

Il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia UE alcuni quesiti sulla nozione di abuso di posizione dominante e, in particolare: se le condotte qualificate come abusive possano essere lecite o richiedano una specifica componente di antigiuridicità, chiedendo di precisare altresì sulla base di quali criteri si possa stabilire il confine tra concorrenza normale e falsata; se la funzione dell'abuso sia di massimizzare il benessere dei consumatori oppure di preservare di per sé la struttura concorrenziale del mercato; qualora l'abuso sia consistito nel tentare di impedire che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo, se l'impresa possa provare che la condotta è risultata priva di concreta offensività e, in caso di risposta positiva, se l'art. 102 TFUE vada interpretato nel senso di ritenere sussistente in capo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato l'obbligo di esaminare in maniera puntuale le analisi economiche prodotte dalla parte; se l'abuso vada valutato solo per i suoi effetti sul mercato senza analizzare il movente soggettivo dell'agente oppure se la dimostrazione dell'intento restrittivo costituisca un parametro utilizzabile per valutare l'abusività del comportamento o ancora se tale dimostrazione valga soltanto a ribaltare l'onere della prova in capo all'impresa dominante; se, qualora l'abuso sia riferibile a una pluralità di imprese appartenenti al medesimo gruppo, l'appartenenza al gruppo sia sufficiente per presumere che anche le imprese che non abbiano posto in essere la condotta abusiva abbiano concorso nell'illecito oppure se occorre comunque fornire la prova di una situazione concreta di coordinamento e strumentalità tra le varie imprese del gruppo in posizione dominante, in particolare al fine di dimostrare il coinvolgimento della casa madre.

Consiglio di Stato, sez. VI, ordinanza 20 luglio 2020, n. 4646 – Pres. De Felice, Rel. Simeoli

Concorrenza – Abuso di posizione dominante – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Devono essere sottoposti alla Corte di giustizia UE i seguenti quesiti interpretativi:

1) se le condotte che inveroano lo sfruttamento abusivo di posizione dominante possano essere di per sé del tutto lecite ed essere qualificate "abusive" unicamente in ragione dell'effetto (potenzialmente) restrittivo ingenerato nel mercato di riferimento; oppure se le stesse debbano essere contrassegnate anche da una specifica componente di antigiuridicità, costituita dal ricorso a «metodi (o mezzi) concorrenziali diversi» da quelli «normali»; in quest'ultimo caso, sulla base di quali criteri si possa stabilire il confine tra la concorrenza «normale» e quella «falsata»;

2) se la funzione dell'abuso sia di massimizzare il benessere dei consumatori, di cui il giudice debba misurare l'avvenuta (o il pericolo di) diminuzione; oppure se l'illecito concorrenziale abbia il compito di preservare di per sé la struttura concorrenziale del mercato, al fine di scongiurare la creazione di aggregazioni di potere economico ritenute comunque dannose per la collettività;

3) se, in caso di abuso di posizione dominante consistito nel tentare di impedire che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo, l'impresa dominante sia comunque ammessa a provare che – nonostante l'astratta idoneità dell'effetto restrittivo – la condotta è risultata priva di concreta offensività; se, in caso di risposta positiva, ai fini della valutazione in ordine alla sussistenza di un abuso escludente atipico, l'articolo 102 TFUE vada interpretato nel senso di ritenere sussistente in capo all'Autorità l'obbligo di esaminare in maniera puntuale le analisi economiche prodotte dalla parte sulla concreta capacità della condotta oggetto di istruttoria di escludere dal mercato i propri concorrenti;

4) se l'abuso di posizione dominante debba valutarsi soltanto per i suoi effetti (anche soltanto potenziali) sul mercato, senza alcun riguardo al movente soggettivo dell'agente; oppure se la dimostrazione dell'intento restrittivo costituisca un parametro utilizzabile (anche in via esclusiva) per valutare l'abusività del comportamento dell'impresa dominante; oppure ancora se tale dimostrazione dell'elemento soggettivo valga soltanto a ribaltare l'onere della prova in capo all'impresa dominante (la quale sarebbe onerata, a questo punto, di fornire la prova che l'effetto escludente è mancato);

5) se, in ipotesi di posizione dominante riferita una pluralità di imprese appartenenti al medesimo gruppo societario, l'appartenenza al predetto gruppo sia sufficiente per presumere che anche le imprese che non abbiano posto in essere la condotta abusiva abbiano concorso nell'illecito – cosicché all'Autorità di vigilanza sarebbe sufficiente dimostrare un parallelismo cosciente, sia pure non collusivo, delle imprese operanti all'interno del gruppo collettivamente dominante – oppure se (al pari di quanto accade per il divieto di intese) occorra comunque fornire la prova, anche indiretta, di una situazione concreta di coordinamento e strumentalità tra le varie imprese del gruppo in posizione dominante, in particolare al fine dimostrare il coinvolgimento della casa madre (1)

(1) I. – Il Consiglio di Stato ha sottoposto alla Corte di giustizia UE alcuni quesiti interpretativi in tema di abuso di posizione dominante e, in particolare:

- a) se le condotte qualificate come abusive possano essere lecite o richiedano una specifica componente di anti-giuridicità, chiedendo alla Corte di precisare altresì sulla base di quali criteri si possa stabilire il confine tra concorrenza normale e falsata;
- b) se la funzione dell'abuso sia di massimizzare il benessere dei consumatori oppure di preservare di per sé la struttura concorrenziale del mercato;
- c) qualora l'abuso sia consistito nel tentare di impedire che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo, se l'impresa possa provare che la condotta è risultata priva di concreta offensività e, in caso di risposta positiva, se l'art. 102 TFUE vada interpretato nel senso di ritenere sussistente in capo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato l'obbligo di esaminare in maniera puntuale le analisi economiche prodotte dalla parte;

- d) se l'abuso vada valutato solo per i suoi effetti sul mercato senza analizzare il movente soggettivo dell'agente oppure se la dimostrazione dell'intento restrittivo costituisca un parametro utilizzabile per valutare l'abusività del comportamento o ancora se tale dimostrazione valga soltanto a ribaltare l'onere della prova in capo all'impresa dominante;
- e) se, qualora l'abuso sia riferibile a una pluralità di imprese appartenenti al medesimo gruppo, l'appartenenza al gruppo sia sufficiente per presumere che anche le imprese che non abbiano posto in essere la condotta abusiva abbiano concorso nell'illecito oppure se occorre comunque fornire la prova di una situazione concreta di coordinamento e strumentalità tra le varie imprese del gruppo in posizione dominante, in particolare al fine di dimostrare il coinvolgimento della casa madre.

II. – La vicenda esaminata dall'ordinanza del Consiglio di Stato può essere sintetizzata come segue:

- f) il servizio elettrico è definito "a rete", in quanto la fornitura del bene elettricità passa attraverso un sistema di trasmissione e distribuzione strutturalmente limitato e non replicabile;
 - f1) in considerazione di tale monopolio naturale, mentre le fasi di produzione e vendita sono state aperte alla concorrenza, la gestione delle reti di trasmissione e distribuzione è rimasta disciplinata in regime di monopolio sulla base di una concessione rilasciata dal Ministero dello sviluppo economico;
 - f2) l'apertura del mercato alla vendita è stata graduale. La fase finale della filiera è stata caratterizzata anche da una disciplina che distingueva clienti idonei e clienti non idonei a essere titolari di rapporti di fonte contrattuale con un soggetto diverso dal proprio distributore locale. Successivamente anche i clienti non idonei sono stati progressivamente abilitati al mercato libero;
 - f3) anche dopo la liberalizzazione, è rimasto il potere dell'Autorità di intervenire, tramite i propri provvedimenti di regolazione, nella definizione delle condizioni di vendita dell'energia ai clienti finali;
 - f4) per "servizi di tutela" si intendono i servizi di fornitura di energia elettrica predisposti in favore dei clienti finali di piccole dimensioni che non hanno ancora scelto un venditore nel mercato libero e che vengono serviti da una società collegata al distributore alle condizioni contrattuali ed economiche definite dall'autorità di settore;

- g) il legislatore italiano ha previsto il passaggio definitivo dal mercato tutelato a quello libero, dove il cliente seleziona liberamente l'offerta ritenuta più adatta alle sue esigenze, fissando le date a partire dalle quali i servizi di tutela della componente di prezzo non saranno più disponibili. La data di transizione è fissata al 1 gennaio 2021, per le piccole e medie imprese, e al 1 gennaio 2022 per le famiglie, dal decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162, convertito dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8;
- h) in relazione alla fattispecie abusiva accertata;
- h1) nel settore energetico, l'*unbuilding*, cioè la separazione tra le varie componenti della filiera produttiva dell'impresa verticalmente integrata *ex monopolista* ed in particolare la scissione del segmento non concorrenziale da quello aperto alla libera competizione degli operatori, è il dispositivo tecnico utilizzato per garantire l'uso plurisoggettivo delle infrastrutture;
 - h2) la liberalizzazione di taluni settori di attività economica richiede infatti che siano disciplinate, in favore di operatori e utenti, le condizioni di accesso, interconnessione e ripartizione della capacità della rete attraverso la quale l'attività necessariamente si esplica;
 - h3) le finalità in tal modo perseguite mirano a garantire la terzietà della gestione delle infrastrutture, ad impedire discriminazioni nell'accesso ad informazioni commercialmente sensibili, nonché ad evitare trasferimenti incrociati di risorse tra i segmenti delle filiere;
- i) la vicenda contenziosa muove da esposti pervenuti all'Autorità volti a denunciare l'utilizzo illecito di informazioni commercialmente sensibili, relative al titolare dell'utenza, da parte degli operatori che disporrebbero di tali dati in ragione della loro appartenenza al gruppo societario all'epoca monopolista. Con un provvedimento del 2018, impugnato nel giudizio in oggetto, veniva accertato dal 2012 al 2017 un abuso di posizione dominante, comminando una sanzione pecuniaria alle società del gruppo. Nel provvedimento si precisava che le società avrebbero attuato una strategia escludente nei mercati della vendita di energia elettrica ai clienti domestici e non domestici in bassa tensione, al fine di evitare un passaggio in massa dei clienti a fornitori terzi a seguito della futura abolizione del servizio di maggiore tutela;
- j) le società del gruppo sanzionato presentavano autonomi ricorsi avverso il provvedimento;
- j1) con sentenze nn. 11951 e 11954 del 17 ottobre 2019, il Tar per il Lazio, sez. I, accoglieva parzialmente il ricorso; in ottemperanza alla sentenza, l'Autorità adottava un provvedimento di rideterminazione della sanzione;

- j2) con sentenza n. 11957 del 17 ottobre 2019, il Tar per il Lazio, sez. I, rigettava il ricorso proposto dalla capogruppo, confermando anche in punto di sanzione il provvedimento dell’Autorità;
- k) avverso le tre sentenze proponevano appello le società, nonché, in relazione alle sentenze nn. 11951 e 11954, appello incidentale l’Autorità.

III. – Il Consiglio di Stato, dopo aver analizzato la vicenda processuale sottesa e le argomentazioni delle parti e dopo aver riunito i ricorsi, ha osservato quanto segue:

- l) l’art. 102 TFUE vieta *“nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo”*. L’art. 3 della legge n. 287 del 1990 ne ricalca il contenuto, stabilendo che *“è vietato l’abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all’interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante”*;
- m) la giurisprudenza europea e le comunicazioni della Commissione hanno variamente sottolineato che:
 - m1) non è di per sé illegale che un’impresa sia in posizione dominante e tale impresa ha il diritto e il dovere di competere sulla base dei propri meriti;
 - m2) il divieto concorrenziale trova invece fondamento nella speciale responsabilità delle imprese private dotate di un forte potere economico di mercato di non permettere che il suo comportamento ostacoli una concorrenza realmente competitiva e priva di distorsioni nel mercato comune;
- n) in termini strutturali, l’abuso di posizione dominante è integrato da tre elementi: la posizione dominante individuale o collettiva, lo sfruttamento abusivo della stessa, l’assenza di giustificazione obiettive preminenti sugli effetti restrittivi della concorrenza;
- o) con riferimento al concetto di posizione dominante:
 - o1) esso consiste, come evidenziato dalla giurisprudenza europea, nella 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 di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori;
 - o2) per provarne l’esistenza vengono solitamente presi in considerazione i seguenti indici indiretti: la quota di mercato dell’impresa; le possibilità di espansione dei concorrenti già presenti sul mercato ovvero di ingresso di imprese esterne ad esso; l’eventuale contro-potere degli acquirenti;

- o3) nel caso di specie, il mercato rilevante è stato correttamente individuato: quanto alla dimensione merceologica, nel mercato della vendita al dettaglio di energia elettrica ai clienti finali domestici e non domestici di minori dimensioni, ambito nel quale sono offerti beni tra di loro sostituibili sul versante della domanda e dell'offerta; quanto alla dimensione geografica, nel territorio in cui il gruppo detiene una posizione di monopolio legale nel segmento della distribuzione elettrica;
- o4) all'interno di tale mercato, la posizione di dominanza del gruppo si desume da: quota detenuta stabilmente nel mercato di riferimento dal gruppo (la giurisprudenza europea, salvo circostanze eccezionali, ritiene sufficiente una quota superiore al 50% del mercato, mentre nel caso di specie la quota sarebbe superiore al 70% sia per clienti domestici che non domestici e il secondo operatore avrebbe quote inferiori al 5%); dal controllo di infrastrutture non replicabili; dal collegamento esistente tra i diversi segmenti coinvolti, tale da porre l'impresa verticalmente integrata in posizione diversificata, e di vantaggio rispetto ai suoi concorrenti sul mercato; dalla distanza tra la quota dell'impresa *leader* e quella dei concorrenti; dalla forza finanziaria della struttura verticalmente integrata. Si tratta di condizioni tali da consentire al gruppo *“di determinarsi autonomamente nel mercato e di influire unilateralmente, con il suo comportamento, sulla struttura del mercato medesimo”*;
- p) con riferimento al requisito dello sfruttamento della posizione dominante si pongono rilevanti problemi interpretativi. Le disposizioni europee e nazionali lasciano imprecisato il concetto di sfruttamento abusivo di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato. La difficoltà ermeneutica è solo in parte agevolata dall'esemplificazione, contenuta nell'art. 102 TFUE, di alcune delle principali pratiche abusive, anche se l'elencazione casistica non esaurisce le modalità di sfruttamento abusivo di posizione dominante vietate dal diritto UE;
- q) un primo dubbio riguarda la nozione di sfruttamento abusivo:
- q1) secondo una prima opzione interpretativa le condotte che lo inverano possono essere di per sé lecite ed essere qualificate illecite unicamente in ragione dell'effetto potenzialmente restrittivo ingenerato nel mercato di riferimento. In questo caso, sarebbe dirimente, al fine di configurare l'abuso, il mero discostamento rispetto al comportamento normalmente tenuto dai soggetti sottoposti a pressione concorrenziale, con la conseguenza che una serie di comportamenti, leciti se attuati da un'impresa in posizione concorrenziale, diverrebbe abusiva se posta in essere da un'impresa dominante allo scopo di rafforzare la sua posizione;

- q2) secondo una diversa ricostruzione le condotte devono essere necessariamente contrassegnate anche da una specifica componente di anti-giuridicità oggettiva. In questo senso sembrerebbero deporre alcuni precedenti della giurisprudenza europea che fanno riferimento a metodi concorrenziali diversi da quelli normali;
- r) con riferimento al bene giuridico protetto;
- r1) mentre l'intesa restrittiva per oggetto è di per sé illecita, senza che sia necessario l'esame dei suoi effetti, per l'abuso di posizione dominante non opera analogo presunzione di abusività delle iniziative di mercato assunte dall'impresa dominante;
- r2) se si assegna alla nozione di abuso la funzione di massimizzare il benessere totale e, in particolare, quello dei consumatori, il giudice dovrebbe misurarne la diminuzione in conseguenza del comportamento illecito;
- r3) se si assegna all'illecito concorrenziale il compito solo di preservare la struttura concorrenziale del mercato, il giudice dovrebbe astenersi dall'accertare se il comportamento dell'impresa dominante abbia causato un danno ai consumatori, limitandosi più semplicemente a verificare se il comportamento possa avere conseguenze su struttura, varietà, qualità o innovazione;
- r4) sul punto si registrano prese di posizioni non univoche nella giurisprudenza europea e nelle comunicazioni della Commissione;
- s) l'illecito dell'abuso della posizione dominante, secondo un orientamento giurisprudenziale che appare consolidato, può essere accertato anche in fase preparatoria, prima che abbia prodotto effetti restrittivi, con la conseguenza che non è necessario fornire la prova attuale degli effetti dell'abuso essendo sufficiente la dimostrazione della potenzialità dell'effetto restrittivo;
- s1) costituisce, pertanto, abuso di posizione dominante qualsiasi comportamento consistente non solo nell'impedire effettivamente, ma anche soltanto nel tentare di impedire che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo. Pertanto, l'atto idoneo a pregiudicare i concorrenti per un operatore in posizione dominante è di per sé sufficiente a permettere l'accertamento della violazione e l'applicazione dell'apparato sanzionatorio;
- s2) non è tuttavia chiaro se, pur in presenza di un comportamento astrattamente idoneo alla produzione di effetti restrittivi, sia comunque ammessa la prova da parte dell'impresa sanzionata che nessun effetto restrittivo si è realizzato e che quindi la condotta contestata è risultata priva di offensività in concreto;

- s3) in caso di risposta positiva, occorre quindi valutare se sussista in caso all'Autorità l'obbligo di riscontrare in maniera puntuale le analisi economiche eventualmente prodotte dalla parte sanzionata per dimostrare la concreta incapacità della condotta oggetto di istruttoria di escludere dal mercato i propri concorrenti;
- t) sotto altro profilo, occorre verificare se l'abuso è illecito rilevante esclusivamente sul terreno oggettivo, da valutarsi soltanto per i suoi effetti sul mercato, senza alcun riguardo al movente soggettivo dell'agente, oppure se la prova dell'intento restrittivo costituisca un parametro utilizzabile per valutare l'abusività del comportamento dell'impresa dominante. Aderendo alla seconda opzione interpretativa, occorre poi capire se la prova dell'intento abusivo sia sufficiente a ricondurre al comportamento gli effetti anticoncorrenziali contestati oppure se essa valga solo a ribaltare l'onere della prova in capo all'impresa dominante;
- u) in caso, come quello in esame, di abuso di posizione dominante collettiva, occorre ancora capire se l'appartenenza al medesimo gruppo sia sufficiente per presumere che anche le imprese che non abbiano posto in essere la condotta abusiva abbiano concorso nell'illecito oppure se, al pari di quanto accade in materia di intese, occorra comunque fornire la prova, anche indiretta, di una situazione concreta di coordinamento e strumentalità tra le varie imprese del gruppo in posizione dominante, al fine di dimostrare il coinvolgimento della casa madre;
- v) le questioni indicate hanno effetti diretti sulla fattispecie oggetto del presente giudizio:
 - v1) l'abuso contestato è un abuso escludente atipico in quanto volto a impedire la crescita o la diversificazione dell'offerta di impresa concorrente;
 - v2) la condotta posta in essere dal gruppo è di per sé lecita, sotto un profilo civilistico, in quanto non è contestata la violazione di una specifica norma sul trattamento dei dati personali;
 - v3) il tema istruttorio si incentra sulla verifica se la condotta dell'impresa rivesta o meno un grado di offensività tale da essere in grado di perseguire l'intento di escludere gli altri operatori presenti nel mercato libero attraverso lo svuotamento della base clienti servita in maggior tutela;
 - v4) le parti hanno prodotto nel corso del procedimento studi economici volti a dimostrare che la condotta non aveva prodotto effetti escludenti;
 - v5) l'Autorità ha raccolto materiale istruttorio per dimostrare l'esistenza di una volontà strategica del gruppo di neutralizzare il più possibile gli esiti del superamento del sistema di maggior tutela;
 - v6) la tesi dell'Autorità viene contestata sul presupposto che *"sarebbe stata intrapresa una profonda operazione di ristrutturazione organica del Gruppo, ad*

esito della quale la società madre avrebbe assunto la ben più semplice funzione di promuovere sinergie e best practices tra le diverse società operative, dismettendo il proprio ruolo decisionale”.

IV. – Per completezza si osserva quanto segue:

- w) sulla nozione di abuso di posizione dominante si vedano, tra le altre: Corte di giustizia UE, 2 febbraio 2012, C-549/10, *Tomra Systems ASA*, secondo cui *“la posizione dominante di cui all’art. 102 Tfu riguarda la situazione di potenza economica di un’impresa che, permettendole comportamenti notevolmente indipendenti nei confronti dei propri concorrenti e clienti, le conferisce il potere di ostacolare il mantenimento di una concorrenza effettiva sul mercato in questione”* (in senso conforme: Corte di giustizia UE, 14 febbraio 1978, C - 27/76, *United Brands*; Corte di giustizia CE, sentenza 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffman La Roche*, in *Foro it.*, 1979, IV, 357). Come evidenziato nell’ordinanza in commento gli elementi dell’abuso di posizione dominante sono i seguenti: la posizione dominante individuale o collettiva; lo sfruttamento abusivo della stessa; l’assenza di giustificazione obiettive, preminenti sugli effetti restrittivi della concorrenza;
- x) con riferimento al requisito dello sfruttamento abusivo, aderiscono all’orientamento in base al quale il perfezionamento dello stesso richiede condotte che devono essere caratterizzate da una specifica componente di antiggiuridicità oggettiva:
- x1) Corte di giustizia UE, 6 dicembre 2012, C-457/10, *AstraZeneca AB* (in *Dir. ind.*, 2013, 105, con nota di MASSIMINO; *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2013, 677, con nota di MASSIMINO; *Giur. comm.*, 2013, II, 569, con nota di COLANGELO; *Rass. dir. farmaceutico*, 2013, 943), secondo cui, tra l’altro: *“Premesso che l’elaborazione da parte di un’impresa, anche in posizione dominante, di una strategia finalizzata a minimizzare l’erosione delle proprie vendite ed a porsi in condizione di far fronte alla concorrenza dei prodotti generici è legittima e rientra nel gioco normale della concorrenza, a condizione che il comportamento pianificato non si discosti dalle pratiche proprie di una «concorrenza basata sui meriti», tale da andare a vantaggio dei consumatori, non vi rientra una domanda di revoca dei risultati delle prove farmacologiche tossicologiche e cliniche effettuata senza giustificazione oggettiva e successivamente alla scadenza del diritto esclusivo di sfruttamento, dato che, una volta scaduto il periodo di esclusiva, tende ad impedire ai fabbricanti di prodotti generici di fare uso del loro diritto di beneficiare dei suddetti risultati senza che ciò trovi fondamento nella protezione legittima di un investimento”*; *“Dichiarazioni volte ad ottenere irregolarmente diritti esclusivi costituiscono non un «abuso in sé» ma un abuso quando sia dimostrato che, alla*

luce del contesto oggettivo nel quale vengono rese, sono realmente idonee a spingere le autorità pubbliche ad accordare il diritto esclusivo richiesto”;

- x2) Corte di giustizia UE, 27 marzo 2012, C-209/10, *Post Danmark A/S* (in *Foro it.*, 2012, IV, 446; *Giurisdiz. amm.*, 2012, III, 273; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 49), secondo cui *“L’art. 82 del trattato Ce dev’essere interpretato nel senso che non si può ritenere che una politica di prezzi bassi applicati nei confronti di determinati importanti ex clienti di un concorrente da parte di un’impresa che detiene una posizione dominante configuri un abuso diretto all’esclusione di un concorrente per il solo fatto che il prezzo applicato da tale impresa ad uno di detti clienti si situa ad un livello inferiore ai costi totali medi attribuiti all’attività interessata, ma al di sopra dei costi incrementali medi relativi alla medesima, come stimati nel procedimento all’origine del procedimento principale; al fine di valutare se sussistano effetti anticoncorrenziali in circostanze come quelle di cui al detto procedimento, occorre esaminare se tale politica di prezzi porti, senza giustificazione obiettiva, all’esclusione effettiva o probabile di tale concorrente, a danno della concorrenza e pertanto degli interessi dei consumatori”*. In particolare, la Corte di giustizia, avallando l’utilizzo del criterio dei costi incrementali (in luogo di quello più diffuso dei costi variabili) ai fini della stima dei costi attribuibili all’attività di distribuzione della posta non indirizzata (comprendente, tra l’altro, l’invio di pubblicità, guide, elenchi telefonici e giornali) effettuata dall’impresa dominante sul mercato danese, ha ritenuto che la fissazione di tariffe superiori al livello dei costi incrementali medi, sebbene praticata in forma selettiva e senza raggiungere i costi totali medi, non comporti una qualificazione automatica in termini di abusività della descritta condotta imprenditoriale. In tale situazione, per configurare una violazione del divieto sancito dall’art. 102 Tfeue occorrerebbe dimostrare (malgrado la presumibile capacità dei concorrenti altrettanto efficienti di reggere la competizione) l’esistenza di effetti anticoncorrenziali discendenti dalla pratica, ferma restando, ove tali effetti siano provati, la possibilità dell’impresa egemone di fornire giustificazioni oggettive per il proprio comportamento;
- y) sulla presunzione di abusività dell’intesa restrittiva per oggetto – presunzione non operante in caso di abuso di posizione dominante – si veda tra le altre: Corte di giustizia UE, 20 novembre 2008, C-209/2007, *Beef Industry Development Society Lt* (in *Raccolta*, 2008, I, 8637; *Riv. dir. agr.*, 2009, II, 317, con nota di BENATTI), secondo cui, tra l’altro, *“Per stabilire se un accordo rientri nel divieto enunciato all’art. 81, n. 1, Ce, si deve guardare al tenore delle sue disposizioni e agli scopi che persegue; al riguardo, quand’anche sia dimostrato che le parti di un accordo hanno agito senza alcuna*

intenzione soggettiva di restringere la concorrenza, bensì allo scopo di rimediare agli effetti di una crisi del settore, nulla cambierebbe ai fini dell'applicazione di detta disposizione; si può ritenere, infatti, che un accordo abbia un oggetto restrittivo anche se non ha come unico obiettivo una restrizione della concorrenza, ma persegue altresì il conseguimento di altri obiettivi legittimi; l'argomento secondo il quale lo scopo di un accordo tra imprese concorrenti non sarebbe di pregiudicare la concorrenza o il benessere dei consumatori, ma di razionalizzare un settore di attività per renderlo più competitivo mediante la riduzione, non già la soppressione, delle sovraccapacità strutturali va disatteso; simili considerazioni possono essere eventualmente esaminate solo nel contesto dell'art. 81, n. 3, Ce, per derogare al divieto sancito al n. 1 del medesimo articolo”;

z) con riguardo al bene giuridico protetto dall'illecito di abuso di posizione dominante (retro § r), si registrano posizioni non univoche:

z1) la Commissione UE, nella Comunicazione 2009/C 45/02, recante *“Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti”*, ha affermato, in tema di preclusione anticoncorrenziale, che *“l'attuazione coercitiva delle norme ha lo scopo di garantire che le imprese dominanti non ostacolino lo svolgimento della concorrenza effettiva precludendo il mercato ai loro concorrenti in modo anticoncorrenziale con conseguenti effetti negativi per il benessere dei consumatori, sia in forma di prezzi più elevati di quelli altrimenti vigenti sia in altra forma, ad esempio limitando la qualità o riducendo la scelta dei consumatori”*;

z2) nel senso che l'illecito sia orientato a preservare la struttura concorrenziale indipendentemente dal danno cagionato ai consumatori, sembrano esprimersi: Corte di giustizia CE, 2 aprile 2009, C-202/07, *France Télécom S A* (in *Foro it.*, 2009, IV, 273, con note di PALMIERI A., PARDOLESI R.; *Raccolta*, 2009, I, 2369), secondo cui *“Ai fini della prova dello sfruttamento abusivo di una posizione dominante mediante prezzi predatori non è necessario dimostrare la possibilità futura di recupero delle perdite sofferte per la mancata copertura dei costi”*; Corte di giustizia CE, 6 ottobre 2009, C-510, 513, 515, 519/06, *GlaxoSmithKline* (in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 2204; *Rass. dir. farmaceutico*, 2010, 89; *Raccolta*, 2009, I, 9291), secondo cui *“L'art. 81 Ce, al pari delle altre regole in materia di concorrenza enunciate nel trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi di concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale; pertanto, l'accertamento della sussistenza dell'oggetto anticoncorrenziale di un accordo non può essere subordinato alla circostanza che i consumatori finali siano privati dei benefici di una concorrenza efficace in termini di approvvigionamento o di prezzi; ne consegue*

che, subordinando l'esistenza di un oggetto anticoncorrenziale alla prova che le condizioni generali di vendita implicino inconvenienti per i consumatori finali ed escludendo l'esistenza di tale oggetto nelle condizioni medesime, il tribunale è incorso in un errore di diritto"; Corte di giustizia CE, 15 marzo 2007, C-95/04 (in Foro it., 2008, IV, 125, con nota di FAELLA; Dir. pubbl. comparato ed europeo, 2007, 1414, con nota di STRADELLA), secondo cui, tra l'altro, "Posto che: i) una condotta può integrare un abuso di posizione dominante anche qualora non sia riconducibile ad alcuno degli esempi menzionati dal 2° comma dell'art. 82 trattato Ce, e ii) tale articolo non vieta soltanto le pratiche capaci di causare direttamente un danno ai consumatori, bensì anche quelle che recano loro pregiudizio in via mediata, compromettendo un regime di concorrenza effettiva, il tribunale di primo grado, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di una decisione della commissione, non è tenuto ad accertare se il comportamento contestato abbia causato effettivamente un danno ai consumatori ben potendo limitarsi a verificare se sia stata dimostrata l'esistenza di effetti anticoncorrenziali";

- z3) sul tema e con riferimento agli sconti e ai premi fidelizzanti osserva FAELLA, nota a Corte di giustizia CE, 15 marzo 2007, C-95/04, cit., che la pronunzia conferma l'orientamento tradizionale nelle istituzioni comunitarie a tenore del quale gli sconti e i premi target, condizionati al raggiungimento di obiettivi di vendita individuali e applicati in modo retroattivo all'intero fatturato realizzato durante un determinato periodo, sono incompatibili con l'art. 82 del trattato Ce, ove tendano a fidelizzare la clientela e, per tale via, possano ostacolare l'accesso o l'espansione delle imprese rivali. Nel caso di specie, ad avviso dei giudici di Lussemburgo, la politica commerciale di *British Airways* aveva carattere escludente in virtù di due principali fattori: da un lato, il carattere retroattivo degli incentivi produceva un effetto marginale molto sensibile, accrescendo la pressione sugli agenti in prossimità delle soglie; dall'altro, data l'elevata quota di mercato dell'impresa dominante, era lecito presumere che le compagnie aeree rivali non fossero in grado d'accordare agli agenti vantaggi economici paragonabili a quelli offerti da *British Airways* giacché i ricavi realizzati dalle stesse nel Regno unito non costituivano una base finanziaria sufficiente a istituire un analogo sistema di incentivi. In dottrina, la consapevolezza del potenziale anticompetitivo della pratica degli sconti fidelizzanti si affianca allo scetticismo e alla diffidenza nei confronti di divieti sommari, che prescindono da un'attenta disamina della reale portata degli effetti escludenti di sconti e premi fidelizzanti. Nel tentativo di distinguere le politiche fidelizzanti pro-competitive da quelle

indebitamente escludenti, sono stati elaborati alcuni test basati sulla comparazione tra prezzi e costi. Pur presentando sensibili varianti, tali test sono accomunati dalla tendenza a stimare se, a seguito dell'implementazione della politica di sconti o premi fidelizzanti, un rivale efficiente possa sottrarre all'impresa egemone una determinata quota delle sue vendite. I test individuati dalla dottrina implicano alcune difficoltà applicative e postulano la disponibilità di un ampio e dettagliato novero di informazioni e di dati circa le dinamiche competitive, le abitudini d'acquisto dei clienti, le preferenze dei consumatori finali e il livello dei costi. In senso contrario all'applicazione di test basati sulla comparazione tra prezzi e costi, è stato osservato che le politiche di sconti e premi fidelizzanti dovrebbero essere analizzate alla luce della loro capacità d'accrescere i costi sostenuti dai concorrenti per acquistare un bene o un servizio complementare, come la distribuzione dei propri prodotti. Sotto un diverso profilo, è stato rilevato che non sempre gli operatori economici sono in grado di compiere scelte intese alla massimizzazione dei profitti sulla base di informazioni complete: in condizioni di razionalità limitata, un sistema di sconti o premi fidelizzanti potrebbe generare una riluttanza a cambiare fornitore, accrescendo il potenziale anticompetitivo della pratica (v. M. BECKENKAMP-F.P. MAIER-RIGAUD, *An Experimental Investigation of Article 82 Rebate Schemes*, in *The Competition Law Review*, 2006, 2, 1.). L'apprezzamento della portata concorrenziale della pratica è reso ancor più complesso dall'incidenza delle possibili *redeeming virtues*. Oltre a rappresentare una classica leva competitiva, che può destabilizzare equilibri collusivi in mercati oligopolistici, gli sconti e i premi fidelizzanti possono costituire uno strumento per risolvere problemi di *principal-agent* nella catena tecnico-distributiva, a beneficio non soltanto delle imprese interessate, ma anche dei consumatori. In particolare, la pratica può esser utilizzata dai fornitori per: stimolare gli sforzi di vendita e la prestazione di servizi promozionali a livello distributivo, accrescendo i profitti incamerati dai distributori tramite le vendite marginali; risolvere i problemi di c.d. doppia marginalizzazione cagionati dalla presenza di due monopoli successivi, inducendo il rivenditore a fissare un prezzo che massimizza i profitti complessivi della catena tecnico-distributiva; prevenire fenomeni di *free-riding* in caso di investimenti intesi a migliorare la distribuzione dei propri prodotti, impedendo ai produttori concorrenti d'avvalersi dei medesimi canali commerciali. Nella pronunzia commentata dall'Autore, la Corte conferma, inoltre, che, di là dal potenziale escludente

della pratica, gli sconti e i premi *target* offerti da un'impresa egemone possono essere incompatibili con l'art. 82, 2° comma, lett. c), del trattato Ce, per il loro carattere intrinsecamente discriminatorio. Pur riconoscendo che, per incorrere nel divieto di cui alla citata disposizione, una politica di sconti o premi fidelizzanti deve tendere a falsare la concorrenza nel mercato a valle, penalizzando ingiustificatamente taluni operatori a vantaggio di altri, la Corte precisa che la Commissione non è tenuta a fornire la prova di un deterioramento effettivo ed esattamente quantificabile della posizione concorrenziale di alcune controparti.

- z4) con riferimento alla valutazione dell'impatto della pratica degli sconti fidelizzanti sui consumatori osserva, ancora, FAELLA, *op. ult. cit.*, che la Corte, oltre a ritenere sufficientemente dimostrata l'esistenza di effetti escludenti, respinge la censura fondata sulla mancata valutazione dell'impatto della pratica sui consumatori, richiamando un principio consolidato nella giurisprudenza comunitaria, a tenore del quale l'art. 82 vieta non soltanto le pratiche idonee a causare un danno direttamente ai clienti finali, ma anche quelle che recano loro pregiudizio in via mediata e indiretta, restringendo la concorrenza sul mercato. Sebbene la maggior parte degli economisti opti per il riferimento alla nozione di *total welfare* (sul punto, cfr., K. HEYER, *Welfare Standards and Merger Analysis: Why Not the Best*, in *Competition Policy International*, 2006, 2, 29), nella letteratura giuseconomica vi è ormai amplissimo consenso circa il fatto che, tanto sul versante europeo quanto su quello nordamericano, il paradigma del *consumer welfare* rappresenti la stella polare dell'*enforcement* antimonopolistico (in questo senso nella dottrina nazionale, si vedano, tra gli altri: R. PARDOLESI, *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2007, 119). Secondo l'orientamento di larga parte della dottrina, l'impatto della pratica sul *consumer welfare* rappresenta l'unico criterio affidabile per sceverare le condotte commerciali aggressive, ma sostanzialmente pro-competitive, da quelle indebitamente escludenti (si vedano in questo senso, tra gli altri: J. GUAL-M. HELLWIG-A. PERROT-M. POLO-P. REY-K. SCHMIDT-R. STENBACKA, *An Economic Approach to Article 82*, in *Competition Policy International*, 2006, 111; B. KLEIN, *The Microsoft Case: What Can a Dominant Firm Do to Defend Its Market Position?*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2001, 45; D.S. EVANS, *Dodging the Consumer Harm Inquiry: A Brief Survey of Recent Government Antitrust Cases*, in *St. John's Law Review*, 2001, 545). In senso critico rispetto all'utilizzo

di un approccio economico sono orientati F. DENOZZA-A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'approccio economico nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2006, 563, per i quali occorre limitare la discrezionalità dell'interprete nell'applicazione delle regole di concorrenza, ancorando al dato normativo la scelta tra diversi possibili modelli di concorrenza, onde evitare di cadere in una sorta di giustizia del caso singolo, difficilmente amministrabile e inconciliabile col valore della certezza del diritto. Questione notevolmente più controversa è come implementare, in concreto, il principio secondo cui l'applicazione della disciplina antimonopolistica dev'essere ispirata alla tutela degli interessi dei consumatori. Mentre in alcuni casi è possibile valutare il danno ai consumatori direttamente, mediante un'analisi dell'impatto della pratica su prezzi, quantità o qualità dei prodotti commercializzati, in altre ipotesi siffatta analisi può rivelarsi impraticabile o impossibile, soprattutto ove gli effetti negativi sul *consumer welfare* siano destinati a materializzarsi soltanto nel futuro. In tali ipotesi, un'incidenza negativa sul *consumer welfare* si può soltanto inferire indirettamente dall'alterazione del processo concorrenziale. Se parte della dottrina è incline a ravvisare, con una certa elasticità, una sufficiente alterazione del processo concorrenziale nella lesione della posizione di mercato dei rivali attuali o potenziali altri rilevano che, per non ridurre l'intervento dell'antitrust a strumento di tutela dei concorrenti, occorre stabilire quali condizioni debbano esser soddisfatte perché il danno arrecato agli antagonisti possa tradursi in un reale pregiudizio per gli interessi dei consumatori. Si deva inoltre considerare la sostanziale impossibilità di ricondurre le utilità interpersonali a un denominatore comune, il che limita fortemente la possibilità di utilizzare il criterio del *consumer welfare*, soprattutto ove la pratica in questione produca effetti distributivi, aumentando il benessere di alcuni consumatori ai danni di altri. In senso contrario, è stato rilevato che, sebbene non possa fungere da concreto strumento applicativo, il paradigma del *consumer welfare* rappresenta pur sempre una finalità tendenziale, in funzione della quale andrebbero tarate le regole operazionali da applicare al caso concreto;

- z5) sul tema, anche con riferimento ai differenti approcci europeo e statunitense, PALMIERI A., PARDOLESI R., *Prezzi predatori e antitrust europeo: spiragli che non si schiudono*, nota a Corte di giustizia CE, 2 aprile 2009, C-202/07, *France Télécom S A*, cit., osservano che il caso commentato ha visto l'antitrust comunitario occuparsi del mercato francese dei servizi di

accesso ad Internet ad alta velocità. Il procedimento era partito dall'indagine settoriale sul tema del *local loop unbundling* in Europa, avviata dalla Commissione nel 1999. Alcuni dati raccolti in quel contesto inducevano a guardare più da vicino al sistema tariffario dei servizi ADSL commercializzati nel mercato francese, nei cui confronti veniva formalmente aperta un'istruttoria nel 2001, con particolare riferimento ai corrispettivi addebitati alla clientela per entrare nelle reti telematiche, ritenuti non sufficientemente elevati per coprire i costi del servizio. La Commissione ravvisava pertanto un abuso di posizione dominante, attuato per mezzo di una strategia di prezzi predatori, che rientrava in un più ampio disegno diretto a ottenere la supremazia nel mercato di riferimento in una fase decisiva del suo sviluppo. In primo grado i motivi di ricorsi formulati dalla società non trovavano accoglimento, evidenziandosi tra l'altro che: non era invocabile da parte dell'operatore economico un diritto assoluto ad allinearsi ai prezzi dei concorrenti per giustificare un comportamento finalizzato a rafforzare una posizione dominante e ad abusarne; sussistevano indizi gravi e concordanti circa il disegno predatorio durante il periodo in cui si era protratta l'infrazione. La decisione in primo grado evidenziava la netta divaricazione tra l'approccio europeo e quello statunitense in materia di *predatory pricing*. Lo stato dell'arte, nella giurisprudenza d'oltreoceano, è rappresentato dalla regola secondo cui, per accertare il carattere predatorio dei prezzi praticati da un'impresa, occorre esperire un test bifasico. In primo luogo, non è sufficiente constatare che i prezzi sotto esame si attestano su livelli inferiori a quelli generalmente praticati sul mercato, ma è necessario dar conto che gli stessi si collocano *below an appropriate measure of the defendant's costs*. Occorre poi verificare la sussistenza di una seria probabilità che in un periodo di tempo successivo alla cessazione della pratica siano recuperati (e messi a frutto) gli investimenti inizialmente effettuati, consistenti per l'appunto nelle perdite inevitabilmente subite in regime di vendita sotto costo. Le maggiori differenze tra i due sistemi sono incentrate sul diverso peso attribuito al *recoupment*, in quanto l'approccio europeo tende a ritenere anticompetitivi i prezzi inferiori alla media dei costi variabili e, per quanto concerne i prezzi inferiori alla media dei costi totali, ma superiori alla media dei costi variabili, si limita a richiedere la prova dell'esistenza di un disegno di eliminazione dei concorrenti. Negli Stati Uniti il *Brooke Group test* continua ad essere apprezzato per la sua attitudine a ridurre il rischio di falsi positivi, e per la sua efficienza applicativa in termini di costi

amministrativi, a paragone della complessità di altre, e più sofisticate, tecniche d'indagine. Sul punto, la Corte, nella pronuncia in commento, rileva che dalla propria giurisprudenza *“non si evince che la prova della possibilità di recupero delle perdite sofferte per l'applicazione, da parte di un'impresa in posizione dominante, di prezzi inferiori a un determinato livello di costi costituisca un presupposto necessario per dimostrare il carattere abusivo di una siffatta politica in materia di prezzi”*. Sempre secondo la Corte, il danno ai consumatori non deve essere necessariamente immediato e diretto, ma può derivare anche dal pregiudizio alla concorrenza effettiva; il che rende superflua ogni indagine circa la possibilità, per l'impresa egemone, di recuperare le perdite subite in fase di predazione (secondo la Corte *“Del resto, la mancanza di qualsiasi possibilità di recupero delle perdite non può bastare ad escludere che l'impresa in questione giunga a rafforzare la sua posizione dominante in seguito, in particolare, all'uscita dal mercato di uno o più tra i suoi concorrenti, di modo che il grado di concorrenza esistente sul mercato, già indebolito proprio a causa della presenza dell'impresa in questione, risulti ancor più diminuito e che i consumatori subiscano un danno derivante dalla limitazione delle loro possibilità di scelta”*). In senso critico, osservano gli Autori, che nelle affermazioni della Corte *“la stella polare del «danno al consumatore» illanguidisce sino a scomparire, mentre prende vieppiù consistenza lo spettro inconfessato della difesa oltranzistica del concorrente”*. Il *cost test* delineato dalla giurisprudenza europea presenta rilevanti differenze rispetto all'approccio statunitense, in quanto non occorre dimostrare che l'impresa dominante ha una qualche possibilità di rifarsi delle perdite; *“se, peggio ancora, si assume che l'illecito è integrato anche laddove quel recupero sia dato per impossibile, allora il riferimento al pregiudizio per i consumatori diventa un mero flatus vocis, uno stilema privo di qualsivoglia sostanza. E il diritto antitrust torna quarant'anni indietro”*;

- aa) sulla prova da fornire al fine di accertare l'illecito di abuso di posizione dominante e, in particolare, sulla necessità di dimostrare la sola potenzialità dell'abuso si veda, tra le altre, Corte di giustizia UE, 17 febbraio 2011, C-52/09, *TeliaSonera Sverige A B* (in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 357), secondo cui, tra l'altro: *“In assenza del minimo effetto sulla posizione dei concorrenti, una pratica tariffaria non può essere considerata preclusiva qualora non renda minimamente più difficile la penetrazione dei concorrenti nel mercato interessato”*; *“Perché una pratica sia abusiva, ai sensi dell'art. 102 tfue, l'effetto anticoncorrenziale sul mercato non deve essere necessariamente concreto essendo sufficiente che l'effetto anticoncorrenziale potenziale*

idoneo a precludere l'accesso al mercato a concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa in posizione dominante";

- bb) sulla rilevanza dell'elemento soggettivo dell'agente al fine di integrare l'illecito di abuso di posizione dominante si vedano: Trib. I grado CE, 8 marzo 2007, T-340/04 (in *Raccolta*, 2007, II, 573); Trib. I grado CE, 30 settembre 2003, T-203/01, *Manufacture française pneumatiques Michelin c. Commiss. Ce* (in *Foro it.*, 2004, IV, 94, con nota di SABBATINI), secondo cui "Posto che: 1) gli sconti concessi da un'impresa in posizione dominante devono fondarsi su una contropartita economicamente giustificata e attribuire ai rivenditori un beneficio commisurato al volume di affari da essi apportato ed alle economie di scala ch'essi consentono di realizzare al fornitore; 2) la qualificazione di un sistema di abbuoni come sistema di sconti quantitativi di per sé non è in grado di giustificare la concessione di siffatte riduzioni, per stabilire la compatibilità di un sistema di sconti con l'art. 82 del trattato occorre valutare i criteri e le modalità di concessione degli abbuoni e accertare se gli sconti quantitativi mirino, mediante un vantaggio non basato su alcuna prestazione economica, a sopprimere o limitare la possibilità dell'acquirente di scegliere la fonte di rifornimento, a chiudere l'accesso al mercato ai concorrenti, ad applicare a controparti commerciali condizioni dissimili per prestazioni equivalenti o a rafforzare la posizione dominante mediante alterazione della concorrenza";
- cc) con riferimento alla discriminazione di prezzo e agli orientamenti europei e statunitensi, si veda SABBATINI, «*Michelin II*»: sconti di quantità vietati all'impresa dominante, nota a Trib. I grado CE, 30 settembre 2003, T-203/01, *Manufacture française pneumatiques Michelin c. Commiss. Ce*, cit. (cui si rinvia per ulteriori approfondimenti anche giurisprudenziali). Osserva l'A. che lo stesso *Sherman Act* rendeva possibile contrastare l'attività discriminatoria praticata da un'impresa a difesa del proprio monopolio (*primary line injury*). La politica della concorrenza americana relativa alla discriminazione di prezzo è stata poi notevolmente rafforzata con l'emanazione del *Clayton Act* e soprattutto del *Robinson-Patman Act*, che ha reso possibile l'intervento nei confronti della *secondary line injury*, cioè la discriminazione che distorce la concorrenza nel mercato a valle dell'impresa che discrimina. I medesimi principi sono stati adottati anche dal diritto europeo con le lett. b) (*primary line injury*) e c) (*secondary line injury*) dell'art. 82 del trattato. Dalla giurisprudenza europea che si è pronunciata sul tema possono ricavarsi alcuni principi fondamentali: sono vietati sconti realizzati da un operatore in posizione dominante volti a ostacolare l'ingresso sul proprio mercato (*primary line injury*) tramite un effetto fidelizzante nei confronti degli intermediari (sconti fidelizzanti) oppure realizzati in modo tale da ridurre i profitti dell'entrante nei segmenti di mercato dove esso ha

inizialmente cominciato a commercializzare i suoi prodotti (sconti selettivi); con riferimento all'elemento temporale, sconti riferiti a un brevissimo lasso di tempo (fino a tre mesi) sono stati considerati leciti, mentre quelli calcolati su un più lungo periodo sono stati considerati con maggior sospetto, in considerazione del fatto che l'eventuale valenza escludente di uno sconto si riduce in proporzione alla lunghezza dell'intervallo temporale rispetto al quale esso viene calcolato e che periodi più corti sono sembrati maggiormente coerenti con effettivi risparmi di costo; gli sconti di quantità sono generalmente stati considerati non abusivi, salve alcune eccezioni; in tutti i principali casi comunitari sugli sconti che hanno portato alla condanna delle imprese interessate, la commissione ha constatato anche una violazione dell'art. 82, lett. c). La decisione Michelin II innova i principi descritti almeno per due aspetti, in quanto: gli sconti di quantità possono provocare un effetto escludente; non vi è alcun profilo riguardo alla *secondary line injury*. Osserva l'A. che le prime critiche all'espansione dell'intervento *antitrust* in tema di discriminazione di prezzi si devono alla c.d. scuola di Chicago, la quale ha osservato come la discriminazione di prezzo rappresenti una caratteristica intrinseca alla realtà economica, descrivendo un normale processo che produce effetti positivi sul livello generale dei prezzi, tramite il quale si manifesta la concorrenza tra operatori. Porre ostacoli all'iniziale e temporanea differenziazione nelle politiche commerciali rischia di mettere a repentaglio l'intero processo concorrenziale. Ma anche nel caso in cui le differenze di prezzo si rivelassero permanenti, esse potrebbero essere dovute a una differente struttura dei costi in relazione alle varie tipologie di domanda. In tal caso non si tratterebbe evidentemente di un'effettiva discriminazione di prezzo. Inoltre, anche se una permanente differenza dei prezzi non fosse giustificabile in relazione ai relativi costi, occorrerebbe accertarne l'effettiva rilevanza anche in relazione al valore degli altri *input*. Infatti, solo in questo caso vi potrebbe essere una distorsione rilevante della concorrenza di primo o di secondo livello. L'accertamento di tutti questi elementi si presenta molto complessa. Un primo rilevante elemento che si ricava dalla sentenza, come osserva l'A., è che gli sconti di quantità possono essere escludenti. *“Gli sconti di quantità sono per definizione non proporzionali e generalmente crescenti al margine. Quando lo sconto è strutturato a scaglioni e si riferisce all'intero fatturato, nei punti di passaggio da una classe di sconto ad un'altra l'effettiva percentuale di sconto, valutata in relazione alla quantità marginale, può essere inoltre assai elevata. Anche gli sconti a target sono definibili come sconti di quantità, con aggiunto un elemento di personalizzazione. Che siano sconti personalizzati è indubbio e questo aspetto costituisce un elemento ben messo in luce nelle sentenze citate in precedenza. Va nel contempo però*

ricordato che essi sono anche sconti quantità in quanto la percentuale di sconto varia al margine in relazione alle quantità effettivamente acquistate (dal singolo contraente)...Quando gli sconti di quantità, se realizzati da un'impresa in posizione dominante, sono escludenti: in un mercato dove è presente un'impresa in posizione dominante e poche altre imprese che si ripartiscono una quota minoritaria del fatturato complessivo, uno sconto quantità che un'impresa dominante offre agli intermediari (distributori) può rappresentare uno strumento per limitare la concorrenza". Secondo l'A. la decisione Michelin II è certamente da condividere per almeno due aspetti: non contiene alcun accenno alla distorsione della concorrenza di secondo livello, dando adito alla speranza che le numerose critiche a questa teoria abbiano finalmente fatto breccia sia nella commissione sia nei giudici comunitari; si è riconosciuta la valenza escludente degli sconti di quantità non connessi con la singola fornitura. Nella decisione vi sono, però, alcuni elementi che destano qualche perplessità. Un primo profilo riguarda la necessità di valutare gli sconti di quantità nel loro proprio contesto economico, in quanto ciascuno sconto, anche quello di quantità, ha un elemento incentivante che può favorire la crescita complessiva del mercato, nel qual caso esso non andrebbe ostacolato, ma "sarebbe auspicabile un approccio più tollerante in presenza di una forte espansione del mercato (quando l'ipotesi di «vischiosità» è poco plausibile) e in quei casi in cui i distributori sono differenziati sia in termini di fatturato intermedio sia in relazione alla specifica composizione dei prodotti commercializzati (non vige dunque l'assunto di «omogeneità»). In definitiva la delimitazione dell'area di liceità ai soli sconti in fattura e a quelli che riguardano un periodo massimo di tre mesi appare troppo restrittiva e alquanto meccanica". Questa considerazione implica la necessità di attribuire rilevanza alla valutazione degli effetti, dalla quale si possono ricavare elementi utili per giudicare la portata restrittiva della manovra discriminatoria, diversamente da quanto deciso dal Tribunale. "Un secondo motivo d'insoddisfazione della decisione in rassegna riguarda l'insistenza sia della commissione sia del tribunale sui profili non equi dello sconto. Chi scrive non crede che un organismo antitrust debba occuparsi dell'equità. Spetta al regolamentatore il compito di diminuire i prezzi delle imprese monopolistiche. L'intervento antitrust si pone il medesimo fine, ma lo consegue in via indiretta stimolando la concorrenza. Sembra pertanto innaturale che una decisione antitrust faccia divieto di condizioni di vendita non eque anche se ciò è esplicitamente previsto dal trattato";

dd) in dottrina, in tema di sconti e premi di carattere fidelizzante si vedano, tra le altre: O. ODUDU, in *Common Market Law Review*, 2007, 1781; P. DE PASQUALE, *Una pratica commerciale illecita anche se non prevista nel trattato*, in *Guida al dir.*, 2007, fasc. 15, 107; S. LAWRENCE, *Taking a tough line on fidelity rebates*, in *Competition Law Insight*, 2006, 4, 6. Sull'approccio tradizionale delle

istituzioni comunitarie: L. GYSELEN, *Rebates: competition on the merits or exclusionary practice?*, in C.D. EHLERMANN-I. ATANASIU (a cura di), *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?*, Oxford, 2006, 287; A. EMCH, *Frequent Flyer Programmes under Article 82 EC - Is the Sky the Only Limit?*, in *World Competition*, 2007, 645. Nella letteratura comunitaria e nordamericana, G. FEDERICO, *When are Rebates Exclusionary*, in *European Competition Law Review*, 2005, 477; A. HEIMLER, *Pricing Below Cost and Loyalty Discounts: Are They Restrictive and If So When*, in *Competition Policy International*, 2005, 149; B.H. KOBAYASHI, *The Economics of Loyalty Discounts and Antitrust Law in the United States*, in *Competition Policy International*, 2005, 115; D. SPECTOR, *Loyalty Rebates and Related Pricing Practices: When Should Competition Authorities Worry?*, in D.S. EVANS-A.J. PADILLA (a cura di), *Global Competition Policy: Economic Issues and Impact*, 2004, 317; J. KALLAUGHER-B. SHER, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, in *European Competition Law Review*, 2004, 263; S. KOLAY-G. SHAFFER-J. ORDOVER, *All-unit Discounts in Retail Contracts*, in *Journal of Economics & Management Strategy*, 2004, 429;

- ee) per un inquadramento della politica della concorrenza in tema d'abuso di posizione dominante, in linea generale e con specifico riferimento al tema degli sconti e dei premi fidelizzanti, v., *ex multis*, R. O'DONOGHUE-A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford e Portland, 2006; A. JONES-B. SUFRIN, *EC Competition Law: Text, Cases & Materials*, Oxford, 2007; V. KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford, 2007; A. FRIGNANI, *L'abuso di posizione dominante*, in A. FRIGNANI-R. PARDOLESI (a cura di), *La concorrenza*, in G. AJANI-G.A. BENACCHIO (a cura di), *Trattato di diritto privato e dell'Unione europea*, Torino, 2006, 178; L. PROSPERETTI-M. SIRAGUSA-M. BERETTA-M. MERINI, *Economia e diritto antitrust*, Roma, 2006. In generale G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*⁷, Padova 2012, 682 ss.
- ff) sulla possibilità che condotte settoriali *ex se* lecite diano luogo comunque a una situazione di abuso di posizione dominante, si veda nella giurisprudenza interna:
- ff1) Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2014 n. 1673 (in *Foro it.*, 2014, III, 594 con nota di V.C. ROMANO, *L'abuso di posizione dominante da fatto lecito*; *Foro amm.*, 2014, 1095; *Giornale dir. amm.*, 2015, 87, con nota di FELICE), secondo cui "posto che, in tema di abuso di posizione dominante, la valutazione delle attività d'impresa deve avvenire in rapporto all'utilità economica sostanziale che esse perseguono, condotte consentite da un punto di vista settoriale possono per altro verso risultare illecite (nella specie, è stato riconosciuto il carattere di strumentalità e di emulatività dei comportamenti del soggetto in posizione dominante, volti ad

ostacolare l'ingresso nel mercato da parte del concorrente)"; "posto che costituiscono abuso di posizione dominante le condotte anche solo astrattamente idonee ad incidere sulla struttura di un mercato rilevante, non è necessario procedere all'indagine sulla sussistenza del nesso di causalità rispetto all'effetto di esclusione del concorrente";

ff2) ROMANO, *L'abuso di posizione dominante da fatto lecito*, cit., osserva che al fine di valutare la rilevanza giuridica delle condotte oggetto del giudizio è pacifico che, da un punto di vista esclusivamente privatistico ed amministrativo i comportamenti assunti dall'impresa dominante sono da considerarsi perfettamente leciti. Tuttavia, un atto lecito può essere censurato, se valutato alla luce delle norme speciali poste a presidio di determinati ambiti dell'ordinamento. Con riferimento al rapporto tra illecito concorrenziale da atto lecito e divieto di atti emulativi, osserva l'A. , che *"è abbastanza evidente come gli atti in questione non possano essere considerati a pieno titolo emulativi: con l'acquisto di un terreno il concorrente dominante, pur perseguendo un intento potenzialmente anticoncorrenziale, acquisisce diritti di proprietà che concorrono nell'accrescimento del suo patrimonio e, dunque, del valore complessivo dell'impresa. Il che è cosa ben diversa dall'accaparramento di beni al solo fine di farne un uso incompatibile con l'esercizio del diritto di proprietà, poiché in questo secondo caso le potenzialità dell'utilizzo commerciale della proprietà acquisita dal soggetto egemone dovrebbero necessariamente essere del tutto inesistenti. Né può vietarsi, per fare riferimento all'altra fattispecie oggetto di censura, una condotta consistente in una manifestazione di interesse soltanto perché questa punta a scoraggiare l'entrata di nuovi concorrenti. Al più, volendo dragare il dettato codicistico, si potrebbe utilizzare una fictio analogica estensiva che consente di trattare la circostanza alla stregua di un'immissione immateriale. Prospettiva che, come ovvio, porrebbe non minori problemi. Ed allora al civilista non resta che allargare la visuale ed inerpicarsi lungo il sentiero sdrucchiolevole dell'abuso del diritto. Ma anche qui, ben lungi dall'imbattersi in una clausola generale dell'ordinamento, egli dovrà fare i conti con un istituto circoscritto ad alcune figure tipizzate. Una fiera a cui, in seguito all'introduzione del codice del 1942 (che, a differenza di molte altre esperienze europee, non ha dato apertamente ingresso nel nostro sistema ad uno dei più noti ossimori giuridici), non è rimasto che cibarsi di frattaglie. E non meno disorientante rimane, al cospetto del brocardo secondo cui *chi iure suo utitur neminem laedit*, l'affermazione che l'abuso del diritto possa dare luogo ad una responsabilità, per di più da fatto lecito".* Ne discende che non può sussumersi il fatto all'interno di tali categorie giuridiche, ma va ricondotto all'interno della speciale responsabilità che in materia di

concorrenza grava sull'impresa dominante, in ragione della quale questa dovrà evitare di porre in essere attività che, a prescindere dalla loro liceità in astratto, contribuiscano a determinare un restringimento nell'assetto concorrenziale del mercato. Non minori problemi pone la ricostruzione del nesso eziologico tra condotta ed evento. Secondo la sentenza in commento, l'abuso sarebbe stato realizzato mediante una distrazione dell'azione amministrativa, ma *“se così fosse, la relativa responsabilità non potrebbe che ricadere sull'amministrazione, che sarebbe con ciò venuta meno ai propri doveri costituzionali di buon andamento ed imparzialità, lasciandosi distrarre dall'integro esercizio della sua funzione di controllo. Ma, a ben vedere, quand'anche si supponga che la distrazione sia stata posta in essere mediante l'utilizzo di artifici che non hanno permesso all'amministrazione di assumere la cognizione reale dei fatti e, conseguentemente, di esprimere un giudizio oggettivamente corretto, andrà anche valutato se, nel porre in essere tali condotte, l'impresa abbia fatto leva sulla sua posizione dominante”*. Il Consiglio di Stato giunge a ritenere che gli atti della pubblica amministrazione siano da intendersi come un effetto diretto del comportamento dell'impresa, l'affermazione tuttavia non appare condivisibile in quanto *“tali circostanze sono facta in re aliena rispetto alla posizione di dominanza e, dunque, al potenziale abuso che di questa se ne faccia. Infatti, la quota di mercato non assume alcun rilievo ai fini delle condotte, che bene si sarebbero potute porre in essere anche ad opera dell'operatore microbico. Se mai, qui avviene l'esatto opposto: è il rastrellamento dei diritti che consente di acquisire/mantenere la posizione dominante e perpetrare/seguitare nell'eventuale abuso. L'impressione è che sottotraccia non si stia tanto reprimendo lo sfruttamento della posizione dominante, quanto la posizione in sé e per sé considerata”*. Ritiene l'A. che in realtà non vi sia alcun nesso causale diretto o concorrente tra la condotta dell'operatore dominante e l'avvenuta esclusione del concorrente. *“L'analisi ha evidenziato come la riconduzione a sistema delle fattispecie atipiche in materia di abuso di posizione dominante non sia sempre agevole, specie laddove si faccia ricorso ad istituti e principî (atti emulativi, abuso del diritto, tipicità degli atti amministrativi) la cui portanza resta incerta. Parimenti problematica risulta l'individuazione del nesso causale tra le condotte ed i loro effetti laddove i comportamenti dell'impresa siano stati valutati in via istruttoria dalla pubblica amministrazione e questa abbia espresso compiutamente la propria discrezionalità tecnica, poiché in tal caso viene meno il nesso eziologico diretto che pure deve poter essere riscontrabile al fine di censurare le condotte sub iudice. Diversamente opinando, infatti, si finirebbe per riconoscere un'improbabile correttezza oggettiva dell'amministrazione nella commissione dell'illecito. Da ultimo, si è evidenziato il*

processo di riempimento funzionale volto a far conseguire una dimensione normativa alle fattispecie atipiche in materia concorrenziale, possibile fin tanto che la censura amministrativa ed il controllo giudiziale che eventualmente ne segua rimangano nell'ambito di operatività delle norme di cornice”;

gg) sul nuovo concetto di “abuso efficiente”;

gg1) nella giurisprudenza europea si veda Corte di giustizia UE, grande sezione, 6 settembre 2017, C-413/14, *Intel* (in *Foro it.*, 2017, IV, 466, con note di CARLI, PARDOLESI R., *Il caso Intel e l'antitrust europeo: l'approccio economico alla riscossa*; *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2018, 805), secondo cui “Va annullata (con conseguente rimessione della causa dinanzi al tribunale dell'Unione europea) la sentenza con cui un'impresa, in posizione dominante nel mercato dei microprocessori, sia stata ritenuta responsabile per aver praticato sconti asseritamente escludenti, senza che: a) ne sia stata verificata la capacità di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre gli effetti di esclusione addebitati, tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti (incluse l'ampiezza della posizione dominante dell'impresa interessata, il tasso di copertura del mercato, le condizioni e le modalità di concessione degli sconti, la loro durata, il loro importo e l'eventuale esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato concorrenti altrettanto efficienti); b) siano stati esaminati, nel loro complesso, gli effetti, favorevoli (vantaggi in termini di efficienza a beneficio anche dei consumatori) e sfavorevoli della pratica contestata; c) siano state considerate tutte le argomentazioni difensive addotte a giustificazione di tale pratica, incluse quelle volte a contestare il modo in cui la commissione ha applicato, nella specie, il test del concorrente altrettanto efficiente”;

gg2) CARLI, PARDOLESI R., “*Il caso Intel e l'antitrust europeo: l'approccio economico alla riscossa*”, cit., osservano, nel ripercorrere la vicenda, che la Commissione aveva stabilito che Intel, con una quota di circa il settanta per cento del mercato dei processori per computer, nel periodo 2002-2007 avesse perpetrato un abuso del proprio potere di mercato ponendo in essere sostanzialmente due tipologie di condotte: applicazione di sconti ad importanti produttori di computer a condizione che si rifornissero da Intel per la quasi totalità del proprio fabbisogno di processori; attuazione di pagamenti in favore dei fabbricanti di computer, per ritardare il lancio di prodotti basati sui microprocessori del concorrente, c.d. *pay for delay*. La Commissione aveva sanzionato la società e il Tribunale UE aveva rigettato il ricorso presentato da Intel, confermando la sanzione imposta dalla commissione. Il collegio si era concentrato in particolare sulla natura degli sconti, arrivando a creare una tripartizione tra sconti quantità,

generalmente legittimi, sconti di natura esclusiva, come quelli applicati da Intel — ritenuti sempre idonei a restringere la concorrenza e ad estromettere i concorrenti dal mercato — ed altri meccanismi di fedeltà che, non essendo direttamente o formalmente collegati ad una esclusiva o quasi esclusiva, possono essere considerati anticoncorrenziali solo a fronte della prova della loro idoneità ad escludere altre imprese, alla luce delle circostanze specifiche del caso. Secondo alcuni autori, la sentenza non era condivisibile, avendo assunto un approccio eccessivamente formalistico sulla scontistica: un approccio teso ad individuare un abuso ogni qual volta la condotta fosse stata posta in essere da un soggetto in posizione dominante, a prescindere dalle possibili efficienze (D. GERADIN, *The opinion of AG Wahl in Intel: bringing coherence and wisdom into the CJEU's pricing abuses case-law*, in *TILEC Discussion Paper No. 2016-034*, <<http://ssrn.com/abstract=2865714>>). Prendeva corpo, così, l'impressione che la sentenza del tribunale potesse segnare la fine dell'approccio economicamente orientato al diritto della concorrenza europea, nella misura in cui non era stato riconosciuto in capo alla Commissione un dovere di analisi dell'impatto economico di tali condotte. Si suggeriva che, in un contesto in cui la condotta scrutinata non può esser ricondotta nell'alveo di quelle generalmente considerate anti-concorrenziali, alla commissione competeva l'onere di dimostrare la validità della propria analisi circa gli effetti economici scaturenti dalla condotta sotto inchiesta e la verosimiglianza delle proprie previsioni (D. GERADIN, *The decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: where is the foreclosure and consumer harm?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 1, 2010). A tal riguardo, per dimostrare la «capacità» di una condotta di produrre effetti anticoncorrenziali, si invocava un test articolato su tre fasi (D. GERADIN, *Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La Roche*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 11, 2015), volte a stabilire se: la scontistica in questione potesse condizionare in senso preclusivo il comportamento dei concorrenti; il numero di consumatori che beneficiavano della scontistica fosse consistente; gli effetti di *foreclosure* prodotti dagli sconti in questione potesse creare efficienze dal punto di vista concorrenziale. Altri autori, invece, difendevano i parametri utilizzati dalla sentenza, spiegando come la sua *ratio* fosse ben ancorata nelle scienze economiche così come nella casistica (W. WILS, *The Judgement of the EU General Court and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance*, in *World Competition*, 37, 2014). Con la sentenza in commento, la

Corte di giustizia ha accolto il ricorso presentato da Intel, solo in punto di valutazione delle pratiche di sconto: nulla è detto riguardo all'altra condotta censurata dalla commissione, ossia il c.d. *pay for delay*. Dal punto di vista sostanziale, la Corte, oltre a ribadire i principi espressi dalla sua precedente giurisprudenza, evidenzia che il rapporto del vincolo di approvvigionamento esclusivo con l'abuso di posizione dominante, vuoi imposto direttamente e in modo formale, vuoi sortito attraverso un sistema di sconti fidelizzanti che, in pratica, metta il cliente in condizione di doversi rifornire in maniera esclusiva, o quasi, presso l'impresa egemone, non è automatico. La conclusione, quando l'impresa convenuta ne contesti la fondatezza, deve fondarsi sul riscontro dell'ampiezza della posizione dominante, del tasso di copertura del mercato ad opera della pratica concordata, nonché delle condizioni e modalità di concessione degli sconti, della loro durata ed importo, ivi compresa l'eventuale esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato i concorrenti quantomeno altrettanto efficaci. La Corte per la prima volta considera *“la possibilità che, a dispetto del silenzio della norma, una condotta in odore di abusività risulti oggettivamente giustificata o addirittura «riscattata» da vantaggi efficientistici, ossia a favore dei consumatori. Cade, così, un muro che sistematicamente, in passato, aveva frustrato i tentativi di attivare, nel perimetro dell'art. 102, difese efficientistiche”* (sul tema, G. FAELLA, *The Efficient Abuse: Reflections on the EU, Italian and UK Experience*, in <www.ssrn.com>, 2016). Un'analisi di tal genere non può essere soddisfatta mediante l'utilizzo di criteri formali e postula la verifica della concreta capacità escludente della pratica considerata, con la conseguenza che il tribunale avrebbe dovuto scrutinare tutti gli argomenti addotti dalla parte ricorrente. *“Logica antimonopolistica vuole che gli sconti, frutto salvifico della concorrenza effettiva, diventino inopinatamente controproducenti quando sono utilizzati dall'impresa dominante per disfarsi di contendenti pericolosi. L'idea sottesa è che la pratica valga a mettere in ginocchio il rivale scomodo, comprimendone la presenza sul mercato e riducendone i margini operativi. L'obiettivo è quello di provocarne l'uscita dal mercato, che si presterà, allora, allo sfruttamento capillare e disinvolto di chi lo controlla in solitudine. La traduzione concreta di questa prognosi di massima implica, per quanto qui interessa, che gli sconti praticati da Intel abbiano privato gli altri produttori di microchip della possibilità di competere”*;

hh) sulla responsabilità *antitrust* nei gruppi di impresa e nelle *holding*,

hh1) Corte di giustizia UE, sez. IV, 10 aprile 2014, C-247/11 P e C-253/11 P, *Areva* (in *Foro it.*, 2014, IV, 534 con nota di CASORIA – ROMANO),

secondo cui *“Un’infrazione alle regole della concorrenza commessa da una controllata può essere imputata alla società controllante qualora tale controllata non determini in modo autonomo la propria linea di condotta sul mercato, ma si attenga alle istruzioni che le vengono impartite dalla controllante”*; *“La creazione di un vincolo di solidarietà tra successive controllanti per il pagamento delle ammende irrogate dalla commissione a seguito di infrazioni al diritto europeo della concorrenza viola il principio della certezza del diritto, in quanto non consente a ciascuna controllante di conoscere con esattezza l’importo della sanzione cui è tenuta in solido con la propria controllata”*. Secondo la Corte di giustizia, la creazione di un vincolo di solidarietà di fatto tra società succedutesi al controllo della medesima controllata, mediante l’utilizzo della tecnica di determinazione a cascata della sanzione dovuta da quest’ultima per violazione del diritto della concorrenza, è contraria ai principi di personalità delle pene e delle sanzioni, di certezza del diritto, nonché alle norme in materia di solidarietà, sanciti all’interno dell’Unione europea, se tali società non hanno mai costituito un’entità economica unitaria;

hh2) CASORIA, ROMANO, nota a Corte di giustizia UE, sez. IV, 10 aprile 2014, C-247/11 P e C-253/11 P, *Areva*, cit., osservano, tra l’altro, che tra i vari motivi di impugnazione scrutinati dalla sentenza in commento, rilevano in particolar modo quelli relativi all’imputabilità del comportamento illecito delle controllate alle società controllanti e quelli connessi all’interpretazione ed applicazione delle norme in materia di solidarietà nel pagamento delle ammende. Con riferimento all’imputabilità infragruppo delle infrazioni, la Corte di giustizia ha a più riprese ribadito che la violazione delle norme concorrenziali commessa da una controllata può essere imputata alla società controllante qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, la controllata non determini autonomamente la propria linea di condotta sul mercato, ma si attenga alle istruzioni impartite dalla società madre, in considerazione dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che la legano a quest’ultima. La presunzione di esercizio effettivo di un’influenza determinante cui consegue la responsabilità della controllante può essere superata solo ove quest’ultima fornisca elementi di prova atti a dimostrare l’autonomia decisionale della controllata, non essendo sufficiente a tal fine far valere la natura non operativa della controllante. Il provvedimento sanzionatorio deve in ogni caso contenere un’esposizione esauriente delle ragioni atte a giustificare l’imputabilità dell’infrazione alla controllante ed indicare in maniera esaustiva i motivi per cui gli elementi di fatto e di diritto invocati dalla società madre non sono stati sufficienti a vincere la

presunzione di responsabilità a suo carico. Osservano gli A. che strettamente connesso al tema dell'imputabilità infragruppo delle violazioni *antitrust* è l'altro profilo di doglianza, concernente l'applicazione delle norme in materia di responsabilità solidale per il pagamento delle ammende. Le ricorrenti contestano al tribunale di aver violato il principio di personalità delle pene e delle sanzioni, nonché quello di certezza del diritto, confermando la decisione della Commissione nella parte in cui ha creato un vincolo di solidarietà di fatto tra distinte persone giuridiche avvicendatesi al controllo della società autrice di infrazioni al diritto della concorrenza, attraverso una tecnica di determinazione della sanzione che implica possibili sovrapposizioni degli importi esigibili e rende condebitori entità economiche distinte. La Corte risolve la questione giuridica facendo riferimento a un'ampia nozione di impresa, per come accolta nel diritto europeo della concorrenza. La nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento; tale nozione, collocata nel contesto del diritto della concorrenza dell'Unione, dev'essere intesa nel senso che essa designa un'unità economica ancorché, dal punto di vista giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone fisiche o giuridiche e, dall'altro, che tale entità economica, laddove violi le regole dettate in materia di concorrenza, è tenuta, secondo il principio di responsabilità personale, a rispondere dell'infrazione quando più persone giuridiche possono essere considerate individualmente responsabili della partecipazione ad un'infrazione alle norme concorrenziali, a motivo della loro appartenenza ad una sola ed unica impresa cui è addebitata l'infrazione, la Commissione ha il potere di infliggere loro un'ammenda in solido sulla base delle previsioni del regolamento Ce 1/2003, anche se, nel determinare il c.d. rapporto esterno di solidarietà, vale a dire il *quantum* dovuto da ciascun condebitore, deve rispettare una serie di parametri Sulla base dei presupposti menzionati la Corte di giustizia ha ritenuto che la decisione assunta in tal caso fosse illegittima, in quanto le modalità di computo della sanzione, pur non determinando un nesso formale di solidarietà tra le capogruppo succedutesi al controllo nel periodo di infrazione, avrebbe potuto produrre risultati analoghi, consentendo alla commissione di esigere da una delle società madri la corresponsione dell'intera sanzione, rendendola di fatto responsabile, sia pure *pro tempore*, di infrazioni imputabili ad un'impresa di cui non ha mai fatto parte. Una tale configurazione del rapporto esterno di solidarietà si pone in contrasto

sia con il canone di personalità delle sanzioni, sia con quello della certezza del diritto. *“Le criticità riscontrate non sembrano superabili neanche mediante la regola della responsabilità per quote uguali applicabile per difetto quando, in presenza di più condebitori, non sia specificato l’importo che ciascuno è obbligato a corrispondere; essa, infatti, opera solo con riguardo al rapporto interno di solidarietà, ovvero alla ripartizione dell’ammontare dovuto tra i vari condebitori una volta che sia stato effettuato il pagamento”*;

- hh3) per approfondimenti sulla responsabilità dei gruppi di imprese per violazione del diritto della concorrenza, si vedano, a livello nazionale, F. AMATO-F. LIBERATORE-A. DELLA NEGRA, *La responsabilità delle capogruppo per le violazioni del diritto antitrust europeo commesse dalle controllate: presunzione relativa o, di fatto, assoluta?*, in *Contratto e impr.-Europa*, 2014, 334; M. BERETTA-P.M. FERRARI, *La presunzione di responsabilità delle società madri per le infrazioni alle regole di concorrenza commesse dalle proprie controllate*, id., 2010, 352. Nella letteratura straniera, si vedano, tra gli altri,, N.I. PAUER, *The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law*, in *Kluwer Law International*, 2014; P. HUGHES, *Competition Law Enforcement and Corporate Group Liability- Adjusting the Veil*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2014, 68; M. STANEVICIUS, *Portielje: Bar Remains High for Rebutting Parental Liability Presumption*, in *J. Eur. Comp. Law & Practice*, 2014, 5, 24; L. ATLEE, *Joint Venture ... Subsidiary ... What’s the Difference for Cartel Liability and Fines?*, in *CPI Antitrust Chronicle*, April 2012, 1; A. WINCKLER-S. SAHLIN, *Parent’s Liability: New Case Attributing Exclusive Jurisdiction to the General Court in Respect of Cases Raising Decisive Influence and Corporate Control Issues under EU Competition Law*, in *J. Eur. Comp. Law & Practice*, 2012, 547; M. BRONCKERS-A. VALLERY, *No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law*, in *World Competition*, 2011, 535; E. ISLENTYEVA, *Like Father Like Son - The Parental Liability under the EU Competition Law Today*, in *Global Antitrust Review*, 2011, 4, 99; G. LA ROCCA, *The Controversial Issue of the Parent-Company Liability for the Violation of EC Competition Rules by the Subsidiary*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2011, 68; R. BURNLEY, *Group Liability for Antitrust Infringements: Responsibility and Accountability*, in *World Competition*, 2010, 595; J.D. BRIGGS-S. JORDAN, *Presumed Guilty: Shareholder Liability for a Subsidiary’s Infringements of Article 81 EC Treaty*, in *Bus. Law Int’l*, 2007, 8, 1;
- ii) sulla possibilità di configurare una condotta abusiva dominante a carico di una pubblica amministrazione che pure si sia attenuta pedissequamente alla

disciplina legale nazionale, Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30175 (in *Foro it.*, 2012, I, 3144 con nota di A. PALMIERI), secondo cui, tra l'altro: "L'attività svolta dall'agenzia del territorio nel settore del riutilizzo dei dati ipotecari e catastali riveste carattere imprenditoriale, ai fini della disciplina della concorrenza"; "L'attività svolta dall'agenzia del territorio nel settore del riutilizzo dei dati ipotecari e catastali non integra gli estremi di un servizio economico d'interesse generale"; "Posto che la normativa nazionale non può dar vita a un assetto di mercato implicante un abuso di posizione dominante da parte di un soggetto, pubblico o privato che sia, va confermata la pronuncia che abbia ravvisato un indebito sfruttamento della posizione privilegiata di cui l'agenzia del territorio, in virtù della sua funzione di certificazione della pubblicità legale e di tenuta dei pubblici registri ipotecari e catastali, godeva sul collegato mercato dell'informazione commerciale, nelle condotte consistenti nel condizionare la riutilizzazione dei dati contenuti in detti registri ad un regime convenzionale da essa predisposto ed all'imposizione di ulteriori oneri per i riutilizzatori"; "Nell'ambito della disciplina, nazionale (l. 10 ottobre 1990 n. 287) e comunitaria (art. 82 e 86 trattato Ce - ora art. 106 trattato Ue; direttiva 2003/98/Ce del 17 novembre 2003) della concorrenza, la nozione d'impresa ricomprende qualsiasi entità, la quale eserciti in modo organizzato e durevole un'attività economica sul mercato, al di là del suo status giuridico e della definizione che di essa diano i singoli ordinamenti nazionali; ne consegue che l'agenzia del territorio - sebbene essa, ai sensi della l. 30 dicembre 2004 n. 311, sia un ente pubblico affidatario di compiti d'interesse generale relativi alla formazione, conservazione e gestione dei pubblici registri ipotecari e catastali - è soggetta alla disciplina antimonopolistica in ordine al mercato dell'utilizzazione economica delle informazioni commerciali, tratte dalla consultazione di detti registri, che l'agenzia stessa è abilitata, in base allo statuto, a consentire ad altri soggetti, previa stipula di convenzioni, alle condizioni da essa stabilite e dietro pagamento di tributi e tasse; né tale attività rientra fra i servizi di interesse economico generale, esclusi dall'ambito di applicazione di tale disciplina dall'art. 8 l. 10 ottobre 1990 n. 287, da intendersi come quelli strettamente connessi all'adempimento di specifici obblighi affidati all'impresa; connessione che deve essere allegata e provata dall'impresa medesima". La Suprema corte si è pronunciata per la prima volta su una delle controversie risarcitorie promosse nei confronti dell'agenzia del territorio dalle imprese operanti sul mercato della riutilizzazione commerciale dei dati catastali ed ipotecari, all'indomani dell'entrata in vigore delle disposizioni contenute nella legge finanziaria 2005 che rendevano particolarmente difficoltoso l'esercizio di tale attività per i privati (art. 1, commi 367 ss., l. 30 dicembre 2004 n. 311). Le richieste formulate dagli attori nei giudizi di merito si fondavano sull'asserita violazione, da parte dell'agenzia del territorio, del divieto di abuso della propria posizione dominante. La peculiarità

del caso era data dalla circostanza che le condotte attraverso le quali si concretizzava l'abuso erano in sintonia con la normativa nazionale di riferimento. La Corte, nel pervenire alle conclusioni di cui in massima, ribadisce che l'agenzia del territorio, nelle ipotesi in cui svolge attività diverse da quelle istituzionali volte alla conservazione e alla pubblicità dei dati ipotecari e catastali, rientra nella nozione di impresa elaborata dal diritto comunitario della concorrenza e ripresa da quello nazionale. Ne deriva, pertanto, in questi casi l'inconfigurabilità dell'esenzione prevista per quanti gestiscono servizi di interesse economico generale, nel senso che tale requisito non può diventare un alibi per condotte anticoncorrenziali che vadano oltre quanto strettamente necessario alla realizzazione delle proprie finalità. La Corte ritiene quindi che gravi sull'impresa l'onere di allegare gli elementi in forza dei quali possa ritenersi dimostrato che il comportamento attuato fosse l'unico possibile mezzo per il perseguimento della specifica missione istituzionale e afferma la necessità di disapplicare norme interne che legittimano lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante nel mercato della commercializzazione dei dati ipotecari e catastali, determinando una situazione di conflitto sia con l'allora vigente art. 82 del trattato Ce (trasfuso nell'art. 102 Tfe), sia con la direttiva 2003/98/Ce, relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.