

I RECENTI ORIENTAMENTI DELLA COMMISSIONE EUROPEA SUGLI ABUSI DI POSIZIONE DOMINANTE C.D. ESCLUDENTI

di Paola Solito

La disciplina dell'abuso di posizione dominante ha il suo referente normativo nell'articolo 82 del Trattato CE. Si tratta di una norma che vieta lo sfruttamento abusivo della posizione dominante eventualmente detenuta da un'impresa, evitando che la stessa, nel tentativo di massimizzare i propri profitti, possa porre in essere delle condotte dirette a menomare la concorrenza ovvero a stabilire prezzi ed altre condizioni eccessivamente gravose, con effetti pregiudizievoli nei confronti del consumatore.

A partire dal 2005, l'articolo in esame è oggetto di una revisione da parte della Commissione europea; si tratta di una revisione tesa a garantire un approccio più squisitamente economico alla materia e che evidenzia quanto sia vivo ed attuale il dibattito intorno alla disciplina dell'abuso di posizione dominante.

In generale, lo scopo del riesame risulta essere quello di tracciare una disciplina dell'abuso di posizione dominante basata su solide valutazioni economiche, con regole che tengano in maggiore considerazione la realtà dei mercati. Si cerca di inserire detta disciplina in un contesto legale ed economico, in modo da garantire una sana ed effettiva concorrenza tra le imprese, una concorrenza basata sulla *competition on merits*.

La Commissione sta volgendo la propria attenzione a tutti quei comportamenti che, anche soltanto potenzialmente, si presentino suscettibili di restringere o limitare il gioco concorrenziale, nonché di danneggiare il consumatore. Ciò che si vuole garantire non è tanto la protezione dei concorrenti, quanto piuttosto la protezione del sistema concorrenziale globalmente considerato, facendo in modo che le imprese assumano un atteggiamento il più corretto e trasparente possibile nei confronti dei consumatori. Protezione della dialettica concorrenziale non significa necessariamente preservazione della struttura di mercato attuale; le autorità sono chiamate a valutare lo sviluppo dei mercati ed in particolare le possibilità per i nuovi operatori di entrare nel mercato o in altri allo stesso collegati; sono chiamate ad assicurare il *consumer welfare* anche con riferimento al futuro.

Un approccio più economico della materia fa sì che la valutazione circa la legittimità di ogni specifica condotta si basi non tanto sulla forma dell'operazione economica, quanto piuttosto sulla valutazione degli effetti anti-concorrenziali generati dai comportamenti in questione, tenendo sempre

presente che molte condotte sono suscettibili di produrre effetti tanto anti-concorrenziali quanto pro-concorrenziali, se valutate in differenti circostanze. Una conseguenza di questo approccio squisitamente economico consiste nel fatto che non è più necessaria una valutazione separata e preliminare della posizione di dominanza detenuta dall'impresa; il danno concorrenziale e gli effetti anticompetitivi generati sui mercati sono essi stessi prova della dominanza detenuta dall'impresa. Il fatto di non procedere ad un riscontro separato della posizione dominante si discosta dalla casistica tradizionale riguardante l'articolo 82 ma, come ribadito dalla Commissione europea, non significa svuotare detto articolo di significato. Portando al centro dell'analisi gli effetti prodotti sul mercato si riescono ad attribuire dei confini più certi anche alla nozione di speciale responsabilità: quest'ultima emerge in maniera naturale, dovendo essere proibite solo quelle pratiche che producono effetti escludenti e lesivi ed essendo, al contrario, pienamente lecite quelle che non si ripercuotono negativamente sul sistema concorrenziale.

Questa diversa impostazione comporta che, una volta che le autorità comunitarie e nazionali hanno denunciato la presenza di un significativo danno concorrenziale, spetta alle imprese dimostrare eventuali efficienze di mercato in grado di compensare gli effetti anticoncorrenziali prodotti sul consumatore.

Recentemente la Commissione europea è intervenuta con una Comunicazione relativa alle priorità da seguire nell'applicazione delle regole sull'abuso di posizione dominante¹. Si tratta di una Comunicazione che mira a fornire maggiore prevedibilità sul quadro di analisi utilizzato dalla Commissione circa l'applicazione dell'articolo 82 e che prevede un'articolata analisi delle possibili efficienze di mercato in grado di compensare gli effetti anti-concorrenziali prodotti sul consumatore. Si tratta di efficienze capaci di bilanciare gli effetti negativi prodotti sulla concorrenza: una valutazione complessiva del mercato che cerchi di capire se, e come, le diverse strategie aziendali possano beneficiare il consumatore non solo con riferimento al presente, ma soprattutto nel lungo termine. Una valutazione in chiave dinamica dei mercati, senza perdere di vista il valore competitivo dell'innovazione e l'interpretazione della concorrenza come processo di sviluppo.

La Commissione ha sottolineato la volontà di concentrarsi principalmente sui c.d. abusi escludenti, caratterizzati da condotte finalizzate ad estromettere la concorrenza attraverso l'aumento dei costi di ingresso, ovvero precludendo ai

¹ Comunicazione della Commissione C(2009) 864, 09/02/2009, "Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusive delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti", consultabile al sito web <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>.

concorrenti gli sbocchi o gli approvvigionamenti con lo scopo di monopolizzare il mercato. Si tratta di condotte che seppure interessano direttamente i concorrenti dell'impresa che le pone in essere, sono spesso alla base di futuri abusi a danno dei consumatori. Il *consumer welfare* deve essere raggiunto, in altre parole, non tanto e non solo attraverso il perseguimento del migliore equilibrio sui mercati, ma attraverso la rimozione di eventuali ostacoli all'innovazione e al progresso, attraverso la previsione di danni concorrenziali che possano ritardare o prevenire le potenzialità di sviluppo dei mercati. Compito della Commissione è quello di impedire che l'azione abusiva, sia essa il rifiuto di consentire l'accesso ad una risorsa essenziale, il comportamento diretto ad aumentare i costi di ingresso sul mercato, o qualsiasi altra fattispecie, crei degli ostacoli all'innovazione, rallentando o paralizzando snodi cruciali per la potenziale apertura di nuovi mercati.

Combattere gli abusi escludenti, in particolare eliminare le barriere all'entrata e fare in modo che le *facilities* essenziali, siano esse materiali o immateriali, non divengano armi strategiche improprie, significa fare in modo che le imprese competano efficacemente sulla base dei meriti dei prodotti e dei servizi che forniscono, nonché assicurare che ai consumatori arrivino tutti quei prodotti e quei servizi tecnologicamente migliori e più innovativi.

Una revisione, in conclusione, che faccia dell'articolo 82 uno strumento selettivo capace di assicurare che le imprese più efficienti prendano il posto di quelle meno efficienti, divenendo l'elemento chiave di un più rapido sviluppo del sistema economico europeo.