



### 3. ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

***“La posizione dominante di Microsoft ha fatto sì che negli anni chiunque innovasse fosse scoraggiato dall'investire. È vero che quando si acquista un'auto si trovano già dentro radio e accendino ma non c'è nessun costruttore di auto che abbia il 96% del mercato”  
(Mario Monti)***





### 3. ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

Art. 102.1 TFUE:

*È 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.*

Art. 3 l. 287/90

*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*





## LA NOZIONE

Fattispecie creata dal diritto UE: mercato unico  
caratterizzato da monopoli pubblici, economia mista,  
settori molto concentrati

Assente in USA e (all'inizio) in Gran Bretagna

Legame con le concentrazioni, disciplinate solo dal 1989  
(Reg. 4064)

Caso Michelin I (1983): teoria della **speciale  
responsabilità** dell'impresa dominante, costretta a non  
compromettere ulteriormente una concorrenza effettiva

Onere di salvaguardia dell'assetto del mercato, di  
“**mimare**” il mercato concorrenziale **limitando le rendite  
di posizione**, funzione proconcorrenziale

Focus su effetti economici → difficile tipizzazione

Stessi comportamenti oggetto di intese



## LA NOZIONE

*“Posizione di potenza economica grazie alla quale l’impresa che la detiene è **in grado di ostacolare la presenza di una concorrenza effettiva** sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere **comportamenti alquanto indipendenti** nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in definitiva, dei consumatori”* (CGE, Hoffman La Roche)

Non comprende le **pratiche intragruppo**

2 elementi di valutazione:

1. Se l’impresa detiene una posizione dominante su un determinato mercato
2. Se il comportamento concreto sia sfruttamento abusivo della posizione dominante

Nozione **oggettiva** di abuso, a prescindere dall’intento anticoncorrenziale



# LA POSIZIONE DOMINANTE

## 1. DAL LATO DELL'OFFERTA

Non esiste una nozione generale di p.d., salvo che nei media (15 l. 112/04 – nozione di SIC)

**Comunicazione comm. UE 2009/C 45/02 del 9.2.2009:**  
orientamenti sugli abusi escludenti

Un'impresa è in p.d. se:

- è in grado di influenzare i parametri della concorrenza a proprio vantaggio e a scapito dei consumatori
- non deve fronteggiare una pressione concorrenziale efficace

Ad esempio quando:

- Può aumentare i prezzi sopra il livello concorrenziale in maniera redditizia per un tempo significativo
- Ostacola lo sviluppo della concorrenza con mezzi diversi da quelli normali





# LA POSIZIONE DOMINANTE

## 2. DAL LATO DELLA DOMANDA

**Monopsonio:** es. settore farmaceutico (SSN), GDO

Forza economica dell'acquirente come contrappeso del potere di mercato dell'offerente; valutazione del potere contrattuale degli acquirenti (*buyer power*) nell'individuazione della p.d. (Com. 45/09, §18)

Comportamenti caratteristici: minacce

- Integrazione verticale a monte
- Favorire ingresso di nuovi concorrenti
- Approvvigionamento alternativo in caso di aumento dei prezzi

Il *buyer power* esclude la p.d. dal lato dell'offerta, sempre che non si limiti a proteggere un segmento particolare o circoscritto di clienti dal potere di mercato dell'offerente



## LA POSIZIONE DOMINANTE INDICI

1. Quota di mercato
  - 50% presunzione assoluta
  - Sotto 40% p.d. piuttosto infrequente
2. Stabilità di essa: maggior volatilità, maggior difficoltà che si formi una p.d.; non così in settori maturi e non innovativi
3. Numero e forza dei concorrenti
4. Concorrenza potenziale
5. Barriere all'ingresso
6. Risorse tecniche e finanziarie



## IL MERCATO RILEVANTE

Stessi criteri previsti per le intese

Funzione diversa e di **maggior rilevanza**

- Intese: definire l'ambito di riferimento e quindi l'incidenza del **pregiudizio**
- Abuso: valutare la **liceità** del comportamento osservato sotto il profilo antitrust

Rischio-paradosso: ciascun imprenditore è dominante rispetto ai propri prodotti/servizi

Esempi:

1. Registratori di cassa rispetto ai pezzi di ricambio degli stessi (CGE 22/78 Hugin)
2. Diritti d'immagine dei calciatori (AGCM 4381 Panini)
3. Telefonia mobile e terminazione chiamate (AGCM 1713 Tele 2)





## IL MERCATO RILEVANTE

Ruolo di barriera all'entrata dei **diritti IP**, in particolare **marchi**: marchio forte = mercato distinto

Rileva anche lo sfruttamento abusivo della p.d. su **mercati collegati** (specie in caso di *tying contracts*), a monte o a valle, per fattori geografici tecnologici commerciali, anche senza una p.d. in quel mercato (CGE 1996 Tetra Pak)

Esempi:

- Vendita abbinata OS per PC e lettore multimediale (Microsoft)
- Servizio postale universale e recapito a data e ora certa (AGCM 23065 TNT/Poste It.)
- **Essential facilities**, infrastrutture essenziali non replicabili per operare nel mercato a valle



# IL MERCATO RILEVANTE

## 1. MERCATO DEL PRODOTTO

Tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati **intercambiabili o sostituibili dal consumatore** (**Sostituibilità dal lato della domanda**: succedaneità) in ragione di

- **caratteristiche** dei prodotti
- loro **prezzi** ed elasticità degli stessi (SSNIP test 5-10%)
- **uso** cui sono destinati (distinzione per clientela)

Fattori da considerare **congiuntamente**

**Sostituibilità dal lato dell'offerta** nel breve termine valutando elasticità offerta e **barriere all'ingresso** (*sunk costs*)

**Concorrenza potenziale**



## IL MERCATO RILEVANTE

### 2. MERCATO GEOGRAFICO

Area nella quale le imprese forniscono o acquistano prodotti o servizi a **condizioni di concorrenza sufficientemente omogenee** e distinta da zone geografiche contigue a condizioni di concorrenza sensibilmente diverse.

Tendenzialmente l'intera UE, esclusa la parte dove i beni non sono presenti o sono presenti in quantità limitata o a condizioni diverse per:

- Preferenze e usi dei consumatori (es. banche, assicurazioni)
- Deperibilità prodotto (es. banane-frutta), costi trasporto (es. calcestruzzo)
- Barriere normative (es. latte), commerciali, tecnologiche, di lingua





## P.D. COLLETTIVA

**Parallelismo non concordato** (cfr. intese) che denota comunque intento collusivo

Le imprese **si presentano sul mercato come una sola entità** sul piano (non giuridico ma) del potere esercitato

Strumento per assoggettare al diritto antitrust i **mercati oligopolistici** (oligopolio, duopolio)

Nozione utilizzata in materia di concentrazioni  
(Nestlè/Perrier, Kali und Salz, Rhone-Poulenc/SNIA, Airtours/First Choice) quando le imprese coinvolte:

1. Possono accedere ad informazioni rilevanti (es. prezzo)
2. Si coordinano stabilm. e sanzionano chi non si adegua
3. Mancano strumenti di reazione per clienti e concorrenti



## IL MONOPOLIO

41, 43 Cost.; 2597 c.c.; 8-9 l. 287/90

Imprese che gestiscono **servizi di interesse economico generale** o operano in regime di **monopolio sul mercato**: sottratte alla l. 287/90 *“per tutto quanto strettamente connesso all’adempimento degli specifici compiti loro affidati”*

**Accezione restrittiva** del monopolio (3.g TUE; 36, 106.2 TFUE; 30, 86.2 TUE): es. **autoproduzione** (9 l. 287/90)

1. Individuare gli specifici compiti e le attività non riservate
2. Valutare **necessità** e **proporzionalità** del sacrificio della concorrenza: onere a carico del monopolista

**Mercati collegati**: obbligo di agire tramite **società separate** vigilate dall’AGCM (2.bis-ter l. 287/90)

Equiparazione monopolio - **proprietà intellettuale**: scostamento UE-Italia (CGE, DG 1970; Panini, 1998)



## LE FATTISPECIE TIPICHE

### A. FISSAZIONE PREZZI D'ACQUISTO/VENDITA

Cfr. intese; assente in USA

1. Prezzi **iniqui** (*“ingiustificatamente gravosi”*): rendita del monopolista, prezzi che non hanno alcun legame con il valore economico del bene/servizio fornito (critica)
2. **Prezzi predatori: vendita sottocosto** per escludere concorrenti attuali o potenziali. Parametri:
  - Costo marginale: senza dubbio illecito
  - Costo variabile medio: qualche dubbio (Tetra Pak, Tekal, Com. 2009/C 45/02 del 9.2.2009)

Rilevanza dei **sussidi incrociati**

3. **Price squeeze**: es. proprietario rete telefonica

Casi 2-3 più affini alle pratiche escludenti





## LE FATTISPECIE TIPICHE

### B. PRATICHE ESCLUDENTI

Cfr. intese: “*Impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, **a danno dei consumatori***”

**Essential facilities:** rifiuto illecito se

- a) L'infrastruttura non è replicabile (per investimenti, tempi, ostacoli economici o normativi)
  - b) Impedisce di realizzare nuovi prodotti
  - c) Non è giustificato
  - d) Preclude concorrenza (anche potenziale) sul mercato a valle
1. Estensione della posizione dominante (es. telefonia)
  2. Rafforzamento del potere di mercato (es. acquisto di licenze o partecipazioni da concorrenti)
  3. Rifiuto di concedere il diritto all'autoproduzione (9 l.a.)
  4. Vendita sottocosto



## LE FATTISPECIE TIPICHE

### C. PRATICHE DISCRIMINANTI

Cfr. intese: “Applicare nei rapporti commerciali con **altri contraenti** condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi **ingiustificati** svantaggi nella concorrenza”

Parità di trattamento oltre il monopolio legale (cfr. 2597 c.c.), estesa a concorrenti, fornitori, distributori (non solo consumatori)

Comportamento non altrimenti giustificabile in chiave economica

Manovra **non concertata** con altri, altrimenti è intesa

Esempi:

- Gestione di un servizio in esclusiva dal monopolista pubblico
- Appalto senza considerare offerte terze
- Sconti e tariffe selettive (Michelin, IBM, Italcontainer, Cerved)



## LE FATTISPECIE TIPICHE

### D. PRATICHE LEGANTI

Cfr. intese: “*Subordinare la conclusione dei contratti all’accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano **alcuna connessione** con l’oggetto dei contratti stessi*”

Non solo clausole gemellate: interpretazione lata del divieto che implica un **collegamento** tecnico funzionale o commerciale tra beni/contratti

Effetto: creare o rafforzare la dipendenza tra impresa in p.d. e contraenti da cui è difficile affrancarsi

Caso **Microsoft-Netscape**

**Bundling**: indurre ad acquistare l’intera gamma invece del solo prodotto di punta

**Sconti selettivi e condizionati** a fornitori e distributori (es. Michelin, Intel): leciti se in base a **quantità** e a **tempo**





## SITI CONSIGLIATI

- [www.dimt.it](http://www.dimt.it)
- [www.altalex.it](http://www.altalex.it)
- [www.diritto.it](http://www.diritto.it)
- [www.dirittosuweb.it](http://www.dirittosuweb.it)
- [www.lexology.com](http://www.lexology.com)

