

Le restrizioni per oggetto nella giurisprudenza della Corte di giustizia: alla ricerca di un approccio sistematico

Intervento di Ginevra Bruzzone

V Convegno Antitrust di Trento, 17 aprile 2015

Un tema classico e molto attuale

Le recenti sentenze *Cartes Bancaires*, *Expedia* e *Intel*, due della Corte di giustizia e una del Tribunale, inducono a una riflessione su un tema tra i più classici del diritto europeo della concorrenza, quello delle restrizioni per oggetto.

Le modalità di utilizzo della nozione di restrizione per oggetto sono divenute di grande attualità negli ultimi anni. Il convegno annuale di Fordham nel 2013 è iniziato con una vivace discussione al riguardo. Il Direttore Generale Italianer è ritornato sull'argomento in più occasioni. Nei pareri degli Avvocati Generali della Corte di giustizia (Kokott in *Expedia*, Cruz Villàlon in *Allianz Hungária*, Wahl in *Cartes Bancaires*) si trova ripetutamente l'auspicio a un intervento di sistematizzazione da parte della Corte.

Tutto questo interesse può stupire, dato che la questione sembrava essere stata chiarita già dalla primissima giurisprudenza della Corte. Sin dal 1966 la Corte infatti ha indicato, in *Consten & Grundig*¹ che "ai fini dell'applicazione dell'articolo 101(1), è superfluo prendere in considerazione gli effetti concreti di un accordo, ove risulti che esso ha per oggetto di restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza" ed ha specificato in *Société Technique Minière*² che, per considerare un accordo restrittivo per oggetto, bisogna considerare "l'oggetto stesso dell'accordo, tenendo conto delle circostanze economiche in cui esso deve essere applicato. (...) Nel caso in cui l'esame di dette clausole non riveli un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza si dovranno prendere in esame gli effetti dell'accordo, il quale sarà colpito dal divieto qualora emerga che il gioco della concorrenza è stato in concreto impedito, ristretto o falsato in modo sensibile". In *Société Technique Minière* la Corte ha inoltre sottolineato l'esigenza di tenere conto dello scenario controfattuale e ha indicato che, per stabilire se un contratto contenente una

¹ Cause riunite 56/64 e 58/64.

² Causa 56/65.

clausola di esclusiva debba considerarsi vietato per oggetto o per il suo effetto, si deve considerare la natura e la quantità di prodotti oggetto dell'accordo, la posizione e l'importanza delle parti sul mercato, il carattere isolato dell'accordo o la sua posizione in un complesso di accordi, nonché il rigore delle clausole destinate a garantire l'esclusiva.

La rinnovata attenzione per il tema delle restrizioni per oggetto deriva dalla crescente tendenza della Commissione e delle autorità di concorrenza degli Stati membri ad applicare l'articolo 101(1) anche nei casi diversi dai cartelli qualificando la fattispecie come restrizione per oggetto, senza quindi la necessità di compiere un esame specifico degli effetti attuali o potenziali dell'intesa sul mercato. Se guardiamo alla Commissione europea, dal 1° maggio 2004 al 13 aprile 2015 sono state adottate 90 decisioni in applicazione dell'articolo 101, di cui 77 hanno riguardato restrizioni per oggetto: non solo, come è ovvio, nei 61 casi di cartelli, ma anche per altri accordi orizzontali (13 casi su 19) e verticali (3 casi su 10). Un significativo numero di procedimenti relativi a restrizioni per oggetto si è concluso con l'accettazione di impegni³. Il novero delle fattispecie considerate restrittive per oggetto si è progressivamente ampliato, venendo a comprendere, per esempio, gli scambi di informazione⁴, il divieto di vendere via internet nei sistemi di distribuzione selettiva⁵, i *reverse payment settlements* e gli accordi di co-promozione nel settore farmaceutico⁶. La rassegna proposta nel Staff Working Document del giugno 2014 che accompagna la nuova comunicazione de minimis della Commissione è abbastanza impressionante in termini di varietà delle fattispecie⁷.

Anche le autorità di concorrenza degli Stati membri hanno utilizzato ampiamente la qualificazione di "restrizione per oggetto", in particolare in quasi tutti i procedimenti relativi ad accordi orizzontali diversi dai cartelli⁸. Tra i casi più noti, guardando ad esempio alla Francia, abbiamo non solo *Pierre Fabre* ma anche *Expedia*, in cui è stata considerata restrittiva per oggetto

³ Cfr. ad esempio i casi: AT.39847 - *Ebooks*; COMP/39736 - *Siemens/Areva*; AT.39398- *Visa MIF*; COMP/AT.39595 - *Continental/United/Lufthansa/Air Canada*.

⁴ Causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV*.

⁵ Causa C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.

⁶ Caso AT.39226 - *Lundbeck* e caso AT.39685 - *Fentanyl*.

⁷ Commission Staff Working Document - *Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De minimis Notice*, SWD (2014) 198 final; comunicazione C(2014) 4136 def.

⁸ Cfr. Commission Staff Working Document - *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003*, SWD(2014) 230/2.

una partnership per la vendita online di biglietti ferroviari e servizi turistici (in questo caso, il profilo della qualificazione giuridica dell'intesa non è stato assoggettato al vaglio della Corte di giustizia).

Il rischio di uno squilibrio nel sistema

Dato l'entusiasmo per la nozione di restrizione per oggetto manifestato dalle autorità dell'European Competition Network, è naturale che la dottrina e la giurisprudenza abbiano iniziato a interrogarsi sulle conseguenze di questa evoluzione del sistema.

Dal punto di vista delle autorità, la prima conseguenza è positiva ed attiene all'economia procedurale: facendo leva sul carattere restrittivo per oggetto degli accordi esaminati, non è necessario per applicare l'articolo 101(1) effettuare l'analisi degli effetti concreti o potenziali nei singoli casi.

L'approccio per oggetto, inoltre, si traduce in una semplicità formale della regola, che ne aumenta la prevedibilità. A ciò si accompagna, per gli accordi o condotte qualificati come restrittivi per oggetto, un incisivo effetto in termini di deterrenza⁹.

L'effetto di deterrenza è rafforzato dalla circostanza che, una volta che l'accordo è qualificato come restrittivo ai sensi dell'art. 101(1), la possibilità di ottenere una valutazione di compatibilità ai sensi dell'art. 101(3) esiste più in teoria che in pratica. Per un accordo qualificato come "restrittivo per oggetto" la speranza di potere essere dichiarato compatibile è assai ridotta.

Anzitutto, dopo la modernizzazione l'utilizzo dell'art. 101(3) per dichiarare compatibili singoli accordi è stato praticamente inesistente. La Commissione non ha adottato decisioni ex articolo 10 del Regolamento n. 1/2003 in casi individuali; le autorità degli Stati membri inoltre, in base alla giurisprudenza *Tele2 Polska*, non possono dichiarare un accordo compatibile ai sensi dell'art. 101(3)¹⁰. Ci si è quindi chiesti se tale limitazione delle competenze delle autorità nazionali abbia ancora senso, alla luce dei meccanismi di

⁹ Cfr. le Conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl nella causa C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires c. Commissione*, § 35.

¹⁰ Causa C-375/09.

coordinamento esistenti all'interno dell'ECN e del fatto che i giudici nazionali possono invece applicare l'articolo 101(3) anche in positivo¹¹.

In ogni caso, l'estensione delle competenze ad applicare l'art. 101(3) non sarebbe sufficiente a rendere il processo di valutazione ex art. 101 di una restrizione per oggetto diverso da un divieto "praticamente *per se*", perché il terzo paragrafo è regola di eccezione legale che di fatto risulta una *straightjacket*. La valutazione ex art. 101(3) è molto più rigida di quella dell'impatto attuale e potenziale sulla concorrenza ai sensi dell'art. 101(1). Essendo basato sull'idea di un'eccezione e di un beneficio, l'art. 101(3) comporta l'inversione dell'onere della prova e viene interpretato in modo restrittivo. Inoltre, per ottenere una valutazione di compatibilità ai sensi dell'art. 101(3) occorre soddisfare una serie di specifici requisiti sostanziali. In particolare, l'impresa deve dimostrare che l'accordo comporta benefici che più che compensano gli effetti negativi (nel caso delle restrizioni per oggetto non puntualmente identificati) con un impatto positivo sui consumatori; la restrizione deve poi risultare indispensabile per ottenere il risultato. Non è difficile immaginare esempi di accordi verticali tra imprese con debolissima posizione sul mercato incapaci di produrre alcun effetto sul mercato, e quindi innocui, che non sarebbero in grado di soddisfare le condizioni del paragrafo 3. La struttura dell'articolo 101(3) non consente di dichiarare compatibile un accordo ritenuto restrittivo per oggetto semplicemente mostrando che in concreto si tratta di un accordo innocuo.

Se fosse restata qualche speranza circa la possibilità di fare leva sulla valutazione ex articolo 101(3), il Commission Staff Working Document del 2014 sulle restrizioni per oggetto riporta alla realtà: "l'esperienza dimostra che è improbabile che le restrizioni per oggetto soddisfino le condizioni previste dall'art. 101 (3)" sebbene in casi eccezionali possano essere ritenute compatibili in quanto oggettivamente necessarie¹².

E' sull'effetto di deterrenza che si innesta la riflessione sulla necessità di delimitare in modo appropriato i confini della nozione di restrizione per oggetto. Come osservato dall'Avvocato Generale Wahl in *Cartes Bancaires*¹³ i vantaggi dello strumento della restrizione per oggetto si materializzano solo

¹¹ Cfr. l'intervento di Mario Siragusa a Fordham nel 2013, in Barry Hawk (a cura di), *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute, International Antitrust Law and Policy*, Juris, 2014, pp. 26-32.

¹² Cfr. in tal senso anche le comunicazioni della Commissione sull'applicazione dell'articolo 101(3) (2004/C 101/08), e sulle restrizioni verticali (2010/C 130/01).

¹³ Conclusioni dell'AG Wahl, cit., § 36.

se i confini della nozione sono chiaramente circoscritti; se ciò non avviene, vi è il rischio di una deterrenza dai confini troppo ampi, non positiva per il funzionamento del mercato.

Per altro verso, un utilizzo non sufficientemente ponderato della nozione di restrizione per oggetto, con la connessa inversione dell'onere della prova, solleva problemi dal punto di vista della tutela dei diritti¹⁴, limitando ingiustificatamente la libertà d'impresa.

Alla luce di queste considerazioni, è evidente come alcune pronunce della Corte di giustizia che negli anni recenti hanno allentato, rispetto alla giurisprudenza *STM*, lo standard richiesto per dimostrare la sussistenza di una restrizione per oggetto abbiano contribuito a un potenziale squilibrio del sistema. In particolare, nella sentenza *T-Mobile* lo standard per qualificare un accordo restrittivo per oggetto diviene la sua "idoneità in concreto, tenuto conto del contesto economico e giuridico nel quale si inserisce, ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza". Sembrerebbe quindi venire meno una selezione in base alla dannosità dell'accordo, come richiesto dalla giurisprudenza tradizionale: è considerato restrittivo per oggetto anche un accordo che, a prescindere dalle clausole, abbia semplicemente un potenziale effetto restrittivo.

E' chiaro come questa impostazione comporti il rischio di rendere generale, nell'applicazione dell'art. 101(1), il ricorso alla restrizione per oggetto, eventualmente da accompagnare con una valutazione degli effetti concreti (l'accordo è restrittivo "per oggetto e per effetto").

Da questa impostazione deriva anche l'attenuazione della distinzione tra restrizione per oggetto e restrizione per effetto che è evidente in *Allianz Hungária*¹⁵.

Il culmine del trend volto a espandere l'utilizzo della restrizione per oggetto è stato probabilmente raggiunto con il già richiamato Staff Working Document della Commissione del 2014, che prende a riferimento lo standard del potenziale effetto restrittivo e ritiene utile identificare espressamente le ipotesi che "non costituiscono restrizioni per oggetto".

¹⁴ Conclusioni dell'AG Wahl, cit., §§ 57 e 62.

¹⁵ Causa C-32/11.

Le indicazioni della Corte di giustizia in Cartes Bancaires

In questa lunga storia la sentenza *Cartes Bancaires*¹⁶ del 2014 rappresenta un nuovo punto di svolta, questa volta in senso limitativo, che riporta il sistema all'impostazione originaria e così facendo fornisce una chiara indicazione alla Commissione, alle autorità e ai giudici nazionali.

La Corte di giustizia, nell'annullare la sentenza del Tribunale, sottolinea anzitutto che in sede di controllo giurisdizionale sulle decisioni delle autorità di concorrenza i giudici hanno il compito di verificare se una fattispecie è stata correttamente qualificata come restrizione per oggetto. Il giudice dell'Unione deve non solo verificare l'esattezza materiale degli elementi di prova invocati, la loro affidabilità e la loro coerenza, ma anche controllare se tali elementi costituiscono l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per la valutazione di una situazione complessa e se essi sono idonei a corroborare le conclusioni che ne sono tratte¹⁷.

Lo standard individuato dalla Corte per qualificare le restrizioni per oggetto non è quello indicato in *T-Mobile*, ma quello del "grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario", che costituisce "giurisprudenza costante" della Corte di giustizia¹⁸. Alla base della nozione di restrizione per oggetto vi è infatti la consapevolezza che talune forme di coordinamento tra imprese possono essere considerate per loro stessa natura dannose per il buon funzionamento del mercato (ad esempio la fissazione orizzontale dei prezzi da parte dei cartelli), per cui, sulla base dell'esperienza, la probabilità di effetti negativi è talmente alta che può essere ritenuto inutile ai fini dell'applicazione dell'art. 101 accertare che hanno effetti concreti sul mercato. La Corte quindi, riconoscendo che le restrizioni per oggetto sono una categoria aperta, compie un richiamo all'esperienza circa la dannosità degli accordi per il mercato¹⁹.

In questo contesto, la Corte ribadisce che per valutare se le intese presentino una sufficiente pericolosità da poter essere considerate restrittive per oggetto "occorre riferirsi al tenore delle loro disposizioni, agli obiettivi che mirano a

¹⁶ Causa C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires c. Commissione*.

¹⁷ Causa C-67/13 P, cit., § 46.

¹⁸ Causa C-67/13 P, cit., §§ 49-52 e 55-57.

¹⁹ Causa C-67/13 P, cit., § 58. L'Avvocato Generale Wahl suggerisce di fare riferimento sia all'esperienza che all'analisi economica (§§ 56, 58, 61, 79).

raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale esse si collocano". Nella valutazione di tale contesto, occorre prendere in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione²⁰. L'intenzione delle parti è un elemento distinto, non necessario, anche se le autorità possono tenerne conto. Viceversa, la circostanza che in *Cartes Bancaires* vi fossero due mercati connessi (una situazione di 'mercato a due versanti') e i comportamenti dell'impresa andassero visti all'interno di tale contesto economico non poteva essere trascurata nell'identificazione dell'oggetto dell'accordo.

Da ultimo, in *Cartes Bancaires* la Corte sottolinea che la nozione di restrizione per oggetto deve essere interpretata in modo restrittivo, perché in caso contrario si verrebbe ad esimere la Commissione dall'obbligo di provare gli effetti concreti sul mercato di accordi rispetto ai quali non è affatto dimostrato che siano per loro natura dannosi per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza.

Dalla pronuncia della Corte in *Cartes Bancaires* discende che applicare l'articolo 101(1) attraverso lo strumento delle restrizioni per oggetto va considerato un'ipotesi eccezionale, di cui avvalersi solo per fattispecie la cui dannosità risulti in modo consolidato dall'esperienza. La regola normale nell'applicazione dell'articolo 101, pertanto, dovrebbe essere quella di verificare nel caso concreto se l'intesa abbia un impatto restrittivo attuale o potenziale sulle variabili di concorrenza. Seguendo questo approccio, l'allocatione dell'onere della prova resta quella classica, in linea con le esigenze di tutela dei diritti.

Restrizioni sensibili: è possibile conciliare Völk ed Expedia?

Sempre con riferimento all'articolo 101, resta da affrontare la questione, solo apparentemente marginale, della portata di un'altra sentenza recente che ha trattato di restrizioni per oggetto, la pronuncia pregiudiziale del 2012 nel caso *Expedia*²¹. Il problema, rispetto al quale c'è ancora un po' di confusione, è se questa sentenza abbia superato o meno la storica pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Franz Völk* del 1969²². Se si venisse a capo anche di tale

²⁰ Causa C-67/13 P, cit., § 54.

²¹ Causa C-226/11, *Expedia Inc. c. Autorité de la concurrence e altri*.

²² Causa 5/69, *Franz Völk c. J. Vervaecke s.p.r.l.*

questione, dopo *Cartes Bancaires* potremmo ritenerci molto vicini a una sistematizzazione soddisfacente del tema delle restrizioni per oggetto.

In *Franz Völk* la Corte, nell'affermare che il divieto dell'art. 101(1) si applica solo quando l'intesa ha per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza nel mercato comune, sottolinea che queste condizioni devono essere verificate con riferimento alle circostanze concrete dell'accordo. In particolare, "un accordo non ricade nel divieto di cui all'art. 101 quando ha un effetto trascurabile sui mercati, in considerazione della debole posizione delle parti nel mercato del prodotto interessato". Pertanto, un accordo di esclusiva, anche quando comporti una protezione territoriale assoluta in considerazione della debole posizione delle parti può non ricadere nel divieto.

A questa pronuncia ha fatto seguito una giurisprudenza, ormai consolidata, in base alla quale il divieto dell'art. 101(1) non si applica agli accordi che non hanno un impatto sensibile (*appreciable*) sul mercato²³, anche in presenza di restrizioni generalmente considerate per oggetto come sono quelle che comportano una protezione territoriale assoluta.

L'origine delle incertezze circa la validità o meno di questa giurisprudenza storica risiede in un obiter dictum della sentenza *Expedia* del dicembre 2012²⁴. L'oggetto della pronuncia pregiudiziale in realtà era un'altro: se la comunicazione della Commissione del 2001 sugli accordi de minimis fosse vincolante o meno per le autorità di concorrenza. Va ricordato che la comunicazione de minimis della Commissione è un documento di policy che svolge una funzione diversa rispetto alla giurisprudenza sui casi bagatellari: la Commissione indica le condizioni in presenza delle quali, presumendo che non vi sia un impatto sensibile sulla concorrenza, si impegna a non aprire procedimenti. La comunicazione del 2001 utilizzava come criterio per identificare i casi de minimis, limitatamente agli accordi che non contenessero specifiche restrizioni considerate hardcore, la verifica che le quote di mercato delle parti non superassero determinate soglie (10% per gli accordi tra concorrenti, 15% per gli accordi tra non concorrenti, con regole specifiche nel caso di reti di accordi paralleli).

²³ Causa C-7/95 P, *John Deere*; cause riunite C-215/96 e C-216/96, *Carlo Bagnasco e altri*; causa C-238/05, *Asnef-Equifax*.

²⁴ Causa C-226/11, cit., § 37.

In *Expedia* la Corte di giustizia ha correttamente indicato che la comunicazione della Commissione non è vincolante per le autorità nazionali: queste possono vietare accordi anche al di sotto della quota di mercato soglia se l'intesa costituisce una restrizione sensibile della concorrenza ai sensi dell'art. 101(1) come interpretata dalla giurisprudenza. Fin qui tutto tranquillo, se non fosse per quanto indicato dalla Corte nel paragrafo 37 della sentenza, appunto in un obiter dictum: "si deve ritenere che un accordo suscettibile di influire sugli scambi tra Stati membri e che ha un oggetto anticoncorrenziale costituisca, per sua natura e indipendentemente da ogni effetto concreto che possa avere, una restrizione sensibile della concorrenza".

Una possibile lettura, che sembra essere stata fatta da alcuni funzionari della Commissione, è che questo passaggio della sentenza comporti il superamento della giurisprudenza *Völk* : dato che le restrizioni per oggetto sono per definizione sensibili, non possono essere considerate compatibili ai sensi dell'art. 101(1), salva la possibilità di risultare oggettivamente giustificate o di essere valutate (sappiamo con quali prospettive) ai sensi dell'articolo 101(3). Secondo questa impostazione, oggi un accordo analogo a quello esaminato dalla Corte in *Völk* non potrebbe essere considerato compatibile in quanto inidoneo a restringere sensibilmente la concorrenza.

Questa lettura, che sarebbe impeccabile in termini di strategia di deterrenza se le restrizioni per oggetto riguardassero solo i cartelli classici, suscita perplessità in un contesto in cui le restrizioni per oggetto includono un'ampia varietà di altre fattispecie, tra cui ad esempio la *resale price maintenance* o il divieto di commercializzare via internet. Nel vietare accordi sostanzialmente innocui non vi sono infatti sensibili vantaggi in termini di politica della deterrenza, mentre si introducono restrizioni ingiustificate alla libertà d'impresa.

Vi sarebbe l'escamotage di escludere il divieto facendo leva sull'assenza di un impatto sugli scambi²⁵. Non si tratta però di una soluzione soddisfacente, perché il requisito dell'impatto sugli scambi è principalmente volto a identificare l'ambito di applicazione del diritto europeo rispetto alla normativa nazionale: la rigidità dell'approccio nella valutazione concorrenziale verrebbe riproposta *telle quelle* negli Stati membri. La

²⁵ Presunta dalla Commissione in presenza di quote di mercato inferiori al 5% e di un fatturato inferiore a 40 milioni. Cfr. comunicazione della Commissione, Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri, 2004/C 101/7.

soluzione va quindi cercata sempre con riferimento alla valutazione delle restrizioni della concorrenza.

Guardando con attenzione alle argomentazioni dell'Avvocato Generale Kokott e della Corte nel caso *Expedia*, emerge una diversa possibile lettura, che appare nettamente preferibile sotto il profilo sistematico e che porta a ritenere che *Expedia* non superi la giurisprudenza *Völk*, ma semplicemente chiarisca come procedere nel caso di presunte restrizioni per oggetto. A sostegno di questa diversa lettura c'è l'osservazione che se la Corte avesse voluto veramente superare la giurisprudenza *Völk*, che proprio in *Expedia* è presentata come giurisprudenza consolidata, lo avrebbe argomentato molto più chiaramente, e non implicitamente in un obiter dictum.

Vediamo brevemente quale è la lettura alternativa che permette di conciliare *Expedia* con *Völk*. Anzitutto, sia l'Avvocato Generale Kokott che la Corte riconoscono che secondo una giurisprudenza consolidata per ricadere nel divieto un'intesa deve avere per oggetto o per effetto di restringere sensibilmente la concorrenza²⁶ e che in questa valutazione occorre fare riferimento alle circostanze concrete dell'intesa, tenendo conto dei termini, degli obiettivi, del contesto economico e giuridico, della natura dei beni o servizi e delle concrete condizioni di funzionamento e della struttura dei mercati interessati. Per gli accordi di esclusiva, la Corte riconosce che in *Völk* questa valutazione ha portato a tenere conto della debole posizione di mercato delle parti, mentre in altri casi i giudici comunitari hanno considerato altri fattori (ad esempio, in *Bagnasco* è stato ritenuto che l'oggetto stesso dell'accordo non potesse avere un sensibile impatto restrittivo).

L'Avvocato Generale Kokott sottolinea che i fattori di cui tenere conto nella valutazione della sensibilità della restrizione non sono gli stessi nei casi di restrizione per effetto e restrizione per oggetto. In particolare, pur richiamando *Völk*, Kokott argomenta che a fronte di restrizioni per natura particolarmente pregiudizievoli può non essere corretto escludere la sensibilità della restrizione con riferimento a quote di mercato, e tanto meno alle stesse quote di mercato che vengono utilizzate nel caso delle restrizioni per effetto, anche per non vanificare l'effetto di deterrenza.

In questo contesto la Corte, nel paragrafo 36 di *Expedia*, evidenzia che certe forme di collusione possono essere considerate per loro natura

²⁶ Causa C-226/11, cit., §§ 16-17.

pregiudizievoli della concorrenza, richiamando *Irish Beef* e *T-Mobile*, quindi casi diversi dai cartelli classici ma pur sempre riferiti a ipotesi di collusione tra concorrenti. Nel successivo paragrafo 37 si colloca il passaggio in base al quale un accordo con oggetto anticoncorrenziale costituisce per sua natura una restrizione sensibile della concorrenza.

La formulazione effettivamente presenta margini di ambiguità, ma è evidente dall'intera pronuncia che non sono i principi di *Völk* (presentati come giurisprudenza consolidata) a essere superati: piuttosto, la Corte sembra contestare un approccio in base al quale un accordo prima viene qualificato come restrizione per oggetto e poi viene considerato compatibile ex art. 101(1) in quanto la restrizione non è considerata sensibile. Non sembra invece messa in discussione la possibilità, nel momento in cui si valuta se la restrizione abbia la pericolosità che giustifica il trattamento come restrizione per oggetto, di tenere conto oltre che dei termini e degli obiettivi dell'accordo anche del contesto economico di riferimento, inclusa la posizione di mercato delle parti. Secondo questa possibile lettura, quindi, le conclusioni del caso *Völk* potrebbero essere nuovamente raggiunte in un caso analogo. Nel linguaggio di *Völk* non si trova nulla di incompatibile con *Expedia*.

Un profilo interessante del contributo dell'Avvocato Generale in *Expedia* è quello che suggerisce di non trattare tutte le restrizioni nello stesso modo, ma di distinguere in base alla loro pericolosità intrinseca. Seguendo il suggerimento, per i cartelli si potrebbe escludere in ragione della natura della restrizione qualsiasi considerazione della posizione di mercato con obiettivi di deterrenza, mentre per restrizioni meno intrinsecamente pericolose (ad esempio, accordi di *resale price maintenance*) può essere ragionevole per casi individuali con quote di mercato molto piccole (ad esempio inferiori al 5%) escludere la qualificazione come restrizione per oggetto. Anche l'Avvocato generale Wahl in *Cartes Bancaires* suggerisce che la valutazione del contesto economico in fase di qualificazione della restrizione andrebbe effettuata in questo modo, così da escludere in determinate circostanze la sufficiente dannosità. Si tratta dell'approccio già seguito dall'autorità di concorrenza del Regno Unito che, in questo tipo di situazioni, ritiene che la restrizione sia sempre sensibile "salvo nel caso di un impatto trascurabile sul mercato"²⁷.

E' interessante notare che il Direttore generale Italianer nell'intervento a Fordham nel 2013 si è soffermato lungamente sulla circostanza che le

²⁷ Cfr. decisione dell'Office of Fair Trading del 15 aprile 2010, *Tobacco*, caso CE/2596-03.

restrizioni per oggetto nel diritto europeo non costituiscono una categoria omogenea, bensì un *continuum* che giunge sino alle restrizioni per effetto. Proprio questa eterogeneità può giustificare un diverso trattamento all'interno della categoria: a seconda della gravità della natura della restrizione, può essere giustificata in una prospettiva di deterrenza una minore o maggiore disponibilità delle autorità di concorrenza ad assicurare un trattamento *de minimis*, ossia a riconoscere l'irrilevanza delle questioni bagatellari, non solo in termini di priorità per il *public enforcement* ma anche in termini giuridici (non applicazione del divieto). Questa distinzione ("il divieto non si applica" o "la violazione non costituisce una priorità per le autorità di concorrenza") riveste un'importanza centrale per i riflessi sul *private enforcement*: i giudici, infatti, a fronte di una controversia sono tenuti ad applicare il diritto coerentemente con l'interpretazione della Corte di giustizia.

Rilevo di Völk dopo Cartes Bancaires

Più ampia è la categoria delle restrizioni per oggetto, maggiore è l'importanza della giurisprudenza *Völk*. Ci si potrebbe chiedere se la questione sia ancora attuale nella fase post-*Cartes Bancaires*. Ci sono buoni motivi per ritenere che la risposta debba essere affermativa. *Völk* resta attuale perché comunque, anche senza gli estremi degli ultimi anni, il novero delle restrizioni considerate per oggetto nella tradizione del diritto europeo è ben più ampio dei semplici cartelli.

Le condotte abusive per natura nell'applicazione dell'articolo 102

In una prospettiva di sistema, dopo avere guardato all'art. 101, viene naturale dare un'occhiata all'applicazione dell'articolo 102: anche rispetto al divieto di abuso di posizione dominante, infatti, vi è un tema relativo alle condotte vietate in ragione della loro natura, molto simile a quello delle restrizioni per oggetto ex art. 101.

In base alla giurisprudenza *Hoffman La Roche*, la nozione di abuso è collegata all'impatto della condotta sulla concorrenza ("la nozione di abuso è una nozione oggettiva relativa alla condotta di un'impresa in posizione dominante che (...), ha l'effetto di pregiudicare il mantenimento o l'aumento del grado di concorrenza esistente sul mercato")²⁸. L'AG Colomer nel caso

²⁸ Causa 85/76, § 91.

*Glaxo*²⁹ ha sostenuto, su questa base, che non ci dovrebbero essere violazioni di per sé dell'art. 102: dovrebbe essere sempre necessario, per l'applicazione del divieto, verificare se vi è un effetto attuale o potenziale sulla concorrenza, come recentemente ribadito dalla Corte in *Post Danmark*³⁰.

Ma è noto che nella giurisprudenza storica la Corte di giustizia ha accettato valutazioni troncate del carattere abusivo della condotta, sino a considerare determinate condotte se poste in essere dall'impresa dominante abusive "per natura", con particolare riferimento ai rapporti di esclusiva (*Suiker Unie, Hoffman La Roche, BpB Industries, Tetra Pak*) e agli sconti fedeltà (*Hoffman La Roche, ICI, Solvay, Michelin II, Tomra*).

Nel Guidance Paper del 2009³¹ la Commissione ha proposto un approccio più economico sia ai rapporti di esclusiva che agli sconti fedeltà, volto ad identificare tramite una serie di indicatori se, a parte la forma, nel contesto concreto la condotta sia suscettibile di avere un impatto sulle variabili concorrenziali (prezzo, ecc.).

Nel caso *Intel*³², la decisione della Commissione è stata adottata dopo la pubblicazione del Guidance Paper in relazione a un procedimento avviato prima. In questo contesto, nella valutazione degli sconti di esclusiva la Commissione ha fatto riferimento ai criteri della giurisprudenza tradizionale e contestualmente ha effettuato anche un'analisi secondo l'*impact-based approach*, precisando comunque che tale analisi non era necessaria ai fini della dimostrazione dell'abuso.

Il Tribunale³³, pronunciandosi in primo grado, ha sostanzialmente seguito l'approccio tradizionale: gli sconti di esclusiva, subordinati alla circostanza che il cliente si rifornisca per la totalità o una parte considerevole del suo fabbisogno presso l'impresa in posizione dominante, sono ritenuti per loro stessa natura idonei a restringere la concorrenza. Il Tribunale ha ritenuto espressamente irrilevanti ai fini della valutazione ex art. 102 una serie di indicatori potenzialmente utili a escludere un impatto sensibile, concreto o potenziale, sul mercato: in particolare, l'entità dello sconto e la parte di

²⁹ Cause riunite da C-468/06 a 478/06.

³⁰ Causa C-209/10, §§ 24 e 39.

³¹ Comunicazione della Commissione – *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, 2009/C 45/02.

³² Caso COMP/C-3/37.990 – *Intel*.

³³ Causa T-286/09 – *Intel Corp. c. Commissione*.

mercato bloccata attraverso l'esclusiva. I giudici di primo grado hanno escluso espressamente l'applicabilità di una valutazione de minimis.

Oltre che agli sconti di esclusiva, in *Intel* un trattamento per oggetto è riservato alle restrizioni palesi (*naked restrictions*), categoria introdotta dalla Commissione nel Guidance Paper proprio in vista della decisione *Intel* e definita come una pratica così perniciosa da non richiedere alcuna valutazione dei suoi effetti sulla concorrenza. In *Intel*, in particolare, è stato qualificato come restrizione palese il pagamento da parte dell'impresa dominante di alcuni operatori a condizione che ritardassero o annullassero il lancio o limitassero la distribuzione di un prodotto concorrente.

Per le restrizioni per natura nella sentenza il Tribunale richiama la possibilità di sfuggire al divieto ex articolo 102 se la condotta comporta efficienze o risulta oggettivamente giustificata. Come per le intese, è chiaro che questo percorso è in salita.

In sostanza, in *Intel* il Tribunale indica che per una tipologia di condotte (gli sconti di esclusiva) resta accettabile una valutazione formale, laddove la Corte di giustizia per altre condotte dell'impresa dominante (condotte di prezzo, rifiuto di contrarre) ha accettato un approccio basato sulla valutazione dell'impatto.

E' quindi molto importante, in una prospettiva di sistema, quale sarà la valutazione della Corte di giustizia rispetto alle posizioni assunte dal Tribunale.

In teoria, la Corte potrebbe utilizzare le stesse categorie di *Cartes Bancaires* e quindi verificare se per sconti di esclusiva e *naked restrictions* il Tribunale abbia correttamente verificato i presupposti del divieto per natura in ragione dell'intrinseca pericolosità per la concorrenza.

Un profilo distinto è se anche nell'articolo 102 a fronte di un divieto per oggetto non debba essere possibile almeno escludere le fattispecie de minimis³⁴. E' assai dubbio, infatti, che sconti fidelizzanti nei confronti di un punto vendita che rappresenti, ad esempio, lo 0.01% del mercato debbano essere considerati abusivi. Il Tribunale è stato rigido, la Corte potrebbe essere più aperta.

³⁴ Cfr. in tal senso Richard Whish, *Intel v. Commission: Keep Calm and Carry On*, Journal of European Competition Law and Practice, novembre 2014.

Quindi le questioni che dovranno essere affrontate dalla Corte di giustizia in *Intel* sembrerebbero analoghe a quelle trattate in *Cartes Bancaires* ed *Expedia*. Vi è però, nel caso dell'abuso, un diverso e fondamentale problema sullo sfondo: è il rischio che si crei nella giurisprudenza della Corte una biforcazione riguardo alla questione fondamentale, ossia quale sia il pregiudizio che si vuole evitare.

Nelle sentenze in cui la Corte ha seguito la valutazione basata sul possibile impatto sulle variabili concorrenziali (in primis *Post Danmark*), la Corte ha adottato un approccio che distingue nettamente il pregiudizio alla concorrenza da quello dei concorrenti. In *Intel*, invece, il Tribunale respinge nettamente il test del concorrente altrettanto efficiente sostenendo che ogni condotta idonea a rendere più difficile, anche marginalmente, la presenza di un concorrente sul mercato se posta in essere dall'impresa dominante va ritenuta abusiva. La distinzione tra tutela della concorrenza e tutela del concorrente diviene quindi opaca. E' soprattutto su questo punto di diritto, più che sulla possibilità di utilizzare lo strumento delle restrizioni per oggetto anche nell'articolo 102, che la Corte di giustizia pronunciandosi sul caso *Intel* dovrà fornire un chiarimento.