

Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica

(2002/C 165/03)

(Testo rilevante ai fini del SEE)

1. INTRODUZIONE

1.1. Ambito di applicazione e finalità delle linee direttrici

1. Nelle presenti linee direttrici vengono enunciati alcuni principi ad uso delle autorità nazionali di regolamentazione (ANR) per l'analisi dei mercati e della concorrenza effettiva nell'ambito del nuovo quadro normativo per le reti e i servizi di comunicazione elettronica.
2. Il quadro comprende cinque direttive: la direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica ⁽¹⁾, in appresso «direttiva quadro»; la direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica ⁽²⁾, in appresso «direttiva autorizzazioni»; la direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime ⁽³⁾, in appresso «direttiva accesso»; la direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica ⁽⁴⁾, in appresso «direttiva servizio universale»; la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore della comunicazione elettronica ⁽⁵⁾. Tuttavia, fintanto che quest'ultima direttiva non sarà adottata ufficialmente, rimane valida la direttiva 97/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni ⁽⁶⁾, in appresso «direttiva protezione dati».
3. Il quadro normativo del 1998 stabiliva le aree del mercato delle telecomunicazioni soggette a regolamentazione ex ante nelle pertinenti direttive, senza tuttavia definire i mercati in base alle norme sulla concorrenza. Nelle aree di mercato definite nel quadro normativo del 1998 le ANR disponevano della facoltà di designare come imprese dotate di significativo potere di mercato le imprese che detenevano una quota di mercato pari al 25 %, con la possibilità di modificare questa soglia in funzione della capacità dell'impresa di influenzare il mercato, del suo fatturato in rapporto alle dimensioni del mercato, del controllo degli strumenti di accesso agli utenti finali, dell'accesso alle risorse finanziarie e dell'esperienza nella fornitura di prodotti e servizi sul mercato.
4. Nel nuovo quadro normativo, i mercati da assoggettare a regolamentazione ex ante, definiti conformemente ai principi delle norme europee sulla concorrenza, sono individuati dalla Commissione nella raccomandazione

sui mercati di prodotti e servizi prevista dall'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva quadro (in appresso «raccomandazione»). In ambito nazionale, qualora le condizioni lo giustificano, le ANR possono individuare altri mercati secondo le procedure enunciate agli articoli 6 e 7 della stessa direttiva quadro. I mercati transnazionali soggetti alla regolamentazione ex ante saranno individuati dalla Commissione nella decisione sui mercati transnazionali rilevanti prevista dall'articolo 15, paragrafo 4, della direttiva quadro (in appresso «decisione sui mercati transnazionali»).

5. Le ANR interverranno in tutti questi mercati per imporre obblighi alle imprese solo se si ritiene che in essi non vi sia una concorrenza effettiva ⁽⁷⁾ in quanto tali imprese godono di una posizione equiparabile alla posizione dominante ai sensi dell'articolo 82 del trattato CE ⁽⁸⁾. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia, il concetto di posizione dominante viene definito come una posizione di forza economica che conferisce a un'impresa il potere di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori. Pertanto, nel nuovo quadro normativo, contrariamente a quello del 1998, la Commissione e le ANR si avvarranno dei principi e delle metodologie delle norme sulla concorrenza per definire i mercati da assoggettare a regolamentazione ex ante e valutare se le imprese godano di un significativo potere di mercato in detti mercati.
6. Le presenti linee direttrici intendono fornire un orientamento alle ANR nell'esercizio delle nuove competenze acquisite nella definizione dei mercati e nella valutazione del significativo potere di mercato. Esse sono state adottate dalla Commissione in conformità all'articolo 15, paragrafo 2, della direttiva quadro, previa consultazione degli organi nazionali competenti e in seguito a una consultazione pubblica di cui si è tenuto debito conto.
7. Ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 3, della direttiva quadro le ANR dovranno tenere in massima considerazione le presenti linee direttrici. Esse costituiranno un fattore importante ogniqualvolta la Commissione valuterà la proporzionalità e la legittimità delle decisioni proposte dalle ANR, tenendo conto degli obiettivi generali stabiliti dall'articolo 8 della direttiva quadro.
8. Le presenti linee direttrici affrontano specificamente i seguenti temi: a) definizione del mercato; b) valutazione del significativo potere di mercato; c) designazione del significativo potere di mercato; e d) questioni procedurali relative a queste tematiche.

9. Le linee direttrici sono destinate alle ANR e finalizzate all'assolvimento dei seguenti compiti:

- determinare la dimensione geografica dei mercati di prodotti e servizi individuati nella raccomandazione. Non spetterà in alcun caso alle ANR definire la portata geografica in quanto questa sarà determinata in ogni decisione sui mercati transnazionali,
- realizzare un'analisi del mercato per determinare la situazione concorrenziale prevalente nei mercati individuati dalla raccomandazione, dalla decisione e dalle ANR, secondo la metodologia di cui alla sezione 3 delle presenti linee direttrici,
- definire mercati di prodotti e servizi a livello nazionale o subnazionale non elencati nella raccomandazione, qualora la situazione nazionale lo giustifichi e in base alle procedure di cui agli articoli 6 e 7 della direttiva quadro,
- a seguito dell'analisi del mercato, individuare le imprese che detengono un significativo potere di mercato nel rispettivo mercato e imporre congrue misure ex ante in conformità alle condizioni del quadro normativo descritte nelle sezioni 3 e 4 delle presenti linee direttrici,
- assistere gli Stati membri e le ANR nell'applicazione dell'articolo 11, paragrafo 1, lettera f), della direttiva autorizzazioni, e dell'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva quadro, assicurando che le imprese osservino l'obbligo di fornire le informazioni necessarie alle ANR per individuare i mercati rilevanti e i detentori di un notevole potere sui mercati stessi,
- aiutare le ANR nel trattamento delle informazioni riservate, che riceveranno presumibilmente dalle seguenti fonti:
 - le imprese a norma dell'articolo 11, paragrafo 1, lettera f), della direttiva autorizzazione e dell'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva quadro,
 - le autorità nazionali per la concorrenza, nell'ambito della cooperazione prevista all'articolo 3, paragrafo 5, della direttiva quadro,
 - la Commissione e le ANR di altri Stati membri nel quadro della cooperazione prevista all'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva quadro.

10. Le linee direttrici sono articolate nel modo seguente:

la **sezione 1** contiene un'introduzione e una descrizione del quadro generale, delle finalità, dell'ambito di applicazione e del contenuto delle stesse. La **sezione 2** descrive la metodologia che le ANR devono usare per delimitare geograficamente i mercati individuati nella raccomandazione sul mercato e per definire i mercati rilevanti che esulano dalla raccomandazione. La **sezione 3** delinea i

criteri per stabilire la presenza di un significativo potere di mercato in un mercato specifico. La **sezione 4** delinea le eventuali conclusioni che le ANR potranno trarre dall'analisi del mercato e descrive le iniziative cui potranno dar luogo. La **sezione 5** descrive i poteri d'indagine delle ANR, propone procedure di concertazione tra le varie ANR e tra le ANR e le autorità nazionali per la concorrenza, esponendo inoltre le procedure di concertazione e di cooperazione tra le ANR e la Commissione. La **sezione 6** delinea le procedure di consultazione pubblica e di pubblicazione delle decisioni prospettate dalle ANR.

11. La finalità principale delle presenti linee direttrici è assicurare che le ANR seguano un approccio coerente nell'applicazione del nuovo quadro normativo, in particolare nell'individuare le imprese dotate di significativo potere di mercato, in applicazione delle disposizioni del quadro normativo.
12. Con queste linee direttrici la Commissione intende inoltre spiegare alle parti interessate e alle imprese che operano nel settore delle comunicazioni elettroniche le modalità per la valutazione di un significativo potere di mercato a norma della direttiva quadro, in modo da assicurare la massima trasparenza e certezza del diritto nell'applicazione della specifica normativa settoriale.
13. La Commissione modificherà se del caso le presenti linee direttrici alla luce dell'esperienza acquisita nell'applicazione del quadro normativo e dei futuri sviluppi nella giurisprudenza del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia delle Comunità europee.
14. Le presenti linee direttrici non limitano in alcun modo i diritti conferiti dal diritto comunitario agli individui o alle imprese e non pregiudicano in alcun modo l'applicazione del diritto comunitario, in particolare le norme relative alla concorrenza, da parte della Commissione e degli organi nazionali competenti, né l'interpretazione dello stesso da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee e del Tribunale di primo grado. Esse non pregiudicano altresì alcuna eventuale azione da parte della Commissione o l'eventuale pubblicazione futura di linee direttrici relative all'applicazione delle norme europee della concorrenza.

1.2. Principi e obiettivi delle misure settoriali specifiche

15. Le ANR devono perseguire gli obiettivi generali individuati negli articoli 8, paragrafi 2, 3 e 4, della direttiva quadro, che ricadono in tre categorie:
 - promuovere un mercato aperto e competitivo per le reti e i servizi di comunicazione elettronica e le infrastrutture correlate,
 - contribuire allo sviluppo del mercato interno e
 - promuovere gli interessi dei cittadini europei.

16. L'imposizione di obblighi ex ante alle imprese ritenute in possesso di un significativo potere di mercato ha lo scopo di garantire che esse non possano usare tale potere per restringere o falsare la concorrenza sul mercato rilevante o sfruttarlo come leva sui mercati contigui.
 17. Questi obblighi normativi vanno imposti unicamente nei mercati delle comunicazioni elettroniche le cui caratteristiche potrebbero giustificare l'introduzione di una regolamentazione settoriale e in cui l'ANR competente abbia stabilito la presenza di uno o più operatori che detengono un significativo potere di mercato.
 18. I mercati di prodotti e servizi le cui caratteristiche potrebbero giustificare una regolamentazione settoriale specifica vengono individuati dalla Commissione nella raccomandazione e, nei casi in cui la definizione di mercati diversi sia giustificata dalla situazione nazionale, dalle ANR in base alle procedure di cui agli articoli 6 e 7 della direttiva quadro ⁽⁹⁾. Altri mercati specifici sono inoltre individuati nell'articolo 6 della direttiva accesso e negli articoli 18 e 19 della direttiva servizio universale.
 19. Per ciascuno di tali mercati rilevanti, le ANR valuteranno se la concorrenza è effettiva: ciò significa constatare che nessun operatore gode di una posizione dominante in quel mercato, individualmente o collettivamente. Pertanto, ai fini dell'applicazione del nuovo quadro normativo, si ha concorrenza effettiva quando nessuna impresa detiene, individualmente o congiuntamente ad altre imprese, una posizione dominante individuale o collettiva in un mercato rilevante. Una volta stabilita l'assenza di concorrenza effettiva in un mercato rilevante, le ANR individueranno le imprese detentrici di un significativo potere di mercato sul mercato in questione e imporranno loro gli specifici obblighi che riterranno opportuni oppure manterranno o modificheranno gli obblighi esistenti, conformemente all'articolo 16, paragrafo 4, della direttiva quadro.
 20. Nell'effettuare un'analisi del mercato secondo i criteri dell'articolo 16 della direttiva quadro, le ANR procederanno, sulla base della situazione del mercato, a una valutazione strutturale nel lungo termine dei mercati rilevanti. Nella valutazione, le ANR dovranno determinare se, in prospettiva, il mercato può essere concorrenziale e pertanto se la mancanza di concorrenza effettiva è una situazione persistente ⁽¹⁰⁾, tenendo conto degli sviluppi previsti o prevedibili del mercato nell'arco di un periodo di tempo ragionevole. Il periodo stabilito dovrà riflettere le specifiche caratteristiche del mercato e i tempi previsti per il successivo riesame del mercato rilevante da parte delle ANR, le quali, nella loro analisi, dovranno tener conto dei dati relativi al passato nella misura in cui tali dati siano pertinenti ai fini dei probabili sviluppi futuri nel mercato in questione.
 21. L'individuazione di un'impresa dotata di un significativo potere di mercato comporterà l'imposizione di uno o più obblighi normativi da parte delle ANR in conformità alle direttive in materia, tenuto conto del principio di proporzionalità. In via eccezionale, le ANR potranno dettare obblighi per l'accesso e l'interconnessione che vadano oltre le misure previste dalla direttiva accesso, solo con il preventivo assenso della Commissione, come disposto dall'articolo 8, paragrafo 3, della succitata direttiva.
 22. Nell'esercizio delle competenze regolamentari previste agli articoli 15 e 16 della direttiva quadro, le ANR godono di poteri discrezionali che riflettono la complessità dell'insieme dei fattori da valutare (economici, oggettivi e giuridici) nell'individuazione del mercato rilevante e nello stabilire l'esistenza di imprese dotate di significativo potere di mercato. Tali poteri discrezionali sono comunque soggetti alle procedure previste agli articoli 6 e 7 della direttiva quadro.
 23. Le decisioni regolamentari adottate dalle ANR in applicazione delle direttive incideranno sullo sviluppo del mercato interno. Per prevenire ogni effetto negativo sul suo funzionamento, le ANR devono assicurare un'applicazione coerente delle disposizioni che interessano le presenti linee direttrici. Tale coerenza si potrà conseguire solo mantenendo stretti rapporti di concertazione e cooperazione con le altre ANR, le autorità nazionali per la concorrenza e la Commissione, come disposto dalla direttiva quadro e nelle indicazioni di cui al punto 5.3 delle presenti linee direttrici.
- ### 1.3. Rapporti con le norme sulla concorrenza
24. In base al quadro normativo, per definire i mercati e determinare un significativo potere di mercato si useranno le stesse metodologie previste per le norme sulla concorrenza. Pertanto la portata geografica dei mercati di cui alla raccomandazione, la definizione, se del caso, dei mercati di prodotti/servizi rilevanti al di fuori della raccomandazione e la valutazione della concorrenza effettiva da parte delle ANR dovranno essere conformi alla giurisprudenza e alla prassi in materia di concorrenza. Per garantire la coerenza, le presenti linee direttrici si basano: 1) sull'attuale giurisprudenza del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia in materia di definizione del mercato e di concetto di posizione dominante ai sensi dell'articolo 82 del trattato CE e dell'articolo 2 del regolamento sul controllo delle concentrazioni ⁽¹¹⁾, 2) sulle linee direttrici per l'applicazione delle norme della concorrenza CEE nel settore delle telecomunicazioni ⁽¹²⁾, 3) sulla comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza ⁽¹³⁾, di seguito comunicazione sulla definizione del mercato rilevante e 4) sulla comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni ⁽¹⁴⁾, di seguito comunicazione sull'accesso.

25. L'uso delle stesse metodologie garantisce che il mercato rilevante definito ai fini della regolamentazione settoriale specifica coincida nella maggior parte dei casi con le definizioni del mercato applicabili in base alle norme sulla concorrenza. In taluni casi e per i motivi esposti nella sezione 2 delle presenti linee direttrici, i mercati definiti dalla Commissione e dalle autorità garanti nei casi relativi alla concorrenza potranno differire da quelli individuati nella raccomandazione e nella decisione, e/o dai mercati definiti dalle ANR ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 3, della direttiva quadro. L'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva quadro specifica che i mercati che verranno definiti dalle ANR ai fini della regolamentazione ex ante non pregiudicano le definizioni date dalle autorità nazionali per la concorrenza e dalla Commissione in casi specifici nell'esercizio delle rispettive competenze nell'ambito delle norme sulla concorrenza.
26. Ai fini dell'applicazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza, la comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato spiega che il concetto di mercato rilevante è strettamente collegato agli obiettivi perseguiti dalle politiche comunitarie. Negli articoli 81 e 82 del trattato CE, i mercati sono definiti in termini di ex post: in quei casi, l'analisi considererà eventi già verificatisi nel mercato e non influenzati da eventuali sviluppi futuri. Inversamente, nelle disposizioni relative al controllo delle concentrazioni delle norme comunitarie sulla concorrenza, i mercati sono in genere definiti in chiave prospettica.
27. D'altro canto, i mercati rilevanti definiti ai fini della regolamentazione settoriale specifica saranno sempre considerati in chiave previsionale, in quanto nelle loro valutazioni le ANR terranno conto degli sviluppi futuri del mercato stesso. Tuttavia, ove necessario, nel valutare le prospettive future del mercato pertinente le ANR non devono ignorare i dati pregressi (cfr. sezione 2 qui sotto). Il punto di partenza nella realizzazione delle analisi del mercato ai fini dell'articolo 15 della direttiva quadro non è l'esistenza di un accordo o pratica concordata ai sensi dell'articolo 81 del trattato CE, né di concentrazioni ai sensi del regolamento sulle concentrazioni, né il presunto abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 82 del trattato CE, ma si basa bensì su una valutazione prospettica globale della struttura e del funzionamento del mercato in esame. Per quanto sia presumibile che, nell'esaminare questioni identiche in circostanze identiche e con identici obiettivi, le ANR e le autorità garanti della concorrenza giungano a identiche conclusioni, non si può escludere che, date le differenze delineate sopra, e in particolare la più ampia portata della valutazione delle ANR, i mercati definiti ai fini del diritto della concorrenza possano non coincidere sempre con i mercati definiti ai fini della regolamentazione settoriale specifica.
28. Pur essendo anch'essa applicata ex ante, l'analisi delle concentrazioni non è svolta periodicamente, come invece prevede il nuovo quadro normativo per l'analisi delle ANR. In linea di principio, l'autorità garante della concorrenza non ha la possibilità di riesaminare periodicamente la decisione presa alla luce degli sviluppi del mercato, mentre le ANR hanno l'obbligo di procedere a un riesame periodico delle loro decisioni in virtù dell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva quadro. Questo fattore può influire sulla portata e l'ampiezza dell'analisi del mercato e sulla valutazione della situazione concorrenziale effettuata dalle ANR e, per questo motivo, le definizioni del mercato nell'ambito del nuovo quadro normativo possono in talune circostanze differire da quelle delle autorità garanti della concorrenza anche in aree simili.
29. Si ritiene che i mercati non individuati nella raccomandazione non giustifichino una specifica regolamentazione ex ante di tipo settoriale, salvo nei casi in cui l'ANR sia in grado di giustificare la regolamentazione di un mercato rilevante aggiuntivo o diverso a norma della procedura prevista all'articolo 7 della direttiva quadro.
30. Il fatto che un'impresa venga ritenuta dotata di un significativo potere di mercato in un mercato individuato ai fini della regolamentazione ex ante non significa necessariamente che tale impresa goda anche di una posizione dominante ai sensi dell'articolo 82 del trattato CE o di disposizioni analoghe a livello nazionale. Inoltre, l'individuazione di un significativo potere di mercato non serve a stabilire se un'impresa abbia commesso abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 82 del trattato CE o della legislazione nazionale in materia di concorrenza, ma significa semplicemente che, nel mercato rilevante individuato, da un punto di vista strutturale e a breve e medio termine, l'operatore dispone e continuerà a disporre di un potere di mercato tale da consentirgli di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori, e ciò solo ai fini dell'articolo 14 della direttiva quadro.
31. Non si può escludere che nella prassi sorgano procedure parallele basate rispettivamente sulla regolamentazione ex ante e sulle norme della concorrenza in risposta a problemi di tipo diverso all'interno dei mercati rilevanti⁽¹⁵⁾. Le autorità garanti della concorrenza possono quindi svolgere le loro analisi del mercato e imporre adeguati correttivi giuridici parallelamente alle eventuali misure settoriali specifiche applicate dalle ANR. Va tuttavia notato che l'applicazione simultanea di correttivi da parte di organismi di regolamentazione di diverso tipo potrebbe avere per oggetto problemi diversi all'interno dei mercati in questione. Gli obblighi ex ante imposti dalle ANR alle imprese dotate di significativo potere di mercato mirano a conseguire gli obiettivi specifici enunciati nelle direttive in materia, mentre i correttivi giuridici basati sul diritto della concorrenza sono volti a sanzionare accordi o comportamenti abusivi comportanti una restrizione o distorsione della concorrenza nel mercato rilevante.

32. Per i mercati emergenti, il ventisettesimo considerando della direttiva quadro nota che i mercati, sui quali con tutta probabilità l'impresa leader disporrà di fatto di una consistente quota di mercato, non dovrebbero essere assoggettati a un'impropria regolamentazione ex ante: ciò in quanto l'imposizione precoce di una tale regolamentazione potrebbe influire indebitamente su condizioni concorrenziali ancora in fase di formazione all'interno di un mercato nuovo ed emergente. Al contempo si deve impedire che l'impresa leader precluda tali mercati. Ferma restando l'opportunità di un intervento delle autorità garanti della concorrenza nei singoli casi, le ANR dovranno poter giustificare pienamente qualsiasi forma d'intervento precoce ex ante in un mercato emergente, in particolare poiché mantengono la facoltà di intervenire in un secondo momento, nel contesto del riesame periodico dei mercati rilevanti.

2. DEFINIZIONE DEL MERCATO

2.1. Introduzione

33. Nelle linee direttrici sulla concorrenza adottate nel 1991⁽¹⁶⁾, la Commissione ha riconosciuto la difficoltà di definire il mercato rilevante in un settore in rapida trasformazione tecnologica come quello delle telecomunicazioni. Sebbene tale constatazione sia tuttora valida per il settore delle comunicazioni elettroniche, dopo la pubblicazione di dette linee direttrici la Commissione ha maturato una notevole esperienza nell'applicazione delle regole della concorrenza a un settore dinamico caratterizzato da continue trasformazioni ed innovazioni tecnologiche, grazie al ruolo svolto nel passaggio di tale settore dal monopolio alla concorrenza. Va ricordato tuttavia che lo scopo delle presenti linee direttrici non è spiegare come applicare al settore delle comunicazioni elettroniche le regole della concorrenza in generale, ma di concentrare l'attenzione solo sulle questioni relative i) alla definizione del mercato e ii) alla determinazione del significativo potere di mercato ai sensi dell'articolo 14 della direttiva quadro.

34. Al fine di valutare se un'impresa detenga un significativo potere di mercato, cioè se «gode di una posizione di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori⁽¹⁷⁾», è di fondamentale importanza la definizione di mercato rilevante, in quanto l'esistenza di un'efficace concorrenza può essere valutata solo facendo riferimento al mercato così definito⁽¹⁸⁾. L'uso del termine «mercato rilevante» sottintende la descrizione dei prodotti o servizi che costituiscono il mercato e la valutazione della dimensione geografica di tale mercato (nel presente testo i termini «prodotti» e «servizi» sono usati in modo intercambiabile). Al riguardo va ricordato che i mercati rilevanti secondo la definizione del quadro normativo del 1998 differivano da quelli individuati ai fini del diritto della concorrenza in quanto si basavano su certi aspetti specifici delle comunicazioni end-to-end, piuttosto che sui criteri della domanda e dell'offerta che si applicano nelle analisi sotto il profilo del diritto della concorrenza⁽¹⁹⁾.

35. La definizione del mercato non è un processo meccanico o astratto, ma richiede un'analisi di tutti gli elementi disponibili relativi al comportamento del mercato nel passato e un esame complessivo del funzionamento di un dato settore. In particolare per effettuare un'analisi previsionale dei futuri sviluppi del mercato è necessario adottare un approccio di tipo dinamico piuttosto che statico⁽²⁰⁾. Al riguardo l'esperienza acquisita dalle ANR, dalle autorità nazionali per la concorrenza e dalla Commissione attraverso l'applicazione delle norme sulla concorrenza al settore delle telecomunicazioni assumeranno evidentemente particolare importanza ai fini dell'applicazione dell'articolo 15 della direttiva quadro. In questo modo, tutte le informazioni e i dati raccolti dalle ANR (o dalle autorità nazionali per la concorrenza) nello svolgimento dei loro compiti, nonché gli studi o relazioni da esse commissionati o usati riguardanti la situazione della concorrenza nei mercati delle telecomunicazioni (a condizione, naturalmente, che le condizioni del mercato siano rimaste immutate da allora) dovranno servire da punto di partenza per l'applicazione dell'articolo 15 della direttiva quadro e la realizzazione di un'analisi del mercato di tipo previsionale⁽²¹⁾.

36. I principali mercati di prodotti e servizi le cui caratteristiche potrebbero giustificare l'imposizione di obblighi di regolamentazione ex ante saranno individuati nella raccomandazione che la Commissione deve adottare ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 1 della direttiva quadro nonché nell'eventuale decisione sui mercati transnazionali che la stessa Commissione potrebbe adottare a norma dell'articolo 15, paragrafo 4 della stessa direttiva quadro. In pratica, perciò, alle ANR spetterà in generale il compito di definire la sola dimensione geografica del mercato rilevante, ma esse avranno anche, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 3, della direttiva quadro, la possibilità di definire mercati diversi da quelli enumerati nella raccomandazione conformemente all'articolo 7 della direttiva quadro (cfr. sotto, sezione 6).

37. Un'analisi dei futuri sviluppi del mercato può in alcuni casi portare a una definizione del mercato diversa da quella ottenuta con un'analisi basata sul comportamento passato⁽²²⁾, ma le ANR devono cercare per quanto possibile di mantenere una certa coerenza metodologica tra la definizione del mercato elaborata ai fini della regolamentazione ex ante da un lato e quella elaborata ai fini dell'applicazione ex post delle norme sulla concorrenza dall'altro. Tuttavia, come specificato all'articolo 15, paragrafo 1 della direttiva quadro e nella sezione 1 delle linee direttrici, la definizione dei mercati nell'ambito della regolamentazione settoriale non impedisce che, in talune circostanze specifiche, la definizione dei mercati stessi avvenga in base alle norme sulla concorrenza.

2.2. Principali criteri per la definizione del mercato rilevante

38. La misura in cui l'offerta di un prodotto o di un servizio in una determinata zona geografica costituisce il mercato rilevante dipende dall'esistenza di vincoli concorrenziali nel comportamento di fissazione dei prezzi del/dei produttore/i o fornitore/i del servizio in questione. Per valu-

- tare il comportamento delle imprese sul mercato occorrerà considerare i due principali vincoli concorrenziali: la sostituibilità i) sul lato della domanda e ii) sul lato dell'offerta. Un terzo vincolo concorrenziale per il comportamento di un operatore è rappresentato dalla concorrenza potenziale. La differenza tra concorrenza potenziale e sostituibilità sul lato dell'offerta sta nel fatto che quest'ultima risponde prontamente a un aumento del prezzo, mentre può passare del tempo prima che un potenziale concorrente sia in grado di iniziare a rifornire il mercato. La sostituibilità sul lato dell'offerta non comporta alcun costo aggiuntivo di rilievo, mentre un concorrente potenziale si trova ad affrontare notevoli costi non recuperabili⁽²³⁾. Per valutare dunque se un mercato sia effettivamente concorrenziale ai sensi della direttiva quadro, ossia per accertare se esistano imprese che vi detengono un significativo potere di mercato, va dunque esaminata l'esistenza di una concorrenza potenziale⁽²⁴⁾.
39. La sostituibilità sul lato della domanda serve a misurare fino a che punto i consumatori sono disposti a sostituire i servizi o prodotti in questione con altri servizi o prodotti⁽²⁵⁾, mentre la sostituibilità sul lato dell'offerta indica la possibilità che fornitori diversi da quelli che offrono il prodotto o i servizi in questione modifichino, nell'immediato o a breve termine, la loro linea di produzione od offrano sul mercato i prodotti o i servizi in oggetto senza dover affrontare un considerevole aumento dei costi.
40. Un modo per valutare il sussistere della sostituibilità sul lato della domanda o dell'offerta è applicare il cosiddetto «test del monopolista ipotetico»⁽²⁶⁾, il quale prevede che un'ANR chieda ai consumatori cosa accadrebbe se si verificasse un incremento modesto, ma significativo e non temporaneo del prezzo di un dato prodotto o servizio mantenendo costanti i prezzi di tutti gli altri prodotti o servizi (in appresso «incremento di prezzo relativo»). Anche se la significatività di un incremento di prezzo dipende dai singoli casi, in pratica le ANR dovrebbero in linea di massima prendere in considerazione gli effetti sui clienti (consumatori o imprese) di incrementi permanenti dei prezzi compresi tra il 5 e il 10 %⁽²⁷⁾. Le risposte di questi ultimi contribuiranno a stabilire se esistano prodotti sostituibili e, in caso affermativo, quali siano i confini del mercato del prodotto rilevante⁽²⁸⁾.
41. Come punto di partenza, un'ANR dovrebbe applicare tale test in primo luogo a un servizio o a un prodotto relativo alle comunicazioni elettroniche e offerto in una determinata area geografica, le cui caratteristiche possano essere tali da giustificare l'imposizione di obblighi di regolamentazione, e successivamente dovrebbe aggiungere ulteriori prodotti o aree, a seconda che la concorrenza generata da tali prodotti o aree vincoli il prezzo del principale prodotto o servizio in questione. Poiché un incremento di prezzo relativo di un insieme di prodotti⁽²⁹⁾ rischia di tradursi in un calo delle vendite, è essenziale stabilire se il calo sia tale da compensare i maggiori profitti che sarebbero derivati dall'aumento del prezzo. La valutazione della sostituibilità sul lato della domanda e dell'offerta permette di quantificare il probabile calo delle vendite e perciò di determinare la portata del mercato rilevante.
42. In linea di principio il «test del monopolista ipotetico» è pertinente solo per i prodotti o servizi il cui prezzo è determinato liberamente e non soggetto a regolamentazione. L'ipotesi di lavoro sarà perciò che i prezzi correnti in vigore sono fissati al livello della concorrenza. Tuttavia se un servizio o prodotto viene offerto a un prezzo regolamentato, basato sul costo, si presumerà che tale prezzo sia stato fissato a quello che in assenza di regolamentazione sarebbe stato il livello di prezzo concorrenziale e si assumerà quindi tale prezzo come punto di partenza per l'applicazione del «test del monopolista ipotetico»⁽³⁰⁾. In teoria, se l'elasticità della domanda di un determinato prodotto o servizio è elevata, anche a prezzi relativi concorrenziali l'impresa in questione ha uno scarso potere di mercato. Se tuttavia l'elasticità è elevata anche ai prezzi correnti, ciò può solo significare che l'impresa in questione ha già esercitato il potere di mercato al punto che ulteriori aumenti di prezzo non ne accrescerebbero il profitto. In tal caso, l'applicazione del test del monopolista ipotetico può portare a una definizione del mercato diversa da quella che si otterrebbe se i prezzi fossero fissati al livello della concorrenza⁽³¹⁾. Qualsiasi valutazione della definizione del mercato deve perciò tener conto di questa difficoltà potenziale. Le ANR dovranno tuttavia presupporre che, salvo prova contraria, i prezzi prevalenti forniscano una ragionevole base di partenza per l'analisi in questione.
43. Un'ANR che decida di ricorrere al test del monopolista ipotetico dovrà applicarlo fino al punto di stabilire se un incremento relativo del prezzo all'interno del mercato geografico e del mercato del prodotto non spinga i consumatori a optare per altri prodotti sostitutivi disponibili sul mercato o a cercare fornitori altrove.
- 2.2.1. *Il mercato di prodotto/servizio rilevante*
44. Secondo una giurisprudenza consolidata, il mercato del prodotto/servizio rilevante comprende i prodotti o i servizi sostituibili o sufficientemente intercambiabili, in funzione non solo delle loro caratteristiche obiettive, grazie alle quali sono particolarmente atti a soddisfare bisogni costanti dei consumatori, dei loro prezzi e dell'uso cui sono destinati, ma anche in funzione delle condizioni di concorrenza e/o della struttura della domanda e dell'offerta sul mercato in questione⁽³²⁾. I prodotti o servizi che sono solo scarsamente o relativamente intercambiabili tra loro non fanno parte dello stesso mercato⁽³³⁾. Le ANR dovrebbero quindi cominciare l'esercizio di definizione del mercato del prodotto o del servizio rilevante raggruppando i prodotti o servizi che sono usati dai consumatori per gli stessi fini (uso finale).

45. Benché l'aspetto dell'uso finale di un prodotto o servizio sia strettamente collegato alle sue caratteristiche fisiche, tipi diversi di prodotti o servizi possono essere usati con lo stesso fine. Ad esempio i consumatori possono usare servizi diversi come i collegamenti via cavo e via satellite per uno stesso fine, ad esempio per accedere a Internet. In tal caso entrambi i servizi di accesso possono essere considerati parte dello stesso mercato del prodotto. Al contrario si può ritenere che i servizi di radioavviso e di telefonia mobile, che in apparenza offrono lo stesso tipo di servizio, cioè l'invio di brevi messaggi in due direzioni, appartengano a mercati del prodotto distinti in considerazione della diversa percezione dei consumatori relativamente alla loro funzionalità e al loro uso finale.
46. L'imposizione di prezzi diversi ai modelli e alle offerte di un determinato prodotto o servizio può anche indicare l'esistenza di gruppi diversi di consumatori. In questo modo, esaminando i prezzi le ANR possono quindi definire mercati separati per la fornitura, sostanzialmente dello stesso servizio, all'utenza imprese e rispettivamente all'utenza privata. Ad esempio la Commissione, avendo rilevato la capacità degli operatori che forniscono servizi di comunicazione elettronica internazionale al dettaglio di distinguere tra l'utenza imprese e l'utenza privata applicando prezzi e sconti differenti, è stata indotta a decidere che relativamente a tali servizi questi due gruppi costituiscono mercati separati (cfr. più avanti). Tuttavia, perché un prodotto venga considerato sostitutivo sul lato della domanda non occorre che vi sia identità di prezzo: un prodotto o servizio di bassa qualità venduto a basso prezzo potrebbe sostituire di fatto un prodotto di qualità superiore venduto ad un prezzo più elevato. Ciò che conta in questo caso è la risposta più probabile da parte dei consumatori all'incremento di prezzo relativo ⁽³⁴⁾.
47. La convergenza di varie tecnologie aumenterà inoltre sempre più la sostituibilità tra diversi servizi di comunicazioni elettroniche. L'uso di sistemi digitali rende sempre più simili le prestazioni e le caratteristiche dei servizi di rete basati su tecnologie diverse. Ad esempio una rete a commutazione di pacchetto come Internet può essere utilizzata per trasmettere segnali vocali digitalizzati in concorrenza con i servizi di telefonia vocale tradizionali ⁽³⁵⁾.
48. Pertanto, al fine di completare l'analisi della definizione del mercato, oltre a considerare i prodotti o servizi sufficientemente intercambiabili per caratteristiche obiettive, prezzi e destinazione, un'ANR dovrà anche esaminare all'occorrenza le condizioni di sostituibilità prevalenti sul lato della domanda e dell'offerta applicando il test del monopolista ipotetico.
- 2.2.1.1. Sostituibilità sul lato della domanda**
49. La sostituibilità sul lato della domanda consente alle ANR di determinare i prodotti o le linee di prodotti sostituibili cui i consumatori potrebbero passare con facilità nell'eventualità di un incremento del prezzo relativo. Per determinare l'esistenza della sostituibilità sul lato della domanda, le ANR dovrebbero usare qualsiasi elemento relativo al comportamento passato dei consumatori. Qualora i dati siano disponibili, un'ANR dovrebbe esaminare le fluttuazioni storiche dei prezzi di prodotti potenzialmente concorrenti, i dati sui movimenti dei prezzi e le informazioni sulle relative tariffe. In tali casi, si dovranno tenere in debito conto i dati indicanti che in passato i consumatori sono immediatamente passati ad altri prodotti o servizi come conseguenza di variazioni dei prezzi. In assenza di tali dati, le ANR dovranno, se del caso, studiare e valutare la probabile risposta dei consumatori e dei fornitori a un relativo incremento del prezzo del servizio in questione.
50. La possibilità che i consumatori sostituiscano un prodotto o un servizio con un altro a causa di un incremento modesto ma significativo e non temporaneo del prezzo può tuttavia essere ostacolata dall'esistenza di elevati costi di riconversione. I consumatori che hanno investito in tecnologia o effettuato altri investimenti necessari per ricevere un servizio o usare un prodotto possono essere riluttanti a sostenere i costi supplementari del passaggio a un servizio o prodotto comunque sostituibile. Analogamente, può accadere che i clienti di fornitori già esistenti siano vincolati da contratti a lunga scadenza o da costi proibitivi per la sostituzione dei terminali. Pertanto, quando gli utenti finali devono affrontare notevoli costi di riconversione per sostituire il prodotto A con il prodotto B, questi due prodotti non devono essere inclusi nello stesso mercato rilevante ⁽³⁶⁾.
51. La sostituibilità sul lato della domanda ruota attorno all'intercambiabilità dei prodotti o servizi dal punto di vista dell'acquirente. Per una corretta definizione del mercato del prodotto, può tuttavia essere necessario prendere in considerazione la sostituibilità potenziale sul lato dell'offerta.
- 2.2.1.2. Sostituibilità sul lato dell'offerta**
52. Al fine di valutare la portata della sostituibilità sul lato dell'offerta, le ANR possono anche tener conto della probabilità che imprese non attive in quel momento nel mercato del prodotto rilevante decidano di entrare nel mercato in un arco di tempo ragionevole ⁽³⁷⁾ a seguito di un incremento del prezzo relativo, cioè di un incremento modesto ma significativo e non temporaneo del prezzo. Nei casi in cui i costi totali del passaggio alla produzione del prodotto in questione siano relativamente trascurabili, tale prodotto può essere incluso nella definizione del mercato del prodotto. Il fatto che un concorrente sia in possesso di parte dell'apparato necessario per fornire un determinato servizio è irrilevante, se occorrono ulteriori investimenti per commercializzare e offrire il servizio in questione a prezzi redditizi ⁽³⁸⁾. Inoltre, le ANR dovranno stabilire se effettivamente un dato fornitore sia disposto a usare o riconvertire il proprio apparato produttivo per fabbricare il prodotto in questione o fornire il relativo servizio (ad esempio, esaminando se abbia impegnato la propria capacità produttiva in contratti di fornitura a lungo termine, ecc.). Ai fini della definizione del mercato non è sufficiente una sostituibilità sul lato dell'offerta puramente ipotetica.

53. Si deve tenere conto anche di eventuali requisiti legali, obbligatori o di altri vincoli normativi che potrebbero ritardare un ingresso tempestivo nel mercato rilevante e quindi scoraggiare la sostituzione sul lato dell'offerta. Ad esempio l'esistenza di ritardi e ostacoli ingiustificati nella stipula di accordi di interconnessione o co-ubicazione (detta anche co-locazione), nelle trattative per altri tipi di accesso alla rete o nella concessione di diritti di passaggio per l'espansione della rete⁽³⁹⁾, può rendere difficile la fornitura in tempi brevi di nuovi servizi e la diffusione di nuove reti da parte di potenziali concorrenti.
54. Alla luce di tali considerazioni, si può concludere che la sostituibilità sul lato dell'offerta può servire non solo per definire il mercato rilevante, ma anche per individuare il numero di imprese partecipanti al mercato.
- ### 2.2.2. Mercato geografico
55. Una volta identificato il mercato del prodotto rilevante si deve procedere alla definizione della dimensione geografica del mercato. Solo dopo aver definito la dimensione geografica del mercato del prodotto o del servizio un'ANR potrà valutare correttamente le condizioni dell'effettiva concorrenza al suo interno.
56. Secondo una giurisprudenza consolidata, il mercato geografico rilevante comprende un'area in cui le imprese interessate sono attive nell'offerta e domanda dei prodotti o servizi in questione, in cui le condizioni della concorrenza sono simili o sufficientemente omogenee e che può essere distinta dalle aree adiacenti, in cui le condizioni prevalenti della concorrenza sono sostanzialmente diverse⁽⁴⁰⁾. Per definire un mercato geografico non è necessario che le condizioni della concorrenza tra gli operatori o fornitori dei servizi siano perfettamente omogenee. È sufficiente che esse siano simili o sufficientemente omogenee, e si può quindi ritenere che solo le aree in cui le condizioni della concorrenza sono «eterogenee» non costituiscano un mercato uniforme⁽⁴¹⁾.
57. Il processo di definizione dei limiti del mercato geografico è analogo a quello sopra descritto per la valutazione della sostituibilità sul lato della domanda e dell'offerta come conseguenza di un incremento del prezzo relativo.
58. Circa la sostituibilità sul lato della domanda le ANR dovrebbero quindi valutare principalmente le preferenze dei consumatori nonché i loro modelli geografici di acquisto. In particolare, per ragioni di tipo linguistico è possibile che alcuni servizi non siano disponibili o non siano offerti in aree linguistiche diverse. Per quanto riguarda la sostituzione sul lato dell'offerta, nei casi in cui si possa stabilire che operatori attualmente non attivi o presenti sul mercato rilevante decidano a breve termine di entrarvi in caso di aumento del prezzo relativo, la definizione del mercato andrà ampliata fino ad abbracciare tali operatori «esterni».
59. Nel settore delle telecomunicazioni la dimensione geografica del mercato rilevante viene determinata tradizionalmente in base a due criteri principali⁽⁴²⁾:
- a) l'area coperta da una rete⁽⁴³⁾, e
 - b) l'esistenza di strumenti di regolamentazione giuridici o di altro genere⁽⁴⁴⁾.
60. In base a questi due criteri⁽⁴⁵⁾ i mercati geografici possono essere considerati locali, regionali, nazionali o mercati corrispondenti ai territori di due o più paesi (ad esempio mercati paneuropei, mercati SEE o mercati globali).
- ### 2.2.3. Altre questioni relative alla definizione del mercato
61. Ai fini della regolamentazione ex ante, in casi eccezionali il mercato rilevante potrà essere definito in base ai singoli collegamenti. In particolare, quando si considera la dimensione dei mercati dei servizi di comunicazione elettronica internazionale al dettaglio o all'ingrosso può essere opportuno considerare coppie di paesi o di città come mercati separati⁽⁴⁶⁾. È evidente che, dal punto di vista della domanda, il recapito di una chiamata nel paese di destinazione non può essere sostituito dal recapito della stessa chiamata in un altro paese. D'altro canto il fatto che i servizi di trasmissione indiretta, cioè il reindirizzamento o transito della stessa chiamata attraverso un paese terzo, rappresentino o meno degli effettivi sostituti sul lato dell'offerta dipende dalle caratteristiche specifiche del mercato e andrà deciso caso per caso⁽⁴⁷⁾. Tuttavia, un mercato per la fornitura di servizi di collegamento bilaterale dovrà avere portata nazionale in quanto i modelli della domanda e dell'offerta dalle due parti corrispondono con tutta probabilità a diverse strutture di mercato⁽⁴⁸⁾.
62. Nella Comunicazione sulla definizione del mercato la Commissione ha segnalato alcuni casi in cui i confini del mercato rilevante possono essere estesi in modo da farvi rientrare prodotti o aree geografiche che, anche se non direttamente sostituibili, dovrebbero essere inclusi nella definizione del mercato in considerazione della cosiddetta «catena di sostituzione»⁽⁴⁹⁾. In sostanza la catena di sostituzione si verifica quando è possibile dimostrare che anche se i prodotti A e C non sono direttamente sostituibili, il prodotto B è un sostituto sia del prodotto A che del prodotto C e che quindi i prodotti A e C possono fare parte dello stesso mercato del prodotto, dato che la fissazione dei loro prezzi può dipendere dalla sostituibilità con il prodotto B. Lo stesso principio si applica anche alla definizione del mercato geografico. Dato il rischio insito nell'ampliare indebitamente la dimensione del mercato rilevante i casi di catena di sostituzione dovranno essere adeguatamente giustificati⁽⁵⁰⁾.

2.3. La prassi della Commissione

63. La Commissione ha adottato una serie di decisioni ai sensi del regolamento n. 17 e del regolamento sul controllo delle concentrazioni, concernenti il settore delle comunicazioni elettroniche che potrebbero essere particolarmente pertinenti per le ANR per quanto riguarda la metodologia applicata dalla Commissione nella definizione del mercato rilevante⁽⁵¹⁾. Come già accennato, tuttavia, è chiaro che in un settore caratterizzato da innovazione costante e da una rapida convergenza tecnologica qualsiasi definizione di mercato adottata rischia di diventare inesatta o non pertinente in tempi brevi⁽⁵²⁾. Inoltre, i mercati definiti in base al diritto della concorrenza non pregiudicano la definizione degli stessi in base al nuovo quadro normativo, in quanto l'analisi del mercato potrà avvenire in un contesto e in tempi diversi⁽⁵³⁾.
64. Come indicato nella Comunicazione sugli accordi di accesso, nel settore delle comunicazioni elettroniche si devono considerare almeno due tipi principali di mercati rilevanti: quello dei servizi forniti agli utenti finali (mercato dei servizi) e quello dell'accesso alle strutture necessarie per la fornitura di tali servizi (mercato dell'accesso)⁽⁵⁴⁾. All'interno di queste due ampie definizioni del mercato è possibile fare ulteriori distinzioni considerando il lato dell'offerta e della domanda.
65. In particolare, nella prassi decisionale la Commissione di norma opera una distinzione tra la fornitura di servizi e la fornitura dell'infrastruttura di rete sottostante. Ad esempio, per la fornitura dell'infrastruttura, la Commissione ha individuato mercati distinti per la fornitura dell'infrastruttura della rete locale (o local loop), le comunicazioni interurbane e internazionali⁽⁵⁵⁾. Per i servizi di tipo fisso, la Commissione distingue tra l'accesso abbonati (dettaglio) ai servizi di telefonia vocale commutati (locali, interurbani e internazionali), l'accesso dei gestori (ingrosso) alle reti (locali, interurbane e internazionali) e i servizi di comunicazione dati rivolti alle imprese⁽⁵⁶⁾. Nel mercato dei servizi di telefonia fissa al dettaglio, la Commissione ha inoltre operato un'ulteriore distinzione tra connessione iniziale e canone di affitto mensile⁽⁵⁷⁾. Tali servizi vengono offerti a due categorie distinte di consumatori, in particolare l'utenza privata e l'utenza imprese. Quest'ultima può a sua volta essere suddivisa in altre due categorie: da un lato i professionisti e le imprese di piccole e medie dimensioni, dall'altro le grandi imprese⁽⁵⁸⁾. Per i servizi al dettaglio di telefonia fissa offerti all'utenza privata, i modelli della domanda e dell'offerta sembrano indicare che attualmente vengono offerti principalmente due tipi di servizi: servizi tradizionali di telefonia fissa (trasmissioni vocali e trasmissioni di dati su banda stretta), da un lato, e servizi di comunicazione ad alta velocità dall'altro (attualmente sotto forma di servizi xDLS)⁽⁵⁹⁾.
66. Per la fornitura di servizi di comunicazione mobile, la Commissione ha riscontrato che, dal punto di vista della domanda, i servizi di telefonia mobile e fissa costituiscono mercati separati⁽⁶⁰⁾. All'interno del mercato della telefonia mobile, dai dati raccolti dalla Commissione risulta che il mercato dei servizi di telecomunicazione mobili comprende sia i GSM 900 che i GSM 1800 ed eventualmente le piattaforme analogiche⁽⁶¹⁾.
67. La Commissione ha stabilito che il mercato dell'accesso comprende tutti i tipi di infrastrutture che possono essere utilizzate per la fornitura di un determinato servizio⁽⁶²⁾. L'eventuale suddivisione del mercato delle infrastrutture di rete in più sottomercati distinti, corrispondenti alle categorie di infrastrutture di rete esistenti, dipende evidentemente dal grado di sostituibilità tra tali reti (alternative)⁽⁶³⁾. Tale operazione dovrà essere effettuata tenendo conto delle categorie di utenti ai quali viene fornito l'accesso alla rete. Si dovrà quindi distinguere tra la fornitura di infrastrutture ad altri operatori (all'ingrosso) e agli utenti finali (al dettaglio)⁽⁶⁴⁾. A livello di servizio al dettaglio si può effettuare un'ulteriore distinzione tra la clientela imprese e i clienti privati⁽⁶⁵⁾.
68. Quando il servizio da fornire riguarda solo gli utenti finali abbonati a una determinata rete, l'accesso ai punti terminali di tale rete può costituire il mercato del prodotto rilevante. Il caso è diverso se si riscontra che gli stessi servizi possono essere offerti alla stessa categoria di consumatori mediante altre reti concorrenti facilmente accessibili. Ad esempio, nella comunicazione relativa all'accesso disaggregato alla rete locale⁽⁶⁶⁾ la Commissione ha sostenuto che, benché esistano alternative alla PSTN per la fornitura di servizi di comunicazioni ad alta velocità a clienti privati (reti di fibre ottiche, reti d'accesso senza fili o reti TV adattabili), nessuna di tali alternative può essere considerata un sostituto dell'infrastruttura della rete di accesso fissa⁽⁶⁷⁾. È possibile tuttavia che in futuro trasformazioni e innovazioni tecnologiche portino a conclusioni diverse⁽⁶⁸⁾.
69. L'accesso alle reti mobili potrebbe essere definito anche in rapporto a due mercati potenzialmente distinti: uno per la generazione delle chiamate e uno per la loro terminazione. Al riguardo si dovrà decidere, sulla base di un'analisi della struttura e del funzionamento del mercato, se il mercato dell'accesso alle infrastrutture mobili si riferisce a una singola rete mobile o a tutte le reti mobili in generale⁽⁶⁹⁾.

3. DETERMINAZIONE DEL SIGNIFICATIVO POTERE DI MERCATO (POSIZIONE DOMINANTE)

70. L'articolo 14 della direttiva quadro recita: «Si presume che un'impresa disponga di un rilevante potere di mercato se, individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori». Questa definizione coincide con quella utilizzata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia per la nozione di

posizione dominante di cui all'articolo 82 del trattato ⁽⁷⁰⁾. Il nuovo quadro normativo ha conformato la definizione del significativo potere di mercato a quella data dalla Corte della posizione dominante ai sensi dell'articolo 82 del trattato ⁽⁷¹⁾. Nell'applicare la nuova definizione di significativo potere di mercato, le ANR dovranno pertanto fare in modo che le loro decisioni siano conformi alla prassi della Commissione ed alla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado in materia di posizione dominante ⁽⁷²⁾. L'applicazione ex ante della nuova definizione di significativo potere di mercato richiede tuttavia un adeguamento delle modalità di valutazione del potere di mercato. In particolare, allorché si determina ex ante se una o più imprese detengano una posizione dominante nel mercato rilevante, le ANR si basano, in linea di principio, su ipotesi e previsioni diverse da quelle assunte dalle autorità per la concorrenza nell'applicazione retrospettiva dell'articolo 82, nel contesto di un presunto abuso ⁽⁷³⁾. Sovente, in mancanza di elementi concreti o statistiche relative a comportamenti pregressi, l'analisi del mercato si baserà su una valutazione di carattere prevalentemente previsionale. L'accuratezza dell'analisi condotta dalle ANR dipende quindi dalle informazioni e dai dati disponibili al momento dell'adozione della decisione.

71. Il fatto che in un determinato caso non si concretizzino in ultima analisi le previsioni sul mercato inizialmente elaborate dall'ANR non significa necessariamente che la sua decisione non fosse in linea con la direttiva al momento dell'adozione. In sede di applicazione ex ante della nozione di posizione dominante, l'ANR deve godere di poteri discrezionali adeguati alla complessità delle realtà economiche, oggettive e giuridiche in esame. In base alla direttiva quadro, la valutazione del mercato da parte delle ANR dovrà essere effettuata a intervalli regolari. In questo contesto, pertanto, le ANR avranno la possibilità di reagire regolarmente agli eventuali sviluppi del mercato e di adottare i provvedimenti ritenuti necessari.

3.1. Criteri per la valutazione del significativo potere di mercato

72. Come sottolineato dalla Corte, il riscontro di una posizione dominante non esclude l'esistenza di una certa concorrenza nel mercato in questione. Tale posizione permette soltanto all'impresa che la detiene, se non di stabilire, perlomeno d'incidere in modo sensibile sulle condizioni in cui tale concorrenza si sviluppa e, in ogni caso, di operare senza tenere conto di eventuali vincoli concorrenziali, fintanto che tale condotta non leda i suoi interessi ⁽⁷⁴⁾.

73. In sede di esame ex post, le autorità garanti della concorrenza potrebbero trovarsi a dover considerare diversi esempi di comportamenti di mercato che siano espressione di un potere di mercato ai sensi dell'articolo 82. In un contesto ex ante tuttavia il potere di mercato si misura principalmente in base al potere dell'impresa in questione di aumentare i prezzi limitando la produzione,

senza che ciò comporti una flessione significativa delle vendite o dei ricavi.

74. Il potere di mercato di un'impresa può essere limitato dall'esistenza di concorrenti potenziali ⁽⁷⁵⁾. Le ANR dovrebbero perciò tenere conto della probabilità che imprese non attualmente operanti nel mercato del prodotto rilevante decidano, a medio termine, di entrare nel mercato qualora si registri un piccolo ma significativo aumento dei prezzi di carattere non transitorio. Le imprese che, in caso di un tale incremento di prezzo, sono in grado di cambiare o ampliare la loro gamma di prodotti/servizi e di entrare nel mercato dovrebbero essere considerate dalle ANR come potenziali operatori del mercato, anche se per il momento non producono o non offrono ancora il prodotto o il servizio in questione.

75. Come indicato nei paragrafi precedenti, per stabilire l'esistenza di una posizione dominante si usano una serie di criteri e una valutazione che si fonda, come specificato sopra, su un'analisi previsionale del mercato a sua volta basata sulle condizioni esistenti sul mercato stesso. Le quote di mercato sono spesso usate come indicatore indiretto del potere di mercato. Per quanto le dimensioni della quota di mercato detenuta non siano sufficienti a stabilire se un'impresa detenga un significativo potere di mercato (posizione dominante), è improbabile che una ditta che non detiene una quota di mercato consistente si trovi in posizione dominante. È quindi improbabile che imprese aventi una quota inferiore o pari al 25 % del mercato in questione occupino (da sole) una posizione dominante sul mercato stesso ⁽⁷⁶⁾. Nella prassi decisionale della Commissione, il problema si pone quando la quota di mercato detenuta da un'impresa supera il 40 % ⁽⁷⁷⁾, benché in talune circostanze si possa presumere una tale posizione anche con quote inferiori dato che la posizione dominante non è necessariamente legata al possesso di una quota di mercato elevata. In base a una giurisprudenza consolidata, la detenzione di quote di mercato estremamente elevate — superiori al 50% — è di per sé, salvo situazioni eccezionali, una prova dell'esistenza di una posizione dominante ⁽⁷⁸⁾. Si può presumere che un'impresa che detiene una grossa fetta di mercato goda di un significativo potere di mercato, ossia abbia una posizione dominante, se la quota è rimasta costante nel tempo ⁽⁷⁹⁾. La graduale erosione della quota di mercato di un'impresa con una forte posizione di mercato potrebbe indicare un'intensificazione della concorrenza, ma non esclude la possibilità che si riscontri un significativo potere di mercato. D'altro canto, la fluttuazione delle quote di mercato nel tempo potrebbe indicare l'assenza di potere di mercato nel mercato rilevante.

76. Riguardo ai metodi seguiti per determinare la dimensione del mercato e l'entità dei segmenti assorbiti dalle imprese, il fatturato ed il volume delle vendite offrono utili informazioni per la misurazione del mercato stesso ⁽⁸⁰⁾. Nel caso di prodotti non confezionati è preferibile fare riferimento al volume, mentre nel caso di prodotti differenziati (ossia prodotti di marca) il valore delle vendite e la quota di mercato calcolata sulla base di detto elemento spesso sono ritenuti criteri maggiormente indicativi della posizione e del potere relativo di ciascun operatore. Nelle gare di appalto anche il numero di appalti vinti o persi può essere utilizzato per una valutazione approssimativa delle quote di mercato ⁽⁸¹⁾.

77. I criteri per il calcolo della quota di mercato dell'impresa o delle imprese interessate dipenderanno dalle caratteristiche del mercato rilevante. Spetta alle ANR decidere i criteri più adatti per misurare la presenza sul mercato. A titolo esemplificativo, i proventi delle linee affittate, la capacità affittata o il numero di punti terminali delle linee affittate possono fungere da eventuali parametri del potere relativo dell'impresa nei mercati delle linee affittate. Come rilevato dalla Commissione, il numero in sé dei punti terminali della linea affittata non tiene conto dei diversi tipi di linee affittate disponibili sul mercato, che vanno dalle linee affittate analogiche per la trasmissione vocale alle linee affittate digitali ad alta velocità, dalle linee affittate locali alle linee a lunga distanza internazionali. Tra i due elementi, i ricavi delle linee affittate rappresentano forse il criterio di misurazione più trasparente e meno difficile. Analogamente, i proventi delle forniture al dettaglio, i minuti di chiamata o il numero di linee telefoniche fisse o di abbonati dei gestori di reti telefoniche pubbliche possono servire da parametri per il calcolo delle quote di mercato delle imprese attive in questi mercati⁽⁸²⁾. Se il mercato definito è quello dell'interconnessione, un parametro di misura più realistico può essere rappresentato dai proventi del servizio di terminazione di chiamata verso clienti di reti fisse o mobili. In questo caso il riferimento ai ricavi anziché ai minuti di chiamata permette ad esempio di tenere conto della differenziazione del valore dei minuti di chiamata (ad es., chiamate locali, interurbane e internazionali) e la presenza sul mercato così misurata rispecchia sia il numero di clienti sia l'estensione della rete⁽⁸³⁾. Per le stesse ragioni, i proventi dei servizi di terminazione delle chiamate verso clienti di reti mobili potrebbero essere il miglior strumento per misurare la presenza sul mercato dei gestori di reti mobili⁽⁸⁴⁾.
78. È importante sottolineare che non si può stabilire l'esistenza di una posizione dominante unicamente in base all'ampiezza delle quote di mercato: come già detto, esse indicano semplicemente la possibilità che si sia in presenza di un operatore che gode di una posizione dominante. Le ANR dovrebbero perciò intraprendere un'analisi completa e globale delle caratteristiche economiche del mercato rilevante prima di formulare conclusioni circa l'esistenza di un significativo potere di mercato. A questo proposito, si possono anche usare i criteri sottoindicati per misurare il potere di un'impresa di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori, tra cui:
- dimensione globale dell'impresa,
 - controllo di infrastrutture difficili da duplicare,
 - vantaggi o superiorità a livello tecnologico,
 - mancanza o insufficienza di contropotere da parte degli acquirenti,
 - accesso facile o privilegiato ai mercati finanziari/risorse finanziarie,
 - diversificazione dei prodotti/servizi (ad es. offerta di servizi o prodotti aggregati),
 - economie di scala,
 - economie di diversificazione,
 - integrazione verticale,
 - una rete di distribuzione e vendita molto sviluppata,
 - mancanza di concorrenza potenziale,
 - barriere all'espansione.
79. Una posizione dominante può risultare da una combinazione qualsiasi dei suddetti elementi, che presi separatamente non sono necessariamente determinanti.
80. Il riscontro di una posizione dominante dipende inoltre dalla valutazione della facilità d'accesso al mercato. Infatti, l'assenza di barriere all'ingresso scoraggia, in linea di principio, eventuali condotte anticoncorrenziali indipendenti da parte di un'impresa con una quota di mercato significativa. Nel settore delle comunicazioni elettroniche, le barriere all'ingresso sono spesso notevoli a causa dei requisiti normativi e regolamentari di varia natura che possono limitare il numero di licenze disponibili o la fornitura di taluni servizi (ad es. GSM/DCS o servizi mobili della terza generazione). Si hanno inoltre barriere all'accesso al mercato quando, per diventare redditizia, l'impresa deve compiere notevoli investimenti e programmare l'attività a lungo termine⁽⁸⁵⁾. Tuttavia, l'esistenza di forti ostacoli all'accesso può risultare meno importante nei mercati caratterizzati da costanti progressi tecnologici. Nei mercati delle comunicazioni elettroniche, i vincoli alla concorrenza possono derivare da innovazioni ad opera di concorrenti potenziali momentaneamente non ancora presenti sul mercato che rappresentano una minaccia. In tali mercati la valutazione della concorrenza dovrà seguire un'impostazione prospettica.
81. Circa la pertinenza del concetto di «infrastrutture essenziali» ai fini dell'applicazione della nuova definizione del significativo potere di mercato, non esiste attualmente una giurisprudenza relativamente al settore delle comunicazioni elettroniche. Questo concetto è tuttavia pertinente principalmente ai fini dell'accertamento di un eventuale abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 82 del trattato CE e non ha molta rilevanza ai fini della valutazione ex ante del significativo potere di mercato di cui all'articolo 14 della direttiva quadro. In particolare, la dottrina delle «infrastrutture essenziali» è complementare rispetto agli obblighi generali esistenti imposti all'impresa dominante, come l'obbligo di non fare discriminazioni tra i clienti, ed è stata applicata ai casi che ricadono nell'articolo 82 in circostanze eccezionali, come quelli in cui il rifiuto di fornire o accordare l'accesso a terzi avrebbe

limitato o impedito l'emergere di nuovi mercati, o di nuovi prodotti, in contrasto con l'articolo 82, lettera b), del trattato. Essa è stata associata principalmente alle questioni relative all'accesso o ai casi di rifiuto di procedere alla fornitura o di allacciare rapporti commerciali in base all'articolo 82 del trattato, senza la presenza di alcun trattamento discriminatorio. In base alla giurisprudenza esistente, un prodotto o servizio non può considerarsi «necessario» o «essenziale» a meno che non esista alcun sostituto reale o potenziale. Se è vero che un'impresa che possiede una «infrastruttura essenziale» si trova per definizione in una posizione dominante in qualsiasi mercato per detta infrastruttura, non sempre è vero il contrario. Ai sensi della giurisprudenza esistente⁽⁸⁶⁾, il fatto che una determinata infrastruttura non sia «essenziale» o «indispensabile» per lo svolgimento di una determinata attività economica in un mercato distinto non esclude la possibilità che chi ne è in possesso goda di una posizione dominante. Ad esempio, un gestore di rete può godere di una posizione dominante malgrado l'esistenza di reti alternative concorrenti se le dimensioni o l'importanza della sua rete gli permettono di comportarsi in misura notevole in modo indipendente rispetto agli altri gestori di reti⁽⁸⁷⁾. In altri termini, ciò che conta è stabilire se una determinata infrastruttura conferisca a chi la possiede un notevole potere sul mercato, senza che sia perciò necessario stabilire anche se detta infrastruttura possa essere ritenuta «essenziale» o «indispensabile» ai sensi della giurisprudenza esistente.

82. Deriva da quanto precede che la dottrina delle «infrastrutture essenziali» è meno pertinente ai fini dell'applicazione ex ante dell'articolo 14 della direttiva quadro dell'applicazione ex post dell'articolo 82 del trattato CE.

3.1.1. Effetto di leva del potere di mercato

83. L'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva quadro statuisce che «Se un'impresa dispone di un significativo potere su un mercato specifico, può parimenti presumersi che essa abbia un significativo potere in un mercato strettamente connesso qualora le connessioni tra i due mercati siano tali da consentire al potere detenuto in un mercato di esser fatto valere nell'altro, rafforzando in tal modo il potere complessivo dell'impresa interessata».

84. Tale disposizione è stata studiata per situazioni di mercato analoghe a quella all'origine della sentenza della Corte nella causa Tetra Pak II⁽⁸⁸⁾, nella quale la Corte ha stabilito che un'impresa che detiene una posizione dominante in un mercato e una posizione preminente in un mercato distinto, ma strettamente collegato al primo, si trova in una situazione equiparabile a chi detenga una posizione dominante sul complesso dei mercati in esame. Grazie alla posizione dominante detenuta nel primo mercato e alla sua presenza sul mercato secondario collegato, un'impresa può far valere il potere che detiene nel primo mercato e operare indipendentemente

dai clienti sul secondo mercato⁽⁸⁹⁾. Malgrado il carattere orizzontale dei mercati in cui Tetra Pak risultava complessivamente dominante, nella maggior parte dei mercati integrati verticalmente si riscontrano stretti legami associativi, nell'accezione usata nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Questa situazione si verifica spesso nel settore delle telecomunicazioni, ove sovente un gestore detiene una posizione dominante nel mercato delle infrastrutture e un'importante presenza a valle, nel mercato dei servizi⁽⁹⁰⁾. In tale eventualità, l'ANR può ritenere corretto constatare che l'operatore detiene un significativo potere di mercato su entrambi i mercati nel loro complesso. Nella prassi tuttavia, qualora si individui un'impresa che gode di un significativo potere di mercato a monte, nel mercato all'ingrosso o dell'accesso, le ANR saranno di norma in grado di impedire ogni probabile effetto di riversamento o di leva a valle, nei mercati al dettaglio o dei servizi, imponendo a detta impresa obblighi a norma della direttiva accesso atti a evitare tali effetti. Pertanto le ANR dovranno esaminare l'applicabilità dell'articolo 14, paragrafo 3, soltanto laddove l'imposizione degli obblighi ex ante a un'impresa in posizione dominante nel mercato a monte (accesso) non risulti in una concorrenza effettiva nel mercato a valle (dettaglio).

85. Le considerazioni di cui sopra valgono anche per i mercati orizzontali⁽⁹¹⁾. Inoltre, a prescindere dal carattere verticale o orizzontale dei mercati in questione, in entrambi i casi dovrà trattarsi di mercati delle comunicazioni elettroniche ai sensi dell'articolo 2 della direttiva quadro; essi dovranno inoltre presentare caratteristiche tali da giustificare l'imposizione di obblighi regolamentari ex ante⁽⁹²⁾.

3.1.2. Posizione collettiva dominante

86. In base all'articolo 82 del trattato CE, una o più imprese possono detenere una posizione dominante («posizione dominante collettiva»). L'articolo 14, paragrafo 2, della direttiva quadro stabilisce a sua volta che un'impresa può detenere un rilevante potere di mercato, ossia può detenere una posizione dominante, sia individualmente che congiuntamente ad altri.

87. Nella Comunicazione relativa agli accordi di accesso, la Commissione afferma che, benché al momento sia la sua prassi decisionale che la giurisprudenza della Corte siano ancora in evoluzione, si ritiene che una o più imprese detengano una posizione dominante collettiva quando in rapporto ai loro clienti e concorrenti si presentano come un'unica impresa, a condizione che non vi sia concorrenza effettiva tra loro. L'assenza di concorrenza potrebbe in concreto essere riconducibile a taluni legami tra le suddette imprese. La Commissione ha peraltro affermato anche che l'esistenza di detti legami non è necessaria ai fini della constatazione di una posizione dominante congiunta⁽⁹³⁾.

88. Successivamente alla pubblicazione della *Comunicazione relativa agli accordi di accesso*, il concetto di posizione dominante congiunta o collettiva ha trovato applicazione in diverse decisioni adottate dalla Commissione in base al regolamento n. 17 e al regolamento sul controllo delle concentrazioni. Inoltre, sia il Tribunale di primo grado che la Corte di giustizia delle Comunità europee hanno emanato sentenze che hanno contribuito a precisare ulteriormente la portata esatta di tale concetto.
- 3.1.2.1. La giurisprudenza del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia delle Comunità europee
89. L'espressione «una o più imprese» di cui all'articolo 82 del trattato CE implica che una posizione dominante può essere detenuta da una o più entità giuridicamente ed economicamente indipendenti ⁽⁹⁴⁾.
90. Fino alla sentenza della Corte di giustizia nella causa *Compagnie maritimes belges* ⁽⁹⁵⁾ e alla sentenza del Tribunale di primo grado nella causa *Gencor* ⁽⁹⁶⁾ (cfr. sotto), si sarebbe potuto sostenere che la constatazione di una posizione dominante collettiva si basava sull'esistenza di legami economici, nel senso di legami strutturali, o su altri fattori che potrebbero dar luogo a una qualche correlazione tra le imprese in questione ⁽⁹⁷⁾. La questione se la nozione di posizione dominante collettiva possa essere usata anche in un mercato caratterizzato da oligopolio, ossia in un mercato con pochi operatori sul lato dell'offerta, in mancanza di vincoli di alcun genere tra le imprese operanti sul mercato, è stata sollevata per la prima volta nella causa *Gencor*, avente per oggetto la legittimità di una decisione adottata dalla Commissione a norma del regolamento sul controllo delle concentrazioni, che non autorizzava l'operazione notificata in quanto avrebbe comportato la creazione di un duopolio nel mercato, favorevole alla creazione di una posizione dominante di oligopolio ⁽⁹⁸⁾. Le ricorrenti hanno sostenuto davanti al Tribunale di primo grado che la Commissione non era riuscita a comprovare l'esistenza di «legami» tra i membri del duopolio in conformità alla giurisprudenza sviluppata fino all'epoca.
91. Il Tribunale di primo grado ha respinto il ricorso, affermando tra l'altro che non esiste precedente giuridico che riduca la nozione di «legami economici» ai legami strutturali tra le imprese in causa. In base al Tribunale di primo grado «sul piano giuridico o economico, non esiste alcuna ragione per escludere dalla nozione di legame economico la relazione di interdipendenza esistente tra i membri di un oligopolio ristretto all'interno del quale questi ultimi, su un mercato di caratteristiche adeguate, in particolare in termini di concentrazione del mercato, di trasparenza e di omogeneità del prodotto, sono in grado di prevedere i loro reciproci comportamenti e sono pertanto fortemente incentivati ad allineare il loro comportamento sul mercato in modo da massimizzare il loro profitto comune riducendo la produzione al fine di aumentare i prezzi. Infatti, in un siffatto contesto, ciascun operatore sa che un'azione fortemente concorrenziale da parte sua diretta ad accrescere la sua quota di mercato (per esempio, una riduzione di prezzo) provocherebbe un'azione identica da parte degli altri, di modo che egli non trarrebbe alcun vantaggio dalla sua iniziativa. Tutti gli operatori si troverebbero quindi a subire l'abbassamento del livello dei prezzi» ⁽⁹⁹⁾. Come rilevato dal Tribunale, le condizioni del mercato possono essere tali che «ciascun operatore può prendere coscienza degli interessi comuni e, in particolare, far salire i prezzi senza dover procedere alla conclusione di un accordo o ricorrere a una pratica concertata» ⁽¹⁰⁰⁾.
92. La sentenza del Tribunale di primo grado nella causa *Gencor* è stata successivamente avallata dalla Corte nella causa *Compagnie maritimes belges*. In tale sede la Corte ha fornito ulteriori elementi di riferimento per l'interpretazione della nozione di posizione dominante collettiva e circa le condizioni che devono essere soddisfatte ai fini della sua constatazione. La Corte afferma che per provare che una o più imprese detengono congiuntamente una posizione dominante occorre esaminare se le imprese interessate costituiscano insieme un'entità collettiva nei confronti dei loro concorrenti, delle loro controparti commerciali e dei consumatori su un mercato determinato ⁽¹⁰¹⁾. Questo si verifica qualora (i) non vi sia concorrenza effettiva tra le imprese in questione e (ii) le suddette imprese adottino sul mercato rilevante una condotta uniforme o una politica comune ⁽¹⁰²⁾. Solo in caso affermativo occorre esaminare se tale entità collettiva detenga effettivamente una posizione dominante ⁽¹⁰³⁾. Occorre soprattutto verificare se esistono tra le imprese interessate legami economici che consentano loro di agire indipendentemente dai loro concorrenti, dai loro clienti e dai consumatori. La Corte ha constatato che un accordo, una decisione o una pratica concordata (oggetto o meno di esenzione ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato), possono incontestabilmente vincolare le imprese interessate ad un certo comportamento su un mercato determinato, in maniera tale che esse si presentano su tale mercato come un'entità collettiva nei confronti dei loro concorrenti, dei loro partner commerciali e dei consumatori ⁽¹⁰⁴⁾.
93. La sola circostanza che due o più imprese siano legate da un accordo, da una decisione di associazioni di imprese oppure da una pratica concordata ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato non può costituire, di per sé, una base sufficiente per stabilire se si sia in presenza di una posizione dominante collettiva. Conformemente a quanto afferma la Corte: «... l'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante collettiva ... potrebbe risultare da altri fattori di correlazione e dipenderebbe da una valutazione economica e, in particolare, da una valutazione della struttura del mercato di cui trattasi» ⁽¹⁰⁵⁾.
94. Dalle sentenze relative alle cause *Gencor* e *Compagnie maritimes belges* discende che, benché ci si possa basare sull'esistenza di legami strutturali per corroborare la constatazione di una posizione dominante collettiva, tale constatazione può essere fatta anche in riferimento ad un mercato caratterizzato da oligopolio o da elevata concentrazione, la cui struttura da sola, in particolare, è propizia all'emergere di effetti di coordinamento nel mercato rilevante ⁽¹⁰⁶⁾.

3.1.2.2. La prassi della Commissione in sede decisionale e l'allegato II della direttiva quadro

95. In una serie di decisioni adottate in base al regolamento relativo al controllo delle operazioni di concentrazione, la Commissione ha preso in esame il concetto di posizione dominante collettiva onde accertare, in questi casi, se la struttura in questione favorisca il coordinamento in questi mercati ⁽¹⁰⁷⁾.
96. Nel valutare ex ante le probabilità dell'esistenza o dell'insorgenza di un mercato che possa favorire una posizione dominante collettiva, nella forma di un tacito coordinamento, le ANR dovranno analizzare:
- a) se le caratteristiche del mercato siano tali da favorire un coordinamento tacito: e
- b) se una tale forma di coordinamento sia sostenibile, ovvero, i) se uno dei componenti dell'oligopolio sia in grado di sottrarsi al coordinamento e se sia motivato a farlo, considerata la capacità di ritorsione degli altri componenti e la loro motivazione in questo senso, e ii) se gli acquirenti/concorrenti marginali/potenziali abbiano la capacità o siano motivati a opporsi a qualsiasi forma di coordinamento che ne risulti e che sia contraria alla concorrenza ⁽¹⁰⁸⁾.
97. L'analisi è facilitata da una serie di criteri riassunti nell'allegato II della direttiva quadro, che è stata usata anche dalla Commissione nell'applicazione dei concetti di posizione dominante collettiva ai sensi del regolamento sul controllo delle concentrazioni. In base all'allegato, «si può ritenere che due o più imprese godano congiuntamente di una posizione dominante ai sensi dell'articolo 14 allorché, anche se non sussistono tra di loro interconnessioni strutturali o di altro tipo, esse operano in un mercato la cui struttura è considerata tale da comportare effetti coordinati ⁽¹⁰⁹⁾. Fatta salva la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di posizione dominante collettiva, è probabile che ciò si verifichi allorché il mercato presenta una serie di caratteristiche specifiche, in particolare in termini di concentrazione di mercato, di trasparenza e per una serie di altri aspetti, elencati in appresso:
- maturità del mercato,
 - crescita moderata o stagnazione della domanda,
 - scarsa elasticità della domanda,
 - omogeneità dei prodotti,
 - analoghe strutture dei costi,
 - analoghe quote di mercato,
 - mancanza di innovazione tecnologica, maturità della tecnologia,
 - assenza di sovracapacità,
 - forti ostacoli all'accesso,
 - mancanza di un controbilanciante potere contrattuale dell'acquirente,
 - mancanza di potenziale concorrenza,
 - vari tipi di legami informali o altre interconnessioni tra le imprese interessate,
 - meccanismi di ritorsione,
 - assenza di margine o margine ridotto per la concorrenza dei prezzi».
98. L'allegato II della direttiva quadro prevede esplicitamente che non si tratta di un elenco esaustivo e che i criteri non sono cumulativi: con essi s'intende semplicemente illustrare il tipo di elementi utilizzabili per suffragare affermazioni relative all'esistenza di una posizione dominante collettiva (oligopolistica) ⁽¹¹⁰⁾, nella forma del tacito coordinamento. Infatti, ribadendo quanto precedentemente affermato, l'esistenza di legami strutturali tra le imprese interessate non è una condizione necessaria per la constatazione di una posizione dominante collettiva. È tuttavia evidente che si possono usare tali legami, se esistono, assieme a uno qualsiasi degli elementi sopra menzionati, per avvalorare la probabilità che in un determinato mercato oligopolistico si manifesti un effetto di coordinamento. In assenza di tali legami, per stabilire se un mercato favorisca l'emergere di una posizione dominante collettiva nella forma del tacito coordinamento, a, si dovrà esaminare una serie di caratteristiche del mercato stesso. Queste spesso vengono presentate come nel succitato elenco: vanno tuttavia esaminate nella totalità onde procedere a una valutazione complessiva, anziché applicate meccanicamente come una «lista di controllo». A seconda delle circostanze del caso, il fatto che singoli elementi strutturali, solitamente associati a una posizione dominante collettiva, non possano essere appurati chiaramente non sarà determinante per poter escludere la possibilità di un effetto di coordinamento ⁽¹¹¹⁾.
99. In un mercato caratterizzato da oligopolio in cui sono presenti la maggior parte, se non tutte, le condizioni sopra indicate, si dovrebbe esaminare, soprattutto, se gli operatori del mercato siano fortemente motivati ad adottare una strategia che produca una situazione di mercato analoga a quella che risulterebbe da una condotta coordinata e ad astenersi dal competere tra loro. Questa situazione si verifica nel caso in cui i vantaggi a lungo termine di una condotta anticoncorrenziale superino i vantaggi a breve termine prodotti dall'adozione di una strategia concorrenziale.
100. Va sottolineato che constatare l'esistenza di concentrazioni in un mercato non autorizza necessariamente a concludere che la struttura di tale mercato favorisca l'insorgere di una posizione dominante di tipo collettivo, nella forma del tacito coordinamento ⁽¹¹²⁾.

101. In definitiva, nell'applicare il concetto di posizione dominante collettiva, nella forma del tacito coordinamento, i criteri più importanti saranno quelli decisivi al fine di stabilire l'esistenza di effetti di coordinamento nello specifico mercato in esame. Ad esempio, nel caso COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum, la Commissione è giunta alla conclusione che, malgrado l'esistenza di concentrazioni nei mercati della carta da giornale e della carta per riviste contenente legno, l'omogeneità dei prodotti, la scarsissima flessibilità della domanda, il limitato potere degli acquirenti e i forti ostacoli all'accesso, nondimeno la relativa stabilità delle quote di mercato, l'assenza di simmetria nelle strutture dei costi e, nella fattispecie, la scarsa trasparenza delle decisioni relative agli investimenti nonché l'assenza di un meccanismo di ritorsione credibile rendevano improbabile e insostenibile ogni possibilità di un coordinamento tacito tra i componenti dell'oligopolio ⁽¹¹³⁾.

3.1.2.3. Posizione dominante collettiva e settore delle telecomunicazioni

102. Nell'applicare il concetto di posizione dominante collettiva, le ANR possono inoltre tenere conto delle decisioni adottate a norma del regolamento sul controllo delle concentrazioni nel settore delle comunicazioni elettroniche, nel cui ambito la Commissione ha esaminato se le operazioni notificate possano indurre a constatare l'esistenza di una posizione dominante collettiva.

103. Nel caso *MCI WorldCom/Sprint*, la Commissione ha esaminato se l'entità oggetto della fusione, insieme alla Concert Alliance, detenesse una posizione dominante collettiva sul mercato dei servizi di telecomunicazioni globali (GTS). Poiché gli operatori attivi in quel mercato concorrevano tra loro sulla base di offerte di appalto in cui i fornitori venivano selezionati essenzialmente nelle prime fasi del processo di gara in base alla capacità di offrire servizi personalizzati e complessi di alta qualità e non in base ai prezzi, l'indagine della Commissione si è concentrata sulla motivazione degli operatori attivi sul mercato a ricercare accordi paralleli per suddividersi gli appalti (tenendo conto anche dell'assegnazione di appalti precedenti) ⁽¹¹⁴⁾. Dopo aver studiato in profondità la struttura del mercato (omogeneità dei prodotti, forti ostacoli all'accesso, potere controbilanciante degli acquirenti, ecc.), la Commissione ha concluso di non essere in grado di dimostrare l'assenza di vincoli concorrenziali rispetto ai concorrenti effettivi, un fattore determinante quando si esamina la sostenibilità delle pratiche parallele, e ha perciò deciso di lasciar cadere le sue obiezioni rispetto a tale mercato ⁽¹¹⁵⁾.

104. Nel caso *BT/Esat* ⁽¹¹⁶⁾, uno degli aspetti esaminati dalla Commissione ha riguardato la possibilità che le condizioni del mercato irlandese dell'accesso a Internet mediante connessione telefonica favorissero l'instaurarsi di un duopolio costituito dal gestore tradizionale, Eircom, e dall'entità risultante dalla concentrazione. La Commissione ha escluso tale possibilità sulla base dei seguenti argomenti: primo, le quote di mercato non risultavano stabili; secondo, la domanda tendeva a raddoppiare ogni sei mesi; terzo, i prodotti relativi all'accesso a Internet non presentavano omogeneità; e ultimo, l'evoluzione tec-

nologica costituiva una delle principali caratteristiche del mercato ⁽¹¹⁷⁾.

105. Nell'operazione *Vodafone/Airtouch* ⁽¹¹⁸⁾, la Commissione ha riscontrato che la nuova entità avrebbe assunto il controllo congiunto di due dei quattro gestori mobili attivi sul mercato tedesco delle telecomunicazioni mobili (precisamente D2 e E-Plus: gli altri due operatori erano T-Mobil e VIAG Interkom). In considerazione del carattere fortemente regolamentato del mercato, ossia della limitazione delle licenze in relazione al numero delle frequenze radio disponibili, e della trasparenza del mercato, non si poteva escludere che tali elementi favorissero l'affermarsi di un duopolio con possibile effetto di coordinamento ⁽¹¹⁹⁾.

106. Nel procedimento relativo all'operazione *France Telecom/Orange*, la Commissione ha riscontrato che prima dell'ingresso di Orange nel mercato belga delle telecomunicazioni mobili, i due operatori già presenti, Proximus e Mobistar, erano in grado di sfruttare una posizione dominante collettiva. Come rilevato dalla Commissione, nei quattro anni precedenti l'ingresso di Orange, i due operatori avevano politiche di prezzo simili e trasparenti e i loro prezzi seguivano esattamente le stesse tendenze ⁽¹²⁰⁾. In tale decisione la Commissione ha inoltre respinto le argomentazioni di terzi circa il rischio di una posizione dominante collettiva di Vodafone e France Telecom nel mercato della fornitura di servizi mobili paneuropei a clienti mobili a livello internazionale. Al di là della constatazione di importanti asimmetrie tra le quote di mercato dei due operatori, il mercato è stato qualificato come mercato emergente, caratterizzato da una domanda crescente e da una grande varietà nell'offerta di servizi e nei prezzi ⁽¹²¹⁾.

4. IMPOSIZIONE, MANTENIMENTO, MODIFICA O REVOCA DI OBBLIGHI AI SENSI DEL QUADRO NORMATIVO

107. La sezione 3 delle presenti linee direttrici è dedicata all'analisi dei mercati rilevanti che le ANR dovranno condurre ai sensi dell'articolo 16 della direttiva quadro per stabilire se in un mercato vi sia una concorrenza effettiva, vale a dire se in quel mercato vi siano imprese che godono di una posizione dominante. La presente sezione è volta a dare indicazioni alle ANR riguardo alle misure da adottare in seguito all'analisi, ovvero l'imposizione, il mantenimento, la modifica o la revoca, a seconda dei casi, degli specifici obblighi normativi a carico delle imprese ritenute in possesso di un significativo potere di mercato. Vengono inoltre descritte le condizioni in cui, in via eccezionale, si possono imporre alle imprese non in possesso di significativo potere di mercato obblighi analoghi a quelli a carico degli operatori con significativo potere di mercato.

108. Gli specifici obblighi regolamentari che si possono imporre alle imprese dotate di significativo potere di mercato sono applicabili sia al mercato all'ingrosso che al mercato al dettaglio. In linea di principio, gli obblighi relativi al primo vengono enunciati agli articoli 9 e 13 della direttiva accesso, quelli concernenti il secondo agli articoli 17 e 19 della direttiva servizio universale.

109. Gli obblighi stabiliti dalla direttiva accesso sono i seguenti: trasparenza (articolo 9), non discriminazione (articolo 10), separazione contabile (articolo 11), obblighi di accesso e uso di specifiche infrastrutture di rete (articolo 12), obblighi di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi (articolo 13). Inoltre, l'articolo 8 della direttiva accesso prevede per le ANR la possibilità di imporre obblighi che esulano da questo elenco. A questo fine esse dovranno presentare richiesta alla Commissione, che deciderà in merito dopo aver consultato il comitato per le comunicazioni, sulla legittimità di imporre tali obblighi.
110. Gli obblighi stabiliti dalla direttiva servizio universale sono i seguenti: controlli normativi sui servizi al dettaglio (articolo 17), disponibilità dell'insieme minimo di linee affittate (articolo 18 e allegato VII) e selezione e preselezione del vettore (articolo 19).
111. In base al quadro normativo, tali obblighi vanno imposti alle imprese giudicate in possesso di un significativo potere di mercato in un mercato rilevante, salvo in alcuni casi ben definiti elencati nella sezione 4.3.
- 4.1. Imposizione, mantenimento, modifica o revoca degli obblighi gravanti sugli operatori che detengono un significativo potere di mercato**
112. Come illustrato nella sezione 1, il concetto di concorrenza effettiva implica l'assenza di imprese che godono di posizione dominante in un mercato rilevante. In altre parole, stabilire se in un mercato rilevante vi sia concorrenza effettiva significa di fatto determinare l'assenza di una posizione dominante individuale o collettiva in quel mercato. Inversamente, per constatare l'assenza di concorrenza effettiva in un determinato mercato rilevante occorrerà accertare la presenza di una posizione dominante individuale o collettiva nel mercato in oggetto.
113. Ai sensi dell'articolo 16, qualora un'ANR constati che in un determinato mercato rilevante sussistono condizioni di concorrenza effettiva, essa non sarà autorizzata a imporre nessun obbligo ad alcuno degli operatori attivi in quel mercato. Gli obblighi eventualmente imposti in precedenza all'impresa o alle imprese di quel mercato dovranno essere revocati e non potranno essere sostituiti da altri. L'articolo 16, paragrafo 3, della direttiva quadro statuisce che, qualora un'ANR proponga di revocare gli obblighi regolamentari esistenti, venga concesso alle parti interessate un ragionevole preavviso.
114. Ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 4, della direttiva quadro, qualora un'ANR constati l'assenza di concorrenza effettiva in un mercato rilevante dovuta alla presenza di una o più imprese in posizione dominante, essa dovrà individuare l'impresa o le imprese dotate di un significativo potere di mercato e imporre alla/e stessa/e adeguati obblighi regolamentari. La sola individuazione di un'impresa quale avente significativo potere di mercato, non accompagnata da obblighi regolamentari, non è coerente con il disposto del nuovo quadro normativo e in particolare dell'articolo 16, paragrafo 4, della direttiva quadro. In altre parole, le ANR devono imporre almeno un obbligo di regolamentazione alle imprese designate come detentrici di un significativo potere di mercato. Qualora un'ANR individui l'esistenza di più di un'impresa con posizione dominante, ossia quando esiste una posizione dominante collettiva, essa deve determinare gli obblighi regolamentari più adeguati da applicare nei loro confronti, nel rispetto del principio della proporzionalità.
115. Nel caso di un'impresa soggetta agli obblighi previsti dal quadro normativo del 1998, l'ANR dovrà valutare se sia opportuno mantenere in vigore obblighi analoghi nell'ambito del nuovo quadro normativo, in base a una nuova analisi di mercato effettuata conformemente alle presenti linee direttrici. Se si riscontra che l'impresa detiene un significativo potere di mercato nel mercato rilevante in base al nuovo quadro normativo, si potranno perciò mantenere in vigore obblighi analoghi a quelli adottati nell'ambito del quadro normativo del 1998. In alternativa si potranno modificare o imporre nuovi obblighi previsti dal nuovo quadro, a discrezione dell'ANR.
116. Salvo nei casi in cui gli impegni assunti dalla Comunità a livello internazionale prescrivano la scelta di un obbligo regolamentare (cfr. punto 4.4) o in cui le direttive prescrivano specifici correttivi ai sensi dell'articolo 18 e 19 della direttiva servizio universale, per ovviare agli specifici problemi dei mercati in cui si sia riscontrata un'assenza di concorrenza effettiva, le ANR dovranno scegliere tra tutta una serie di obblighi di regolamentazione enunciati nelle direttive. Un'ANR che intenda imporre obblighi di accesso e interconnessione diversi da quelli enumerati nella direttiva accesso dovrà far approvare dalla Commissione la misura che intende applicare. La Commissione consulterà il comitato per le comunicazioni prima di pronunciarsi in merito.
117. Il diritto comunitario, e in particolare l'articolo 8 della direttiva quadro, impone alle ANR l'obbligo di garantire che le misure imposte agli operatori con significativo potere di mercato in virtù dell'articolo 16 della direttiva quadro siano giustificate in riferimento agli obiettivi enunciati all'articolo 8 e che siano proporzionate al conseguimento degli stessi. In questo modo, ogni obbligo imposto dalle ANR deve essere proporzionato al problema da correggere. In base all'articolo 7 della direttiva quadro, le ANR sono tenute a esporre la motivazione su cui si fondano le misure proposte allorché queste vengono comunicate ad altre ANR o alla Commissione. Oltre all'analisi di mercato comprovante il significativo potere di mercato, l'ANR dovrà pertanto inserire nelle sue decisioni una giustificazione della misura proposta in rapporto agli obiettivi dell'articolo 8, nonché spiegare i motivi per cui la decisione presa debba ritenersi proporzionata.

118. Il criterio della proporzionalità sarà uno dei parametri chiave usati dalla Commissione per valutare le misure proposte dalle ANR a norma della procedura di cui all'articolo 7 della direttiva quadro. Il principio della proporzionalità è ben consolidato nel diritto comunitario. In sostanza, esso stabilisce che il mezzo usato per conseguire un dato fine deve essere strettamente adeguato e necessario al conseguimento di tale fine. Per stabilire se una misura proposta sia compatibile con il principio di proporzionalità, l'azione intrapresa deve perseguire uno scopo legittimo e i mezzi impiegati per ottenerlo devono essere necessari e il meno onerosi possibile, devono cioè consistere nel minimo necessario per conseguire lo scopo.

119. Tuttavia, specialmente nelle prime fasi dell'attuazione del nuovo quadro, la Commissione non prevede che le ANR revochino gli obblighi normativi esistenti e gravanti sugli operatori con significativo potere di mercato, che sono stati concepiti per rispondere a legittime esigenze di regolamentazione che rimangono pertinenti, senza dimostrare chiaramente che detti obblighi hanno raggiunto lo scopo e non hanno perciò più ragione di esistere in quanto si ritiene che nel mercato rilevante vi sia concorrenza effettiva. Il nuovo quadro normativo prevede una serie di correttivi adattabili in funzione degli specifici problemi riscontrati.

120. La Commissione inoltre, allorché verrà consultata come previsto all'articolo 7, paragrafo 3, della direttiva quadro, verificherà che le eventuali misure proposte dalle ANR siano conformi al quadro normativo nel suo insieme, valutandone l'impatto sul mercato unico.

121. La Commissione assisterà le ANR onde garantire un'impostazione quanto più uniforme nella scelta dei correttivi qualora si presentino situazioni analoghe in Stati membri diversi. Inoltre, come osservato all'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva quadro, le ANR cercheranno di accordarsi sui tipi di correttivi più adatti ad affrontare le specifiche situazioni del mercato.

4.2. Mercati transnazionali: analisi congiunta delle ANR

122. L'articolo 15, paragrafo 4, della direttiva quadro autorizza la Commissione ad emanare una decisione per l'individuazione di mercati di prodotti e servizi a carattere transnazionale, che coprano l'insieme del territorio comunitario o una parte consistente di esso. Ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 5, della direttiva quadro, le ANR interessate dovranno condurre congiuntamente un'analisi del mercato e decidere se occorra imporre obblighi. Nella prassi, si prevede che il gruppo dei regolatori europei offra un forum adatto per tale analisi.

123. In generale, l'analisi congiunta condotta dalle ANR dovrebbe seguire procedure analoghe (ad esempio per la consultazione pubblica) a quelle stabilite qualora l'analisi

sia condotta da un'ANR. Dovranno essere definite le disposizioni specifiche per l'analisi e il processo decisionale collettivo.

4.3. Imposizione di specifici obblighi regolamentari agli operatori con significativo potere di mercato

124. Nelle parti precedenti di questa sezione vengono enunciate le procedure per l'imposizione di obblighi specifici alle imprese con significativo potere di mercato, ai sensi degli articoli 7 e 8 della direttiva accesso e degli articoli da 16 a 19 della direttiva servizio universale. In via eccezionale si potranno imporre obblighi analoghi a operatori diversi da quelli designati come detentori di un significativo potere di mercato nei casi sottoelencati, di cui all'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva accesso:

- obblighi che coprono, inter alia, l'accesso ai sistemi di accesso condizionale, obblighi di interconnessione per assicurare l'interoperabilità punto a punto e l'accesso alle interfacce dei programmi applicativi e alle guide elettroniche ai programmi per garantire l'accessibilità a specifici servizi digitali di trasmissione radiotelevisiva (articolo 5, paragrafi 1 e 2 e articolo 6 della direttiva accesso),

- obblighi che le ANR potranno imporre per la co-ubicazione in caso di norme di riguardanti la tutela ambientale, la salute, la sicurezza o l'urbanistica e i piani territoriali regionali che privino altre imprese di valide alternative alla co-ubicazione (articolo 12 della direttiva quadro),

- obblighi di contabilità separata per le imprese che forniscono servizi di comunicazione elettronica che godono di diritti speciali o esclusivi in altri settori (articolo 13 della direttiva quadro),

- obblighi relativi agli impegni assunti da un'impresa nell'ambito di una procedura di gara o selezione comparativa per il diritto di usare radiofrequenze (condizione 7, parte B, dell'allegato alla direttiva autorizzazione, applicata per il tramite dell'articolo 6, paragrafo 1, di detta direttiva),

- obbligo di usare specifiche risorse di numerazione nella gestione delle chiamate degli abbonati e obblighi necessari all'attuazione della portabilità dei numeri (articoli 27, 28 e 30 della direttiva servizio universale),

- obblighi derivanti dalle disposizioni in materia contenute nella direttiva sulla protezione dati, e

- obblighi a carico degli operatori non dotati di significativo potere di mercato in ottemperanza agli impegni comunitari a livello internazionale.

4.4. Rapporto con gli impegni assunti nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC)

125. La CE e gli Stati membri hanno assunto determinati impegni nel quadro dell'OMC in relazione alle imprese che sono «principali fornitori» di servizi di telecomunicazioni di base⁽¹²²⁾. Tali imprese sono perciò soggette a tutti gli impegni assunti dalla CE e dagli Stati membri nel quadro dell'OMC in materia di servizi di telecomunicazione di base. Le disposizioni del nuovo quadro normativo, in particolare in materia di accesso e interconnessione, garantiscono che le ANR continuino ad applicare i pertinenti obblighi nei confronti delle imprese considerate principali fornitori, conformemente agli impegni assunti in sede OMC dalla CE e dai suoi Stati membri.

5. POTERI D'INDAGINE E PROCEDURE DI COOPERAZIONE AI FINI DELL'ANALISI DEL MERCATO

5.1. Quadro generale

126. La presente sezione è dedicata alle procedure legate alla facoltà delle ANR di ottenere le informazioni necessarie per svolgere l'analisi del mercato.

127. Il quadro normativo contiene disposizioni che consentono alle ANR di esigere dalle imprese fornitrici di reti e servizi di comunicazione elettronica tutte le informazioni, ivi comprese informazioni riservate, necessarie per la valutazione dello stato della concorrenza nei mercati rilevanti e l'imposizione di adeguati obblighi ex ante che garantiscano l'osservanza del quadro normativo.

128. La presente sezione fornisce indicazioni sulle misure atte ad assicurare una cooperazione efficace tra le ANR e le autorità nazionali per la concorrenza a livello nazionale, tra le varie ANR e tra le ANR e la Commissione a livello comunitario, con particolare riferimento allo scambio di informazioni tra tali autorità.

129. Molti mercati della comunicazione elettronica sono in rapida evoluzione e le loro strutture si modificano velocemente. Le ANR devono garantire che la valutazione della concorrenza effettiva, la consultazione pubblica e l'individuazione degli operatori che detengono un significativo potere di mercato siano svolte tutte entro un termine ragionevole. Ogni ritardo ingiustificato potrebbe nuocere o scoraggiare gli investimenti delle imprese nel mercato rilevante e con essi gli interessi dei consumatori.

5.2. Analisi del mercato e poteri di indagine

130. Ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva quadro, le ANR devono procedere quanto prima a un'analisi dei mercati rilevanti individuati nella raccomandazione e nelle eventuali decisioni subito dopo la loro adozione o eventuale successiva modifica. Le conclusioni dell'analisi dei singoli mercati rilevanti, unitamente all'azione regolamentare proposta, dovranno essere pubblicate e si dovrà condurre la consultazione pubblica descritta nella sezione 6.

131. Per condurre l'analisi del mercato, le ANR dovranno innanzi tutto raccogliere tutte le informazioni necessarie per valutare il potere di mercato in un dato mercato.

Nella misura in cui tali informazioni dovranno essere richieste direttamente alle imprese, l'articolo 11 della direttiva autorizzazione prevede che le imprese siano tenute dalle condizioni dell'autorizzazione generale di cui sono in possesso a fornire le informazioni necessarie alle ANR per condurre l'analisi del mercato di cui all'articolo 16, paragrafo 2, della direttiva quadro, rafforzata dal più generale obbligo di cui all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva quadro, che prevede che gli Stati membri si adoperino per garantire che le imprese fornitrici di reti e servizi di comunicazione elettronica mettano a disposizione delle ANR tutte le informazioni necessarie affinché le ANR possano assicurare l'ottemperanza con il diritto comunitario.

132. Nelle richieste di informazioni alle imprese le ANR dovranno motivare la richiesta e specificare i termini entro cui andranno fornite le informazioni. L'articolo 10, paragrafo 4, della direttiva autorizzazione autorizza le ANR a imporre sanzioni pecuniarie alle imprese che non ottemperino alle richieste di informazioni.

133. Ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4, della direttiva quadro, le ANR devono pubblicare tutte le informazioni che possono contribuire a rendere il mercato aperto e concorrenziale, agendo in conformità alle norme nazionali che regolano l'accesso pubblico alle informazioni e compatibilmente con le norme nazionali e comunitarie in materia di riservatezza commerciale.

134. Tuttavia, per le informazioni di carattere riservato, il disposto dell'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva quadro stabilisce che le ANR sono tenute a garantire la riservatezza delle informazioni di questo tipo in conformità alle norme comunitarie e nazionali sulla riservatezza commerciale. L'obbligo di riservatezza si applica ugualmente alle informazioni ottenute in via confidenziale da un'altra autorità pubblica.

5.3. Procedure di cooperazione

Fra le ANR e le autorità nazionali per la concorrenza

135. L'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva quadro impone che nell'analisi del mercato le ANR e le autorità nazionali per la concorrenza operino in associazione tra loro. Gli Stati membri devono istituire tutte le procedure necessarie perché l'analisi del mercato di cui all'articolo 16 della direttiva quadro sia effettuata in modo efficace. Le ANR invitano le autorità nazionali per la concorrenza a fornire il loro parere qualora lo ritengano necessario. Dato che le ANR svolgono l'analisi del mercato secondo le metodologie delle norme della concorrenza, il parere delle autorità nazionali per la concorrenza in merito a tale valutazione è quanto mai pertinente. Benché la cooperazione tra ANR e autorità nazionali per la concorrenza sia determinante, la responsabilità giuridica dell'analisi in questione rimane a carico delle ANR. Nei casi in cui il diritto nazionale stabilisca che le mansioni previste dall'articolo 16 della direttiva quadro siano esercitate da due o più organismi distinti, gli Stati membri devono provvedere ad una chiara separazione tra i compiti ed istituire procedure di consultazione e cooperazione tra gli organismi di regolamentazione al fine di garantire un'analisi coerente dei mercati pertinenti.

136. In base all'articolo 3, paragrafo 5, della direttiva quadro le ANR e le autorità nazionali per la concorrenza sono tenute a fornirsi reciprocamente le informazioni necessarie per l'applicazione del quadro normativo; l'autorità che riceve tali informazioni è tenuta ad assicurare lo stesso grado di riservatezza dell'autorità da cui provengono. Le autorità nazionali per la concorrenza dovranno pertanto fornire alle ANR tutte le informazioni pertinenti ottenute in virtù dei loro poteri di indagine e di esecuzione, ivi comprese le informazioni riservate.

137. Le autorità nazionali per la concorrenza dovranno scambiare con le ANR le informazioni giudicate riservate, in conformità alle norme comunitarie e nazionali sulla riservatezza commerciale, soltanto quando necessario ai fini dell'applicazione delle disposizioni del quadro normativo. Lo scambio dovrà limitarsi alle sole informazioni pertinenti ed essere commisurato allo scopo.

Fra la Commissione e le ANR

138. Per l'efficacia e il buon funzionamento del nuovo quadro normativo è determinante un alto grado di cooperazione tra la Commissione e le ANR ed è particolarmente importante un'efficace cooperazione a livello informale. Nel quadro dei propri compiti di assistenza e consulenza alla Commissione, il gruppo dei regolatori europei sarà di grande importanza nel fornire un quadro di cooperazione, che probabilmente aiuterà entrambe le parti a ridurre al minimo il rischio di impostazioni divergenti tra le varie ANR, in particolare l'uso di correttivi diversi per uno stesso problema ⁽¹²³⁾.

139. Conformemente all'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva quadro, le ANR devono fornire alla Commissione le informazioni che le sono necessarie per assolvere i compiti ad essa conferiti dal trattato. Si tratta anzitutto delle informazioni relative al quadro normativo (per verificare la compatibilità delle misure adottate dalle ANR con la legislazione comunitaria), ma anche delle informazioni che la Commissione potrebbe richiedere ad esempio nel verificare l'osservanza degli impegni assunti nel quadro dell'OMC.

140. Le ANR devono assicurarsi di informare le imprese quando forniscono alla Commissione informazioni da loro richieste alle ditte stesse.

141. La Commissione può inoltre mettere tali informazioni a disposizione di un'altra ANR salvo richiesta contraria, esplicita e motivata, da parte dell'ANR che le ha fornite. Malgrado l'assenza di obbligo giuridico in questo senso, normalmente la Commissione informerà l'impresa che ha fornito le informazioni di averle comunicate ad un'altra ANR.

Tra ANR

142. È di fondamentale importanza che le ANR sviluppino un'impostazione regolamentare comune a tutti gli Stati membri, onde contribuire alla realizzazione di un vero mercato unico delle comunicazioni elettroniche. A questo fine, ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva quadro, le ANR sono tenute a cooperare tra loro nonché con la Commissione in modo trasparente per garantire un'applicazione uniforme del nuovo quadro normativo in tutti gli Stati membri. Il gruppo dei regolatori europei dovrebbe costituire un importante ambito di cooperazione.

143. L'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva quadro prevede inoltre lo scambio diretto di informazioni tra le ANR dietro presentazione di una richiesta motivata. Ciò sarà particolarmente importante quando si tratterà di analizzare i mercati transnazionali, ma sarà anche necessaria nel quadro della cooperazione all'interno del gruppo dei regolatori europei. In ogni scambio di informazioni, le ANR sono tenute a mantenere riservate le informazioni ricevute.

6. PROCEDURE DI CONSULTAZIONE PUBBLICA E PUBBLICAZIONE DELLE DECISIONI PROPOSTE DALLE ANR

6.1. Meccanismo di consultazione pubblica

144. Salvo nei casi urgenti descritti sopra, un'ANR che intenda adottare una misura che abbia un impatto consistente sul mercato rilevante dovrà dare alle parti interessate la possibilità di esprimersi sulla misura in fase di progetto. A questo scopo, l'ANR dovrà tenere una consultazione pubblica sulla misura proposta. Quando la misura riguarda una decisione relativa alla designazione o non designazione di significativo potere di mercato, essa dovrà comprendere i seguenti elementi:

- la definizione del mercato usata e le relative motivazioni, escluse le informazioni che hanno carattere riservato in base alle norme europee e nazionali sulla riservatezza commerciale,
- gli elementi su cui si basa la constatazione dell'esistenza di una posizione dominante, escluse le informazioni che hanno carattere riservato in base alle norme europee e nazionali sulla riservatezza commerciale, unitamente all'individuazione delle eventuali imprese proposte per la designazione di imprese con significativo potere di mercato,
- descrizione circostanziata degli obblighi settoriali specifici che l'ANR propone di imporre alle imprese summenzionate o mantenere, modificare o revocare, unitamente a una valutazione della proporzionalità della misura proposta.

145. Il periodo di consultazione deve estendersi su un arco di tempo ragionevole. L'adozione delle decisioni da parte delle ANR non deve comunque tardare eccessivamente, poiché ciò potrebbe ostacolare lo sviluppo del mercato. Per le decisioni relative all'esistenza e alla designazione delle imprese con significativo potere di mercato, la Commissione ritiene che sarebbe ragionevole prevedere un periodo di due mesi per lo svolgimento della consultazione pubblica. Ove opportuno tale lasso di tempo potrebbe essere modificato. Inversamente, quando viene proposta una decisione in merito al significativo potere di mercato sulla base dei risultati di una consultazione precedente, si potrà pure prevedere un periodo di consultazione più breve per le decisioni in questione.

6.2. Meccanismi per consolidare il mercato interno delle comunicazioni elettroniche

146. Quando intende adottare una misura che rientra nel campo di applicazione delle procedure di definizione del mercato o di analisi del mercato di cui agli articoli 15 e 16 della direttiva quadro, quando applica altri articoli specifici del quadro normativo⁽¹²⁴⁾ e quando le misure incidono sugli scambi commerciali tra gli Stati membri, l'ANR dovrà comunicare le misure stesse, accompagnate da una motivazione, alle ANR degli altri Stati membri e alla Commissione in conformità all'articolo 7, paragrafo 3, della direttiva quadro. Tale comunicazione dovrebbe avvenire fin dall'inizio della consultazione. Prima di adottare una decisione definitiva, l'ANR dovrà dare alle altre ANR e alla Commissione la possibilità di esprimersi sulle misure proposte. Esse dovrebbero pronunciarsi entro i termini stabiliti dall'ANR per la consultazione pubblica nazionale, salvo il caso in cui il termine sia inferiore al minimo di un mese previsto dall'articolo 7, paragrafo 3. La Commissione potrà decidere di pubblicare le sue osservazioni quando le circostanze lo giustifichino.

147. Per misure che potrebbero influenzare il commercio tra gli Stati membri si intendono le misure atte ad avere un'influenza, diretta o indiretta, reale o potenziale, sui modelli di commercio fra Stati membri in modo tale da creare una barriera al mercato unico⁽¹²⁵⁾. Pertanto, il concetto di influenza sul commercio si applicherà probabilmente a un'ampia serie di misure.

148. Le ANR devono rendere pubblici i risultati della consultazione pubblica, salvo nel caso di informazioni riservate ai sensi delle norme comunitarie e nazionali sulla riservatezza commerciale.

149. Fatta eccezione per due casi specifici, descritti nel paragrafo successivo, l'ANR interessata potrà adottare la misura definitiva dopo aver tenuto conto dei pareri espressi nel corso della consultazione obbligatoria. Tale misura andrà comunicata immediatamente alla Commissione.

6.3. Potere della Commissione di chiedere la revoca delle misure proposte dalle ANR

150. In base all'articolo 7, paragrafo 4, della direttiva quadro, due sono le situazioni specifiche in cui la Commissione

ha la possibilità di chiedere a un'ANR la revoca di una misura proposta che ricada nell'ambito d'applicazione dell'articolo 7, paragrafo 3:

- se la misura proposta riguarda la definizione di un mercato rilevante che differisca da quello individuato nella raccomandazione, o
- se la misura proposta riguarda la decisione di designare o meno un'impresa come detentrica di un significativo potere di mercato, singolarmente o unitamente ad altri.

151. Rispetto alle due situazioni sopra descritte, laddove la Commissione abbia indicato all'ANR, nel corso del processo di consultazione, di ritenere che la misura proposta crei un ostacolo al mercato unico europeo o nutra seri dubbi sulla compatibilità della misura proposta con il diritto comunitario, l'adozione della misura dovrà essere rimandata fino a un massimo di due mesi.

152. Durante quei due mesi, la Commissione, dopo aver interpellato il comitato per le comunicazioni in base alla procedura consultiva⁽¹²⁶⁾, potrà esigere dall'ANR la revoca della misura proposta. La decisione della Commissione sarà accompagnata da un'analisi circostanziata e obiettiva dei motivi per cui non ritiene opportuna l'adozione della misura proposta, unitamente a proposte specifiche per la sua modifica. Trascorso tale periodo, se la Commissione non ha preso alcuna decisione, l'ANR potrà adottare la misura proposta.

6.4. Casi urgenti

153. In circostanze eccezionali, le ANR potranno intervenire d'urgenza per tutelare la concorrenza e gli interessi degli utenti. Un'ANR potrà pertanto, in via eccezionale, adottare misure congrue e provvisorie senza consultare le parti interessate, ovvero le ANR degli altri Stati membri e la Commissione. Le eventuali misure urgenti adottate dall'ANR andranno comunicate senza indugio alla Commissione e alle altre ANR ed esaurientemente motivate. La Commissione verificherà la compatibilità delle misure con il diritto comunitario, valutandone in particolare la proporzionalità rispetto agli obiettivi di cui all'articolo 8 della direttiva quadro.

154. Qualora intenda rendere permanenti misure provvisorie o prorogarne il periodo di applicazione, l'ANR dovrà seguire la normale procedura di consultazione sopra enunciata. È difficile prevedere circostanze che giustifichino un intervento urgente per definire un mercato o designare un operatore come detentore di un significativo potere di mercato, poiché non si tratta delle misure che possono essere eseguite immediatamente. La Commissione non prevede pertanto che le ANR ricorrano alle procedure straordinarie in tali casi.

6.5. Adozione della decisione definitiva

155. Ai sensi dell'articolo 36, paragrafo 2, della direttiva servizio universale e degli articoli 15, paragrafo 2 e 16, paragrafo 2 della direttiva accesso, una volta adottata la decisione definitiva, le ANR notificano alla Commissione i nomi delle imprese designate come detentrici di un significativo potere di mercato nonché gli obblighi imposti a loro carico. La Commissione renderà successiva-

mente disponibili tali informazioni in forma prontamente accessibile e, se del caso, le trasmetterà al comitato per le comunicazioni.

156. Analogamente, le ANR pubblicano i nomi delle imprese designate come aventi un significativo potere di mercato e gli obblighi loro imposti. Esse provvedono alla pubblicazione di informazioni aggiornate secondo modalità che ne garantiscano l'accessibilità a tutte le parti interessate.

(¹) GU L 108 del 24.4.2002, pag. 33.

(²) GU L 108 del 24.4.2002, pag. 21.

(³) GU L 108 del 24.4.2002, pag. 7.

(⁴) GU L 108 del 24.4.2002, pag. 51.

(⁵) Non ancora adottata.

(⁶) GU L 24 del 30.1.1998, pag. 1.

(⁷) Salvo nei casi in cui il nuovo quadro normativo autorizza espressamente l'imposizione di obblighi indipendentemente dal grado di concorrenza del mercato.

(⁸) Articolo 14 della direttiva quadro.

(⁹) Inoltre, i mercati transnazionali le cui caratteristiche potrebbero giustificare una regolamentazione settoriale possono essere determinati in una decisione della Commissione sui mercati transnazionali.

(¹⁰) Considerando 27 della direttiva quadro.

(¹¹) Regolamento (CEE) n. 4064/89 relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU L 395 del 30.12.1989, pag. 1) modificato da ultimo dal Regolamento (CE) n. 1310/97 del Consiglio, del 30 giugno 1997 (GU L 180 del 9.7.1997, pag. 1) (di seguito «regolamento sul controllo delle concentrazioni»).

(¹²) Linee direttrici per l'applicazione delle norme della concorrenza CEE nel settore delle telecomunicazioni (GU C 233 del 6.9.1991, pag. 2).

(¹³) Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (GU C 372 del 9.12.1997, pag. 5).

(¹⁴) Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni (GU C 265 del 22.8.1998, pag. 2).

(¹⁵) L'efficace collaborazione tra ANR e autorità garanti per la concorrenza dovrebbe evitare una duplicazione delle procedure per questioni riguardanti lo stesso mercato.

(¹⁶) Linee direttrici sull'applicazione delle regole di concorrenza della CEE nel settore delle telecomunicazioni (GU C 233 del 6.9.1991, pag. 2).

(¹⁷) Articolo 14, paragrafo 2, della direttiva quadro.

(¹⁸) Causa C-209/98, *Entreprenørforeningens Affalds* [2000] Racc. I-3743, paragrafo 57, e causa C-242/95 *GT-Link* [1997] Racc. I-4449, paragrafo 36. Si deve riconoscere che la definizione del mercato non è un obiettivo fine a se stesso, ma parte del processo di valutazione del potere di mercato di un'impresa.

(¹⁹) Cfr. la direttiva 97/33/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 1997, sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni e finalizzata a garantire il servizio universale e l'interoperabilità attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta (ONP) (GU L 199 del 26.7.1997, pag. 32) («direttiva interconnessione»); direttiva 90/387/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, sull'istituzione del mercato interno per i servizi delle telecomunicazioni mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (Open Network Provision — ONP) (GU L 192 del 24.7.1990, pag. 1) («direttiva quadro ONP»); direttiva 92/44/CEE del Consiglio, del 5 giugno 1992, sull'applicazione della fornitura di una rete aperta (Open Network Provision — ONP) alle linee affittate (GU L 165 del 19.6.1992, pag. 27) («direttiva sulle linee affittate»); direttiva 95/62/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 1995, sull'applicazione del regime di fornitura di una rete aperta (ONP) alla telefonia vocale (GU L 321 del 30.12.1995, pag. 6), sostituito dalla direttiva 98/10/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 1998, sull'applicazione del regime di fornitura di una rete aperta (ONP) alla telefonia vocale e sul servizio universale delle telecomunicazioni in un ambiente concorrenziale (GU L 101 dell'1.4.1998, pag. 24) («direttiva sulla telefonia vocale ONP»).

(²⁰) Cfr. cause riunite C-68/94 e C-30/95, *Repubblica francese e altri/Commissione* [1998] Racc. I-1375. Cfr. anche Comunicazione sulla definizione del mercato, paragrafo 12.

(²¹) Nella misura in cui il settore delle comunicazioni elettroniche è dominato dalla tecnologia e dall'innovazione, è possibile che le definizioni del mercato adottate in un certo periodo di tempo non siano più pertinenti in un momento successivo.

(²²) Comunicazione sulla definizione del mercato, paragrafo 12.

(²³) Cfr. inoltre la Comunicazione sulla definizione del mercato, paragrafi 20-23, causa IV.M.1225 — *Enso/Stora*, (GU L 254 del 29.9.1999), paragrafo 40.

(²⁴) Cfr. Comunicazione sulla definizione del mercato, paragrafo 24. La distinzione tra sostituzione sul lato dell'offerta e concorrenza potenziale può essere più complessa nel mercato delle comunicazioni elettroniche che in altri mercati dato il dinamismo del primo. L'importante tuttavia è tenere conto del possibile ingresso di altri fornitori nel corso dell'analisi del mercato rilevante, nella fase iniziale della definizione del mercato o nella successiva fase di valutazione del potere di mercato (significativo potere di mercato).

(²⁵) Non è necessario che tutti i consumatori passino a un prodotto concorrente; basterà che il fenomeno sia tale per cui un incremento del prezzo relativo non risulti redditizio. Questo requisito corrisponde al principio dell'«intercambiabilità sufficiente» stabilito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia; cfr. nota 32.

- (26) Cfr. inoltre la Comunicazione sugli accordi di accesso, paragrafo 46, e la causa T-83/91 Tetra Pak/Commissione, [1994] Racc. II-755, paragrafo 68. Tale test è noto anche con il nome di «SSNIP» (modesto, ma significativo incremento di prezzo non temporaneo). Benché esso fornisca soltanto un esempio dei metodi usati per la definizione del mercato rilevante e malgrado si tratti di un test econometrico formale con margini di errore (la cosiddetta «cellophane fallacy», cfr. più avanti), esso è importante principalmente in quanto strumento concettuale per valutare gli elementi che comprovano la concorrenza tra prodotti o servizi diversi.
- (27) Cfr. la Comunicazione sulla definizione del mercato, paragrafi 17-18.
- (28) In altri termini, se l'elasticità incrociata della domanda tra due prodotti è elevata, si può ritenere che i consumatori considerino tali prodotti strettamente sostituibili tra loro. Laddove la scelta del consumatore sia influenzata da considerazioni diverse dall'aumento del prezzo, il SSNIP potrà non essere uno strumento adeguato per misurare la sostituibilità dei prodotti; cfr. causa T-25/99 Colin Arthur Roberts e Valerie Ann Roberts/Commissione, [2001] Racc. II-1881.
- (29) Nel contesto della definizione del mercato ai sensi dell'articolo 82 del trattato CE, un'autorità garante della concorrenza o un tribunale stimerebbe il «prezzo di partenza» per l'applicazione del test SSNIP sulla base del prezzo praticato dal presunto detentore del monopolio. Analogamente, in base alla valutazione prospettica dei possibili effetti di una fusione sulla concorrenza, il prezzo di partenza si baserebbe sui prezzi prevalenti praticati dalle parti che contemplan la fusione. Tuttavia, nel caso di un'ANR che svolga un'analisi del mercato ai fini dell'applicazione dell'articolo 14 della direttiva quadro, può accadere che più ditte forniscano il servizio o prodotto in questione. In tal caso, il prezzo di partenza dovrebbe essere il «prezzo medio» praticato dal settore.
- (30) Vale la pena notare che si può presumere che i prezzi risultanti da una regolamentazione che non abbia lo scopo di assicurare prezzi basati sui costi, bensì un'offerta che sia alla portata dei consumatori nel contesto della fornitura di servizi universali, non siano frutto della concorrenza, né dovrebbero essere usati come punto di partenza per l'applicazione del test SSNIP.
- (31) Effettivamente, uno degli svantaggi dell'applicazione del test SSNIP è che, in alcuni casi, un'elevata elasticità incrociata della domanda può indicare che un'impresa ha già esercitato un potere di mercato, una situazione nota nella giurisprudenza e nella prassi in materia di concorrenza come «cellophane fallacy». In tali casi, il prezzo prevalente non corrisponde a un prezzo concorrenziale. Stabilire se il prezzo prevalente sia fissato al di sopra del livello della concorrenza è notoriamente uno degli aspetti più complessi del test SSNIP. Le ANR che si trovano ad affrontare tali difficoltà potranno ricorrere a criteri diversi per valutare la sostituzione nella domanda e nell'offerta, quali la funzionalità dei servizi, le caratteristiche tecniche, ecc. Chiaramente, l'esistenza di elementi che dimostrano che in passato l'impresa ha seguito pratiche contrarie alla concorrenza (fissazione dei prezzi) o detenuto un potere di mercato potrà indicare l'assenza di vincoli concorrenziali nella fissazione dei prezzi, che saranno conseguentemente fissati al di sopra del livello della concorrenza.
- (32) Causa C-333/94 P Tetra Pak/Commissione [1996] Racc. I-5951, paragrafo 13; causa 31/80 L'Oréal [1980] Racc. 3775, paragrafo 25; causa 322/81 Michelin/Commissione [1983] Racc. 3461, paragrafo 37; causa C-62/86 AkzoChemie/Commissione [1991] Racc. I-3359; causa T-504/93 Tiercé Ladbroke/Commissione [1997] Racc. II-923, paragrafo 81; causa T-65/96 Kish Glass/Commissione [2000] Racc. II-1885, paragrafo 62; causa C-475/99 Ambulanz Glöckner e Landkreis Südwestpfalz, [2001] Racc. I-0000, paragrafo 33. Il test di sostituibilità o intercambiabilità sufficiente è stato stabilito per la prima volta dalla Corte di giustizia nella causa 6/72 Europemballage e Continental Can/Commissione, [1973] Racc. 215, paragrafo 32 e causa 85/76 causa Hoffmann La-Roche/Commissione [1979] Racc. 461, paragrafo 23.
- (33) Causa C-333/94 P Tetra Pak/Commissione [1996] Racc. I-5951, paragrafo 13; causa 66/86 Ahmed Saeed [1989] Racc. 803, paragrafi 39-40; causa United Brands/Commissione [1978] Racc. 207, paragrafi 22, 29 e 12; causa T-229/94 Deutsche Bahn/Commissione [1997] Racc. II-1689, paragrafo 54. Nel caso di Tetra Pak, la Corte ha confermato che il fatto che la domanda di cartoni sterili e non per l'imballaggio di succhi di frutta fosse marginale e costante nel tempo rispetto alla domanda di cartoni per l'imballaggio del latte dimostrava la scarsissima intercambiabilità del settore degli imballaggi per il latte rispetto alle altre bevande, ibidem, paragrafi 13 e 15.
- (34) Ad esempio, nel caso di un incremento del prezzo relativo, i consumatori di un servizio di qualità/prezzo più basso potranno passare ad un servizio di qualità/prezzo superiore se i costi che ciò comporta (l'aggio pagato) sono compensati dall'aumento del prezzo. Inversamente, i consumatori di un prodotto di qualità maggiore potranno non accettare più di pagare un aggio più alto e passare a un servizio di qualità inferiore. In tali casi, prodotti di alta e bassa qualità si sostituirebbero di fatto a vicenda.
- (35) Comunicazione della Commissione — Statuto della comunicazione vocale su Internet ai sensi della legislazione comunitaria e in particolare della direttiva 90/388/CEE — Complemento alla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulla situazione attuale e sull'attuazione della direttiva 90/388/CEE relativa alla concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazioni, (GU C 369 del 22.12.2000, pag. 3). Analogamente, non si può escludere che in futuro la tecnologia xDSL e i servizi di distribuzione video multipoint basati sugli anelli locali senza fili possano essere usati per la trasmissione di materiale televisivo in diretta concorrenza con altri sistemi di trasmissione televisiva via cavo, la trasmissione satellitare Direct-To-Home (DTH) e le piattaforme analogiche terrestri o di trasmissione digitale.
- (36) Nella fase successiva della valutazione del significativo potere di mercato, piuttosto che i fattori esogeni vanno considerati i costi di transizione derivanti dalle scelte strategiche delle imprese, unitamente ad alcune forme di ostacolo all'accesso. Nel caso di un mercato ancora in espansione, i costi di transizione complessivi per i consumatori già «catturati» potranno essere irrilevanti e dunque non scoraggiare la sostituzione sul lato della domanda o dell'offerta.
- (37) L'arco di tempo utilizzato per valutare le probabili reazioni di altri fornitori nell'eventualità che si verifichi un incremento del prezzo relativo dipenderà inevitabilmente dalle caratteristiche di ciascun mercato e dovrà essere stabilito caso per caso.
- (38) Cfr. anche causa C-333/94, Tetra Pak contro Commissione, op. cit., paragrafo 19. Come si è già detto, anche gli investimenti necessari andrebbero effettuati in tempi ragionevoli.
- (39) Cfr. anche causa COMP/M.2574, Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, paragrafo 58.
- (40) United Brands, op. cit., paragrafo 44, Michelin, op. cit., paragrafo 26; causa 247/86, Alsatel contro Novasam [1988] Racc. 5987, paragrafo 15; Tiercé Ladbroke contro Commissione, op. cit., paragrafo 102.
- (41) Deutsche Bahn contro Commissione, op. cit., paragrafo 92. Causa T-139/98, AAMS contro Commissione, [2001] Racc. 0000-II, paragrafo 39.
- (42) Cfr. ad esempio causa IV/M.1025 Mannesmann/Olivetti/Infostrada, paragrafo 17, e causa COMP/JV.23, Telefónica Portugal Telecom/Médi Telecom.
- (43) In pratica, quest'area corrisponderà ai limiti dell'area in cui un operatore è autorizzato a operare. Nella causa COMP/M.1650, ACEA/Telefónica, paragrafo 16, la Commissione ha fatto notare che, poiché la joint venture notificata avrebbe avuto una licenza circoscritta alla zona di Roma, il mercato geografico si poteva definire locale.

- (44) Il fatto che gli operatori per la telefonia mobile possano fornire servizi solo nelle aree per le quali sono in possesso di autorizzazione e il fatto che l'architettura della rete rifletta la dimensione geografica delle relative licenze fa sì che i mercati della telefonia mobile vengano considerati mercati su scala nazionale. Il fatto che i consumatori vadano incontro a costi supplementari per la connessione e il roaming quando effettuano il roaming all'estero e che non possano usufruire di alcuni servizi aggiuntivi (ad esempio la messaggeria vocale all'estero) riconferma la correttezza di tale definizione; cfr. causa IV/M.1439, Telia/Telenor, paragrafo 124, causa IV/M.1430, Vodafone/Airtouch, paragrafi 13-17, causa COMP/JV.17, Mannesmann/Bell Atlantic/Omnitel, paragrafo 15.
- (45) Nella definizione della dimensione geografica del mercato si potrà anche tener conto degli accordi di interconnessione fisica, causa IV/M.570, TBT/BT/TeleDanmark/Telenor, paragrafo 35.
- (46) Causa IV/M.856, British Telecom/MCI (II), paragrafo 19s., causa IV/JV.15 BT/AT&T, paragrafi 84 e 92, causa COMP/M.2257, France Telecom/Equant, paragrafo 32. È altamente improbabile che la fornitura di servizi di comunicazione elettronica possa essere segmentata sulla base di collegamenti bilaterali nazionali (o locali).
- (47) Si può fare riferimento, ad esempio, al mercato della capacità di «backhaul» nei collegamenti internazionali (ad esempio una stazione di cavi che collega il paese A con il paese E) in cui può esistere una possibilità di sostituzione tra stazioni di cavi che servono paesi diversi (ad esempio stazioni di cavi che collegano il paese A a B, A a C e A a D) qualora un fornitore di capacità di «backhaul» rispetto al collegamento da A a E, sia o possa essere costretto dalla forza dei consumatori a passare ad uno degli altri «collegamenti» in grado di gestire il traffico da o verso il paese.
- (48) Un mercato definito in base ai collegamenti bilaterali potrebbe estendersi oltre i confini nazionali se i fornitori sono presenti su entrambi i lati del collegamento e sono in grado di soddisfare la domanda di entrambi.
- (49) Cfr. la Comunicazione sulla definizione del mercato, paragrafi 57-58. Ad esempio, potrebbe aversi sostituibilità a catena nel caso in cui un'impresa che fornisca servizi a livello nazionale vincoli i prezzi praticati dalle imprese che erogano servizi in mercati geografici distinti. Ciò può avvenire ad esempio nei casi in cui i prezzi praticati dalle imprese che forniscono reti via cavo in determinate zone siano vincolati da un'impresa dominante che opera su scala nazionale; cfr. anche causa COMP/M.1628, TotalFina/Elf (GU L 143 del 29.5.2001, pag. 1), paragrafo 188.
- (50) Si dovrà documentare chiaramente l'interdipendenza dei prezzi ai due estremi della catena e occorrerà un elevato grado di sostituibilità tra i prodotti in questione o le zone geografiche.
- (51) Nelle sue decisioni la Commissione ha tra l'altro fatto riferimento all'esistenza dei seguenti mercati: servizi di telefonia vocale internazionali [causa IV/M.856, BritishTelecommunications/MCI (II), GU L 336 dell'8.12.1997], servizi di telecomunicazione avanzati rivolti alle imprese [causa IV/35.337 Atlas (GU L 239 del 19.9.1996), paragrafi 5-7, causa IV/35617, Phoenix/Global/One, (GU L 239 del 19.9.1996), paragrafo 6, causa IV/34.857, BT-MCI (I), GU L 223 del 27.8.1994], servizi standardizzati di comunicazione dati a commutazione di pacchetto, rivendita di capacità di trasmissione internazionale (causa IV/M.975, Albacom/BT/ENI, paragrafo 24) audioconferenze (Albacom/BT/ENI, paragrafo 17), servizi satellitari [causa IV/350518, Iridium (GU L 16 del 18.1.1997)] servizi di telecomunicazione globali (potenziati) (causa IV/JV.15 BT/AT&T, causa COMP/M.1741, MCI WorldCom/Sprint, paragrafo 84, causa COMP/M.2257 France Telecom/Equant, paragrafo 18), servizi di assistenza elenco abbonati (causa IV/M.2468, SEAT Pagine Gialle/ENIRO, paragrafo 19, causa COMP/M.1957, VIAG Interkom/Telenor Media, paragrafo 8), servizi di accesso a Internet destinati agli utenti finali (causa IV/M.1439, Telia/Telenor, causa COMP/JV.46 Blackstone/CDPQ/Kabel Nordrhein/Westfalen, paragrafo 26, causa COMP/M.1838, BT/Esat, paragrafo 7), connettività Internet massima o universale (causa COMP/M.1741, MCI WorldCom/Sprint, paragrafo 52), servizi di telecomunicazioni mobili paneuropee integrate rivolti a clienti mobili internazionali (causa COMP/M.1975, Vodafone Airtouch/Mannesmann, causa COMP/M.2016 France Telecom/Orange, paragrafo 15), servizi di roaming all'ingrosso (causa COMP/M.1863, Vodafone/Airtel, paragrafo 17) e mercato della connettività alla rete internazionale di segnalamento (causa COMP/2598, TDC/CMG/Migway JV, paragrafi 17-18).
- (52) Cfr. anche cause riunite T-125/97 e T-127/97, Coca-Cola contro Commissione [2000] Racc. II-1733, paragrafi 81-82.
- (53) Cfr. anche articolo 15 della direttiva quadro.
- (54) Comunicazione sugli accordi di accesso, paragrafo 45.
- (55) Cfr. causa COMP/M.1439 Telia/Telenor.
- (56) Cfr. Telia/Telenor, BT/AT&T, France Télécom/Equant, op. cit.. Cfr. anche la decisione della Commissione del 20 maggio 1999, Cégétel + 4 (GU L 218 del 18.8.1999), paragrafo 22. Per il mercato emergente dei «Servizi di comunicazione di dati tramite sistema satellitare a larga banda — GBDC», la Commissione ha stabilito che tre principali architetture di rete possono fungere da supporto a tali servizi: i) sistemi terrestri via cavo, ii) sistemi terrestri senza filo, iii) sistemi satellitari, e che dal punto di vista della domanda i GBDC satellitari possono essere considerati un mercato distinto, causa COMP/M.1564, Astrolink, paragrafi 20-23.
- (57) Direttiva 96/19/CE, ventesimo considerando (GU L 74 del 22.3.1996, pag. 13). Cfr. anche la comunicazione della Commissione relativa all'accesso disaggregato all'anello locale: consentire la fornitura concorrenziale di una gamma completa dei servizi di comunicazioni elettroniche, in particolare dei servizi multimediali a larga banda e di Internet ad alta velocità (GU C 272 del 23.9.2000, pag. 55). A norma del punto 3.2, «Se è vero che è necessario vigilare attentamente su queste categorie di servizi, soprattutto a causa della rapidità dello sviluppo tecnologico, e se è vero che occorre procedere a valutazioni caso per caso a scadenze regolari, va però riconosciuto che questi servizi attualmente non sono di norma intercambiabili e debbono essere pertanto considerati come costituenti distinti mercati rilevanti».
- (58) La Commissione ha individuato mercati distinti per i servizi rivolti alle grandi multinazionali, date le sensibili differenze nella domanda (e offerta) di servizi rivolti a questa clientela rispetto a altri utenti (commerciali), cfr. causa IV/JV.15, BT/AT&T, causa COMP/M.1741, MCI WorldCom/Sprint, causa COMP/M.2257, France Télécom/Equant.
- (59) Cfr. la comunicazione della Commissione relativa all'accesso disaggregato all'anello locale (local loop), punto 3.2. Il mercato dei servizi di comunicazione «ad alta velocità» potrebbe essere ulteriormente essere suddiviso in segmenti distinti sulla base del tipo di servizio offerto (ovvero, servizi Internet, video-on-demand, ecc.).
- (60) Causa COMP/M.2574, Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, paragrafo 33. Si può inoltre affermare che l'accesso a Internet via telefono attraverso i telefoni cellulari di seconda generazione esistenti costituisce un mercato separato da quello dell'accesso attraverso la rete telefonica pubblica commutata. La Commissione ritiene improbabile che l'accesso a Internet attraverso il telefono cellulare sia un sostituto dei metodi di accesso a Internet attraverso PC già esistenti e ciò in considerazione della diversa dimensione dello schermo e del formato del materiale ottenibile attraverso le diverse piattaforme: cfr. causa COMP/M.1982, Telia/Oracle/Drutt, paragrafo 15 e causa COMP/JV.48, Vodafone/Vivendi/Canal+

- (61) Causa COMP/M.2469, Vodafone/Airtel, paragrafo 7, causa IV/M.1430, Vodafone/Airtouch, causa IV/M.1669, Deutsche Telecom/One2One, paragrafo 7. Si dovrà decidere caso per caso se tale mercato possa essere ulteriormente suddiviso in mercato di carrier (operatore di rete) e mercato a valle dei servizi; cfr. causa IV/M.1760, Mannesmann/Orange, paragrafi 8-10, e causa COMP/M.2053, Telenor/BellSouth/Sonofon, paragrafi 9-10.
- (62) Ad esempio, nella causa British Interactive Broadcasting/Open, la Commissione osserva che per la fornitura di servizi vocali di base ai consumatori, le infrastrutture in questione comprendevano non solo la tradizionale rete in rame della BT, ma anche le reti degli operatori via cavo, in grado di fornire i servizi telefonici di base, ed eventualmente le reti fisse senza fili, causa IV/36.359 (GU L 312 del 6.12.1999, paragrafi 33-38). Nella causa IV/M.1113, Nortel/Norweb, la Commissione ha riconosciuto che la tecnologia che utilizza la rete elettrica per la trasmissione di dati («Digital Power Line») può costituire un'alternativa al tradizionale circuito di accesso per le telecomunicazioni locali, paragrafi 28-29.
- (63) Per valutare le condizioni della concorrenza tra reti che si presenterebbero nel mercato irlandese con la completa liberalizzazione la Commissione ha tenuto conto anche dell'esistenza di quelli che all'epoca potevano essere considerati potenziali fornitori di infrastrutture alternative, quali la televisione via cavo e le reti elettriche, Telecom Eireann, op. cit., paragrafo 30. La Commissione non ha stabilito se la fornitura di capacità di trasmissione da parte di una rete di infrastruttura sottomarina costituisca un mercato distinto dalle reti di trasmissioni terrestri o satellitari, causa COMP/M.1926, Telefonica/Tyco/JV, paragrafo 8.
- (64) Causa COMP/M.1439, Telia/Telenor, paragrafo 79. Ad esempio, la Commissione ha individuato un mercato paneuropeo emergente per l'accesso all'ingrosso (SMS) all'infrastruttura mobile nella causa COMP/2598, TDC/CMG/Migway JV, paragrafi 28-29.
- (65) Nell'applicare tali criteri la Commissione ha rilevato che per quanto riguarda l'infrastruttura fissa la domanda di affitto di capacità di trasmissione e la fornitura ad altri operatori di servizi collegati avvengono all'ingrosso (il mercato di servizi di carrier forniti dal carrier); cfr. causa n. IV/M.683, GTS-HERMES Inc./HIT Rail BV, paragrafo 14, causa IV/M.1069, WorldCom/MCI, GU L 116 del 4.5.1999, pag. 1, Unisource (GU L 318 del 20.11.1997, pag. 1), Phoenix/Global One (GU L 239 del 19.9.1996, pag. 57); causa IV/JV.2, Enel/FT/DT. Nella causa COMP/M.1439, Telia/Telenor, paragrafi 75-83, la Commissione ha individuato modelli distinti nella domanda di accesso all'ingrosso e al dettaglio (abbonati) all'infrastruttura di rete (fornitura o accesso all'anello locale e fornitura o accesso all'infrastruttura di rete interurbana e internazionale).
- (66) Cfr. nota 58.
- (67) Attualmente le fibre ottiche sono competitive solo nei mercati della trasmissione a monte mentre le reti di accesso senza filo, che devono essere ancora messe in opera, saranno destinate prevalentemente a professionisti e clienti singoli con particolari esigenze di comunicazione. Ad eccezione di alcuni mercati nazionali, le reti di TV via cavo esistenti avrebbero bisogno di costosi adattamenti per poter fornire servizi di telecomunicazione bidirezionali a larga banda e rispetto alla tecnologia xDLS non garantiscono la larghezza di banda perché i clienti condividono lo stesso canale su cavo.
- (68) Cfr. anche causa IV/JV.11 @Home Benelux B.V.
- (69) Ad esempio, per assicurare la terminazione delle chiamate destinate agli abbonati di una particolare rete, un operatore di rete fissa, in linea di massima, non potrà far altro che chiamare o collegarsi con la rete cui è abbonato il destinatario della chiamata. Ad esempio, alla luce del principio «chi chiama paga», gli operatori mobili non sono incentivati a concorrere a livello di prezzi sulla terminazione delle chiamate in direzione della loro rete. Recentemente, numerose ANR hanno indicato che un'adeguata analisi del funzionamento del mercato della terminazione delle chiamate dirette alle reti mobili dal punto di vista della concorrenza autorizza a definire un mercato distinto per la terminazione delle chiamate su singole reti, cfr. anche OCSE, «Competition issues in Telecommunications-Background Note for the Secretariat», DAFFE/CLP/WP2(2001)3 e comunicato stampa della Commissione IP/02/483.
- (70) Causa n. 27/76, United Brands/Commission e [1978] Racc. 207.
- (71) Cfr. anche il venticinquesimo considerando della direttiva quadro.
- (72) Cfr. articolo 14, paragrafo 2 e il ventottesimo considerando della direttiva quadro.
- (73) Va notato che le ANR non sono tenute a constatare un abuso di posizione dominante per designare un'impresa come detentrica di un significativo potere di mercato.
- (74) Causa n. 85/76, Hoffmann-La Roche contro Commissione [1979] Racc. 461, paragrafo 39. Va sottolineato in questa sede che, ai fini della regolamentazione ex ante, se a un'impresa sono stati imposti obblighi regolamentari, la sua posizione dominante e la designazione di impresa dotata di significativo potere di mercato non cessa con il ripristino della concorrenza nel mercato in questione in conseguenza degli obblighi imposti.
- (75) L'assenza di eventuali servizi o prodotti di sostituzione può indurre a riscontrare una situazione di dipendenza economica, manifestazione tipica dell'esistenza di una posizione dominante; cfr. decisioni della Commissione, Decca Navigator System (GU L 43 del 15.2.1987), e Magill TV Guide: ITP, BBC, RTE (GU L 78 del 21.3.1989, pag. 43). Cfr. anche causa 22/78, Hugin contro Commissione [1979] Racc. 1869, causa n. 226/84, British Leyland contro Commissione [1986] Racc. 3263.
- (76) Cfr. anche considerando 15 del regolamento (CEE) n. 4064/89.
- (77) United Brands contro Commissione, op. cit. La probabilità che un'impresa occupi una posizione dominante aumenta proporzionalmente allo scarto tra la quota dell'impresa considerata e le quote dei concorrenti. Ad esempio, nella causa COMP/M.1741, MCI WorldCom/Sprint, si è constatato che l'entità oggetto della fusione avrebbe avuto congiuntamente, nel mercato della fornitura di massima connettività Internet, una quota di mercato assoluta di più del [35-45] %, di gran lunga superiore a quella del suo più immediato concorrente e tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti e dai consumatori (cfr. paragrafi 114, 123, 126, 146, 155 e 196).
- (78) Causa C-62/86, AKZO contro Commissione, [1991] Racc. I-3359, paragrafo 60; causa T-228/97, Irish Sugar contro Commissione, [1999] Racc. II-2969, paragrafo 70, causa Hoffmann-LaRoche contro Commissione, op.cit., paragrafo 41, causa T-139/98, AAMS e altri contro Commissione [2001] ECR II-0000, paragrafo 51. Tuttavia, le valutazioni effettuate in base a quote di mercato consistenti saranno accurate soltanto se si presuppone che i concorrenti non siano in grado di aumentare la produzione in modo da soddisfare la domanda derivante dall'aumento del prezzo praticato da un operatore.

- (79) Causa Hoffmann-La Roche contro Commissione, op. cit., paragrafo 41; causa C-62/86, Akzo contro Commissione [1991] Racc. I-3359, paragrafi 56, 59. «La detenzione di una quota di mercato particolarmente cospicua pone l'impresa che la detiene per un periodo di una certa entità, dato il volume di produzione e di offerta che in essa rientra — mentre i detentori di quote notevolmente inferiori non sono in grado di soddisfare rapidamente la domanda che vorrebbe orientarsi verso imprese diverse da quella che detiene la quota maggiore, in una posizione di forza che la rende controparte obbligatoria e che, già per questo fatto, le garantisce, quanto meno per periodi relativamente lunghi, l'indipendenza di comportamento che caratterizza la posizione dominante», causa AAMS e altri contro Commissione, op. cit., paragrafo 51.
- (80) Comunicazione sulla definizione del mercato, op. cit., pag. 5.
- (81) Cfr. causa COMP/M.1741, MCI WorldCom/Sprint, paragrafi 239-240. Nelle gare di appalto tuttavia è importante non basarsi sulle quote di mercato in quanto possono non riflettere la posizione effettiva dell'impresa; per un approfondimento cfr. anche causa COMP/M.2201, MAN/Aüwarter.
- (82) Cfr. Determination of Organizations with Significant Power (SMP) for the implementation of the ONP Directive, DG XIII, 1° marzo 1999 al seguente indirizzo: <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/SMPdeter.pdf>, punto 3.2.
- (83) *Ibidem*, paragrafo 5.2.
- (84) Per quanto riguarda il mercato dell'interconnessione di reti fisse e mobili, nel calcolo del traffico di terminazione delle chiamate dovrebbe essere incluso anche il traffico su reti proprie e il traffico d'interconnessione in provenienza da tutte le altre reti fisse e mobili, nazionali o internazionali.
- (85) Hoffmann-La Roche contro Commissione, op. cit., paragrafo 48. Uno dei tipi più importanti di ostacoli all'accesso sono gli investimenti non recuperabili, che sono particolarmente pertinenti nel settore delle comunicazioni elettroniche, alla luce dei sostanziosi investimenti necessari per creare, ad esempio, una rete di comunicazioni elettroniche efficiente per la fornitura di servizi di accesso; è inoltre probabile che un nuovo operatore che decida di uscire dal mercato riesca a recuperare molto poco. Gli ostacoli all'accesso sono aggravati da ulteriori economie di diversificazione e densità che caratterizzano generalmente tali reti. È dunque probabile che una grossa rete abbia sempre costi inferiori a quelli di una rete più piccola, per cui un nuovo operatore, per conquistare una maggiore quota di mercato e riuscire a concorrere dovrebbe praticare un prezzo inferiore a quelli del gestore in posizione consolidata, e avrebbe perciò difficoltà a recuperare i costi sommersi.
- (86) Cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, RTE e ITP contro Commissione, [1995] Racc. I-743, causa C-7/97 Oscar Bronner [1998] Racc. I-7791, e cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, European Night Services e altri contro Commissione [1998] Racc. II-3141.
- (87) Causa COMP/M.1741, MCI WorldCom/Sprint, paragrafo 196.
- (88) Causa C-333/94 P, Tetra Pak contro Commissione [1996] Racc. I-5951.
- (89) Cfr. anche causa COMP/M.2146, Tetra Laval/Sidel, paragrafi 325-389, sub *judice*, T-5/02.
- (90) Cfr. Comunicazione sugli accordi di accesso, paragrafo 65.
- (91) Nel caso dei mercati orizzontali, l'analisi del mercato dovrebbe in primo luogo determinare la sussistenza di stretti legami associativi che permettono a un'impresa in posizione dominante in un mercato di agire in modo indipendente rispetto ai concorrenti in un mercato vicino. Si potrà riscontrare l'esistenza di legami di questo tipo in riferimento al tipo di condotta seguito dai fornitori e dagli utenti nei mercati in esame (clienti e/o fornitori di entrambi i mercati, ovvero, clienti che acquistano sia chiamate vocali che accesso Internet al dettaglio), o la sostanziale identità del prodotto o servizio di input (cioè fornitura di un'infrastruttura di rete da parte di un gestore fisso ai fornitori di servizi Internet all'ingrosso per la generazione e la terminazione delle chiamate); cfr. anche la causa T-83/91, Tetra Pak contro Commissione, op. cit., paragrafo 120 e causa COMP/M.2416, Tetra Laval/Sidel.
- (92) L'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva quadro non si applica in rapporto al potere di leva esercitato a partire da un mercato «regolamentato» verso un mercato emergente «non regolamentato». In tali casi, eventuali condotte lesive nel mercato «emergente» rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 82 del trattato CE.
- (93) Comunicazione sugli accordi di accesso, paragrafo 79.
- (94) Cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, Compagnie maritimes belge e altri/Commissione [2000] Racc. I-1365.
- (95) *Ibidem*, paragrafo 39.
- (96) Causa T102/96, Gencor/Commissione [1999] Racc. II-753.
- (97) Cfr. le cause riunite T-68/89, T-77/89 e T-78/89, SIV e altri/Commissione [1992] Racc. II-1403, paragrafo 358, causa C-393/92 Almelo [1994] Racc. I-1477, paragrafo 43, causa C-96/94, Centro Servizi Spediporto [1995] Racc. I-2883, paragrafo 33, cause riunite C-140/94, 141/94, e C-142/94, DIP, [1995] Racc. I-3257, paragrafo 62, causa C-70/95, Sodemare [1997] Racc. I-3395, paragrafo 46, e cause riunite C-68/94 e C-30/95 Repubblica francese ed altri/Commissione [1998] Racc. I-1375, paragrafo 221.
- (98) Causa IV/M.619 — Gencor Lonhro (GU L 11 del 14.1.1997, pag. 30).
- (99) Gencor/Commissione, op. cit., paragrafo 276.
- (100) *Ibidem*, paragrafo 277.
- (101) Compagnie maritimes belge transports e altri, op. cit., paragrafo 39, cfr. anche causa T-342/99 Airtours/Commission [2002] Racc. II-0000, paragrafo 76.
- (102) Cfr. in particolare Repubblica francese e altri/Commissione, op. cit., paragrafo 221.
- (103) Compagnie maritimes belge, paragrafo 39.
- (104) *Ibidem*, paragrafo 44.
- (105) *Ibidem*, paragrafo 45.
- (106) I termini «effetti di coordinamento» qui usati corrispondono all'espressione «comportamenti anticoncorrenziali paralleli», cui si fa riferimento nelle decisioni della Commissione che applicano il concetto di posizione dominante collettiva (di oligopolio).

- (107) Cfr. in particolare causa COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl e causa COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum, causa COMP/M.2201 — MAN/Auwärter, causa COMP/M. 2097 — SCA/Metsä Tissue, causa COMP/M. 1882 — Pirelli/BICC, causa COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, sub judice, T-310/00, causa IV/M.1524 — Airtours/First Choice (GU L 93 del 13.4.2000, pag. 1), sub judice T-342/99, causa IV/M.1383 — Exxon/Mobil, causa IV/M.1313 — Danish Crown/Vestjyske Slagterier (GU L 20 del 25.1.2000, pag. 1), causa IV/M.1225 — Enso/Stora (GU L 254 del 29.9.1999, pag. 9), causa IV/M.1016 — Price Waterhouse/Coopers & Lybrand (GU L 50 del 26.2.1999, pag. 27), causa IV/M.619 — Gencor/Lonrho, op. cit., causa IV/M.308, Kali + Salz/MdK/Treuhand (GU L 186 del 21.7.1994, pag. 38) e causa IV/M.190 — Nestlé/Perrier (GU, L 356 del 5.12.1992, pag. 1).
- (108) È questo sostanzialmente il tipo di analisi svolto dalla Commissione nelle decisioni passate in materia di posizione dominante: cfr. ad esempio causa IV/M.190 — Nestlé/Perrier (GU L 356 del 5.12.1992, pag. 1), Gencor/Lonrho, op. cit.; causa IV/M.1383 — Exxon/Mobil, paragrafo 259; causa IV/M.1524 — Airtours/First Choice (GU L 93 del 13.4.2000, pag. 1), e causa COMP/M.2499 Norske Skog/Parenco/Walsum, paragrafo 76; cfr. anche, *Airtours v Commission*, op.cit., paragrafo 62.
- (109) Cfr. anche il ventiseiesimo considerando della direttiva quadro: «Si può ritenere che due o più imprese godano congiuntamente di una posizione dominante non soltanto allorché esistono interconnessioni strutturali o di altro tipo tra di loro ma anche allorché la struttura del pertinente mercato è tale da comportare effetti coordinati, vale a dire da incoraggiare comportamenti anticoncorrenziali di parallelismo o allineamento sul mercato».
- (110) Cfr. causa COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl e causa COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum, paragrafo 77.
- (111) Cfr. ad esempio causa COMP/M.2097 — SCA/Metsä Tissue.
- (112) Ad esempio, nella causa COMP/M.2201 — MAN/Auwärter, malgrado il fatto che le due parti presenti nel mercato tedesco degli autobus urbani, MAN/Auwärter e EvoBus, avrebbero rifornito solo metà del mercato ciascuna, la Commissione ha concluso che sussisteva il rischio di una posizione dominante collettiva. In particolare, la Commissione ha constatato l'improbabilità di una tacita divisione del mercato tra EvoBus e MAN/Auwärter data la mancanza di un valido meccanismo di coordinamento. In secondo luogo, date le significative disparità esistenti tra EvoBus e MAN/Auwärter, ad esempio la diversa struttura dei costi, era più probabile che le due società entrassero in concorrenza, piuttosto che in collusione, tra loro. Analogamente, nella causa Alcoa/British Aluminium, la Commissione ha constatato che malgrado le due parti presenti sul mercato in questione rappresentassero quasi l'80 % delle vendite, non si poteva dire che il mercato favorisse la formazione di posizioni dominanti di tipo oligopolistico data i) la volatilità e l'instabilità delle quote di mercato e ii) la forte irregolarità della domanda, che rendeva difficile il tacito coordinamento tra le parti in risposta alle reciproche azioni. Si è riscontrata inoltre una non trasparenza del mercato rispetto ai prezzi e gli acquirenti godevano di un notevole contropotere. Le conclusioni della Commissione sono state ulteriormente corroborate dall'assenza di ogni credibile meccanismo di ritorsione in grado di sostenere eventuali forme di coordinamento tacito e una concorrenza basata non solo sui prezzi, ma legata in larga misura all'innovazione tecnologica e all'assistenza post vendita, causa COMP/M.2111 — Alcoa/British Aluminium.
- (113) Analogamente, nella causa COMP/M.2348 — Outokumpu/Norzink, la Commissione ha riscontrato che, malgrado il bassissimo numero di operatori presenti nel mercato dello zinco, i forti ostacoli all'accesso e scarse prospettive di crescita della domanda, sarebbe stato poco probabile che si instaurasse una struttura di mercato favorevole al coordinamento se si poteva dimostrare che i) le parti non erano in condizione di manipolare la formazione dei prezzi, ii) i produttori avevano strutture di costi asimmetriche e non esisteva un meccanismo di ritorsione credibile.
- (114) Cfr. causa COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, paragrafo 263.
- (115) *Ibidem*, paragrafi 257-302.
- (116) Causa COMP/M.1838 — BT/Esat.
- (117) *Ibidem*, paragrafi da 10 e 14.
- (118) Causa IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch.
- (119) *Ibidem*, paragrafo 28. Il possibile profilarsi di un mercato caratterizzato da duopolio interessava unicamente i tre maggiori operatori mobili, ossia D2 ed E-Plus, da un lato, e T-Mobil dall'altro, visto che la quota di mercato di VIAG Interkom era inferiore al 5 %. Le riserve della Commissione sono state infine sciolte dopo la proposta delle parti di cedere l'intera partecipazione di Vodafone in E-Plus.
- (120) Causa COMP/M.2016 — France Telecom/Orange, paragrafo 26.
- (121) *Ibidem*, paragrafi 39-40. Nel documento di lavoro «On the initial findings of the sector inquiry into mobile roaming charges», la Commissione citava i) la probabile esistenza di una serie di legami economici tra i gestori mobili, segnatamente attraverso gli accordi d'interconnessione, l'adesione all'associazione GSM, il forum WAP e UMTS, la quasi standardizzazione delle condizioni degli accordi di roaming e ii) la probabile esistenza di forti ostacoli all'accesso. Nella valutazione preliminare la Commissione ha inoltre evidenziato come il fatto che il mercato delle comunicazioni mobili sia in generale trainato dalla tecnologia non sembri aver inciso sulle condizioni di concorrenza del mercato dei servizi internazionali di roaming all'ingrosso, cfr.: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/roaming/, pagg. 24 e 25.
- (122) Impegni GATS assunti dalla CE in materia di telecomunicazioni: <http://gats-info.eu.int/gats-info/swtosvc.pl?&SECCODE=02.C>.
- (123) Anche il comitato per le comunicazioni di cui all'articolo 22 della direttiva quadro è incaricato di garantire un'efficace cooperazione tra la Commissione e gli Stati membri.
- (124) Vengono trattati specificamente i seguenti articoli: articoli 15 e 16 della direttiva quadro (il secondo si riferisce a sua volta agli articoli da 16 a 19 della direttiva servizio universale e agli articoli 7 e 8 della direttiva accesso), articoli 5 e 8 della direttiva accesso (il secondo si riferisce a sua volta agli articoli da 9 a 13 della direttiva accesso) e articolo 16 della direttiva servizio universale (che si riferisce a sua volta agli articoli 17, 18 e 19 della direttiva servizio universale). Inoltre, l'articolo 6 della direttiva accesso, seppur non esplicitamente citato nell'articolo 7 della direttiva quadro, contiene un riferimento a tale articolo della direttiva quadro e rientra pertanto nella procedura ivi descritta.
- (125) Considerando 38 della direttiva quadro.
- (126) Come stabilito dall'articolo 3 della decisione 1999/468/CE del Consiglio recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione, la Commissione tiene in massima considerazione il parere del comitato, ma non ne è vincolata.