

L'INDIVIDUAZIONE DEL MERCATO GEOGRAFICO RILEVANTE NEI CASI DI ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE: IL MERCATO RISTRETTO O SUB-NAZIONALE

SOMMARIO 1. Premessa; 2. L'abuso di posizione dominante nel sistema italiano ed in quello comunitario: raffronto fra l'art. 3 legge 287/90 e l'art. 86 Tratt. CE; 3. Nozione di mercato rilevante e finalità della sua determinazione nel diritto antitrust comunitario ed italiano; 3.1. Il mercato del prodotto: la sostituibilità dal lato della domanda (cenni); 3.2. (segue) La sostituibilità dal lato dell'offerta (cenni); 3.3. Il mercato geografico. Criteri per la sua determinazione adottati in ambito comunitario e in quello italiano; 3.4. I mercati ristretti o sub-nazionali. Ovvero: triplice dimensione del mercato geografico in ragione della diversa intensità delle barriere all'entrata sul mercato; 4. Proposte d'oltre frontiera: modelli economici di definizione del mercato ristretto; 5. La comunicazione della Commissione europea sulla definizione del mercato rilevante del 9.12.1997. Conclusioni.

Abstract

La tendenza dell'Autorità Garante a definire il mercato geografico rilevante entro limiti circoscritti o ristretti è elemento già rilevato dalla dottrina, per la quale tale attitudine rischia di estendere a dismisura l'ambito applicativo dell'art. 3 della legge antitrust in tema di abusi di posizione dominante.

Affermazioni come questa fanno sorgere interrogativi di ampio respiro in ordine alla correttezza dei criteri di individuazione del mercato rilevante e, dunque, ai possibili margini di discrezionalità nella decisione sullo stesso; e, in ultima analisi, alle finalità stesse del divieto di abuso di posizione dominante.

Il lavoro ha dunque come scopo quello di definire i confini della complessa figura del mercato geografico ristretto (o sub-nazionale) limitatamente ai casi di abuso di posizione dominante.

A tale fine, l'analisi seguirà due direttrici: la prima relativa all'inquadramento

generale della fattispecie di abuso di posizione dominante nel sistema antitrust italiano e comunitario, con specifico riguardo alle sue finalità; la seconda, strettamente tecnica, mira a ricostruire il mercato ristretto col supporto delle teorie economiche all'uopo elaborate dalla dottrina d'oltre frontiera.

A conclusione del lavoro si cercherà di valutare le possibili conseguenze, sul piano delle finalità di un abuso di posizione dominante perpetrato "in presenza" e "su" un mercato ristretto; evidenziando e, se possibile, potenziando, le finalità di protezione dell'interesse del consumatore insite in questa norma.

Premessa

L'individuazione del mercato rilevante costituisce uno dei momenti salienti del complesso iter di valutazione di un caso di abuso di posizione dominante - così come di ogni altra fattispecie lesiva della concorrenza - che l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato compie nello svolgimento della propria attività di repressione dei comportamenti anticompetitivi ai sensi della legge n. 287 del 10 ottobre 1990.

La questione non è di poco conto poiché, come già segnalato da molte parti in dottrina, i criteri di decisione cui l'Autorità fa riferimento nella definizione del mercato rilevante (sia geografico che del prodotto) in tema di abuso di posizione dominante (art. 3, L. 287/90) si presentano - talvolta - come una somma di indici fra loro disomogenei, una sorta di paniere vario ed eterogeneo da cui attingere occasionalmente, dando prevalenza ora agli uni ora agli altri in funzione della definizione del caso singolo.

La mancata riconducibilità a sistema di tali indici, quale emergerebbe da un esame della prassi dell'Autorità Garante, va tuttavia perdendo progressivamente questo carattere di apparente incondizionata discrezionalità.

Questa "rivoluzione razionalizzatrice" si va compiendo grazie agli apporti della dottrina economica di ispirazione statunitense, la quale già da molti anni propone diversi modelli di indagine dotati di un sufficiente grado di oggettività e razionalità; tra questi modelli, quello che sembra più pertinente è quello incentrato sul concetto di *market power*.

Proprio a tale modello sembra ora guardare la Commissione europea nella sua recente Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante del 9 dicembre 1997 dalla cui lettura si direbbe che l'istituzione comunitaria abbia inteso fare propri alcuni dei risultati raggiunti dagli studiosi e dagli organi amministrativi d'oltre oceano nella teorizzazione ed applicazione delle norme antitrust.

In virtù di quello stesso “effetto di irradiazione” che ha caratterizzato prima la nascita e poi le linee evolutive del pensiero antitrust: generato negli Stati Uniti, penetrato in territorio comunitario e di qui irradiato in tutti gli ordinamenti degli Stati membri della Comunità europea, si auspica che la nostra Autorità faccia propri i principi espressi nella Comunicazione.

I benefici che potrebbero derivare dall'adozione dei modelli elaborati dalla dottrina economica e recepiti in parte dalla Commissione europea appaiono di tutta evidenza quando si tratta di svolgere l'analisi che porta alla definizione dei mercati ristretti (o sub-nazionali), intesi quali mercati geografici rilevanti, di dimensioni men che nazionali, in cui si localizza geograficamente la posizione dominante detenuta da un'impresa.

Difatti, la definizione del mercato ristretto – quale *species* rispetto al mercato geografico - è frutto di un procedimento logico che prende in considerazione una serie cospicua di indici (quali la natura e le caratteristiche dei prodotti o servizi, gli ostacoli all'entrata sul mercato, le preferenze dei consumatori, nonché l'esistenza di differenze notevoli nelle quote di mercato delle imprese tra aree contigue o sostanziali differenze di prezzo), indici che per il momento sono vagliati senza riferimento ad alcun principio organizzatore, ma che potrebbero ricevere una preziosa sistematizzazione ove si aprissero le porte all'ingresso delle accennate teorie economiche.

L'esigenza di isolare e definire i tratti di quella complessa figura che è il mercato ristretto, dà conto, d'altronde, della necessità di soffermarsi, seguendo un metodo deduttivo, sia sulla definizione e *ratio* del divieto di abuso di posizione dominante – tanto in ambito italiano che comunitario -, che sulla prassi applicativa dell'art. 3 – accennando dapprima ai criteri usati per definire il mercato del prodotto, per poi approfondire quelli relativi al mercato geografico – passando in rassegna quelle decisioni ritenute pertinenti ed accostando, ad alcune di esse, le possibili soluzioni proposte dagli economisti d'oltre frontiera.

2. L'abuso di posizione dominante nel sistema italiano ed in quello comunitario: raffronto fra l'art. 3, legge n. 287/90 e l'art. 86 Trattato CE

L'art. 3 della legge n. 287/90, che costituisce l'omologo nazionale dell'art. 86 del Trattato CE, come noto è ispirato dall'esigenza di intervenire nei confronti di comportamenti restrittivi della concorrenza tenuti da imprese in posizione dominante ⁽¹⁾; esso formalizzerebbe una sorta di "codice di comportamento" misurato su quelle imprese che godono di una certa potenza economica sul mercato rilevante.

Secondo una formula oramai ricorrente in dottrina, l'art. 3 non vieta l'esistenza in sé di una posizione dominante, bensì il suo abuso ⁽²⁾; dunque, esso esprimerebbe non una volontà di impedire - prevenendola -

(1) La norma, in particolare, specifica che:

“É vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato:

- imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;
- impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori;
- applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;
- subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi”.

(2) Sul punto la dottrina è unanime, si vedano, fra gli altri, FRIGNANI, *Abuso di posizione dominante*, in *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993., 310; ALESSI-OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, 30; SIRAGUSA, in AA.VV., *Diritto antitrust italiano, cit.*, 356. Il comportamento di una singola impresa che non abbia potere di mercato sarebbe irrilevante per il legislatore: ove essa praticasse prezzi sovraconcorrenziali o altre condizioni onerose, gli utilizzatori o i consumatori rivolgerebbero la loro domanda a chi fa prezzi più bassi ovvero nuove imprese entrerebbero sul mercato per offrire i beni a condizioni più convenienti. L'aggiustamento delle forze di mercato sarebbe pertanto automatico.

l'acquisizione di una posizione dominante o di monopolio ⁽³⁾, ma piuttosto di impedire che di tale posizione si faccia un uso che sia distorsivo della concorrenza, o si estraggano profitti sovracompetitivi.

Dunque finalità dell'art. 3 sarebbe di porre a carico di tali imprese una speciale responsabilità - vietando loro comportamenti che sarebbero invece consentiti ai concorrenti presenti sullo steso mercato - per evitare che sopprimano totalmente e definitivamente ogni residua forma di concorrenza sul mercato - obiettivo questo voluto non in astratto, bensì - al preciso scopo di evitare che così facendo esse danneggino i propri concorrenti (cioè i soggetti legati all'impresa da un rapporto concorrenziale *orizzontale*), i propri fornitori e/o i propri clienti (legati da un rapporto concorrenziale *verticale*).

L'ulteriore passo da compiere sulla strada delle finalità dell'art. 3, porta a focalizzare l'attenzione sul mercato ristretto o sub-nazionale come luogo dai confini geograficamente limitati in cui insiste la dominanza dell'impresa, e ciò con la pretesa - che è insieme speranza - che riuscendo a disegnare i contorni "reali" del mercato geografico ristretto, sia possibile definire quelli "ideali" delle finalità e *ratio* di un abuso della posizione dominante presente sul mercato ristretto.

Né può omettersi, in questa ricerca, il riferimento all'art. 86 del

(3) Obiettivo, questo, affidato alle norme sul controllo preventivo delle concentrazioni, per cui la posizione dominante risulta in linea di principio accettata, quantomeno quando è raggiunta per crescita concorrenziale interna, e non lo è più - a certe condizioni - quando è il frutto dell'accorpamento di più imprese. A proposito di questa differenza di finalità SELVAGGI, *Abuso di posizione dominante*, in *Giur. it.*, 1992, vol. CXLIV-Parte IV, 128, afferma che: "una delle differenze fra la repressione dell'abuso di posizione dominante e tutti gli altri interventi sulla concorrenza, sta in ciò che la prima colpisce fatti avvenuti, in quanto effettivamente lesivi, mentre tutte le altre hanno, invece, l'intento di impedire il prodursi di situazioni suscettibili di provocare distorsioni nella libera esplicazione dell'iniziativa economica, cioè situazioni che si caratterizzano per la loro pericolosità, in quanto modificano le condizioni nelle quali la concorrenza esplica la sua funzione benefica".

Da notare che proprio questa caratteristica del divieto di abuso di posizione dominante - che accetta l'esistenza di posizioni dominanti all'interno del mercato - è il tratto qualificante dell'antitrust italiano - e ancor prima di quello comunitario - rispetto all'archetipo statunitense, ove il potere di mercato dell'impresa, è libero di esplicarsi - anche tramite condotte aggressive - al pari delle altre imprese concorrenti, con il limite ultimo - sanzionato peraltro, nei casi più gravi, con lo smantellamento dell'impresa - che il mercato non risulti totalmente chiuso.

Trattato CE - fonte ispiratrice del legislatore italiano ⁽⁴⁾ - soprattutto a motivo di una particolarità lessicale che rende questa norma non solo formalmente, ma anche sostanzialmente diversa dal suo omologo nazionale.

La diversità terminologica cui ci si riferisce - che si aggiunge ad altre rilevanti differenze testuali ⁽⁵⁾ - ha riguardo proprio alla individuazione del

⁽⁴⁾ Come noto, l'intero elaborato della legge n. 287/90 risulta fortemente basato sul disegno di legge governativo (presentato dai Ministri Battaglia, La Pergola, Amato e Fracanzani il 26 luglio 1988 con il numero 1240-Senato, recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato"), cui sono state apportate, in sede di conversione, importanti modifiche sì da far venir meno le divergenze di formulazione che prima distinguevano l'art. 3 del disegno di legge governativo dall'art. 86 del Trattato di Roma.

In sintesi le modifiche apportate in sede di conversione sono tre: a) l'abuso di posizione dominante può realizzarsi anche in una "parte rilevante del mercato nazionale" b) viene soppresso l'inciso "sfruttamento...allo scopo di eliminare o ridurre in maniera sostanziale e durevole la concorrenza" c) le singole fattispecie di divieto normativamente previste sono introdotte anziché dalla vecchia formula: "in particolare sono vietate le pratiche consistenti in.." da una nuova espressione: "inoltre è vietato..." d) non è più definita la posizione dominante.

⁽⁵⁾ Se, da un lato, la generica similarità letterale delle due norme - peraltro voluta dal nostro legislatore - intende eliminare possibili discrasie nell'interpretazione di concetti fondamentali dell'antitrust, dall'altro sopravvivono talune differenze testuali che possono così riassumersi:

Differenze che rispondono ad esigenze proprie del nostro ordinamento come contrapposto a quello comunitario (il riferimento al parametro del "pregiudizio al commercio tra gli Stati membri", contenuto nell'art. 86, come condizione per la sanzionabilità di quelle forme di sfruttamento abusivo di una posizione dominante, è giustamente assente nell'art. 3, l. 287/90. Escluso con decisione che il pregiudizio al commercio tra gli Stati membri possa riferirsi in qualche modo alla definizione del mercato rilevante, esso costituisce piuttosto il criterio di delimitazione dell'ambito di applicazione della normativa italiana e, dunque, di ripartizione delle competenze dell'Autorità nazionale rispetto alla Commissione CE (così tra gli altri ALESSI e OLIVIERI, *op. cit.*, 8)

Differenze che attengono alla struttura delle due disposizioni (è il caso della diversa formula introduttiva delle singole pratiche di abuso vietate: laddove infatti l'art. 86 ne accentua il carattere esemplificativo ("in particolare sono vietate"), l'art. 3 (che recita: "ed inoltre è vietato") lascerebbe intendere che le singole fattispecie ivi elencate si aggiungano alla serie di possibili condotte già vietate in base alla prima parte della disposizione. Sul punto le posizioni sono diverse: l'Autorità Garante (Relazione annuale, 1991, 22) e la dottrina maggioritaria (cfr. BERNINI, *Un secolo*, cit., 332; FRIGNANI, in AA.VV., *op. cit.*, 368; ALESSI, in ALESSI e OLIVIERI, *cit.*, 35; SCHIANO DI PEPE, in AFFERNI, *op. cit.*, 133) sono dell'avviso che si tratterebbe di una mera disattenzione del legislatore, priva di qualsiasi peso, per cui la norma

contesto in cui si localizza la posizione dominante dell'impresa: sia l'art. 3, l. 287/90 che l'art. 86 Tratt. CE riferiscono che la posizione dominante dell'impresa possa sussistere anche in ambiti più ristretti rispetto, nell'ordine, al mercato nazionale e a quello comune e, precisamente, in una "parte rilevante" o in una "parte sostanziale" degli stessi.

Non sempre conformi i significati che la dottrina suole attribuire ai due termini "rilevante" e "sostanziale": optando, taluni autori, per una sussunzione degli stessi nel più generale - e poco circostanziato - significato di "considerevole" ⁽⁶⁾. Per contro, altri scrittori, muovendo dall'idea che il legislatore italiano non possa aver utilizzato casualmente un aggettivo diverso da "sostanziale", credono che quest'ultimo termine - così come utilizzato in ambito comunitario - sia del tutto estraneo al problema della delimitazione del mercato rilevante, avendo piuttosto la funzione di imporre una "condizione quantitativa minima" (cui la posizione dominante deve rispondere) per poter consentire l'applicazione dell'art. 86 ⁽⁷⁾. Pertanto, solo dopo aver definito il mercato rilevante - secondo i criteri che saranno

dovrebbe essere letta in modo del tutto speculare all'archetipo comunitario; minoritaria è invece la tesi di CROCENZI, *Quattro anni di repressione dell'abuso di posizione dominante*, in *Riv. amm.*, 1995, 423, secondo cui l'art. 3 si componerebbe di una parte "fissa", che vieterebbe una serie di condotte ritenute *iuris et de iure* abusive se poste in essere da imprese in posizione dominante, e di una parte "mobile", costituita dal divieto generale, residuale e meno circostanziato, che consente di vietare quegli abusi di posizione dominante che non rivestono la forma dei comportamenti dettagliatamente descritti nell'altra parte della norma. Pertanto, la definizione "residuale" dell'abuso di posizione dominante dovrebbe essere ricercata nei principi comunitari richiamati all'art. 1, co. 4).

A queste differenze testuali deve aggiungersi la considerazione che in sede di applicazione della normativa nazionale sono necessari degli adattamenti dovuti al diverso habitat culturale in cui hanno visto la luce le due normative: le finalità dell'antitrust comunitario si differenziano da quelle nazionali principalmente a motivo del preminente interesse, specificato allo stesso art. 3, lett. g del Trattato, alla realizzazione dell'integrazione dei mercati nazionali: la concorrenza viene cioè tutelata attraverso gli artt. 85 e ss. in quanto la si ritiene uno strumento idoneo a garantire la realizzazione del mercato comune.

⁽⁶⁾ Cfr. SIRAGUSA e SCASSELLATI SFORZOLINI, *Il diritto della concorrenza italiano e comunitario: un nuovo rapporto*, in *Foro it.*, 1992. IV, 263.

⁽⁷⁾ Così FRIGNANI & WAELBROEK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, 249. Anche KORAH, *Developments in the interpretation and application of art. 86 of the Treaty of Rome*, 1978, denuncia la frequente confusione, in sede giurisprudenziale, fra nozione di mercato geografico rilevante e nozione di parte sostanziale del mercato europeo.

analizzati in seguito - e la posizione dominante su questo, occorre domandarsi se esso comprenda o meno una “parte sostanziale” del mercato comune. In altre parole, ai fini della normativa comunitaria, è necessario che l’area geografica sulla quale l’impresa dispone di una posizione dominante, quando sia geograficamente limitata (un singolo Stato o una zona di questo), abbia una certa importanza economica nella produzione o nel consumo del prodotto considerato, essendo l’estensione territoriale della superficie del mercato di per sé non determinante ⁽⁸⁾.

A sostegno di questa seconda tesi - per cui il termine rilevante della normativa nazionale avrebbe un significato diverso - valgono le considerazioni svolte dall’Autorità Garante nel caso *Pozzuoli Ferries/Gruppo Laura*, ove si precisa che il parametro dell’*importanza economica* del mercato considerato è del tutto assente nel concetto di “parte rilevante del mercato nazionale” ⁽⁹⁾; e che - in modo ancor più incisivo - la *rilevanza* “non attiene alla sua (del mercato geografico) incidenza sul totale dell’economia nazionale - poiché altrimenti si escluderebbero tutti quei casi giudicati marginali perché riguardanti mercati locali - quanto piuttosto alla sua significatività per il consumatore ed alla possibilità o meno per quest’ultimo di usufruire di beni o servizi prestati in aree geografiche alternative” ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ Come suggeriscono MARCHETTI e UBERTAZZI nel loro *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 1997, 63, per essere parte sostanziale del mercato comune, il mercato rilevante dovrebbe avere una certa importanza economica che non si misurerebbe solo dall’ampiezza territoriale di una certa zona, ma anche da una più ampia analisi relativa alla rilevanza economica delle attività e delle caratteristiche del territorio considerato (valutando ad es. anche la densità della popolazione su quel territorio e il suo potere di acquisto) in relazione all’economia complessiva del mercato comune. Cfr. CG 16.12.75, *INDUSTRIA EUROPEA DELLO ZUCCHERO*, in *Raccolta* 1975, 1663; CG 27.3.74, *BRT-SABAM II*, in *Raccolta* 1974, 313; Comm. 4.11.88, *LONDON EUROPEAN-SABENA*, GUCE 88, L317; CG 10.12.91, *PORTO DI GENOVA-GABRIELLI*, in *Raccolta* 1991, I, 5923. In quest’ultima decisine, in particolare, la Corte ha ritenuto che il mercato geografico rilevante (il porto di Genova) costituisca una “parte sostanziale del mercato comune in considerazione del volume del traffico in tale porto e della rilevanza dei traffici rispetto alle attività di importazione ed esportazione marittime all’interno del singolo Stato interessato”.

⁽⁹⁾ Caso *POZZUOLI FERRIES/GRUPPO LAURO*, in *Boll.*, 42/94, 13.

⁽¹⁰⁾ E’ interessante conoscere il seguito del ragionamento dell’Autorità: “...laddove tale possibilità non esista in relazione alle specifiche esigenze di una larga fascia di consumatori, l’area geografica in esame dovrà considerarsi un mercato separato”. Come pure rilevato da CROCENZI, *op. cit.*, 424, dopo aver individuato il mercato rilevante *non vi è alcun*

Ed è anche naturale che sia così dal momento che, come noto, le norme antitrust tutelano, seppure in via mediata, il *benessere dei consumatori* garantendo la concorrenza sul mercato; ed i consumatori sono ugualmente pregiudicati sia nel caso di un abuso perpetrato da un colosso economico che operi su tutto il territorio nazionale, sia dall'uso illecito del potere detenuto dal proprietario dell'unico supermercato di un piccolo Comune.

Semmai il problema si sposta su *come* individuare, in modo obiettivo, il mercato locale in relazione al *potere di mercato* detenuto dall'impresa ivi stanziata e del quale essa può abusare, danneggiando così i consumatori impossibilitati a rivolgersi ad operatori di altre zone geografiche.

Dunque - prosegue il provvedimento - "l'area geografica (considerata), per quanto limitata *anche* dal punto di vista del volume degli scambi (oltre che da quello dell'estensione territoriale), deve considerarsi un mercato rilevante per le norme che tutelano la concorrenza ed il mercato".

E' proprio su tale ultima, fondamentale, considerazione che è possibile definitivamente affermare - come ha già fatto l'Autorità nella sua prima Relazione del 1991 - che si possono delineare posizioni dominanti "anche relativamente ad aree circoscritte all'interno del territorio nazionale - i mercati ristretti, appunto - quando *particolari condizioni concorrenziali* legittimino la configurabilità del mercato locale come distinto rispetto a quelli di aree territoriali contigue".

Preme ora dunque soffermarsi sui criteri utilizzati dall'Autorità Garante per definire i *mercati ristretti*, (*rectius*: la *parte rilevante* del mercato nazionale), al fine di enucleare quelle *particolari condizioni concorrenziali* che legittimano la configurabilità di mercati rilevanti di dimensioni locali, con l'obiettivo ultimo di individuare - ove risulti possibile - la peculiare *ratio* della sanzionabilità di abusi di posizioni dominanti insistenti su mercati ristretti ⁽¹¹⁾.

test da compiere per chiedersi se esso sia così importante da poter essere sottoposto al vaglio dell'art. 3; "la legge n. 287/90 sembra prescindere da qualsiasi valutazione quantitativa, andando a colpire *ogni* abuso che interessi porzioni, *anche ridotte*, del territorio nazionale, purché aventi le caratteristiche di "rilevanza", intesa questa nel senso di *insostituibilità* del prodotto e *difficoltà* di reperirlo fuori dall'ambito territoriale preso in considerazione".

(11) Il discorso sulle finalità dell'art. 3 in presenza di un mercato ristretto - che costituirà il fulcro delle nostre conclusioni - muoverà lungo due filoni: quello della tutela dei

3. Nozione di mercato rilevante e finalità della sua determinazione nel diritto antitrust comunitario ed italiano

Premesso che l'art. 3 non richiede espressamente l'individuazione del mercato rilevante come stadio a sé nel processo di valutazione di un caso di abuso di posizione dominante, cionondimeno, numerosi riferimenti *indiretti* fanno inferire la necessità di compiere tale preliminare indagine ⁽¹²⁾. Ciò si spiega in quanto l'identificazione di un mercato di riferimento è "funzionale" ⁽¹³⁾ alla stessa individuazione delle posizioni dominanti e, quindi, alle restrizioni, in genere, della concorrenza vietate dall'art. 3 ⁽¹⁴⁾.

consumatori e della libertà di contrarre e quello della struttura concorrenziale del mercato ristretto - tutela della concorrenza debole, dovuta alla presenza di un'impresa in posizione dominante - mediante l'abbattimento delle barriere all'entrata sullo stesso.

⁽¹²⁾ Il riferimento è anzitutto alla prassi, sia della Commissione CE che dell'Autorità Garante, le quali, prima di passare a giudicare del carattere abusivo del comportamento posto in essere dall'impresa, verificano la sussistenza delle condizioni di applicabilità della norma; tra cui: l'esistenza di un'impresa, appunto, di un mercato rilevante sul quale essa operi - definito sia sotto il profilo merceologico che geografico - e di una posizione dominante. Di contrario avviso - nel senso che non sia necessario questo passaggio - è FISHER *Horizontal Mergers: Triage and Treatment*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1987, vol. 1, n. 2, autunno, 23, secondo cui "l'adozione di una nozione di mercato, piuttosto che di un'altra, è "irrilevante" ai fini dei risultati dell'analisi di una fattispecie, in quanto ciò che conta è che nel processo di valutazione nel suo complesso siano considerati tutti gli elementi che limitano il potere di mercato delle imprese".

⁽¹³⁾ Sul carattere funzionale dell'individuazione del mercato rilevante si vedano: FRIGNANI, in *Diritto antitrust italiano*, cit., 322, BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, in *Collana Temi e Problemi*, a cura dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, 1995, 18 e MARCHETTI E UBERTAZZI, in *Commentario breve*, cit., 61, i quali rilevano che la potenza economica dell'impresa "deve essere valutata all'interno dello spazio commerciale in cui essa opera ... ciò presuppone l'esatta individuazione del mercato rilevante come primo passo ai fini della valutazione della posizione dell'impresa rispetto a tutti i soggetti che interagiscono con essa e dell'accertamento del suo grado di dominio economico".

⁽¹⁴⁾ E' bene precisare che nella normalità dei casi il mercato rilevante su cui l'impresa detiene una posizione dominante coincide con il mercato sul quale l'impresa stessa realizza l'abuso; tuttavia, nella decisione *Tetra Pak II*, (CJ, causa C 333 /94, del 14 novembre 1996 ;

Seguendo l'orientamento comunitario, l'Autorità Garante analizza e definisce separatamente sia il mercato del prodotto, sia il mercato geografico, identificandolo come "il più piccolo contesto, in termini di insieme di prodotti e di area geografica, in cui, se si creassero condizioni di monopolio, il monopolista potrebbe profittevolmente fissare un prezzo superiore a quello concorrenziale e mantenerlo a tale livello per un rilevante periodo di tempo" ⁽¹⁵⁾.

Questa definizione si preferisce ad altre, pur dotate di maggiore autorità formale - come ad esempio quelle inserite nel formulario per la

su ric. TPG, causa C 83/91, del 6 ottobre 1994 ; su ric. Commiss., causa 163/92, del 24 luglio 1991), la Corte di Giustizia, con un allontanamento dal testo letterale della norma, ritiene applicabile l'art. 86 del Trattato ai "comportamenti di un'impresa attuati su un mercato che essa non domina, comportamenti che non richiedono o presuppongono il possesso di una posizione dominante su altri mercati e che non sono finalizzati al mantenimento o al rafforzamento di una posizione dominante su altri mercati". La *ratio* della speciale estensione di responsabilità dell'impresa dominante per un simile comportamento (quali, ad avviso della Corte, quelle del caso *Tetra Pak*) è la protezione di mercati diversi da quelli dominati dall'impresa stessa. In questa decisione la Corte conferma sostanzialmente l'interpretazione avanzata dalla Commissione e dal TPG, i quali, richiamando i capisaldi della precedente decisione *AKZO*, *cit.* (ove si sottolineava che l'art. 86, nella sua formulazione letterale, non dettava "alcuna espressa indicazione in ordine ai requisiti attinenti alla localizzazione dell'abuso sul mercato dei prodotti" e che "l'ambito di applicazione materiale della responsabilità particolare che incombe su un'impresa in posizione dominante deve essere valutato alla luce delle circostanze specifiche del caso concreto"), ritengono che "un comportamento di un'impresa adottato in un mercato diverso da quello che essa domina può costituire abuso senza che necessariamente l'abuso stesso debba essere reso possibile dalla detenzione di tale posizione dominante e senza che debba essere finalizzato a produrre effetti anticoncorrenziali, né di fatto li produca, nel mercato dominato".

Per un commento alla decisione *Tetra Pak* si vedano SANFILIPPO, *Preminenza di un'impresa e suoi abusi : si conferma la rilettura innovativa dell'intero art. 86 del Trattato di Roma*, in *Dir. comun. scambi int.*, 1996, MERUZZI, *Clausole leganti, vendita sotto costo e abuso di posizione dominante*, in *Dir. industr.*, 1995, 586 e ID, *Commento alla decisione Tetra Pak II*, in *Dir. ind.*, 1995, 592.

Diverso è invece il caso, pure analizzato dalla Corte nella decisione *AKZO*, *cit.*, in cui un'impresa (la *AKZO* appunto) avendo una posizione dominante su un mercato, ne abusi (all'interno di tale mercato), ma gli effetti tangibili di tale abuso si producano su di un distinto mercato.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Autorità Garante, Relazioni annuali, del 1992 e 1993.

comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione ⁽¹⁶⁾ predisposto dalla stessa Autorità in maniera pressoché speculare a quello della Commissione CE -, in quanto mette in risalto la stretta relazione esistente fra le dimensioni - ristrette - del mercato geografico - e merceologico - e il potere economico, di mercato, dell'impresa che si assume in posizione dominante ⁽¹⁷⁾.

Analizziamo ora i criteri attraverso i quali l'Autorità Garante definisce l'estensione del mercato rilevante, sia dal punto di vista merceologico che geografico.

⁽¹⁶⁾ A questo punto si impongono due importanti precisazioni: sebbene la maggior parte degli autori si riferisce ai criteri utilizzati per l'individuazione del mercato rilevante ai fini di cui all'art. 6, l. 287/90 e all'art. 2.1, reg. 4064/89 CE - leggasi formulari nazionali e comunitari per la comunicazione delle operazioni di concentrazione - essi possono ritenersi applicabili, *soltanto in via analogica*, all'abuso di cui all'art. 3; e ciò perché: in primo luogo, mentre nei casi *ex art. 6*, dovendo compiere un'analisi prognostica degli effetti futuri e possibili dell'operazione di concentrazione - capire cioè se essa possa comportare o meno "la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante" - il mercato rilevante abbraccia un'area dai confini più incerti; nelle fattispecie rilevanti *ex art. 3* bisogna giudicare di un comportamento abusivo già in essere sicché i limiti degli effetti in cui lo stesso si è fatto sentire sono più precisi. In secondo luogo, le valutazioni che saranno fatte nel corso del lavoro - relativamente ai mercati ristretti - non possono aver riguardo anche ai casi di operazioni di concentrazione, a motivo del fatto che per l'art. 6, la dimensione geografica deve essere *nationwide*, nel senso che esso non prevede la possibilità di suddivisioni territoriali. Ne consegue che la soglia quantitativa necessaria per far luogo ad una valutazione dell'Autorità *ex art. 6* è pensata esclusivamente in relazione al mercato nazionale nella sua interezza, non potendo trovare applicazione quando vi siano posizioni dominanti relative ad ambiti geografici più ristretti, come è invece possibile in base all'art. 3" (cfr. ALESSI, in ALESSI E OLIVIERI, *op. cit.*, 36).

⁽¹⁷⁾ Fra gli autori italiani che con maggior vigore affermano la necessità del ricorso ai criteri elaborati in tema di operazioni di concentrazione, cfr. DENOZZA, *Antitrust. Leggi monopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA Bologna, 1988*, 52, il quale, in un'ottica comparatistica - ordinamento antitrust nazionale e ordinamento antitrust statunitense - afferma con decisione l'applicabilità, in via analogica, dei principi elaborati dalla dottrina economica americana nell'interpretazione delle *Merger Guidelines* statunitensi in tema di operazioni di concentrazione: "non è dubbio che i principi elaborati nelle *Guidelines* americane (in punto di individuazione dei mercati rilevanti con riferimento alle operazioni di concentrazione) reggano ugualmente in altri contesti, ed in particolare, nella valutazione del potere di mercato esercitato da una singola impresa" (leggasi: anche nei casi di abuso di posizione dominante).

3.1. Il mercato del prodotto: la sostituibilità dal lato della domanda (cenni)

Nell'ormai nota dicotomia mercato del prodotto-mercato geografico, spicca l'altrettanto celebre definizione del primo - accolta dall'Autorità Garante ⁽¹⁸⁾ - come quell'insieme che ricomprende "tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati" ⁽¹⁹⁾.

Il criterio principale per la delimitazione del mercato del prodotto, dunque, è rappresentato dalla *sostituibilità*, valutata sia dal lato della domanda che dal lato dell'offerta ⁽²⁰⁾.

Cosa poi debba intendersi per sostituibilità dal lato della domanda, l'Autorità Garante lo spiega richiamandosi espressamente ad un principio comunitario per cui "...il mercato comprende tutti i prodotti che, in ragione delle loro caratteristiche, sono *particolarmente* idonei a soddisfare esigenze

⁽¹⁸⁾ Cfr. Formulario predisposto dall'Autorità Garante per la comunicazione delle operazioni di concentrazione (sui cui presupposti e limiti si legga la nota precedente).

⁽¹⁹⁾ Questa definizione dell'Autorità Garante è presa alla lettera da quella del Formulario CO comunitario per la comunicazione delle operazioni di concentrazione, il quale a sua volta poggia su indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia (caso *MICHELIN* del 9.11.1983, causa 322/81, in *Raccolta*, 1983, 3461), la quale ha affermato che, dal punto di vista materiale, il mercato da prendere in considerazione comprende "l'insieme dei prodotti che in funzione delle loro caratteristiche sono particolarmente atti a soddisfare bisogni costanti e sono poco intercambiabili con altri prodotti". È inoltre necessario, secondo la Corte, che vi possa essere "concorrenza effettiva tra i prodotti che ne fanno parte, il che presuppone un sufficiente grado di intercambiabilità per lo stesso uso tra tutti i prodotti che fanno parte di uno stesso mercato" (cfr. Regolamento CEE n. 2367/90 della Commissione del 25. 9.1990, cap. 4 *cit.*).

⁽²⁰⁾ Secondo gli orientamenti comunitari questa intercambiabilità deve essere riguardata *principalmente* dal punto di vista della domanda (per verificare se la vittima del preteso comportamento abusivo possa o meno sottrarsi alle conseguenze dello stesso rivolgendosi a fornitori di beni e servizi equivalenti) e, solo in via residuale, dal lato dell'offerta. Per riferimenti giurisprudenziali, cfr. CG del 14.2.1978, caso *UNITED BRANDS*, causa 27/76, in *Raccolta* 1978/207; CG del 13.2.1979, caso *HOFFMANN-LA ROCHE (VITAMINE)* in *Raccolta*, 1979, 461, CG del 9.11.1983, caso *MICHELIN* in *Raccolta*, 1983, 3461, Comm. del 27.6.1988, caso *TETRA PAK I*, in GUCE, L 272, 4.10.1988, 27.

costanti e *non sono facilmente intercambiabili* con altri prodotti”⁽²¹⁾; per cui “il mercato di riferimento deve risultare costituito da tutti i beni e/o servizi che, dal lato della domanda, sono legati da un significativo rapporto di sostituibilità economica”⁽²²⁾.

Partendo da questa definizione, il primo vero momento critico che l'Autorità si trova ad affrontare consiste nello stabilire quel coefficiente di sostituibilità tra prodotti, (necessario e) sufficiente a far ritenere che essi appartengano ad un unico mercato; critico perché, come in ogni analisi del dato reale, ove pure ci si attenga a regole oggettive e neutre, non si può mai essere completamente scevri da una certa “soggettività”, tanto nel momento della “classificazione” che - e soprattutto - in quello della “valutazione”.

Difatti, per stabilire fino a che punto i prodotti debbano essere intercambiabili per gli utilizzatori, l'Autorità - come la Commissione CE - prende in considerazione e valuta una grande mole di *indici* di varia natura, quali: le caratteristiche tecniche dei prodotti⁽²³⁾, l'uso al quale sono destinati⁽²⁴⁾, il loro prezzo⁽²⁵⁾ e le abitudini e le tendenze dei consumatori⁽²⁶⁾.

(21) Principio espresso dalla Corte di giustizia nei casi *UNITED BRANDS* (cit.), *HOFFMANN-LA ROCHE* (cit.) e *MICHELIN* (cit.).

(22) Cfr. Autorità Garante, Relazione annuale 1995, 210.

(23) Cioè, la sua composizione, le sue proprietà ecc.; sul punto cfr. AGCM, casi *DUCATI /SIP*, in *Boll.* 6/93, *SIGN/STET-SIP*, *ivi* 17/95, *VIACARD.*, *ivi* 30-31/1994, *DE MONTIS CATERING/AEROPORTI DI ROMA* *ivi* 1994/28-29, *ASSISTAL/SIP*, *ivi* 22/1995.

(24) Vale a dire i bisogni che esso è in grado di soddisfare (cfr.: AGCM, caso *AIS/ATI-ITALKALI* in *Boll.* 6-7/1994).

(25) Cfr. AGCM, casi *ASSOUTENTI/ALITALIA* in *Boll.* 1994/30-31, *POZZUOLI FERRIES/GRUPPO LAURO*, *ivi* 42/1994. Come giustamente rileva FALCE, *Abusi di posizione dominante*, in *Conc. e merc.*, 1997, 38, in genere l'Autorità considera l'elemento prezzo in maniera statica: riferendosi, cioè, ai prezzi correnti dei beni scambiati in un determinato mercato. In altre occasioni tuttavia, l'Autorità si è riferita al prezzo valutandolo in modo *dinamica*, utilizzandolo, cioè, per analizzare l'elasticità della domanda. Una di queste è stato il caso *CIBA GEIGY/PIONEER HI-BRED ITALIA*, in *Boll.* 1996/31, in cui l'Autorità, ha accertato l'esistenza di un elevato grado di sostituibilità tra le varie sementi ibride di mais stimando che, di fronte ad un ipotetico aumento del prezzo di alcune di esse, la domanda si sarebbe orientata verso altri tipi di sementi (per cui i vari tipi di prodotto erano tra loro alternativi in quanto soddisfacevano lo stesso bisogno e dunque appartenenti allo stesso mercato). Con diversi esiti, nel caso *Associazione Nazionale Impiantisti Manutentori/Italgas*, in *Boll.* 1996/25, l'Autorità ha sostenuto che solo un incremento *esorbitante* del prezzo finale collegato al servizio di erogazione del gas metano era in grado di modificare le scelte degli utenti (con riferimento

E' di tutta evidenza - e l'osservazione non è propria solo di chi scrive - che nella prassi dell'Autorità Garante il concetto di sostituibilità venga analizzato sulla base di una serie di fattori che derivano la loro rilevanza principalmente da considerazioni di tipo *soggettivo* del prodotto: esso è infatti tutto incentrato attorno al *consumatore* - inteso nell'accezione più lata -; ciò che porta, come riferito da parte della dottrina, all'affermarsi di "uno standard, se così si può dire, di sostituibilità tendenzialmente ristretto" ⁽²⁷⁾ e all'individuazione di mercati assai limitati sul piano merceologico.

Questa tendenza, che pure viene criticata dalla dottrina, non sarebbe di per sé negativa nella misura in cui sia "comunque" il *consumatore* ad essere preso come parametro ultimo di riferimento per analizzare il grado di sostituibilità fra prodotti; e sempre a condizione che l'esame di sostituibilità fra i beni sia condotto in modo razionale ed oggettivo ⁽²⁸⁾. Semmai, questo

alla tipologia di combustibile da usare). Dal ché si desumeva, sulla base dei prezzi correntemente applicati al gas metano e alle altre fonti di energia alternative, la mancanza di *sostituibilità economica* tra le diverse fonti di calore.

⁽²⁶⁾ Cioè le aspettative, i gusti e le abitudini del consumatore. Cfr. AGCM, casi *SIP/SISTEMA TELEFONIA CELLULARE GSM*, in *Boll.* 32/93, *AIS/ATI/ITALKALI*, *ivi*, 6-7/94 e *MARINZULICH/TIRRENIA*, *ivi*, 7/92.

⁽²⁷⁾ Così CAVANI, *Abusi di posizione dominante*, in *Conc. e merc.*, 1993, 21. Questa stessa tendenza ad interpretare restrittivamente il parametro della sostituibilità fra prodotti si rinviene nella prassi della Commissione CE: si vedano in proposito i casi *UNITED BRANDS* (*cit.*) ove si è affermato che quello della banana è un mercato sufficientemente distinto da quello delle altre frutta fresche in ragione della non sostituibilità, per bambini ed anziani, di questi due prodotti, dovuta alla maggiore facilità di commistione di questo frutto a causa della sua particolare morbidezza "assenza di semi e maneggevolezza". Espressioni della stessa tendenza della Commissione sono pure le decisioni Tetra Pak I (*cit.*), in cui la Commissione ha ritenuto necessario che variazioni di prezzo "molto deboli" di uno dei prodotti provocassero "una modificazione radicale delle abitudini di consumo"; e il caso *BOOSEY & HAWKES* (Comm. CE, del 29.7.1987, in *GUCE* L 286, 9.10.1987, 36) in cui si è configurata l'esistenza di un mercato separato, rispetto al *genus* degli strumenti musicali, in quello degli ottoni venduti alle orchestre di ottoni di stile britannico in ragione della "forte preferenza degli acquirenti per gli strumenti Boosey & Hawkes". Dal canto suo, secondo la Corte di Giustizia non è necessario che vi sia intercambiabilità perfetta fra prodotti, bastando un "grado sufficiente di intercambiabilità" (caso Hoffmann-La Roche, *cit.*).

⁽²⁸⁾ In altre parole, privilegiare il fine di tutela dei consumatori (sia di quelli diretti - fornitori e acquirenti - che di quelli finali) non toglie nulla alla portata della norma; nè può dirsi che ciò estenda le sue possibilità di applicazione, in quanto queste dipendono, in ultima analisi, da scelte di natura politica dell'organo.

metodo di indagine potrebbe destare (e di fatto desta nei più) preoccupazione per la discrezionalità con cui potrebbe essere utilizzato o, peggio, “strumentalizzato”.

Limitarsi a censurare l'attitudine dell'Autorità Garante a definire mercati merceologicamente limitati, a causa di un uso *ristretto* del parametro della sostituibilità, porta solo a constatare un fatto, una prassi; né è possibile attribuire ad essa connotati negativi assumendo che così facendo si rischia di estendere a dismisura l'applicabilità di una norma (l'art. 3) volta a tutelare *il* mercato e non *uno specifico* mercato; perché simili giudizi di valore attengono a ragioni politiche che esulano dalla problematica dell'individuazione del mercato rilevante. Probabilmente l'interprete dovrebbe limitarsi a prendere atto di questa situazione preoccupandosi semmai che l'applicazione di quel parametro avvenga secondo regole oggettive, non discriminatorie e prive di discrezionalità.

A questo proposito sono molti gli autori che propongono di utilizzare strumenti mutuati dalle scienze economiche per misurare la *sostituibilità economica* fra prodotti nella definizione del mercato merceologico rilevante ⁽²⁹⁾.

Storicamente il concetto di sostituibilità è stato variamente inteso nel corso degli anni ⁽³⁰⁾; in un primo momento si è focalizzata l'attenzione sulla sostituibilità dal lato della domanda misurata in termini di *elasticità* della domanda al prezzo ⁽³¹⁾; successivamente gli studi sul mercato del prodotto

⁽²⁹⁾ Primo fra tutti, in ambito italiano, DENOZZA, *op. cit.*, 82; ma si vedano pure le considerazioni in tal senso svolte FRIGNANI - WAELBROEK, *op. cit.*, 240.

⁽³⁰⁾ Infatti data del 1948 la nota sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti (*United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S., 495, 508) in cui essa riconosce “la difficoltà di stabilire una regola per identificare (quali aree o) quali prodotti siano in concorrenza tra loro”. Ciò perché nella maggior parte dei casi ci si trova di fronte a prodotti differenziati, vale a dire prodotti che presentano caratteristiche tali da renderli non omogenei, caratterizzati da *rapporti di sostituibilità imperfetta*. Per più ampi riferimenti alla giurisprudenza statunitense, cfr. WERDEN, *The History of Antitrust Market Delineation*, in *US Department of Justice, Economic Analysis Discussion Paper*, 1992, 92.

⁽³¹⁾ La quale, come noto, misura la variazione della quantità domandata di un bene al variare del suo prezzo. Essa consente di calcolare il grado di disponibilità del consumatore (inteso in senso ampio, comprensivo delle imprese fornitrici e acquirenti) a rivolgersi a prodotti simili, (cd. succedanei) ma non identici, a quelli desiderati per soddisfare un proprio bisogno. Se il consumatore è disposto a spostarsi dal consumo di un bene al consumo

hanno condotto Bain ⁽³²⁾ ad affermare l'opportunità di misurare il grado di sostituibilità tra prodotti differenziati in termini di *elasticità incrociata* della domanda ⁽³³⁾.

Il grande passo in avanti, nel senso di una ricostruzione globale delle singole fattispecie vietate - si parla soprattutto dei casi di *monopolization e attempt to monopolize* vietati dalla Sec. 2 dello Sherman Act -, e che non frazioni la valutazione di un caso in tanti distinti momenti, riducendo così il rischio di duplicazioni inutili nel vaglio delle informazioni, ha luogo negli anni '70, quando vari economisti ⁽³⁴⁾, nel solco tracciato da Bain, sostengono l'esigenza di ricondurre l'individuazione del mercato rilevante all'analisi della *sostituibilità economica* tra prodotti (e tra aree geografiche) misurata però attraverso la nozione di *potere di mercato*.

Una simile ricostruzione del mercato rilevante, appare di enorme utilità nell'analisi dei casi di abuso di posizione dominante, perché consente di tenere conto anche dei dati relativi al potere di mercato dell'impresa (quota di mercato, ma anche elasticità incrociata della domanda cd di mercato ed

di un altro bene, allora i due beni appartengono ad uno stesso mercato. In termini economici, se un piccolo aumento percentuale del prezzo del bene considerato determina una sensibile riduzione della quantità domandata di esso, se, cioè, secondo gli schemi dell'elasticità della domanda di un prodotto rispetto al suo prezzo il valore di questa è superiore all'unità, significa che i consumatori sono disposti a spostarsi verso il consumo di altri beni.

⁽³²⁾ BAIN, *op. cit.*, 216.

⁽³³⁾ L'elasticità incrociata della domanda - che si basa sull'elasticità della domanda rispetto al prezzo - misura quanto varia la quantità domandata di un bene *i* al variare del prezzo del prodotto *j*. L'analisi dell'elasticità incrociata della domanda consente di misurare il grado di disponibilità del consumatore a spostarsi dal consumo di un bene a quello di un suo succedaneo (questa volta determinato e non con riferimento alla generica possibilità di sostituzione con altri beni) come risposta ad un aumento percentuale del prezzo del primo bene. Quando tali prodotti (principali e succedanei) sono offerti da imprese distinte, e il valore dell'elasticità incrociata è elevato, queste ultime possono essere considerate tra loro in relazione di concorrenza e, dunque, appartenenti allo stesso mercato. Come noto, il valore dell'elasticità incrociata della domanda, in presenza di beni succedanei è sempre positiva: un aumento percentuale del prezzo di un bene determina una diminuzione della quantità domandata dello stesso, ma al contempo, determina un aumento della quantità domandata del bene succedaneo; pertanto, la variazione del prezzo del primo bene e la variazione della quantità domandata del secondo hanno lo stesso segno, quindi il valore della loro elasticità incrociata è positivo.

⁽³⁴⁾ POSNER, *cit.* e AREEDA-TURNER *cit.*

elasticità dell'offerta di mercato, ecc.) e delle barriere all'entrata sullo stesso.

Il risultato di questi studi, che peraltro oggi trovano testuale riscontro nelle *merger guidelines* americane e nella stessa giurisprudenza della Suprema Corte, è sintetizzabile nella seguente definizione di mercato merceologico: due o più prodotti potranno considerarsi sostituti, in senso economico, quando in caso di piccolo ma significativo e non transitorio aumento di prezzo (del 5-10%) da parte dell'impresa che si assume in posizione dominante (ipotetico monopolista), si avrà (nel termine - variabile - di circa un anno) una consistente diversione della domanda dal prodotto dell'impresa verso altri prodotti; diversione che si realizza con una velocità ed intensità tali da rendere non profittevole l'aumento di prezzo da un punto di vista economico ⁽³⁵⁾.

Fintanto che esistono significative possibilità di sostituzione per il consumatore, che lo inducono ad orientare le proprie scelte verso altri prodotti, il progressivo allargamento del mercato del prodotto non può arrestarsi, perché significa che tutti gli altri possibili beni esercitano una pressione concorrenziale sull'impresa considerata, limitandone il potere di mercato (sono cioè dei buoni sostituti del prodotto offerto dall'impresa);

⁽³⁵⁾ Questo criterio è stato utilizzato per la prima volta dal Dipartimento di Giustizia statunitense nelle *Merger Guidelines* del 1982 (e riproposto - in versione aggiornata, riprendendo le indicazioni nel frattempo fornite dagli studi di Landes e Posner (*cit.*) - anche nell'ultima versione del 1992): per misurare la sostituibilità dal lato della domanda (*demand-side substitution*) si parte dal prodotto venduto dall'impresa che si presume in posizione dominante e, dopo aver analizzato le caratteristiche della domanda, si ipotizza un aumento di prezzo rispetto a quello concorrenziale (le *Merger Guidelines* del 1992 propongono di riferirsi ad un ipotetico aumento del 5% rispetto a quello concorrenziale anche se poi precisano che "...however, what constitutes a "small but significant and nontransitory" increase in price will depend on the nature of the industry, and the Agency at times may use a price increase that is larger or smaller than five percent"), quindi si valuta il comportamento (presumibile) dei consumatori. Se questi si rivolgono (presumibilmente) ad un altro prodotto, in misura e con velocità tali da rendere l'aumento non vantaggioso per l'impresa che lo ha posto in essere (ciò che, in termini concreti, si traduce, secondo le indicazioni delle *Merger Guidelines* del 1992, nel termine di *un anno*), si aggiunge al primo prodotto considerato quello che appare il *next-best* sostituto, e si ripete l'operazione (ipotizzando, però, che l'impresa produca ed offra sia il primo che il secondo bene) fino a quando non viene identificato un gruppo di prodotti per i quali l'impresa potrebbe imporre un aumento di prezzo "piccolo ma significativo e non transitorio", senza per questo vedere ridotte le proprie vendite in favore di altri prodotti; l'insieme di tali prodotti costituisce il mercato rilevante del prodotto.

sicché un mercato del prodotto così definito sarebbe troppo stretto.

L'utilizzo di questo metodo, logicamente corretto e rigoroso consentirebbe, e di fatto consente alle Autorità antitrust statunitensi, di organizzare le numerose informazioni raccolte nel corso delle indagini (attraverso richieste scritte di informazioni e quesiti relativi all'opinione delle imprese, comunicazioni di dati empirici da parte di imprese e associazioni di consumatori, consultazione dei responsabili marketing o altri dirigenti delle imprese, visite o sopralluoghi nelle sedi delle parti, dei loro clienti e dei loro concorrenti, ecc.) razionalizzandole in base ad unico comune denominatore (la *sostituibilità economica* misurata in termini di *potere di mercato* dell'impresa considerata), assicurando così trasparenza ed oggettività di valutazione nella definizione del mercato del prodotto (ma simili valutazioni valgono pure per il mercato geografico). Le difficoltà pratiche che le autorità incontrano necessariamente nel convertire questo principio teorico in dato empirico utilizzabile nell'individuazione del mercato rilevante non deve far rinunciare alla sua utilizzazione, né ai risultati benefici che possono derivarne ⁽³⁶⁾.

3.2. (segue) la sostituibilità dal lato dell'offerta (cenni)

Meno frequente è invece, nella prassi dell'Autorità, il ricorso al parametro della sostituibilità dal lato dell'offerta, il quale, come noto, consente di tenere conto delle concrete possibilità che altre imprese abbiano di convertire o adattare la propria capacità produttiva, attualmente non utilizzata, oppure utilizzata per altri scopi ma convertibile con rapidità e senza costi significativi, alla produzione di beni o servizi che costituiscono soddisfacenti sostituti di quelli dell'impresa considerata ⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ Ci si riferisce al problema dell'individuazione del prezzo base da prendere in considerazione per l'applicazione dell'ipotetico aumento del 5-10%: nel caso di accertamento di una fattispecie di abuso di posizione dominante il prezzo da cui partire non può essere quello esistente sul mercato prima dell'abuso (come nel caso delle concentrazioni in cui si fa riferimento al prezzo esistente prima dell'operazione) perché esso è già il risultato di un turbamento delle dinamiche concorrenziali. Per cui, in questi casi appare preferibile riferirsi al prezzo concorrenziale; cioè al prezzo che esisterebbe se su quel mercato non vi fosse un'impresa in posizione dominante.

⁽³⁷⁾ Può accadere, infatti, che alcuni prodotti, benché non sostituibili dal lato della domanda, siano considerati come appartenenti al medesimo mercato a causa delle loro condizioni di produzione molto simili, che facilitano l'entrata sul mercato di altre imprese. In

Le ragioni di questa minore attenzione sono rintracciabili negli angusti limiti entro cui l'Autorità consente il ricorso al parametro in discorso: in più occasioni, infatti, essa ha precisato che "affinché il mercato del prodotto risulti costituito, dal lato dell'offerta, oltre che dalle imprese (e dai relativi beni prodotti) che attualmente vi operano, anche da quelle che, con sforzi ragionevoli e in tempi sufficientemente brevi, vi possono accedere, non è sufficiente che la convertibilità degli impianti e dei macchinari sia meramente possibile, ma deve risultare anche economicamente e commercialmente vantaggiosa" ⁽³⁸⁾; in più le imprese da prendere in considerazione possono essere solo "quelle che - in ragione delle proprie caratteristiche organizzative e della idoneità ad estendere la propria attività da un prodotto o servizio all'altro - non devono compiere significativi investimenti in capacità produttiva per iniziare a produrre" ⁽³⁹⁾.

ambito comunitario, tanto la Commissione che la Corte ammettono da tempo che l'analisi della sostituibilità dal lato dell'offerta sia utilizzata al fine di integrare il giudizio sull'individuazione del mercato rilevante (cfr. casi *CONTINENTAL CAN*, CG del 21 febbraio 1973, causa 6/72 e *MICHELIN*, CG del 9 novembre 1983, causa 382/81). In particolare, nel caso *MICHELIN* (cit.), la Corte ha sottolineato che la mancanza di sostituibilità dal lato dell'offerta "tra pneumatici per autoveicoli pesanti e pneumatici per autovetture, a causa delle notevoli differenze nelle tecniche di produzione, nonché negli impianti e nelle attrezzature necessari a tale scopo" impediva di considerarli come appartenenti allo stesso mercato. Pertanto, la *specializzazione* delle imprese richiesta per la produzione di beni sostituiti, in quanto *limitava la sostituibilità dal lato dell'offerta*, impediva, nei casi come questo, di ricomprendere nello stesso mercato due o più prodotti.

⁽³⁸⁾ Cfr. caso *SIP/SISTEMA GSM*, in *Boll.* 1993/32. Tra gli altri casi in cui l'Autorità ha fatto espresso riferimento, ai fini di valutare il mercato rilevante, alla necessità di affiancare al criterio della sostituibilità dal lato della domanda, quello della sostituibilità dal lato dell'offerta, si vedano i casi *TEKAL/ITALCEMENTI*, 1995/2793, in *Boll.* 1995/6; *ITALCHIMICA-GVN/ENICHEM AGRICOLTURA*, 1995/3162, in *Boll.* 1995/29 (NPK); *DE MONTIS CATERING/AEROPORTI DI ROMA*, 1995/2854, in *Boll.* 1995/9; *ASSITAL/SIP*, 1995/3077, in *Boll.* 1995/22 e *NUOVA ITALIANA COKE/PROVVEDITORATO PORTO DI VENEZIA*, 1995/2970, in *Boll.* 1995/17.

⁽³⁹⁾ Gli investimenti a cui fare riferimento comprendono, oltre agli aspetti tecnici di produzione, gli aspetti di commercializzazione del prodotto. Indizi importanti da considerare sono l'eventualità che in passato si siano già verificate sostituzioni in seguito a mutamenti nei prezzi relativi dei prodotti considerati; che vi siano imprese che producono entrambi i beni o servizi; o, infine, alla considerazione che la capacità produttiva a cui si fa riferimento sia effettivamente convertibile alla nuova produzione, tenuto conto ad esempio dei vincoli contrattuali.

Scontata e in parte giustificata la reazione della dottrina, secondo cui un simile criterio, anziché essere relegato a ruolo subordinato rispetto a quello della sostituibilità dal lato della domanda, “meriterebbe probabilmente di essere maggiormente valorizzato e più frequentemente utilizzato, soprattutto in particolari casi”⁽⁴⁰⁾; non solo, ma anche qui l’apporto razionalizzatore delle teorie economiche sarebbe prezioso⁽⁴¹⁾. Con l’avvertenza che la maggiore attenzione che questi autori reclamano nei confronti della sostituibilità dal lato dell’offerta, non deve necessariamente arrivare agli estremi delle posizioni delle corti statunitensi, dove in nome dell’efficienza - e grazie al supporto delle teorizzazioni degli economisti di Chicago - si dà grande rilievo alla concorrenza potenziale, con il risultato di

(40) Secondo NIUTTA, *Il mercato rilevante*, in *Conc. e merc.*, 1993, 155 ciò è particolarmente vero con riguardo a casi nei quali si tratta di separare prodotti o servizi che, pur presentando indubbe caratteristiche di non intercambiabilità dal lato della domanda, si collocano, secondo la stessa valutazione della Autorità, in settori particolarmente vicini o addirittura continui. In tal caso infatti, data la notevole vicinanza fra i prodotti o i servizi, appare opportuno valutare in qual misura il passaggio da un segmento all’altro del mercato da parte delle imprese che operano nell’uno o nell’altro segmento sia potenzialmente riscontrabile

(41) Volendo fare un esempio del possibile impatto delle teorie sopra descritte, si tengano presenti alcuni casi decisi dall’Autorità Garante: essa ha più volte affermato l’esistenza o la mancanza di sostituibilità dal lato dell’offerta e, conseguentemente, l’inclusione o esclusione di altri prodotti dal mercato rilevante, deducendola talvolta dalle diverse tecniche costruttive adottate in Italia (per cui il mercato del cemento era distinto da quello degli altri materiali da costruzione: *TEKAL/ITALCEMENTI, cit.*); tal’altra dal fatto che il servizio di *catering* richiede specifica qualificazione degli operatori rispetto a quello più generale di *handling* ed è soggetto a differente regime autorizzatorio (caso *DE MONTIS cit.*); in altri casi, ancora, dalle diversità organizzative che caratterizzano le imprese che offrono il servizio di installazione anziché quello di manutenzione di impianti telefonici (caso *ASSITAL/SIP, cit.*); o ancora dalle diverse caratteristiche dei soggetti legittimati all’accettazione delle scommesse (modalità di calcolo, diverso grado del rischio, ecc. caso *SNAI/UNIRE cit.*).

Se si applicasse anche qui il test del piccolo ma significativo e non transitorio aumento di prezzo - misurando la sostituibilità dal lato dell’offerta con il parametro dell’elasticità dell’offerta al prezzo - rientrerebbero comunque nel mercato rilevante - oltre ovviamente ai prodotti dell’impresa e quelli ad essi sostituibili al lato della domanda - anche quelli prodotti da tutte quelle imprese che, in seguito ad un incremento di prezzo rispetto a quello concorrenziale, espanderebbero la propria capacità produttiva ovvero entrerebbero nel mercato immettendovi nuovo output, in modo da rendere comunque profittevole per l’impresa che ha posto in essere l’aumento di prezzo.

arrivare assai raramente a considerare consistente una barriera all'entrata e dunque potenzialmente chiuso un mercato.

3.3. *Il mercato geografico. Criteri per la sua determinazione adottati in ambito comunitario e in quello italiano*

Analoghe considerazioni sono da svolgersi con riferimento al processo di definizione del mercato geografico ⁽⁴²⁾. Anche qui il problema sta nel riuscire ad isolare uno spazio geografico, definendone i confini in modo tale che su di esso vi siano condizioni di concorrenza abbastanza omogenee per tutti gli operatori presenti: nella definizione dell'Autorità Garante, infatti, esso individua "quella zona geografica in cui il prodotto è in commercio in condizioni omogenee" ⁽⁴³⁾. Comunemente, il criterio determinante consiste nella possibilità, per l'acquirente stabilito all'interno di un territorio, di procurarsi i prodotti presso fornitori stabiliti in un'altra parte di questo territorio ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ Anzitutto, e in via preliminare, dell'opportunità e dell'importanza di definire il mercato rilevante anche sotto il profilo geografico, è agevole rendersi conto: un'analisi che si limitasse a definire il solo mercato del prodotto e poi, sulla base di questo, a valutare la posizione dominante dell'impresa, sarebbe imprecisa e fuorviante poiché ben può verificarsi il caso che due o più prodotti siano in rapporto di significativa sostituibilità in una data area (e quivi costituire un autonomo mercato rilevante) e non esserlo in un'altra; cosicché a seconda dell'area geografica considerata, gli stessi prodotti costituirebbero o meno un mercato rilevante a sé, alterando i risultati raggiunti nell'analisi della sostituibilità tra di essi. Nelle parole di ALESSI, *L. 287/1990: tutela cautelare inibitoria, mercato rilevante e altri problemi*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, II, 125, esso viene definito come "lo spazio commerciale nel cui interno occorre valutare le condizioni della concorrenza e la potenza dell'impresa dominante sul mercato".

⁽⁴³⁾ Cfr. Autorità Garante, casi *AEROPORTI DI ROMA*, in *Boll.* 6/93 e *GRUPPO SICUREZZA /AEROPORTI DI ROMA*, in *Boll.* 35/93. La definizione è ripresa da quella esplicitata dalla Corte di Giustizia nel caso *UNITED BRANDS (cit.)*, secondo cui il mercato geografico rilevante è "un territorio nel quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e simili per tutti gli operatori economici".

⁽⁴⁴⁾ Difatti, come fa notare FRIGNANI, *op. cit.*, 332, la nozione di "omogeneità" sta a significare che le imprese operanti in questo mercato non debbono essere sottoposte a trattamenti differenti a seconda della parte di mercato considerata; per cui, se "le condizioni di concorrenza in una parte del territorio sono più favorevoli per gli operatori quivi stabiliti,

Ciò premesso, gli indici pertinenti per l'individuazione geografica del mercato rilevante, possono sinteticamente riassumersi ne: la natura e le caratteristiche dei prodotti o servizi ⁽⁴⁵⁾, le condizioni di offerta degli stessi, il loro stato di commercializzazione, le preferenze e le abitudini dei consumatori ⁽⁴⁶⁾ - sempreché esse varino a seconda delle aree geografiche ⁽⁴⁷⁾ -, nonché la fedeltà dei consumatori verso una data impresa, la presenza di ostacoli all'entrata ⁽⁴⁸⁾ (ad esempio: quelli di ordine tariffario che possono

rispetto a quelli che sono stabiliti altrove, ma nello stesso territorio, di modo che gli acquirenti hanno interesse ad ottenere i prodotti dai fornitori locali, le due parti costituiranno mercati geografici distinti”.

⁽⁴⁵⁾ In ambito italiano, si considerino, a titolo di esempio, i casi *TEKAL/ITALCEMENTI*, in *Boll.* 6/95 in cui è stata data rilevanza alla *deperibilità* del calcestruzzo per definire il mercato geografico come limitato al territorio della Sardegna. Cfr. pure il caso *ITALCHIMICA-GVN/ENICHEM AGRICOLTURA*, (in *Boll.* 1995/29) dove l'Autorità ha considerato fattori quali le differenze tra “condizioni climatiche, caratteristiche dei terreni, coltivazioni e modelli di organizzazione produttiva”, in quanto in grado di incidere sulla domanda di concimi. Facendo uso di tali criteri ha ritenuto mercato geografico l'Italia settentrionale, distinguendolo così dal resto del territorio nazionale. In ambito comunitario *Comm.* 10.12.1982, *BTITISH TELECOMMUNICATIONS*, in *GUCE* 82, L 360; *Comm.* 21.12.1988, *ITP-BBC-RTE*, in *GUCE* 89, L 78 (ove la natura dei prodotti - guide dei programmi televisivi nazionali - a diffusione tipicamente locale ha fatto definire un mercato ristretto).

⁽⁴⁶⁾ Valga per tutti il caso *VIACARD* (*Boll.*, 1994/30-31), in cui sono state considerate mercati geograficamente rilevanti le singole tratte autostradali sulle quali si trovano le cd. “isole telematiche” (cioè quei caselli autostradali ove è possibile pagare il pedaggio solo mediante carte di credito emesse dalla società concessionaria del servizio autostradale) dal momento che, “pur essendo il volume di traffico che si svolge su ciascuna di esse una parte assai ridotta dell'intero traffico autostradale nazionale, per una parte considerevole degli utenti di tale singola tratta, tali uscite non sono sostituibili con quelle limitrofe”.

⁽⁴⁷⁾ E purché esse risultino da circostanze oggettive e siano tali da escludere dal raggio di scelta dei consumatori prodotti ai quali essi non sono abituati. Ad esse si aggiungano differenze di linguaggio, di abitudini, culturali, ecc. proprie di ogni singola zona. Per la prassi italiana cfr.: *ASSOUTENTI/ALITALIA* (*cit.*) dove l'AGCM ha escluso la sostituibilità del trasporto aereo di linea da altre modalità (voli charter, treno e autobus) in ragione delle rilevanti differenze di prezzo, della regolarità del servizio e dei tempi di trasporto e *POZZUOLI FERRIES/GRUPPO LAURO* (*cit.*). Per la prassi comunitaria: *Industria Europea dello Zucchero* (*cit.*), *United Brands* (*cit.*), *Tetra Pak I* (*GU* 88 L 272).

⁽⁴⁸⁾ Tali sono 1. le barriere normative a) agli scambi interstatuali (cfr.: *United Brands, cit.*) e b) agli scambi fra zone geografiche all'interno del territorio nazionale (cfr. AGCM casi *3C COMMUNICATIONS*, in *Boll.* 1992/5, *FERROVIE DELLO STATO/FREMURA*, in *Boll.* 1993/32, *CONSORZIO CAPRI*, in *Boll.* 1993/40-41 e *CONSORZIO TREVÌ*, in *Boll.* 1994/8) e 2. le barriere

precludere o limitare l'ingresso di prodotti esteri ⁽⁴⁹⁾, nonché l'esistenza, tra il territorio in oggetto e quelli vicini, di differenze notevoli nelle quote di mercato delle imprese o di sostanziali differenze di prezzo ⁽⁵⁰⁾.

Altro criterio sovente impiegato è quello dei costi di trasporto ⁽⁵¹⁾, idoneo a determinare i *limiti territoriali di redditività* dei vari prodotti ⁽⁵²⁾; ancora si dà rilievo al comportamento degli operatori e alla loro politica commerciale, specie quando "uniformemente rivolta ad operare su un dato mercato solo attraverso società locali, la cui produzione è destinata allo

economiche e sociali, quali costi di trasporto, caratteristiche fisiche del prodotto – es: la deperibilità – facilità di accesso alle reti distributive locali (cfr.: *Continental Can, cit.* e *United Brands, cit.*), ecc.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. caso *United Brands, cit.*, punti 48.49 e 50.

⁽⁵⁰⁾ Sulle differenze di prezzo fra prodotti cfr. AGCM *ASSOUTENTI/ALITALIA (cit.)* e *POZZUOLI FERRIES/GRUPPO LAURO (cit.)*.

⁽⁵¹⁾ L'Autorità Garante - nel dare rilievo al parametro della sostituibilità dal lato dell'offerta - ha precisato il valore dell'incidenza dei costi di trasporto in svariati casi, tra cui: *AIS-ATI/ITALKALI*, in *Boll.* 6-7/94, *TEKAL/ITALCEMENTI, cit.*, *DE MONTIS CATERING/AEROPORTI DI ROMA (cit.)*, *MARINZULICH/TIRRENIA (cit.)*, *POZZUOLI FERRIES/GRUPPO LAURO (cit.)*, *IBAR-SEA/AEROPORTI DI ROMA (cit.)*, *ASSOUTENTI/ALITALIA (cit.)* e *VIACARD (cit.)*. In particolare, nel caso *MARINZULICH/TIRRENIA*, ha ritenuto che il mercato geografico fosse costituito dalla rotta che unisce Cagliari ai porti di Genova e di Livorno - considerati questi fungibili in ragione dell'adeguatezza dei collegamenti autostradali che rende trascurabile l'incidenza dei costi di trasferimento via terra delle merci -. Per quanto riguarda la Sardegna, l'Autorità ha ritenuto di dover isolare le sole rotte in partenza e in arrivo da Cagliari - definendo così un mercato ristretto - in quanto esse non apparivano sostituibili con le rotte in partenza da Olbia e Porto Torres; e ciò a motivo del fatto che per le imprese di autotrasporto, gli elevati costi del trasporto terrestre, risultavano molto superiori ai costi del trasporto marittimo, per cui il Nord e il Sud della Sardegna erano da considerare bacini di utenza separati. Analogamente, nel caso *TEKAL/ITALCEMENTI* (in *Boll.* 1995/6), il mercato geograficamente rilevante nel settore della produzione e vendita del cemento, è stato considerato la Sardegna tutta intera in ragione dei maggiori costi di trasporto del prodotto che le imprese produttrici e distributrici di cemento installate sulla penisola dovrebbero affrontare per raggiungere l'isola, rispetto alle forniture di cemento prodotto in Sardegna. Era proprio questa rilevante differenza nei costi di trasporto a rendere scarsamente sostituibile l'offerta di cemento sarda rispetto a quella potenzialmente proveniente da altre zone del Paese.

⁽⁵²⁾ Più in generale, sul problema dei cd. *costi di sostituzione geografica dei prodotti* si vedano FRIGNANI WAELBROEK, *op. cit.*, 109; MARCHETTI E UBERTAZZI, *Commentario Breve, cit.*, 365 e GHIDINI-HASSAN, *Diritto industriale e della concorrenza nella CEE*, Milano, 1991, 43.

stesso pubblico”⁽⁵³⁾.

Più frequente - che nel caso del mercato del prodotto - è il ricorso al parametro della sostituibilità dal lato dell'offerta⁽⁵⁴⁾; esso costituisce infatti lo strumento migliore per valutare se le condizioni di concorrenza sono effettivamente omogenee all'interno di una certa area geografica. Ciò perché - dal lato della domanda - la “capacità del consumatore di contrastare, tramite la propria mobilità, l'esercizio del potere di mercato da parte di un'impresa è per contro limitata ad ambiti spaziali alquanto ristretti”⁽⁵⁵⁾. In altre parole, l'incidenza del potere del consumatore rispetto a quello dell'impresa - che si assume in posizione dominante - è assai bassa dal momento che sebbene egli possa muoversi facilmente dal consumo di un prodotto ad un altro in una stessa area, si sposta viceversa con difficoltà verso altre zone.

3.4. I mercati ristretti o sub-nazionali. Ovvero: triplice dimensione del mercato geografico in ragione della diversa intensità delle barriere all'entrata sul mercato

⁽⁵³⁾ Cfr. caso *Michelin*, (*cit.*), punti 25 e ss.

⁽⁵⁴⁾ Così, ad esempio, nel caso *IBAR/SEA* (AGCM, in *Boll.* 11/1994), ove il mercato del prodotto era stato individuato nei servizi di *handling* (offerti negli aeroporti milanesi in esclusiva dalla Sea), l'Autorità Garante ha ritenuto che il mercato geografico rilevante fosse costituito dagli aeroporti di Milano-Linate e di Milano-Malpensa, e ciò in considerazione del fatto che le condizioni di concorrenza nei due aeroporti (servizio, tariffe e modalità organizzative) risultavano essere perfettamente analoghe. Ciò l'Autorità ha stabilito nonostante il fatto che i due aeroporti non fossero pienamente sostituibili per le compagnie aeree, giacché vi si svolgevano tipologie diverse di traffico: lo scalo di Linate era destinato essenzialmente al traffico di linea nazionale e internazionale a breve raggio, mentre lo scalo di Malpensa era utilizzato dai vettori per voli charter e traffico internazionale. Altri casi sono: AGCM, *CONSORZIO CAPRI*, in *Boll.* 40-41/93 e *TAV*, in *Boll.* 8/94. Per un'ampia ricostruzione della materia si veda MUNARI, *Trasporti e infrastrutture di trasporto*, 236 e BUBBI, *La gestione dei servizi aeroportuali*, 292, entrambi in *Conc. e merc.*, 1994. Ancora, nel caso *NUOVA ITALIANA COKE/PROVVEDITORATO AL PORTO DI VENEZIA*, caso 1995/3211 in *Boll.* 1995/31-32, i porti di Venezia e Porto Marghera sono stati considerati come un unico mercato geografico (circostrizione portuale di Venezia), in considerazione delle caratteristiche delle operazioni che vi si svolgevano, che erano tali da far ritenere che le condizioni di concorrenza per gli operatori fossero analoghe.

⁽⁵⁵⁾ Così. PARCU, *op. cit.*, 330.

Una prima, semplice, riflessione conclusiva muove dalla constatazione che il mercato rilevante può assumere dimensioni ultra-nazionali ⁽⁵⁶⁾, nazionali ⁽⁵⁷⁾ e sub-nazionali (i mercati ristretti, appunto), e ciò in ragione della presenza e dell'intensità di quegli elementi che limitano l'accesso al mercato su cui opera l'impresa in posizione dominante. In altre parole, quanto più consistenti si presentano questi vincoli (elevati costi di trasporto, alta deperibilità del prodotto, presenza di norme che impongono

⁽⁵⁶⁾ Sebbene il problema della definizione di un mercato geografico di dimensioni sovra nazionali non sia approfondito nel testo, vale la pena ricordare il dibattito, particolarmente vivace nella dottrina statunitense, circa il peso da riconoscere, al fine di definire il mercato rilevante, alle importazioni, attuali e potenziali; dibattito i cui termini essenziali si trovano riassunti, da ultimo, in VALDINA, *op. cit.*, 1207. Le note dell'Autore sono a commento di un'ordinanza della Corte di appello di Milano del 23 gennaio 1992, la quale ha escluso la configurabilità di una posizione dominante sul mercato nazionale in ragione dell'importanza - espressa in termini di quota di mercato - del prodotto in questione - costituita da flussi (attuali) di importazione del prodotto stesso. In alcuni casi l'Autorità Garante ha preso in considerazione mercati che, dal lato dell'offerta apparivano internazionali, ma che, dal lato della domanda dovevano invece considerarsi nazionali in considerazione di vari fattori (ad es.: le diversità degli standard tecnici richiesti da norme nazionali, i vantaggi per le imprese nazionali in termini di conoscenza del mercato, le dinamiche dei tassi di cambio, l'incertezza sull'approvvigionamento e l'esistenza di capacità produttiva in eccesso sui mercati nazionali): cfr. AGCM casi *CONSORZIO CAPRI (cit.)*, *CONSORZIO TREVI (cit.)*, *TEKAL/ITALCEMENTI (cit.)* e *TAV (cit.)*.

⁽⁵⁷⁾ Spesso l'esistenza di leggi e atti amministrativi che attribuiscono ad un'impresa il diritto a svolgere in esclusiva una determinata attività su tutto il territorio nazionale, facilita il giudizio sul mercato geografico individuandolo nell'intera superficie dello Stato, costituendo esse importanti, e spesso insuperabili, barriere all'entrata di nuovi operatori sul mercato. Ne sono esempi i casi: *3C COMMUNICATIONS*, in cui si è ritenuto che il mercato italiano costituisse un mercato a sé in ragione del particolare regime giuridico che caratterizza la gestione e la fornitura del servizio di messa a disposizione della rete e dei relativi servizi di telecomunicazione; anche nel caso *FERROVIE DELLO STATO/FREMURA* (in *Boll.*1993/32), riguardante l'organizzazione e la commercializzazione del servizio di trasporto ferroviario di containers, è stato ritenuto mercato geograficamente rilevante l'intero territorio nazionale, dato che il servizio di trazione che gli operatori richiedono alle Ferrovie dello Stato è esteso, per legge, all'intero territorio nazionale; nel caso *CONSORZIO CAPRI* (in *Boll.*1993/40-41), si è distinto tra lato dell'offerta e lato della domanda: e, mentre sotto il primo profilo si è ritenuto che il mercato fosse tendenzialmente di dimensioni internazionali, sotto il profilo della domanda si è rilevato come esso risultasse fortemente segmentato nei diversi mercati nazionali, in quanto essi sono caratterizzati da rilevanti barriere normative, economiche e tecnologiche. Lo stesso argomento è stato utilizzato dall'Autorità Garante nel caso *CONSORZIO TREVI* (in *Boll.* 1994/8.).

stringenti controlli qualitativi o che riconoscono diritti esclusivi, contingentamento delle importazioni, ecc.) tanto più limitata sarà la spinta concorrenziale operata da concorrenti, consumatori e fornitori al potere di mercato dell'impresa considerata, e tanto più ristretta sarà l'estensione geografica del mercato rilevante.

Preme ora soffermarsi ad esaminare quei provvedimenti in cui l'Autorità Garante ha definito i mercati geografici come ristretti: essi, infatti, presentano aspetti assai più interessanti e complessi rispetto al caso dei mercati nazionali, perché impongono di vagliare un maggior numero di indici che viceversa, in altri casi, vengono ignorati ⁽⁵⁸⁾.

L'elenco delle decisioni nelle quali l'Autorità ha individuato un mercato ristretto è assai ampio; ciò che, secondo la dottrina, evidenzia una tendenza interpretativa dell'organo alla "parcellizzazione del mercato geografico" ⁽⁵⁹⁾ - analoga a quella emersa nella analisi dei mercati merceologici - e, conseguentemente, ad un "abbassamento della soglia di rilevanza delle restrizioni concorrenziali (la quale viene fatta coincidere con ambiti anche locali) con evidente espansione dell'applicazione della disciplina antitrust" ⁽⁶⁰⁾.

Anche qui vale quanto detto a proposito del mercato del prodotto, e cioè che occorre distinguere due piani: quello legato a questioni di metodo

⁽⁵⁸⁾ Difatti, nei casi in cui, ad esempio, un mercato geografico rilevante viene definito di dimensioni nazionali per la presenza di diritti speciali ed esclusivi (come un monopolio legale), ogni analisi dettagliata di ulteriori elementi per definire il mercato geografico diventa superflua. Per contro, nel caso dei mercati ristretti, le informazioni da maneggiare sono moltissime e di vario tipo; per cui, dare prevalenza ad alcune piuttosto che ad altre può significare definire un mercato di estensione più o meno ampia.

⁽⁵⁹⁾ L'espressione è di CAVANI, *op. ult. cit.*, 85, ma è condivisa anche da FRIGNANI, *Il divieto di abuso di posizione dominante nei primi quattro anni di applicazione della legge n. 287/90*, in *Dir. comm. int.*, 1995, 55; *ID*, *Intese, posizioni dominanti e imprese pubbliche nelle decisioni dell'AGCM*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, 1998, 105 e da PARCU, *op. cit.*, 331.

⁽⁶⁰⁾ Così PARDOLESI, in *Diritto antitrust italiano*, cit. 197 e FRIGNANI, *ivi*, 354. Anche CAVANI, *op. cit.*, 82, commentando la pronuncia VIACARD (*cit.*), lamenta che "per questa via, che enfatizza la centralità della protezione del consumatore nel sistema antitrust quale regola dei comportamenti delle imprese (...) facendo arretrare la linea di "non intervento" a quelle sole ipotesi in cui l'interesse in questione non sia più qualificabile "di gruppo" (...), il passo da mercati locali a mercati "rionali" sembra breve".

(vale a dire *come* l'Autorità individua i mercati ristretti e razionalizza le informazioni a sua disposizione) e quello dei possibili, infiniti, giudizi di valore che si possono esprimere sulle tendenze applicative dell'Antitrust (valutazioni sulla supposta parcellizzazione dei mercati ed eccessiva estensione della portata della norma), che invece vanno letti alla luce delle più generali finalità che la nostra Autorità intende perseguire con l'applicazione dell'art. 3.

Sotto il primo profilo, non possono non rilevarsi alcune anomalie dell'approccio dell'Autorità nel definire i mercati ristretti, che sembrano emergere dal confronto di due coppie di provvedimenti e che potrebbero attribuirsi a quella stessa mancanza di un unico solido approccio nel trattamento delle informazioni a disposizione.

Nel caso AssutentiAlitalia (*cit.*) si è individuato il mercato geografico rilevante nella singola rotta aerea Roma-Fiumicino/Milano-Linate, considerato anzitutto che "il servizio di trasporto aereo di linea di passeggeri e merci sulla rotta Roma-Fiumicino/Milano-Linate e vcv., per la sua posizione geografica e le sue caratteristiche, risulta non sostituibile (sia per le compagnie di navigazione aerea sia per i passeggeri) con il servizio di trasporto aereo sulla rotta Roma-Fiumicino/Milano-Malpensa e vcv.; considerato altresì che "il servizio di trasporto aereo sulla rotta Roma-Fiumicino/Milano-Malpensa e vcv. non risulta sostituibile con mezzi di trasporto alternativi, i quali, dal punto di vista della domanda degli utenti, presentano rilevanti differenze in termini di prezzo e prestazioni offerte". Si può peraltro notare come mentre in questo caso i due aeroporti di Milano sono stati considerati come scali "non fungibili", nel caso SEA (*cit.*) essi, sempre ai fini di determinare il mercato geografico rilevante, sono stati invece valutati unitamente (e complessivamente non sostituibili con altri scali per le compagnie aeree), quasi si trattasse di un unico scalo aereo.

Analoghe anomalie applicative si riscontrano confrontando i casi Pozzuoli Ferries/Gruppo Lauro (*cit.*) e Marinzulich/Tirrenia (*cit.*). Nel primo, l'Autorità Garante ha considerato due mercati separati le rotte che uniscono Ischia rispettivamente a Napoli e a Pozzuoli, in considerazione dei diversi tempi di percorrenza e delle difficoltà per gli utenti - dato il traffico congestionato - di raggiungere Pozzuoli da Napoli. Nel secondo - benché in relazione a percorrenze maggiori - Genova e Livorno sono stati considerati punti alternativi di imbarco per il trasporto di merci verso la Sardegna,

benché tale intercambiabilità era stata esclusa tra i porti di Olbia e Sassari ⁽⁶¹⁾.

Complessivamente, dunque - ed in accordo con la gran parte della dottrina - è dato rilevare che il metodo di individuazione del mercato geografico (nel nostro caso, ristretto) si presenta come un “parametro complesso che deve essere ricavato da numerosi elementi”; da cui si deduce una certa “diffidenza degli organi nazionali verso una ricostruzione teorica (generale) del mercato geografico di riferimento”; per cui sarebbe auspicabile “il ricorso ad un unico modello di riferimento”⁽⁶²⁾.

Prima di passare a considerare il secondo profilo - quello della valutazione della prassi dell’Autorità alla luce delle finalità dell’art. 3 - interessa riportare alcuni contributi della dottrina economica straniera sull’argomento, come spunto per una possibile ricostruzione unitaria del mercato ristretto anche in ambito italiano.

4. Proposte d'oltre frontiera: modelli economici di definizione del mercato ristretto

Anche nella definizione del mercato geografico ristretto (ma il discorso vale in generale per il mercato geografico qualunque sia la sua

⁽⁶¹⁾ Peraltro, che una rotta possa costituire un autonomo mercato è stato più volte affermato in sede comunitaria: si veda la decisione della Commissione CE, *SEA CONTAINERS/SEA LINK*, in *G.U.C.E.* n. L 15 del 18.1.94, in cui si è appunto affermato che “può costituire mercato rilevante una determinata rotta marittima, qualora essa, in relazione ai luoghi di partenza e di destinazione, non possa essere considerata dagli utenti come sostituibile rispetto ad altre rotte”.

⁽⁶²⁾ Così ALESSI, *op. cit.*, 125, il quale spiega questa affermazione per il fatto che “l’analisi dipende sostanzialmente dal tipo di impresa di cui si lamenta la posizione dominante, dal tipo di prodotto, dalla qualifica dei soggetti acquirenti e da altri parametri, il cui uso viene spesso “dosato” dall’Autorità Garante per definire il mercato geografico rilevante”. Cfr. pure PARCU, *Le regole nella decisione sul mercato rilevante in tema di intese lesive della concorrenza, abuso di posizione dominante e concentrazioni*, in *Conc. e merc.*, 1995, 327 e BRUZZONE, *op. cit.*, 21, la quale mette al riguardo in luce che così procedendo “rimane indefinito il modo in cui procedere per valutare se le condizioni di concorrenza in un’area territoriale sono adeguatamente omogenee al loro interno e sufficientemente distinte da quelle delle aree vicine”.

dimensione), le proposte d'oltre frontiera sono state numerose e tutte volte a suggerire modelli rigorosi - fondati su basi economiche -, per raccogliere, raggruppare e vagliare i dati empirici rilevanti, riducendo - per quanto possibile - i margini di errore e di discrezionalità ⁽⁶³⁾.

Conformemente alle indicazioni fornite dalla dottrina americana ⁽⁶⁴⁾, le Autorità antitrust statunitensi ⁽⁶⁵⁾ usano definire il mercato geografico come "quella area geografica in cui un ipotetico monopolista che fosse l'unico produttore presente e futuro del prodotto rilevante (come definito in base ai parametri a suo tempo illustrati) su questa zona, potrebbe vantaggiosamente imporre un piccolo, ma significativo e non transitorio aumento di prezzo, (supponendo che le condizioni di vendita di tutti i beni prodotti in altre zone rimangano costanti)" ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶³⁾ Per una rassegna puntuale di tutti i contributi dottrinari sul tema si veda WERDEN, *The History of Antitrust Market Delineation*, in US Department of Justice, *Economic Analysis Discussion Paper*, 1992, 92; BRIONES, *Market Definition in Community's Merger Control Policy*, in *European Competition Law Review*, 1994, n. 4, 195; BOUTARD LABARDE e BUREAU, *La notion de marché pertinent: entre analyse économique et droit de la concurrence*, in *Problèmes économiques*, 1994, n. 2, giugno, 16. FISHWICK, *The Definition of the Relevant Market in the Competition Policy of the European Economic Community*, in *Revue d'économie industrielle*, 1993, n. 1, 174; GLAIS, *Définition du marché de référence dans le droit de la concurrence*, Budapest, 1993; NATIONAL ECONOMIC RESEARCH ASSOCIATES, *Market Definition in UK Competition Policy*, in *Office of Fair Trading Research Paper*, 1992, n. 1; OCSE, *Topics in Competition Policy*, Centre for Cooperation with Economies in Transition, 1994.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. POSNER, *Antitrust law: an economic prospective*, Chicago, 1976, 170/181; LANDES E POSNER, *Market power in antitrust cases*, in *Harvard Law Review*, 1981, vol. 94, 937; AREEDA-TURNER, *Antitrust law: an analysis of antitrust principles*, Boston, 1978, vol. V, 205, per i quali il mercato rilevante può essere definito come il più piccolo contesto (insieme di prodotti, area geografica) nel cui ambito è possibile, tenendo conto delle esistenti opportunità di sostituzione, la creazione (e, nel caso dell'abuso di posizione dominante, l'abuso appunto) di un significativo grado di potere di mercato.

⁽⁶⁵⁾ Appoggiandosi alle indicazioni delle *Merger Guidelines* del 1984 e del 1992 predisposte dal *Department of Justice*.

⁽⁶⁶⁾ Anche qui, come per il mercato del prodotto, le *Merger Guidelines* del 1992 precisano che la soglia di aumento di prezzo (rispetto al quale valutare gli effetti del comportamento dell'impresa) è del 5-10%; l'arco temporale entro cui deve verificarsi la reazione dei consumatori (per poterne dedurre che l'aumento di prezzo operato dall'impresa non è più, per essa, profittevole) è di un anno dall'aumento; il prezzo di riferimento cui applicare l'ipotetico aumento è quello concorrenziale. Quanto al procedimento logico da seguire, anch'esso è in tutto analogo a quello visto per il mercato merceologico: partendo

In questa prospettiva, il test dell'aumento di prezzo da parte di un ipotetico monopolista può costituire "un opportuno modo di razionalizzare, in termini economici, la comparazione delle condizioni di concorrenza in diverse aree geografiche, prendendo in considerazione, in modo sistematico, gli indicatori che possono avere qualche rilevanza sul piano economico" (67).

Ciò che preme rilevare, anche per dare maggiore omogeneità al nostro discorso, è che la dottrina economica ricostruisce tali indicatori (quali, ad es: la natura e le caratteristiche dei prodotti, le preferenze dei consumatori, le differenze di prezzo, le spese di trasporto, gli ostacoli di ordine tariffario, ecc.) in termini di barriere e ostacoli - naturali ed istituzionali - che impediscono l'esplicarsi delle normali forze concorrenziali (68), le quali sarebbero altrimenti in grado di evitare o almeno ridurre il

dalla zona su cui opera l'impresa, ci si domanda se, a seguito dell'aumento di prezzo, un numero sufficiente di acquirenti si sposta verso il consumo di beni (appartenenti al medesimo mercato del prodotto) prodotti o venduti in differenti aree geografiche, ovvero (sostituibilità dal lato dell'offerta) se altre imprese (presenti o non presenti attualmente sul mercato) sono in grado di offrire il prodotto, rendendo in tal modo non profittevole l'incremento di prezzo; se sì le due aree geografiche (quella su cui opera l'impresa incriminata e quella su cui operano le altre imprese che producono i beni sostituiti) apparterranno al medesimo mercato geografico. L'operazione logica dovrà essere ripetuta, aggiungendo le nuove zone geografiche a quella su cui agisce l'azienda considerata, fino a quando non sarà possibile individuare un'area in cui l'ipotetico monopolista non possa più profittevolmente imporre un piccolo e non transitorio aumento dei prezzi.

(67) Cfr. ancora BRUZZONE, *cit.*, 22. Gli indicatori cui si riferisce l'autrice sono quelli cui si rifanno le autorità comunitarie ed italiane nell'individuazione del mercato geografico rilevante. Così facendo, tutta la serie di informazioni rilevanti verrebbero sistematizzate grazie al ricorso a strumenti economici, e tutti riportati e misurati in base ad un unico comune denominatore: la sostituibilità economica misurata in termini di potere di mercato dell'impresa in posizione dominante.

(68) Secondo la classificazione fornita da Fishwick (FISHWICK-DENISON, *The geographical dimension of competition in the European Single Market*), le barriere in grado di segmentare geograficamente il mercato rilevante possono distinguersi in:

BARRIERE NATURALI (dal lato dell'offerta):

l'esistenza di costi di trasporto che, se elevati rispetto al valore del prodotto considerato, disincentivano l'impresa dall'estendere la propria produzione in altre zone;

le difficoltà di accesso al mercato dovute all'esistenza di efficienti circuiti di distribuzione nazionali o regionali impiantati grazie ad accordi di distribuzione selettiva o ad una i nella regione;

l'esistenza di prodotti dotati di natura e caratteristiche tali da circoscrivere l'utilizzazione a

rischio - in America - del formarsi di un consistente potere di mercato dell'impresa, con conseguente chiusura del mercato stesso; ovvero - in Italia - di usi distorti del potere di mercato detenuto dall'impresa in posizione dominante ⁽⁶⁹⁾.

In altre parole, la presenza - soprattutto se massiccia - di simili barriere, poiché riduce il grado di *sostituibilità economica* fra aree geografiche (misurata come più sopra precisato), porta a circoscrivere, senza troppi sforzi, mercati geografici ristretti e, allo stesso tempo, offre preziose informazioni circa l'effettivo potere di mercato dell'impresa che vi opera ⁽⁷⁰⁾.

Riassumendo, anche al fine di mostrare con maggiore evidenza il filo rosso che lega tutte le questioni sin qui affrontate, esisterebbe una

ben delimitati territori (ad es.: deperibilità del prodotto);

BARRIERE NATURALI (dal lato della domanda):

i gusti dei consumatori, le mode (letteralmente: differenze culturali o di stile di vita in grado di creare domande specifiche).

BARRIERE ISTITUZIONALI: tra queste si ricordino l'esistenza di diritti di esclusiva legale (monopoli, concessioni, ecc.), di diritti all'entrata nel mercato, di tasse di importazione elevate, di misure di contingentamento dei flussi di importazione tutte barriere che rendono l'accesso agli operatori stranieri più difficile limitando così l'estensione geografica del mercato.

Ad es.: l'alta deperibilità del prodotto, che costituisce una barriera naturale all'ampliamento delle dimensioni geografiche del mercato rilevante, implica, a meno che vi sia un'efficientissima rete distributiva, un'elevata difficoltà per altre imprese non presenti sull'area geografica considerata, di penetrarvi per fronteggiare il potere di mercato dell'impresa ivi installata.

⁽⁶⁹⁾ Val la pena ripetere che la differenza fra i casi di *monopolization* e di abuso di posizione dominante sta proprio nel fatto che mentre i primi mirano, almeno in principio, e salvo le giustificazioni ispirate ad argomenti efficientistici, ad impedire il formarsi di un consistente potere di mercato in mano ad una unica impresa; i secondi accettano l'esistenza di una posizione dominante dell'impresa, ma la gravano di una speciale responsabilità, giudicando l'esercizio del suo potere di mercato abusivo solo qualora risponda a determinate caratteristiche.

⁽⁷⁰⁾ Vale a dire che la presenza di ostacoli di diversa natura, da un lato, impedisce la possibilità per gli acquirenti di spostarsi verso il consumo di beni di altre imprese site in diverse zone, ovvero (dal lato dell'offerta) la possibilità per altre imprese di accedere a quella stessa fascia di clienti offrendo i propri beni nell'area geografica considerata e, dall'altro, rende più facile l'imposizione di un piccolo ma significativo aumento di prezzo e cioè, l'esercizio del suo potere di mercato.

relazione per così dire “inversa” tra l’esistenza e l’incidenza di tali barriere e l’esercizio del potere di mercato da parte dell’impresa da un lato, e l’estensione geografica del mercato, dall’altro ⁽⁷¹⁾.

Per cui potranno aversi tre casi:

- se si individua un mercato geografico di dimensioni internazionali, verosimilmente, e salvo circostanze eccezionali, in quel mercato l’incidenza delle barriere, sia istituzionali che naturali, è perlopiù bassa; dunque, le capacità concorrenziali del mercato sono le più estese e il potere di mercato dell’impresa quanto più circoscritto possibile;
- se si individua un mercato rilevante di dimensioni nazionali, con ogni probabilità si è in presenza di un numero di barriere maggiore, ma che ancora consentono una certa risposta, in termini di sostituibilità - tanto dal lato della domanda che dell’offerta - all’esercizio del potere di mercato dell’impresa;
- se infine si definisce un mercato ristretto, o sub-nazionale, quasi certamente si è in presenza di un numero di barriere decisamente elevato e di grande intensità, le quali impediscono una vigorosa risposta concorrenziale (sia dei consumatori che degli altri eventuali concorrenti) all’ormai noto piccolo ma significativo aumento di prezzo da parte dell’impresa ⁽⁷²⁾.

Le prime conclusioni cui si arriva sono che: applicando i test proposti dalla dottrina economica sarebbe finalmente possibile servirsi di

⁽⁷¹⁾ Cioè: quanto più le barriere istituzionali e naturali esistono e sono intense su un determinato mercato geografico (impedendo l’ingresso di nuovi concorrenti, o la diversione della domanda dei consumatori) e, correlativamente, quanto più l’impresa è in grado di esercitare il proprio *market power*, tanto minore sarà l’estensione del mercato geografico.

⁽⁷²⁾ Volendo esemplificare: la deperibilità del prodotto calcestruzzo, tipico esempio di barriera naturale, condiziona, insieme ai tempi e ai costi di trasporto, anche la possibilità di diffusione dello stesso, determinando, nella maggior parte dei casi, una riduzione del mercato geografico di riferimento a dimensioni locali o regionali. Per misurare (economicamente) questo asserto, basterà chiedersi se l’ipotetico monopolista produttore o venditore del calcestruzzo sarebbe (salvo che sussista una rete ben articolata di distribuzione a carattere regionale o nazionale, che consenta di considerare rilevante il mercato nazionale) abbastanza libero di aumentare il prezzo del prodotto senza per questo vedere ridotta la propria clientela al punto tale da rendere non profittabile tale aumento di prezzo. Questo stesso discorso si può fare anche con riferimento ad altre barriere, quali i costi di trasporto, i flussi di importazione, le preferenze dei consumatori (anche se qui le difficoltà sono maggiori), ecc.

strumenti obiettivi e non discriminatori per sottoporre al vaglio tutti gli elementi utili e definire oggettivamente il mercato ristretto; che, una volta definito correttamente un mercato come ristretto e accertata la quasi consequenziale mancanza di sproni per l'impresa in direzione del mantenimento di quelle pur residue condizioni concorrenziali sul mercato, è comunque necessario continuare a vigilare sul suo comportamento; non a caso, difatti, tra le varie definizioni di posizione dominante fornite dalle Autorità comunitarie - e riprese da quelle italiane - vi è anche quella che fa riferimento alla "possibilità di comportamenti indipendenti" ⁽⁷³⁾ dell'impresa, capaci di danneggiare concorrenti e consumatori (comprensivi di fornitori e clienti, sia diretti che finali).

Né varrebbe a sostenere il contrario, l'opinione di chi ritiene non necessario vigilare sul comportamento di tali imprese - affinché esse non ricorrano a profittevoli comportamenti anticoncorrenziali - argomentando che la dimensione geografica del mercato è troppo piccola per essere "rilevante" ai fini di un intervento dell'Autorità Garante; giacché quello della "rilevanza" - come più volte ricordato - non è criterio pertinente all'applicazione dell'art. 3.

Neppure si potrebbe a questo punto invocare che comunque per il diritto comunitario non sarebbero rilevanti quei mercati che non siano anche economicamente *sostanziali* perché - e lo si è già dimostrato - i due termini rilevante e sostanziale sono diversi e riflettono ideologie e finalità differenti; per cui al preminente interesse alla integrazione europea, propria delle norme CE, va contrapposto l'interesse, tutto nazionale, a garantire il mantenimento di una struttura concorrenziale nel nostro mercato *tutta*, evitando comportamenti anticompetitivi - da parte di imprese in posizione dominante - su qualunque territorio (nazionale o ristretto che sia).

Ancora non decisivo sarebbe l'argomento che così facendo si finirebbe col dare preminenza alla tutela dell'interesse dei consumatori

⁽⁷³⁾ Cfr. AGCM, casi *TEKAL/ITALCEMENTI*, (cit.), *IGNAZIO MESSINA/LLOYD TRIESTINO* (cit.), *MARINZULICH/TIRRENIA* (cit.), *ASSOUTENTI/ALITALIA* (cit.), *AICI*, in *Boll.* 22/92. In ambito comunitario è soprattutto la Commissione a fare riferimento ai criteri di comportamento dell'impresa per dedurre l'esistenza di una posizione dominante, mentre la Corte di Giustizia privilegia gli elementi strutturali come, ad esempio, la quota di mercato: cfr. casi *CONTINENTAL CAN* (cit.), *UNITED BRANDS* (cit.), *HOFFMANN-LA ROCHE* (cit.), *BRITISH SUGAR*, in *GUCE* 88, L284.

anziché a finalità più immediatamente proprie della disciplina antitrust; visto che proprio la tutela del consumatore è finalmente entrata nel mirino del nostro legislatore, come dimostrano le recenti proposte normative in tema di tutela dei consumatori ⁽⁷⁴⁾.

5. La comunicazione della Commissione europea sulla definizione del mercato rilevante del 9 dicembre 1997. Conclusioni

Prima di svolgere le nostre considerazioni conclusive val la pena di soffermarsi, seppur brevemente, sulla recente “Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante” con cui la Commissione europea mostra di voler rilanciare la problematica della determinazione del mercato rilevante nell’applicazione delle norme antitrust ⁽⁷⁵⁾.

In prospettiva, sebbene lo strumento adottato non abbia carattere vincolante per le Istituzioni preposte all’applicazione delle norme antitrust ⁽⁷⁶⁾, sono chiari i benefici che potranno derivare da questa nuova

⁽⁷⁴⁾ Il riferimento è alla recente Legge 30 luglio 1998, n. 281 (in G.U. 189 del 14 agosto 1998) recante *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell’applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, in *GUCE* C372 del 9 dicembre 1997. L’iter di stesura della Comunicazione era iniziato nel luglio 1996 con l’intento, manifestato dalla Commissione, di “predisporre una Comunicazione volta ad illustrare i principi e la metodologia utilizzati nell’individuazione del mercato rilevante, nell’applicazione del diritto comunitario della concorrenza”. Nelle parole dell’Autorità Garante (Relazione 1997): “La necessità di promuovere una riflessione in tal senso emerge dalla constatazione che le definizioni di mercato attualmente disponibili, contenute nel Formulario CO relativo alla notifica delle operazioni di concentrazione ai sensi del Regolamento n. 4064/89 e nel Formulario A/B relativo alla forma, al contenuto e alle altre modalità delle domande e notificazioni presentate in forza del Regolamento n. 17/62, non risultano sufficienti a risolvere i numerosi interrogativi che sorgono quando si tratta di individuare il mercato rilevante”.

⁽⁷⁶⁾ Come noto, infatti, una comunicazione non è vincolante né per la Commissione né per la Corte di Giustizia (V. Sent. 1.2.1978 *Miller International Schallplatten*, causa n. 19/77, in *Raccolta*, 1978, 131) in quanto non è un atto giuridico di diritto comunitario ai sensi dell’art. 189 del Trattato (essa è infatti subordinata alle disposizioni del Trattato). Analogamente, i tribunali e le Autorità nazionali possono applicarla, ma non ne sono

Comunicazione; e ciò non solo nell'applicazione delle norme antitrust comunitarie, bensì anche per quelle italiane, in virtù del rinvio operato dall'art. 1, comma 4 della legge n. 287/90 ⁽⁷⁷⁾.

Più che compiere una analisi dettagliata e specifica dell'intero testo della Comunicazione, preme soffermarsi su alcuni suoi aspetti che sembrano particolarmente pertinenti con quanto sin qui detto ⁽⁷⁸⁾.

Anzitutto essa indica, quale scopo della definizione di ogni mercato rilevante, quello di "individuare in modo sistematico le *pressioni concorrenziali*

vincolati. La Comunicazione è solamente un documento interpretativo; uno strumento attraverso cui la Commissione rende noto il risultato delle proprie riflessioni interne, con mero valore esortativo-illustrativo, nel senso che si limita a fornire un ulteriore strumento di interpretazione per l'applicazione delle norme antitrust che richiedono la definizione del mercato rilevante.

⁽⁷⁷⁾ Come specificato nella stessa Comunicazione (punto 1) "Scopo della presente comunicazione è fornire indicazioni sul modo in cui la Commissione applica il concetto di mercato rilevante - del prodotto e geografico - in sede di applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza". Ai punti 4 e 5 la Comunicazione riferisce dei vantaggi che potranno derivare tanto alle imprese quanto alla Commissione stessa (in termini di maggiore trasparenza e minore discrezionalità) esprimendosi in questi termini: "Rendendo pubblici i metodi seguiti per definire il mercato e indicando i criteri e gli elementi ai quali si attiene e sui quali si fonda per giungere ad una decisione, la Commissione intende accrescere la trasparenza della sua politica e dei suoi processi decisionali in materia di politica di concorrenza" (punto 4); "La maggiore trasparenza consentirà inoltre alle imprese ed ai loro consulenti di prevedere più agevolmente se esiste la possibilità che la Commissione esprima delle obiezioni sotto il profilo della concorrenza in un determinato caso (...), ci si propone anche di dare alle imprese la possibilità di comprendere meglio quali tipi di informazioni la Commissione considera pertinenti ai fini della definizione del mercato" (punto 5).

⁽⁷⁸⁾ Il contenuto della Comunicazione può astrattamente suddividersi in due parti: una prima (punti da 1 a 24) in cui vengono fissati alcuni principi basilari per la definizione del mercato rilevante ed una seconda (punti da 25 a 52) che invece indica le modalità pratiche da seguire nel trattamento dell'evidenza empirica. Per quanto concerne la metodologia da seguire per utilizzare l'evidenza empirica (seconda parte della Comunicazione), la Commissione mostra un atteggiamento volto a valorizzare in modo sistematico tutte le informazioni rilevanti, facendo uso di test quantitativi: si tratta di test "che impiegano varie tecniche econometriche e statistiche: stima dell'elasticità e dell'elasticità incrociata rispetto al prezzo della domanda di un prodotto, individuazione di correlazioni tra le variazioni di prezzo nel tempo, analisi delle relazioni causali tra serie di prezzi e similarità e/o convergenza dei livelli di prezzo...". Ciò mostra un'attenzione della Commissione verso l'utilizzo di strumenti quanto più possibile rigorosi e scevri dai rischi di discrezionalità.

alle quali sono sottoposte le imprese interessate” (punto 2), specificando che “il mercato rilevante va definito (...) per individuare i *concorrenti effettivi* delle imprese interessate che sono in grado di *condizionare il comportamento* di queste ultime e di impedire loro di operare in modo indipendente da effettive pressioni concorrenziali”, e ciò non fa che confermare la correttezza della ricostruzione in termini di barriere all’esplicazione delle normali forze concorrenziali - capaci di arginare il potere di mercato dell’impresa in posizione dominante -, degli indici rilevanti nella definizione del mercato ristretto.

In secondo luogo, sul piano metodologico, anche la Commissione propone il ricorso al test del “piccolo ma significativo aumento di prezzo”⁽⁷⁹⁾ (sia nell’analisi della sostituibilità dal lato della domanda⁽⁸⁰⁾ che in quella dal lato dell’offerta⁽⁸¹⁾), mostrando in tal modo di accogliere i modelli ermeneutici d’oltre oceano più sopra illustrati.

In terzo luogo, nel definire in concreto le modalità da seguire per l’acquisizione dell’evidenza empirica, al fine di compiere l’analisi della sostituibilità fra prodotti e fra aree geografiche, il testo (seconda parte della Comunicazione) riferisce una serie di strumenti, alcuni dei quali mutuati dalle

⁽⁷⁹⁾ Nell’indicare le tecniche cui bisogna riferirsi per una concreta analisi della sostituibilità dal lato della domanda, la Comunicazione riporta quello stesso esercizio teorico consistente nel postulare una piccola variazione permanente dei prezzi relativi e nel valutare le presumibili reazioni dei clienti a tale variazione che abbiamo visto essere il punto di approdo delle dottrine d’oltre oceano: “partendo dal tipo di prodotti che le imprese interessate vendono e dall’area nella quale li vendono, si aggiungono o si escludono dalla definizione del mercato determinati altri prodotti e determinate aree in funzione del fatto che la concorrenza dei prodotti e delle aree in questione influenzi o condizioni sufficientemente il prezzo dei prodotti delle parti nel breve periodo”.

⁽⁸⁰⁾ Al punto 13 la Comunicazione definisce la sostituibilità dal lato della domanda riportando, nella sostanza, i concetti chiave della sostituibilità economica misurata in termini di potere di mercato: essa consiste nel “vincolo più immediato ed efficace che condiziona i fornitori di un determinato prodotto, specie in ordine alle loro decisioni in materia di prezzo”, per cui, “un’impresa o un gruppo di imprese non possono esercitare un’influenza significativa sulle condizioni di vendita correnti, ed in particolare sui prezzi, se i clienti sono in grado di passare agevolmente a prodotti sostitutivi disponibili sul mercato o a fornitori siti altrove.

⁽⁸¹⁾ Cfr. punti 30 e 31.

scienze economiche ⁽⁸²⁾; e ciò nel verosimile intento di dare maggiore validità tecnica all'analisi sul mercato rilevante.

Conclusivamente, i maggiori pregi di questa Comunicazione, per quanto qui interessa, sono: l'aver improntato la determinazione del mercato rilevante ad un'attenta analisi del dato economico; aver fornito un sostanziale contributo in termini di trasparenza e non discriminazione all'operato delle Autorità antitrust (anzitutto comunitarie ed in futuro, si auspica, anche nazionali); ed infine, aver ricostruito in modo unitario la nozione di mercato rilevante incentrandola attorno al potere di mercato dell'impresa e alle "pressioni concorrenziali" sullo stesso esercitate.

* * *

Una considerazione di insieme degli elementi di indagine sin qui raccolti consente di trarre alcune conseguenze sullo specifico problema dei mercati ristretti: il mercato ristretto o sub-nazionale è quel mercato geografico in cui sono presenti numerose e/o intense barriere al libero esplicitarsi di quelle forze concorrenziali che altrimenti potrebbero limitare l'esercizio (distorto) del potere di mercato di un'impresa in posizione dominante.

Sul piano delle finalità dell'art. 3 - e qui crediamo di rispondere al secondo interrogativo che ci eravamo posti - occorre verificare in concreto cosa significhi, per un'impresa che opera su un mercato ristretto, abusare della propria posizione dominante e, conseguentemente, quale sia il significato di un intervento dell'autorità Antitrust in simili casi.

Su un mercato ristretto sono per definizione limitate le possibilità di sostituzione fra aree geografiche ⁽⁸³⁾; per cui, coloro (clienti, fornitori e

⁽⁸²⁾ Per l'acquisizione di informazioni la Comunicazione propone il ricorso alla consultazione di fonti dirette (indagini presso fornitori ed acquirenti dell'impresa, nonché presso i consumatori) e di fonti indirette (studi generali e notizie ottenute, ad esempio, in precedenti analisi). In particolare, per queste ultime il riferimento a strumenti economici (quali test quantitativi, analisi della domanda e dei flussi commerciali condotte su basi statistiche, analisi dei costi di sostituzione fra aree geografiche distinte, ecc.) è assai rilevante (si vedano i punti da 36 a 52).

⁽⁸³⁾ Nel senso già chiarito (AGCM, *POZZUOLI FERRIES/GRUPPO LAURO*, *cit.*) di

consumatori in genere) che operano con l'impresa in posizione dominante (si noti, anche non necessariamente "assoluta" nel senso chiarito alle note 84 e 85) verosimilmente si trovano nell'impossibilità di scegliere di rifornirsi o intrattenere relazioni con altre imprese situate in differenti zone geografiche: sono cioè "partners obbligatori" ⁽⁸⁴⁾ dell'impresa in posizione dominante "relativa" ⁽⁸⁵⁾.

"impossibilità per il consumatore di usufruire di beni o servizi prestati in aree geografiche alternative".

⁽⁸⁴⁾ Si ricordi che la teoria del partner obbligatorio, elaborata in Germania e in Francia per risolvere il problema di quei casi in cui, per la indeterminatezza dei confini del mercato rilevante, non è possibile misurare la quota di mercato dell'impresa, da cui poter dedurre l'esistenza di una posizione dominante. Per ciò il concetto di posizione dominante ricomprenderebbe anche l'ipotesi "relativa", consistente nel legame di *dipendenza economica* che lega due o più imprese, di cui una (in ragione del suo peso sul mercato) si presenta come partner commerciale obbligato dell'altra (impresa cliente o fornitrice). L'illecito consiste nello sfruttamento abusivo di questo specifico rapporto che lega le due imprese. Il concetto di *dipendenza economica* designa "une relation commerciale dans laquelle l'un des partenaires n'a pas de solution alternative s'il souhaite refuser de contracter dans les conditions que lui impose son client ou son fournisseur" (Lamy droit économique, n. 654, 205) e può dipendere da due tipi di cause: *esterne* ai comportamenti delle imprese o *interne*, proprie degli specifici rapporti dell'impresa dipendente con la dominante. Fra le prime rientra, ad esempio, l'esistenza di un'esclusiva legale e comunque quelle altre barriere oggettive che fondano l'esistenza dei mercati ristretti; fra le seconde rientrano, ad esempio, la difficoltà di trovare un altro partner, l'importanza del fatturato realizzato col partner dominante, la lunga durata dei rapporti commerciali, ecc. La prassi comunitaria sul punto si è fondata principalmente sulle cause *esterne*: cfr. Comm., *GENERAL MOTORS*, 19.12.1974, in GUCE, L 29/75, *MAGILL TV GUIDE* del 21.12.1988, in GUCE L 78/89, *HUGIN/LIPTON* dell'8.12.1977, in GUCE L22/78; CG *METRO-SABA I*, in *Raccolta* 1976, 1353, *BRITISH LEYLAND* 11.11.1986 in *Raccolta* 1986, 3263, *United Brands* (cit.), *Hoffmann La-Roche* (cit.), *Michelin* (cit.).

⁽⁸⁵⁾ Nel diritto francese l'abuso di posizione dominante *relativa* è disciplinato all'art. 8, al. 2, ord. n. 86-1243, ove si vieta lo "sfruttamento abusivo della posizione di dipendenza economica nella quale si trovi un cliente o un fornitore qualora questi non disponga di soluzioni alternative", sul punto cfr. VOGEL, *Droit de la concurrence et concurrence économique*, Parigi, 1988, 125; ROUX-VOILLEMOT, *Le droit français de la concurrence et de la consommation*, 1979, 3. Nel diritto tedesco, il § 26 GWB individua fattispecie di sfruttamento abusivo nei casi in cui "imprese, clienti o fornitori, non si trovino in situazioni di poter fruire di ragionevoli alternative"; cfr. BOUSCANT, *Le contrôle des entreprises en position dominante dans la République Fédérale d'Allemagne*, Bruxelles, 1991, 64. Questa prospettiva di posizione dominante relativa è configurabile anche in situazioni dimensionali molto lontane da una posizione dominante assoluta. Essa ricorre, infatti, anche a prescindere dal possesso di una

La critica da sempre mossa alla configurabilità nel nostro ordinamento di un divieto di abuso di una posizione dominante “relativa”, per il tramite dell’art. 3, muove dalla constatazione che “l’obiettivo principale delle regole antitrust sarebbe tutelare la concorrenza e non i concorrenti”, per cui l’art. 3 non sarebbe un buon rimedio né quando la situazione di dipendenza economica dipende da cause proprie di una delle imprese né quando essa deriva da fattori esterni ⁽⁸⁶⁾.

Tuttavia, se si considera che in un mercato ristretto, essendo i soggetti che vi operano in numero per forza limitato, è più facile che il peso specifico di un’impresa nei confronti delle sue controparti sia notevole; per cui è agevolmente dimostrabile un suo consistente potere di mercato, oltre alla possibilità, per la stessa, di porre in essere comportamenti alquanto indipendenti rispetto ai suoi concorrenti, clienti e fornitori.

Quindi, tutelare le controparti obbligate (legate da un rapporto concorrenziale sia di tipo orizzontale - concorrenti - che verticale - consumatori diretti o finali -) dell’impresa dominante, in un mercato ristretto, oggettivamente determinato, significa niente più che applicare un principio al caso concreto. Se la finalità generale dell’antitrust è di garantire una struttura concorrenziale del mercato nazionale, ciò deve valere anche, ed a maggior ragione, a livello locale; ove, proprio per la presenza di numerosi vincoli all’esplicarsi delle forze concorrenziali, bisogna assicurarsi che le imprese dominanti non sfruttino la propria posizione.

Ma v’è di più, poiché con l’art. 3 si mira in genere a mantenere in

quota di mercato. Con l’introduzione di tale figura, i legislatori francese e tedesco hanno esteso la disciplina propria delle posizioni dominanti a quelle situazioni il cui sfruttamento può avere ugualmente conseguenze negative sull’assetto concorrenziale del mercato, ma non è realizzato da imprese la cui posizione su di esso sia assimilabile a quella del monopolista e/o oligopolista. Ciò che rileva non è tanto il volume dimensionale di cui gode l’impresa sul mercato, quanto piuttosto il *peso specifico* che essa ha nei confronti di determinate controparti.

⁽⁸⁶⁾ Così FRIGNANI, *Diritto comunitario della concorrenza*, cit., 229 e ID, *Diritto antitrust italiano*, cit., 347. In quest’ultimo caso - secondo l’Autore, “il fatto che un’impresa sia il partner obbligato di un’altra, non esclude che essa sia soggetta alla pressione della concorrenza per alcune altre attività e che di questa pressione benefici l’impresa dipendente”. Sennonché il problema rimarrebbe irrisolto, visto che nell’uno e nell’altro caso l’impresa dominante potrebbe comunque impunemente vessare i suoi partners commerciali, abusando della propria posizione di forza.

vita la residua concorrenza su un mercato già dominato, vietando all'impresa comportamenti dannosi per i concorrenti, clienti, fornitori e consumatori in genere ⁽⁸⁷⁾, nel mercato ristretto questa finalità non può che realizzarsi imponendo all'impresa dominante il divieto di abusare di quella speciale relazione che la lega alle sue controparti contrattuali obbligate, vale a dire impedendole di abusare di quella dipendenza economica di cui le seconde soffrono e che consiste nella impossibilità di reperire alternative soddisfacenti proprio sul mercato ristretto ⁽⁸⁸⁾.

Questa soluzione sembra peraltro trovare conferma nell'operato del

⁽⁸⁷⁾ L'abuso, come noto, si estrinseca principalmente in due categorie di comportamenti, l'uno lesivo dei consumatori (sia diretti – fornitori e clienti - che finali), ed è il cd. *abuso di sfruttamento*; l'altro lesivo dei potenziali concorrenti sullo stesso mercato dell'impresa (cd. *abuso anticoncorrenziale*) volto a escludere possibili rivali. Nel primo caso, l'impresa sfrutta il vincolo che la lega ai consumatori, ovvero la rigidità della domanda dei suoi prodotti, presumibilmente per ottenere un profitto maggiore. Nel secondo caso, l'impresa intende mantenere la sua posizione privilegiata sul mercato adottando comportamenti aggressivi verso imprese che tentano di entrarvi. Tali comportamenti risultano scorretti in quanto praticati, appunto, sfruttando la posizione di forza già detenuta dall'impresa.

⁽⁸⁸⁾ E non ovviamente fuori dallo stesso, perché questo significherebbe che il mercato non è stato correttamente determinato.

Peraltro, la configurabilità anche nel nostro ordinamento, seppure solo in via interpretativa, di un abuso di posizione dominante relativa è stata già sostenuta da SCHIANO DI PEPE, *Prime riflessioni sulla disciplina italiana dell'abuso di posizione dominante*, in AAVV. *Scritti in onore di Rodolfo Sacca*, Milano, 1994: per il quale "la situazione della difficoltà (o impossibilità) in cui versa un'impresa cliente (o fornitrice) nel trovare delle soluzioni alternative (ipotesi espressamente riconosciute dai legislatori francese e tedesco), sembra poter configurare un'ipotesi di abuso di posizione dominante, anche se solo relativa, qualora il comportamento della sua controparte sia commercialmente scorretto e voglia trarre indebito profitto dalla posizione di vantaggio. In questo modo - secondo l'Autore - il legislatore avrebbe introdotto un nuovo tipo di vizio consistente appunto nello sfruttamento abusivo di una posizione di forza sul mercato, al di fuori di un contesto contrattuale, configurando "una mera ipotesi di patto illecito certamente possibile stante il principio della atipicità cui il nostro ordinamento è ispirato". Anche SELVAGGI, *op. cit.*, 131 sembra favorevole alla configurabilità di questa fattispecie rimarcando che "una posizione dominante esiste quando la libertà di scelta dei contraenti è attenuata o soppressa, in quanto manchino o siano inconsistenti le possibilità di conseguire, in modo alternativo, le utilità che deriverebbero dalla contrattazione con l'impresa dominante". Nel senso, invece, della non configurabilità nel nostro ordinamento di un abuso di posizione dominante relativa, si veda FRIGNANI, *op. cit.*, 348.

nostro legislatore, il quale ha di recente riconosciuto, sebbene in uno specifico settore commerciale - la disciplina del contratto di subfornitura nelle attività produttive -, la configurabilità dell'abuso di posizione dominante relativa rubricando l'art. 9, per l'appunto, "abuso di dipendenza economica" ⁽⁸⁹⁾.

Oltre che a riequilibrare le posizioni di forza fra l'impresa in posizione dominante - sia assoluta che relativa - e i concorrenti ancora presenti sul mercato nel modo appena indicato, l'intervento dell'Autorità Antitrust sugli abusi di posizione dominante in presenza di mercati ristretti, può altresì orientarsi all'abbattimento delle barriere all'entrata sul mercato, al fine di impedire la chiusura totale e definitiva dello stesso e le formazioni di tipo oligo-monopolistiche, ristabilendo condizioni - concretamente o almeno potenzialmente - concorrenziali.

A quest'ultimo obiettivo potrebbe giungersi, ad esempio, prevedendo una serie di illegalità *per se*, idonee a preservare l'apertura dei mercati, a garantire maggiori probabilità di accesso di concorrenti potenziali e, dunque, maggiori spinte verso dinamiche concorrenziali ⁽⁹⁰⁾; queste

⁽⁸⁹⁾ Ci si riferisce all'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192 recante "Disciplina della subfornitura nelle attività produttive" (in G.U. n. 143 del 22 giugno 1998 e non ancora entrato in vigore) rubricato "Abuso di dipendenza economica". Il testo dell'art. 9 così recita:

"1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello *stato di dipendenza economica* nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della *reale possibilità* per la parte che abbia subito l'abuso *di reperire sul mercato alternative soddisfacenti*.

2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo".

Per un primo interessante contributo di commento alla legge n. 182 del 1998, si vedano gli atti del Convegno "La nuova legge in materia di subfornitura" tenutosi a Milano - Hotel Michelangelo lo scorso 7 ottobre 1998. (in particolare, il contributo di OSTI, *Il problema della dipendenza economica*).

⁽⁹⁰⁾ L'opposizione all'introduzione di simili strumenti potrebbe venire da chi, basandosi su considerazioni di tutela dell'efficienza economica "a una dimensione" (l'espressione è di G. AMATO, *Il potere e l'Antitrust*, Bologna, 1998), ritiene che il benessere dei

avrebbero l'innegabile vantaggio di anticipare l'intervento antitrust ad un momento anteriore alla perpetrazione dell'abuso, agendo sulle dinamiche in corso nel mercato ristretto - contro le barriere all'entrata - garantendo non solo - e non tanto - ai concorrenti potenziali, ma a quelli attualmente presenti il diritto di esistere e, conseguentemente, ai consumatori il diritto di scelta fra diverse fonti; non dunque un intervento come estrema *ratio*, a sanzionare le imprese in posizione dominante dopo che ne hanno abusato, ma un intervento più a monte, a prevenire il rischio di simili abusi, rendendo al tempo stesso il mercato concretamente contendibile verso l'esterno - per far entrare altri soggetti - e con dinamiche e risultati concorrenziali, verso l'interno.

Fabiana Di Porto

consumatori consista unicamente nella non restrizione dell'output (il paradigma logico è che il potere economico, quando si concreta nella restrizione della produzione, comporta lo spostamento dei consumatori verso beni di seconda scelta ed un costo economico per l'intera società); per cui un mercato, pur altamente concentrato, nel quale "uno o pochi operatori soddisfano, senza restrizioni produttive, l'intera domanda dei prodotti esistente", sarebbe comunque efficiente. Intesa così l'efficienza, è chiaro che prevedere illegalità *per se* risulterebbe inutilmente intrusivo; essendo preferibile valutare caso per caso se i comportamenti contestati portano o meno alla restrizione dell'output.

Viceversa, se il benessere dei consumatori richiede "la diversità delle fonti di approvvigionamento di beni e servizi, l'esistenza di diversificate potenzialità di innovazione, uno spazio il più possibile ampio per dinamiche di mercato che favoriscono il nuovo, i prodotti non ancora concepiti e i modi per produrli non ancora concepiti", allora l'efficienza coincide con la massima apertura possibile del mercato; per cui le illegalità *per se* mantengono il loro senso (questo, in estrema sintesi, il pensiero di E. FOX, *The Modernization of Antitrust: a New Equilibrium*, in *Cornell Law Review*, 1140 (1980), n. 66, p. 1173).