



Le nuove linee guida sull'art. 102: due brevi osservazioni

Mariateresa Maggiolino

Anche la Corte di Giustizia (a volte) sbaglia?

Un'impresa in posizione dominante «può realizzare gli atti che essa ritenga idonei e proporzionati alla tutela dei propri interessi commerciali, a condizione tuttavia che tali atti non abbiano lo scopo di **rafforzare** detta posizione dominante o di abusarne» (§ 49; *United Brands*, §189; *Atlantic Container*, § 120; *France Telecom*, §46; *Generics UK*, §§ 149-151)



Dovrebbe essere punita un'impresa in posizione dominante che:

- conquista quote di mercato lanciando un prodotto innovativo?
... e se il lancio avvenisse tramite un *exclusive dealing* o un *tying*?
- riduce i suoi prezzi sfruttando le proprie efficienze?
... e se le efficienze derivassero dall'integrazione su più mercati?

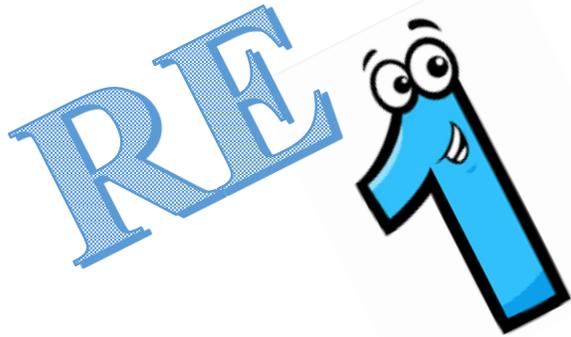
Chiarezza e (dunque) Certezza rispetto a due questioni basilari



Vogliamo che l'art. 102 disincentivi le imprese in posizione dominante dal fare efficienza e dall'innovare?



Vogliamo che l'applicazione dell'art. 102 dipenda dalla forma assunta dalle condotte dell'impresa in posizione dominante?



- Al §51 la Commissione scrive «*L'articolo 102 TFUE non osta a che, in virtù di una concorrenza basata sui meriti, scompaiano o siano marginalizzati nel mercato in questione concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista, tra l'altro, dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione*» (Unilever, §37; SEN, §§ 45 e 73; Intel, § 134; Post Danmark, §§ 21-22)
- È poi vero le imprese in posizione dominante possono difendersi dimostrando che le loro condotte producono efficienza e innovazione

Ma

- Nelle linee guida il **principio del rivale ugualmente efficiente non viene mai utilizzato come principio-guida dell'interpretazione dell'art. 102**, diversamente da quanto fa la Corte di Giustizia ha fatto in *Post Danmark I*, §25; *Unilever* §37; *European Superleague Company*, §129; *Intel II* §§ 176-177
- Non per caso, **il concetto della preclusione anticompetitiva sparisce dagli elementi costitutivi della fattispecie**, così come **il riferimento al CW quasi scompare** dalle linee guida

Quali sono gli elementi costitutivi della fattispecie?

2009 (§ 19):

1. È capace di produrre effetti escludenti (in termini di esclusione, marginalizzazione, non espansione, non-ingresso)

2. È capace di produrre effetti anticompetitivi su p, y, q, v e i

3a. Non produce prevalenti effetti procompetitivi su p, y, q, v e
3b. Non ammette giustificazioni oggettive

2024 (§ 45):

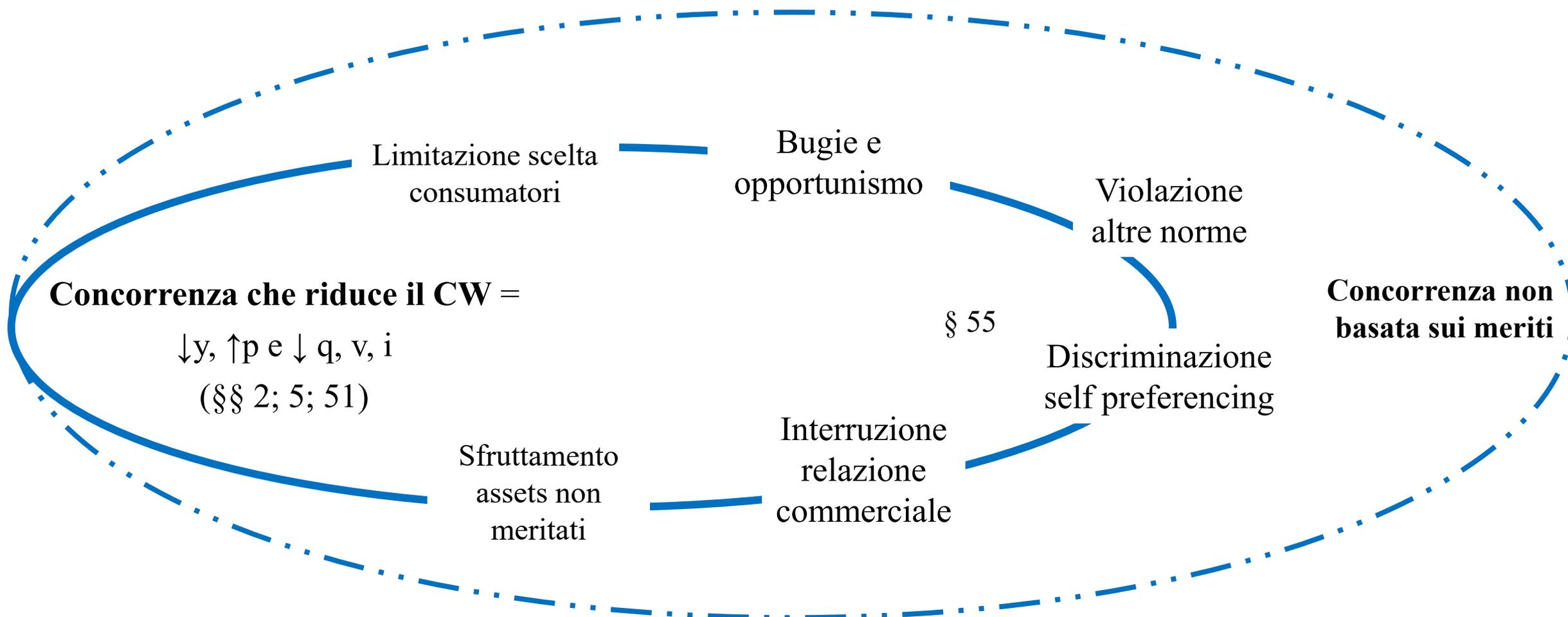
1. Non può qualificarsi come concorrenza basata sui meriti

2. È capace di produrre effetti escludenti (in termini di esclusione, marginalizzazione, non espansione, non-ingresso) sulla base dell'*analisi controfattuale* (§66)

3a. Non produce prevalenti efficienze a vantaggio dei consumatori e
3b. Non ammette giustificazioni oggettive

?

Così puniremo di più? Puniremo meglio?

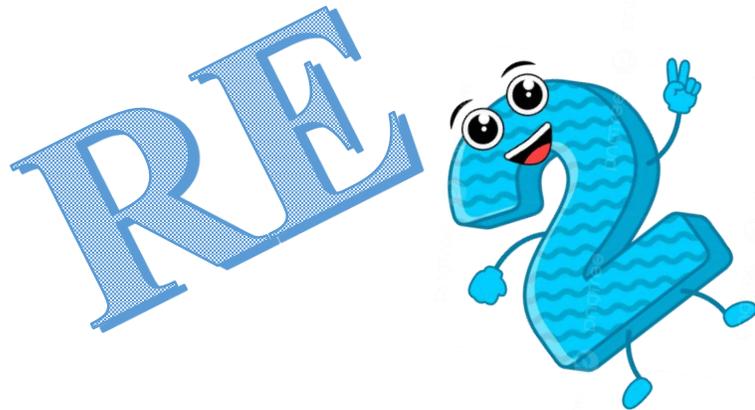
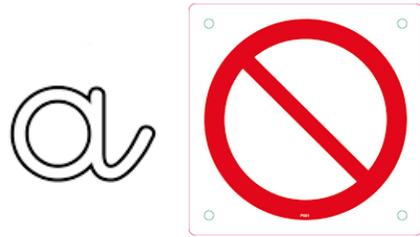


Non posso riferirmi a quello che le imprese fanno nei mercati concorrenziali (§52)

Non esiste un safe harbor (§57)

Una premessa

Approccio formalistico

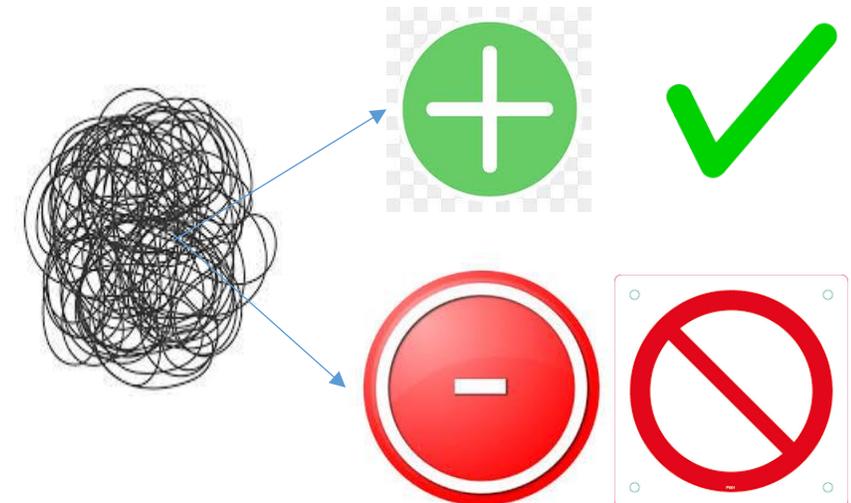


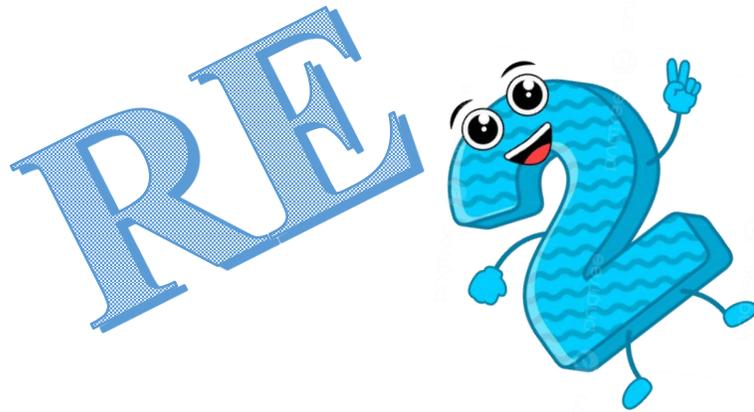
Approccio prima delle linee guida



Questo approccio non è formalista nella misura in cui i 'criteri giuridici specifici' sono informativi dei possibili effetti

Approccio consequenzialista





- Le linee guida non modificano l'approccio in essere
- **Non sono formaliste in relazione alle restrizioni manifeste** (restrizioni per oggetto!) perché esse sono identificate come quelle che non hanno alcun senso economico per l'impresa in posizione dominante e quindi non produrranno né innovazione né efficienza
- Non sono formaliste in relazione alle condotte presumibilmente abusive che però 'vantano' un test giuridico specifico, perché i «**requisiti giuridici specifici rappresentano un'applicazione** ai comportamenti specifici in questione **dei principi generali**» (§47)
- **Lo diventano, invece,** con riguardo ad esempio all'exclusive dealing ... perché esso è considerato presumibilmente abusivo in quanto tale e i requisiti giuridici specifici vengono chiamati in causa solo per consentire alle imprese di difendersi

Grazie

