese restrittive della concorrenza eccezioni al divieto.