

Capitolo 4 – La posizione dominante e i comportamenti abusivi

4.1 La definizione di posizione dominante e di abuso

Alla base della condanna di pratiche abusive (abusi di posizione dominante) in materia di tutela della concorrenza si ha un'asimmetria: alcuni comportamenti sono vietati alle imprese in posizione dominante, ma consentiti a tutte le altre imprese. Un tipico esempio di questi comportamenti è dato dalla discriminazione di prezzo, che è vietata per le imprese in posizione dominante, ma non per i nuovi entranti.

Questa asimmetria ha un fondamento economico molto importante, che è quello di limitare l'espansione delle posizioni dominanti, e quindi evitare il più possibile a questi mercati di avvicinarsi a strutture di monopolio. Contemporaneamente, l'asimmetria dovrebbe essere in grado di consentire un riassorbimento fisiologico delle posizioni dominanti, incentivando il mercato in oggetto a raggiungere, per quanto possibile, una struttura più concorrenziale.

Nella determinazione di abusi di posizione dominante vi sono due aspetti differenti da considerare: l'esistenza di una posizione dominante, che si configura come l'aspetto oggettivo della definizione, e l'abuso di tale posizione, aspetto soggettivo, in quanto legato al comportamento dell'impresa in questione.

La posizione dominante può essere definita come *“una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato rilevante e ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti, ed in ultima analisi, dei consumatori. [...] Siffatta posizione, a differenza di una situazione di monopolio o quasi monopolio, non esclude l'esistenza di una certa concorrenza, ma pone l'impresa che la detiene in grado, se non di decidere, almeno di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza e, comunque, di comportarsi sovente senza doverne tenere conto e senza che, per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio”*¹.

L'esistenza di una posizione dominante è, come detto, una **nozione oggettiva**, in quanto gli elementi che concorrono a determinarla non sono né leciti né illeciti, ma sono fattori che determinano una certa situazione di mercato.

I fattori che concorrono a determinare una posizione dominante possono essere molteplici, ma tra di essi assume una particolare significatività la **quota di mercato**: anche se l'importanza di questo indicatore può variare da un mercato all'altro, si può ritenere che l'esistenza di una quota molto alta di mercato costituisca di per sé la prova dell'esistenza di una posizione dominante. Seguendo ancora la Corte di Giustizia europea, *“la detenzione di una quota di mercato*

¹ Cfr. Corte di Giustizia Europea, causa C-85/76, *Hoffmann La Roche / Commissione*, sentenza del 13 febbraio 1979.

*particolarmente cospicua pone l'impresa che la detiene in una posizione che la rende controparte obbligatoria e che, già per questo fatto, le garantisce l'indipendenza di comportamento che caratterizza la posizione dominante*².

Il valore di attenzione, per il quale un'impresa appare essere suscettibile di posizione dominante, può variare da mercato a mercato, e si sta progressivamente abbassando nella giurisprudenza. Oggi la giurisprudenza europea considera senza dubbio come posizione dominante una quota di mercato superiore al 50-55%, mentre si rende necessaria un'analisi accurata degli altri fattori per la valutazione di quote di mercato comprese tra il 35-40% e il 50-55%.

Gli altri fattori da considerare sono:

- le quote di mercato dei concorrenti: la posizione dominante di un'impresa è maggiormente suscettibile di essere rafforzata quanto più le quote di mercato dei concorrenti sono marginali. Ad esempio, un'impresa con una quota del 45% è maggiormente indiziata di posizione dominante se i concorrenti principali hanno quote che non superano il 5-10%, piuttosto che nel caso in cui i concorrenti principale dell'impresa abbiano quote di mercato del 15-20%;
- in caso di prodotti nuovi, la quota di mercato potrebbe essere più suscettibile di variazioni nel tempo, e quindi deve essere valutata in un orizzonte di tempo più ampio; la quota di mercato dell'impresa deve essere valutata anche nel futuro, poiché la posizione dominante deve essere non transitoria, e superare una determinata soglia per un certo tempo minimo;
- le caratteristiche dell'impresa, da chi è posseduta l'impresa, fattori che sono altrettanto importanti per la determinazione di una posizione dominante;
- l'esistenza di barriere all'entrata può condurre al rafforzamento di una posizione dominante.

Come abbiamo definito in precedenza, il secondo aspetto, soggettivo, è quello del comportamento dell'impresa in posizione dominante, a cui sono applicati una serie di divieti.

La normativa europea e la normativa italiana prevedono un divieto generale per l'abuso di posizione dominante, e un elenco di fattispecie di abuso, che però è da ritenere non esaustivo.

L'articolo 82 del Trattato dell'Unione Europea disciplina così la materia:

“ E' incompatibile con il mercato comune 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 comune o su una parte sostanziale di questo.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

² Cfr ancora *Hoffmann La Roche*, sentenza del 13 febbraio 1979.

- a) *nell'imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni di transazione non eque;*
- b) *nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;*
- c) *nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;*
- d) *nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte 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”.*

Questo articolo è parimenti ripreso, per la normativa nazionale, all'articolo 3 della legge 287/90, che vieta nel mercato nazionale gli abusi di posizione dominante rifacendosi ad un elenco di fattispecie del tutto simile a quello del trattato.

Come detto in precedenza, l'elenco non è esaustivo: le tipologie di comportamenti abusivi da parte di un'impresa dominante possono essere molto disparate, e rendono maggiormente difficoltoso stabilire con certezza l'esistenza di un abuso.

Nella giurisprudenza statunitense, ad esempio, l'elenco dei possibili comportamenti abusivi è interpretato in senso più lato di quanto accada in Europa, e comprende, tra l'altro: riduzioni dell'output, espansioni di capacità o di output, discriminazioni di prezzo, rifiuti di fornitura, integrazioni verticali, spionaggi e sabotaggi industriali, accordi di *tying*, forniture subordinate a prestazioni non richieste, contrazione dei margini di prezzo (*price squeeze*), ricerca e sviluppo a scopo predatorio, spostamento delle posizioni di monopolio in mercati contigui, l'aumento dei costi dei rivali, abusi sull'utilizzo dei brevetti, esistenza di prezzi predatori.

In Europa e in Italia, invece, le esperienze di abusi di posizione dominante in letteratura sono maggiormente concentrati all'interno delle fattispecie elencate dal Trattato dell'Unione e dalla legge italiana: imposizione di prezzi “non equi”, limitazione degli sbocchi, della produzione o dello sviluppo tecnico a danno dei consumatori, discriminazione e *tying*.

4.2 Le fattispecie di abuso di posizione dominante

4.2.1 Prezzi “non equi” o “ingiustificatamente gravosi”

Un'impresa che detiene una posizione dominante può avere un sufficiente potere di mercato e far pagare prezzi ingiustamente elevati ai propri clienti. Molto spesso, la determinazione di prezzi eccessivi può essere di tipo selettivo, che implica, ad esempio, che vi sia discriminazione di prezzo tra clienti diversi e/o mercati geografici differenti. In particolare, le compagnie multinazionali che praticano prezzi discriminatori in differenti mercati nazionali possono essere

particolarmente indiziate di prezzi eccessivi. Una definizione di prezzo eccessivo appare molto difficile: secondo la Corte di Giustizia europea, si ha un prezzo eccessivo quando “*esso non ha alcuna relazione ragionevole con il valore economico del prodotto fornito*”³; la determinazione di prezzi eccessivi implica quindi un raffronto tra il prezzo praticato e i costi di produzione. Tuttavia, questi ultimi sono molto difficili da determinare, in particolare per imprese multiprodotto con una forte incidenza di costi fissi, comuni e congiunti tra più prodotti, o che adottano di metodologie diverse di costo.

Nell’assenza di dati univoci sui costi, l’evidenza di prezzi eccessivi deve essere fornita da marcate differenze sui prezzi di prodotti simili, per lo stesso mercato o per mercati geograficamente simili, o – in alcuni casi – da studi effettuati sui costi di produzione.

Appare tuttavia molto difficile capire quando un prezzo diventa eccessivo, poiché non è affatto vietato per l’impresa porre un mark-up sui costi di produzione. Si prenda ad esempio il caso dei cosiddetti “prezzi di Ramsey”: la soluzione che minimizza la perdita di benessere sociale per un monopolista multiprodotto è tale per cui il prezzo è tanto superiore al costo marginale quanto più è rigida la domanda di un prodotto⁴.

Per questi motivi, i casi di abuso di posizione dominante per prezzi eccessivi sono molto rari, sia in Italia che in Europa, poiché è molto difficoltoso dimostrare il comportamento abusivo dell’impresa dominante.

Il caso United Brands (Europa, 1978)
Corte di giustizia, Caso 27/76

Nel caso in questione, la Commissione Europea ha accusato la *United Brands* di vendere banane “Chiquita” a prezzi eccessivi ai consumatori residenti in Germania, Danimarca, Olanda, Belgio e Lussemburgo, basandosi sul fatto che i prezzi delle banane “Chiquita” erano all’incirca doppi in quei paesi rispetto ai prezzi di vendita in Irlanda, e che le banane di questa marca costavano il 20-40% in più rispetto a banane senza marchio.

Secondo la Commissione, questa era prova di abuso di posizione dominante in violazione dell’articolo 82 del Trattato, e la decisione conseguente ordinava una riduzione dei prezzi delle banane “Chiquita” di almeno il 15% in tutti i Paesi, tranne che in Irlanda.

In appello, la *United Brands* riuscì a ribaltare la situazione a proprio favore, perché la Corte di Giustizia riconobbe la necessità che la Commissione Europea analizzasse la struttura dei costi per definire l’esistenza di un prezzo eccessivo;

³ Cfr. Corte di Giustizia, *United Brands*, 1978, paragrafo 250.

⁴ Si veda a questo proposito Marzi-Prosperetti-Putzu “*La regolazione dei servizi infrastrutturali*”, capitolo 4, paragrafo 2.1, pagina 88.

cosa che la Commissione non aveva fatto e che, nel caso di un prodotto agricolo come le banane, non rappresentava una difficoltà insuperabile.

L'analisi della struttura dei costi della *United Brands* mostrò invece che il prezzo delle banane non era cresciuto in termini reali negli ultimi 20 anni, e che il differenziale di prezzo con i concorrenti era solo del 7%, una percentuale che non poteva dare adito all'esistenza di prezzi eccessivi.

4.2.2 I prezzi predatori

La determinazione di prezzi predatori, cioè al di sotto dei propri costi di produzione, da parte di un'impresa dominante in un particolare mercato rappresenta un abuso di posizione dominante ed un'infrazione dell'articolo 82 del trattato dell'Unione Europea.

L'esistenza di prezzi predatori: il test di Areeda-Turner

Nella forma più tradizionale di questa fattispecie, i prezzi predatori rappresentano una pratica di eliminazione dei rivali dal mercato che si esercita con prezzi di vendita al di sotto dei costi: lo scopo del "predatore" è quello di vendere a prezzi di monopolio dopo l'uscita del rivale o dei rivali dal mercato. E' per quest'ultimo motivo che i prezzi predatori sono dannosi: se sono calcolati razionalmente per eliminare i concorrenti dal mercato o per influenzare i loro comportamenti in modo che l'impresa dominante possa godere di profitti di monopolio dopo il periodo di prezzi predatori.

La dimostrazione dell'esistenza di prezzi predatori si basa sul concetto che, nella teoria economica, la concorrenza porta i prezzi dei prodotti verso il loro costo marginale. Inoltre, praticare prezzi al di sotto dei costi marginali di breve periodo non è un comportamento razionale per la massimizzazione dei profitti dell'impresa, a meno che le perdite che ne risultano siano più che compensate dai futuri profitti di monopolio.

Areeda e Turner (1975) mostrarono che un prezzo al di sotto del costo marginale di breve periodo è da considerare predatorio, mentre non lo è un prezzo al di sopra di tale soglia: tuttavia, l'utilizzo di tali costi per un benchmark risultava impraticabile per la particolare difficoltà di calcolo di tali costi. Il "surrogato" è rappresentato dai costi medi variabili.

L'esistenza di prezzi predatori era in passato ritenuta una strategia facile e molto comune da realizzare per un'impresa dominante con sufficienti mezzi finanziari, ed era ritenuta come uno dei mezzi più comuni per la nascita dei monopoli. Tuttavia, più recentemente ci si è convinti che i prezzi predatori sono in realtà molto meno diffusi di quanto sembri a prima vista, poiché sono una strategia costosa da perseguire, che molto spesso rischia di fallire, e talvolta implausibile nella maggior parte dei mercati. Per alcuni studiosi, addirittura, i prezzi predatori rappresentano un comportamento irrazionale.

a. Il caso AKZO

Il caso ECS/Akzo (Europa, 1985) Decisione della Commissione Europea del 14 dicembre 1985

Il caso ECS/Akzo riguarda l'industria chimica e si colloca temporalmente all'inizio degli anni Ottanta. ECS è un piccolo produttore inglese di sostanze chimiche che venivano utilizzate sia nel mercato degli additivi per farine alimentari, sia nel processo di produzione dei polimeri. AKZO è invece un'industria chimica multinazionale, con quote di mercato dominanti in entrambi i mercati sopra menzionati.

ECS vendeva inizialmente i propri prodotti soltanto nel mercato degli additivi per farine; le maggiori potenzialità del mercato della produzione dei polimeri hanno indotto nel 1979 ECS a pianificare l'entrata anche in questo mercato, anche perché i prezzi praticati da ECS sul mercato degli additivi erano inferiori a quelli praticati da AKZO. Tale decisione da parte di ECS ha incontrato una forte reazione negativa da parte di AKZO, che ha minacciato di eliminare dal mercato o "ridurre alla ragione" ECS a meno che quest'ultima non manifestasse l'intenzione di ritirarsi dal mercato della produzione dei polimeri. A questo scopo, AKZO ha fatto ricorso ad una politica di sconti "anormalmente bassi" ai principali clienti di ECS, nel mercato degli additivi per farine, per un periodo di alcuni anni (fino al 1983). Ciò era reso possibile sia dalle maggiori dimensioni di AKZO, sia dal fatto che la quota del fatturato complessivo di AKZO conseguita nel mercato degli additivi alimentari era marginale. Pertanto, ciò rendeva sostenibile nel tempo per AKZO una strategia commerciale di vendita a prezzi significativamente inferiori a quelli proposti da ECS, con l'intento di eliminare quest'ultima dal mercato.

Nel 1985 la Commissione Europea ha emanato una decisione⁵ in cui si stabiliva che le politiche di sconti "anormalmente bassi" praticati da AKZO e le minacce di eliminare ECS dal mercato rappresentavano un'infrazione dell'articolo 82 del Trattato istitutivo dell'Unione Europea. La Commissione ha comminato ad AKZO un'ammenda di 10 milioni di ECU.

Nel ricorso, la Corte di Giustizia, ha definito con particolare dettaglio i criteri e le basi di costo mediante le quali è possibile definire prezzi predatori: *"I prezzi inferiori alla media dei costi variabili (vale a dire quei prezzi che variano in funzione dei quantitativi prodotti) mediante i quali un'impresa dominante persegue l'obiettivo di eliminare un concorrente devono ritenersi illeciti. Poiché ogni vendita comporta per l'impresa dominante una perdita, ossia la totalità dei costi fissi (vale a dire quei costi che restano costanti a prescindere da quale sia l'entità dei quantitativi prodotti) e, almeno in parte, dei costi variabili relativi all'unità prodotta, la detta impresa non ha infatti alcun interesse a praticare simili prezzi se non quello di eliminare i propri concorrenti, per poter poi rialzare i propri prezzi approfittando della situazione di monopolio. D'altra parte, prezzi*

⁵ Cfr. Decisione 609/85 della Commissione Europea, 14 dicembre 1985, sul caso ECS/Akzo.

inferiori alla media dei costi totali, i quali comprendono i costi fissi e quelli variabili, ma superiori alla media dei costi variabili, sono da considerare illeciti allorché sono fissati nell'ambito di un disegno inteso ad eliminare un concorrente. Tali prezzi possono infatti estromettere dal mercato imprese le quali potrebbero essere altrettanto efficienti come l'impresa dominante, ma che, per via delle loro più modeste capacità finanziarie, sono incapaci di resistere alla concorrenza che viene esercitata nei loro confronti.” (ECJ, paragrafi 71 e 72).

Il test proposto nel caso ECS/AKZO definisce quindi gli estremi superiore ed inferiore per la determinazione dei prezzi predatori, e identifica tre tipologie:

1	<i>Prezzi al di sotto dei costi medi variabili</i>	Quasi certamente indicativi di prezzi predatori
2	<i>Prezzi al di sopra dei costi medi variabili ma al di sotto dei costi medi totali</i>	Non sono un indizio di predatorietà dei prezzi a meno che il prezzo non sia una variabile strategica per eliminare la concorrenza.
3	<i>Prezzi al di sopra dei costi medi totali</i>	Generalmente sono ritenuti come non predatori

Va osservato che, secondo la Corte, in qualche caso, anche prezzi posti al di sopra dei costi medi totali possano essere considerati predatori, come ad esempio nel caso in cui i costi marginali di breve periodo siano al di sopra dei costi medi totali. Il periodo corretto per la determinazione dei costi medi marginali è il breve periodo; ciò appare consistente con quanto viene affermato nelle ipotesi del test di Areeda-Turner.

Questo test è definito in termini di costi medi (variabili o totali), ma questo approccio è difficilmente applicabile in molti mercati in cui le industrie dominanti presentano una forte incidenza di costi comuni (ad esempio le industrie a rete, industrie in cui si producono molti prodotti diversi): in tali industrie è necessario utilizzare due approcci alternativi, e spostare l'orizzonte al lungo periodo. Il primo approccio è quello del costo incrementale, il secondo è quello del costo *stand-alone*⁶.

4.2.3 La limitazione degli sbocchi e la dottrina delle “essential facilities”

Una seconda fattispecie di abuso di posizione dominante è rappresentata dalla limitazione degli sbocchi e dello sviluppo tecnico, a danno dei consumatori.

Un'impresa, la cui in posizione dominante le permette di controllare l'accesso al mercato, compie un abuso di posizione dominante se nega, senza alcuna motivazione oggettiva, l'accesso al mercato ad altre imprese. Le uniche motivazioni ammesse per opporre un rifiuto all'accesso derivano da un bilanciamento tra l'interesse privato (investimenti, proprietà, diritti di proprietà intellettuale) e l'interesse pubblico, che deve assicurare che la concorrenza non venga falsata all'interno del mercato.

⁶ Si veda a questo proposito Marzi, Prosperetti e Putzu “*La regolazione dei servizi infrastrutturali*”, capitolo 9, pagina 201.

Questo punto è molto importante nella dottrina *antitrust*, poiché ha rappresentato la base normativa per l'apertura dei mercati delle telecomunicazioni, dell'energia, e – più in generale – dei servizi infrastrutturali.

Nella legislazione europea attuale, un'impresa dominante non è in generale obbligata ad offrire l'accesso alla sua infrastruttura, alla sua rete o alla sua tecnologia, e quindi non si verifica un abuso di posizione dominante, a meno che non si verifichino tre condizioni:

- il rifiuto dell'accesso ad un'infrastruttura impedisce in modo sostanziale la concorrenza nel mercato;
- l'accesso deve essere indispensabile o essenziale per la conduzione del servizio;
- l'accesso deve essere negato senza alcuna giustificazione obiettiva.

Questo concetto è molto vicino alla nozione americana di *essential facility*, cioè di infrastruttura essenziale: l'idea di limitazione dell'accesso ai mercati nasce infatti dalla tradizione americana dell'*antitrust* e si basa sul concetto che alcune strutture (monopoli naturali, accordi di *joint venture* in cui si manifestano forti economie di scala, strutture create in base a regimi di regolazione, strutture governative) possono dare notevoli vantaggi di costo a coloro che le possiedono, rispetto a coloro che non le possiedono. Nella giurisprudenza statunitense, uno tra i primi casi di *essential facility* è rappresentato da un ponte sul Mississippi, costruito e controllato da un gruppo ferroviario, che rifiutava l'accesso alle altre compagnie ferroviarie per il trasporto di merci da una riva all'altra del fiume.

Deve essere però fatta un'importante distinzione: un'infrastruttura si configura come *essential facility* solo se è essenziale, indispensabile per la fornitura di un servizio e non può essere replicabile senza che ciò renda antieconomica la fornitura del servizio stesso. In caso contrario, l'infrastruttura, anche se importante per la fornitura del servizio, non si configura come *essential facility*.

In questa sede tratteremo due casi: il caso Magill, che si riferisce ad un rifiuto di accesso ad una tecnologia televisiva, ed il caso Bronner, che si riferisce all'accesso ad una rete distributiva di quotidiani; quest'ultimo rappresenta oggi il riferimento principale per la giurisprudenza europea in materia.

Il caso Magill-RTE (Europa, 1995)
Corte di Giustizia, C 242/91

Il caso Magill-RTE riguarda il rifiuto, da parte di tre stazioni televisive irlandesi, di comunicare i programmi dei propri palinsesti settimanali per le trasmissioni radio e televisive ad un editore indipendente (Magill), per la pubblicazione in una guida generale settimanale, che all'epoca dei fatti era un prodotto inesistente sul

mercato. Poiché sottoposti al diritto di autore, i diritti di pubblicazione venivano riservati a pubblicazioni separate, di proprietà delle stesse stazioni televisive, oppure concessi in licenza gratuita ai quotidiani, con condizioni che stabilivano le modalità di riproduzione delle informazioni.

Grazie all'esistenza del diritto d'autore, le tre stazioni godevano di una posizione dominante sul mercato, potendo decidere a chi concedere in licenza la pubblicazione dei palinsesti: in particolare, le tre stazioni si avvalevano delle norme nazionali a tutela del diritto d'autore per impedire alla Magill di pubblicare informazioni su base settimanale.

La Corte di Giustizia europea ha tuttavia sentenziato che la tutela sul diritto d'autore non può essere esercitata in modo e in circostanze manifestamente contrarie alle regole di concorrenza dell'Unione, in particolare a quelle relative alla libera circolazione delle merci e alla libera concorrenza: in questo caso, la domanda potenziale a parte dei consumatori di un nuovo prodotto – un giornale completo con tutti i programmi TV su base settimanale – e la completa mancanza di una ragione obiettiva per il rifiuto di accesso alle pubblicazioni (gli stessi programmi erano offerti gratuitamente ai quotidiani) erano ragioni sufficienti per l'esistenza di un abuso di posizione dominante.

Il caso Oskar Bronner & Co. KG (Europa, 1998)
Corte di Giustizia europea, Causa C-7/97

La Oskar Bronner è una società austriaca editrice di un quotidiano, “Der Standard”; del quale cura la redazione, l'edizione, la stampa e la distribuzione. La quota di mercato dello “Standard” era nel 1994 pari al 3,6%.

Il principale operatore in questo mercato è rappresentato da Mediaprint, che pubblica due quotidiani (“Neue Kronen Zeitung” e “Kurier”), con una quota di mercato congiunta del 48,6% nel 1994, e che ha creato per la distribuzione dei suoi quotidiani un sistema di recapito a domicilio su scala nazionale, che attua mediante una società controllata, e che consiste nel recapitare direttamente i giornali agli abbonati nelle prime ore del mattino.

La Oskar Bronner ha denunciato un presunto abuso di potere dominante da parte di Mediaprint, che non inseriva lo “Standard”, dietro versamento di un prezzo equo, nel suo sistema di recapito a domicilio. A sostegno di questo aspetto, la Oskar Bronner affermava che la consegna a mezzo posta, generalmente effettuata in tarda mattinata, non rappresentasse un'alternativa equivalente al recapito a domicilio e che non fosse affatto per essa redditizio creare una propria rete di recapito a domicilio, dato il piccolo numero dei suoi abbonati. La Oskar Bronner sosteneva inoltre che la Mediaprint avesse commesso una discriminazione nei suoi confronti, inserendo nel suo sistema di recapito a domicilio il “Wirtschaftsblatt”, quotidiano non di proprietà di Mediaprint.

Da parte sua, la Mediaprint sottolineava che il suo sistema di recapito ha richiesto notevoli investimenti, e che l'apertura indiscriminata a tutti gli editori avrebbe

potuto far eccedere la sua capacità; inoltre, la sua posizione dominante non la obbligava ad agevolare la concorrenza.

L’Autorità antitrust ha richiesto l’intervento della Corte di Giustizia, per valutare se il comportamento della Mediaprint potesse essere considerato contrario all’articolo 82 del Trattato, in quanto abuso di potere dominante, sotto l’aspetto del diniego di accesso al mercato, dovuto al fatto che un editore in posizione dominante, che gestiva l’unica rete di distribuzione di quotidiani a domicilio, si rifiutasse di fare una proposta contrattuale ad un altro editore, il quale non poteva, né da solo né con altri imprenditori, realizzare una propria rete di distribuzione a domicilio gestibile in modo economicamente efficiente.

Secondo la Corte, l’esercizio del diritto esclusivo può costituire, in circostanze eccezionali, un comportamento abusivo se *“il rifiuto controverso riguarda un prodotto, la cui fornitura era indispensabile per l’esercizio dell’attività di cui trattavasi, nel senso che, senza di essa, la persona che intendeva offrire detta guida si trovava nell’impossibilità di pubblicarla e di offrirla sul mercato e che detto rifiuto ostacolava l’emergere di un prodotto nuovo per il quale esisteva una domanda potenziale da parte dei consumatori, non era giustificato da considerazioni obiettive e poteva determinare l’esclusione totale della concorrenza sul mercato derivato”* (par. 40).

Il diniego del servizio di fornitura di quotidiani a domicilio deve pertanto essere tale da *“eliminare del tutto la concorrenza sul mercato dei quotidiani da parte della persona che richiede il servizio e non sia obiettivamente giustificabile, ma anche che detto servizio sia, di per sé, indispensabile per l’esercizio dell’attività di tale persona, nel senso che non esiste alcun modo di distribuzione che possa realmente o potenzialmente sostituirsi al predetto sistema di recapito a domicilio”* (par. 41). Questa ipotesi *“non si verifica nemmeno nel caso in cui, come nella fattispecie, nel territorio di uno Stato membro esista un solo sistema di recapito a domicilio su scala nazionale e, per di più, se sul mercato dei servizi costituito da tale sistema o del quale fa parte tale sistema il proprietario di questo detiene una posizione dominante. Da un lato, infatti, è pacifico che altri modi di distribuzione di quotidiani, come la distribuzione a mezzo posta e la vendita nei negozi e nelle edicole, anche se eventualmente meno vantaggiosi per la distribuzione di taluni quotidiani, esistono e sono utilizzati dagli editori di questi. Dall’altro, non risultano esistere ostacoli di natura tecnica, normativa o anche economica capaci di rendere impossibile o straordinariamente difficile a qualsiasi altro editore di quotidiani cercare, da solo o in collaborazione con altri editori, un proprio sistema di recapito a domicilio su scala nazionale e avvalersene per distribuire i propri quotidiani.*

A questo proposito occorre sottolineare che, per dimostrare che la creazione di un sistema del genere non costituisce un’alternativa potenziale realistica e che, quindi, l’accesso al sistema esistente è indispensabile, non basta sostenere che essa non è economicamente redditizia a motivo della bassa tiratura del quotidiano o dei quotidiani da distribuire. Infatti, perché il detto accesso possa essere eventualmente considerato indispensabile occorrerebbe quanto meno provare [...] che non è economicamente redditizio creare un secondo sistema di recapito a domicilio per la distribuzione di quotidiani aventi una tiratura

paragonabile a quella dei quotidiani distribuiti con il sistema esistente. Alla luce delle considerazioni sopra esposte, la prima questione dev'essere risolta nel senso che non costituisce abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato il fatto che un'impresa del settore della stampa che detiene una rilevantissima quota del mercato dei quotidiani in uno Stato membro e che gestisce l'unico sistema di recapito a domicilio di giornali su scala nazionale esistente nello stesso Stato membro neghi l'accesso a tale sistema, contro un adeguato corrispettivo, all'editore di un quotidiano concorrente che, a motivo della bassa tiratura del giornale, non è in grado di creare e di gestire in modo economicamente conveniente, da solo o in collaborazione con altri editori, un proprio sistema di recapito a domicilio.” (par. 42-48).

4.3 Rifiuto di stipulare contratti

Oltre al rifiuto di concedere l'accesso, una fattispecie di abuso di posizione dominante si può configurare, in alcuni casi, come il rifiuto di stipulare contratti, nel caso in cui questo rifiuto sia concepito come una modalità per di eliminazione di concorrenti, siano essi effettivi o potenziali.

Diversamente dal rifiuto di accesso, un comportamento di questo tipo non ha generalmente un impatto sul mercato in cui opera l'impresa dominante, ma su mercati secondari, in cui l'impresa dominante si trova in concorrenza con il cliente a cui ha rifiutato la fornitura. Ad esempio, nel caso *Commercial Solvents* un fornitore americano di principi attivi medicinali è incorso in un abuso di posizione dominante nel momento in cui si è rifiutato di fornire il proprio prodotto grezzo ad un proprio cliente, in quanto quest'ultimo aveva iniziato per conto proprio la produzione del prodotto finito.

Simile a questa fattispecie di abuso è il trasferimento del potere di mercato, in cui un'impresa in posizione dominante in un mercato trasferisce il proprio potere di mercato ad imprese collegate in mercati correlati. Tipico a questo proposito è il caso *Telemarketing*, in cui una stazione televisiva belga si rifiutava di concedere gli spazi per le televendite sui propri canali, riservandoli ad una compagnia del proprio gruppo al fine di escludere concorrenti potenziali. In questo caso, la Corte di Giustizia ha sentenziato che commette un abuso un'impresa che possiede una posizione dominante in un particolare mercato e riserva per sé o per un'impresa appartenente al medesimo gruppo, rifiutando l'accesso, un'attività secondaria che potrebbe essere svolta anche da un'altra impresa in un mercato contiguo ma separato, con l'intento di eliminare la concorrenza in quest'ultimo mercato.

4.4 La discriminazione di prezzo e la scontistica

Una terza tipologia di abuso di posizione dominante citata nell'articolo 82 del Trattato è la discriminazione, che riguarda “*l'applicazione di condizioni dissimili a transazioni equivalenti con le altre parti contrattuali, ponendole in una situazione di svantaggio per la concorrenza*”. La discriminazione può riguardare anche l'applicazione di condizioni simili a transazioni dissimili.

Di per sé, la discriminazione non è nociva, né inefficiente: si pensi ancora all'esempio dei prezzi di Ramsey, in cui la discriminazione di prezzo genera una situazione efficiente (sia pure di *second best*) per la minimizzazione delle perdite di benessere sociale. Inoltre, la discriminazione di prezzo di secondo grado, quella in cui il prezzo unitario dipende dalla quantità acquistata, non rappresenta una fattispecie vietata dall'*antitrust*, perché in questo caso le transazioni sono diverse tra loro.

La discriminazione è vietata ai fini *antitrust* se viene esercitata da un'impresa dominante a fini anticompetitivi, come – ad esempio – l'imposizione di sovrapprezzi ai clienti che non possiedono fonti alternative di approvvigionamento al fine di massimizzare i propri profitti. In altri casi, invece, la discriminazione è praticata al fine di escludere i concorrenti nel lungo periodo, per potere meglio esercitare il proprio potere di mercato.

Dal momento tuttavia che difficilmente due transazioni sono tra loro uguali, nella pratica *antitrust* le differenze nei prezzi sono ritenute discriminatorie, e quindi indizio di un abuso, solo se eccedono un certo livello di tolleranza e diventano ingiustificabili e sproporzionate.

In questa sede presentiamo un caso italiano, relativo al mercato delle bevande (Coca Cola/Pepsi), in cui si ha una discriminazione abusiva sui prezzi contenuta all'interno di un abuso più ampio da parte di Coca Cola, teso ad eliminare il concorrente Pepsi. Oltre alla discriminazione di prezzo (gli sconti più consistenti venivano fatti ai clienti Pepsi, per invogliarli a cambiare fornitore), si hanno anche altre fattispecie di abuso, tra cui clausole di esclusiva, impedimenti all'accesso a canali distributivi e commerciali all'ingrosso.

***Il caso Pepsico Foods and Beverages – Coca Cola Italia/IBG Sud (Italia, 1999)
Procedimento AGCM A 224***

Nel 1997, Pepsi Cola ha denunciato all'AGCM una serie di comportamenti posti in essere da Coca Cola e dalle società imbottigliatrici autorizzate, che si sviluppavano in pratiche tendenti ad impedire l'accesso ai canali distributivi e commerciali all'ingrosso, consistenti nell'applicazione di sconti e di altri benefici in favore dei grossisti, nella previsione di clausole di esclusiva, nonché nell'assegnazione ai grossisti di obiettivi individuali di vendita.

In seguito, Coca Cola è stata denunciata anche da Esselunga (operatore della grande distribuzione), che evidenziava presunte pratiche abusive da parte di Coca Cola, consistenti nel vincolare la stipula dei contratti all'acquisto di specifici prodotti della gamma Coca Cola; nel riconoscere contributi e sconti, calcolati sul fatturato complessivo, a fronte dell'introduzione di nuovi prodotti; nel fissare, all'interno di ogni punto vendita, spazi espositivi minimi per i prodotti Coca Cola e un numero predefinito di refrigeratori e frigoriferi a vetrina in una percentuale prestabilita di punti vendita. Questi comportamenti avrebbero pregiudicato la

possibilità per Esselunga di ricavare un margine positivo dalla vendita dei prodotti Coca Cola.

Le quote di mercato e la posizione dominante di Coca Cola

Coca Cola “gode di una posizione di indiscussa leadership sul mercato delle cole, con una quota di mercato che si attesta intorno all'80% dello stesso, mantenuta più o meno stabilmente nel corso degli ultimi anni e pari a circa sei volte quella del principale concorrente, Pepsi Cola”. Anche volendo estendere il mercato di riferimento a tutte le bevande analcoliche gassate, emerge che gli imbottiglieri di prodotti Coca Cola detengono quote molto rilevanti anche su tale mercato (46,7% nel 1998).

Tenendo poi conto delle barriere all'entrata presenti in questo mercato (accesso ai marchi, reti distributive e di vendita, spazio sugli scaffali, costi pubblicitari, fedeltà al marchio), la posizione dominante di Coca Cola ne esce rafforzata.

Infine, i comportamenti di Coca Cola appaiono caratterizzati da una sostanziale indipendenza rispetto ai grossisti e alla grande distribuzione organizzata, in quanto i prodotti Coca Cola non possono essere assenti dall'assortimento di alcun punto vendita.

I comportamenti abusivi di Coca Cola

I comportamenti abusivi praticati da Coca Cola possono essere suddivisi in:

- a) Strategia di attacco ai concorrenti (Pepsi Cola)
- b) pratiche discriminatorie e fidelizzanti nei confronti dei grossisti;
- c) la sostituzione degli impianti a spina di Pepsi Cola;
- d) le pratiche discriminatorie e fidelizzanti nei confronti della distribuzione organizzata.

a) La strategia di attacco ai concorrenti

Coca Cola ha messo in opera una strategia finalizzata, con l'obiettivo – dichiarato – di differenziare gli sconti pagati ai grossisti in modo da premiare:

“i) la collaborazione del grossista allo sviluppo delle vendite di Coca Cola e della presenza di Coca Cola nei punti vendita;

(ii) la disponibilità del grossista ad entrare in una relazione di lungo periodo con Coca Cola;

(iii) le prestazioni in termini di aumento dei volumi venduti.

In base a questo schema, a parità di volumi venduti i grossisti verranno discriminati sulla base della loro volontà di collaborazione con Coca Cola”. (par. 128).

La strategia era focalizzata in primo luogo sui 17 clienti della grande distribuzione che costituivano il nucleo delle vendite di Pepsi, e sui 66 grossisti top che rappresentavano il 64% delle vendite di Pepsi alla spina nel corso del 1998.

b) Le pratiche discriminatorie e fidelizzanti nei confronti dei grossisti

Coca Cola ha “completato nel 1998 la creazione di un sistema di sconti basato sulla divisione dei grossisti in tre gruppi: grossisti top, strategici e normali. La diversa categorizzazione comporta differenti modalità di applicazione della scontistica, ordinata principalmente sugli sconti denominati "partnership", "target" ed "extra"” (par. 138).

L'attribuzione dei grossisti nelle diverse classi dipende solo parzialmente dal fatturato realizzato con i prodotti Coca Cola e dalla dimensione complessiva del grossista: secondo i criteri di Coca Cola, altri fattori, quali il controllo di attrezzature alla spina, hanno importanza pari al fatturato; rilevano inoltre il numero di clienti serviti e la forza di vendita del grossista. L'attribuzione dei livelli di sconto viene effettuata tenendo conto anche della disponibilità del grossista a collaborare alla strategia di Coca Cola.

“Nell'applicazione concreta, il sistema descritto in precedenza è stato utilizzato per obiettivi molteplici, tra i quali spiccano la fidelizzazione dei grossisti che trattano prodotti Coca Cola e la riduzione dei volumi Pepsi dei grossisti che trattano allo stesso tempo prodotti Coca Cola e PepsiCola: i grossisti che trattano PepsiCola sono generalmente classificati come strategici, o comunque lo sono con una frequenza superiore a quella dei grossisti che trattano solo prodotti Coca Cola. Ciò a prescindere dal fatturato che tali grossisti realizzano con Coca-Cola”. (par. 146-147)

“I dati esaminati dimostrano che, di fatto, i grossisti che trattano anche Pepsi tendono a ricevere, almeno nel breve periodo, sconti totali più alti della media ed in particolare sconti incondizionati più elevati della media. Tale circostanza è importante perché uno sconto incondizionato, non legato cioè a volumi, è più facilmente gestibile dal grossista e, dal suo punto di vista, corrisponde ad un'offerta particolarmente vantaggiosa”. (par. 151).

Tale sistema di sconti costituisce perciò una barriera all'entrata per i concorrenti, in quanto essi dovranno corrispondere uno sconto sufficientemente alto e idoneo a compensare gli sconti praticati da Coca Cola che il grossista potrebbe perdere trattando prodotti concorrenti. Si ha quindi che *“il carattere discriminatorio del sistema di sconti adottato da Coca Cola pone alcuni grossisti in posizione di svantaggio concorrenziale rispetto ad altri e soprattutto rappresenta uno strumento per la realizzazione di una strategia volta a ostacolare l'accesso dei concorrenti al mercato - accrescendo i costi di entrata e premiando la sostituzione dei volumi della concorrenza - e a favorire l'eliminazione dal mercato degli stessi concorrenti”.* (par. 158).

Questo sistema ha avuto effetti considerevoli: *“Nel complesso, Pepsi Cola ha perso quote di mercato, copertura del canale distributivo e punti vendita, vedendo così accrescere i costi da sostenere per mantenere una adeguata rete distributiva”* (par. 189).

c) La sostituzione degli impianti a spina di Pepsi Cola

Le risultanze istruttorie dell’AGCM mostrano come Coca Cola abbia messo a punto e realizzato piani volti alla sostituzione degli impianti Pepsi con prodotti Coca Cola, attraverso l’uso di una scala sconti addizionale per i grossisti che trattavano il prodotto i fusti. Questi sconti variano a seconda dei gusti e del formato, e sono corrisposti sia per l’aumento delle vendite, sia per la conversione di impianti a spina della concorrenza.

La presenza di un impianto a spina in un locale è configurato come una sorta di *essential facility*, in quanto gli impianti sono di proprietà del fornitore e concessi in comodato d’uso al locale, dietro accettazione di una clausola di esclusiva: pertanto, un impianto di una certa marca implica l’utilizzo di quell’unica marca, senza possibilità di avere un secondo impianto nel locale.

d) Le pratiche discriminatorie e fidelizzanti nei confronti della distribuzione organizzata

Le clausole contenute nei contratti con la grande distribuzione e la distribuzione organizzata risultano volte ad aumentare lo spazio dei prodotti Coca Cola e la loro visibilità nei punti vendita, al fine di ridurre la disponibilità dei prodotti concorrenti, in particolare quelli di Pepsi Cola, e la loro visibilità. I contratti con le catene distributive, in particolare, offrono la possibilità di concedere sconti per la disponibilità di spazi espositivi, nonché sconti per l’assortimento.

I contratti includono inoltre i prezzi di vendita al pubblico consigliati da Coca Cola: l’importanza di questo fattore risiede *“nella necessità di mantenere un adeguato gap di prezzo rispetto ai prodotti concorrenti”*.

Dal confronto dei prezzi di vendita al pubblico consigliati con i prezzi di listino riservati alla grande distribuzione e alla distribuzione organizzata, emerge come la differenza tra essi sia estremamente ridotta e tale da non lasciare margini positivi ai distributori una volta sottratti i loro normali costi di gestione. *“Le catene distributive appaiono quindi forzate ad accettare le controprestazioni richieste da Coca Cola per ottenere un abbattimento del costo di acquisto del prodotto, al fine di coprire i costi di gestione dei prodotti Coca Cola e i costi connessi allo spazio da essi occupato.”* (par. 223).

Tutti gli sconti sono vincolati alla riserva di uno spazio espositivo minimo nei punti-vendita, generalmente intorno al 40% dei prodotti occupati dalle bevande analcoliche gassate. I contratti prevedono inoltre la possibilità di dedicare spazio extrascaffale, per l'installazione di frigoriferi e avansasse: i contratti includono sconti per l'effettuazione di un certo numero di attività di questo tipo. Vi è poi lo sconto assortimento, poiché tutti i contratti comprendono uno sconto per la trattazione continuativa di un certo numero minimo di prodotti oppure di determinati prodotti, specificati uno per uno nel contratto.

In conclusione, *“i predetti comportamenti, volti a subordinare la concessione degli sconti per il prodotto Coca-Cola all'acquisto di altri prodotti e all'effettuazione di prestazioni promozionali, quali la messa a disposizione di spazi espositivi e gli altri obblighi citati, danno luogo a forme di "contratti leganti", in quanto, al fine di beneficiare di una data scontistica, è necessario ottemperare ad una serie di richieste e di condizioni che naturalmente dovrebbero essere slegate tra loro. In questo contesto, il prezzo di listino particolarmente elevato praticato ai distributori, in connessione al prezzo al pubblico raccomandato da Coca-Cola, costituisce lo strumento per indurre i clienti a sottostare alle condizioni supplementari”*. (par. 239).

4.5 Gli accordi di tying e la posizione dominante

Il quarto caso di abuso di posizione dominante definito nell'articolo 82 del Trattato dell'Unione è rappresentato dagli accordi di *tying*, cioè gli accordi che “legano” la conclusione di un contratto all'accettazione di prestazioni supplementari che, per natura o a causa del loro uso commerciale, non hanno alcuna connessione con l'oggetto dei contratti.

Accordi di *tying* illegali ai sensi delle normative *antitrust* si hanno quando due o più prodotti, per loro natura o per uso commerciale, non richiedono di essere forniti dallo stesso soggetto, anche se tali prodotti possono essere tra loro strettamente correlati. Vi sono tuttavia alcuni accordi di *tying* che possono essere leciti, per la tipologia di prodotti a cui si riferiscono: ad esempio, un fornitore può imporre al suo distributore esclusivo l'obbligo di acquistare l'intera gamma di prodotti, mentre il licenziatario può essere obbligato a rifornirsi di tutti i prodotti e i servizi necessari per assicurare la conformità con il prodotto sottoposto a licenza.

Per un'impresa in posizione dominante diventa particolarmente semplice utilizzare la leva creata dal proprio potere di mercato per indurre i clienti ad acquistare ulteriori prodotti e servizi che – in realtà – potrebbero ottenere da altre imprese a condizioni migliori.

Tra i casi di abuso di posizione dominante per accordi di *tying* possiamo citare qui:

- Il caso *British Sugar*, in cui tale impresa, dominante nel mercato dello zucchero, aveva “legato” la fornitura di un servizio (la consegna dello

zucchero) alla fornitura del prodotto, mercato quest'ultimo in cui deteneva una posizione dominante;

- Il caso *Oliofiat*, in cui la Fiat obbligava riparatori e concessionari all'utilizzo dell'olio di produzione di una compagnia del Gruppo; dopo l'intervento della Commissione, l'accordo è stato sostituito con l'unica garanzia che il prodotto utilizzato fosse di qualità simile;
- Il caso *Hilti*, in cui il leader mondiale di pistole sparachiodi per l'industria edile aveva abusato della propria posizione dominante legando l'acquisto delle pistole Hilti coperte da brevetto all'utilizzo di chiodi Hilti, questi ultimi non coperti da brevetto.

4.6. *La posizione dominante collettiva*

L'articolo 82 del Trattato non si applica unicamente all'abuso di posizione dominante di una singola impresa, ma anche agli abusi commessi da "una o più" imprese. La Corte di Giustizia ha confermato in più occasioni che l'articolo 82 è applicabile in casi di dominanza collettiva, perché anche questi possono impedire in modo significativo il livello di concorrenza.

L'espressione "una o più imprese" contenuta nell'articolo 82 del Trattato implica che una posizione dominante possa essere posseduta da due o più entità economiche tra loro legalmente ed economicamente indipendenti.

Tuttavia, la nozione di posizione dominante collettiva appare molto discussa nella giurisprudenza europea, con interpretazioni che nel tempo si sono mostrate molto differenziate, e che tuttora presentano alcune lacune ed incertezze.

Fino alla recente sentenza della Corte di Giustizia sul caso *Gencor/Lonrho* (2001), si presumeva che la posizione dominante collettiva fosse basata sull'esistenza di legami economici o di altri fattori che avrebbero potuto originare un collegamento tra le imprese coinvolte. Tuttavia, almeno inizialmente, la giurisprudenza europea distingueva chiaramente tra posizione dominante e parallelismo di comportamenti che possono risultare caratteristici di un oligopolio, dal momento che la condotta di imprese in posizione dominante è pressoché unilaterale, mentre in oligopolio vi è per definizione un'interazione tra imprese.

Ad esempio, nel caso *Vetro Piano Italiano* dell'inizio degli anni Novanta, la Corte di Giustizia non considerò come posizione dominante collettiva quella di tre produttori italiani di vetro che si presentavano sul mercato come un'unica entità, in quanto questo legame economico non era sufficiente per determinare una posizione dominante collettiva, né tuttavia veniva specificato quali legami economici potessero determinarla.

Solo nel caso *Compagnie Marittime Belge*, del 1995, la Corte ha definito che l'esistenza di legami economici, come ad esempio gli accordi, non rappresentava una condizione indispensabile per la determinazione di una posizione dominante collettiva. L'esistenza di una posizione dominante collettiva poteva essere desunta

da altri fattori di collegamento, tra cui alcuni legati alla struttura del mercato in questione. Ciò implica che l'interdipendenza tra gli oligopolisti nel mercato può rappresentare un fattore di collegamento in grado di determinare una posizione dominante collettiva: ciò non deve essere interpretato come una mancanza totale di concorrenza nel mercato, ma come l'esistenza di un parallelismo di comportamenti.

Per rappresentare un abuso ai sensi dell'articolo 82 del Trattato, questo comportamento deve avere il medesimo effetto di un comportamento monopolistico, che cioè esclude alternative che sarebbero invece presenti in un mercato concorrenziale.

Nel caso *Gencor*, la Corte si è posta la questione se la dominanza collettiva potesse essere applicata ad un mercato oligopolistico, anche in assenza di ogni collegamento tra le imprese presenti in tale mercato.

Secondo la Corte, al fine di mostrare se due o più imprese posseggono una posizione dominante collettiva, è necessario considerare se le imprese coinvolte costituiscono un'entità collettiva nei confronti dei loro concorrenti o dei consumatori in un particolare mercato.

Questo accade quando, in primo luogo, non vi è un'effettiva concorrenza tra le imprese considerate, e le imprese adottano una condotta uniforme o strategie comuni sul mercato rilevante. Solo in tal caso è appropriato valutare quali legami economici esistano tra le imprese considerate che permettono loro di comportarsi in modo indipendente dai loro concorrenti, dai consumatori e dai clienti.

Sicuramente, se vi è un accordo esplicito, una pratica concertata o una decisione, questo sta indubbiamente a significare che le imprese posseggono legami tali da poter identificare una strategia comune sul mercato.

Tuttavia, anche la struttura di un mercato oligopolistico o altamente concentrato, senza la presenza di accordi, può generare effetti coordinati sul mercato e quindi configurare l'esistenza di una posizione dominante collettiva.

Secondo la Corte, questi mercati devono essere caratterizzati da:

- un numero ristretto di operatori;
- un mercato maturo;
- una crescita moderata o stagnante della domanda;
- bassa elasticità della domanda;
- prodotti omogenei;
- strutture dei costi simili per i diversi operatori;
- quote di mercato tra loro simili;
- condizioni del mercato trasparenti;
- mancanza di innovazione tecnica e tecnologie mature;
- assenza di capacità in eccesso;
- elevate barriere all'entrata;

- mancanza di un potere degli acquirenti che possa controbilanciare quello dei venditori;
- mancanza di concorrenza potenziale;
- varie tipologie di legami formali e informali tra le imprese coinvolte;
- meccanismi di ritorsione;
- mancanza di incentivi ad una competizione sul prezzo.

In un mercato oligopolistico che presenta alcune, se non tutte, le caratteristiche sopra menzionate, l'esistenza di legami strutturali non rappresenta un prerequisito per configurare l'esistenza di una posizione dominante collettiva: quello che deve essere valutato è che gli operatori presenti sul mercato hanno un forte incentivo a convergere verso un comportamento uniforme sul mercato.

A seguito del caso *Gencor*, la Commissione Europea appare aver adottato un approccio molto più stringente, che identifica un maggior numero di posizioni dominanti collettive: nel recente caso *Airtours*, la Commissione ha proibito una fusione tra due tour operators inglesi, poiché questa avrebbe ridotto a tre il numero dei principali operatori, conducendo quindi all'esistenza di una posizione dominante collettiva. La motivazione economica alla base della proibizione di questa operazione di concentrazione è la seguente: *“per gli oligopolisti, comportarsi come se fosse stato stipulato un accordo esplicito non rappresenta una condizione necessaria per l'esistenza di una posizione dominante collettiva; è sufficiente che la fusione renda razionale per gli oligopolisti, che si adattano alle condizioni di mercato, comportarsi individualmente in modi che possono ridurre la concorrenza tra di loro, ottenendo come risultato la possibilità di agire indipendentemente da concorrenti, clienti e consumatori.”* Tuttavia, questa visione della Commissione è ancora al vaglio della Corte di Giustizia.

Nel mondo reale, vi sono molti esempi di mercati in odore di posizione dominante collettiva, la cui determinazione potrebbe avere un importante riflesso sulla struttura del mercato e dei soggetti che in esso operano: uno tra i casi più tipici è quello delle telecomunicazioni mobili, in cui la struttura del mercato è forzatamente un oligopolio ristretto a causa della scarsità delle frequenze radio, e che presenta molte delle caratteristiche sopra elencate.

Il caso Gencor/Lonrho (Europa, 1999)
Sentenza della Corte di Prima Istanza T-102/96

La Gencor è una società di diritto sudafricano, società madre di un gruppo le cui attività principali si collocano nel settore minerario e metallurgico. La Impala Platinum Holdings Ltd (in prosieguo: la «Implats») è una società di diritto sudafricano che raggruppa le attività della Gencor pertinenti al settore dei metalli del gruppo del platino. Il suo capitale è detenuto per il 46,5% dalla Gencor e per il 53,5% da azionisti diversi ed è controllata dalla Gencor. La Lonrho Plc (in prosieguo: la «Lonrho») è una società di diritto inglese. Essa è la casa madre di un gruppo che svolge attività diversificate nel settore minerario e metallurgico, come pure nell'industria alberghiera, nell'agricoltura e nel commercio in generale. La

Eastern Platinum Ltd (in prosieguo: la «Eastplats») e la Western Platinum Ltd (in prosieguo: la «Westplats»), generalmente conosciute sotto il nome di Lonrho Platinum Division (in prosieguo: «DPL»), sono società di diritto sudafricano che raggruppano le attività della Lonrho nel settore dei metalli del gruppo del platino. Il loro capitale è detenuto per il 73% dalla Lonrho e, tramite la Implats, per il 27% dalla Gencor.

La Gencor e la Lonrho progettavano di prendere in comune il controllo della Implats e, tramite tale impresa, della Eastplats e della Westplats (DPL) al termine di un'operazione che doveva svolgersi in due fasi. La prima fase doveva consentire l'assunzione del controllo della Implats da parte della Gencor e Lonrho in comune. La seconda fase era intesa a conferire alla Implats il controllo esclusivo della Eastplats e della Westplats. In contropartita della cessione della sua partecipazione nel capitale della Eastplats e della Westplats, la Lonrho doveva aumentare la sua partecipazione nella Implats.

la Commissione ha dichiarato l'operazione di concentrazione incompatibile con il mercato comune e il funzionamento dello SEE in applicazione dell'art. 8, n. 3, del regolamento n. 4064/89, perché il risultato dell'operazione sarebbe stato la creazione di una posizione dominante duopolistica della Amplats e dello Implats/DPL sul mercato mondiale del platino e del rodio, con il risultato che nel mercato comune la effettiva concorrenza ne sarebbe stata ostacolata in modo significativo. La Commissione ha sufficientemente dimostrato che la concentrazione avrebbe creato una posizione dominante di duopolio duratura sui mercati mondiali del platino e del rodio.

Per concludere nel senso della creazione di una posizione dominante collettiva tra Implats/DPL e la Amplats, idonea a frapporre ostacoli alla concorrenza in modo significativo nel mercato comune (punto 219 dei `considerando' della decisione controversa) la Commissione ha in particolare constatato (punti 74-214 dei `considerando') che:

- nonostante il fatto che i metalli del gruppo del platino (platino, palladio, rodio, iridio, rutenio e osmio) si trovino, allo stato naturale, nel medesimo giacimento, essi non sono facilmente sostituibili gli uni agli altri per poter essere considerati costitutivi di un unico mercato di prodotto e, di conseguenza, ciascuno dei detti metalli, isolatamente considerato, costituisce un mercato a sé stante di prodotto.

- i metalli del gruppo del platino costituiscono beni di alto valore venduti nel mondo intero alle medesime condizioni e, pertanto, esiste un mercato mondiale integrato per ognuno dei detti metalli;

- i mercati del platino e del rodio si caratterizzano per una omogeneità del prodotto, una grande trasparenza del mercato, l'inelasticità della domanda rispetto al livello dei prezzi attuali, una crescita moderata della domanda, tecnologie di produzione giunte a maturità, forti ostacoli all'ingresso di nuovi operatori, un forte tasso di concentrazione delle imprese, rapporti finanziari e contatti tra fornitori su mercati multipli, l'assenza di contropotere negoziale dei compratori nonché per il fatto che la concorrenza si è sviluppata in un grado scarso e che soltanto pochi fattori di concorrenza hanno potuto affermarsi su tale mercato in passato;

- a seguito dell'operazione di concentrazione, il gruppo Implats/DPL e Amplats deterrebbero una quota di mercato mondiale di circa il 35% ciascuno sul mercato del platino (quota di mercato combinata del 70% circa) che, dopo l'esaurimento, dato per scontato, delle scorte russe entro un periodo di due anni, passerebbe al 40% ciascuno (quota di mercato combinata dell'80% circa) e una quota combinata della stima delle riserve mondiali di metalli del gruppo del platino dell'89%, a concorrenza ciascuna nella misura del 50%;
- a seguito dell'operazione di concentrazione, la Implats/DPL e la Amplats avrebbero strutture e costi simili;
- la concentrazione eliminerebbe definitivamente la minaccia di concorrenza in precedenza esercitata dalla DPL sul mercato;
- a seguito dell'operazione di concentrazione, la Russia avrebbe soltanto un ruolo minore sul mercato;
- le fonti di approvvigionamento marginali, cioè i fornitori esterni all'oligopolio, le imprese di riciclaggio, i detentori di scorte diverse dalle scorte russe e la sostituzione del palladio al platino non sarebbero in grado di mettere fuori gioco la potenza economica del duopolio costituito dalla Implats/DPL e Amplats;
- l'ingresso di nuovi operatori sul mercato del platino e del rodio erano poco probabili.

Nel ricorso alla Corte di Prima Istanza, le società Gencor e Lonrho hanno sostenuto che gli elementi di prova e la motivazione contenuti nella decisione della Commissione non sono sufficienti, nella specie, a giustificare la constatazione dell'esistenza di una posizione dominante collettiva.

Secondo la Corte, invece, *“sul piano giuridico o economico, non esiste alcuna ragione per escludere dalla nozione di legame economico la relazione di interdipendenza esistente tra i membri di un oligopolio ristretto all'interno del quale questi ultimi, su un mercato di caratteristiche adeguate, in particolare in termini di concentrazione del mercato, di trasparenza e di omogeneità del prodotto, sono in grado di prevedere i loro reciproci comportamenti e sono pertanto fortemente incentivati ad allineare il loro comportamento sul mercato in modo da massimizzare il loro profitto comune riducendo la produzione al fine di aumentare i prezzi. Infatti, in un siffatto contesto, ciascun operatore sa che un'azione fortemente concorrenziale da parte sua diretta ad accrescere la sua quota di mercato (per esempio, una riduzione di prezzo) provocherebbe un'azione identica da parte degli altri, di modo che egli non trarrebbe alcun vantaggio dalla sua iniziativa. Tutti gli operatori si troverebbero quindi a subire l'abbassamento del livello dei prezzi.*

Questa conclusione a maggior ragione si impone nel settore del controllo delle concentrazioni, il cui scopo è quello di impedire la comparsa o il rafforzamento di strutture di mercato anticoncorrenziali. Le dette strutture possono risultare sia dall'esistenza di legami economici nello stretto senso sostenuto dalla ricorrente sia da strutture di mercati di tipo oligopolistico, dove ciascun operatore può prendere coscienza degli interessi comuni e, in particolare, far salire i prezzi senza dover procedere alla conclusione di un accordo o ricorrere a una pratica concertata”.(par. 276-277).