



# Il nuovo «pacchetto» sull'applicazione dell'art. 102

La Comunicazione di modifica del *Guidance Paper* relativo all'articolo 102 e la *Call for Evidence* in merito a nuove linee guida sugli abusi di esclusione

VII Convegno AAI, Firenze, 8 giugno 2023

Massimiliano Kadar  
DG Concorrenza  
Unità A1

# Background – Il *Guidance Paper* del 2008

- Contrariamente a quanto fatto in altre aree del diritto della concorrenza, la Commissione non ha sinora pubblicato linee guida sull'applicazione dell'articolo 102 TFUE.
- Nel 2008, la Commissione ha invece adottato degli orientamenti (*Guidance on Enforcement Priorities*, “Guidance paper” o “GP”) in merito all'applicazione dell'art. 102 agli abusi di esclusione:
  - l'obiettivo del GP era stabilire le priorità di *enforcement* della Commissione sulla base di un approccio più economico e fondato sugli effetti, andando in alcuni casi anche oltre quanto richiesto dalle Corti UE per stabilire una violazione dell'art. 102;
  - il GP non è mai stato inteso come una ricognizione normativa e non pregiudica in alcun modo l'interpretazione dell'articolo 102 da parte delle Corti UE.

# Background – Gli sviluppi normativi e di mercato

- Dal 2008 ad oggi, la Commissione ha adottato **26 decisioni** e le corti UE hanno reso **32 sentenze** relative ai soli abusi di esclusione. Tra i diversi tipi di abusi esaminati vi sono: (i) *margin squeeze*, (ii) prezzi e sconti di diverso tipo, (iii) *self-preferencing* e (iv) *tying*.
  - Inoltre, il mercato si è evoluto in maniera significativa negli ultimi 15 anni:
    - aumento della concentrazione del potere di mercato in diversi settori (vd. studi IMF);
    - aumento dell'importanza dei mercati digitali che, oggi, hanno assunto un ruolo centrale nel Mercato Unico a livello sia economico che sociale;
    - presenza sui mercati digitali di significative barriere all'ingresso, dinamiche di *tipping* ed economie di scala e di gamma che facilitano la formazione di posizioni dominanti.
- Tali sviluppi di mercato hanno reso i cd. “falsi negativi “ più probabili e costosi.

# Il nuovo «pacchetto» sull'applicazione dell'art. 102

Il 27 marzo 2023 la Commissione ha adottato un “pacchetto” di iniziative relative all'applicazione dell'articolo 102. Il «pacchetto» è composto da:

1. la **Comunicazione di modifica del Guidance Paper del 2008** (“Comunicazione di Modifica”), che ha emendato quelle parti del GP che non sono più in linea con la prassi decisionale della Commissione basata sui precedenti delle Corti UE (iniziativa di breve termine);
2. una Call for Evidence, volta a lanciare un processo valutativo che porterà all'adozione di nuove **Linee guida sugli abusi di esclusione** (iniziativa di lungo termine).

DG COMP ha anche pubblicato un **Policy Brief** che *inter alia* (i) spiega più nel dettaglio le modifiche al GP e (ii) reitera la posizione del DG COMP su alcune questioni (ad es. la Commissione non svolgerà di regola un AECT nei casi di sconti di esclusiva).

# 1. La Comunicazione di Modifica del GP (i)

- La Comunicazione di Modifica elimina alcune discrepanze tra il GP e l'attuale prassi decisionale della Commissione basata sulle sentenze delle Corti UE.
- Le Corti UE hanno confermato la correttezza di un *enforcement* dell'art. 102 fondato sull'analisi degli effetti, ma hanno talvolta assunto degli approcci differenti rispetto a quanto indicato nel GP.
- La Comunicazione di Modifica ha quindi apportato **5 modifiche** al GP:
  1. **Standard d'intervento:** la nozione di “preclusione anticoncorrenziale” va' riferita alla capacità di una condotta di avere un impatto sfavorevole su una struttura competitiva effettiva, così permettendo all'impresa dominante di influenzare negativamente – a suo vantaggio ma a svantaggio dei consumatori – i vari parametri della concorrenza quali prezzi, produzione, innovazione, varietà o qualità dei prodotti o servizi (*Unilever, Google Android*).

# 1. La Comunicazione di Modifica del GP (ii)

## 2. Preclusione di concorrenti altrettanto efficienti

- Criterio utilizzabile generalmente come indicatore di effetti anticoncorrenziali, ma i precedenti giudiziari consentono intervento anche quando gli abusi vengono implementati contro i cd. concorrenti «non ancora» altrettanto efficienti (*Post Danmark II, Unilever*).
- La definizione di concorrente «altrettanto efficiente» si riferisce all'efficienza e all'attrattività dei prodotti dal punto di vista di prezzo, scelta, qualità o innovazione (*Intel ECJ, Unilever*).

## 3. Test del concorrente altrettanto efficiente (AECT)

- Facoltativo, richiesto dalle Corti UE solo per prezzi predatori e *margin squeeze* (*PD II, Intel*).
- Quando viene svolto, va' valutato insieme a tutti gli altri elementi rilevanti (*TeliaSonera*).

4. **Rifiuto «costruttivo» di fornitura:** la giurisprudenza (*Slovak Telecom*) ha chiarito che non è necessario provare che il prodotto o servizio sia indispensabile (come invece richiedeva il GP).

5. **Margin Squeeze:** abuso indipendente per la cui prova non è necessario dimostrare l'indispensabilità del prodotto/servizio (*TeliaSonera*).

## 2. Call for Evidence per le nuove linee guida

- Le nuove linee guida sugli abusi di esclusione si pongono l'obiettivo di incrementare la certezza del diritto in merito all'applicazione dell'articolo 102 agli abusi di esclusione.
- Il focus sugli abusi di esclusione è dovuto al numero significativo di precedenti giudiziari e di decisioni della Commissione in quest'area (gli abusi di sfruttamento non sono invece inclusi nell'iniziativa).
- La scadenza per fornire i propri commenti alla Call for Evidence era il 25 aprile 2023. La Commissione ha ricevuto circa 50 contributi che sta analizzando.
- La Commissione ad oggi prevede di pubblicare delle bozze di linee guida nella prima metà del 2024, e di adottare la versione definitiva degli stessi nel 2025.
- Con l'adozione delle nuove linee guida, la Commissione prevede di ritirare il Guidance Paper.

# Grazie per la vostra attenzione