Mercato del trasporto ferroviario di merci. La Corte di Giustizia si pronuncia sulla nozione di “abuso” e sull’esclusione effettiva o probabile di un concorrente

27/03/2023

DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, TRASPORTI E LOGISTICA, CONTENZIOSO

Marco Stillo

In data 12 gennaio 2023, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea si è pronunciata nella Causa C-42/21 P, *Lietuvos geležinkeliai contro Commissione*, sull’impugnazione con cui la *Lietuvos geležinkeliai AB* (“LG”) chiedeva l’annullamento della sentenza[1] con cui il Tribunale dell’Unione Europea aveva, da un lato, respinto il suo ricorso nella parte in cui mirava all’annullamento della Decisione C(2017) 6544 final[2] della Commissione e, dall’altro, fissato l’importo dell’ammenda inflittale mediante tale decisione in circa 20 milioni di euro.

Questi i fatti.

Al fine di trasportare i propri prodotti sul tragitto breve verso la Lettonia, l’*Orlen Lietuva AB* (“Orlen”), un’impresa specializzata nella raffinazione di petrolio grezzo e nella distribuzione di prodotti petroliferi raffinati, faceva ricorso ai servizi della LG, un’impresa pubblica il cui azionista unico è lo Stato lituano, per la parte che andava dalla propria raffineria situata in *Bugeniai* (Lituania) alla frontiera lettone. La LG, pertanto, aveva stipulato un contratto di subfornitura con la *Latvijas dzelzceļš*, la società nazionale delle ferrovie della

[1] Tribunale 18.11.2020, Causa T-814/17, *Lietuvos geležinkeliai AB contro Commissione europea*.
[2] Dec. Comm. C(2017) 6544 final, del 2 ottobre 2017, relativa a un procedimento a norma dell’articolo 102 TFUE, Caso AT.39813 – Ferrovie baltiche.

Lettonia ("LDZ"), per il trasporto su tale parte lituana del tragitto. Più particolarmente, non disponendo delle autorizzazioni regolamentari necessarie per esercitare le proprie attività in maniera indipendente sul territorio lituano, la LDZ operava in qualità di subfornitore della LG e, passata la frontiera, proseguiva il trasporto dei prodotti dell'Orlen sul territorio lettone. I rapporti commerciali tra l'Orlen e la LG in ordine ai servizi di trasporto di quest'ultima sulla rete ferroviaria lituana, invece, erano disciplinati da un accordo firmato nel 1999, che conteneva in particolare un impegno specifico da parte di quest'ultima di trasportare le merci dell'Orlen sul tragitto breve verso la Lettonia sino al 2024.

A causa una controversia insorta con la LG alle tariffe pagate per il trasporto dei suoi prodotti petroliferi, l'Orlen aveva preso in considerazione la possibilità di stipulare direttamente un contratto con la LDZ per i servizi di trasporto ferroviario delle sue merci sul tragitto breve verso la Lettonia, nonché di dirottare le sue attività di esportazione marittime in partenza da *Klaipėda* (Lituania) verso i terminali marittimi di *Riga* e di *Ventspils* (Lettonia). Poiché, inoltre, l'Orlen aveva deciso unilateralmente, sin dalla primavera del 2008, di applicare un tasso inferiore a quello richiesto dalla LG e di trattenere il pagamento della differenza, quest'ultima aveva avviato un procedimento arbitrale nei suoi confronti, informandola della risoluzione dell'accordo del 1999 a decorrere dal 1° settembre 2008.

A seguito della scoperta di una deformazione del binario di alcune decine di metri la LG, facendo valere principalmente motivi di sicurezza, aveva sospeso il traffico sul tratto del tragitto tra *Mažeikiai* e la frontiera con la Lettonia, procedendo in seguito allo smantellamento completo del binario. Nel gennaio 2009, inoltre, era stato concluso un nuovo accordo generale di trasporto tra la LG e l'Orlen per un periodo di quindici anni, fino al 1º gennaio 2024, che sostituiva un accordo provvisorio che era stato firmato il 1° ottobre 2008. In data 10 novembre 2009, tuttavia, il collegio arbitrale aveva dichiarato che la risoluzione unilaterale dell'accordo del 1999 da parte della LG era illegittima, e che doveva ritenersi che tale accordo fosse rimasto in vigore sino al 1° ottobre 2008.

Successivamente, l'Orlen aveva presentato una denuncia formale alla Commissione, che con la Decisione C(2017) 6544 final aveva inflitto alla LG un'ammenda di importo pari a circa 27,8 milioni di euro per aver abusato della sua posizione dominante, in quanto gestore delle infrastrutture ferroviarie in Lituania, rimuovendo il binario, ciò che poteva produrre effetti anticoncorrenziali di preclusione della concorrenza sul mercato della prestazione di servizi di trasporto ferroviario di prodotti petroliferi tra la raffineria e i terminali marittimi vicini, erigendo barriere all'ingresso nel mercato senza alcuna giustificazione oggettiva. Di conseguenza, la LG aveva adito il Tribunale dell'Unione, che aveva respinto tutti i suoi motivi di ricorso riducendo tuttavia l'importo dell'ammenda e fissandolo in 20 milioni di euro. La LG, pertanto, si era rivolta alla Corte di Giustizia deducendo quattro motivi di impugnazione.

Con il suo primo motivo di impugnazione, la LG contestava al Tribunale di aver commesso quattro errori di diritto rifiutando di applicare il criterio stabilito dalla sentenza *Bronner*[3] per determinare l'esistenza dell'asserita pratica abusiva. Più particolarmente, secondo la LG i) non sussiste alcuna regola per cui i criteri enunciati in tale sentenza si applicano solo laddove vi sia una necessità di proteggere l'incentivo di un'impresa dominante ad investire nella realizzazione di impianti essenziali, ii) non esiste alcuna regola secondo cui tali criteri non sarebbero applicabili qualora il contesto normativo in vigore imponga già un obbligo di fornitura dei servizi in

[3] CGUE 26.11.1998, Causa C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contro Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, punto 41.

questione, iii) in capo ad un gestore dell'infrastruttura non sussiste né l'obbligo legale assoluto di concedere l'accesso a ciascun tratto di binario della sua rete, in particolare qualora siano disponibili tragitti alternativi, né quello di ripristinare un binario fatiscente ricorrendo ad una soluzione che considerata inefficace ed economicamente irragionevole, e iv) nessuna norma giuridica indicherebbe che i criteri derivanti dalla sentenza *Bronner* non siano applicabili qualora la posizione dominante derivi da un monopolio di Stato.

La Corte ha preliminarmente ricordato che l'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) vieta, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati Membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo, di talché, all'impresa che detiene una tale posizione, incombe una responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno[4]. Più particolarmente, quella di "sfruttamento abusivo di posizione dominante" ai sensi dell'articolo 102 TFUE è una nozione oggettiva che riguarda i comportamenti di un'impresa in posizione dominante, i quali, su un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito, abbiano l'effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o il suo sviluppo[5]. Di conseguenza, l'esame del carattere abusivo di una pratica di un'impresa dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE deve essere effettuato prendendo in considerazione tutte le circostanze specifiche della controversia[6].

Il rifiuto di concedere l'accesso ad un'infrastruttura sviluppata da un'impresa dominante per le esigenze della propria attività e da essa detenuta può costituire un abuso di posizione dominante a condizione non solo che tale diniego possa eliminare del tutto la concorrenza sul mercato in questione da parte della persona che richiede il servizio e non sia obiettivamente giustificabile, e bensì anche che l'infrastruttura sia, di per sé, indispensabile per l'esercizio dell'attività di tale persona, nel senso che non esiste alcun sostituto reale o potenziale all'infrastruttura stessa[7]. L'ipotesi di una distruzione, da parte di un'impresa dominante, di un'infrastruttura, tuttavia, deve essere distinta da quella di un diniego di accesso, in quanto essa implica il sacrificio di un attivo, con eventuali costi connessi a tale distruzione, di talché, a seguito della stessa, l'infrastruttura diviene inevitabilmente inutilizzabile non solo dai concorrenti, e bensì anche dalla stessa impresa dominante. Di conseguenza, il caso concreto non solleva un "problema di accesso" ad un'infrastruttura ai sensi della giurisprudenza derivante dalla sentenza *Bronner*, e pertanto dichiarando che, alla luce della loro finalità, i relativi criteri non sono destinati ad applicarsi qualora l'infrastruttura in questione sia stata finanziata non mediante investimenti propri dell'impresa dominante, e bensì mediante fondi pubblici, e tale impresa non sia la proprietaria dell'infrastruttura stessa, il Tribunale non è incorso in alcun errore di diritto,

Sebbene, infine, l'esistenza di un obbligo regolamentare, per l'impresa dominante, di dare accesso all'infrastruttura in

[4] CGUE 25.03.2021, Causa C-152/19 P, *Deutsche Telekom/Commissione*, punto 40.
[5] *Ibidem*, punto 41.
[6] *Ibidem*, punto 42.
[7] CGUE 25.03.2021, Causa C-152/19 P, *Deutsche Telekom/Commissione*, punti 43-44; CGUE 26.11.1998, Causa C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contro Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, punto 41.

questione non possa dispensare la Commissione dal dimostrare l'esistenza di un abuso ai sensi dell'articolo 102 TFUE, ciò non toglie che l'imposizione di un tale obbligo comporti che l'impresa dominante non possa realmente rifiutare di consentire l'accesso a tale infrastruttura, fatta salva, eventualmente, la sua autonomia decisionale quanto alle condizioni di un simile accesso[8]. Di conseguenza, il Tribunale non ha commesso alcun errore nel dichiarare che i criteri stabiliti nella sentenza *Bronner* non sono applicabili qualora l'impresa dominante sia soggetta ad un obbligo di dare accesso alla propria infrastruttura, e pertanto il primo motivo di impugnazione dev'essere respinto in quanto infondato.

Con il secondo motivo di impugnazione, la LG contestava al Tribunale di aver commesso un errore di diritto confermando la qualificazione, effettuata dalla Commissione, della rimozione del binario come abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Più particolarmente, secondo la LG tale qualificazione era fondata su due elementi cumulativi, ossia sulla circostanza che tale rimozione era stata effettuata precipitosamente e che era stata svolta senza che la LG avesse ottenuto preliminarmente i fondi necessari.

Secondo la Corte, tuttavia, era tenendo conto di un insieme di circostanze di fatto e di diritto[9], che avevano accompagnato la rimozione del binario, che, nella Decisione C(2017) 6544 final, la Commissione era giunta alla conclusione che essa costituiva un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Di conseguenza, il fatto che il Tribunale avesse fatto riferimento a due soltanto di tali elementi, ossia la rimozione del binario precipitosa e senza garanzia dei fondi necessari, non è tale da inficiare il suo ragionamento, di talché anche il secondo motivo di impugnazione deve essere respinto in quanto infondato.

Con il terzo motivo di impugnazione, la LG sosteneva che il Tribunale aveva errato nel qualificare la rimozione del binario, in quanto tale ed indipendentemente dalla precedente sospensione del traffico sullo stesso, come pratica idonea a restringere la concorrenza.

Secondo la Corte, tuttavia, tutti gli argomenti addotti dalla LG sono basati su premesse erronee nonché su un'errata interpretazione della sentenza del Tribunale, e pertanto il terzo motivo di impugnazione deve essere respinto in quanto infondato.

Con il quarto motivo di impugnazione, infine, la LG contestava al Tribunale una motivazione contraddittoria. Più particolarmente, il Tribunale avrebbe, da un lato, esplicitamente escluso l'esistenza di un intento anticoncorrenziale nell'operare il suo controllo in merito alla constatazione di un abuso di posizione dominante e, dall'altro, ne avrebbe tenuto conto in sede di calcolo dell'importo dell'ammenda. Tale contraddizione, nonché il fatto di aver preso in considerazione un intento anticoncorrenziale in fase di calcolo dell'ammenda, avrebbero avuto un'incidenza sull'esercizio della sua competenza estesa al merito e, di conseguenza, sull'importo dell'ammenda inflitta alla LG.

Secondo la Corte, tuttavia, tale motivo è inoperante, in quanto anche supponendo che il Tribunale si sia contraddetto, ciò non sarebbe idoneo né a giustificare l'annullamento della sua sentenza né a

[8] CGUE 25.03.2021, Causa C-152/19 P, *Deutsche Telekom/Commissione*, punti 57-58.
[9] Nello specifico, tali circostanze attenevano i) al fatto che la LG era a conoscenza del progetto dell'Orlen di reindirizzarsi verso i terminali marittimi della Lettonia avvalendosi dei servizi della LDZ, ii) che essa aveva rimosso il binario precipitosamente, senza assicurarsi i fondi necessari e senza adottare alcuna misura preparatoria normale per la sua ricostruzione, iii) che la rimozione del binario era in contrasto con la prassi corrente del settore, iv) che la LG era consapevole del rischio di perdere ogni attività di trasporto dei prodotti dell'Orlen in caso di ricostruzione del binario, e v) che la LG si era adoperata per convincere il governo lituano a non ricostruire il binario.

condurre ad una rivalutazione, da parte della Corte, dell'importo dell'ammenda. Il Tribunale, infatti, dispone di una competenza giurisdizionale estesa al merito per quanto riguarda le ammende fissate dalla Commissione[10], essendo pertanto abilitato, al di là del mero controllo di legittimità di tali ammende, a sostituire la sua valutazione a quella della Commissione e, di conseguenza, a sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità inflitta[11]. Per contro, non spetta alla Corte, allorquando si pronuncia su questioni di diritto nell'ambito di un giudizio di impugnazione, sostituire, per motivi di equità, la propria valutazione a quella del Tribunale che statuisce, nell'esercizio della sua competenza giurisdizionale estesa al merito, sull'ammontare delle ammende inflitte a determinate imprese per una violazione, da parte loro, del diritto dell'Unione. Di conseguenza, soltanto qualora la Corte ritenesse che il livello della sanzione sia non soltanto incongruo ma anche eccessivo, al punto da essere sproporzionato, occorrerebbe constatare un errore di diritto commesso dal Tribunale a causa del carattere incongruo dell'importo di un'ammenda[12].

Nel caso concreto, la valutazione dell'importo dell'ammenda effettuata dal Tribunale era stata guidata dalla presa in considerazione della gravità dell'infrazione commessa nonché della sua durata. La rivalutazione dell'importo dell'ammenda, pertanto, non era affatto fondata sulla presa in considerazione di un qualsivoglia intento anticoncorrenziale, di talché, anche a voler supporre che nel valutare gli argomenti dedotti dalla LG a sostegno delle sue domande di annullamento della decisione controversa e di riduzione dell'importo dell'ammenda, il Tribunale si sia contraddetto riguardo all'esistenza o meno di un intento anticoncorrenziale, una tale contraddizione sarebbe stata comunque ininfluente in ordine alla rivalutazione dell'importo dell'ammenda. Di conseguenza, anche il quarto motivo di impugnazione deve essere integralmente respinto.

[10] Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, GUUE L 1 del 04.01.2003. L'articolo 31 del Regolamento, intitolato "Controllo della Corte di giustizia", dispone: "*... La Corte di giustizia ha competenza giurisdizionale anche di merito per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora. Essa può estinguere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità di mora irrogata...*".

[11] CGUE 18.03.2021, Causa C-440/19 P, *Pometon/Commissione*, punto 136; CGUE 22.11.2012, *E.ON Energie/Commissione*, punto 124.

[12] CGUE 18.03.2021, Causa C-440/19 P, *Pometon/Commissione*, punto 137; CGUE 22.11.2012, *E.ON Energie/Commissione*, punti 125-126..

Marco Stillo

ASSOCIATE

m.stillo@dejalex.com

+32 (0)26455670

Chaussée de La Hulpe 187
1170 - Bruxelles

MILANO
Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400
milan@dejalex.com

ROMA
Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES
Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
brussels@dejalex.com

MOSCOW
Ulitsa Bolshaya Ordynka 37/4 · 119017, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com