

II

(Comunicazioni)

COMUNICAZIONI PROVENIENTI DALLE ISTITUZIONI E DAGLI ORGANI
DELL'UNIONE EUROPEA

COMMISSIONE

Comunicazione della Commissione — Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti

(Testo rilevante ai fini del SEE)

(2009/C 45/02)

I. INTRODUZIONE

1. L'articolo 82 del trattato CE (in appresso «l'articolo 82») vieta lo sfruttamento abusivo della posizione dominante. Conformemente alla giurisprudenza, non è di per sé illegale che un'impresa sia in posizione dominante e tale impresa dominante ha il diritto di competere sulla base dei propri meriti. L'impresa in questione ha tuttavia la responsabilità speciale di non permettere che il suo comportamento ostacoli una concorrenza realmente priva di distorsioni nel mercato comune. L'articolo 82 è la base giuridica di una componente fondamentale della politica di concorrenza e la sua efficace applicazione favorisce un migliore funzionamento dei mercati a beneficio delle imprese e dei consumatori. Si tratta di un fattore particolarmente importante per l'obiettivo più ampio della realizzazione di un mercato interno integrato.

II. FINALITÀ DELLA COMUNICAZIONE

2. La presente comunicazione stabilisce le priorità che indirizzeranno l'azione della Commissione nell'applicare l'articolo 82 al comportamento delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti dal mercato. In parallelo alle decisioni coercitive specifiche adottate dalla Commissione, la comunicazione mira a fornire maggiore chiarezza e prevedibilità per quanto riguarda il quadro generale di analisi utilizzato dalla Commissione per stabilire se debba esaminare casi relativi a varie forme di comportamenti di esclusione, nonché ad aiutare le imprese a valutare meglio la probabilità che un certo comportamento determini un intervento della Commissione ai sensi dell'articolo 82.
3. La presente comunicazione non è destinata ad avere valenza giuridica e non pregiudica l'interpretazione dell'articolo 82 da parte della Corte di giustizia o del Tribunale di primo grado delle Comunità europee. Il quadro generale delineato nella presente comunicazione si applica inoltre senza pregiudicare la possibilità che la Commissione respinga una

denuncia qualora ritenga che un caso non sia prioritario per mancanza di interesse comunitario.

4. L'articolo 82 si applica alle imprese che detengono una posizione dominante su uno o più mercati rilevanti. Tale posizione può essere detenuta da una sola impresa (posizione dominante individuale) o da due o più imprese (posizione dominante collettiva). La presente comunicazione fa riferimento soltanto agli abusi commessi da un'impresa che detenga una posizione dominante individuale.
5. Nell'applicare l'articolo 82 al comportamento volto all'esclusione dei concorrenti dal mercato (il cosiddetto «comportamento di esclusione») adottato da imprese dominanti, la Commissione si concentrerà sui tipi di comportamento maggiormente dannosi per i consumatori. I consumatori traggono beneficio dalla concorrenza grazie a prezzi inferiori, migliore qualità e più ampia scelta di beni e servizi nuovi o migliorati. La Commissione indirizzerà dunque l'attuazione coercitiva delle norme in modo da garantire che i mercati funzionino correttamente e che i consumatori traggano vantaggio dall'efficienza e dalla produttività derivanti da una concorrenza effettiva tra imprese.
6. Relativamente al comportamento di esclusione, l'attuazione coercitiva delle norme svolta dalla Commissione mira in particolare a salvaguardare il processo concorrenziale nel mercato interno e a garantire che le imprese che detengono una posizione dominante non escludano dal mercato i propri concorrenti tramite mezzi diversi dalla concorrenza basata sui meriti dei prodotti o dei servizi che forniscono. Nel perseguire questa linea di condotta, la Commissione è attenta a non perdere di vista il fatto che la vera finalità è la tutela dell'efficace processo concorrenziale e non la semplice tutela dei concorrenti. Questo può anche significare che usciranno dal mercato i concorrenti che presentano ai consumatori un'offerta meno interessante in termini di prezzo, scelta, qualità e innovazione.

7. Anche un comportamento tendente a uno sfruttamento diretto dei consumatori, quale ad esempio l'applicazione di prezzi eccessivamente elevati, o un determinato comportamento che pregiudichi gli sforzi compiuti per realizzare un mercato interno integrato, può rappresentare una violazione dell'articolo 82. La Commissione può decidere di intervenire in relazione a un comportamento di questo genere, in particolare quando la protezione dei consumatori e il buon funzionamento del mercato interno non possono essere adeguatamente garantiti in altro modo. Onde fornire orientamenti sulle priorità in materia di attuazione coercitiva delle norme, in questa fase la Commissione si limita all'esame del comportamento di esclusione e, in particolare, di determinati comportamenti specifici di esclusione che, in base alla sua esperienza, sembrano essere più comuni.

8. Nell'applicare i principi generali dell'attuazione coercitiva delle norme enunciati nella presente comunicazione, la Commissione terrà conto dei fatti e delle circostanze specifici di ogni caso. Ad esempio, nei casi riguardanti i mercati regolamentati, per condurre la propria valutazione la Commissione terrà conto del contesto regolamentare specifico ⁽¹⁾. La Commissione può pertanto adeguare l'approccio illustrato nella presente comunicazione nella misura in cui ciò risulti ragionevole e adeguato nei singoli casi.

III. APPROCCIO GENERALE AL COMPORTAMENTO DI ESCLUSIONE

A. Potere di mercato

9. La valutazione dell'eventuale posizione dominante di un'impresa e del grado di potere di mercato da essa detenuto rappresenta il primo passo nell'applicazione dell'articolo 82. In base alla giurisprudenza, detenere una posizione dominante conferisce all'impresa in questione una responsabilità speciale, la cui portata deve essere considerata alla luce delle circostanze specifiche di ogni singolo caso ⁽²⁾.
10. Il diritto comunitario definisce la posizione dominante come una situazione di potere economico grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare il persistere di una concorrenza effettiva sul mercato in questione e di agire in maniera significativamente indipendente rispetto ai suoi concorrenti, ai suoi clienti e, in ultima analisi, ai consumatori ⁽³⁾. Il concetto di indipendenza è correlato al grado di pressione concorrenziale esercitata sull'impresa in questione. L'esistenza di una posizione dominante significa che tali pressioni concorrenziali non sono sufficientemente efficaci e che l'impresa in questione gode pertanto di un

considerevole potere di mercato durante un certo periodo. Questo significa che le decisioni dell'impresa sono per lo più insensibili alle azioni e reazioni dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori. La Commissione può ritenere che non vi siano pressioni concorrenziali effettive anche se permane una qualche concorrenza reale o potenziale ⁽⁴⁾. In generale, una posizione dominante deriva da una combinazione di vari fattori che, considerati separatamente, non sono necessariamente determinanti ⁽⁵⁾.

11. La Commissione ritiene che un'impresa in grado di aumentare i prezzi al di sopra del livello concorrenziale in maniera redditizia per un periodo di tempo significativo non si trovi a far fronte a pressioni concorrenziali sufficientemente efficaci e possa pertanto, in linea generale, essere considerata un'impresa dominante ⁽⁶⁾. Nella presente comunicazione, l'espressione «aumentare i prezzi» comprende il potere di mantenere i prezzi al di sopra del livello concorrenziale e viene utilizzata per designare in forma abbreviata i vari modi in cui i parametri della concorrenza — quali prezzi, produzione, innovazione, varietà o qualità di beni o servizi — possono essere influenzati a beneficio dell'impresa dominante e a scapito dei consumatori ⁽⁷⁾.

12. La valutazione della posizione dominante terrà conto della struttura concorrenziale del mercato e, in particolare, dei seguenti fattori:

- pressioni imposte dalle forniture esistenti offerte dai concorrenti effettivi e loro posizione sul mercato (posizione di mercato dell'impresa dominante e dei suoi concorrenti),
- pressioni imposte dalla minaccia credibile di una futura espansione dei concorrenti effettivi o dell'ingresso sul mercato di concorrenti potenziali (espansione e ingresso sul mercato),
- pressioni imposte dalla forza negoziale dei clienti dell'impresa (potere contrattuale dell'acquirente).

a) *Posizione di mercato dell'impresa dominante e dei suoi concorrenti*

13. Le quote di mercato forniscono una prima indicazione utile per la Commissione sulla struttura del mercato e sulla relativa importanza delle varie imprese in esso operanti ⁽⁸⁾. La Commissione interpreterà tuttavia le quote di mercato alla luce delle condizioni di mercato rilevanti e, in particolare,

⁽¹⁾ Cfr. ad esempio il punto 82.

⁽²⁾ Causa 322/81, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin II)*/Commissione, Racc. 1983, pag. 3461, punto 57; causa T-83/91, *Tetra Pak/Commissione (Tetra Pak II)*, Racc. 1993, pag. II-755, punto 114; causa T-111/96, *ITT Promedia/Commissione*, Racc. 1998, pag. II-2937, punto 139; causa T-228/97, *Irish Sugar/Commissione*, Racc. 1999, pag. II-2969, punto 112; causa T-203/01, *Michelin/Commissione (Michelin II)*, Racc. 2003, pag. II-4071, punto 97.

⁽³⁾ Cfr. causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continental/Commissione*, Racc. 1978, pag. 207, punto 65; causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, Racc. 1979, pag. 461, punto 38.

⁽⁴⁾ Cfr. causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continental/Commissione*, Racc. 1978, pag. 207, punti 113-121; causa T-395/94, *Atlantic Container Line e altri/Commissione*, Racc. 2002, pag. II-875, punto 330.

⁽⁵⁾ Causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continental/Commissione*, Racc. 1978, pag. 207, punti 65 e 66; causa C-250/92, *Gøttrup-Klim e a. Grovwareforeninger/Dansk Landbrugs Grovvarereselskab*, Racc. 1994, pag. I-5641, punto 47; causa T-30/89, *Hilti/Commissione*, Racc. 1991, pag. II-1439, punto 90.

⁽⁶⁾ Che cosa si intenda per «periodo di tempo significativo» dipenderà dal prodotto e dalle circostanze del mercato in questione ma, di norma, un periodo di due anni sarà ritenuto sufficiente.

⁽⁷⁾ La redditività contabile può essere un indicatore poco significativo del potere di mercato. Cfr. in tal senso causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continental/Commissione*, Racc. 1978, pag. 207, punto 126.

⁽⁸⁾ Causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, Racc. 1979, pag. 461, punti 39-41; causa C-62/86, *AKZO/Commissione*, Racc. 1991, pag. I-3359, punto 60; causa T-30/89, *Hilti/Commissione*, Racc. 1991, pag. II-1439, punti 90, 91 e 92; causa T-340/03, *France Télécom/Commissione*, Racc. 2007, pag. II-107, punto 100.

della dinamica del mercato e del grado di differenziazione dei prodotti. Anche la tendenza o lo sviluppo delle quote di mercato nel tempo possono essere presi in considerazione in mercati volatili o in mercati basati sull'aggiudicazione degli appalti.

14. La Commissione ritiene che quote di mercato modeste siano in generale un buon indicatore dell'assenza di un considerevole potere di mercato. In base all'esperienza della Commissione, è improbabile che l'impresa goda di una posizione dominante se la sua quota di mercato è inferiore al 40 % sul mercato rilevante. Possono esistere tuttavia casi specifici al di sotto di tale soglia in cui i concorrenti non sono in grado di limitare in modo effettivo il comportamento di un'impresa dominante, ad esempio quando devono affrontare gravi limitazioni di capacità. Anche casi di questo genere meritano l'attenzione della Commissione.
15. L'esperienza indica che, quanto maggiore è la quota di mercato e quanto più lungo il periodo di tempo per il quale è detenuta, tanto più probabile è che essa costituisca un'importante indicazione preliminare dell'esistenza di una posizione dominante e, in determinate circostanze, di eventuali effetti gravi di comportamento abusivo, il che giustifica un intervento da parte della Commissione ai sensi dell'articolo 82 (¹). Tuttavia, di regola generale, la Commissione non giungerà a una conclusione definitiva sull'opportunità di proseguire l'esame di un caso senza analizzare tutti i fattori che possono essere sufficienti a limitare il comportamento dell'impresa.

b) Espansione o ingresso sul mercato

16. La concorrenza è un processo dinamico e una valutazione delle pressioni concorrenziali esercitate su un'impresa non può basarsi soltanto sulla situazione di mercato esistente: è inoltre rilevante l'incidenza potenziale dell'espansione da parte di concorrenti effettivi o dell'ingresso sul mercato di concorrenti potenziali, compresa la minaccia di tale espansione o ingresso. Un'impresa può essere dissuasa dall'aumentare i prezzi se l'espansione o l'ingresso sul mercato sono probabili, tempestivi e sufficienti. Affinché la Commissione consideri l'espansione o l'ingresso sul mercato come probabili occorre che essi siano sufficientemente redditizi per il concorrente o il nuovo operatore, tenuto conto di fattori come le barriere all'espansione o all'ingresso, le reazioni probabili della presunta impresa dominante e di altri concorrenti nonché dei rischi e costi di un insuccesso. Per essere considerati tempestivi, l'espansione o l'ingresso sul mercato devono essere sufficientemente rapidi da scoraggiare o impedire l'esercizio di un potere di mercato considerevole. Per poter essere considerati sufficienti, l'espansione o l'ingresso sul mercato non devono avvenire semplicemente su scala ridotta, ad esempio in una nicchia di mercato, ma devono essere di entità tale da poter scoraggiare qualsiasi tentativo di aumentare i prezzi da parte dell'impresa che si presume dominante sul mercato rilevante.

(¹) Per quanto riguarda il rapporto tra il livello della posizione dominante e la constatazione di abusi, cfr. cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritimes Belge Transports, Compagnie Maritimes Belge e Dafra-Lines/Commissione*, Racc. 2000, pag. I-1365, punto 119; causa T-228/97, *Irish Sugar/Commissione*, Racc. 1999, pag. II-2969, punto 186.

17. Le barriere all'espansione o all'ingresso sul mercato possono avere forme diverse. Può trattarsi di barriere giuridiche, come le tariffe o le quote, o di vantaggi specificamente goduti dall'impresa dominante, come le economie di scala e di diversificazione, l'accesso privilegiato a fattori di produzione o risorse naturali essenziali, tecnologie importanti (²) o una rete di distribuzione e di vendita ben consolidata (³). Si può trattare anche di costi e altri impedimenti, derivanti ad esempio da effetti di rete, cui devono far fronte i clienti nel passaggio a un nuovo fornitore. Anche lo stesso comportamento dell'impresa dominante può creare barriere all'ingresso sul mercato, ad esempio qualora essa abbia effettuato investimenti significativi che i nuovi operatori o i concorrenti dovrebbero eguagliare (⁴) o abbia stipulato con i propri clienti contratti a lungo termine che hanno effetti di preclusione. Quote di mercato che si mantengono elevate possono indicare l'esistenza di barriere all'ingresso e all'espansione sul mercato.

c) Potere contrattuale dell'acquirente

18. La pressione concorrenziale può essere esercitata non soltanto dai concorrenti effettivi o potenziali ma anche dai clienti. Anche un'impresa con una quota di mercato elevata può non essere in grado di agire in maniera considerevolmente indipendente rispetto ai clienti che hanno sufficiente forza negoziale (⁵). Tale potere contrattuale può derivare dalle dimensioni dei clienti o dalla loro importanza commerciale per l'impresa dominante, nonché dalla loro capacità di passare rapidamente a fornitori concorrenti, di favorire nuovi ingressi sul mercato e di integrarsi a livello verticale, e di minacciare in modo credibile di farlo. Se è ad un livello sufficiente, il potere contrattuale può scoraggiare o far fallire il tentativo da parte dell'impresa di aumentare i prezzi in maniera redditizia. Il potere contrattuale dell'acquirente non può tuttavia essere considerato come una pressione sufficientemente efficace se si limita a proteggere un segmento particolare o circoscritto di clienti dal potere di mercato dell'impresa dominante.

B. Preclusione che determina un danno per i consumatori («preclusione anticoncorrenziale»)

19. In relazione al comportamento di esclusione, 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. Nella presente comunicazione l'espressione «preclusione anticoncorrenziale» viene utilizzata per descrivere una situazione in cui l'accesso effettivo di concorrenti reali o potenziali a forniture o a mercati è

(²) Causa T-30/89, *Hilti/Commissione*, Racc. 1991, pag. II-1439, punto 19.

(³) Causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, Racc. 1979, pag. 461, punto 48.

(⁴) Causa 27/76, *United Brands/Commissione*, Racc. 1978, pag. 207, punto 91.

(⁵) Cfr. causa T-228/97, *Irish Sugar/Commissione*, Racc. 1999, pag. II-2969, punti 97-104, nella quale il Tribunale di primo grado ha valutato se la presunta mancanza di indipendenza dell'impresa rispetto ai propri clienti dovesse essere vista come una circostanza eccezionale che impediva la constatazione di una posizione dominante, malgrado il fatto che l'impresa avesse realizzato una parte molto ampia delle vendite registrate sul mercato dello zucchero industriale in Irlanda.

ostacolato o eliminato a causa del comportamento dell'impresa dominante, e in cui è probabile che quest'ultima sia in grado di aumentare in modo redditizio i prezzi ⁽¹⁾ a scapito dei consumatori. L'individuazione di un potenziale danno per i consumatori si può basare su prove qualitative e, ove possibile ed opportuno, su prove quantitative. La Commissione analizzerà siffatta preclusione anticoncorrenziale a livello intermedio o a livello dei consumatori finali, oppure ad entrambi tali livelli ⁽²⁾.

20. Di norma la Commissione interverrà ai sensi dell'articolo 82 se, sulla base di prove circostanziate e convincenti, è probabile che il presunto comportamento abusivo determini una preclusione anticoncorrenziale. Ai fini di una siffatta valutazione, la Commissione considera generalmente rilevanti i seguenti fattori:

- *la posizione dell'impresa dominante.* In generale, più forte è la posizione dominante, più elevata è la probabilità che un comportamento a tutela di tale posizione determini una preclusione anticoncorrenziale,
- *le condizioni sul mercato rilevante,* che comprendono le condizioni di ingresso e di espansione sul mercato, quali l'esistenza di economie di scala e/o di diversificazione e gli effetti di rete. In caso di economie di scala è meno probabile che i concorrenti entrino o restino nel mercato se l'impresa dominante preclude una parte significativa del mercato rilevante. Analogamente, il comportamento può consentire all'impresa dominante di «orientare» a suo favore un mercato caratterizzato da effetti di rete o di rafforzare ulteriormente la sua posizione su un tale mercato. Inoltre, se le barriere all'ingresso sul mercato a monte e/o a valle sono significative, questo significa che può essere oneroso per i concorrenti superare l'eventuale preclusione attraverso un'integrazione verticale,
- *la posizione dei concorrenti dell'impresa dominante,* che comprende la rilevanza dei concorrenti per il mantenimento di una concorrenza effettiva. Un concorrente specifico può svolgere un ruolo concorrenziale significativo pur disponendo soltanto di una quota di mercato piccola rispetto ad altri concorrenti: può trattarsi, ad esempio, del concorrente più vicino all'impresa dominante, di un concorrente particolarmente innovativo o di un concorrente noto per tagli sistematici dei prezzi. Nella sua valutazione, la Commissione potrà anche valutare in determinati casi, sulla base delle informazioni

disponibili, se esistano controstrategie realistiche, efficaci e tempestive che i concorrenti probabilmente adotterebbero,

- *la posizione dei clienti o dei fornitori dei fattori di produzione.* In questo caso è possibile che si debba prendere in considerazione l'eventuale selettività del comportamento in questione. L'impresa dominante può comportarsi in tal modo soltanto nei confronti di clienti o fornitori di fattori di produzione selezionati che possono avere un'importanza particolare per l'ingresso o l'espansione di concorrenti sul mercato, aumentando quindi la probabilità di preclusione anticoncorrenziale ⁽³⁾. Tali clienti possono, ad esempio, essere i soggetti che con maggiore probabilità risponderebbero alle offerte di fornitori alternativi, possono rappresentare un mezzo particolare di distribuzione del prodotto che sarebbe adatto a un nuovo operatore, possono essere situati in una zona geografica particolarmente adatta a nuovi ingressi sul mercato o possono probabilmente influenzare il comportamento di altri clienti. Per quanto riguarda i fornitori di fattori di produzione, quelli che più probabilmente potrebbero rispondere alle richieste di clienti che sono concorrenti dell'impresa dominante in un mercato a valle, o che potrebbero produrre una qualità di prodotto (o produrre in una località) particolarmente adatta per un nuovo operatore, sono i fornitori con i quali l'impresa dominante ha concluso accordi di fornitura esclusiva. Verrà presa in considerazione, inoltre, qualsiasi strategia a disposizione di clienti o fornitori di fattori di produzione atta a contrastare il comportamento dell'impresa dominante,
- *la portata del presunto comportamento abusivo.* In generale, quanto più alta è la percentuale di vendite totali sul mercato rilevante interessata dal comportamento e quanto più lunga è la durata del comportamento e regolare la sua applicazione, tanto maggiore è il potenziale effetto di preclusione,
- *eventuali prove di effettiva preclusione.* Se il comportamento è durato per un periodo di tempo sufficiente, le prestazioni di mercato dell'impresa dominante e dei suoi concorrenti possono fornire una prova diretta di preclusione anticoncorrenziale; per ragioni imputabili al presunto comportamento abusivo, la quota di mercato dell'impresa dominante può essere aumentata o la sua diminuzione può essere stata rallentata; è possibile, per ragioni analoghe, che concorrenti effettivi siano stati marginalizzati o siano usciti dal mercato o che i concorrenti potenziali abbiano tentato di entrare nel mercato senza riuscirci,
- *prove dirette di una strategia di esclusione.* Tra queste vi sono documenti interni che contengono prove dirette di una strategia volta ad escludere i concorrenti, quale un piano particolareggiato di adozione di un determinato comportamento per escludere un concorrente, per impedire l'ingresso o prevenire l'emergere di un mercato, o le prove di minacce concrete di un'azione volta all'esclusione. Tali prove dirette possono essere utili per interpretare il comportamento dell'impresa dominante.

⁽¹⁾ Per il significato dell'espressione «aumentare i prezzi» cfr. punto 11.

⁽²⁾ Il concetto di «consumatori» comprende tutti gli utilizzatori, diretti o indiretti, dei prodotti interessati dal comportamento, compresi produttori intermedi che utilizzano i prodotti come fattore di produzione, nonché i distributori e i consumatori finali sia del prodotto immediato che di prodotti forniti da produttori intermedi. Qualora gli utilizzatori intermedi siano concorrenti effettivi o potenziali dell'impresa dominante, la valutazione si concentra sugli effetti del comportamento sugli utilizzatori più a valle.

⁽³⁾ Causa T-228/97, Irish Sugar/Commissione, Racc. 1999, pag. II-2969, punto 188.

21. Nel valutare un caso, la Commissione svilupperà l'analisi dei fattori generali illustrati al punto 20, nonché dei fattori più specifici descritti in appresso nelle sezioni relative a determinati tipi di comportamento di esclusione e tutti gli altri fattori che potrà considerare appropriati. Tale valutazione avverrà in genere confrontando la situazione effettiva o quella che si potrebbe produrre in futuro sul mercato rilevante (in presenza del comportamento dell'impresa dominante) con un'analisi controfattuale adeguata, come la semplice assenza del comportamento in questione, o con un altro scenario realistico tenendo conto delle prassi commerciali consolidate.
22. In determinate circostanze, non è necessario che la Commissione effettui una valutazione dettagliata prima di concludere che il comportamento in questione rischia di determinare un danno per i consumatori. Qualora risulti che il comportamento può soltanto frapporre ostacoli alla concorrenza senza creare efficienze, è possibile dedurre l'effetto anticoncorrenziale. Questo avviene, ad esempio, quando l'impresa dominante impedisce ai propri clienti di testare i prodotti concorrenti o accorda loro incentivi finanziari a condizione che non lo facciano, oppure paga un distributore o un cliente per ritardare l'arrivo sul mercato di un prodotto concorrente.

C. Comportamento di esclusione basata sui prezzi

23. Le considerazioni illustrate ai punti da 23 a 27 si applicano al comportamento di esclusione basata sui prezzi. Una concorrenza vivace basata sui prezzi è generalmente proficua per i consumatori. Onde impedire la preclusione anticoncorrenziale, la Commissione interverrà di norma soltanto quando il comportamento in questione ha già ostacolato o è atto ad ostacolare la concorrenza da parte dei concorrenti che sono considerati efficienti quanto l'impresa dominante ⁽¹⁾.
24. La Commissione riconosce tuttavia che in determinate circostanze un concorrente meno efficiente può anche esercitare una pressione di cui si dovrebbe tener conto se un dato comportamento basato sui prezzi determina una preclusione anticoncorrenziale. La Commissione considererà tale vincolo in modo dinamico, poiché in mancanza di una prassi abusiva tale concorrente può beneficiare dei vantaggi relativi alla domanda quali gli effetti di rete e di apprendimento, che tenderanno a migliorarne l'efficienza.
25. Onde stabilire se anche un ipotetico concorrente, efficiente quanto l'impresa dominante, subirebbe probabilmente la preclusione dovuta al comportamento in questione, la Commissione valuterà i dati economici relativi ai prezzi di costo e di vendita e, in particolare, se l'impresa dominante
- attua una politica di prezzi sotto-costi. Questo richiederà la disponibilità di dati sufficientemente affidabili. Ove disponibili, la Commissione utilizzerà informazioni sui costi dell'impresa dominante stessa. Se non sono disponibili informazioni affidabili su tali costi, la Commissione può decidere di utilizzare i dati relativi ai costi dei concorrenti o altri dati comparabili affidabili.
26. I parametri di riferimento dei costi che verranno probabilmente utilizzati dalla Commissione sono il costo evitabile medio (in appresso «CEM») e il costo incrementale medio di lungo periodo (in appresso «CIMLP») ⁽²⁾. La mancata copertura del CEM indica che l'impresa dominante sacrifica gli utili a breve termine e che un concorrente altrettanto efficiente non può rifornire i clienti target senza subire perdite. Il CIMLP è solitamente superiore al CEM perché, al contrario di quest'ultimo (che comprende soltanto i costi fissi se sostenuti durante il periodo in esame), include costi fissi specifici per il prodotto sostenuti prima del periodo durante il quale ha avuto luogo il presunto comportamento abusivo. La mancata copertura del CIMLP indica che l'impresa dominante non recupera tutti i costi fissi (attribuibili) per la produzione del bene o servizio in questione e che un concorrente altrettanto efficiente potrebbe essere precluso dal mercato ⁽³⁾.
27. Se i dati indicano chiaramente che un concorrente altrettanto efficiente può competere in modo efficace con il comportamento adottato dall'impresa dominante in materia di prezzi, in linea di principio la Commissione dedurrà che è improbabile che il comportamento dell'impresa dominante in tale ambito abbia un'incidenza negativa sulla concorrenza effettiva e di conseguenza sui consumatori ed è dunque improbabile che essa intervenga. Se, al contrario, i dati suggeriscono che il prezzo applicato dall'impresa dominante può potenzialmente precludere il mercato a concorrenti altrettanto efficienti, la Commissione integrerà questo aspetto nella valutazione generale sulla preclusione anticoncorrenziale (cfr. sezione B), prendendo in considerazione altre prove quantitative e qualitative pertinenti.

⁽¹⁾ Cfr. causa C-62/86, AKZO Chemie/Commissione, Racc. 1991, pag. I-3359, punto 72, nella quale, relativamente ai prezzi inferiori alla media dei costi totali, la Corte di giustizia ha statuito: «Tali prezzi possono infatti estromettere dal mercato imprese le quali potrebbero essere altrettanto efficienti come l'impresa dominante, ma che, per via delle loro più modeste capacità finanziarie, sono incapaci di resistere alla concorrenza che viene esercitata nei loro confronti». Cfr. anche sentenza del 10 aprile 2008 nella causa T-271/03, Deutsche Telekom/Commissione, non ancora pubblicata, punto 194.

⁽²⁾ Il costo evitabile medio è la media dei costi che avrebbero potuto essere evitati se l'impresa non avesse prodotto una quantità discreta di produzione (extra); in questo caso si tratta della quantità che è presumibilmente l'oggetto del comportamento abusivo. Nella maggior parte dei casi, il CEM e il costo variabile medio (in appresso «CVM») sono gli stessi in quanto spesso possono essere evitati solo i costi variabili. Il costo incrementale medio di lungo periodo è la media di tutti i costi (fissi e variabili) che un'impresa sostiene per fabbricare un determinato prodotto. Il CIMLP e il costo totale medio (in appresso «CTM») sono buoni indicatori l'uno dell'altro e sono gli stessi in caso di imprese che fabbricano un unico prodotto. Se le imprese che fabbricano più prodotti hanno economie di diversificazione, il CIMLP sarebbe inferiore al CTM per ciascun singolo prodotto, in quanto i costi veramente comuni non vengono presi in considerazione nel CIMLP. In caso di produzione multipla, tutti i costi che avrebbero potuto essere evitati non fabbricando un particolare prodotto o gamma di prodotti non sono considerati costi comuni. Nelle situazioni in cui i costi comuni sono significativi, è possibile che debbano essere presi in considerazione per la valutazione della capacità di precludere il mercato a concorrenti altrettanto efficienti.

⁽³⁾ Per applicare questi parametri di riferimento dei costi può essere necessario anche esaminare entrate e costi della società dominante e dei suoi concorrenti in un contesto più ampio. Può non essere sufficiente valutare soltanto se il prezzo o le entrate coprono i costi per il prodotto in questione, ma può essere necessario esaminare anche le entrate incrementalmente nel caso in cui il comportamento della società dominante in questione incida negativamente sulle sue entrate su altri mercati o per altri prodotti. Analogamente, in caso dei cosiddetti mercati «a due lati» può essere necessario esaminare contemporaneamente entrate e costi su entrambi i lati.

D. Necessità obiettiva ed efficienza

28. Nella sua attività d'attuazione coercitiva dell'articolo 82, la Commissione esaminerà anche l'eventuale asserzione, avanzata dall'impresa dominante, che il comportamento di cui trattasi è giustificato ⁽¹⁾. Un'impresa dominante può avanzare tale asserzione dimostrando che il suo comportamento è obiettivamente necessario o che il suo comportamento produce efficienze considerevoli che compensano eventuali effetti anticoncorrenziali sui consumatori. In tale contesto, la Commissione valuterà se il comportamento in questione è indispensabile e proporzionato allo scopo assertivamente perseguito dall'impresa dominante.

29. Che il comportamento sia o meno obiettivamente necessario e proporzionato deve essere determinato sulla base di fattori esterni all'impresa dominante. Il comportamento di esclusione può, ad esempio, essere considerato obiettivamente necessario per motivi sanitari o di sicurezza relativi alla natura del prodotto in questione. Tuttavia, per comprovare che un comportamento di questo tipo è obiettivamente necessario si deve considerare che spetta di norma alle autorità pubbliche stabilire e applicare le norme di sanità e di sicurezza pubbliche. Non spetta all'impresa dominante prendere di propria iniziativa misure per escludere i prodotti che considera, a torto o a ragione, pericolosi o inferiori al proprio ⁽²⁾.

30. La Commissione ritiene che un'impresa dominante possa giustificare il comportamento che conduce alla preclusione dei concorrenti anche sulla base di efficienze sufficienti a garantire che non vi sia la probabilità che si determini un danno netto per i consumatori. In questo contesto, si prevederà in genere che l'impresa dominante dimostri, con un grado sufficiente di probabilità e sulla base di prove verificabili, che sono soddisfatte le seguenti condizioni cumulative ⁽³⁾:

- le efficienze sono state (o è probabile che siano state) realizzate in conseguenza del comportamento. Si può trattare, ad esempio, di miglioramenti tecnici della qualità dei beni o di una riduzione dei costi di produzione o di distribuzione,
- il comportamento è indispensabile per la realizzazione di tali efficienze: non devono esistere alternative meno anticoncorrenziali che siano in grado di produrre le stesse efficienze,

⁽¹⁾ Cfr. causa 27/76, *United Brands/Commissione*, Racc. 1978, pag. 207, punto 184; causa 311/84, *Centre Belge d'études de marché — Télémarketing (CBEM)/Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e Information publicit  Benelux (IPB)*, Racc. 1985, pag. 3261, punto 27; causa T-30/89, *Hilti/Commissione*, Racc. 1991, pag. II-1439, punti 102-119; causa T-83/91, *Tetra Pak/Commissione (Tetra Pak II)*, Racc. 1994, pag. II-755, punti 136 e 207; causa C-95/04 P, *British Airways/Commissione*, Racc. 2007, pag. I-2331, punti 69 e 86.

⁽²⁾ Cfr., ad esempio, la causa T-30/89, *Hilti/Commissione*, Racc. 1991, pag. II-1439, punti 118-119; causa T-83/91, *Tetra Pak/Commissione (Tetra Pak II)*, Racc. 1994, pag. II-755, punti 83-84 e 138.

⁽³⁾ Cfr., nel diverso contesto dell'articolo 81, la comunicazione della Commissione — Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato (GU C 101 del 27.4.2004, pag. 97).

— le probabili efficienze determinate dal comportamento in questione superano probabili effetti negativi sulla concorrenza e sul benessere dei consumatori nei mercati interessati,

— il comportamento non sopprime la concorrenza effettiva, eliminando tutte le fonti esistenti di concorrenza reale o potenziale o la maggior parte di esse. La rivalit  tra imprese   uno stimolo essenziale per efficienze economiche, quali le efficienze dinamiche sotto forma di innovazione. In sua assenza l'impresa dominante non avr  incentivi adeguati per continuare a creare e trasferire gli incrementi di efficienza. Quando non vi   una concorrenza residua n  alcuna minaccia prevedibile di ingresso sul mercato, la protezione dalla rivalit  e dal processo competitivo supera gli eventuali incrementi di efficienza. Secondo la Commissione, un comportamento di esclusione che mantenga, crei o rafforzi una posizione di mercato che si avvicina a quella di monopolio non pu  di norma essere giustificato per il fatto che crea anche incrementi di efficienza.

31. Spetta all'impresa dominante fornire tutte le prove necessarie per dimostrare che il comportamento in questione   obiettivamente giustificato. Spetta poi alla Commissione stabilire in ultima analisi se il comportamento di cui trattasi   obiettivamente necessario o meno e se, in base a una ponderazione tra effetti anticoncorrenziali evidenti ed efficienze vantate e comprovate,   probabile che esso determini un danno per i consumatori.

IV. FORME SPECIFICHE DI ABUSO

A. Accordi di esclusiva

32. Un'impresa dominante pu  provare a precludere il mercato ai suoi concorrenti impedendo loro di vendere ai clienti utilizzando obblighi di acquisto esclusivo o sconti, definiti nel loro insieme come accordi di esclusiva ⁽⁴⁾. La presente sezione illustra le circostanze che con maggiore probabilit  daranno luogo ad un intervento della Commissione relativamente ad accordi di esclusiva conclusi da imprese dominanti.

a) Acquisto esclusivo

33. In base a un obbligo di acquisto esclusivo, un cliente su un dato mercato deve acquistare esclusivamente o in larga misura soltanto dall'impresa dominante. Determinati altri

⁽⁴⁾ Il concetto di accordi di esclusiva comprende anche gli obblighi di fornitura esclusiva o gli incentivi che hanno lo stesso effetto, mediante i quali l'impresa dominante tenta di precludere il mercato ai suoi concorrenti ostacolando nell'acquisto presso i fornitori. La Commissione ritiene che tale preclusione dei fattori di produzione sia in linea di principio atta a determinare una preclusione anticoncorrenziale qualora gli obblighi di fornitura esclusiva o gli incentivi vincolino la maggior parte dei fornitori efficienti di fattori di produzione ed i clienti che concorrono con l'impresa dominante non siano in grado di trovare efficienti fonti alternative per la fornitura dei fattori di produzione.

obblighi, quali le richieste relative al magazzino, che sembrano essere minori rispetto alla richiesta di acquisto esclusivo, possono in pratica produrre i medesimi effetti ⁽¹⁾.

34. Per convincere i clienti ad accettare una situazione di acquisto esclusivo è possibile che l'impresa dominante debba compensare gli acquirenti, interamente o in parte, della perdita di concorrenza derivante dall'esclusiva. Qualora tale compensazione venga concessa, può essere nell'interesse individuale del cliente assumere un obbligo di acquisto esclusivo con l'impresa dominante. Sarebbe tuttavia errato concludere automaticamente in base a ciò che gli obblighi di esclusiva, considerati complessivamente, vadano a beneficio di tutti i clienti, ivi compresi quelli che in quel dato momento non acquistano dall'impresa dominante, e dei consumatori finali. La Commissione concentrerà la sua attenzione sui casi in cui è probabile che i consumatori, nel loro insieme, non traggano benefici. Questo avviene, in particolare, se esistono molti acquirenti e gli obblighi di acquisto esclusivo imposti dall'impresa dominante, considerati complessivamente, hanno l'effetto di impedire l'ingresso o l'espansione di imprese concorrenti.

35. Oltre ai fattori menzionati al punto 20, i fattori indicati in appresso saranno in generale particolarmente importanti per stabilire se la Commissione interverrà nei confronti di eventuali accordi di acquisto esclusivo.

36. Gli obblighi di acquisto esclusivo possono, in particolare, determinare una preclusione anticoncorrenziale quando, in mancanza di detti obblighi, viene esercitata una considerevole pressione concorrenziale da parte dei concorrenti che non erano ancora presenti sul mercato al momento della conclusione dei relativi accordi o che non sono in grado di competere per soddisfare interamente il fabbisogno dei clienti. I concorrenti possono non essere in grado di competere per l'intero fabbisogno di un singolo cliente perché l'impresa dominante è un partner commerciale inevitabile almeno per una parte della domanda sul mercato, ad esempio perché il suo marchio incontra le preferenze di molti consumatori finali e quindi deve necessariamente essere in stock o perché le pressioni in termini di capacità sugli altri fornitori sono tali che una parte della domanda può essere soddisfatta soltanto dal fornitore dominante ⁽²⁾. Se i concorrenti possono competere a pari condizioni per l'intero fabbisogno di ogni singolo cliente, è in genere improbabile che gli obblighi di acquisto esclusivo ostacolino la concorrenza effettiva, a meno che il passaggio dei clienti ad un altro fornitore non sia reso difficile dalla durata dell'obbligo di acquisto esclusivo. In generale, maggiore è la durata dell'obbligo, maggiore è il potenziale effetto di preclusione. Tuttavia, se l'impresa dominante è un partner commerciale inevitabile per tutti i clienti o per la maggior parte di essi, anche un obbligo di acquisto esclusivo di breve durata può determinare una preclusione anticoncorrenziale.

⁽¹⁾ Causa T-65/98, Van den Bergh Foods/Commissione, Racc. 2003, pag. II-4653. In questo caso si è ritenuto che l'obbligo di utilizzare refrigeratori esclusivamente per i prodotti dell'impresa dominante imponesse un'esclusiva ai punti vendita.

⁽²⁾ Causa T-65/98, Van den Bergh Foods/Commissione, Racc. 2003, pag. II-4653, punti 104 e 156.

b) Sconti condizionati

37. Gli sconti condizionati sono sconti concessi ai clienti per ricompensarli di un particolare tipo di comportamento di acquisto. Solitamente in caso di sconto condizionato il cliente riceve uno sconto se i suoi acquisti in un periodo di riferimento definito superano una determinata soglia; lo sconto viene concesso su tutti gli acquisti (sconti retroattivi) o soltanto su quelli che superano la soglia richiesta (sconti incrementali). Gli sconti condizionati non sono una pratica rara. Le imprese possono offrire tali sconti per attirare maggiori richieste e, in quanto tali, essi possono stimolare la domanda e andare a vantaggio dei consumatori. Tuttavia, tali sconti — quando concessi da un'impresa dominante — possono avere anche effetti di preclusione effettivi o potenziali simili a quelli provocati dagli obblighi di acquisto esclusivo. Gli sconti condizionati possono avere tali effetti senza necessariamente comportare un sacrificio per l'impresa dominante ⁽³⁾.

38. Oltre ai fattori già citati al punto 20, i fattori indicati in appresso sono particolarmente importanti per la Commissione per stabilire se un dato sistema di sconti condizionati può determinare una preclusione anticoncorrenziale e, di conseguenza, faranno parte delle priorità dell'attuazione coercitiva delle norme.

39. Come nel caso degli obblighi di acquisto in esclusiva, la probabilità di preclusione anticoncorrenziale è più alta quando i concorrenti non possono competere a parità di condizioni per l'intero fabbisogno di ogni singolo cliente. Uno sconto condizionato concesso da un'impresa dominante può permettere a quest'ultima di far leva sulla quota «non contendibile» della domanda di ogni cliente (ossia la quantità che verrebbe comunque acquistata dal cliente presso l'impresa dominante) per diminuire il prezzo da pagare per la quota «contendibile» (ossia la quantità per la quale il cliente può preferire ed essere in grado di trovare succedanei) ⁽⁴⁾.

40. In generale, gli sconti retroattivi possono precludere il mercato in maniera significativa, in quanto possono rendere meno interessante per i clienti passare, per piccoli quantitativi di domanda, ad un fornitore alternativo se questo porta alla perdita degli sconti retroattivi ⁽⁵⁾. L'effetto potenziale di preclusione degli sconti retroattivi è massimo, in linea di principio, sull'ultima unità di prodotto acquistata prima che venga superata la soglia. Tuttavia, secondo la Commissione, l'elemento rilevante per valutare l'effetto di fidelizzazione dei clienti di uno sconto non è semplicemente l'incidenza sulla concorrenza per fornire l'ultima singola unità, ma

⁽³⁾ In questo senso, la valutazione degli sconti condizionati differisce da quella del comportamento predatorio, che comporta sempre un sacrificio.

⁽⁴⁾ Cfr. causa T-203/01, Michelin/Commissione (Michelin II), Racc. 2003, pag. II-4071, punti 162 e 163. Cfr. anche causa T-219/99, British Airways/Commissione, Racc. 2003, pag. II-5917, punti 277 e 278.

⁽⁵⁾ Causa 322/81, Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Commissione (Michelin I), Racc. 1983, pag. 3461, punti 70-73.

l'effetto di preclusione del sistema di sconti sui concorrenti (reali o potenziali) del fornitore dominante. Tanto più elevati sono lo sconto in percentuale del prezzo totale e la soglia, tanto maggiore è l'incentivo al di sotto della soglia e, pertanto, la probabilità di una preclusione dei concorrenti reali o potenziali.

41. Applicando la metodologia illustrata ai punti 23-27, la Commissione intende valutare, nella misura in cui i dati sono disponibili ed affidabili, se il sistema di sconti è atto ad ostacolare l'espansione o l'ingresso anche di concorrenti altrettanto efficienti rendendo loro più difficile soddisfare parte del fabbisogno di singoli clienti. In questo contesto la Commissione stimerà quale prezzo dovrebbe offrire un concorrente per compensare il cliente della perdita dello sconto condizionato se quest'ultimo trasferisce parte della sua domanda («la parte rilevante») dall'impresa dominante ai concorrenti. Il prezzo effettivo che il concorrente dovrà eguagliare non è il prezzo medio dell'impresa dominante, ma il prezzo normale (di catalogo) meno lo sconto perso cambiando fornitore, calcolato sulla parte rilevante di vendite e nel periodo rilevante. La Commissione terrà conto del margine di errore che può essere causato dalle incertezze tipiche di questo tipo d'analisi.

42. La parte rilevante sulla quale calcolare il prezzo effettivo nel singolo caso dipende dalle circostanze specifiche di ciascun caso e dal fatto che lo sconto sia incrementale o retroattivo. Per quanto riguarda gli sconti incrementali, la parte rilevante corrisponde di norma agli acquisti incrementali che vengono presi in considerazione. Per quanto riguarda gli sconti retroattivi, in generale sarà rilevante valutare, nel contesto specifico di mercato, quale parte del fabbisogno di acquisto di un cliente possa essere realisticamente trasferita ad un concorrente (la «parte contendibile»). Se è probabile che i clienti siano disposti e in grado di trasferire considerevoli quantitativi di domanda ad un concorrente (potenziale) in modo relativamente rapido, è probabile che la parte rilevante sia relativamente ampia. Se d'altra parte è probabile che i clienti siano disposti o in grado di trasferire soltanto piccole quantità in modo progressivo, la parte rilevante sarà relativamente piccola. Anche la capacità dei concorrenti esistenti di espandere le vendite ai clienti e le fluttuazioni di tali vendite nel tempo possono fornire un'indicazione della parte rilevante. Per i concorrenti potenziali, ove possibile, potrebbe essere effettuata una valutazione del livello al quale un nuovo operatore potrebbe realisticamente entrare sul mercato. Quale indicazione di quota di mercato realistica di un nuovo operatore è possibile prendere il modello di crescita storica dei nuovi operatori negli stessi mercati o in mercati simili ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ La parte rilevante verrà stimata sulla base di dati che possono avere gradi di precisione variabili. La Commissione terrà conto di ciò nel trarre conclusioni sulla capacità dell'impresa dominante di precludere il mercato a concorrenti altrettanto efficienti. Può anche essere utile calcolare quanto grande dovrebbe essere in media la parte del fabbisogno dei clienti che il nuovo operatore dovrebbe conquistare come minimo per fare in modo che il prezzo effettivo sia almeno equivalente al CIMLP dell'impresa dominante. In alcuni casi le dimensioni di tale parte, confrontate alle quote di mercato reali dei concorrenti e alla parte da loro conquistata del fabbisogno dei clienti, possono chiarire se il sistema di sconti sia atto a produrre effetti di preclusione anticoncorrenziale.

43. Quanto più basso è il prezzo effettivo stimato per la parte rilevante rispetto al prezzo medio del fornitore dominante, tanto più forte è l'effetto di fidelizzazione della clientela. Tuttavia, fintantoché il prezzo effettivo rimane coerentemente al di sopra del CIMLP dell'impresa dominante, un concorrente altrettanto efficiente può di norma competere in modo redditizio nonostante lo sconto. In tali circostanze lo sconto non è di norma atto a precludere il mercato in modo anticoncorrenziale.

44. Qualora il prezzo effettivo sia inferiore al CEM, in regola generale il sistema di sconti è atto a precludere il mercato a concorrenti altrettanto efficienti. Qualora il prezzo effettivo sia compreso tra il CEM e il CIMLP, la Commissione valuterà se altri fattori permettono di concludere che esiste la probabilità di effetti anche sull'ingresso o sull'espansione sul mercato di concorrenti altrettanto efficienti. In questo contesto, la Commissione valuterà se e fino a che punto i concorrenti dispongono di controstrategie realistiche ed efficaci, quale ad esempio la capacità di fare leva anche su una parte «non contendibile» della domanda del loro acquirente per diminuire il prezzo per la parte rilevante. Qualora i concorrenti non dispongano di tali controstrategie, la Commissione riterrà che il sistema di sconti sia atto a precludere il mercato a concorrenti altrettanto efficienti.

45. Come specificato al punto 27, questa analisi verrà integrata nella valutazione generale, considerando altre prove quantitative o qualitative rilevanti. Di norma è importante considerare se il sistema di sconti viene applicato con una soglia individualizzata o standardizzata. Una soglia individualizzata — basata su una percentuale del fabbisogno totale del cliente o su un obiettivo di volume individuale — permette al fornitore dominante di fissare la soglia a un livello tale da rendere difficile il passaggio a un altro fornitore, creando il massimo effetto di fidelizzazione della clientela ⁽²⁾. Per contro, una soglia di volume standardizzata — uguale per tutta la clientela o per un gruppo di clienti — può essere troppo alta per alcuni clienti più piccoli e/o troppo bassa per i clienti più grandi per avere un effetto di fidelizzazione. Se è tuttavia possibile constatare che una soglia di volume standardizzata si avvicina alle esigenze di una parte considerevole della clientela, è probabile che la Commissione ritenga che un tale sistema standardizzato di sconti sia atto a produrre effetti di preclusione anticoncorrenziale.

c) Efficienze

46. Se sono soddisfatte le condizioni elencate nella sezione III D, la Commissione prenderà in considerazione l'eventuale asserzione delle imprese dominanti che i sistemi di sconto consentono vantaggi in termini di costi, o altri vantaggi, che vengono trasferiti ai clienti ⁽³⁾. È spesso più probabile che una determinata transazione realizzi vantaggi in termini di costi se vengono fissati obiettivi di volume standardizzati anziché individualizzati. Analogamente, in generale è più

⁽²⁾ Cfr. causa 85/76, Hoffmann-La Roche & Co./Commissione, Racc. 1979, pag. 461, punti 89-90; causa T-288/97, Irish Sugar/Commissione, Racc. 1999, pag. II-2969, punto 213; causa T-219/99, British Airways/Commissione, Racc. 2003, pag. II-5917, punti 7-11 e 270-273.

⁽³⁾ Ad esempio, per gli sconti cfr. causa C-95/04 P, British Airways/Commissione, Racc. 2007, pag. I-2331, punto 86.

probabile che i sistemi di sconto incrementale diano ai rivenditori un incentivo per produrre e rivendere un volume più elevato rispetto ai sistemi di sconto retroattivo⁽¹⁾. Allo stesso modo, la Commissione prenderà in considerazione le prove che dimostrano che gli accordi di esclusiva danno luogo a vantaggi per particolari clienti se detti accordi sono necessari all'impresa dominante per realizzare determinati investimenti, specifici per il rapporto commerciale in questione, in modo da poter rifornire tali clienti.

B. Vendite abbinate e aggregate

47. Un'impresa dominante può provare a precludere il mercato ai suoi concorrenti mediante vendite abbinate o aggregate (i cosiddetti «tying» e «bundling») dei propri prodotti. La presente sezione precisa le circostanze che probabilmente susciteranno un intervento della Commissione al momento della valutazione delle vendite abbinate o aggregate effettuate da imprese dominanti.
48. Per «vendita abbinata» si intendono solitamente le situazioni in cui i clienti che acquistano un prodotto (il prodotto principale) devono acquistare anche un altro prodotto dall'impresa dominante (il prodotto abbinato). La vendita abbinata può avvenire su base tecnica o contrattuale⁽²⁾. La «vendita aggregata» si riferisce solitamente al modo in cui i prodotti vengono offerti dall'impresa dominante e al modo in cui essa ne fissa il prezzo. In caso di vendita aggregata «pura» i prodotti vengono venduti soltanto assieme in proporzioni fisse. In caso di vendita aggregata «mista», spesso definita anche sconto multiprodotto, i prodotti sono disponibili anche separatamente, ma la somma dei singoli prezzi di vendita è superiore al prezzo aggregato.
49. La vendita abbinata e la vendita aggregata sono pratiche correnti volte a fornire ai clienti prodotti migliori od offerte più efficienti sotto il profilo dei costi. Tuttavia, un'impresa dominante su uno o più mercati del prodotto relativamente ad un prodotto oggetto di vendita abbinata o aggregata (il mercato del prodotto principale) può danneggiare i consumatori attraverso la vendita abbinata o aggregata precludendo il mercato degli altri prodotti che fanno parte dell'insieme abbinato o aggregato (il mercato del prodotto abbinato) e, indirettamente, il mercato del prodotto principale.
50. La Commissione interverrà di norma ai sensi dell'articolo 82 quando un'impresa è dominante nel mercato del prodotto principale⁽³⁾ e quando sono soddisfatte anche le seguenti condizioni: i) i prodotti principali e i prodotti abbinati sono prodotti distinti; e ii) è probabile che la pratica di vendita abbinata determini una preclusione anticoncorrenziale⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Cfr. in tal senso causa T-203/01, Michelin/Commissione (Michelin II), Racc. 2003, pag. II-4071, punti 56-60 e 74-75.

⁽²⁾ In caso di abbinamento tecnico il prodotto principale è concepito in modo da funzionare correttamente soltanto con il prodotto abbinato (e non con le alternative offerte dai concorrenti). In caso di abbinamento contrattuale il cliente che acquista il prodotto principale si impegna ad acquistare anche il prodotto abbinato (e non le alternative offerte dai concorrenti).

⁽³⁾ L'impresa dovrebbe essere dominante sul mercato del prodotto principale, anche se non necessariamente su quello del prodotto abbinato. Nei casi di vendita aggregata, l'impresa deve essere dominante in uno dei mercati oggetto della vendita aggregata. Nel caso speciale della vendita abbinata sui mercati post-vendita, la condizione è che l'impresa sia dominante nel mercato del prodotto principale e/o nel mercato post-vendita del prodotto abbinato.

⁽⁴⁾ Causa T-201/04, Microsoft/Commissione, Racc. 2007, pag. II-3601, in particolare punti 842, 859-862, 867 e 869.

a) Prodotti distinti

51. Il fatto che i prodotti vengano considerati distinti dalla Commissione dipende dalla domanda dei clienti. Due prodotti sono distinti se, in assenza di vendite abbinate o aggregate, un numero considerevole di clienti acquisterebbe o avrebbe acquistato il prodotto principale senza comperare anche il prodotto abbinato dallo stesso fornitore, permettendo quindi una produzione autonoma sia per il prodotto principale che per il prodotto abbinato⁽⁵⁾. La prova che due prodotti sono distinti potrebbe basarsi su prove dirette del fatto che, se hanno la scelta, i clienti acquistano il prodotto principale e il prodotto abbinato separatamente da diverse fonti, o su prove indirette, come la presenza sul mercato di imprese specializzate nella produzione o nella vendita del prodotto abbinato senza il prodotto principale⁽⁶⁾ o di ciascuno dei prodotti aggregati dall'impresa dominante, o su prove che indicano che le imprese con scarso potere di mercato, in particolare su mercati competitivi, tendono a non abbinare o aggregare tali prodotti.

b) Preclusione anticoncorrenziale sul mercato del prodotto abbinato e/o del prodotto principale

52. La vendita abbinata o aggregata può produrre effetti anticoncorrenziali nel mercato del prodotto abbinato, del prodotto principale o di entrambi al tempo stesso. Tuttavia, anche quando lo scopo della vendita abbinata o aggregata è tutelare la posizione dell'impresa dominante sul mercato del prodotto principale, questo avviene indirettamente attraverso la preclusione del mercato abbinato. Oltre ai fattori già citati al punto 20, la Commissione ritiene che i fattori indicati in appresso siano generalmente di particolare importanza per individuare i casi di preclusione anticoncorrenziale potenziale o reale.
53. Si prevede che il rischio di preclusione anticoncorrenziale sia maggiore quando l'impresa dominante rende duratura la sua strategia di vendita abbinata o aggregata, ad esempio attraverso un abbinamento tecnico che è oneroso abbandonare. L'abbinamento tecnico riduce inoltre le possibilità di rivendita delle singole componenti.
54. Nel caso della vendita aggregata, l'impresa può avere una posizione dominante per più prodotti che fanno parte del pacchetto. Maggiore il numero di tali prodotti nel pacchetto, maggiore la potenziale preclusione anticoncorrenziale. Questo avviene in particolare se il pacchetto di prodotti aggregati è di difficile riproduzione per un concorrente, da solo o in associazione con altri.
55. La vendita abbinata può determinare una minore concorrenza per i clienti interessati all'acquisto del prodotto abbinato ma non del prodotto principale. Se non vi è un numero sufficiente di clienti disposti ad acquistare soltanto il prodotto abbinato per sostenere i concorrenti dell'impresa dominante nel mercato abbinato, la vendita abbinata può provocare prezzi più elevati per tali clienti.

⁽⁵⁾ Causa T-201/04, Microsoft/Commissione, Racc. 2007, pag. II-3601, punti 917, 921 e 922.

⁽⁶⁾ Causa T-30/89, Hilti/Commissione, Racc. 1991, pag. II-1439, punto 67.

56. Se il prodotto principale e il prodotto abbinato possono essere utilizzati in proporzioni variabili come fattori del processo di produzione, i clienti possono reagire a un aumento di prezzo del prodotto principale aumentando la loro domanda del prodotto abbinato e riducendo la domanda del prodotto principale. Praticando una vendita abbinata dei due prodotti l'impresa dominante può cercare di evitare questa sostituzione e di conseguenza essere in grado di aumentare i prezzi.
57. Se i prezzi che l'impresa dominante può applicare sul mercato del prodotto principale sono regolamentati, la vendita abbinata può permettere all'impresa dominante di aumentare i prezzi sul mercato del prodotto abbinato per compensare la perdita di entrate causata dalla regolamentazione dei prezzi sul mercato del prodotto principale.
58. Se il prodotto abbinato è un prodotto complementare importante per i clienti del prodotto principale, una diminuzione dei fornitori alternativi del prodotto abbinato — e dunque una disponibilità ridotta di tale prodotto — può rendere più difficile un ingresso limitato al mercato del prodotto principale.

c) Sconti multiprodotto

59. Un sconto multiprodotto può avere effetti anticoncorrenziali sul mercato del prodotto abbinato o principale se è di entità tale che i concorrenti altrettanto efficienti che offrono soltanto alcune componenti non possono competere con il pacchetto di prodotti scontato.
60. In teoria, l'ideale sarebbe poter valutare l'effetto dello sconto analizzando se le entrate incrementalmente coprono i costi incrementalmente per ciascun prodotto presente nel pacchetto offerto dell'impresa dominante. Tuttavia, in pratica la valutazione delle entrate incrementalmente è complessa. Pertanto, nell'attuazione coercitiva delle norme, la Commissione considererà il prezzo incrementale un buon indicatore nella maggior parte delle situazioni. Se il prezzo incrementale che i clienti pagano per ciascuno dei prodotti del pacchetto dell'impresa dominante rimane al di sopra del CIMLP dell'impresa dominante derivante dall'inclusione di questo prodotto nel pacchetto, la Commissione di norma non interverrà perché un concorrente altrettanto efficiente che offre soltanto un prodotto dovrebbe in linea di principio poter competere in modo redditizio contro i prodotti oggetto del pacchetto. L'intervento può tuttavia essere giustificato se il prezzo incrementale è inferiore al CIMLP, perché in tal caso è possibile impedire l'ingresso o l'espansione sul mercato anche ad un concorrente altrettanto efficiente ⁽¹⁾.
61. Se dalle prove emerge che i concorrenti dell'impresa dominante vendono pacchetti di prodotti identici, o che potrebbero farlo in modo tempestivo senza essere scoraggiati da eventuali costi aggiuntivi, la Commissione riterrà in linea di massima che in questo caso pacchetti di prodotti competano con altri pacchetti di prodotti; in tal caso non è necessario chiedersi se le entrate incrementalmente coprono i costi incrementalmente per ogni prodotto del pacchetto, ma piuttosto se il prezzo del pacchetto di prodotti nel loro insieme sia predatorio.

⁽¹⁾ In linea di massima, il parametro del CIMLP è rilevante in questo caso fintantoché i concorrenti non sono anch'essi in grado di vendere pacchetti di prodotti (cfr. punti 23-27 e punto 61).

d) Efficienze

62. Se le condizioni descritte nella sezione III D sono soddisfatte, la Commissione prenderà in considerazione l'eventuale asserzione delle imprese dominanti che le loro pratiche di vendita abbinata e aggregata possono dar luogo a risparmi nella produzione o nella distribuzione a beneficio dei clienti. La Commissione può anche valutare se tali pratiche riducano i costi di transazione per i clienti, che sarebbero altrimenti costretti a comperare le singole componenti separatamente, e permettano risparmi sostanziali sui costi di imballaggio e di distribuzione per i fornitori. Può anche valutare se la combinazione di due prodotti indipendenti in un unico prodotto nuovo possa migliorare la capacità di lancio di tale prodotto sul mercato con un vantaggio per i consumatori. La Commissione può anche valutare se le pratiche di vendita abbinata e aggregata permettano al fornitore di trasferire le efficienze derivanti dalla sua produzione o dal suo acquisto di grandi quantità del prodotto abbinato.

C. Comportamento predatorio

63. In linea con le priorità dell'attuazione coercitiva delle norme, la Commissione interverrà in genere quando vi sono prove che dimostrano che un'impresa dominante attua un comportamento predatorio sostenendo deliberatamente perdite o rinunciando a profitti a breve termine (un comportamento definito in appresso «sacrificio»), in modo da precludere o avere la probabilità di precludere il mercato a uno o più dei suoi concorrenti reali o potenziali allo scopo di rafforzare o di mantenere il suo potere di mercato, causando quindi un danno ai consumatori ⁽²⁾.

a) Sacrificio

64. La Commissione riterrà che un comportamento comporti un sacrificio se l'impresa dominante, applicando un prezzo più basso per tutta la sua produzione o per una sua parte particolare durante il periodo rilevante, o ampliando la sua produzione durante il periodo rilevante, sostiene o ha sostenuto perdite che avrebbero potuto essere evitate. La Commissione utilizzerà il CEM come adeguato punto di partenza per valutare se l'impresa dominante sostiene o ha sostenuto perdite evitabili. Se un'impresa dominante applica un prezzo inferiore al CEM per tutta la sua produzione o per una sua parte, non recupera i costi che avrebbero potuto essere evitati non effettuando tale produzione: essa subisce dunque una perdita che avrebbe potuto essere evitata ⁽³⁾. La fissazione dei prezzi al di sotto del CEM sarà

⁽²⁾ La Commissione può anche esaminare le pratiche predatorie attuate dalle imprese dominanti su mercati secondari sui quali non sono ancora dominanti. In particolare, è più probabile che la Commissione individui un abuso di questo tipo nei settori in cui le attività sono tutelate da un monopolio legale. L'impresa dominante non deve adottare un comportamento predatorio per proteggere la sua posizione dominante nel mercato tutelato dal monopolio legale ma può utilizzare i profitti realizzati nel mercato monopolistico per sovvenzionare in modo incrociato le sue attività su un altro mercato e minacciare quindi di eliminare la concorrenza effettiva su tale mercato.

⁽³⁾ Nella maggior parte dei casi il costo variabile medio (in appresso «CVM») e il CEM saranno identici, in quanto spesso è possibile evitare soltanto i costi variabili. Tuttavia, nelle circostanze in cui CVM e CEM differiscono, quest'ultimo riflette meglio l'eventuale sacrificio: ad esempio, se l'impresa dominante avesse dovuto espandere la capacità per essere in grado di attuare un comportamento predatorio, si dovrebbe tener conto dei costi irrecuperabili di tale capacità extra nell'esaminare le perdite dell'impresa dominante. Tali costi verrebbero riflessi nel CEM ma non nel CVM.

pertanto considerata dalla Commissione, nella maggior parte dei casi, come una chiara indicazione di sacrificio ⁽¹⁾.

65. Tuttavia, il concetto di sacrificio non comprende soltanto la fissazione di prezzi al di sotto del CEM ⁽²⁾. Onde dimostrare l'esistenza di una strategia predatoria, la Commissione può anche valutare se il presunto comportamento predatorio ha determinato a breve termine entrate nette più basse rispetto a quanto ci si sarebbe potuti attendere da un comportamento ragionevole alternativo, ossia se l'impresa dominante ha sostenuto una perdita che avrebbe potuto essere evitata ⁽³⁾. La Commissione non confronterà il comportamento effettivo con alternative ipotetiche o teoriche che avrebbero potuto essere più redditizie. Verranno prese in considerazione soltanto le alternative economicamente razionali e praticabili che si può prevedere — tenendo conto delle condizioni di mercato e delle realtà commerciali che affronta l'impresa dominante — siano realisticamente più proficue.
66. In alcuni casi sarà possibile basarsi sulla prova diretta consistente in documenti dell'impresa dominante che dimostrano chiaramente una strategia predatoria ⁽⁴⁾, come un progetto dettagliato di affrontare sacrifici per escludere un concorrente, impedire l'ingresso o l'emergere di un mercato, o prove di minacce concrete di una strategia predatoria ⁽⁵⁾.

b) Preclusione anticoncorrenziale

67. Se sono disponibili dati affidabili sufficienti, la Commissione applicherà l'analisi descritta ai punti 25-27, relativa al concorrente altrettanto efficiente, per determinare se il comportamento è atto a nuocere ai consumatori. Di norma soltanto una fissazione dei prezzi al di sotto del CIMLP è in grado di precludere il mercato a concorrenti altrettanto efficienti.
68. Oltre ai fattori già menzionati al punto 20, la Commissione valuterà in generale se e in che modo il presunto comportamento riduce la probabilità che i concorrenti competano. Ad esempio, se l'impresa dominante dispone di migliori informazioni sui costi o su altre condizioni di mercato, o se può distorcere i segnali del mercato relativi alla redditività, essa può adottare un comportamento predatorio tale da influenzare le aspettative di potenziali nuovi operatori scoraggiandone quindi l'ingresso sul mercato. Se il

comportamento e i suoi probabili effetti sono percepiti su vari mercati e/o in periodi successivi di eventuale ingresso sul mercato, è possibile dimostrare che l'impresa dominante cerca di costruirsi una reputazione di impresa con comportamento predatorio. Se il concorrente oggetto del comportamento predatorio dipende da finanziamenti esterni, diminuzioni sostanziali dei prezzi o altri comportamenti predatorii attuati dall'impresa dominante potrebbero compromettere le prestazioni e dunque il suo accesso ad ulteriori finanziamenti potrebbe essere seriamente compromesso.

69. La Commissione non ritiene necessario dimostrare che i concorrenti sono usciti dal mercato per indicare che vi è stata una preclusione anticoncorrenziale. Non si può escludere la possibilità che l'impresa dominante preferisca impedire al concorrente di competere in modo deciso e spingerlo ad allinearsi ai prezzi dell'impresa dominante, anziché eliminarlo completamente dal mercato. Tale disciplinamento dei concorrenti evita i rischi insiti nella loro eliminazione, in particolare il rischio che gli attivi dei concorrenti vengano venduti ad un prezzo basso e rimangano sul mercato, creando un nuovo operatore a basso costo.
70. In linea generale, è probabile che i consumatori subiscano un danno se l'impresa dominante può ragionevolmente prevedere che il suo potere di mercato, una volta concluso il comportamento predatorio, sarà maggiore di quanto sarebbe stato se non avesse adottato detto comportamento, ossia se è probabile che l'impresa sia in grado di trarre un vantaggio dal sacrificio fatto.
71. Questo non significa che la Commissione interverrà soltanto se è probabile che l'impresa dominante possa aumentare i suoi prezzi al di sopra del livello esistente sul mercato prima del comportamento in questione. È sufficiente, ad esempio, la probabilità che il comportamento impedisca o ritardi un calo dei prezzi che si sarebbe altrimenti verificato. L'individuazione del danno arrecato ai consumatori non è un calcolo meccanico di profitti e perdite, e non è necessaria la prova dei profitti complessivamente realizzati. Il danno potenziale ai consumatori può essere dimostrato valutando il potenziale effetto di preclusione causato dal comportamento, prendendo nel contempo in considerazione altri fattori, come le barriere all'ingresso sul mercato ⁽⁶⁾. In questo contesto, la Commissione considererà anche le possibilità di reingresso sul mercato.
72. Per l'impresa dominante può essere più facile adottare un comportamento predatorio selettivo destinato a clienti specifici con prezzi bassi, in quanto questo limiterà le perdite sostenute dall'impresa dominante.

⁽¹⁾ Nella causa 62/86, AKZO Chemie/Commissione, Racc. 1991, pag. I-3359, punto 71, la Corte di giustizia, relativamente alla fissazione di prezzi inferiori alla media dei costi variabili, ha dichiarato: «Poiché ogni vendita comporta per l'impresa dominante una perdita [...], la detta impresa non ha infatti alcun interesse a praticare simili prezzi se non quello di eliminare i propri concorrenti, per poter poi rialzare i propri prezzi approfittando della situazione di monopolio».

⁽²⁾ Se la stima di costo si basa sul costo diretto di produzione (quale riportato nei conti dell'impresa), essa può non individuare adeguatamente se vi sia stato o meno un sacrificio.

⁽³⁾ Le imprese non dovrebbero tuttavia essere penalizzate per aver sostenuto perdite ex post quando la decisione ex ante di adottare il comportamento è stata presa in buona fede, ossia se possono fornire prove inoppugnabili del fatto che potevano ragionevolmente prevedere che l'attività sarebbe stata redditizia.

⁽⁴⁾ Cfr. causa T-83/91, Tetra Pak International/Commissione (Tetra Pak II), Racc. 1994, pag. II-755, punti 151, 171, e causa T-340/03, France Télécom/Commissione, Racc. 2007, pag. II-107, punti 198-215.

⁽⁵⁾ Nella causa 62/86, AKZO Chemie/Commissione, Racc. 1991, pag. I-3359, la Corte ha accettato l'esistenza di una chiara prova del fatto che AKZO avesse minacciato ECS, in due riunioni, di applicare prezzi inferiori ai costi se quest'ultima non si fosse ritirata dal mercato dei perossidi organici. Esisteva inoltre un piano dettagliato e corredato di dati delle misure che sarebbero state poste in atto da AKZO nell'ipotesi in cui ECS non si fosse ritirata dal mercato (cfr. punti 76-82, 115 e 131-140).

⁽⁶⁾ Ciò è stato confermato nella causa T-83/91, Tetra Pak International/Commissione (Tetra Pak II), Racc. 1994, pag. II-755 — come ribadito in appello dalla Corte di giustizia nella causa C-333/94 P, Tetra Pak International/Commissione, Racc. 1996, pag. I-5951 — in cui il Tribunale di primo grado ha affermato che non era necessaria la prova di un effettivo recupero delle perdite subite (punto 150 in fine). Più in generale, poiché il comportamento predatorio può rivelarsi più difficile di quanto previsto all'inizio, i costi complessivi sostenuti dall'impresa dominante per tale comportamento potrebbero superare i suoi profitti successivi e rendere quindi impossibile l'effettivo recupero, anche se può essere ancora razionale decidere di proseguire la strategia predatoria iniziata tempo prima. Cfr. anche caso COMP/38.233, Wanadoo Interactive, decisione della Commissione del 16 luglio 2003, punti 332-367.

73. È meno probabile che l'impresa dominante adotti un comportamento predatorio se esso riguarda un prezzo basso applicato in generale per un lungo periodo di tempo.

c) Efficienze

74. In generale si ritiene improbabile che il comportamento predatorio crei efficienze. Tuttavia, se le condizioni elencate nella sezione III D sono soddisfatte, la Commissione prenderà in considerazione l'eventuale asserzione dell'impresa dominante che la fissazione di prezzi bassi consente di realizzare economie di scala o efficienze relative all'espansione del mercato.

D. Rifiuto di effettuare forniture e compressione dei margini

75. Nel fissare le priorità dell'attuazione coercitiva delle norme, la Commissione parte dal principio che, in linea generale, qualsiasi impresa, dominante o meno, dovrebbe avere il diritto di scegliere i propri partner commerciali e di disporre liberamente dei propri beni. La Commissione ritiene dunque che un intervento deciso sulla base del diritto della concorrenza esiga un attento esame laddove l'applicazione dell'articolo 82 comporti l'imposizione di un obbligo di fornitura a carico dell'impresa dominante⁽¹⁾. L'esistenza di un tale obbligo — anche contro un'equa remunerazione — può compromettere gli incentivi delle imprese ad investire ed innovare e quindi eventualmente danneggiare i consumatori. La consapevolezza di poter essere obbligate a effettuare forniture contro la loro volontà può far sì che le imprese dominanti — o le imprese che prevedono di diventare dominanti — non investano, o investano meno, nell'attività in questione. I concorrenti possono inoltre essere tentati di sfruttare opportunisticamente gli investimenti fatti dall'impresa dominante (attuando il cosiddetto «free-riding») anziché investire. Nessuna di queste conseguenze sarebbe a lungo termine nell'interesse dei consumatori.

76. In genere insorgono problemi di concorrenza quando l'impresa dominante compete sul mercato «a valle» con l'acquirente che si rifiuta di rifornire. Il termine «mercato a valle» fa riferimento al mercato per il quale il fattore di produzione rifiutato è necessario per fabbricare un prodotto o fornire un servizio. La presente sezione tratta esclusivamente dei rifiuti di questo tipo.

77. Nella presente sezione non vengono trattati altri tipi di rifiuto, potenzialmente illegali, nei quali la fornitura è subordinata al fatto che l'acquirente accetti limitazioni del proprio comportamento. Ad esempio, la sospensione delle forniture per punire i clienti dei rapporti intrattenuti con i concorrenti, o il rifiuto di rifornire i clienti che non accettano condizioni di vendita aggregate, saranno analizzati

dalla Commissione in base ai principi precisati nelle sezioni relative agli accordi di esclusiva e alle vendite abbinate e aggregate. Analogamente, neppure i rifiuti di effettuare forniture volti ad impedire all'acquirente di effettuare un commercio parallelo⁽²⁾ o di abbassare il proprio prezzo di rivendita vengono trattati nella presente sezione.

78. Il concetto di rifiuto di effettuare forniture copre una vasta gamma di pratiche, quale il rifiuto di fornire prodotti a clienti nuovi o esistenti⁽³⁾, di concedere in licenza diritti di proprietà intellettuale⁽⁴⁾, anche quando la licenza è necessaria per fornire informazioni di interfaccia⁽⁵⁾, o di concedere l'accesso a un impianto o a una rete essenziali⁽⁶⁾.

79. La Commissione non ritiene necessario che il prodotto rifiutato sia già stato oggetto di scambi: è sufficiente che esista una domanda da parte degli acquirenti potenziali e che si possa individuare un mercato potenziale per il fattore di produzione in questione⁽⁷⁾. Analogamente, non è necessario un rifiuto effettivo da parte di un'impresa dominante: è sufficiente un «rifiuto costruttivo». Il rifiuto costruttivo potrebbe, ad esempio, consistere in ritardi indebiti o in altre forme di danneggiamento della fornitura del prodotto o nell'imposizione di condizioni irragionevoli in cambio della fornitura.

80. Infine, anziché rifiutare di effettuare la fornitura, un'impresa dominante può applicare al prodotto, sul mercato a monte, un prezzo che, rispetto a quello applicato sul mercato a valle⁽⁸⁾, non consente neppure ad un concorrente altrettanto efficiente di operare in modo redditizio su base duratura sul mercato a valle (a causa della cosiddetta «compressione dei margini»). Nei casi di compressione dei margini, il parametro utilizzato dalla Commissione per determinare i costi di un concorrente altrettanto efficiente sarà generalmente il CIMLP del comparto a valle dell'impresa dominante integrata⁽⁹⁾.

81. La Commissione considererà tali pratiche una priorità nell'attuazione coercitiva delle norme se concorrono le seguenti condizioni:

— il rifiuto si riferisce ad un prodotto o ad un servizio obiettivamente necessario per poter competere in maniera effettiva su un mercato a valle,

⁽²⁾ Cfr. sentenza del 16 settembre 2008 nelle cause riunite da C-468/06 a C-478/06, Sot. Lélou kai Sia e altri/GlaxoSmithKline, non ancora pubblicata.

⁽³⁾ Cause riunite 6/73 e 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Commissione, Racc. 1974, pag. 223.

⁽⁴⁾ Cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications (ITP)/Commissione (Magill), Racc. 1995, pag. 743; causa C-418/01, IMS Health/NDC Health, Racc. 2004, pag. I-5039. Tali sentenze indicano che, in circostanze eccezionali, il rifiuto di concedere in licenza i diritti di proprietà immateriale rappresenta un abuso.

⁽⁵⁾ Causa T-201/04, Microsoft/Commissione, Racc. 2007, pag. II-3601.

⁽⁶⁾ Cfr. decisione 94/19/CE della Commissione, del 21 dicembre 1993, nel caso IV/34.689, Sea Containers/Stena Sealink — Provvedimenti provvisori (GU L 15 del 18.1.1994, pag. 8), e decisione 92/213/CEE della Commissione, del 26 febbraio 1992, nel caso IV/33.544, British Midland/Aer Lingus (GU L 96 del 10.4.1992, pag. 34).

⁽⁷⁾ Causa C-418/01, IMS Health/NDC Health, Racc. 2004, pag. I-5039, punto 44.

⁽⁸⁾ Comprende le situazioni in cui un'impresa integrata che venda un «sistema» di prodotti complementari rifiuta di vendere uno dei prodotti complementari in modo disaggregato ad un concorrente che produce l'altro prodotto complementare.

⁽⁹⁾ In alcuni casi, tuttavia, potrebbe essere utilizzato come parametro il CIMLP di un concorrente non integrato a valle, ad esempio quando non è possibile ripartire chiaramente i costi dell'impresa dominante tra le operazioni a valle e quelle a monte.

⁽¹⁾ Cause riunite C-241/91 P e C-242/91, Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications (ITP)/Commissione (Magill), Racc. 1995, pag. I-743, punto 50; causa C-418/01, IMS Health/NDC Health, Racc. 2004, pag. I-5039, punto 35; causa T-201/04, Microsoft/Commissione, Racc. 2007, pag. II-3601, punti 319, 330, 331, 332 e 336.

- è probabile che il rifiuto determini l'eliminazione di una concorrenza effettiva sul mercato a valle, e
- è probabile che il rifiuto determini un danno per i consumatori.
82. In determinati casi specifici, può essere chiaro che l'imposizione di un obbligo di fornitura non è evidentemente in grado di incidere negativamente sugli incentivi, per il proprietario dei fattori di produzione e/o per altri operatori, ad investire e innovare a monte, ex ante o ex post. La Commissione ritiene in particolare che sia probabile che questo avvenga quando una normativa compatibile con il diritto comunitario impone già un obbligo di fornitura all'impresa dominante ed è chiaro, dalle considerazioni alla base di detta normativa, che le autorità pubbliche hanno già effettuato la necessaria ponderazione degli incentivi al momento dell'imposizione di un tale obbligo. Questo potrebbe avvenire anche quando la posizione sul mercato a monte dell'impresa dominante si è sviluppata grazie a diritti speciali o esclusivi o è stata finanziata mediante risorse statali. In tali casi specifici la Commissione non ha motivo di discostarsi dai normali criteri dell'attuazione coercitiva delle norme e può dimostrare la potenziale preclusione anticoncorrenziale prescindendo dalla sussistenza delle tre condizioni di cui al punto 81.
- a) *Necessità obiettiva del fattore di produzione*
83. Nel valutare se un rifiuto di effettuare forniture merita la sua attenzione prioritaria, Commissione considererà se la fornitura del fattore di produzione negato sia obiettivamente necessaria per gli operatori per poter competere in maniera effettiva sul mercato. Questo non significa che, senza il fattore di produzione negato, nessun concorrente potrebbe mai entrare o sopravvivere sul mercato a valle ⁽¹⁾. Un fattore di produzione è piuttosto indispensabile quando non esiste un succedaneo effettivo o potenziale sul quale i concorrenti nel mercato a valle potrebbero contare in modo da contrastare — almeno a lungo termine — le conseguenze negative del rifiuto ⁽²⁾. In questo senso, la Commissione valuterà di norma se i concorrenti potrebbero duplicare in maniera effettiva il fattore di produzione prodotto dall'impresa dominante in un futuro prossimo ⁽³⁾. Per duplicazione si intende la creazione di una fonte alternativa di fornitura efficiente che possa permettere ai concorrenti di esercitare una pressione concorrenziale sull'impresa dominante nel mercato a valle ⁽⁴⁾.
84. I criteri precisati al punto 81 si applicano sia in caso di turbativa di forniture precedenti che di rifiuto di fornire un bene o un servizio che l'impresa dominante non ha precedentemente fornito ad altri (rifiuto di effettuare forniture *de novo*). È tuttavia più probabile che si constati un abuso relativamente alla cessazione di un accordo di fornitura esistente che ad un rifiuto di effettuare forniture *de novo*. Ad esempio, se l'impresa dominante ha rifornito in precedenza l'impresa richiedente, e quest'ultima ha fatto investimenti specifici alla relazione commerciale per utilizzare il fattore di produzione successivamente negato, è più probabile che il fattore di produzione in questione sia da considerarsi indispensabile. Analogamente, il fatto che il proprietario del fattore di produzione essenziale abbia avuto in passato interesse ad effettuare la fornitura è un'indicazione del fatto che fornire il fattore di produzione non implica alcun rischio che il proprietario riceva una compensazione inadeguata per l'investimento originale. Spetterebbe dunque all'impresa dominante dimostrare perché le circostanze sono effettivamente tanto cambiate che il proseguimento della relazione di fornitura esistente ne metterebbe a rischio l'adeguata compensazione.
- b) *Eliminazione di una concorrenza effettiva*
85. Se le condizioni precisate ai punti 83-84 sono soddisfatte, la Commissione ritiene che il rifiuto di un'impresa dominante di effettuare una fornitura sia generalmente atto ad eliminare, immediatamente o col tempo, la concorrenza effettiva nel mercato a valle. La probabilità di eliminazione di una concorrenza effettiva è generalmente tanto più elevata quanto maggiore è la quota di mercato dell'impresa dominante nel mercato a valle, quanto minori sono le pressioni in termini di capacità sull'impresa dominante rispetto ai concorrenti nel mercato a valle, quanto maggiore è la sostituibilità tra la produzione dell'impresa dominante e quella dei suoi concorrenti nel mercato a valle, quanto maggiore è la percentuale di concorrenti interessati nel mercato a valle e quanto più probabile è che la domanda che potrebbe essere soddisfatta dai concorrenti oggetto di preclusione venga deviata a vantaggio dell'impresa dominante.
- c) *Danni per i consumatori*
86. Nell'analizzare gli effetti probabili, per il benessere dei consumatori, del rifiuto di effettuare forniture, la Commissione valuterà se per i consumatori le probabili conseguenze negative di tale rifiuto sul mercato rilevante superano nel tempo le conseguenze negative dell'imposizione di un obbligo di fornitura. In caso affermativo, la Commissione proseguirà di norma l'esame del caso.
87. La Commissione ritiene, ad esempio, che vi possa essere un danno per i consumatori qualora, in conseguenza del rifiuto, si impedisca ai concorrenti oggetto di preclusione da parte dell'impresa dominante di immettere sul mercato beni o servizi innovativi e/o quando sia probabile che venga frenata l'innovazione successiva ⁽⁵⁾. Questo può avvenire, in particolare, se l'impresa che richiede la fornitura non
- ⁽¹⁾ Causa T-201/04, Microsoft/Commissione, Racc. 2007, pag. II-3601, punti 428 e 560-563.
- ⁽²⁾ Cause riunite C-241/91 P e C-242/91, Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications (ITP)/Commissione (Magill), Racc. 1995, pag. 743, punti 52 e 53; causa 7/97, Oscar Bronner/Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft e Mediaprint Anzeigengesellschaft, Racc. 1998, pag. I-7791, punti 44 e 45; causa T-201/04, Microsoft/Commissione, Racc. 2007, pag. II-3601, punto 421.
- ⁽³⁾ In generale, è probabile che sia impossibile replicare un fattore di produzione quando questo comporta un monopolio naturale a causa di economie di scala o di diversificazione, quando vi sono forti effetti di rete o quando riguarda le cosiddette informazioni «single source». Tuttavia, in tutti i casi si dovrebbe tener conto della natura dinamica dell'industria e, in particolare, del fatto che il potere di mercato possa svanire rapidamente o meno.
- ⁽⁴⁾ Causa 7/97, Oscar Bronner/Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft e Mediaprint Anzeigengesellschaft, Racc. 1998, pag. I-7791, punto 46; causa C-418/01, IMS Health/NDC Health, Racc. 2004, pag. I-5039, punto 29.
- ⁽⁵⁾ Causa T-201/04, Microsoft/Commissione, Racc. 2007, pag. II-3601, punti 643, 647-649, 652-653 e 656.

intende limitarsi essenzialmente alla duplicazione dei beni o dei servizi già offerti dall'impresa dominante sul mercato a valle, ma intende produrre beni o servizi nuovi o migliorati per i quali vi sia una domanda potenziale dei consumatori o se è probabile che essa contribuisca allo sviluppo tecnico ⁽¹⁾.

88. La Commissione ritiene inoltre che il rifiuto di effettuare forniture possa produrre un danno per i consumatori qualora il prezzo del fattore di produzione nel mercato a monte sia regolamentato, il prezzo nel mercato a valle non lo sia e l'impresa dominante, escludendo i concorrenti sul mercato a valle attraverso tale rifiuto, possa ricavare maggiori profitti nel mercato a valle non regolamentato di quanto avverrebbe altrimenti.

d) *Efficienze*

89. La Commissione prenderà in considerazione l'eventuale asserzione dell'impresa dominante che il rifiuto di effettuare forniture è necessario per garantire un rendimento adeguato

sugli investimenti necessari per sviluppare i fattori di produzione, generando incentivi per investimenti futuri, anche alla luce del rischio di fallimento dei progetti. La Commissione considererà altresì l'eventuale asserzione dell'impresa dominante secondo cui l'innovazione dell'impresa verrebbe pregiudicata dall'obbligo di fornitura o dai mutamenti strutturali delle condizioni di mercato determinati dall'imposizione di un tale obbligo, e in particolare dallo sviluppo di innovazioni consecutive da parte dei concorrenti.

90. Tuttavia, nel considerare tali asserzioni, la Commissione si assicurerà che siano soddisfatte le condizioni precisate nella sezione III D. Spetta in particolare all'impresa dominante dimostrare i potenziali effetti negativi prodotti dall'obbligo di fornitura sul suo livello di innovazione ⁽²⁾. Il fatto che l'impresa dominante abbia già fornito in precedenza il fattore di produzione di cui trattasi può essere rilevante per valutare l'eventuale asserzione che il rifiuto di effettuare forniture è giustificato da motivi di efficienza.

⁽¹⁾ Causa C-418/01, IMS Health/NDC Health, Racc. 2004, pag. I-5039, punto 49; causa T-201/04, Microsoft/Commissione, Racc. 2007, pag. II-3601, punto 658.

⁽²⁾ Causa T-201/04, Microsoft/Commissione, Racc. 2007, pag. II-3601, punto 659.