

DE BERTI ■ JACCHIA

De Berti Jacchia Franchini Forlani
studio legale

L'Avvocato Generale *Wahl* si esprime sulla nozione di “svantaggio per la concorrenza” nell'abuso di posizione dominante mediante discriminazione. Si rafforza l'analisi anticoncorrenziale basata sugli effetti

Roberto A. Jacchia

Davide Scavuzzo

In data 20 dicembre 2017, l'Avvocato Generale *Wahl* ha presentato le sue conclusioni relative alla Causa C-525/16, *Meo – Serviços de Comunicações e Multimédia*, sull'interpretazione dell'articolo 102, paragrafo 2, lettera c) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), ai sensi del quale possono costituire un abuso le pratiche poste in essere da un'impresa dominante, che consistono "... nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza...".

La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata proposta dal *Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão* (Tribunale portoghese specializzato in materia di diritto della concorrenza; di seguito: "il giudice del rinvio") nell'ambito di una controversia tra la *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA* ("MEO") e l'*Autoridade da Concorrência* (Autorità garante della concorrenza portoghese; di seguito "AdC") relativa ad una decisione di archiviazione da parte di quest'ultima in risposta ad una denuncia della MEO nei confronti della *GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes Ou Executantes* (Cooperativa di gestione dei diritti degli artisti interpreti o esecutori portoghese; in prosieguo "GDA"), a causa di un presunto abuso di posizione dominante nel settore dei diritti d'autore degli artisti interpreti o esecutori.

La GDA è una società cooperativa di artisti interpreti ed esecutori senza scopo di lucro, che gestisce i diritti connessi ai diritti d'autore dei suoi membri e di quelli di società straniere analoghe con cui ha un accordo di rappresentanza o di reciprocità. Le sue principali attività consistono nella raccolta e nella redistribuzione delle *royalties* derivanti dall'esercizio dei diritti connessi in Portogallo. Sebbene non rivesta una posizione di monopolio legale, la GDA è l'unico organismo responsabile della gestione collettiva dei diritti connessi degli artisti attivi in Portogallo. I membri della GDA sono qualificati fornitori di offerte al consumatore del servizio di trasmissione del segnale televisivo e del suo contenuto dietro pagamento di un importo fisso. La MEO è uno di tali fornitori ed è, in tale veste, cliente della GDA. Tra il 2008 e il 2014, la GDA aveva applicato tre diverse tariffe ai propri fornitori dei contenuti e del segnale come servizio all'ingrosso. Tra il 2010 e il 2013, tali tariffe sono state applicate contemporaneamente. Nel 2014, *PT Comunicações SA*, entità predecessore della MEO, aveva proposto ricorso contro la GDA all'AdC portoghese per abuso di posizione dominante, sostenendo che la GDA aveva addebitato prezzi eccessivi per l'applicazione dei diritti connessi degli artisti interpreti ed esecutori, ed aggiungendo che essa aveva applicato condizioni differenti tra la MEO e un altro cliente in concorrenza diretta con la MEO, *NOS Comunicações SA* (di seguito "NOS"), che avrebbe beneficiato di tariffe più basse. L'AdC aveva tuttavia archiviato il caso, ritenendo che non vi fossero elementi sufficienti a riprova di un abuso di posizione dominante e che, anche qualora la GDA detenesse effettivamente una posizione dominante sul mercato rilevante e la condotta in questione fosse considerata una disparità di trattamento per servizi equivalenti, la differenziazione delle aliquote applicate ai vari fornitori di servizi di vendita al dettaglio per l'accesso al servizio televisivo e i costi medi sostenuti dalla MEO e dalla NOS in relazione all'offerta all'ingrosso non avrebbe

determinato necessariamente un effetto restrittivo della concorrenza risultante, in particolare, in un indebolimento della posizione competitiva della MEO¹.

La MEO ha impugnato la decisione dell'AdC di fronte al giudice del rinvio, sostenendo che essa aveva erroneamente interpretato l'articolo 102, paragrafo 2, lettera c), TFUE in quanto aveva esaminato la questione di un'eventuale distorsione della concorrenza significativa e qualificabile, senza avere riguardo al criterio dello svantaggio per la concorrenza. Il giudice del rinvio ha ritenuto che la decisione dell'AdC si fosse basata sul fatto che la differenza tra la tariffa e il costo medio era poco elevata, cosicché non sarebbe stata compromessa la posizione competitiva della MEO. Dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia emerge infatti che determinati comportamenti discriminatori nei confronti dei *partner* commerciali intrinsecamente producono svantaggi per la concorrenza. Secondo il giudice del rinvio, tuttavia, la Corte non avrebbe preso una posizione definitiva sulla nozione di "svantaggio competitivo" ai fini dell'applicazione dell'articolo 102, paragrafo 2, lettera c), TFUE². Pertanto, ha deciso di sospendere il procedimento e di domandare alla Corte di Giustizia se, in sostanza, il concetto di "svantaggio per la concorrenza", di cui all'articolo 102, paragrafo 2, lettera c), TFUE, comporta un esame degli effetti di un comportamento e/o della gravità di un'applicazione di prezzi differenziati sulla posizione concorrenziale dell'impresa interessata³.

¹ Secondo l'AdC, "... il ne saurait être considéré qu'un fournisseur de services au détail d'accès au signal de télévision se soit vu infliger un désavantage compétitif par rapport aux autres. L'interprétation selon laquelle un simple comportement discriminatoire de la part d'une entreprise en position dominante entraînerait ipso facto une violation de l'article 102, second alinéa, sous c), TFUE irait notamment à l'encontre de la jurisprudence de la Cour..." (punto 16 delle conclusioni).

² Si vedano i punti da 18 a 20 delle Conclusioni: "... Selon la juridiction de renvoi, la décision de classement sans suite de l'AdC serait fondée sur le fait que la différence de tarif par rapport au coût moyen était faible, de telle sorte que ces tarifs n'étaient pas de nature à compromettre la position concurrentielle de MEO et que celle-ci était capable d'assimiler la différence. MEO aurait d'ailleurs vu augmenter sa part de marché concernant l'offre au détail de l'accès au signal de télévision par abonnement pendant cette même période.

La juridiction de renvoi fait observer que, dans le cadre de la procédure au principal, MEO a fourni des chiffres relatifs aux coûts supportés respectivement par MEO et par NOS. Ces tableaux portent, d'une part, sur le coût total ainsi que sur le coût moyen par consommateur supporté, respectivement, par MEO et par NOS, et, d'autre part, sur le profit et la rentabilité de MEO durant la période concernée, à savoir de l'année 2010 à l'année 2013.

Selon la juridiction de renvoi, il n'est pas exclu que la capacité concurrentielle de MEO ait été affectée en raison de cette différenciation des prix. Il ressortirait de la jurisprudence de la Cour que certains comportements discriminatoires envers les partenaires commerciaux peuvent intrinsèquement entraîner un désavantage concurrentiel. La juridiction de renvoi estime néanmoins que la Cour ne s'est pas fermement prononcée sur la notion de « désavantage dans la concurrence » aux fins de l'application de l'article 102, second alinéa, sous c), TFUE..."

³ Le domande sottoposte alla Corte di Giustizia sono le seguenti: "... i) Qualora nel quadro di un procedimento sanzionatorio emergano prove o indizi di fatti relativi agli effetti di un'eventuale pratica tariffaria discriminatoria attuata da un'impresa in posizione dominante su una delle imprese al dettaglio, che vede porsi in una situazione di svantaggio rispetto ai suoi concorrenti, se la circostanza in cui si consideri che tale comportamento determina uno svantaggio per la concorrenza, ai sensi dell'articolo 102, [paragrafo 2,] lettera c), TFUE, dipenda da un'ulteriore valutazione della gravità, rilevanza o importanza di tali effetti sulla posizione o la capacità concorrenziale dell'impresa interessata, in particolare per quanto concerne la capacità di assimilare la differenza dei costi sostenuti nell'ambito del servizio all'ingrosso.

L'Avvocato Generale *Wahl*, nelle proprie conclusioni, si è preliminarmente soffermato su talune questioni riguardanti l'applicabilità delle disposizioni dell'articolo 102 TFUE al caso di specie, non sollevate dal giudice del rinvio. In particolare, egli ha rilevato che il giudice del rinvio era partito unicamente dalla questione se, per determinare la sussistenza di un abuso di posizione dominante derivante dall'applicazione di prezzi diversi per servizi equivalenti, fosse necessario pronunciarsi sugli effetti concorrenziali di tale pratica o se si potesse presumere che tale comportamento fosse contrario all'articolo 102 TFUE, ritenendo soddisfatte le altre condizioni per la sua applicazione. Secondo l'Avvocato Generale, andrebbero esaminate sia la questione della posizione dominante della GDA sul mercato rilevante, sia l'esistenza di un'imposizione di prezzi differenti per prestazioni equivalenti⁴.

ii) Qualora nel quadro di un procedimento sanzionatorio emergano prove o indizi dell'importanza notevolmente ridotta assunta dalla pratica tariffaria discriminatoria, attuata da un'impresa in posizione dominante nei costi sostenuti, nei proventi ottenuti e nella redditività raggiunta dall'impresa al dettaglio interessata, se l'interpretazione conforme dell'articolo 102, [paragrafo 2.] lettera c), TFUE e della giurisprudenza risultante dalle sentenze British Airways 1 e Clearstream 2 risulti compatibile con la valutazione dell'assenza di indizi di abuso di posizione dominante e di pratiche vietate.

iii) O, al contrario, se tale circostanza non basti a escludere che il comportamento in questione possa integrare un abuso di posizione dominante e una pratica vietata, ai sensi dell'articolo 102, lettera c), TFUE, e rilevi solo all'atto di stabilire la responsabilità o sanzione dell'impresa che ha commesso l'infrazione.

iv) Se l'espressione «determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza», di cui all'articolo 102, lettera c), TFUE debba essere interpretata nel senso che risponde al criterio per cui il vantaggio derivante dalla discriminazione coincida, a sua volta, con una percentuale minima della struttura dei costi dell'impresa interessata.

v) Se l'espressione «determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza», di cui all'articolo 102, lettera c), TFUE, debba essere interpretata nel senso che risponde al criterio per cui il vantaggio derivante dalla discriminazione coincida, a sua volta, con una differenza minima tra i costi medi sostenuti dalle imprese concorrenti nell'ambito del servizio all'ingrosso di cui trattasi.

vi) Se l'espressione «determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza», di cui all'articolo 102, lettera c), TFUE, possa essere interpretata nel senso che risponde al criterio per cui il vantaggio derivante dalla discriminazione coincida, nell'ambito del mercato e del servizio in questione, con valori superiori alle differenze riportate nelle (...) tabelle 5, 6 e 7, ai fini della considerazione del comportamento controverso come pratica vietata.

vii) In caso di risposta affermativa a una delle questioni da sub iv) a sub vi), come debba essere stabilita la menzionata soglia minima di rilevanza dello svantaggio in relazione alla struttura dei costi o ai costi medi sostenuti dalle imprese concorrenti nell'ambito del servizio al dettaglio in questione.

viii) Nel caso in cui si stabilisca detta soglia minima, se la sua inosservanza, per ciascun periodo dell'anno, consenta di confutare la presunzione scaturente dalla sentenza Clearstream, secondo cui occorre considerare che «l'applicazione, nei confronti di una controparte commerciale, di prezzi differenti per servizi equivalenti, e ciò senza soluzione di continuità per 5 anni e da parte di un'impresa detenente un monopolio di fatto sul mercato situato a monte, [produce] necessariamente uno svantaggio concorrenziale per la controparte commerciale medesima»....».

⁴ Si vedano i punti da 36 a 43 delle conclusioni: "... Il convient de souligner que la présente affaire a trait à une constellation factuelle particulière, qui peut être décrite de la manière suivante. MEO, un fournisseur de services de télévision sur le marché portugais, a attaqué devant la juridiction de renvoi la décision de l'AdC portant classement de sa plainte sans suite. Cette plainte était dirigée contre le comportement prétendument abusif de GDA, société coopérative de gestion

Circa la sussistenza di una posizione dominante nel mercato rilevante, nonostante la GDA sia di fatto l'unica entità in Portogallo a gestire i diritti connessi al diritto di autore, essa non disporrebbe di un potere di mercato tale da consentirle di agire indipendentemente dai suoi *partner* commerciali, in quanto dipende in larga misura dalla remunerazione per i servizi che fornisce ai propri clienti, in particolare, alla MEO e alla NOS, che durante il periodo esaminato erano riconducibili ad un duopolio⁵. Come risulta dalla giurisprudenza della Corte, l'articolo 102 TFUE mira a controllare il potere di mercato detenuto da un'impresa. Affinché un'impresa possa essere considerata dominante, non è sufficiente fare riferimento alla quota detenuta in un mercato ben definito, ma è anche necessario considerare il potere economico detenuto come risultato della dominanza. Pertanto, la posizione dominante è una posizione di potenza economica detenuta da un'impresa, che le conferisca il potere di impedire una concorrenza effettiva sul mercato rilevante, fornendole la possibilità di comportamenti notevolmente indipendenti nei confronti dei propri concorrenti, dei clienti e, in definitiva, dei consumatori⁶.

des droits voisins aux droits d'auteur, et qui aurait consisté en l'application, entre l'année 2010 et l'année 2013, de tarifs différenciés pour l'obtention de licences.

De l'avis de MEO, NOS, entreprise en concurrence directe avec MEO, aurait bénéficié de tarifs plus avantageux pendant cette période. La plainte déposée par MEO auprès de l'AdC portait ainsi sur un prétendu abus de position dominante découlant des tarifs discriminatoires pratiqués par GDA sur le marché en aval lié aux services de commercialisation collective des droits connexes des artistes interprètes et exécutants.

Cela étant et ainsi que la juridiction de renvoi l'a relevé, données chiffrées à l'appui, il apparaît que le désavantage prétendument subi par MEO s'agissant des montants payés pour l'utilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur et les droits voisins n'a pas abouti à une diminution de sa part de marché. Bien au contraire, la part détenue par MEO aurait augmenté et serait passée, entre l'année 2010 et l'année 2013, d'environ 25 % à un niveau supérieur à 40 %. Quant à la part détenue par NOS, elle aurait, au cours de la même période, diminué, passant d'un niveau supérieur à 60 % à un niveau inférieur à 45 %.

Il est également important de relever que cette fixation des prix a été faite, en conformité avec le droit national applicable, par une décision arbitrale dans la mesure où GDA n'était pas parvenue à trouver un accord avec MEO.

En l'occurrence, la juridiction de renvoi semble être partie du postulat que se posait uniquement la question de savoir si, pour conclure à l'existence d'un abus de position dominante résultant de l'application de prix différents pour des services équivalents, il convenait de se prononcer concrètement sur les effets concurrentiels de la pratique litigieuse ou si, en revanche, il pouvait être présumé qu'une telle pratique est contraire à l'article 102, second alinéa, sous c), TFUE.

En ce sens, la juridiction de renvoi semble avoir considéré que les autres conditions d'application de l'article 102 TFUE étaient réunies. En particulier, elle tient pour acquis le fait que, premièrement, GDA est une entreprise en position dominante et que, deuxièmement, elle a appliqué à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales « à des prestations équivalentes ».

Or, à la lecture du dossier soumis à la Cour, il me semble que tant l'existence en l'occurrence d'une position dominante de GDA sur le marché réellement pertinent que la réalité d'une imposition de prix inégaux à « prestations équivalentes » sont sujettes à caution...».

⁵ Si vedano i punti da 47 a 51 delle conclusioni.

⁶ Si veda: CGUE 14.02.1978, Causa C-27/76, *United Brands/Commissione*, punto 65; CGUE 17.02.1979, Causa C-85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, punto 38; CGUE 14.10.2010, Causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom/Commissione*, punto 170; CGUE 17.02.2011, Causa C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, punti 23 e 79.

Per quanto riguarda l'applicazione di "condizioni dissimili per prestazioni equivalenti" ai sensi dell'articolo 102, paragrafo 2, lettera c), TFUE e, quindi, la presenza di una discriminazione nella fornitura di diritti connessi a MEO e NOS, è giurisprudenza costante della Corte che l'equivalenza delle prestazioni deve essere determinata tenendo conto di tutte le condizioni del mercato⁷, incluso l'aspetto temporale. Il fatto che i servizi vengano resi in momenti diversi può rendere le prestazioni non equivalenti⁸. Inoltre, dagli elementi di prova emergeva che la formazione dei prezzi e le altre condizioni contrattuali relative ai diritti connessi che la GDA commercializza erano subordinate alla legge che obbliga le parti, in mancanza di un accordo, a ricorrere all'arbitrato. Pertanto, la GDA si sarebbe limitata ad applicare i prezzi fissati dalla decisione arbitrale⁹.

In ogni caso, anche volendo desumere che la GDA detenga una posizione dominante sul mercato rilevante e che la pratica in questione sia da considerarsi come una disparità di trattamento per servizi equivalenti, si produrrebbe un abuso di posizione dominante solo se tale pratica producesse una distorsione della concorrenza, il che implicherebbe un esame concreto dei suoi effetti alla luce di tutte le circostanze pertinenti. In linea generale, infatti, una pratica di discriminazione tariffaria non è di per sé problematica dal punto di vista del diritto della concorrenza, ma può anche migliorare le efficienze e quindi il benessere dei consumatori, e diviene sanzionabile solo se produce effetti anticoncorrenziali, attuali o potenziali¹⁰.

⁷ Si veda: CGUE 09.09.2009, Causa T 301/04, *Clearstream/Commissione*, punti da 169 a 190; CGUE 07.10.1999, Causa T-228/97, *Irish Sugar/Commissione*, punto 64.

⁸ Si veda il punto 57 delle conclusioni.

⁹ Si veda il punto 58 delle conclusioni. Inoltre, "... il apparaît que l'affaire au principal se caractérise par un certain nombre d'incertitudes quant à l'applicabilité de l'article 102 TFUE, incertitudes qui dépassent la seule question de l'identification d'un « désavantage dans la concurrence ». Il apparaît notamment très délicat de sanctionner une entreprise pour avoir abusé de sa prétendue position dominante en raison d'une différenciation des prix appliqués à ses partenaires situés sur le marché en aval, alors même qu'elle n'opère pas sur ce marché et qu'elle profite directement de la concurrence opérant entre ces partenaires. Ces incertitudes justifient d'autant plus la prudence dans l'examen des pratiques litigieuses de différenciation de prix..." (punto 59 delle conclusioni).

¹⁰ Si vedano i punti da 61 a 69 delle conclusioni: "... De manière générale, il importe de rappeler que la discrimination, y compris la discrimination dans l'imposition de prix, n'est pas, en elle-même, problématique du point de vue du droit de la concurrence. La raison en est que la discrimination des prix n'est pas toujours nuisible à la concurrence. Bien au contraire, ainsi qu'en témoignent notamment les (vaines) tentatives officielles de revenir aux États-Unis sur la disposition visant à proscrire une telle discrimination contenue dans le Robinson-Patman Act de 1936, interdire purement et simplement les discriminations tarifaires peut s'avérer néfaste du point de vue de l'efficacité économique et du bien-être du consommateur.

Il est en effet bien acquis qu'une pratique de discrimination, et notamment de différenciation des prix, produit des effets ambivalents du point de vue de la concurrence. Une telle pratique peut avoir pour conséquence de renforcer l'efficacité économique et ainsi le bien-être des consommateurs, objectifs qui, à mon sens, ne doivent être perdus de vue lorsqu'il s'agit d'appliquer les règles de concurrence et qui se distinguent, en tout état de cause, de considérations liées à l'équité. Comme l'a itérativement jugé la Cour, les règles de concurrence visent à protéger la concurrence et non les concurrents.

Que ce soit sous l'angle du droit des ententes ou sur celui des abus de position dominante, les discriminations tarifaires ne devraient pouvoir être sanctionnées qu'à condition qu'elles produisent un effet anticoncurrentiel actuel ou potentiel. L'identification d'un tel effet ne se confond pas avec

È pacifico, inoltre, che, nell'esaminare il comportamento commerciale di un'impresa nella prospettiva dell'articolo 102 TFUE, la presenza di una restrizione della concorrenza non può essere presunta, ma è necessario valutare le conseguenze effettive o potenziali della condotta alla luce di tutte le circostanze del caso¹¹. Nel caso di una pratica di discriminazione basata sulla differenziazione dei prezzi, l'analisi differisce a seconda che si tratti di discriminazione "primaria" o "secondaria". La cosiddetta discriminazione "primaria" consiste in una discriminazione nei confronti dei concorrenti dell'impresa dominante e si riferisce alle pratiche che mirano ad attirare determinati clienti di operatori concorrenti, come i prezzi predatori, gli sconti differenziali e la compressione dei margini. Più in generale, riguarda tutte le pratiche di fissazione dei prezzi volte a spiazzare o indebolire la posizione concorrenziale degli operatori nello stesso mercato e allo stesso livello della

le désavantage immédiat ressenti, voire subi, par les opérateurs qui se sont vu infliger les prix les plus hauts pour l'acquisition d'un bien ou d'un service. Aussi, le fait qu'une entreprise se soit vu imposer un prix pour l'acquisition d'un bien ou service supérieur à celui appliqué à une ou à plusieurs entreprises concurrentes peut être qualifié de désavantage, mais cela n'entraîne pas nécessairement un « désavantage concurrentiel ».

Dès lors, à supposer même qu'une entreprise se soit vu imposer des tarifs supérieurs à ceux appliqués à d'autres entreprises et que, de ce fait, elle est (ou s'estime) discriminée, ce comportement ne peut être appréhendé par cette disposition que s'il est établi que celui-ci est de nature à restreindre la concurrence et à porter atteinte au bien-être des consommateurs.

Dans le droit des abus de position dominante, une pratique de discrimination tarifaire permet notamment à une entreprise détenant une telle position d'offrir ses produits et ses services à un plus grand nombre de consommateurs, tels que ceux qui disposeraient d'un pouvoir d'achat moindre. Dans le même sens, le client d'une entreprise, même dominante, sera, en principe, incité à vendre davantage pour bénéficier d'une remise « fidélisante » et, pour ce faire, sera, à son tour, encouragé à diminuer ses prix et donc à réduire sa marge, ce qui, finalement, se répercute positivement sur le consommateur. Dans ce contexte, il y a lieu de souligner que la capacité des opérateurs à utiliser leur pouvoir de négociation pour obtenir les meilleures conditions tarifaires et réduire leurs coûts est un important paramètre de concurrence. En définitive, la différenciation des prix peut être un vecteur important de stimulation de la concurrence.

S'agissant plus spécifiquement du point de savoir si une pratique de discrimination des prix appliqués par une entreprise à ses « partenaires commerciaux », qui sont le plus souvent ses clients situés sur le marché en aval, est susceptible de constituer un abus de position dominante, je rappelle que l'article 102, second alinéa, sous c), TFUE interdit expressément aux entreprises en position dominante d'appliquer à l'égard de tels partenaires des conditions inégales à des prestations équivalentes « en leur procurant un désavantage dans la concurrence ».

Contrairement à ce qu'une analyse superficielle pourrait suggérer, l'article 102, second alinéa, sous c), TFUE n'enjoint pas aux détenteurs d'un monopole ou d'une position dominante d'appliquer à leurs partenaires commerciaux des tarifs uniformes.

Il ressort ainsi de la lettre même de cette disposition que la discrimination tarifaire imposée par une entreprise dominante à l'égard de ses partenaires commerciaux peut tomber sous le coup de l'interdiction des abus de position dominante si et seulement si la concurrence qui s'exerce entre ces partenaires est faussée par cette discrimination.

En définitive, une application rigoureuse de cette disposition exige, d'une part, de constater qu'il existe un rapport de concurrence entre les partenaires commerciaux de l'entreprise dominante et, d'autre part, d'exposer que le comportement de cette entreprise est concrètement de nature à fausser la concurrence entre les entreprises concernées...".

¹¹ Si veda CGUE 06.09.2017, Causa C-413/14 P, Intel/Commissione, punti da 133 a 174.

catena del valore in cui è attiva l'impresa dominante. La discriminazione "secondaria" è, invece, principalmente contemplata dall'articolo 102, paragrafo 2, lettera c), TFUE, e riguarda la situazione dei *partner* commerciali nel mercato a valle o a monte dell'impresa dominante. In particolare, il comportamento commerciale dell'impresa dominante non deve avere per effetto di falsare la concorrenza sul mercato a monte o a valle, cioè la concorrenza tra i fornitori o tra i clienti dell'impresa. In altre parole, le controparti commerciali non devono essere favorite o sfavorite sul terreno della concorrenza tra di loro¹². Secondo l'Avvocato Generale *Wahl*, nel secondo tipo di discriminazione, è necessario distinguere tra imprese verticalmente integrate, che possono avere un interesse a sostituirsi ai concorrenti nel mercato a valle, ed imprese che non hanno un tale interesse. Nel caso in cui l'impresa sia integrata verticalmente, infatti, l'applicazione di prezzi discriminatori sul mercato a monte o a valle è in realtà una discriminazione primaria che colpisce indirettamente i concorrenti¹³.

La sentenza di riferimento con riguardo alle pratiche di discriminazione tariffaria per i fini dell'articolo 102, paragrafo 2, lettera c), TFUE, è *British Airways/Commissione*¹⁴, in cui la Corte ha affermato che è necessario "... *constatare che il comportamento dell'impresa in posizione dominante su un mercato non soltanto sia discriminatorio, ma anche che esso tenda a falsare tale relazione concorrenziale, cioè ad ostacolare la posizione concorrenziale di una parte delle controparti commerciali di tale impresa rispetto alle altre.*

*Al riguardo nulla osta a che la discriminazione delle controparti commerciali che si trovano in una relazione concorrenziale possa essere considerata abusiva dal momento in cui il comportamento dell'impresa in posizione dominante tende a condurre, alla luce dell'insieme delle circostanze della fattispecie, ad una distorsione della concorrenza fra tali controparti commerciali..."*¹⁵.

Anche nella sentenza *Clearstream/Commissione*¹⁶, richiamata dal giudice portoghese del rinvio, la Corte aveva ribadito il principio secondo il quale "... *perché ricorrano le condizioni di applicazione dell'art. 82, secondo comma, lett. c), CE, occorre la constatazione che il comportamento dell'impresa in posizione dominante su un mercato non soltanto sia discriminatorio, ma anche che esso tenda a falsare tale relazione concorrenziale, vale a dire ad ostacolare la posizione concorrenziale di parte delle controparti commerciali di tale impresa rispetto alle altre...*"¹⁷.

¹² Si veda CGUE 15.03.2007, Causa C 95/04 P, *British Airways/Commissione*, punto 143.

¹³ Si vedano i punti 76 e 77 delle conclusioni. Si veda anche CGUE 21.10.1997, Causa T-229/94, *Deutsche Bahn/Commissione*, che offre una buona illustrazione dell'effetto restrittivo della concorrenza causato da una discriminazione tariffaria, in prima e seconda linea, effettuata da un'impresa verticalmente integrata.

¹⁴ CGUE 15.03.2007, Causa C 95/04 P, *British Airways/Commissione*.

¹⁵ CGUE 15.03.2007, Causa C 95/04 P, *British Airways/Commissione*, punti 144 e 145.

¹⁶ CGUE 09.09.2009, Causa T-301/04, *Clearstream/Commissione*, in cui la Corte ha dichiarato che "... [n]ella specie, l'applicazione, nei confronti di una controparte commerciale, di prezzi differenti per servizi equivalenti, e ciò senza soluzione di continuità per 5 anni e da parte di un'impresa detenente un monopolio di fatto sul mercato situato a monte, ha necessariamente prodotto uno svantaggio concorrenziale per la controparte commerciale medesima..." (punto 194).

¹⁷ CGUE 09.09.2009, Causa T-301/04, *Clearstream/Commissione*, punto 192.

Pertanto, l'articolo 102, paragrafo 2, lettera c), TFUE, non impone ad un'impresa dominante di praticare prezzi uniformi alle sue controparti commerciali, in tutte le circostanze, ed indipendentemente da un'analisi degli effetti della pratica contestata sulla concorrenza. La necessità di tener conto di "tutte le circostanze del caso" è quindi fondamentale nella valutazione di una pratica tariffaria discriminatoria¹⁸.

Secondo l'Avvocato Generale *Wahl*, inoltre, la dimostrazione dell'esistenza di uno svantaggio competitivo va distinta dalla valutazione della attitudine di un comportando dell'impresa a restringere la concorrenza e, in particolare, a produrre effetti di esclusione dal mercato¹⁹.

Alla luce di quanto sopra, l'Avvocato Generale *Wahl* ha ritenuto che una pratica di discriminazione tariffaria "secondaria" può rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 102, paragrafo 2, lettera c), TFUE solo dopo un esame concreto, alla luce di tutte le circostanze del caso.

Inoltre, contrariamente a quanto suggerito dalla MEO, la discriminazione tariffaria non è automaticamente e necessariamente accompagnata da uno "svantaggio per la concorrenza" nel senso di cui all'articolo 102, paragrafo 2, lettera c), TFUE. Per integrare uno "svantaggio per la concorrenza", lo svantaggio sofferto deve essere sufficiente a produrre un impatto sulla posizione dell'impresa discriminata, distorcendo la relazione concorrenziale tra i *partner* commerciali nel mercato a valle²⁰. Pertanto, andrà esaminato in fatto se

¹⁸ Si vedano i punti 87 e 88 delle conclusioni.

¹⁹ Secondo l'Avvocato Generale, "... [c]ette exigence vise, aux fins de l'application de l'article 102, second alinéa, sous c), TFUE, à s'assurer concrètement qu'une pratique de discrimination tarifaire suivie par une entreprise à l'égard de ses partenaires commerciaux, qui ne peut à elle seule être problématique du point de vue de la concurrence, aboutit à créer un désavantage concurrentiel..." (punto 92 delle conclusioni). Si veda inoltre CGUE 06.09.2017, Causa C-413/14 P, *Intel/Commissione*, punti da 138 a 141, nonché le Conclusioni dell'Avvocato Generale *Wahl* del 20.10.2016 relative a tale Causa, ed in particolare i punti 73 e ss.

²⁰ Punti da 94 a 98 delle conclusioni: "... Contrairement à ce que laisse suggérer la position défendue par MEO dans le cadre de la présente procédure, je suis d'avis qu'une discrimination tarifaire ne s'accompagne pas nécessairement d'un « désavantage dans la concurrence », au sens de l'article 102, second alinéa, sous c), TFUE.

À mon sens, une telle appréciation procède d'une confusion entre l'appréciation de l'existence d'un « désavantage dans la concurrence » et l'existence de « désavantages entre les concurrents », voire d'un désavantage tout court.

Pour qu'un « désavantage dans la concurrence », au sens de l'article 102, second alinéa, sous c), TFUE, soit constaté, la pratique en question doit, en plus du désavantage induit par la discrimination tarifaire pris isolément, avoir un effet spécifique sur la position concurrentielle de l'entreprise prétendument discriminée.

En d'autres termes, il faut que le désavantage subi soit suffisamment significatif pour avoir des conséquences sur la position concurrentielle de l'entreprise discriminée. Il est donc nécessaire d'établir que les prix discriminatoires ont tendance à fausser le rapport de concurrence entre les partenaires commerciaux sur le marché en aval.

Une telle analyse exige la prise en compte par l'autorité en charge de la concurrence de toutes les circonstances du cas qui lui est soumis. Une pratique de prix discriminatoires place les clients d'une société en position dominante dans une situation de désavantage dans la concurrence quand elle est concrètement susceptible d'affecter de façon négative la concurrence sur le

la discriminazione tariffaria sia tale da incidere in effetti sulla capacità dei *partner* commerciali "svantaggiati" di esercitare una pressione concorrenziale effettiva sui *partner* commerciali "favoriti". Se, da un lato, secondo la giurisprudenza della Corte, non è necessario dimostrare un deterioramento effettivo della posizione concorrenziale delle controparti commerciali considerate individualmente²¹, né stabilire una soglia di percettibilità (*de minimis*) allo scopo di individuare lo sfruttamento abusivo di posizione dominante²², dall'altro, il semplice "svantaggio" derivante dalla discriminazione non può essere confuso con lo "svantaggio per la concorrenza", che deve concretizzarsi nel mercato in cui operano i *partner* commerciali dell'impresa dominante²³. Di conseguenza, il fatto che ad una delle controparti commerciali della GDA venga praticato un prezzo più elevato non implica che il livello di concorrenza nel mercato a valle sia necessariamente influenzato dalla discriminazione contestata. Ne segue che eventuali disparità di trattamento che non hanno alcun impatto sulla concorrenza o effetti molto limitati, non costituiranno un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102, paragrafo 2, lettera c), TFUE²⁴. Il prezzo imposto da un'impresa in posizione dominante potrebbe avere un impatto sulla posizione competitiva del contraente "svantaggiato", e non solo sulla sua redditività, anche qualora esso rappresenti una parte significativa dei costi totali sostenuti dal suddetto contraente²⁵,

marché dans lequel ses clients opèrent. Aux fins d'identifier une distorsion de concurrence dans ce contexte, l'on ne peut donc pas se borner à évaluer l'impact de la pratique discriminatoire au niveau d'un partenaire commercial spécifique..."

²¹ CGUE 15.03.2007, Causa C-95/04 P, *British Airways/Commissione*, punto 145.

²² CGUE 06.10.2015, Causa C 23/14, *Post Danmark*, punto 73.

²³ Secondo l'Avvocato Generale, infatti, "... une distinction me semble devoir être effectuée entre les comportements anticoncurrentiels, qui impliquent, eu égard à leur nocivité intrinsèque, une restriction de concurrence, et ceux, comme les pratiques de différenciation tarifaire de seconde ligne suivies par une entreprise dominante non verticalement intégrée, qui nécessitent un examen plus poussé de leurs répercussions concrètes pour pouvoir conclure à l'existence d'une telle restriction.

Il ne s'agit pas d'opérer ici un arbitrage entre les restrictions de concurrence selon qu'elles soient mineures ou non – qui justifierait la fixation d'un seuil de minimis en principe exclu dans le cadre de l'article 102 TFUE. Il s'agit plutôt d'identifier la présence d'une restriction effective de concurrence qui est bien distincte de la discrimination tarifaire et qui doit s'ajouter à cette dernière..." (punti 102 e 103 delle conclusioni).

²⁴ L'esistenza di uno svantaggio per la concorrenza "... doit être établie en examinant les effets réels ou potentiels de la pratique incriminée au regard de l'ensemble des circonstances pertinentes en rapport avec les transactions concernées comme avec les caractéristiques du marché dans lequel opèrent les partenaires commerciaux de l'entreprise dominante.

Aux fins de l'examen de l'effet de distorsion ou d'éviction de pratiques de discrimination tarifaire, une attention certaine doit, tout d'abord, être accordée à la réalité et à l'importance relative de la différenciation tarifaire litigieuse.

Ensuite, une importance doit également être accordée à l'examen de l'importance des coûts des produits ou des services fournis par l'entreprise dominante par rapport aux coûts totaux supportés par le ou les partenaires prétendument défavorisés..." (punti da 106 a 108 delle conclusioni).

²⁵ Si veda la Decisione della Commissione, del 19 dicembre 1990, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 86 del Trattato CEE (IV/33.133-C: Carbonato di sodio - Solvay), GUUE L 152 del 15.06.1991. In tale caso, la Commissione aveva constatato che la discriminazione in materia di prezzi incideva anche sulla competitività dei frabbricanti di vetro.

circostanza che non era applicabile nella fattispecie della causa principale²⁶. Di conseguenza, la constatazione di uno svantaggio concorrenziale impone che, al di là della discriminazione eventualmente subita, si concretizzi l'esistenza dello svantaggio concorrenziale. Qualora un'Autorità garante della concorrenza riceva una denuncia relativa all'esistenza di un abuso di posizione dominante derivante in particolare da discriminazione "secondaria" in materia di prezzi, essa dovrà quindi esaminare attentamente tutti i fatti e gli elementi a sua disposizione.

L'Avvocato Generale Wahl ha suggerito di rispondere alle questioni pregiudiziali proposte dal giudice del rinvio nel modo seguente:

"... In assenza di giustificazioni oggettive, l'applicazione di prezzi più elevati da parte di un'impresa in posizione dominante ad alcuni dei suoi licenziatari, rispetto ai prezzi praticati ad altri licenziatari, costituisce un abuso ai sensi dell'articolo 102, paragrafo 2, lettera c), TFUE se e solo se tale pratica pone i primi in una situazione di svantaggio competitivo rispetto agli altri licenziatari con i quali essi competono.

I contraenti di un'impresa dominante sono soggetti a uno svantaggio competitivo ai sensi dell'articolo 102, paragrafo 2, lettera c), TFUE, laddove l'applicazione di condizioni diverse per servizi equivalenti ne pregiudica la posizione concorrenziale rispetto ad altri contraenti e, di conseguenza, viene distorta la concorrenza tra i partner commerciali favoriti e i partner commerciali svantaggiati.

La constatazione dell'esistenza di uno svantaggio per la concorrenza implica una distorsione della concorrenza tra le parti interessate nel mercato rilevante, distinta dalla mera differenza di trattamento che può essere riscontrata. L'analisi sostenuta non deve limitarsi ad un mero esercizio formale di deduzione automatica, basato su presunzioni di fatto o di legge, ma implica un esame concreto di tutte le circostanze del caso. In particolare, ma non esclusivamente, devono essere prese in considerazione la natura e l'entità della differenziazione tariffaria contestata e la struttura dei costi delle imprese interessate..."²⁷.

²⁶ Punto 111 delle conclusioni: "... Pour revenir au cas d'espèce, l'AdC a constaté que ces coûts n'étaient pas significatifs. Le point 67 de la décision de cette autorité indique en effet que, sur la base des informations fournies par MEO le 23 juin 2015, il convenait de conclure que, entre le 1er janvier 2010 et le 31 décembre 2013, les montants que MEO a payés annuellement à GDA dans le cadre du service de gros en cause ont représenté un faible pourcentage des coûts supportés par MEO dans le cadre de la mise à disposition du service au détail d'accès au signal de télévision par abonnement et une infime part des profits de MEO dans le cadre de la mise à disposition de ce service au détail. Le poids relatif du prix des droits connexes que pratique GDA étant, de l'avis de l'AdC, insignifiant, il apparaît difficile de saisir en quoi la différenciation des tarifs appliqués par GDA était, en raison de son importance, de nature à affecter la position concurrentielle de MEO, et donc à créer un désavantage dans la concurrence ...".

²⁷ Il testo del dispositivo delle conclusioni in lingua originale dispone quanto segue: "... En l'absence de toute justification objective, l'application de prix supérieurs par une entreprise en position dominante à certains de ses titulaires de licence, en comparaison avec les prix pratiqués aux autres titulaires, constitue un abus au sens de l'article 102, second alinéa, sous c), TFUE si et seulement si cette pratique inflige aux premiers un désavantage dans la concurrence par rapport aux autres titulaires avec qui ces premiers titulaires sont en concurrence.

Se la Corte di Giustizia condividerà le conclusioni dell'Avvocato Generale *Wahl*, ne risulterà confermato il ri-orientamento in atto della giurisprudenza *antitrust* europea, nel senso della rivalutazione dell'analisi, concreta e dinamica, degli effetti della condotta, rispetto all'approccio, più astratto e statico, della anticoncorrenzialità per oggetto.

Les partenaires commerciaux d'une entreprise dominante se voient infliger un désavantage dans la concurrence au sens de l'article 102, second alinéa, sous c), TFUE lorsque l'application de conditions inégales à des prestations équivalentes porte préjudice à la position concurrentielle de certains de ces partenaires commerciaux par rapport aux autres et lorsque, par conséquent, elle fausse la concurrence entre les partenaires commerciaux favorisés et les partenaires commerciaux défavorisés.

La constatation de l'existence d'un désavantage dans la concurrence implique le constat d'une distorsion de la concurrence entre les parties concernées sur le marché pertinent distincte de la simple différence de traitement éventuellement constatée. L'analyse préconisée ne doit pas se résumer à un simple exercice formel de déduction automatique, fondé sur des présomptions de fait ou de droit, mais elle implique un examen concret de toutes les circonstances du cas d'espèce. Peuvent notamment, mais pas exclusivement, être prises en compte la nature et l'importance de la différenciation tarifaire litigieuse ainsi que la structure des coûts des entreprises concernées...".