



*Dipartimento di Economia e Management*

*Cattedra di Economia Industriale*

**L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE:  
IL CASO SIAE.**

RELATRICE

Prof.ssa Valentina Meliciani

CANDIDATA  
Flavia Costantini  
Matricola 201221

*Anno Accademico 2017/18*

# INDICE

<b>INTRODUZIONE</b> .....	<b>3</b>
<b>CAPITOLO 1 – L’ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE NELLA DISCIPLINA ANTITRUST</b> .....	<b>5</b>
<b>1.1 Introduzione</b> .....	<b>5</b>
<b>1.2 Disciplina antitrust: ragioni economiche e obiettivi</b> .....	<b>6</b>
<b>1.3 La normativa antitrust comunitaria</b> .....	<b>9</b>
<b>1.4 La normativa antitrust in Italia</b> .....	<b>12</b>
<b>1.5 L’applicazione del diritto antitrust</b> .....	<b>15</b>
1.5.1 Gli ambiti di applicazione delle due normative.....	15
1.5.2 Il sistema di attuazione .....	18
<b>1.6 La posizione dominante</b> .....	<b>20</b>
1.6.1 La definizione del mercato rilevante .....	22
1.6.2 La valutazione del potere di mercato .....	28
<b>1.7 L’abuso di posizione dominante</b> .....	<b>32</b>
<b>1.8 Le fattispecie dell’abuso</b> .....	<b>36</b>
1.8.1 L’imposizione di prezzi eccessivi .....	37
1.8.2 Il rifiuto di contrarre .....	38
1.8.3 Le pratiche discriminanti .....	40
1.8.4 Le pratiche leganti .....	41
1.8.5 L’imposizione di prezzi predatori .....	42
1.8.6 Gli accordi di esclusiva e le pratiche scontistiche .....	44
<b>CAPITOLO 2 – IL CASO SIAE</b> .....	<b>46</b>
<b>2.1 Introduzione</b> .....	<b>46</b>
<b>2.2 La gestione collettiva di diritti d’autore</b> .....	<b>47</b>
2.2.1 Le società di gestione collettiva dei diritti d’autore .....	48
2.2.2 Il quadro normativo comunitario e nazionale.....	49
<b>2.3 La Società Italiana degli Autori ed Editori</b> .....	<b>53</b>
<b>2.4 La posizione dominante di SIAE</b> .....	<b>56</b>
2.4.1 I mercati rilevanti .....	57
2.4.2 La posizione di SIAE sui mercati rilevanti .....	60
<b>2.5 Le condotte abusive di SIAE</b> .....	<b>62</b>
2.5.1 I vincoli nell’offerta tra servizi diversi.....	63
2.5.2 I vincoli nella gestione dei diritti d’autore di soggetti non iscritti alla SIAE .....	64
2.5.3 La concessione di licenze alle emittenti TV .....	65
2.5.4 La gestione dei repertori di collecting estere.....	66
<b>CONCLUSIONI</b> .....	<b>68</b>
<b>Bibliografia</b> .....	<b>70</b>
<b>Sitografia</b> .....	<b>71</b>
<b>Sentenze</b> .....	<b>72</b>

# INTRODUZIONE

Questo elaborato si propone di analizzare la disciplina dell'abuso di posizione dominante dettata dalla normativa antitrust, comunitaria e nazionale, e di esaminare l'applicazione della stessa al caso concreto delle condotte abusive poste in essere dalla Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE).

Nel primo capitolo verrà esposta la disciplina antitrust, sia a livello comunitario, contenuta nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sia a livello nazionale, introdotta con la legge 10 ottobre 1990, n. 287, volta a garantire il corretto svolgimento delle dinamiche concorrenziali, rispettivamente, nel mercato comune europeo e nel mercato nazionale italiano. Saranno analizzati, in primo luogo, i presupposti economici su cui la disciplina si fonda, relativi principalmente alle inefficienze generate da forme di mercato che comportano un'elevata concentrazione del potere di mercato nelle mani di una o poche imprese, per poter successivamente comprendere le finalità da essa perseguite, riconducibili all'obiettivo generale di garanzia dell'efficienza dei mercati. Verranno illustrate le tre fattispecie regolate dalla disciplina antimonopolistica, ovvero le intese restrittive della concorrenza, l'abuso di posizione dominante e le concentrazioni, facendo riferimento alla ripartizione di competenze tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale per l'applicazione delle relative disposizioni, fondata sostanzialmente sul "criterio del pregiudizio al commercio intra-comunitario". Il capitolo sarà successivamente incentrato sulla fattispecie dell'abuso di posizione dominante, disciplinata dall'articolo 102 del TfUE e dall'articolo 3 della legge n. 287/1990. Verrà analizzato il concetto di posizione dominante, che può essere definita, in via generale, come la circostanza che un'impresa sia in grado di esercitare una notevole influenza sul mercato e di agire senza dover necessariamente tenere in considerazione le reazioni dei concorrenti; sarà esaminato inoltre il procedimento di accertamento della posizione dominante di un'impresa, fondato sulla preliminare definizione dei mercati rilevanti. Infine si illustrerà la nozione di sfruttamento abusivo della posizione dominante, discutendo alcune tra le condotte più diffuse, alcune delle quali espressamente previste dalla normativa in materia, altre individuate dalla giurisprudenza.

Nel secondo capitolo, l'analisi si sposta dal livello teorico ad un livello più pratico, osservando la concreta applicazione della disciplina antitrust al caso dell'abuso di posizione dominante da parte di SIAE. Al fine di comprendere meglio le condotte attuate dalla società, saranno prima illustrate le caratteristiche principali del settore in cui essa opera, ovvero quello della gestione collettiva dei diritti d'autore, riconosciuti dall'ordinamento ai titolari di opere dell'ingegno a tutela delle stesse.

L'analisi riguarderà sia le principali attività svolte nei mercati in esame, quali ad esempio i servizi di tutela dal plagio, i servizi di gestione prestati ai titolari dei diritti e la concessione di licenze agli utilizzatori, sia gli aspetti principali della normativa quadro in materia, contenuti, a livello nazionale, nella "legge sul diritto d'autore" e riformati recentemente a livello comunitario dalla Direttiva "*Barnier*". Saranno poi descritti i caratteri fondamentali della SIAE, della sua organizzazione e della sua offerta, e successivamente, seguendo il procedimento di accertamento esposto nel capitolo precedente, verrà valutata la sua posizione dominante, derivante sostanzialmente dal monopolio legale detenuto da SIAE, fino al 2017, sui principali mercati delle attività di intermediazione dei diritti d'autore. Infine, saranno discusse le condotte della SIAE contestate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in quanto inquadrabili in una strategia volta principalmente ad escludere i concorrenti dai mercati, per conservare ed espandere la propria posizione dominante. L'Autorità, a conclusione dell'attività istruttoria avviata nell'aprile del 2017, ha stabilito, con il provvedimento n. 27359 del 25 settembre 2018, che le condotte della SIAE costituiscono una violazione dell'articolo 102 TfUE e, conseguentemente, le ha imposto il pagamento di una sanzione pecuniaria simbolica, in ragione delle peculiari caratteristiche del caso.

# CAPITOLO 1 – L’ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE NELLA DISCIPLINA ANTITRUST

## 1.1 Introduzione

Nel presente capitolo si vuole offrire una visione d’insieme della disciplina antitrust prevista dall’ordinamento nazionale e comunitario per tutelare la concorrenza nel mercato italiano e in quello comune europeo, soffermandosi successivamente sull’analisi più dettagliata di una delle fattispecie disciplinate dalla normativa: l’abuso di posizione dominante.

In primo luogo, verranno analizzati i presupposti economici che giustificano la necessità dell’adozione di una normativa antitrust e, sulla base di questi, le finalità generali perseguite dal legislatore nell’elaborazione delle disposizioni in materia (1.2).

Successivamente, saranno messe a confronto la normativa comunitaria (1.3) e quella italiana (1.4), sostanzialmente coincidenti, muovendo l’analisi dalla disciplina comunitaria, introdotta fin dagli inizi del processo di integrazione europea, e spostandosi poi su quella nazionale, adottata molto in ritardo dal legislatore italiano, agli inizi degli anni Novanta.

Nel paragrafo 1.5 si vuole osservare come la tutela della concorrenza viene effettivamente realizzata, attraverso l’esame dei criteri e degli strumenti che regolano l’applicazione concreta della normativa, nazionale e comunitaria: si analizzeranno gli ambiti di applicazione delle due discipline e la ripartizione delle competenze tra le autorità predisposte all’attuazione delle rispettive disposizioni antitrust, la Commissione Europea e l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; successivamente verrà esaminato il sistema di attuazione, basato sul doppio binario applicativo dell’*enforcement* pubblico e privato.

Dal paragrafo 1.6, l’analisi sarà concentrata sulla fattispecie dell’abuso di posizione dominante.

In primo luogo, verrà presentata la nozione di posizione dominante (1.6), analizzando il procedimento necessario per l’accertamento della sua sussistenza; a tal fine, saranno esaminati il processo di definizione del mercato rilevante, che costituisce un presupposto fondamentale per l’applicazione della disciplina della fattispecie, e i parametri da utilizzare per determinare il potere di mercato di un’impresa.

Negli ultimi paragrafi verrà esposta la disciplina della fattispecie dell’abuso, presentando i suoi caratteri generali (1.7) e riportando alcune delle condotte abusive più diffuse (1.8), facendo costante riferimento a casi pratici, sulla base di decisione delle Autorità e sentenze della Corte di Giustizia e del Tribunale dell’Unione europea.

## 1.2 Disciplina antitrust: ragioni economiche e obiettivi

A partire dalle sue origini, la disciplina antitrust ha assunto un rilievo sempre maggiore, tanto che attualmente tutti i maggiori paesi industriali si sono dotati di una normativa a tutela della concorrenza. Tale evidenza può indurre a domandarsi quali siano le motivazioni che hanno spinto gli stati a rivolgere la loro attenzione alla tutela della concorrenza e quali siano perciò i presupposti economici sui quali la disciplina antimonopolistica si fonda.

La principale giustificazione economica della disciplina antitrust risiede nell'idea, comune ai tanti modelli sui quali l'attuale teoria economica è imperniata, che la pressione competitiva sia in grado di accrescere l'efficienza dei mercati e conseguentemente aumentare il benessere collettivo. Infatti, la competizione tra imprese spinge le stesse a migliorare le proprie performance al fine di mantenere ed incrementare la clientela, offrendo prodotti e servizi di maggiore qualità a prezzi minori, impiegando tecnologie produttive più efficienti e applicandosi nella ricerca di innovazioni. Di conseguenza, un allentamento della pressione competitiva a beneficio di una o alcune imprese porterebbe queste ultime a dedicare scarsa attenzione al miglioramento delle proprie performance, in ragione della loro posizione di vantaggio, che permette loro di mantenere la clientela nonostante le prestazioni meno soddisfacenti.

Sul piano teorico, è possibile esemplificare gli effetti economici della concentrazione del potere di mercato<sup>1</sup> confrontando il modello di concorrenza perfetta<sup>2</sup> con quello di monopolio<sup>3</sup>.

Nella figura 1.1 sono rappresentati l'equilibrio di concorrenza perfetta (output  $Q_c$  e prezzo  $P_c$ ), il quale garantisce il raggiungimento dell'efficienza allocativa<sup>4</sup>, e l'equilibrio di monopolio (output  $Q_m$  e prezzo  $P_m$ ), ipotizzando che il passaggio da una forma di mercato all'altro non abbia effetto sulla curva di domanda del bene e sulle funzioni di costo, le quali restano invariate.

---

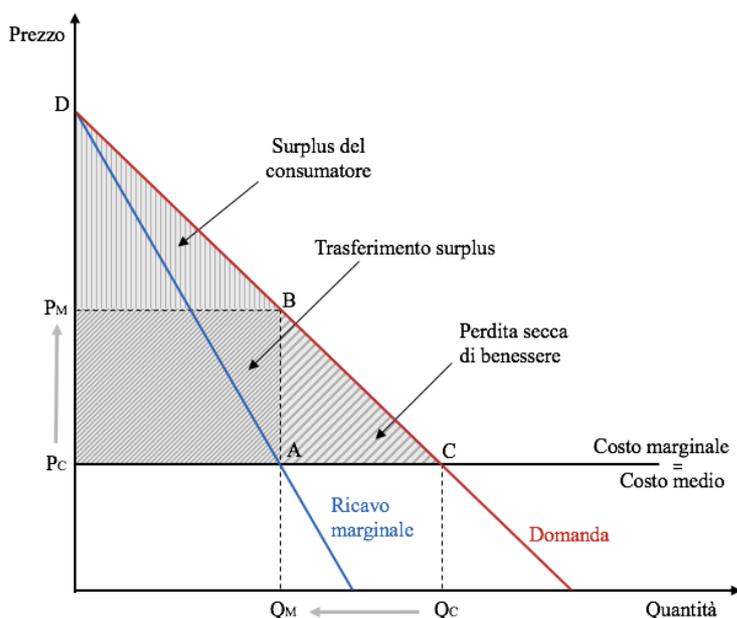
<sup>1</sup> Per potere di mercato si intende la capacità di un'impresa di fissare il prezzo di un prodotto o servizio al di sopra del suo costo marginale.

<sup>2</sup> La concorrenza perfetta è una forma di mercato basata sulle seguenti condizioni: (a) presenza di un numero infinito di imprese *price-taker*; (b) omogeneità del prodotto; (c) informazione perfetta; (d) assenza di barriera all'entrata e all'uscita e completa mobilità dei fattori produttivi; (e) perfetta divisibilità della produzione; (f) assenza di esternalità e di costi di transazione.

<sup>3</sup> Il monopolio è una forma di mercato non concorrenziale in cui l'offerta di un bene o di un servizio è concentrata nelle mani di una sola impresa.

<sup>4</sup> Il concetto di efficienza allocativa deriva dalla definizione elaborata dall'economista V. Pareto, in base a cui un'allocatione delle risorse è efficiente quando non è possibile modificarla in modo tale da migliorare la situazione di un individuo senza al contempo peggiorare quella di un altro.

Figura 1.1 – Effetti economici della concentrazione del potere di mercato.



Fonte: nostre elaborazioni su *Grafico 1*, Ghezzi, F., Olivieri G., *Diritto antitrust*, p. 48.

Come si può osservare dal grafico, la quantità  $Q_M$  offerta dal monopolista è inferiore all'output di concorrenza  $Q_C$ ; inoltre il bene è offerto ad un prezzo  $P_M$  maggiore del prezzo  $P_C$  praticato dalle imprese in concorrenza perfetta. In equilibrio monopolistico non viene quindi raggiunta l'efficienza allocativa.

La riduzione dell'output e l'incremento di prezzo hanno un impatto sul benessere sociale<sup>5</sup>, determinando in particolare due effetti, i quali provocano entrambi una riduzione del surplus del consumatore, dall'area  $DP_C C$  in concorrenza perfetta all'area  $DP_M B$  in monopolio.

Il primo effetto è redistributivo e consiste in un trasferimento di surplus dal consumatore al produttore pari all'area  $P_M P_C A B$ , corrispondente al profitto che il monopolista riesce a conseguire applicando il prezzo maggiore  $P_M$ .

Il secondo effetto provoca anch'esso una riduzione del surplus del consumatore, rappresentata graficamente dall'area  $BAC$ , che non va però ad incrementare il surplus del produttore; si tratta perciò di una perdita secca di benessere (*deadweight loss*), dovuta alla rinuncia all'acquisto del bene da parte di quei consumatori che non possono più accedervi a causa del maggiore prezzo.

Oltre che da inefficienza allocativa, il monopolio è caratterizzato anche da inefficienza produttiva, in quanto manca la pressione competitiva che incentiva l'impresa ad impiegare una tecnologia produttiva efficiente, al fine di ridurre al minimo i costi. Infatti, mentre in concorrenza perfetta

<sup>5</sup> Con benessere sociale (*social welfare*) si intende la somma del surplus del produttore, coincidente con il profitto, e del surplus del consumatore, dato dalla differenza positiva tra il prezzo che un individuo è disposto a pagare per un determinato bene o servizio e il suo prezzo di mercato.

l'impresa inefficiente, operando in perdita, sarà costretta ad uscire dal mercato, il monopolista che opera in maniera inefficiente può proseguire la propria attività conseguendo anche un profitto<sup>6</sup>.

Infine, secondo alcune teorie economiche, nei mercati monopolistici si assisterebbe anche ad un peggioramento dell'efficienza dinamica<sup>7</sup>, a causa del minor tasso di innovazione<sup>8</sup>.

Le inefficienze generate dal monopolio sono riconducibili all'eccessiva aggregazione del potere di mercato, perciò sono riscontrabili anche in contesti non monopolistici, ma ad essi assimilabili per la concentrazione di potere di mercato nelle mani di alcune imprese.

Dall'analisi dei presupposti economici della disciplina antitrust si può evincere quale sia l'obiettivo principale di tale disciplina, il quale, in via generale, può essere individuato nel garantire l'efficiente funzionamento dei mercati. Come già evidenziato, la massima efficienza viene raggiunta in condizioni di concorrenza perfetta, la quale tuttavia costituisce solamente un modello teorico, difficilmente realizzabile nella realtà del sistema economico; l'azione antitrust si focalizza perciò su obiettivi di *second-best*, quali, in particolare, la diffusione del potere di mercato e la difesa del meccanismo concorrenziale<sup>9</sup>.

Da queste finalità generali, deriva l'attenzione che la disciplina antitrust presta alle imprese che rivestono una posizione dominante, attuano operazioni di concentrazione o formano delle intese; attenzione che accomuna peraltro tutte le normative in materia adottate dai diversi paesi.

Queste tre fattispecie, infatti, implicano tutte un elevato grado di concentrazione del potere di mercato, detenuto da un'impresa o da più imprese che operano congiuntamente.

Le intese, le concentrazioni e le condotte di imprese in posizione dominante sono però vietate dalla legislazione antitrust soltanto nei casi in cui abbiamo un consistente effetto restrittivo della concorrenza, ovvero quando “siano idonei a far deviare significativamente il sentiero di sviluppo del mercato dal suo percorso naturale”<sup>10</sup>. Nello sviluppo di un mercato si alternano fasi di più elevata concentrazione (in particolare, la fase di nascita e quella di maturità) e fasi in cui la concorrenza è maggiore. Le autorità antitrust non contrastano questi mutamenti, i quali avvengono in modo naturale, ma intervengono solo qualora si verificano deviazioni dal percorso naturale di sviluppo provocate da condotte dei privati.

---

<sup>6</sup> Questo aspetto legato all'efficienza produttiva è stato analizzato dall'economista H. Leibenstein, il quale ha indicato tale costo sociale del monopolio con il termine X-inefficiency.

<sup>7</sup> L'efficienza dinamica riflette la capacità di un sistema economico di generare innovazioni.

<sup>8</sup> Questa posizione è stata sostenuta da K. Arrow, il quale ha evidenziato che gli incentivi all'innovazione tecnologica in monopolio sono inferiori che nei mercati concorrenziali. Tuttavia in alcune condizioni una maggiore concorrenza riduce le rendite derivanti da innovazioni, come sostenuto da J.A. Schumpeter.

<sup>9</sup> Scognamiglio Pasini C. (2016). *Economia industriale. Economia dei mercati imperfetti*. 3. ed. LUISS University Press, Roma: pp. 442-443

<sup>10</sup> Ghezzi F., Olivieri G. (2013). *Diritto antitrust*. Giappichelli, Torino: p. 58

## 1.3 La normativa antitrust comunitaria

La disciplina antimonopolistica comunitaria si è sviluppata sin dall'avvio del processo di integrazione europea: già nel trattato di Parigi, con il quale venne istituita la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA)<sup>11</sup>, erano previsti divieti contro pratiche restrittive della concorrenza, anche se solo nell'ambito dei settori del carbone e dell'acciaio.

La tutela della concorrenza assunse una maggior rilevanza con la creazione della Comunità Economica Europea (CEE), nel 1957, al punto che nel trattato istitutivo<sup>12</sup> tale obiettivo era enunciato esplicitamente; infatti, ai sensi dell'art. 3, lett. g), "l'azione della Comunità comporta, alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal presente trattato (...) un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno".

Inoltre, erano contenute nel trattato CEE due norme a tutela della concorrenza, riguardanti in particolare fenomeni di formazione di intese e di abusi di posizione dominante: si tratta rispettivamente degli artt. 85 e 86 (successivamente rinumerati 81 e 82<sup>13</sup>). Non era prevista tuttavia nessuna disposizione relativa al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, a causa di opinioni divergenti tra gli Stati membri nella definizione di vari aspetti della disciplina della fattispecie, quali obiettivi e modalità di valutazione. Inoltre, nell'ambito della creazione del mercato comune, le concentrazioni tra imprese erano in parte ritenute favorevoli, in quanto idonee ad accrescere la competitività dell'industria europea. Tuttavia, le numerose concentrazioni che seguirono resero evidente l'esigenza di introdurre un sistema di controllo, a causa degli effetti negativi provocati dall'eccessivo accentramento di potere economico sulla struttura competitiva dei mercati. Tali operazioni vennero quindi in seguito disciplinate, con l'emanazione di un apposito regolamento, ovvero il Reg. n. 4064/89.

La disciplina antitrust delineata con il trattato istitutivo della Comunità economica europea ha subito alcune modifiche nel corso del tempo, in particolare con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>14</sup> nel 2009. Si tratta in realtà di modifiche di natura formale piuttosto che sostanziale, in quanto le disposizioni del Trattato CEE in materia di intese e abuso di posizione dominante sono state trasposte negli artt. 101 e 102 Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TfUE)<sup>15</sup>,

---

<sup>11</sup> Organizzazione internazionale, oggi estinta, che si poneva come obiettivo la creazione di un mercato comune del carbone e dell'acciaio; fu istituita nel 1951 con il Trattato di Parigi, firmato da sei paesi: Francia, Italia, Belgio, Germania Occidentale, Lussemburgo e Paesi Bassi.

<sup>12</sup> È il Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea (TCEE), il quale costituisce uno dei due Trattati di Roma, insieme al Trattato che istituisce la Comunità Europea dell'Energia Atomica (TCEEA). Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht nel 1993, il nome del trattato è stato modificato in "Trattato che istituisce la Comunità Europea" (TCE).

<sup>13</sup> La numerazione degli articoli è cambiata con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam nel 1999.

<sup>14</sup> Con il Trattato di Lisbona, firmato il 13 settembre 2007 ed entrato ufficialmente in vigore il 1° dicembre 2009, sono state apportate ampie modifiche al Trattato sull'Unione Europea (TUE) e al Trattato che istituisce la Comunità Europea (TCE).

<sup>15</sup> Con il Trattato di Lisbona, il TCE è stato rinominato "Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea".

senza alcuna variazione rispetto alle formulazioni originarie. Tuttavia, la tutela della concorrenza non è più menzionata espressamente tra gli obiettivi fondamentali perseguiti dall'Europa, anche se nel protocollo n. 27 allegato al Trattato è affermato che il mercato interno “comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata”.

Attualmente le fonti di riferimento per la disciplina antitrust sono quindi contenute all'interno del TfUE e del Reg. CE n. 139/2004 (Regolamento sulle concentrazioni)<sup>16</sup>, in cui vengono sanciti divieti relativi a tre fattispecie costituenti pratiche anticoncorrenziali: le intese, l'abuso di posizione dominante e le concentrazioni.

Il primo divieto è contenuto nell'art. 101 TfUE, ai sensi del quale “Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno”. Le intese consistono in accordi o comportamenti concordati tra imprese, realizzati anche attraverso organismi comuni, quali consorzi o associazioni di imprese, con cui le stesse vincolano la propria libertà di azione sul mercato. Non tutte le imprese ricadono nel divieto espresso dalla norma, ma solo quelle che possano costituire un ostacolo al commercio tra Stati membri o alla concorrenza nel mercato interno. La norma elenca alcuni casi tipici che ricadono nella fattispecie: si tratta in particolare di intese orizzontali<sup>17</sup>, quali, ad esempio, gli accordi per la fissazione congiunta dei prezzi o per la spartizione dei mercati; ma possono essere vietate anche le intese verticali, ovvero gli accordi tra imprese che operano in fasi successive del processo produttivo, come gli accordi di esclusiva tra produttori e distributori. Nella disposizione in parola è altresì stabilito che “gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto”. L'art. 101 prevede tuttavia delle esenzioni dal divieto di intese restrittive, che possono essere concesse qualora si ritenga che tali pratiche possano avere effetti positivi sull'offerta del mercato e produrre benefici per i consumatori, in particolare in presenza delle condizioni enunciate dalla norma stessa.

La seconda pratica anticoncorrenziale considerata dall'ordinamento comunitario è l'abuso di posizione dominante, il cui divieto è sancito dall'art. 102 TfUE; un'impresa acquisisce una posizione dominante quando il potere economico che detiene è tale da permetterle di agire sul mercato in modo totalmente autonomo e indipendente, cioè non tenendo conto della reazione dei *competitors*, ed esercitare una notevole influenza sul mercato stesso. In conformità alla disposizione, il divieto non riguarda la detenzione di una posizione dominante, fatto che non

---

<sup>16</sup> Il Reg. CE n. 139/2004 è stato introdotto in sostituzione del precedente regolamento in materia di concentrazioni, il Reg. n. 4064/89.

<sup>17</sup> Le intese orizzontali sono realizzate tra imprese che operano nello stesso mercato.

costituisce illecito, ma lo “sfruttamento abusivo” di tale posizione “sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo”<sup>18</sup>, ostacolando la concorrenza e danneggiando fornitori e consumatori. Per questa fattispecie, a differenza di quanto previsto per le intese, non è ammessa alcuna eccezione. La disciplina della fattispecie dell’abuso di posizione dominante verrà approfondita nei paragrafi successivi.

Infine, la terza fattispecie considerata dalla normativa antitrust comunitaria consiste nelle operazioni di concentrazione tra imprese, disciplinate dall’apposito regolamento comunitario, il Reg. CE n. 139/2004. Lo scopo di tale complesso di norme è quello di impedire la realizzazione di concentrazioni, nella forma di fusioni o acquisizioni, che possano avere un consistente effetto restrittivo sulla concorrenza. La nozione di concentrazione è contenuta nell’art. 3, par. 1, del Regolamento stesso, ai sensi del quale “Si ha una concentrazione quando si produce una modifica duratura del controllo a seguito: a) della fusione di due o più imprese precedentemente indipendenti o parti di imprese; oppure b) dell’acquisizione, da parte di una o più persone che già detengono il controllo di almeno un’altra impresa, o da parte di una o più imprese, sia tramite acquisto di partecipazioni nel capitale o di elementi del patrimonio, sia tramite contratto o qualsiasi altro mezzo, del controllo diretto o indiretto dell’insieme o di parti di una o più altre imprese.” In base all’art.1 Reg. CE n. 139/2004, per ricadere nell’ambito di applicazione del regolamento, le operazioni di concentrazione devono avere “dimensione comunitaria”, la quale viene raggiunta quando le imprese coinvolte nella fusione o acquisizione superino, per fatturato complessivo, le soglie fissate nel medesimo articolo. Dal verificarsi di tali condizioni nasce l’obbligo di notifica preventiva del progetto di concentrazione, anche nei casi in cui sia assente qualsiasi effetto anticoncorrenziale rilevante, come ad esempio quando i mercati rilevanti delle imprese interessate non sono né contigui né collegati verticalmente<sup>19</sup>; l’art. 4 del Regolamento stabilisce, infatti, che “le concentrazioni di dimensione comunitaria di cui al presente regolamento sono notificate alla Commissione prima della loro realizzazione e dopo la conclusione dell’accordo, la comunicazione dell’offerta d’acquisto o di scambio o l’acquisizione di una partecipazione di controllo.”

Nell’ambito della normativa antitrust comunitaria, accanto ai principi fondamentali fin qui esaminati, volti a disciplinare le condotte dei privati che possano pregiudicare il sistema concorrenziale, hanno rilievo due ulteriori disposizioni, artt. 106 e 107 TfUE, rivolte alle pubbliche amministrazioni, che limitano fortemente la possibilità di intervento pubblico nell’economia.

---

<sup>18</sup> art. 102 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea.

<sup>19</sup> Prosperetti L. (2006). *Economia e diritto antitrust: un’introduzione*. Carocci: pp. 55-57

In conformità all'art. 106 TfUE, è permesso agli Stati membri attribuire ad imprese, pubbliche o private, diritti speciali o esclusivi<sup>20</sup>, sottraendole in tutto o in parte alla concorrenza, ma è fatto loro divieto di emanare o mantenere nei confronti di tali imprese “alcuna misura contraria alle norme dei trattati”, in particolare, alle disposizioni a tutela della concorrenza e al principio di non discriminazione in base alla nazionalità<sup>21</sup>. Inoltre, al secondo comma, è stabilito che le imprese “incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale” non possono sottrarsi alla normativa antitrust “nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”.

L'art. 107 TfUE disciplina invece gli aiuti di Stato erogati a imprese o settori, i quali sono in linea di principio “incompatibili con il mercato interno”, in quanto possono avere effetti distorsivi sul funzionamento dei mercati, falsando la concorrenza; tuttavia, alcuni tipi di aiuti di Stato sono consentiti, in particolari circostanze, e la loro concessione è regolata dagli artt. 107 e 108 TfUE.

## 1.4 La normativa antitrust in Italia

Come già evidenziato, l'Italia giunse all'adozione di una propria normativa antitrust nazionale solo agli inizi degli anni '90, molto tempo dopo l'introduzione della disciplina comunitaria e in ritardo anche rispetto agli altri Stati europei.

Vari furono i motivi del ritardo, tra i quali in particolare la diffusione di ideologie contrarie, essendo radicati nell'ordinamento economico italiano i principi della libertà di mercato, e, soprattutto, la debolezza economica del paese, la quale rendeva poco auspicabile l'introduzione di vincoli che avrebbero limitato le opportunità di crescita delle imprese.

Nell'ambito del dibattito dell'Assemblea Costituente si era discusso sull'introduzione della tutela della concorrenza nel testo della Costituzione, sostenuta principalmente dall'economista liberale Luigi Einaudi; egli riteneva che uno dei problemi principali dell'economia italiana fosse la presenza di forti monopoli, i quali provocavano l'innalzamento dei prezzi e la riduzione della produzione, con conseguente aumento della disoccupazione. Propose perciò un emendamento

---

<sup>20</sup> Per “diritti speciali” si intendono quei diritti che restringono l'accesso al mercato a vantaggio di poche imprese, tramite l'introduzione di barriere all'entrata di natura legislativa, regolamentare o amministrativa; i “diritti esclusivi” consistono invece nella creazione di un monopolio legale a favore di un'impresa.

<sup>21</sup> Il principio in parola è sancito dall'art. 18 TfUE, ai sensi del quale “Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità.”

dell'art. 41 della Costituzione<sup>22</sup>, per l'aggiunta del seguente comma: "La legge non è uno strumento di formazione dei monopoli economici e dove questi esistono li sottopone a pubblico controllo". Tuttavia, tale emendamento fu respinto, in quanto l'opinione generale emersa dal dibattito fu quella di una scarsa fiducia nei meccanismi della concorrenza, ritenuta un concetto astratto che non trova mai applicazione nella realtà economica, in cui si svolge una competizione senza regole che porta inevitabilmente a squilibri e concentrazioni di potere economico<sup>23</sup>. Il risultato fu perciò l'assenza di riferimenti espliciti alla concorrenza all'interno del testo della Costituzione; la tutela della concorrenza è stata introdotta solo con la riforma del Titolo V<sup>24</sup>, nell'art. 117, comma 2, lett. e, Cost., che la individua come una delle materie in cui "lo Stato ha legislazione esclusiva".

Per lungo tempo quindi, mentre la tutela della concorrenza veniva fortemente promossa da quasi tutti i paesi industriali, l'ordinamento italiano era totalmente sprovvisto di disposizioni antimonopolistiche. Nonostante le imprese italiane fossero comunque sottoposte alla disciplina comunitaria, non era tuttavia garantita un'efficace tutela della concorrenza effettiva all'interno dei mercati nazionali, in quanto tale normativa era, ed è tuttora, applicabile soltanto ai casi di condotte di imprese con effetti sul mercato comune e in grado di influenzare il commercio tra Stati membri. L'introduzione della normativa antitrust nazionale si ebbe con l'approvazione della legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante "norme per la tutela della concorrenza e del mercato", con cui venne inoltre istituita l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)<sup>25</sup>. Tale legge fu principalmente il risultato di spinte provenienti dal contesto europeo, che resero necessario un adeguamento generale agli altri Stati membri, soprattutto in seguito alle numerose pressioni da parte degli organi comunitari affinché anche l'Italia si dotasse di un complesso di norme a tutela della concorrenza<sup>26</sup>.

L'adozione tardiva della disciplina antitrust ha spinto il legislatore a prendere come quadro di riferimento un modello di normativa già consolidato, quella comunitaria, in vigore già da parecchi anni. Nella l. n. 287/1990, infatti, sono stati recepiti i principi fondamentali della disciplina europea, con gli adattamenti necessari per il campo di applicazione nazionale; le fattispecie regolate sono infatti le medesime e le relative disposizioni sono sostanzialmente coincidenti.

---

<sup>22</sup> Ai sensi dell'art. 41 Cost., "L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali".

<sup>23</sup> Musu, Ignazio. "Gli aspetti economici della Costituzione italiana: è superato l'art. 41?". Università Ca' Foscari di Venezia.

<sup>24</sup> Tale riforma è stata attuata con la l. Cost. 3/2001, per dare piena attuazione all'art. 5 della Costituzione, che riconosce le autonomie locali quali enti esponenziali preesistenti alla formazione della Repubblica, ed ha previsto una nuova e diversa ripartizione delle competenze normative tra Stato, Regioni ed Enti locali.

<sup>25</sup> L'AGCM, nota anche come Antitrust, è un'autorità amministrativa indipendente italiana, responsabile della tutela della concorrenza a livello nazionale.

<sup>26</sup> Ghezzi, F., Olivieri, G. (2013). *Diritto antitrust I c.* Giappichelli, Torino: pp. 20-23.

Le intese sono disciplinate dagli artt. 2 e 4 l. n. 287/1990, i quali stabiliscono, rispettivamente, il divieto di intese restrittive della concorrenza e i casi in cui è possibile concedere esenzioni, sostanzialmente coincidenti con le condizioni enunciate dall'art. 101 TfUE. L'art. 2 si discosta leggermente dalla norma comunitaria, in quanto vieta solamente le intese che possano ostacolare o limitare la concorrenza "in maniera consistente"; tuttavia questa restrizione del campo di applicazione del divieto non è stato altro che il risultato di un'evoluzione giurisprudenziale a livello comunitario, che il legislatore italiano ha recepito<sup>27</sup>. Un'ulteriore elemento di novità si riscontra nell'art.4, il quale aggiunge, nell'ambito della disciplina delle deroghe dal divieto, che l'Autorità antitrust, nel valutare i possibili benefici arrecati al mercato da un'intesa, prenda in considerazione anche la "necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale".

Nessuna variazione è stata invece apportata alla disciplina dell'abuso di posizione dominante, in quanto l'art. 3 l. n. 287/1990 ricalca la corrispondente disposizione comunitaria in materia, l'art. 102 TfUE, vietando "l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante", elencando inoltre le stesse fattispecie di condotte abusive contenute nell'articolo TfUE.

L'art. 6 l. n. 287/1990 sancisce il "Divieto delle operazioni di concentrazione restrittive della libertà di concorrenza", prevedendo un sistema di controllo analogo a quello vigente a livello comunitario, con l'obbligo di comunicazione preventiva all'AGCM, disciplinato dall'art. 16, che scatta in relazione al superamento di determinate soglie di fatturato. Naturalmente tali soglie sono minori di quelle stabilite dal Reg. CE n. 139/2004; infatti, qualora vengano superate queste ultime, l'acquisizione o fusione ricadrà nell'ambito di controllo dell'Autorità comunitaria.

La legge n. 287/1990 ha accolto anche i principi comunitari relativi all'applicazione della normativa antitrust ai casi di monopolio legale e imprese pubbliche, trasposti nell'art. 8, ai sensi del quale "Le disposizioni contenute nei precedenti articoli si applicano sia alle imprese private che a quelle pubbliche o a prevalente partecipazione statale" e "imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati."

Infine, l'art.1 l. n. 287/1990 prescrive che le norme contenute nella legge stessa siano interpretate "in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza", fornendo così dei riferimenti all'AGCM e ai giudici che avrebbero dovuto applicare una disciplina totalmente nuova, in mancanza di riferimenti e precedenti giurisprudenziali interni.

---

<sup>27</sup> Prosperetti, L. (2006). *Economia e diritto antitrust: un'introduzione*. Carocci: p. 63.

## 1.5 L'applicazione del diritto antitrust

Da quanto finora esaminato, emerge che le imprese italiane sono sottoposte a due diverse normative antitrust, quella nazionale e quella comunitaria, e conseguentemente al controllo da parte di due Autorità antitrust: l'AGCM, responsabile dell'attuazione della legge n. 287/1990, e la Commissione europea, cui è affidata la tutela della concorrenza a livello comunitario. Nonostante le due normative siano tra loro molto simili, assume ugualmente rilievo il problema dei rispettivi ambiti di applicazione; occorre perciò analizzare quali siano i presupposti per l'applicazione dell'una o dell'altra disciplina e quale sia l'Autorità competente, nonché il modo in cui la tutela della concorrenza viene concretamente realizzata.

In relazione a tali aspetti, ha rivestito un ruolo fondamentale la cosiddetta “modernizzazione” delle procedure di applicazione del diritto antitrust a livello comunitario, scaturita dalla necessità di un miglior adeguamento degli strumenti agli obiettivi di tutela della concorrenza. La disciplina antitrust, dal momento della sua introduzione, è stata per lungo tempo attuata in maniera poco incisiva dalle autorità comunitarie, a causa di una politica troppo rigida ed incentrata principalmente sull'obiettivo di integrazione europea; nel corso degli anni però obiettivi e priorità sono mutati, in favore di una maggiore attenzione al benessere dei consumatori, rendendo conseguentemente necessaria un'evoluzione degli strumenti e dei metodi valutativi<sup>28</sup>. Il processo di “modernizzazione” ha condotto, in particolare, all'emanazione del Reg. CE n. 1/2003, che ha apportato significative novità, tra cui il cosiddetto “decentramento”, attuato trasferendo anche alle autorità nazionali la competenza per l'applicazione delle disposizioni comunitarie su intese restrittive e abuso di posizione dominante, con gli stessi poteri decisionali attribuiti alla Commissione.

### 1.5.1 Gli ambiti di applicazione delle due normative

Al momento dell'introduzione della normativa nazionale antitrust, il legislatore si trovò a dover effettuare una scelta in relazione all'ambito di applicazione della legge n. 287/1990, potendo ispirarsi a due diversi modelli: quello della “doppia barriera” e quello della “barriera unica” (o “reciproca esclusiva”).

Il criterio della “doppia barriera” sottopone le imprese ad un duplice controllo e una duplice valutazione, sulla base sia dell'ordinamento nazionale che di quello europeo; perciò una condotta

---

<sup>28</sup> Ghezzi, F., Olivieri, G. (2013). *Diritto antitrust*. Giappichelli, Torino: pp. 12-19

anticoncorrenziale sul mercato nazionale che comporti possibili effetti distorsivi anche a livello comunitario, sarà sottoposta all'applicazione di entrambe le normative e alle relative conseguenze da esse previste. La scelta del criterio in esame è preferibile nei casi in cui la disciplina nazionale si discosti da quella comunitaria, prevedendo norme più stringenti; tale sistema è stato adottato, ad esempio, dall'ordinamento tedesco.

Il modello della "reciproca esclusiva", invece, stabilisce una netta separazione tra i campi di applicazione delle due normative: le autorità comunitarie hanno competenza esclusiva sulle fattispecie previste dall'ordinamento europeo, in quanto la disciplina nazionale non viene applicata a tali fattispecie, ma si limita a regolare le pratiche anticoncorrenziali che non ricadono nella sfera di applicazione comunitaria. È questo il modello più diffuso, che venne scelto anche dal legislatore italiano; non c'erano infatti motivi per optare per il sistema della "doppia barriera", in quanto, in Italia, il diritto antitrust interno è sostanzialmente coincidente con quello europeo e va inoltre interpretato sulla base dei principi comunitari.

L'art. 1 della legge n. 287/1990 stabiliva che "Le disposizioni della presente legge (...) si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione (...) degli articoli 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE), dei regolamenti della CEE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata"; con tale disposizione veniva quindi attribuita alla normativa nazionale una natura residuale, in quanto applicabile solo alle condotte che non abbiano rilevanza comunitaria.

Questa netta separazione delle competenze ebbe però dei risvolti negativi, in quanto limitava fortemente l'applicazione del diritto antitrust interno e, conseguentemente, ampliava eccessivamente la competenza esclusiva della Commissione, che, dovendo occuparsi del controllo e della valutazione di una grande quantità di casi, spesso non riusciva ad applicare la normativa in maniera efficace; in tal modo, si creava un vuoto applicativo che si tentò di colmare con varie soluzioni. Il problema è stato definitivamente superato con emanazione del Reg. CE n. 1/2003, che ha introdotto un nuovo sistema di ripartizione delle competenze, in vigore ancora oggi.

La legge n. 287/1990 continua ad essere applicata in maniera residuale, ma la novità introdotta riguarda le competenze dell'AGCM (e di tutte le autorità nazionali degli Stati membri), che, qualora nella valutazione di un'intesa o di una condotta abusiva riscontri una fattispecie potenzialmente idonea a recare pregiudizio al commercio tra Stati membri, è tenuta ad applicare direttamente ed esclusivamente gli artt. 101 o 102 TfUE.

Il criterio che individua l'ambito di applicazione della normativa comunitaria in materia di intese o abusi di posizione dominante è la sussistenza di un pregiudizio al commercio tra Stati membri, anche solo potenziale. Tale criterio "implica che dev'essere possibile prevedere con un grado di probabilità adeguato, in base ad un complesso di fattori obiettivi, di fatto o di diritto, che l'accordo

o la pratica possano avere un'influenza, diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti degli scambi fra Stati membri"<sup>29</sup>.

Per ritenere che una pratica concorrenziale sia pregiudizievole per il commercio tra Stati membri, tale pratica deve avere un'incidenza "sensibile" sul flusso di scambi tra gli Stati. L'incidenza va valutata a seconda delle circostanze del singolo caso e può essere misurata sulla base del fatturato o della quota di mercato delle imprese considerate.

In linea di principio, la Commissione ritiene che, nel caso di un accordo, non sussista un pregiudizio sensibile al commercio intra-comunitario quando siano soddisfatte le seguenti condizioni cumulative: (a) la quota di mercato aggregata delle parti sia inferiore al 5 % e (b) il fatturato aggregato annuo generato dalle parti sia inferiore a 40 milioni di euro nei prodotti oggetto dell'accordo<sup>30</sup>.

La Commissione ha inoltre evidenziato che il pregiudizio al commercio tra Stati membri non dipende dalla definizione dei mercati geografici rilevanti<sup>31</sup>: esso può sussistere anche qualora la condotta anticoncorrenziale interessi il mercato di un solo Stato membro, o anche una parte di questo, nei casi in cui tale condotta sia in grado di ostacolare la concorrenza da parte di imprese di altri Stati membri sul mercato nazionale in questione. Troviamo un'applicazione di tale principio in una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>32</sup> relativa al caso di abuso di posizione dominante da parte della società olandese affiliata del gruppo Michelin; in merito alla condotta abusiva, consistente nella concessione di sconti selettivi all'acquisto di pneumatici, la Corte ha sottolineato che "quando l'impresa in posizione dominante chiuda l'accesso al mercato a dei concorrenti, è indifferente che questo comportamento abbia luogo unicamente sul territorio di un solo stato membro se esso può avere ripercussioni sulle correnti commerciali e sulla concorrenza nel mercato comune"<sup>33</sup>.

Il criterio del pregiudizio al commercio intra-comunitario costituisce una condizione necessaria e sufficiente per l'applicazione del diritto comunitario; essendo un criterio molto ampio, l'AGCM sarà tenuta nella maggior parte dei casi ad applicare le disposizioni europee in materia antitrust, mentre la disciplina nazionale sarà applicata solo nei casi in cui è evidente che le condotte

---

<sup>29</sup> Comunicazione della Commissione - *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in GUUE C 101, 27 aprile 2004, p.to 23

<sup>30</sup> Comunicazione della Commissione - *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in GUUE C 101, 27 aprile 2004, p.to 52

<sup>31</sup> Comunicazione della Commissione - *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in GUUE C 101, 27 aprile 2004, sezione 3.2

<sup>32</sup> La Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) è un'istituzione dell'Unione europea che garantisce l'osservanza del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati fondativi. Essa garantisce che il diritto comunitario sia applicato allo stesso modo in tutti gli Stati membri e dirime le controversie giuridiche tra governi nazionali e istituzioni dell'UE. In determinate circostanze può essere adita anche da privati che vogliano intraprendere un'azione legale contro un'istituzione dell'UE.

<sup>33</sup> Sentenza della Corte del 9 novembre 1983, causa 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin*, in Racc., 1983, 3461.

considerate hanno effetto solo sul territorio nazionale. In questo contesto, potrebbe verificarsi che sia l'AGCM che la Commissione si trovino ad avviare procedimenti sugli stessi casi di pratiche anticoncorrenziali, perciò il Reg. CE n. 1/2003 ha provveduto a dettare disposizioni che regolino i rapporti tra autorità nazionali e autorità comunitaria in tali situazioni. L'art. 11 stabilisce in proposito che "l'avvio di un procedimento da parte della Commissione (...) priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato", mentre "qualora un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro stia già svolgendo un procedimento, la Commissione avvia il procedimento unicamente previa consultazione di quest'ultima". Inoltre, l'art. 16 dispone che "le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri (...) non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione", in merito al medesimo caso.

Un discorso parzialmente diverso da quanto finora esposto va fatto in relazione all'applicazione della disciplina delle concentrazioni. In merito al controllo di tale fattispecie, infatti, continua ad esserci una separazione netta delle competenze tra autorità comunitaria e nazionale: all'AGCM vengono notificate le operazioni che superano le soglie stabilite dalla l. n. 287/1990, ma non quelle che, oltre a superare tali soglie, integrano la dimensione comunitaria. Queste ultime sono notificate direttamente alla Commissione, che ha una competenza esclusiva sulla valutazione dell'operazione e l'adozione dei relativi provvedimenti<sup>34</sup>.

## 1.5.2 Il sistema di attuazione

Dal punto di vista del sistema di attuazione, ovvero le modalità con cui il diritto antitrust viene concretamente messo in atto dai soggetti responsabili della sua applicazione, l'ordinamento comunitario e quello italiano sono abbastanza simili, in quanto entrambi prevedono la compresenza di meccanismi di *public enforcement* e *private enforcement*.

L'enforcement pubblico garantisce la tutela degli interessi generali del mercato ed è quindi demandato ad Autorità specializzate; il meccanismo di enforcement privato, invece, consente ai privati di difendere i propri diritti patrimoniali lesi da comportamenti anticoncorrenziali, rivolgendosi all'Autorità giudiziaria ordinaria.

La scelta di questo "doppio binario", amministrativo e giudiziario, per l'applicazione della disciplina antitrust, si spiega con la diversa funzione che i due meccanismi hanno, in quanto il primo è diretto alla tutela di interessi della collettività, mentre il secondo è volto a proteggere interessi dei privati, imprese e consumatori. Di conseguenza, le due forme di enforcement vanno

---

<sup>34</sup> questo criterio di ripartizione delle competenze, utilizzato solo per il controllo delle operazioni di concentrazione, è definito "principio dello sportello unico", o "*one stop shop*".

considerate autonome: non esiste infatti un vincolo di pregiudizialità tra l'azione promossa dai privati e l'indagine dell'Autorità antitrust<sup>35</sup>.

Sul piano del *public enforcement*, la tutela della concorrenza è affidata da entrambi gli ordinamenti, comunitario e nazionale, ad autorità specializzate: rispettivamente la Commissione europea<sup>36</sup> e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Quest'ultima è un'autorità amministrativa indipendente, istituita contestualmente all'introduzione della normativa antitrust, ed è un organo collegiale composto da tre membri, di cui uno è il Presidente, nominati dai presidenti delle due camere del Parlamento.

Ambedue le autorità sono investite di ampi poteri, in particolare poteri istruttori, decisori e sanzionatori, e sono inoltre responsabili dello sviluppo della politica di concorrenza.

Alla Commissione è attribuito anche il compito di emanare regolamenti, linee guida e comunicazioni per chiarire gli orientamenti della politica antitrust comunitaria e facilitare l'applicazione della normativa europea da parte delle autorità nazionali.

La Commissione europea e l'AGCM godono inoltre di una vasta discrezionalità nello svolgimento delle proprie funzioni; esse possono infatti scegliere liberamente su quali casi svolgere indagini, potendo agire d'ufficio e non avendo alcun obbligo giuridico di avviare procedimenti in relazione alle denunce di presunte infrazioni. Le due Autorità hanno un'elevata discrezionalità anche nelle decisioni e nella determinazione delle sanzioni. Gli atti da esse emanati sono però sottoposti al controllo giurisdizionale di legittimità: questo viene effettuato a livello comunitario dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, che ne ha competenza esclusiva, e a livello nazionale dal TAR del Lazio in primo grado e dal Consiglio di Stato in secondo grado.

Oltre a meccanismi di enforcement pubblico, è previsto anche un enforcement privato, sia a livello comunitario che nazionale. La funzione principale di tale meccanismo è quella di tutelare gli interessi dei privati, lesi da condotte delle imprese che violano la normativa antitrust, in particolare tramite il risarcimento del danno subito; come già visto, esso si presenta perciò come un sistema autonomo rispetto al *public enforcement*, ma, sotto molti punti di vista, è anche complementare a quest'ultimo. In primo luogo, garantisce una più diffusa applicazione della legge, in quanto le autorità non riuscirebbero ad occuparsi da sole di tutti i casi di violazione della normativa antitrust; in secondo luogo, ha anche la funzione di rendere più incisivi i divieti stabiliti dalla normativa,

---

<sup>35</sup> Le azioni promosse dai privati possono essere sia azioni cosiddette "*follow on*", che seguono decisioni delle Autorità, sia azioni "*stand alone*", ossia promosse prima e indipendentemente dall'avvio di un procedimento della Commissione o dell'AGCM.

<sup>36</sup> Più precisamente, la responsabilità in materia di concorrenza è attribuita ad una specifica Direzione generale della Commissione.

poiché il risarcimento del danno rappresenta per l'impresa che commette un'infrazione un costo aggiuntivo, che si somma alle sanzioni imposte dalle autorità<sup>37</sup>.

L'enforcement privato è realizzato dall'attività dell'autorità giudiziaria ordinaria, cui la competenza è attribuita espressamente dalla legge n. 287/1990; ai sensi dell'art. 33, infatti, "Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni."

I giudici ordinari, quindi, possono giudicare liberamente in materia di risarcimento del danno, azioni di nullità dei contratti illeciti, provvedimenti di urgenza e violazioni degli artt. 101 e 102 TfUE con effetti sul mercato italiano; in merito a quest'ultimo punto, però, l'autonomia dei giudici viene fortemente limitata, in quanto, ai sensi dell'art. 16 Reg. CE n. 1/2003 "Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione"<sup>38</sup>.

Il *private enforcement* non ha ancora raggiunto un grado di diffusione pari all'*enforcement* pubblico, né in Italia né in Europa, perciò, in considerazione del suo ruolo fondamentale per l'efficacia applicativa del diritto antitrust, le autorità comunitarie continuano a cercare di agevolare il ricorso a tale meccanismo all'interno degli Stati membri.

## 1.6 La posizione dominante

Il divieto di abuso di posizione dominante è una delle tre fattispecie prese in considerazione dalla disciplina antitrust, sia a livello comunitario che nazionale; in particolare, come già anticipato, il suo divieto è sancito dall'art. 102 TfUE (e dall'art. 3 l. n. 287/1990, che ricalca la disposizione comunitaria), ai sensi del quale "è incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo". La norma non vieta quindi la posizione dominante, che può essere raggiunta e mantenuta

---

<sup>37</sup> Spesso le sanzioni pecuniarie previste dalle Autorità non bastano a scoraggiare l'impresa dall'adottare una pratica vietata ai sensi della normativa antitrust, in quanto i vantaggi economici da essa derivanti sono considerati superiori al rischio di subire la sanzione. Ad esempio, secondo studi della Commissione, un'impresa, partecipando ad un cartello, ricava un aumento di fatturato del 25-30% all'anno, mentre il rischio che il cartello sia scoperto e vengano inflitte le relative sanzioni è solo del 10%.

<sup>38</sup> Non è invece prevista un'analogia disposizione per i provvedimenti già adottati dall'AGCM, che quindi non vincolano il giudice ordinario, ma costituiscono prova privilegiata dell'illecito nei giudizi per l'ottenimento del risarcimento del danno.

da un'impresa, purché ciò avvenga tramite mezzi leciti, come ad esempio la crescita “naturale” dell'impresa, e non attraverso altre pratiche anticoncorrenziali vietate dalla normativa, quali intese restrittive e concentrazioni. Ad essere vietato è perciò solo l'eventuale sfruttamento abusivo da parte dell'impresa del potere economico derivante da tale posizione.

L'applicazione dell'art. 102 si basa quindi su due elementi: (i) che la posizione detenuta dall'impresa sia qualificabile come dominante e (ii) che la condotta esaminata costituisca uno sfruttamento abusivo di tale posizione; il primo presupposto è necessario per procedere alla valutazione della condotta abusiva e perciò le indagini delle Autorità antitrust devono necessariamente partire dalla verifica dell'esistenza di una posizione dominante.

Il legislatore non ha provveduto a definire in via generale la nozione di posizione dominante, né ha fissato dei parametri che permettano di individuarla; questa lacuna ha spinto la dottrina e la giurisprudenza a tentare di elaborare una definizione generale e il più possibile concreta di tale concetto. In particolare, la posizione dominante è stata definita dalla Corte di Giustizia nel caso *United Brands* come “una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”<sup>39</sup>. Tuttavia, interpretando letteralmente tale definizione, vengono in rilievo alcune perplessità: sul piano dell'indipendenza dai clienti, bisogna precisare che in realtà nessuna impresa può realmente comportarsi in maniera indipendente dalla propria clientela, neanche un monopolista; inoltre, condotte totalmente autonome rispetto ai concorrenti non possono essere tenute nemmeno da imprese che operino in mercati oligopolistici<sup>40</sup> con elevato grado di concentrazione, ma solamente nei casi di monopolio, in cui la concorrenza è del tutto assente. In ogni caso, la definizione è comunque di scarsa utilità pratica, poiché non fornisce dei parametri cui fare riferimento per determinare la presenza o meno di una posizione dominante.

Con il trascorrere del tempo, in mancanza di riferimenti normativi, si è affermata perciò una prassi interpretativa basata su tecniche quantitative per la misurazione del potere di mercato, la quale è stata successivamente accolta dalla Commissione europea nella Comunicazione del 2009 contenente le linee guida per l'applicazione dell'art. 102 TfUE agli abusi escludenti<sup>41</sup>. La Commissione ha affermato che si è in presenza di una posizione dominante quando le “pressioni concorrenziali non sono sufficientemente efficaci” e “l'impresa in questione gode pertanto di un

---

<sup>39</sup> Sentenza della Corte del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands*, in Racc., 1978, 207, p.to 65.

<sup>40</sup> L'oligopolio è una forma di mercato imperfetto caratterizzata dalla presenza di poche imprese, ciascuna delle quali è in grado di influenzare, tramite le proprie scelte, l'andamento economico delle altre (interazione strategica).

<sup>41</sup> Comunicazione della Commissione – *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, in GUUE C 45, 24 febbraio 2009.

considerevole potere di mercato durante un certo periodo”; ciò avviene quando l’impresa è “in grado di aumentare i prezzi al di sopra del livello concorrenziale in maniera redditizia per un periodo di tempo significativo” ovvero quando “i parametri della concorrenza - quali prezzi, produzione, innovazione, varietà o qualità di beni o servizi - possono essere influenzati a beneficio dell’impresa dominante e a scapito dei consumatori”.

### 1.6.1 La definizione del mercato rilevante

Per valutare il potere di mercato detenuto da un’impresa è necessaria la definizione del mercato rilevante, che consiste in un processo di acquisizione di informazioni che permette di comprendere le pressioni competitive cui l’impresa è sottoposta. Per determinare la sussistenza e il grado del potere di mercato di un’impresa è infatti essenziale delimitare l’area entro cui l’impresa interagisce con altri soggetti economici che siano in grado di influenzare le sue strategie.

L’individuazione del mercato rilevante è un presupposto fondamentale per l’applicazione di tutte le tre fattispecie di illecito antitrust, anche se con alcune differenze; in particolare, essa assume un rilievo maggiore nella disciplina degli abusi di posizione dominante e nel controllo delle concentrazioni, in cui l’applicazione del divieto è subordinata all’apprezzamento del potere di mercato detenuto dalle imprese coinvolte.

Tale processo è spesso decisivo nelle indagini riguardanti gli abusi, in quanto una definizione errata del mercato rilevante potrebbe fuorviare le decisioni delle Autorità antitrust. Generalmente, il potere di mercato di un’impresa e l’ampiezza del mercato sono variabili inversamente proporzionali; di conseguenza, una definizione eccessivamente ampia del mercato rilevante può condurre a sottovalutare il potere di mercato dell’impresa, mentre con un’interpretazione erroneamente restrittiva verrà riscontrata più facilmente la presenza di una posizione dominante. Tuttavia, quest’ultimo errore di valutazione può anche avere un risultato opposto, nei casi in cui l’impresa interessata operi anche in mercati contigui: un mercato rilevante individuato in termini troppo restrittivi provocherebbe l’attribuzione di un potere di mercato inferiore a quello effettivamente detenuto.

A livello comunitario, precisi riferimenti al concetto di mercato rilevante sono stati introdotti con un’apposita Comunicazione<sup>42</sup> della Commissione europea, in cui viene evidenziato che esso si compone di due dimensioni, una merceologica (il mercato rilevante del prodotto) e una geografica (il mercato geografico rilevante).

Sotto il profilo merceologico, nella citata Comunicazione viene chiarito che “il mercato del prodotto rilevante comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o

---

<sup>42</sup> *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell’applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in GUCE C 372, 9 dicembre 1997.

sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati”; riguardo la dimensione geografica, invece, “il mercato geografico rilevante comprende l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse”.

Anche a livello nazionale viene adottata la stessa distinzione, specificando che “i mercati rilevanti, del prodotto e geografico, (...) rappresentano, rispettivamente, il più piccolo gruppo di prodotti e la più piccola area geografica per cui è possibile, in ragione delle possibilità di sostituzione esistenti, la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante”<sup>43</sup>.

Nella definizione del mercato rilevante è fondamentale il concetto di vincolo competitivo: tale mercato è formato non da tutti quei prodotti che presentano caratteristiche analoghe, ma dall'insieme di prodotti e aree geografiche che sono in grado di esercitare un certo vincolo competitivo gli uni sugli altri.

In base alle definizioni riportate, l'identificazione del mercato rilevante sotto il profilo del prodotto si fonda sull'analisi della domanda e, in particolare, sull'osservazione delle preferenze dei consumatori. Sono infatti inclusi nello stesso mercato rilevante tutti quei beni o servizi che il consumatore considera fra di loro sostituibili. Un tipico esempio è costituito dal mercato delle banane, che è stato considerato un mercato separato da quello degli altri tipi di frutta fresca, in quanto le caratteristiche delle banane fanno sì che la domanda di queste non subisca considerevoli alterazioni legate alla disponibilità degli altri frutti<sup>44</sup>.

Il criterio principale utilizzato nella definizione del mercato rilevante è quindi quello della sostituibilità dal lato della domanda, che permette di determinare la tendenza dei consumatori a sostituire il bene considerato con un suo sucedaneo. I principali parametri da osservare per comprendere le preferenze dei consumatori sono: le caratteristiche dei prodotti, gli usi cui sono abitualmente destinati e, soprattutto, i prezzi. Tramite l'analisi di questi ultimi e, in particolare, delle conseguenze derivanti da eventuali loro variazioni, è possibile definire il grado di sostituibilità tra i prodotti, facendo ricorso a strumenti di analisi quantitativi. Uno dei metodi più diffusi è il calcolo dell'elasticità incrociata della domanda al prezzo tra due beni, data dal rapporto tra la variazione percentuale della quantità domandata di un bene e la variazione percentuale del prezzo dell'altro bene. Dati due beni  $x$  e  $y$ , l'elasticità incrociata della domanda,  $\varepsilon_{D(x,y)}$ , si calcola tramite la seguente formula:

---

<sup>43</sup> AGCM, 1 luglio 1996, *Formulario per la comunicazione delle operazioni di concentrazione*.

<sup>44</sup> Sentenza della Corte del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands*, in Racc., 1978, 207, p.ti 34 ss.

$$\varepsilon_{D(x,y)} = (\Delta Q_y / Q_y) / (\Delta P_x / P_x) \quad (1)$$

Osservando il valore risultante si può comprendere se i due prodotti siano o meno tra loro sostituibili. Se il valore è positivo, i due beni sono sostituiti, in quanto un aumento del prezzo del bene x fa aumentare la domanda del bene y, ovvero i consumatori sostituiscono il bene x con quello y, a causa dell'incremento del prezzo del primo; maggiore è il valore dell'elasticità, maggiore è il grado di sostituibilità tra i due prodotti. Un valore nullo qualifica i beni come indipendenti, poiché l'incremento del prezzo di uno non ha alcun effetto sulla quantità domandata dell'altro; invece, un'elasticità negativa rileva che un aumento del prezzo del bene x fa ridurre anche il consumo del bene y, perciò i due beni sono complementari<sup>45</sup>.

Nel processo di definizione del mercato rilevante del prodotto, i risultati ottenuti dall'analisi della domanda possono essere integrati da osservazioni della sostituibilità dal lato dell'offerta; quest'ultima, però, viene presa in considerazione solo quando ha effetti assimilabili a quelli della sostituibilità dal lato della domanda, sul piano dell'efficacia ed immediatezza. Tale relazione si misura analizzando il comportamento di imprese che producono un bene diverso dall'impresa considerata, ma per alcuni versi simile ad esso; si valuta in particolare se queste imprese, in seguito ad un aumento del prezzo del bene preso in considerazione, siano in grado di cambiare il proprio processo produttivo, aggiungendosi all'offerta di tale prodotto. La sostituibilità può essere valutata misurando l'elasticità incrociata dal lato dell'offerta,  $\varepsilon_{S(x,y)}$ , che viene calcolata analogamente all'elasticità misurata dal lato della domanda:

$$\varepsilon_{S(x,y)} = (\Delta Q_y / Q_y) / (\Delta P_x / P_x) \quad (2)$$

In questo caso, la relazione è tra la variazione del prezzo di un bene x e la variazione della quantità offerta di un altro bene y. I due prodotti saranno considerati sostituibili quando l'elasticità incrociata assumerà un valore negativo: tale risultato, infatti, indica che un incremento del prezzo del bene considerato fa ridurre l'offerta dell'altro bene, dato che l'impresa che lo produce decide di convertire parte della propria capacità produttiva per offrire il bene che ha subito un incremento del prezzo. I prodotti che sono sostituibili dal lato dell'offerta al prodotto considerato vanno inclusi nella definizione del mercato rilevante, in quanto l'aumento della quantità offerta di un dato bene influenza la condotta concorrenziale dell'impresa considerata, presentando effetti analoghi allo spostamento della domanda dei consumatori verso altri beni sostituiti. Tuttavia, la sostituibilità dal

---

<sup>45</sup> I beni complementari sono beni economici che vengono utilizzati congiuntamente per il soddisfacimento di un determinato bisogno, come ad esempio lo zucchero e il caffè.

lato dell'offerta è generalmente un parametro di difficile applicazione e con un'incidenza meno diretta sulla determinazione del mercato rilevante; la Commissione ha infatti precisato che tale relazione non va sempre considerata, ma solo quando le imprese “siano in grado di modificare il loro processo produttivo in modo da fabbricare i prodotti in causa e immetterli sul mercato in breve tempo, senza dover sostenere significativi costi aggiuntivi o affrontare rischi eccessivi, in risposta a piccole variazioni permanenti dei prezzi relativi”, poiché quando sono soddisfatte queste condizioni, “tale fenomeno è equivalente a quello che si riscontra in caso di sostituibilità della domanda”<sup>46</sup>. Un elevato grado di sostituibilità si riscontra nel caso di prodotti differenziati in base alla qualità, in quanto l'impresa può facilmente modificare i propri processi produttivi per realizzare il prodotto della diversa qualità richiesta; ad esempio, sono caratterizzate da un'elevata sostituibilità sul versante dell'offerta le imprese che producono tipologie diverse di carta.

Per definire il mercato rilevante sotto il profilo geografico, bisogna prendere in considerazione l'area geografica in cui le condizioni di concorrenza tra imprese sono “sufficientemente omogenee” e che può essere distinta da zone contigue con condizioni di concorrenza diverse. Non si tratta di un'analisi indipendente dalla precedente, ma complementare ad essa, in quanto prodotti che vengono generalmente considerati dai consumatori come beni sostituti, possono non esserlo in relazione alle zone geografiche in cui sono offerti. Questo accade sia per caratteristiche dell'offerta, che determinano la capacità di imprese situate in zone diverse di operare nel mercato di riferimento, sia caratteristiche della domanda, che spingono i consumatori a spostarsi o meno per acquistare tale prodotto. Anche in questo caso vengono perciò utilizzati come criteri di valutazione la sostituibilità dal lato della domanda e dell'offerta, prendendo come riferimento però l'area geografica in cui opera l'impresa considerata.

La sostituibilità in senso geografico sul versante della domanda si misura osservando se un incremento del prezzo del bene spinge i consumatori a spostarsi in altre località per l'acquisto del prodotto alle migliori condizioni di offerta; per determinare la sostituibilità dal lato dell'offerta, invece, si valuta se, in seguito all'aumento del prezzo del bene nell'area considerata, i produttori di altre zone sono disposti ad iniziare a vendere in tale area. Nella definizione del mercato geografico, al contrario di quanto osservato per quello merceologico, si pone maggiore attenzione alla sostituibilità dal lato dell'offerta.

In generale, gli elementi fondamentali da prendere in considerazione per delimitare il mercato geografico di riferimento sono: (a) i costi di trasporto, che possono essere influenzati anche da caratteristiche qualitative del prodotto, come il peso e la deperibilità; (b) la disponibilità dei consumatori a spostarsi per acquistare il prodotto alle migliori condizioni; (c) le preferenze dei

---

<sup>46</sup> *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in GUCE C 372, 9 dicembre 1997, p.to 20.

consumatori, determinate dalle pratiche di acquisto diffuse relative a tale prodotto, i fattori culturali e gli stili di vita; (d) la presenza di barriere di natura tariffaria e non, o anche di ostacoli provenienti da normative con rilevanti differenze.

Tramite l'analisi di tali elementi sono stati individuati, ad esempio, mercati rilevanti di diversa estensione geografica per calcestruzzo, bevande e tubi in acciaio non saldati, rispettivamente locale, nazionale e internazionale.

Il mercato geografico rilevante del calcestruzzo è stato definito dall'AGCM nell'ambito delle indagini riguardanti un caso di intesa restrittiva, sanzionata nel 2004. Nel relativo provvedimento sono stati individuati sia il mercato geografico del calcestruzzo che del cemento, il quale costituisce la principale materia prima per la produzione del primo. Il cemento, nella delineazione del mercato rilevante sotto il profilo merceologico, è stato considerato un prodotto omogeneo, in quanto esso "deve essere conforme a standard che corrispondono a caratteristiche fisiche, chimiche e meccaniche prescritte dalla normativa vigente e universalmente riconosciute dai produttori"<sup>47</sup>; il mercato geografico è stato invece ritenuto "composto dalla somma di numerosi mercati locali, segmentati sul piano geografico e costituiti da macro-aree comprendenti le regioni che possono essere servite da un medesimo stabilimento produttivo o da un terminale portuale per l'importazione"<sup>48</sup>. La dimensione locale di tale mercato (considerato ordinariamente nel raggio di 300 chilometri) dipende dall'elevato rapporto tra peso e prezzo del cemento, che rende antieconomico il trasporto per lunghe distanze, a causa dell'elevata incidenza dei costi di trasporto rispetto a quelli unitari di produzione. Analoghe considerazioni sono state fatte in relazione al mercato rilevante del calcestruzzo: anche questo è omogeneo sotto il profilo del prodotto, ma di dimensione locale poiché "in ragione delle caratteristiche di deperibilità del prodotto e dello sfavorevole rapporto peso/prezzo, il raggio di azione di una centrale di betonaggio è limitato a poche decine di chilometri dalla collocazione territoriale di ciascuna unità produttiva"<sup>49</sup>; l'estensione del mercato geografico è stata definita pari a un raggio di 30 chilometri rispetto all'impianto di produzione considerato.

I mercati geografici rilevanti delle bevande hanno invece dimensione nazionale, in ragione della bassa incidenza dei costi di trasporto, della presenza di marchi affermati e dei gusti omogenei; infine, un esempio di mercato geografico di estensione internazionale è quello dei tubi in acciaio non saldati, per l'assenza di barriere legali e amministrative e la progressiva riduzione dei dazi per l'importazione di tale prodotto.

---

<sup>47</sup> AGCM, provvedimento n. 13457, *Mercato del calcestruzzo*, in Boll., n. 31/2004, p.to 75.

<sup>48</sup> AGCM, provvedimento n. 13457, *Mercato del calcestruzzo*, in Boll., n. 31/2004, p.to 76.

<sup>49</sup> AGCM, provvedimento n. 13457, *Mercato del calcestruzzo*, in Boll., n. 31/2004, p.to 89.

Tra gli strumenti quantitativi utilizzati per lo studio della sostituibilità tra prodotti, il più efficace e preciso per la definizione dei confini del mercato rilevante è lo *SSNIP test* (“*Small but Significant Non-transitory Increase in Price*”), noto anche come “test del monopolista ipotetico”; esso fornisce indicazioni più complete rispetto a quelle date dal calcolo dell’elasticità incrociata, in quanto è in grado di cogliere contemporaneamente entrambe le dimensioni, merceologica e geografica, e, inoltre, non in relazione ad un prodotto di riferimento ma in maniera assoluta.

Attraverso lo *SSNIP test* si osserva la reazione dei consumatori “ad un ipotetico piccolo incremento (dell’ordine del 5-10 %) di carattere permanente del prezzo dei prodotti stessi nell’area considerata”<sup>50</sup>. Il test si basa su una situazione ideale, in cui un ipotetico monopolista controlli tutta la produzione di un determinato bene in una certa area geografica; se, a seguito di un incremento del prezzo da parte del monopolista, la domanda dei consumatori si sposta verso altri prodotti e altre aree, allora queste vanno incluse nello stesso mercato rilevante del prodotto considerato. Il test viene ripetuto fino a quando si individua “un insieme di prodotti e di aree tale che un lieve incremento permanente dei prezzi sarebbe redditizio”<sup>51</sup>. Lo stesso metodo può essere applicato anche sul versante dell’offerta, per valutare il relativo grado di sostituibilità, delineando così in maniera completa i confini merceologici e geografici del mercato rilevante. Nonostante lo *SSNIP test* costituisca l’approccio più preciso sul piano teorico, la sua applicazione presenta delle criticità, in particolare nelle analisi degli abusi di posizione dominante. In questi contesti, il prezzo corrente da cui si parte per effettuare il test, praticato dall’impresa dominante, è superiore al prezzo concorrenziale e, in molti casi, vicino al prezzo di riserva dei consumatori; perciò anche un lieve incremento del prezzo potrebbe provocare uno spostamento della domanda, il quale non sarebbe però il risultato di un’effettiva sostituibilità, ma semplicemente dell’impossibilità per i consumatori di pagare un prezzo più alto. Il test può condurre così a conclusioni errate, individuando un mercato rilevante più ampio di quanto realmente sia e sottostimando il reale potere di mercato dell’impresa. Tale problema, noto come “*Cellophane Fallacy*” è stato affrontato dall’AGCM nel procedimento riguardante Coca Cola, in cui ha osservato che: “l’applicazione del test del monopolista ipotetico, a partire da un prezzo che è già elevato, in quanto praticato da un’impresa in posizione dominante, può fare emergere una elasticità della domanda più pronunciata di quella esistente a prezzi concorrenziali, da cui discenderebbe un mercato rilevante più ampio”<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell’applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in GUCE C 372, 9 dicembre 1997, p.to 17.

<sup>51</sup> *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell’applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in GUCE C 372, 9 dicembre 1997, p.to 17.

<sup>52</sup> AGCM, n. 7804, *Pepsico Foods and Beverages International-IBG Sud/Coca Cola Italia*, in Boll., n. 49/1999.

Nell'ambito dell'applicazione delle norme sugli abusi di posizione dominante può essere spesso fondamentale individuare, oltre al mercato rilevante, anche i mercati collegati, orizzontalmente o verticalmente, a quello in cui l'impresa opera. L'impresa in posizione dominante può infatti sfruttare il proprio potere economico per ostacolare la concorrenza anche in mercati distinti da quello da essa dominato, ma collegati a questo; anche l'abuso realizzato su tali mercati viene perciò sottoposto all'applicazione della normativa in materia di posizione dominante e alle relative sanzioni, sulla base del principio per cui "un'impresa la quale detiene una posizione quasi monopolistica su taluni mercati e una posizione preminente su mercati distinti, ma strettamente collegati, si trova in una situazione equiparabile alla detenzione di una posizione dominante sul complesso dei mercati in esame"<sup>53</sup>.

### 1.6.2 La valutazione del potere di mercato

Dopo aver individuato il mercato rilevante, è necessario stabilire se l'impresa rivesta o meno una posizione dominante all'interno di questo; tale valutazione si basa sull'analisi del potere di mercato dell'impresa, attraverso una serie di indici.

In primo luogo vengono osservati alcuni parametri di carattere strutturale, che permettono di analizzare la struttura del mercato e le sue caratteristiche, individuando al suo interno la posizione dell'impresa oggetto dell'indagine e dei suoi *competitors*. Il tema dei criteri strutturali per la valutazione dell'esistenza di una posizione dominante è stato affrontato dalla Commissione nella Comunicazione riguardante gli orientamenti sull'applicazione dell'art. 102 TfUE; in particolare la Commissione prende in considerazione i seguenti fattori: (i) la posizione di mercato dell'impresa dominante e dei suoi concorrenti, (ii) la presenza di barriere all'ingresso o all'espansione sul mercato e (iii) il potere contrattuale dell'acquirente<sup>54</sup>.

Riguardo l'osservazione del primo elemento, è fondamentale quantificare la quota di mercato detenuta dall'impresa in esame, che può essere determinata tramite diversi parametri, quali il fatturato, il volume delle vendite o il valore del volume d'affari. Nonostante la Commissione abbia sottolineato che la posizione dominante sia il risultato di vari fattori, che presi singolarmente non sono necessariamente determinanti, la giurisprudenza comunitaria ha affermato in molti casi che "si può ritenere che quote molto alte costituiscano di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante"<sup>55</sup>. Ad esempio, nel caso *Akzo*<sup>56</sup>, la Corte ha

---

<sup>53</sup> Sentenza della Corte del 14 novembre 1996, causa C-333/94P, *Tetra Pak International SA*, in Racc., 1996, I-05951.

<sup>54</sup> Comunicazione della Commissione – *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, in GUUE C 45, 24 febbraio 2009, p.to 12.

<sup>55</sup> Sentenza della Corte del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche*, in Racc., 1979, 461, p.to 41.

<sup>56</sup> Sentenza della Corte del 3 luglio 1991, causa C-62/86, *AKZO Chemie BV*, in Racc., 1991, I-3359.

sostenuto che una quota superiore al 50% fa presumere che l'impresa detenga una posizione dominante; in tali circostanze, graverà su quest'ultima l'onere di provare il contrario. È stato sostenuto invece che se la quota risulta al di sotto del 25% è poco probabile che l'impresa sia in posizione dominante<sup>57</sup>, mentre una quota inferiore al 10% “è troppo modesta per potersi considerare un indizio di posizione dominante sul mercato”<sup>58</sup>.

Oltre a determinare la quota di mercato, è fondamentale inoltre osservare la sua stabilità nel tempo, analizzando le sue variazioni storiche. Una quota elevata ma molto volatile, che varia in maniera significativa in un dato intervallo di tempo, non dà informazioni sicure sull'esistenza di una posizione dominante; al contrario, una quota consistente mantenuta stabilmente per alcuni anni è maggiormente indicativa della condizione di dominanza dell'impresa.

La quota di mercato detenuta dall'impresa non va interpretata in termini assoluti, ma considerando le altre condizioni rilevanti del mercato, in particolare il numero e le quote di mercato dei concorrenti. Infatti se l'impresa detiene una quota elevata ma altre imprese sul mercato possiedono quote equiparabili alla prima, allora l'impresa non occuperà una posizione dominante su quel mercato; al contrario, se l'impresa ha una quota consistente, ma non abbastanza elevata, e opera su un mercato caratterizzato da un elevato numero di concorrenti con quote molto ridotte, allora può essere considerata in posizione dominante. Perciò, maggiore è la differenza tra la quota dell'impresa considerata e quella dei suoi più stretti *competitors*, maggiore è la possibilità che essa occupi una posizione dominante.

In questa prospettiva, può rivelarsi utile misurare il grado di concentrazione del mercato rilevante, determinato dal numero di imprese in esso operanti e dalla distribuzione delle quote di mercato; un alto grado di concentrazione indica un elevato accentramento del potere di mercato tra le imprese leader.

Tra gli indici che misurano la concentrazione del mercato, il più completo e preciso è l'indice di Herfindahl-Hirschman, calcolato come la somma del quadrato delle quote di mercato di tutte le imprese che operano nel mercato considerato. Dato un mercato con  $n$  imprese, ciascuna con una quota di mercato  $s_i$ , l'indice di Herfindahl-Hirschman si calcola con la seguente formula:

$$HH = \sum_{i=0}^n s_i^2 \quad (3)$$

Tale indice varia da 0 a 1: ha valore pari a 1 in caso di monopolio, in cui la concentrazione è massima, mentre in un mercato concorrenziale composto da imprese di uguali dimensioni sarà pari a  $1/n$  e tenderà a 0 quando il numero di imprese è infinito, situazione in cui c'è totale assenza di

---

<sup>57</sup> Art. 32 Reg. CE n. 139/2004, “Regolamento comunitario sulle concentrazioni”.

<sup>58</sup> Sentenza della Corte del 22 ottobre 1986, causa 75/84, *Metro*, in Racc., 1986, 3021, p.to 85.

concentrazione. Generalmente un valore dell'indice compreso tra 0,15 e 0,25 indica una moderata concentrazione del mercato, mentre un valore superiore a questa soglia indica che il mercato è fortemente concentrato<sup>59</sup>.

Il secondo fattore da prendere in considerazione nell'accertamento della posizione dominante, secondo le indicazioni della Commissione, è l'eventuale presenza nel mercato di barriere all'ingresso o all'espansione. Le prime consistono, in generale, in vari fattori che possono ostacolare o impedire l'entrata di nuovi concorrenti sul mercato, mentre le seconde ostacolano lo sviluppo delle imprese che operano già nel mercato. La presenza di tali barriere riduce il grado di concorrenza potenziale sul mercato e di conseguenza facilita il mantenimento delle eventuali posizioni dominanti detenute dalle imprese. Le barriere all'entrata o all'espansione possono essere di natura sia giuridica che economica; nel primo caso, esse sono previste da normative di carattere amministrativo o regolamentare e consistono, ad esempio, nella creazione di monopoli legali o nella richiesta di autorizzazioni e concessioni specifiche per operare nel mercato. Le barriere di natura economica, invece, sono legate alla struttura del mercato e consistono in un "costo di produzione che deve essere sostenuto da un'impresa che cerca di entrare in un'industria, e che non deve essere sostenuto dalle imprese che sono già attive nell'industria"<sup>60</sup>; esse sono determinate da vari fattori, tra cui la presenza di economie di scala e la necessità di ingenti investimenti iniziali.

Il terzo elemento determinante nell'individuazione della posizione dominante di un'impresa riguarda gli acquirenti e la pressione concorrenziale che essi sono in grado di esercitare sull'impresa stessa; la presenza di un forte potere contrattuale degli acquirenti può infatti controbilanciare il potere economico dell'impresa, riducendo la capacità di quest'ultima di comportarsi in maniera indipendente dai clienti. Il potere contrattuale degli acquirenti può derivare dalla loro rilevanza commerciale per l'impresa in questione, dalla loro capacità di passare facilmente ad altri fornitori oppure dalla minaccia di favorire nuovi ingressi nel mercato o di integrarsi verticalmente.

In relazione a questo tema, bisogna sottolineare che, nonostante sia più diffusa l'ipotesi di posizione dominante dell'impresa, quindi dal lato dell'offerta, esistono anche casi di posizione dominante sul versante della domanda; viene definito monopsonio il caso estremo in cui in un mercato sia presente un solo acquirente. Condizioni di questo tipo si rilevano nel settore farmaceutico, in cui l'acquirente principale è il servizio sanitario nazionale, il quale, essendo sostanzialmente in una situazione di monopolio dal lato della domanda, contratta le condizioni di prezzo con le diverse industrie farmaceutiche.

---

<sup>59</sup> Queste soglie sono indicate dalle "US Merger Guidelines".

<sup>60</sup> Definizione proposta da Stigler, 1968.

Altri fattori rilevanti che le Autorità antitrust possono osservare nel valutare la posizione dominante sono le risorse tecniche e finanziarie dell'impresa. In particolare, bisogna prendere in considerazione la solidità finanziaria dell'impresa, tenendo conto della sua capacità di finanziare la propria attività anche raccogliendo risorse su mercati diversi da quello rilevante; si tratta della pratica dei cosiddetti "sussidi incrociati". Sotto il profilo tecnico invece, è da considerare la possibile presenza di capacità produttiva in eccesso, che l'impresa potrebbe utilizzare per soddisfare eventuali incrementi di domanda.

Infine, i risultati ottenuti dall'analisi dei criteri di carattere strutturale va integrata con i criteri comportamentali, consistenti nell'esame delle condotte e delle strategie dell'impresa, in quanto queste ultime possono contribuire nell'isolare dalla concorrenza l'impresa dominante.

Nel procedimento volto ad accertare l'esistenza della posizione dominante di un'impresa, nell'ambito di uno specifico caso, non sono rilevanti, invece, le decisioni passate dell'Autorità che abbiano verificato la posizione dominante dell'impresa oggetto di indagine. Questa circostanza deriva dal principio per cui, in teoria, i meccanismi concorrenziali sono in grado di deteriorare la posizione dominante nel corso del tempo; di conseguenza, ogni volta che le autorità aprono un'indagine su una condotta che può configurare un abuso di posizione dominante, devono accertare che tale posizione sussista nella situazione concreta presa in considerazione.

La fattispecie descritta dall'art. 102 TfUE e dall'art. 3 l. n. 287/1990 prevede che la posizione dominante possa essere detenuta non solo da un'unica impresa, ma anche congiuntamente da due o più imprese. Questa situazione viene definita "dominanza collettiva", o "congiunta", e si verifica quando più imprese, indipendenti sul piano giuridico, si presentano e agiscono come un'unica entità economica. Le imprese in posizione di dominanza collettiva devono essere legate da stretti vincoli economici che le conducano ad adottare una linea d'azione comune; questi vincoli possono derivare, in primo luogo, da legami strutturali tra imprese, come nel caso di accordi, amministrazione comune e partecipazioni incrociate. Tra tali forme di coordinamento rientrano perciò anche gli accordi ricompresi nella fattispecie di intese restrittive vietate dall'art. 101 TfUE; qualora si verifichi la sussistenza di una posizione dominante collettiva tra imprese facenti parte di un'intesa restrittiva, le autorità possono applicare le due norme alternativamente o cumulativamente. Tuttavia, i legami economici tra imprese in posizione di dominanza collettiva possono anche non derivare da legami strutturali, ma dipendere dalla struttura del mercato, come nel caso dei mercati oligopolistici: tali condizioni di mercato incentivano le imprese ad adottare condotte tra loro uniformi, al fine di massimizzare il profitto, sottraendosi così ai meccanismi della concorrenza. Tale coordinamento tra oligopolisti si realizza senza essere in alcun modo concordato, e perciò non può essere ricondotta alla fattispecie delle intese.

Un esempio dell'approccio comunitario a situazioni di posizione dominante congiunta è costituito dalla sentenza sul caso *CEWAL*, una conferenza marittima; i giudici hanno affermato che “per accertare l'esistenza di un'entità collettiva nel senso precedentemente evidenziato è necessario esaminare i legami o fattori di correlazione economici tra le imprese interessate (...).

Al riguardo occorre soprattutto verificare se esistono tra le imprese interessate legami economici che consentano loro di agire insieme, indipendentemente dai loro concorrenti, dai loro clienti e dai consumatori”<sup>61</sup>. Inoltre, relativamente ai legami tra le imprese ha fatto riferimento a vincoli di varia natura, stabilendo che “l'esistenza di una posizione dominante collettiva può pertanto risultare dalla natura e dai termini di un accordo, dalla maniera della sua applicazione e, pertanto, dai legami o fattori di correlazione tra imprese che ne derivano. Tuttavia, l'esistenza di un accordo o di altri vincoli giuridici non è indispensabile all'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante collettiva, accertamento che 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”<sup>62</sup>.

Dopo una serie di decisioni comunitarie riguardanti casi di posizione dominante collettiva, gli elementi da considerare per individuare tale posizione sono stati definiti in maniera più precisa. In particolare, sono state indicate tre condizioni necessarie affinché possa sussistere una situazione di dominanza collettiva, elencate nella sentenza sul caso *Airtours*<sup>63</sup>: (i) “ciascun membro dell'oligopolio dominante deve poter conoscere il comportamento degli altri membri, al fine di verificare se essi adottino o meno la stessa linea di azione”; (ii) “è necessario che la situazione di coordinamento tacito possa conservarsi nel tempo, ossia deve esistere un incentivo a non scostarsi dalla linea di condotta comune nel mercato”; (iii) si deve “provare che la reazione prevedibile dei concorrenti effettivi e potenziali nonché dei consumatori non rimetterebbe in discussione i risultati attesi dalla comune linea d'azione”.

## 1.7 L'abuso di posizione dominante

Dopo aver accertato l'esistenza di una posizione dominante, che costituisce il primo presupposto per l'applicazione dell'art. 102 TfUE (e dell'art. 3 l. n. 287/1990), il passo successivo consiste nell'analisi del comportamento dell'impresa, al fine di stabilire se esso possa configurare o meno un abuso.

---

<sup>61</sup> Sentenza della Corte del 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96P e C-396/96P, *Compagnie Maritimes Belges*, in Racc., 2000, I-1365, p.ti 41-42.

<sup>62</sup> Sentenza della Corte del 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96P e C-396/96P, *Compagnie Maritimes Belges*, in Racc., 2000, I-1365, p.to 45.

<sup>63</sup> Sentenza del Tribunale del 6 giugno 2002, causa T-342/99, *Airtours/First Choice*, in Racc., 2002, II-2585, p.to 62.

La normativa antitrust non fornisce una definizione esatta della nozione di abuso, né indica dei parametri utilizzabili per determinare se un dato comportamento possa essere considerato abusivo; sia la disposizione comunitaria che quella nazionale si limitano ad elencare alcune pratiche che ricadono nel divieto. Le condotte elencate consistono:

“a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;

b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;

c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;

d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.”<sup>64</sup>

Questi rappresentano solo gli esempi più ricorrenti di abusi di posizione dominante, ma non esauriscono tutti i casi possibili, che negli ultimi anni sono stati moltiplicati dalle decisioni delle autorità, a causa dei contorni poco definiti della nozione di abuso.

Una definizione di abuso è stata formulata dalla Corte di Giustizia nel caso *Hoffmann-La Roche*, in cui ha chiarito che esso “riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza”<sup>65</sup>.

Da tale definizione emerge che la disciplina antitrust attribuisce all'impresa che venga a trovarsi in posizione dominante una “speciale responsabilità”, ovvero l'onere di salvaguardare il grado di concorrenza nel mercato considerato, per bilanciare il suo forte potere economico. Tale responsabilità impedisce all'impresa dominante di sfruttare il proprio potere a danno di concorrenti e consumatori, per non compromettere ulteriormente i meccanismi concorrenziali, già indeboliti dall'elevato accentramento del potere di mercato nelle mani dell'impresa. L'obiettivo perseguito tramite il divieto di sfruttamento abusivo di posizione dominante è infatti quello di tutelare la struttura concorrenziale del mercato e, solo in via mediata, i consumatori finali e i concorrenti altrettanto efficienti.

In questa prospettiva, la normativa vieta all'impresa dominante di attuare anche pratiche commerciali comuni, che sono generalmente considerate legittime se poste in essere in mercati

---

<sup>64</sup> art. 102, comma 2, TfUE. L'art. 3 l. n. 287/1990 ricalca sostanzialmente lo stesso elenco.

<sup>65</sup> Sentenza della Corte del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche*, in Racc., 1979, 461, p.to 91.

concorrenziali, ma possono configurare un abuso se realizzate da un'impresa con elevato potere di mercato, in quanto possono avere come effetto un'ulteriore restrizione della concorrenza.

La normativa antitrust riconosce quindi all'impresa il diritto di perseguire i propri interessi commerciali e di competere con le altre imprese presenti sul mercato, purché tale competizione si svolga tramite strumenti e mezzi leciti e sia basata sulle caratteristiche dei prodotti o servizi offerti e quindi sulla migliore prestazione economica.

Dalla definizione elaborata dalla Corte emerge inoltre che la nozione di abuso ha carattere oggettivo, perciò ai fini dell'applicazione dell'art. 102 TfUE non è rilevante l'eventuale sussistenza di uno specifico intento anticoncorrenziale dell'impresa che ha commesso la pratica abusiva; la colpa o il dolo dell'impresa dominante incidono solo in alcune circostanze e in particolare nell'ambito della determinazione del livello della sanzione. Recentemente, è stato affermato, all'interno di una sentenza della Corte, che la Commissione, nel valutare la strategia di un'impresa prende in considerazione fattori soggettivi, ma "l'esistenza di un eventuale intento anticoncorrenziale costituisce quindi solo una delle numerose circostanze di fatto che possono essere prese in considerazione per accertare un abuso di posizione dominante"<sup>66</sup>.

Una conseguenza derivante dalla natura oggettiva dell'abuso è l'irrelevanza dei mezzi utilizzati per restringere la concorrenza, principio affermato dalla Corte nel caso *Continental Can*, in cui l'impresa dominante sosteneva di non aver commesso alcun abuso, avendo acquistato il pacchetto azionario di controllo di una sua concorrente in maniera lecita; tale posizione venne respinta, in quanto "il rafforzamento della posizione occupata dall'impresa può essere abusivo e vietato dall'art. 86 del trattato, indipendentemente dai mezzi o procedimenti usati a tal fine"<sup>67</sup>.

Da quanto analizzato finora, emerge che il principale problema riguardante l'applicazione dell'art. 102 consiste nello stabilire, nel caso concreto, se una pratica commerciale attuata dall'impresa in posizione dominante possa essere ritenuta lecita o, al contrario, si configuri come una condotta abusiva. Le autorità e i giudici, a tal fine, fanno ricorso ad attente valutazioni basate su criteri di ragionevolezza, riferendosi in particolare ai principi della "giustificazione obiettiva" e della "proporzionalità".

Le giustificazioni oggettive permettono di escludere che un dato comportamento di un'impresa dominante abbia carattere abusivo e rientrano nell'ambito di un'analisi fondata su parametri economici. Tali giustificazioni, sulla base delle fonti da cui derivano, possono essere ricondotte a tre categorie: (i) legittimità della condotta commerciale, (ii) perseguimento di obiettivi di interesse pubblico e (iii) produzione di efficienze economiche.

---

<sup>66</sup> Sentenza della Corte del 19 aprile 2012, causa C-549/10, *Tomra*, p.to 20.

<sup>67</sup> Sentenza della Corte del 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc.*, in Racc., 1973, 215, p.to 27.

Nella prima categoria rientrano le pratiche riconducibili alla normale competizione tra imprese, basata sulla qualità delle prestazioni economiche, e le condotte che l'impresa dominante attua in reazione a strategie dei concorrenti, al fine di tutelare i propri interessi; tale giustificazione è stata sottolineata, ad esempio, nella sentenza sul caso *United Brands*, in cui la Corte ha specificato che “il fatto di detenere una posizione dominante non può privare l'impresa interessata del diritto di tutelare i propri interessi commerciali, se questi sono insidiati, e che quindi le si deve consentire, in misura ragionevole, di compiere gli atti ch'essa ritenga opportuni per la protezione di tali interessi. (...) Pur potendosi ammettere un'eventuale reazione, questa deve essere proporzionata alla minaccia, tenuto conto della potenza economica delle imprese coinvolte”<sup>68</sup>.

Riguardo la categoria del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, sono presenti ancora alcune incertezze riguardo l'ammissione di tale giustificazione, dato che non è stata accolta dalla giurisprudenza comunitaria in vari provvedimenti. Un esempio è fornito dal caso *Hilti*, in cui l'impresa sosteneva che le proprie pistole sparachiodi dovessero essere necessariamente vendute insieme ai relativi chiodi per ragioni di tutela della salute e della sicurezza pubblica, in quanto riteneva pericolosi i chiodi prodotti dai concorrenti; il Tribunale respinse tale giustificazione, sostenendo che “non spetta evidentemente ad un'impresa in posizione dominante adottare, di propria iniziativa, misure destinate ad eliminare prodotti che essa considera, a torto o a ragione, pericolosi, o perlomeno di qualità inferiore ai propri prodotti”<sup>69</sup>, in quanto gli interessi presi in considerazione dall'impresa erano già tutelati dalla leggi in materia e dalle autorità competenti.

La terza categoria di giustificazioni riguarda le efficienze economiche che una pratica penalizzante per la concorrenza può comunque generare, arrecando beneficio ai consumatori; tali giustificazioni sono state riconosciute dalla Corte di Giustizia in varie occasioni e confermate dalla Commissione, che nella Comunicazione 2009/C 45/02 ha affermato la possibilità per le imprese di avvalersi della *efficiency defense* per giustificare la propria condotta, dimostrando che:

- “— le efficienze sono state (o è probabile che siano state) realizzate in conseguenza del comportamento. Si può trattare, ad esempio, di miglioramenti tecnici della qualità dei beni o di una riduzione dei costi di produzione o di distribuzione,
- il comportamento è indispensabile per la realizzazione di tali efficienze: non devono esistere alternative meno anticoncorrenziali che siano in grado di produrre le stesse efficienze,
- le probabili efficienze determinate dal comportamento in questione superano probabili effetti negativi sulla concorrenza e sul benessere dei consumatori nei mercati interessati,
- il comportamento non sopprime la concorrenza effettiva, eliminando tutte le fonti esistenti di concorrenza reale o potenziale o la maggior parte di esse. (...) Secondo la Commissione, un

---

<sup>68</sup> Sentenza della Corte del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands*, in Racc., 1978, 207, p.ti 189-190.

<sup>69</sup> Sentenza del Tribunale del 12 dicembre 1991, causa T-30/89, *Hilti*, in Racc., 1991, I-1439, p.to 118.

comportamento di esclusione che mantenga, crei o rafforzi una posizione di mercato che si avvicina a quella di monopolio non può di norma essere giustificato per il fatto che crea anche incrementi di efficienza”<sup>70</sup>.

Affinché il comportamento venga legittimato, non è sufficiente che sia obiettivamente giustificabile, sulla base di una delle ragioni elencate, ma deve essere sottoposto anche ad un “test di proporzionalità”: deve essere proporzionato allo scopo perseguito e non provocare effetti dannosi più di quanto sia necessario per il raggiungimento dell’obiettivo. Se l’effetto restrittivo della concorrenza risulta sproporzionato rispetto ai vantaggi conseguiti, allora la condotta deve essere considerata abusiva, come è accaduto nel caso *United Brands*: l’impresa dominante ha interrotto le forniture a un distributore in seguito alla partecipazione di quest’ultimo a una campagna promozionale per un’impresa concorrente. Nonostante la condotta dell’impresa fosse obiettivamente giustificabile dal fine della tutela dei propri interessi, la Corte ha affermato che “un rifiuto di vendita, come reazione da parte di un’impresa in posizione dominante, era una misura eccessiva rispetto alle sanzioni che si potevano eventualmente e ragionevolmente prevedere in risposta ad una condotta del genere”<sup>71</sup>.

## 1.8 Le fattispecie dell’abuso

Come già anticipato, le condotte abusive legalmente tipizzate, contenute nell’art. 102 TfUE, e nell’art. 3 l. n. 287/1990, non costituiscono un elenco chiuso, in quanto è possibile per le autorità configurare come abusi una vasta serie di pratiche diverse da quelle previste dalla normativa, in base al risultato delle valutazioni compiute nel caso concreto. Nel corso degli anni, infatti, la giurisprudenza, comunitaria e nazionale, ha identificato vari casi di sfruttamenti abusivi di posizione dominante, che hanno assunto forme diversificate e complesse; ciò ha reso particolarmente critico elaborare una catalogazione completa e sistematica delle fattispecie che ricadono nel divieto di abuso di posizione dominante.

Tra i vari comportamenti abusivi è possibile individuare due principali categorie, sulla base degli specifici effetti anticoncorrenziali prodotti: gli abusi di sfruttamento e gli abusi escludenti.

Gli effetti dei primi si producono nelle relazioni verticali dell’impresa nei mercati a monte e a valle, ovvero, rispettivamente, quelle intercorrenti con i fornitori e con i clienti; attraverso tali pratiche, l’impresa dominante sfrutta il proprio potere di mercato al fine di massimizzare i propri profitti a danno di fornitori e clienti, applicando prezzi eccessivi o condizioni ingiustificatamente

---

<sup>70</sup> Comunicazione della Commissione – *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell’applicazione dell’articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti*, in GUUE C 45, 24 febbraio 2009, p.to 30.

<sup>71</sup> Sentenza della Corte del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands*, in Racc., 1978, 207, p.to 191.

gravose o discriminatorie nei confronti dei contraenti. Gli abusi escludenti, invece, hanno effetti anticoncorrenziali sulle relazioni orizzontali dell'impresa che li compie, ossia tra i suoi concorrenti reali e potenziali. Le pratiche escludenti sono adottate dall'impresa dominante al fine di ostacolare i propri concorrenti e rafforzare ulteriormente la propria posizione e possono consistere, ad esempio, in limitazioni ingiustificate della produzione o in strategie di prezzo. Nella prassi applicativa, le autorità hanno riscontrato maggiori difficoltà nel provare casi di abusi di sfruttamento, in quanto, per tale fattispecie, la distinzione tra condotta commerciale lecita e pratica abusiva è più complessa; conseguentemente la relativa casistica è alquanto ridotta, mentre sono più diffuse pronunce delle autorità riguardanti casi di abusi escludenti. La Commissione ha dedicato particolare attenzione alla disciplina dei casi appartenenti questa seconda categoria, emanando un'apposita Comunicazione, gli "Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti", per fornire maggiori strumenti interpretativi per l'applicazione della normativa a questo genere di abusi. Tuttavia, è opportuno rilevare che i confini tra le due categorie non sono netti, poiché in molti casi la condotta abusiva può essere ricondotta ad entrambe le categorie.

Oltre alla distinzione tradizionale, tra abusi escludenti e di sfruttamento, sono state elaborate altre classificazioni, ad esempio tra abusi derivanti da politiche di prezzo e non di prezzo.

Di seguito saranno richiamate le principali fattispecie di abuso, che tuttavia non esauriscono il novero di casi riscontrabili nella prassi applicativa.

### 1.8.1 L'imposizione di prezzi eccessivi

La lettera a) dell'art. 102 TfUE qualifica come pratica abusiva l'imposizione, diretta o indiretta, da parte dell'impresa dominante, di prezzi d'acquisto, di vendita o di altre condizioni di transazione non eque; anche l'art. 3, lett. a), l. n. 287/1990, elenca tale condotta tra i comportamenti abusivi, differenziandosi dalla disposizione comunitaria solo nel riferire il divieto a prezzi e condizioni "ingiustificatamente gravose".

L'imposizione di prezzi eccessivi nei rapporti contrattuali con parti non concorrenti rientra nella prima fattispecie considerata dalla normativa antitrust e costituisce peraltro il più tipico esempio di abuso di sfruttamento. L'impresa, infatti, applicando prezzi elevati a clienti e fornitori, non ha come obiettivo l'eliminazione di concorrenti dal mercato, ma la massimizzazione dei propri profitti. In tal modo, l'impresa dominante sfrutta il proprio potere di mercato per appropriarsi della cosiddetta "rendita del monopolista", imponendo un prezzo superiore a quello che verrebbe

praticato su mercati concorrenziali per il medesimo prodotto o servizio, che, come già analizzato<sup>72</sup>, genera una perdita secca di benessere per i consumatori.

Relativamente alla nozione di prezzo “non equo”, la Corte ha specificato, nel caso *United Brands*, che il prezzo deve ritenersi eccessivo quando è “privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita”<sup>73</sup>, sottolineando l’importanza dell’analisi della struttura dei costi. La valutazione dell’equità del prezzo necessita quindi di una complessa analisi, che tenga conto delle caratteristiche specifiche del caso considerato, in particolare delle peculiarità del prodotto o servizio e della struttura del mercato. Nella prassi, le difficoltà riscontrate nel condurre tale analisi hanno spinto le autorità ad applicare molto raramente la disciplina relativa alla fattispecie in esame, principalmente in casi in cui la fissazione del prezzo appariva palesemente illogica e ingiustificata.

## 1.8.2 Il rifiuto di contrarre

Il rifiuto ingiustificato da parte di un’impresa dominante di fornire ad un altro operatore un prodotto o servizio, in determinate circostanze, è considerato un comportamento abusivo; in particolare, la fattispecie si applica quando il rifiuto avviene da parte di un’impresa verticalmente integrata, che occupa una posizione dominante nel mercato a monte e opera anche sul mercato a valle, nei confronti di un concorrente che necessita del prodotto o servizio per operare nel mercato a valle. L’abuso si configura anche nel caso in cui non si verifichi un effettivo rifiuto diretto, essendo sufficiente un cosiddetto “rifiuto costruttivo”, che può consistere, ad esempio, in “ritardi indebiti o in altre forme di danneggiamento della fornitura del prodotto o nell’imposizione di condizioni irragionevoli in cambio della fornitura”<sup>74</sup>.

Tale condotta è riconducibile alla categoria delle pratiche escludenti, vietate dalla lett. b), comma 2, art. 102, TFUE, (e dalla lett. b), art. 3, l. n. 287/1990), consistenti “nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori”; l’obiettivo dell’impresa è infatti quello di estendere la posizione dominante che occupa su un dato mercato ad altri mercati collegati ad esso, sfruttando il proprio potere economico per ostacolare l’attività dei propri concorrenti su tali mercati.

L’applicazione di tale fattispecie è particolarmente delicata, in quanto le imprese hanno il diritto di disporre dei propri beni e di scegliere i propri partner commerciali, perciò, per comprimere tale diritto, è necessario considerare con cautela gli interessi contrapposti.

---

<sup>72</sup> Paragrafo 1.2.

<sup>73</sup> Sentenza della Corte del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands*, in Racc., 1978, 207, p.to 250.

<sup>74</sup> Comunicazione della Commissione – *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell’applicazione dell’articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti*, in GUUE C 45, 24 febbraio 2009, p.to 79.

Il caso di riferimento per la disciplina in esame è quello che ha coinvolto Commercial Solvents, unica produttrice di aminobutanolo, per il rifiuto da parte della sua filiale italiana, l'Istituto Chemioterapico Italiano, di continuare a vendere tale sostanza a Zoja, che la utilizzava per produrre un prodotto derivato, l'etambutolo. La Commissione, nella relativa decisione, ha constatato che la condotta di Commercial Solvents aveva come effetto "l'eliminazione di uno dei principali produttori di etambutolo del mercato comune" e perciò, limitando "gli sbocchi della materia prima nonché la produzione d'etambutolo", arrecava "un pregiudizio grave al mantenimento di condizioni di concorrenza effettiva nel mercato comune stesso"<sup>75</sup>.

Relativamente ai parametri da utilizzare per accertare la fattispecie del rifiuto a contrarre, si fa riferimento alla *essential facility doctrine*, elaborata negli Stati Uniti, in base alla quale l'impresa in posizione dominante che possiede infrastrutture essenziali per svolgere una determinata attività economica nei mercati a valle, deve consentire ai concorrenti di accedervi a condizione eque e non discriminatorie.

Secondo tale dottrina, il rifiuto da parte dell'impresa configura un abuso qualora sussistano le seguenti quattro condizioni:

- (i) L'infrastruttura sia strettamente necessaria per l'attività economica svolta nel mercato a valle;
- (ii) Tale infrastruttura non sia oggettivamente duplicabile dai concorrenti, per ragioni normative o economiche;
- (iii) Sussista un rifiuto alla richiesta di accesso all'infrastruttura, o l'accesso venga subordinato a condizioni inique;
- (iv) Il rifiuto non ha giustificazioni obiettive, di carattere economico o tecnico<sup>76</sup>.

La dottrina delle *essential facilities* è stata applicata dalla Commissione e dall'AGCM in numerosi casi, principalmente relativi a infrastrutture materiali, quali porti, aeroporti e infrastrutture a rete; nel corso degli anni, si è tentato di estendere la teoria, applicandola anche a infrastrutture immateriali, come i brevetti.

Questo orientamento è stato però ridimensionato dalla Corte di Giustizia, in quanto un'applicazione troppo estensiva e generalizzata potrebbe costituire un disincentivo alla realizzazione di nuove infrastrutture e al potenziamento di quelle esistenti.

---

<sup>75</sup> Decisione della Commissione del 14 dicembre 1972, *Zoja/C.S.C.-ICI*, L 299/51.

<sup>76</sup> Ghezzi F., Olivieri G. (2013). *Diritto antitrust*. Giappichelli, Torino: pp. 236-238.

### 1.8.3 Le pratiche discriminanti

La fattispecie delle pratiche discriminanti è esplicitamente citata dalla normativa antitrust, in particolare, dalla lettera c) dell'art. 102 TfUE, e dalla stessa lettera dell'art. 3 l. n. 287/1990, che considera come pratica abusiva “applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza”.

In tale fattispecie rientra la pratica della discriminazione dei prezzi, che consiste nella vendita del medesimo prodotto o servizio applicando prezzi differenti per diversi acquirenti. Essa può assumere forme diverse, quali, ad esempio, differenze nei prezzi ufficiali o l'applicazione di sconti in base a fattori quantitativi o qualitativi, ma in generale la teoria economica individua tre tipi principali di discriminazione.

La discriminazione di primo tipo consiste nell'applicare a ciascun cliente il suo prezzo di riserva, ma è una pratica difficilmente riscontrabile nella realtà, in quanto generalmente le imprese non sono in grado di raccogliere informazioni tanto dettagliate sui clienti da conoscere il massimo prezzo che ciascuno di essi è disposto a pagare.

La discriminazione di secondo tipo consiste invece nel praticare prezzi diversi a seconda delle esigenze dei consumatori; in questo caso l'impresa non deve conoscere le caratteristiche individuali di ciascun cliente, in quanto è sufficiente che raccolga informazioni sulle preferenze “medie” dei consumatori, offrendo varie combinazioni e sfruttando meccanismi di auto-selezione. Degli esempi tipici di tale forma di discriminazione sono gli sconti-quantità e i biglietti di prima e seconda classe.

La discriminazione di terzo tipo, infine, costituisce la forma più diffusa e viene realizzata dall'impresa che ha sufficienti informazioni per poter segmentare la propria clientela; in tal modo essa può applicare a ciascun gruppo un prezzo diverso, sulla base di una stima della sensibilità media al prezzo. Degli esempi di tale pratica sono la discriminazione su base geografica o in base all'età o all'occupazione, come nel caso di sconti a studenti e anziani.

La discriminazione dei prezzi non è una condotta di per sé vietata, in quanto normalmente essa ha effetti positivi: sfruttando la diversa propensione al consumo dei vari acquirenti, consente un aumento della produzione e, conseguentemente, del benessere complessivo. Tuttavia, quando la discriminazione è praticata da un'impresa in posizione dominante può configurare un abuso; in particolare, la discriminazione è considerata abusiva quando: (i) viene praticata verso clienti che operano in concorrenza tra loro e (ii) riguarda prodotti o servizi che rappresentano una parte

rilevante dei costi di tali clienti<sup>77</sup>. In queste circostanze, infatti, essa è in grado di determinare “uno svantaggio per la concorrenza”.

Un’applicazione concreta della disciplina della fattispecie delle pratiche discriminatorie è rappresentata dal caso *Irish Sugar*, in cui l’impresa dominante nei mercati irlandesi dello zucchero industriale e dello zucchero destinato alla vendita al dettaglio è stata condannata per aver abusato della propria posizione attuando pratiche discriminatorie; l’impresa aveva adottato una pratica commerciale volta alla “difesa del suo mercato nazionale in Irlanda nei confronti, da una parte, delle importazioni da altri Stati membri e, dall’altra parte, delle imprese confezionatrici concorrenti all’interno del paese”, che prevedeva inoltre “l’imposizione di prezzi discriminatori all’interno del proprio mercato nazionale”<sup>78</sup>.

#### 1.8.4 Le pratiche leganti

L’ultima condotta citata nell’elenco delle fattispecie di abuso di posizione dominante, sia dalla disposizione comunitaria che da quella italiana, consiste nelle cosiddette pratiche leganti; è infatti vietato per l’impresa dominante “subordinare la conclusione di contratti all’accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l’oggetto dei contratti stessi”<sup>79</sup>.

Rientrano in questa fattispecie le “vendite abbinata”, che comprendono varie modalità di vendita congiunta di due o più prodotti o servizi, utilizzate dall’impresa che, essendo in posizione dominante sul mercato di uno dei due beni, punta ad estendere il proprio potere anche sul mercato del bene abbinato nella vendita. Tra tali tipologie di vendita, si distingue tra vendite trainate (*tying*) e vendite connesse (*bundling*).

La prima tipologia consiste nel subordinare la vendita di un bene, *tying product*, all’impegno, di natura contrattuale o tecnologica, del cliente di acquistare un secondo prodotto, *tied product*, il quale potrebbe essere acquistato sui mercati anche separatamente dal primo. Un esempio di vendita trainata è rappresentato dalla pratica di alcuni produttori di macchine fotocopiatrici che impongono ai clienti l’acquisto dei toner di ricambio.

Il *bundling* è invece la vendita congiunta di due prodotti o servizi, con modalità differenti a seconda che si tratti di *bundling* puro o misto. Il primo si realizza quando la vendita riguarda due beni che possono essere acquistati sul mercato solo insieme, come nel caso della vendita di un quotidiano abbinato ad un’altra rivista o ad un inserto. Il *bundling* si definisce misto, invece, quando l’impresa offre ai clienti la possibilità di scegliere tra acquistare i due beni congiuntamente

---

<sup>77</sup> Prosperetti, L. (2006). *Economia e diritto antitrust: un’introduzione*. Carocci: p. 236.

<sup>78</sup> Decisione della Commissione del 14 maggio 1997, *Irish Sugar*, L 258/1.

<sup>79</sup> Art. 102, comma 2, lett. d), TFUE.

o separatamente, ma incentiva l'acquisto congiunto, prevedendo per il pacchetto (*bundle*) un prezzo inferiore alla somma dei prezzi dei beni acquistati separatamente; ad esempio, questa pratica è molto diffusa nel settore del turismo, in cui le compagnie di viaggio offrono pacchetti *all inclusive* a condizioni particolarmente vantaggiose.

Le vendite abbinate non hanno necessariamente effetti negativi, poiché in molti casi possono aumentare l'efficienza, il valore del bene per l'acquirente o le vendite, soprattutto nel caso del *bundling* misto. Tuttavia, in determinate circostanze, se praticate da imprese in posizione dominante sul mercato di uno dei prodotti oggetto della vendita, possono avere effetti anticoncorrenziali, in ragione della possibilità di effettuare il cosiddetto "*leveraging of market power*", ossia il trasferimento del potere sul mercato, concorrenziale, dell'altro bene.

Ad esempio, la pratica del *tying* è stata ritenuta abusiva nel caso *Microsoft*, in cui l'impresa, dominante sul mercato dei sistemi operativi per PC, ha commesso due abusi; in particolare, relativamente alla pratica delle vendite trainate, l'impresa ha abbinato il programma Windows Media Player (WMP) al sistema operativo Windows. Tale condotta consentiva "a Microsoft di ottenere un'onnipresenza ineguagliata del media player sui PC di tutto il mondo" ed è stata perciò ritenuta dalla Commissione "in grado di precludere la concorrenza"<sup>80</sup>.

La Commissione ha condotto la propria analisi partendo dalla giurisprudenza comunitaria, che ritiene la pratica del *tying* abusiva, ai sensi della lett. d), art. 102, TfUE, quando si verificano le seguenti condizioni cumulative: (i) l'impresa detiene una posizione dominante sul mercato del prodotto *tying*; (ii) i prodotti *tying* e *tied* sono considerati prodotti distinti; (iii) l'impresa non offre ai clienti la possibilità di acquistare i due prodotti separatamente; (iv) la vendita abbinata ha come effetto la preclusione della concorrenza<sup>81</sup>.

### 1.8.5 L'imposizione di prezzi predatori

Un'ulteriore fattispecie di abuso derivante da politiche di prezzo è rappresentata dall'imposizione dei cosiddetti prezzi predatori. Un comportamento predatorio da parte di un'impresa dominante consiste in una strategia costituita da due diverse fasi: nella prima, l'impresa abbassa i prezzi al punto da non coprire i costi di produzione, spingendo in tal modo i propri concorrenti ad abbandonare il mercato; nella seconda fase, l'impresa, ormai sola sul mercato, è in grado di innalzare i prezzi in modo tale da recuperare le perdite subite precedentemente e realizzare profitti di monopolio. Questa strategia può essere attuata solo se l'impresa è in grado di sopportare le

---

<sup>80</sup> Decisione della Commissione del 24 maggio 2004, *Microsoft*, caso n. COMP/C-3/37.792, p.to 28.

<sup>81</sup> Prosperetti, L. (2006). *Economia e diritto antitrust: un'introduzione*. Carocci: pp. 258-260.

perdite previste nella prima fase e se nel mercato sono presenti barriere all'ingresso, che ostacolano i concorrenti che, dopo aver abbandonato il mercato, tentino di rientrarvi nella seconda fase.

Considerato il fine di tale condotta, quest'ultima non può essere ricompresa nella fattispecie dei prezzi "non equi" prevista dalla lett. a) art. 102 TfUE, ma deve piuttosto essere ricondotta alle pratiche escludenti vietate nella lett. b) della stessa norma, in quanto l'effetto anticoncorrenziale consiste nell'esclusione dal mercato delle imprese rivali.

Il caso di riferimento in materia, a livello comunitario, è la sentenza *Akzo*, in cui sono stati individuati i criteri da utilizzare nel valutare l'eventuale carattere predatorio dei prezzi. La Corte ha specificato che l'imposizione di "prezzi inferiori alla media dei costi variabili (vale a dire quei prezzi che variano in funzione dei quantitativi prodotti)" è una prova evidente di una condotta predatoria dell'impresa dominante, in quanto, "poiché ogni vendita comporta per l'impresa dominante una perdita, (...) la detta impresa non ha infatti alcun interesse a praticare simili prezzi se non quello di eliminare i propri concorrenti, per poter poi rialzare i propri prezzi approfittando della situazione di monopolio"<sup>82</sup>. Invece, prezzi superiori al costo variabile medio, ma inferiori alla media dei costi totali, composti da costi variabili e costi fissi, non hanno necessariamente carattere predatorio, ma potrebbero averlo, se inseriti nell'ambito di una più estesa strategia escludente. "Tali prezzi possono infatti estromettere dal mercato imprese le quali potrebbero essere altrettanto efficienti come l'impresa dominante, ma che, per via delle loro più modeste capacità finanziarie, sono incapaci di resistere alla concorrenza che viene esercitata nei loro confronti"<sup>83</sup>.

Tale approccio, basato sull'analisi dei costi dell'impresa, è stato confermato dalla Commissione, nella Comunicazione 2009/C 45/02, inserendo però due nuovi parametri di riferimento: il "costo evitabile medio" (CEM)<sup>84</sup>, pari alla media dei costi che l'impresa avrebbe evitato se non avesse aumentato la produzione per attuare la strategia predatoria, e il "costo incrementale medio di lungo periodo" (CIMLP)<sup>85</sup>, il quale è costituito dalla media dei costi totali, fissi e variabili, sostenuti dall'impresa per produrre una tipologia di prodotto. "La mancata copertura del CEM indica che l'impresa dominante sacrifica gli utili a breve termine e che un concorrente altrettanto efficiente non può rifornire i clienti target senza subire perdite. (...) La mancata copertura del CIMLP indica che l'impresa dominante non recupera tutti i costi fissi (attribuibili) per la produzione del bene o

---

<sup>82</sup> Sentenza della Corte del 3 luglio 1991, causa C-62/86, *AKZO Chemie BV*, in Racc., 1991, I-3359, p.to 71.

<sup>83</sup> Sentenza della Corte del 3 luglio 1991, causa C-62/86, *AKZO Chemie BV*, in Racc., 1991, I-3359, p.to 72.

<sup>84</sup> Il CEM generalmente coincide con il costo variabile medio.

<sup>85</sup> Considerando un'impresa che produce un solo prodotto, il CIMLP è uguale al costo totale medio; nel caso in cui l'impresa realizzi un'economia di diversificazione, allora tale parametro sarà inferiore al costo totale medio per ogni singolo prodotto.

servizio in questione e che un concorrente altrettanto efficiente potrebbe essere precluso dal mercato”<sup>86</sup>.

### 1.8.6 Gli accordi di esclusiva e le pratiche scontistiche

Gli accordi di esclusiva possono essere considerati tra le fattispecie di abuso di posizione dominante, in quanto, nonostante non siano esplicitamente richiamati dall’art. 102 TfUE, né dalla disposizione nazionale, hanno evidenti effetti escludenti. Tramite tali accordi, l’impresa dominante vincola gli acquirenti a rifornirsi esclusivamente pressò di essa, per tutto o gran parte del loro fabbisogno, ostacolando in tal modo i concorrenti nell’accesso al mercato o nell’espansione. In particolare, i rapporti di esclusiva possono “determinare una preclusione anticoncorrenziale quando, in mancanza di detti obblighi, viene esercitata una considerevole pressione concorrenziale da parte dei concorrenti che non erano ancora presenti nel mercato al momento della conclusione dei relativi accordi o che non sono in grado di competere per soddisfare interamente il fabbisogno dei clienti”<sup>87</sup>.

L’effetto di preclusione di tali accordi varia anche in base al fattore temporale: generalmente sarà più ampio nel caso di accordi di maggiore durata, ma non si esclude che anche un rapporto di esclusiva di breve durata possa generare effetti anticoncorrenziali.

Inoltre, per configurare un abuso, l’esclusiva non deve necessariamente essere stabilita in forma esplicita, ma è sufficiente anche una cosiddetta “esclusiva di fatto”, che si concretizza quando nei rapporti contrattuali tra impresa dominante e acquirenti, vengano inserite clausole che rendono particolarmente sconveniente, o anche impossibile, per questi ultimi, rifornirsi da altre imprese.

Un esempio in cui un rapporto di esclusiva è stato sanzionato come abuso di posizione dominante si riscontra nel caso *Van den Bergh Foods*; l’impresa dominante aveva indirettamente vincolato i dettaglianti indipendenti ad acquistare i gelati presso di essa, applicando una clausola di utilizzo esclusivo dei frigocongelatori che forniva loro in comodato d’uso. Il Tribunale ha sottolineato che “In situazione normale di mercato concorrenziale, tali accordi sono conclusi nell’interesse di entrambe le parti e, in principio, non possono essere vietati. Tuttavia, tali considerazioni, (...) non possono essere accettate senza riserve nel caso di un mercato in cui (...) la concorrenza è già ristretta. (...) Il fatto che un’impresa in posizione dominante su un mercato vincoli di fatto – anche se su loro richiesta – il 40% dei punti vendita del mercato rilevante mediante una clausola di

---

<sup>86</sup> Comunicazione della Commissione – *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell’applicazione dell’articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti*, in GUUE C 45, 24 febbraio 2009, p.to 26.

<sup>87</sup> Comunicazione della Commissione – *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, in GUUE C 130, 19 maggio 2010, p.to 132.

esclusiva, che opera in realtà come un'esclusiva imposta a tali punti vendita, costituisce sfruttamento abusivo di una posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato"<sup>88</sup>.

È possibile ricondurre alla fattispecie in esame anche alcune tipologie di pratiche scontistiche, in quanto producono effetti assimilabili a quelli dei rapporti di esclusiva; in particolare, possono costituire abuso di posizione dominante gli sconti cosiddetti fidelizzanti, in quanto hanno effetti escludenti, spingendo gli acquirenti a non rifornirsi dai concorrenti dell'impresa.

Le principali tipologie di sconti, praticate da un'impresa dominante, che sono generalmente considerate fidelizzanti sono: (i) gli sconti che obbligano il cliente a soddisfare presso l'impresa tutto il suo fabbisogno; (ii) gli sconti connessi con l'acquisto di altri prodotti dalla stessa impresa; (iii) gli sconti che, superata una determinata soglia di acquisti, si applicano retroattivamente ai quantitativi già acquistati; (iv) sconti concessi sulla base di un aumento della domanda da parte del cliente<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Sentenza della Tribunale del 23 ottobre 2003, causa T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd*, in Racc., 2003, II-4653, p.ti 159-160.

<sup>89</sup> Prosperetti, L. (2006). *Economia e diritto antitrust: un'introduzione*. Carocci: pp. 269-273

# CAPITOLO 2 – IL CASO SIAE

## 2.1 Introduzione

Questo capitolo si propone di esaminare l'applicazione della disciplina antitrust in materia di abuso di posizione dominante ad un recente caso concreto: l'abuso commesso dalla Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE).

La SIAE ha posto in essere, almeno a partire dal 1° gennaio 2012, un insieme di condotte abusive, riconducibili ad un'unica complessa strategia escludente dei propri concorrenti dai mercati dei servizi di gestione collettiva dei diritti d'autore. La finalità principale perseguita dalla società tramite tali condotte consiste nel mantenimento e ampliamento della propria posizione dominante sui mercati considerati, acquisita negli anni principalmente grazie al monopolio legale riconosciuto in suo favore dalla “legge sul diritto d'autore”, l. n. 633/194, per l'esercizio delle principali attività connesse all'intermediazione dei diritti d'autore, vigente fino al 15 ottobre 2017. La violazione dell'art. 102 TfUE è stata accertata dall'AGCM con provvedimento del 25 settembre 2018, a conclusione del procedimento A508, avviato con delibera del 5 aprile 2017, a seguito del ricevimento di articolate denunce delle condotte della SIAE da parte dei due principali operatori concorrenti, Innovaetica e Soundreef.

Tuttavia, per le violazioni accertate, l'AGCM ha irrogato alla SIAE solamente una sanzione pecuniaria simbolica di 1000 euro, per la circostanza che le condotte abusive contestate hanno coinvolto mercati strettamente contigui agli ambiti coperti dalla riserva legale fino all'ottobre del 2017, “considerata unitamente alla specificità e complessità della fattispecie e alla novità dell'abuso contestato”<sup>90</sup>.

Per analizzare il caso, saranno preliminarmente illustrate le caratteristiche principali dell'attività di gestione collettiva dei diritti d'autore (2.2), soprattutto in relazione alla funzione delle società di gestione collettiva di tali diritti (2.2.1) e al quadro normativo europeo e nazionale di riferimento in materia (2.2.2), alla luce dei recenti interventi legislativi.

Nel paragrafo 2.3 è invece riportata una descrizione generale della struttura e dell'organizzazione della SIAE, nonché dei principali servizi da essa offerti nell'ambito dell'attività di intermediazione dei diritti d'autore.

---

<sup>90</sup> AGCM, Provvedimento n. 27359, A508 – *SIAE/Servizi intermediazione diritti d'autore*.

Successivamente viene esposta un'analisi della posizione dominante occupata da SIAE (2.4), partendo dalla definizione dei mercati rilevanti (2.4.1) e osservando la posizione della *collecting* sugli stessi (2.4.2).

Infine, nel paragrafo 2.5, saranno discusse la strategia escludente e le singole condotte abusive attuate dalla SIAE, consistenti principalmente in vincoli imposti ai propri soci, *bundling* di servizi e pratiche escludenti dei concorrenti nel rilascio di licenze agli utilizzatori.

## 2.2 La gestione collettiva di diritti d'autore

Il diritto d'autore è l'istituto giuridico volto alla tutela delle “opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione”<sup>91</sup>. Il riconoscimento di tale diritto attribuisce all'autore dell'opera una serie di facoltà di carattere sia morale che patrimoniale, tra cui il diritto di disporre in modo esclusivo, di rivendicarne la paternità, di decidere riguardo la sua eventuale pubblicazione, di opporsi a qualsiasi modifica e di autorizzare qualsiasi sua forma di utilizzazione, ricevendo i relativi compensi; si distingue perciò tra diritto morale e diritto patrimoniale d'autore. Il primo è un diritto inalienabile e intrasmissibile, riconosciuto a tutela della personalità dell'autore, che racchiude diversi diritti, come il diritto alla paternità dell'opera, il diritto di inedito e il diritto all'integrità dell'opera. Il diritto patrimoniale d'autore, invece, riconosce “il diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera in ogni forma e modo, originale o derivato”<sup>92</sup> e di ricevere un compenso per ciascuna forma di utilizzazione; esso comprende, ad esempio, il diritto di pubblicazione, di riproduzione, di comunicazione al pubblico e di esecuzione dell'opera. I diritti di utilizzazione economica, al contrario di quelli morali, hanno una durata limitata, in quanto si estinguono dopo settanta anni dalla morte dell'autore. Tali diritti sono inoltre rinunciabili e liberamente trasferibili, ad esempio tramite contratto di edizione e contratto di rappresentazione e di esecuzione, e sono tra loro indipendenti, perciò possono essere esercitati sia congiuntamente che separatamente e possono avere ad oggetto l'intera opera o solamente alcune sue parti.

Per gli autori può risultare spesso difficile esercitare singolarmente i diritti patrimoniali, perciò possono conferire la gestione di alcuni di tali diritti alle società di gestione collettiva, le quali si occupano dell'intermediazione dei diritti tra autori e utilizzatori, della raccolta dei relativi proventi e della redistribuzione tra gli aventi diritto.

---

<sup>91</sup> Art. 1, legge 22 aprile 1941, n. 633 - *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*.

<sup>92</sup> Art. 12, legge 22 aprile 1941, n. 633 - *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*.

## 2.2.1 Le società di gestione collettiva dei diritti d'autore

Le società di gestione collettiva dei diritti d'autore sono enti, pubblici o privati, che operano nel settore dell'intermediazione di diritti di autore e diritti connessi<sup>93</sup>. Tali organismi sono stati creati al fine di facilitare l'esercizio e la tutela dei diritti di utilizzazione economica delle opere da parte degli autori, in quanto consentono una riduzione dei tempi e dei costi dell'intermediazione tra autori e utilizzatori.

I titolari dei diritti sull'opera possono avvalersi dei servizi delle società di *collecting* attraverso la loro adesione associativa oppure tramite il conferimento di un apposito mandato per la gestione delle proprie opere; gli autori possono affidare alla gestione della società tutti o alcuni dei diritti di sfruttamento economico dell'opera, tra cui in particolare il diritto di rappresentazione pubblica, il diritto alla radiodiffusione, il diritto alla riproduzione meccanica di musica e il diritto di rappresentazione di opere sceniche. Le opere generalmente sottoposte a gestione collettiva sono quelle rientranti nel campo della musica, della letteratura, del cinema, del teatro, della televisione e delle arti plastiche e visive.

L'attività di intermediazione delle società di gestione collettiva richiede lo svolgimento di una serie di attività connesse. In primo luogo è necessario accertare che l'opera presentata dal titolare presenti un carattere di novità, al fine di garantirne la tutela dal plagio e lo sfruttamento dei diritti di utilizzazione economica; successivamente vengono negoziate le condizioni di utilizzazione dell'opera e i relativi compensi. La società concede poi licenze agli utilizzatori, monitora gli utilizzi e determina l'ammontare complessivo dei compensi dovuti agli aventi diritto, che saranno in seguito riscossi e versati ai titolari dei diritti; i tempi e le modalità di distribuzione delle somme sono prestabilite dalla società di gestione, che trattiene inoltre una quota variabile, detta "commissione" o "aggio", come copertura dei propri costi.

L'AGCM, nel corso dell'istruttoria, ha rilevato che i principali servizi di gestione e intermediazione dei diritti d'autore offerti dalle *collecting* possono essere ricondotti a quattro categorie: (i) servizi di gestione offerti ai titolari dei diritti d'autore, (ii) rilascio di licenze per l'uso delle opere tutelate agli utilizzatori, (iii) servizi di gestione dei diritti d'autore per conto di *collecting* straniera e (iv) rilascio di licenze agli utilizzatori di servizi *online*.

Nella prima categoria rientrano tutti i servizi offerti dalla *collecting* ai titolari dei diritti, suoi associati o mandatari, quali in particolare il servizio di tutela dal plagio e quello di ripartizione dei diritti di autore. La seconda categoria riguarda invece il servizio di intermediazione dei diritti offerto dalla società, la quale concede licenze per l'uso delle opere da essa tutelate ai vari utilizzatori, quali, ad esempio, organizzatori di concerti live, catene commerciali, emittenti radio

---

<sup>93</sup> Per diritti connessi si intendono quei diritti riconosciuti dalla legge a soggetti collegati o affini all'autore, quali ad esempio interpreti o esecutori, garantendo loro un compenso economico.

e TV; questi ultimi pagano alla società i compensi relativi agli utilizzi, da distribuire successivamente agli aventi diritto. Le licenze concesse sono di vario tipo, in relazione e alla tipologia di opera e alla forma di utilizzazione, ad esempio licenze per l'esecuzione di opere musicali in eventi dal vivo, per l'uso di opere musicali nella diffusione nei pubblici esercizi (ovvero la musica di sottofondo) e per l'uso dei repertori per la diffusione via radio e TV, nel quale è compreso anche l'uso di opere *online* nel territorio domestico. La terza categoria di servizi riguarda i rapporti tra *collecting* nazionali ed estere, basati su accordi di rappresentanza. Il sistema di gestione collettiva dei diritti d'autore è sostanzialmente organizzato su base territoriale, in ragione dell'esigenza del monitoraggio sugli utilizzi delle opere, il quale può essere realizzato in maniera più efficace dalla *collecting* con la rete maggiormente distribuita sul territorio; perciò le *collecting* operanti in Stati diversi stipulano tali accordi di rappresentanza, in base ai quali ciascuna società si impegna a tutelare, sul proprio territorio, i diritti sulle opere appartenenti al repertorio delle *collecting* estere, fornendo i relativi servizi di gestione, nel rispetto del principio di parità di trattamento con i diritti dei propri associati o mandanti. Infine, le attività appartenenti alla quarta categoria consistono nella concessione ai grandi utilizzatori *online*, come ad esempio Google e Spotify, di licenze per l'uso dei repertori della società di gestione collettiva. Tale categoria di servizi presenta caratteristiche peculiari rispetto al settore dei servizi di intermediazione con altre tipologie di utilizzatori; in particolare, gli utilizzatori stipulano con le *collecting* delle licenze multi-territoriali per l'utilizzo di opere musicali *online*.

### 2.2.2 Il quadro normativo comunitario e nazionale

Il quadro normativo dell'Unione europea in materia di diritto di autore si è formato progressivamente nel tempo e si fonda essenzialmente sullo sviluppo di una concorrenza non falsata, sulla libertà di scelta dell'autore nell'affidare l'intermediazione dei propri diritti e sulla libertà delle *collecting* di tutelare opere di autori sia del suo stesso Stato che di altri Stati membri. La normativa di riferimento è stata profondamente riformata con l'adozione della Direttiva 2014/26/UE, la cosiddetta Direttiva *Barnier*<sup>94</sup>, orientata alla promozione della tutela dei diritti d'autore nell'ambito del mercato unico.

La Direttiva, ribadendo il principio secondo cui in “un mercato interno, nel quale la libera concorrenza non è falsata, la protezione dell'innovazione e della creazione intellettuale stimola gli investimenti in prodotti e servizi innovativi”<sup>95</sup>, ha l'obiettivo di definire i requisiti necessari per il

---

<sup>94</sup> Direttiva 2014/26/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multi-territoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno, in GUUE L 84, 20.3.2014.

<sup>95</sup> 1° Considerando, Direttiva 2014/26/UE.

corretto funzionamento della gestione dei diritti d'autore e dei diritti connessi e di realizzare il coordinamento delle normative degli Stati membri in materia.

La Direttiva afferma il fondamentale principio della libertà di scelta degli autori nell'affidamento della gestione dei propri diritti sulle opere, stabilendo che “i titolari dei diritti hanno il diritto di autorizzare un organismo di gestione collettiva di loro scelta a gestire i diritti, le categorie di diritti o i tipi di opere e altri materiali protetti di loro scelta, per i territori di loro scelta, indipendentemente dallo Stato membro di nazionalità, di residenza o di stabilimento dell'organismo di gestione collettiva o del titolare dei diritti”<sup>96</sup>.

Nella Direttiva sono inoltre indicati i soggetti abilitati a svolgere l'attività di intermediazione e gestione dei diritti: l'esercizio di tale attività viene espressamente riconosciuto sia agli organismi di gestione collettiva, sia alle entità di gestione indipendenti. I primi sono enti che soddisfano almeno uno dei seguenti requisiti: (i) sono detenuti o controllati dai propri membri, ovvero i titolari dei diritti gestiti, e (ii) esercitano la propria attività senza fini di lucro; le entità di gestione indipendenti, invece, non sono detenute o controllate, integralmente o in parte, direttamente o indirettamente, dai titolari dei diritti e perseguono scopo lucrativo<sup>97</sup>.

La Direttiva *Barnier* prevede che le *collecting societies* consentano agli autori la gestione diretta e flessibile dei propri diritti e sottolinea inoltre il ruolo essenziale dell'adozione di una tempistica certa e trasparente nella distribuzione dei compensi agli aventi diritto.

Un altro punto fondamentale della Direttiva riguarda gli accordi di rappresentanza tra *collecting* appartenenti a Stati membri diversi, per la stipulazione di licenze multi-territoriali per i rispettivi repertori: viene affermato che “occorre che tutti gli accordi di rappresentanza tra organismi di gestione collettiva per la concessione di licenze multiterritoriali siano conclusi su base non esclusiva”, in quanto “l'esclusività nel quadro degli accordi sulle licenze multiterritoriali potrebbe limitare il margine di scelta degli utilizzatori interessati alle licenze multiterritoriali e ridurre anche le possibilità di scelta degli organismi di gestione collettiva interessati a servizi di gestione del loro repertorio su base multiterritoriale”<sup>98</sup>.

I sistemi di gestione dei diritti d'autore negli Stati membri si sono progressivamente adattati al quadro normativo disposto dall'Unione europea: in gran parte dei Paesi sono state quasi del tutto rimosse le riserve legali per l'intermediazione dei diritti d'autore e sono attualmente ammesse, oltre agli organismi di gestione collettiva, anche le entità di gestione indipendenti; inoltre, in molti Stati l'attività di gestione non è concentrata in un'unica *collecting*, ma, al contrario, le attività dei vari enti sono diversificate sulla base della tipologia dell'opera o dei diritti gestiti.

---

<sup>96</sup> Art. 5, comma 2, Direttiva 2014/26/UE.

<sup>97</sup> Art. 3, lett. a) e b), Direttiva 2014/26/UE.

<sup>98</sup> 44° Considerando, Direttiva 014/26/UE.

In questo ambito, l'Italia si discosta molto dal contesto europeo, in quanto il settore dell'intermediazione dei diritti d'autore, nonostante la recente liberalizzazione, è ancora oggi sostanzialmente controllato da un unico organismo di gestione collettiva, la SIAE, che si occupa di tutti i servizi rientranti nell'attività di gestione dei diritti d'autore e riveste una posizione di dominanza nel mercato. Il potere economico della SIAE deriva dalla riserva legale che, fino al 2017, le è stata riconosciuta dalla legge 22 aprile 1941, n. 633 (Legge sul diritto d'autore), che rappresenta la fonte normativa di riferimento in materia. Ai sensi dell'articolo 180, "L'attività di intermediario, comunque attuata, (...), è riservata in via esclusiva alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE).

Tale attività è esercitata per effettuare:

- 1) la concessione, per conto e nell'interesse degli aventi diritto, di licenze e autorizzazioni per l'utilizzazione economica di opere tutelate;
- 2) la percezione dei proventi derivanti da dette licenze ed autorizzazioni;
- 3) la ripartizione dei proventi medesimi tra gli aventi diritto."

Tale norma riconosceva un monopolio legale a favore della SIAE su tutte le principali attività di gestione dei diritti, relative a tutte le opere tutelate dal diritto d'autore e le loro principali forme di utilizzazione. La riserva legale prevista dall'art. 180 della legge sul diritto d'autore, non aveva però carattere generale, in quanto copriva esclusivamente le attività e i diritti espressamente indicati dalla norma. Non rientravano nell'ambito dell'esclusiva della SIAE alcune attività, tra cui, in particolare, i servizi di tutela dal plagio e quelli di intermediazione dei diritti d'autore per la comunicazione di opere *online*; inoltre, era esclusa dalla riserva legale anche l'utilizzazione dei repertori stranieri in Italia, in quanto ai sensi l'art. 185, l. n. 633/1941, "questa legge si applica a tutte le opere di autori italiani, dovunque pubblicate per la prima volta" ed "egualmente alle opere di autori stranieri domiciliati in Italia, che siano state pubblicate per la prima volta in Italia".

Nonostante la previsione della riserva legale, l'art. 180 riconosce ai titolari dei diritti la facoltà di scegliere se avvalersi o meno dei servizi di gestione della SIAE: la gestione diretta dei diritti d'autore da parte del titolare è infatti espressamente prevista dal quarto comma, il quale afferma che "la suddetta esclusività di poteri non pregiudica la facoltà spettante all'autore, ai suoi successori o agli aventi causa, di esercitare direttamente i diritti loro riconosciuti da questa legge". Nella seguente tabella sono riportate le attività comprese nella riserva legale, quindi esercitate dalla SIAE in esclusiva fino al 2017, e quelle escluse da essa, perciò aperte alla concorrenza già in passato.

Figura 2.1 - Attività incluse ed escluse dalla riserva legale ex art. 180, l. n. 633/1941

ATTIVITÀ DI INTERMEDIAZIONE COMPRESSE NELLA RISERVA LEGALE	
Forma di utilizzazione/diritto su opere tutelate	Attività riservata alla SIAE
Rappresentazione	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Concessione di licenze e autorizzazioni per l'utilizzazione economica di opere tutelate;</li> <li>– Percezione dei proventi derivanti da dette licenze e autorizzazioni;</li> <li>– Ripartizione dei diritti d'autore tra gli aventi diritto.</li> </ul>
Esecuzione	
Recitazione	
Radiodiffusione (compresa la comunicazione al pubblico via satellite)	
Riproduzione meccanica e cinematografica	
ATTIVITÀ DI INTERMEDIAZIONE NON COMPRESSE NELLA RISERVA LEGALE	
Forma di utilizzazione/diritto su opere tutelate	Attività consentita anche a soggetti diversi da SIAE
Noleggio e prestito degli esemplari dell'opera fissata su qualunque supporto riproduttore di suoni, voci e immagini.	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Concessione di licenze e autorizzazioni per l'utilizzazione economica di opere tutelate;</li> <li>– Percezione dei proventi derivanti da dette licenze e autorizzazioni;</li> <li>– Ripartizione dei diritti d'autore tra gli aventi diritto.</li> </ul>
Comunicazione al pubblico mediante messa a disposizione dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente (on-line)	
Sincronizzazione di opere musicali ad immagini	
Utilizzazione di opere (in tutte le forme) di autori stranieri non pubblicati per la prima volta in Italia (repertori esteri).	
Gestione diretta da parte degli aventi diritto	
Tutela del plagio	

Fonte: nostre elaborazioni su AGCM, Provvedimento n. 27359, A508 – SIAE/Servizi intermediazione diritti d'autore.

Il processo di liberalizzazione dell'attività di intermediazione dei diritti d'autore è stato avviato a seguito all'emanazione della Direttiva *Barnier*, recepita con il decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 35, il quale non ha tuttavia apportato modifiche sostanziali al sistema italiano di gestione dei diritti d'autore.

I principi sanciti dalla Direttiva hanno avuto attuazione solo parziale: sono stati riconosciuti quali soggetti abilitati ad esercitare l'attività di intermediazione sia gli organismi di gestione collettiva che le entità di gestione indipendenti, ma è stata mantenuta la riserva legale a favore della SIAE.

Nel processo di recepimento, il Governo italiano, sottolineando che nella Direttiva non era contenuta un'esplicita prescrizione riguardo l'abolizione della riserva legale, ha sostenuto la compatibilità del monopolio con il riconoscimento della libertà di scelta dei titolari dei diritti.

Tale libertà di scelta è stata infatti espressamente riconosciuta dal decreto, il quale, riprendendo il testo della Direttiva europea, afferma che “i titolari dei diritti possono affidare ad un organismo di gestione collettiva o ad un'entità di gestione indipendente di loro scelta la gestione dei loro diritti, delle relative categorie o dei tipi di opere e degli altri materiali protetti per i territori da essi indicati, indipendentemente dallo Stato dell'Unione europea di nazionalità, di residenza o di stabilimento dell'organismo di gestione collettiva, dell'entità di gestione indipendente o del titolare dei diritti”; tuttavia dispone, allo stesso tempo, che è “fatto salvo quanto disposto dall'articolo 180, della legge 22 aprile 1941, n. 633, in riferimento all'attività di intermediazione di diritti d'autore”<sup>99</sup>. Una più significativa evoluzione della normativa si è avuta con un successivo intervento legislativo, a pochi mesi dall'emanazione del decreto sopra citato, a seguito delle osservazioni della Commissione europea sul recepimento della Direttiva *Barnier*.

Tale intervento è stato realizzato con l'articolo 19 del cosiddetto Decreto fiscale<sup>100</sup>, il quale ha modificato l'articolo 180 della legge n. 633/194, estendendo l'esercizio delle attività in precedenza riservate in esclusiva alla SIAE anche “agli altri organismi di gestione collettiva di cui al decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 35”, i quali sono quindi ora ammessi ad operare in concorrenza con la SIAE. Tuttavia, neanche a seguito di tale intervento è stata raggiunta una completa liberalizzazione del settore, in quanto l'esercizio delle attività che formavano oggetto della riserva legale resta comunque precluso alle entità di gestione indipendenti, nonostante a livello comunitario non sia stata prevista alcuna discriminazione nell'esercizio dell'attività di intermediazione dei diritti tra le due tipologie di società di gestione.

## 2.3 La Società Italiana degli Autori ed Editori

La Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE), fondata a Milano il 23 aprile del 1882, è il principale operatore attivo nel mercato italiano dell'intermediazione dei diritti d'autore e, dall'emanazione della legge n. 633/1941 fino all'adozione del Decreto fiscale, nel 2017, è stata l'unica società autorizzata a svolgere le principali attività di gestione dei diritti, sulla base del monopolio legale attribuitole dall'art. 180 della legge sul diritto d'autore.

---

<sup>99</sup> Decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 35, *Attuazione della direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno*, in GU Serie Generale n. 72 del 27/03/2017.

<sup>100</sup> Decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148, *Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili*, in GU Serie Generale n. 242 del 16/10/2017, convertito con modificazioni dalla L. 4 dicembre 2017, n. 172 (in G.U. 05/12/17, n. 284).

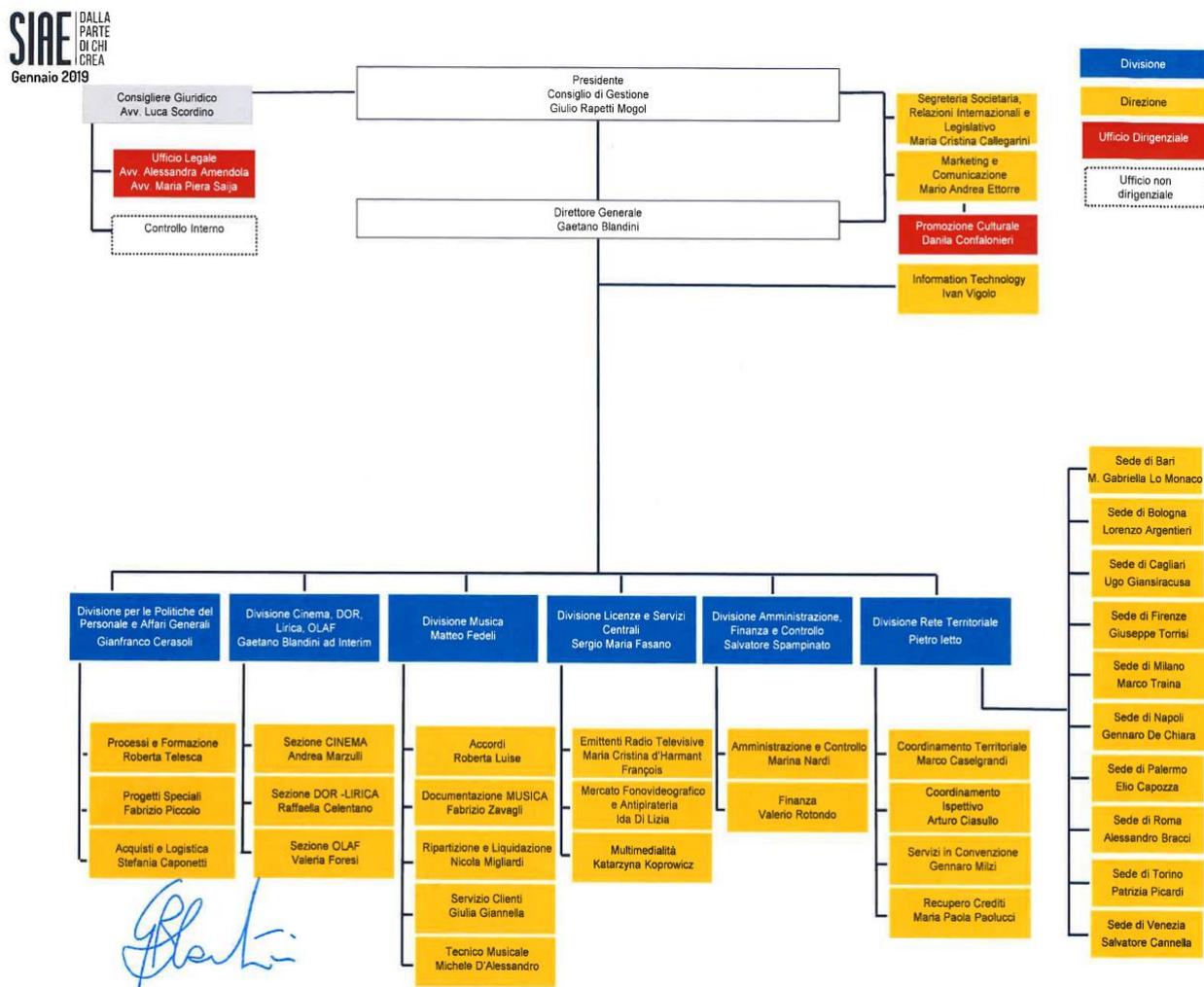
La SIAE è un ente pubblico economico a base associativa, senza scopo di lucro, disciplinato dalle norme di diritto privato e totalmente indipendente nell'esercizio della propria attività di impresa; la sua base associativa è composta dagli stessi aventi diritto, quali autori, editori e concessionari. Per gli interessi generali da essa perseguiti nello svolgimento della propria attività, di rilievo costituzionale, quali la promozione della cultura, la libertà dell'arte e la protezione del lavoro intellettuale, la società è sottoposta a vigilanza, al fine di assicurare la trasparenza e la buona gestione nei confronti di associati e utilizzatori. Ai sensi della legge 9 gennaio 2008, n. 2, la vigilanza sulla SIAE è svolta congiuntamente dal Ministro per i beni e le attività culturali e il Presidente del Consiglio dei ministri, "sentito il Ministro dell'economia e delle finanze, per le materie di sua specifica competenza"<sup>101</sup>, e inoltre dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

La SIAE ha adottato come modello di *corporate governance* il sistema dualistico, che prevede la presenza di un Consiglio di Sorveglianza, di nomina assembleare e con funzioni di controllo e di indirizzo della gestione, e un Consiglio di Gestione, organo amministrativo nominato dal primo, i quali, insieme all'Assemblea ed al Collegio dei Revisori, costituiscono gli organi sociali. L'organizzazione interna della società è coordinata dal Direttore Generale ed è articolata in 6 Divisioni distinte per settori specialistici: la Divisione Musica, la Divisione Cinema - DOR/Lirica - OLAF, la Divisione per le Politiche del Personale e Affari Generali, la Divisione Licenze e Servizi Centrali, la Divisione Rete Territoriale e la Divisione Amministrazione Finanza e Controllo. La rete territoriale, a sua volta, si compone di 10 sedi regionali/interregionali (Bari, Bologna, Cagliari, Firenze, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino e Venezia), cui fanno capo 28 filiali e 470 agenzie mandatarie, diffuse capillarmente sul territorio nazionale. Di seguito è riportato l'organigramma generale della società.

---

<sup>101</sup> Art. 1, comma 3, l. n. 2/2008

Figura 2.2 – Organigramma generale SIAE



Fonte: SIAE, gennaio 2019. <https://www.siae.it/it/chi-siamo/la-siae/struttura-e-organizzazione>

Ai sensi della Direttiva *Barnier*, la SIAE è qualificato come organismo di gestione collettiva, in quanto rispondente ai requisiti stabiliti dalla normativa; essa è attiva in tutto il settore dell'industria culturale e dello spettacolo ed è una società "generalista", in quanto si occupa della tutela di opere appartenenti a tutti i generi artistici. In particolare, il repertorio della SIAE risulta suddiviso in 5 sezioni:

- (i) La sezione Musica, la quale comprende composizioni musicali, con o senza testo, di vario genere, comprese quelle inserite in opere cinematografiche o assimilate, e brani staccati di opere liriche, balletti e operette, ovvero utilizzati in maniera autonoma rispetto alla versione integrale dell'opera;
- (ii) La sezione Cinema, in cui rientrano le opere cinematografiche e assimilate, quali ad esempio film per la tv, serie televisive, telenovele e soap opera;
- (iii) La sezione DOR (Opere Drammatiche e Radiotelesive), costituita da opere drammatiche, operette, riviste, commedie musicali, opere analoghe drammatico-

musicali e opere create appositamente per la comunicazione al pubblico tramite radio, televisione e altri mezzi di diffusione a distanza;

- (iv) La sezione OLAF (Opere Letterarie e Arti Figurative), che include le opere delle arti visive, quali pittura, scultura, fotografia e grafica, e le opere letterarie;
- (v) La sezione Lirica, formata dalle opere liriche, oratori, opere analoghe drammatico-musicali, balletti, opere coreografiche e assimilabili.

Riguardo le attività svolte per la tutela del repertorio, la SIAE offre tutti i principali servizi connessi all'attività di intermediazione dei diritti d'autore, tra cui anche le attività che restavano escluse dalla riserva legale di cui all'art. 180 l. n. 633/1941, quali ad esempio la tutela dal plagio e l'intermediazione dei diritti per la comunicazione di opere *online*; la società opera sia in Italia che all'estero, in 145 Paesi in tutto il mondo, tramite contratti di rappresentanza stipulati con oltre 150 *collecting* estere.

Nella seguente tabella sono riportati alcuni dati inerenti all'attività di gestione dei diritti d'autore svolta dalla SIAE, relativi all'anno 2017, i quali testimoniano la posizione di rilievo occupata dalla società nel settore.

Figura 2.3 – *Dati sulla gestione dei diritti d'autore svolta da SIAE*

Associati	87.453 Autori e Editori
Opere gestite direttamente	14,5 milioni
Opere gestite tramite contratti di reciproca rappresentanza	55 milioni
Accordi con società estere per la gestione del repertorio SIAE nel mondo e del repertorio straniero in Italia	270
Contratti di licenza	1,2 milioni
Utilizzatori del repertorio SIAE sul territorio	540.000
Locali sul territorio	493.000
Eventi annui	1,7 milioni

Fonte: nostre elaborazioni su dati SIAE, Rendiconto di gestione 2017.

## 2.4 La posizione dominante di SIAE

Come già rilevato, la SIAE è il principale operatore all'interno del settore dell'intermediazione dei diritti d'autore in Italia; essa riveste una posizione di rilievo nell'offerta di tutti i principali servizi ed è l'unica società ad occuparsi della gestione di tutti i repertori e per ogni tipologia di diritto. La posizione dominante occupata dalla SIAE deriva principalmente dalla riserva legale in suo favore, in vigore fino al 2017, che per oltre settanta anni ha precluso ad altri operatori l'esercizio delle principali attività connesse alla gestione dei diritti d'autore. Solo negli ultimi anni, infatti, il settore è stato gradualmente aperto alla concorrenza.

Al fine di analizzare la dominanza della SIAE, è necessario in primo luogo individuare i principali mercati rilevanti in cui essa opera, in relazione ai vari servizi offerti dalla società, e valutare successivamente la posizione da essa occupata su ciascun mercato, tenendo conto dell'eventuale presenza e posizione di *collecting* concorrenti.

### 2.4.1 I mercati rilevanti

La SIAE, come già anticipato, esercita tutte le attività inerenti all'intermediazione dei diritti d'autore, perciò i mercati rilevanti per la società sono diversamente definiti in relazione alle varie tipologie di servizi offerti dalla *collecting*; è infatti possibile individuare mercati distinti per ogni tipologia di diritto e quindi per ogni specifica forma di utilizzazione delle opere.

Molti di questi mercati sono stati per tanti anni caratterizzati da una situazione di monopolio, con la sola presenza della SIAE dal lato dell'offerta; tuttavia, recentemente, si è assistito all'ingresso, principalmente nel settore relativo alla gestione dei diritti su opere musicali, di nuovi operatori che offrono servizi tecnologici innovativi, tra cui, in particolare, Innovaetica, Soundreef e LEA.

Innovaetica S.r.l. è una *start-up* innovativa, fondata nel dicembre del 2012, che offre servizi di tutela dal plagio, tramite il portale *online* Patamu, il quale genera una prova d'autore per qualsiasi opera creativa, tramite un procedimento informatico di marcatura legale, valida nei 172 Paesi aderenti alla Convenzione di Berna per la protezione delle opere artistiche e letterarie. La società offre inoltre servizi di auto-riscossione dei diritti d'autore e servizi di assistenza legale; il portale Patamu conta attualmente più di 18.000 iscritti e quasi 82.000 opere tutelate<sup>102</sup>.

Soundreef Ltd è una società inglese, nata nel 2011, considerata entità di gestione indipendente ai sensi della Direttiva *Barnier*, che esercita in diversi Paesi attività di gestione collettiva dei diritti d'autore, principalmente nel repertorio musicale, per l'esecuzione in concerti dal vivo e la diffusione nei pubblici esercizi (musica di sottofondo), offrendo inoltre servizi di tutela dal plagio. A fine 2015, Soundreef Ltd è stata acquisita dalla società italiana Soundreef S.p.A., che si occupa dello sviluppo della tecnologia per il monitoraggio e la raccolta dei proventi spettanti ai titolari dei diritti d'autore. Soundreef ha iniziato ad operare in Italia nel 2014 e, negli ultimi anni, diversi autori hanno lasciato SIAE per affidare ad essa la gestione dei propri diritti; attualmente risultano iscritti a Soundreef circa 31.000 autori ed editori a livello mondiale, di cui 14.000 italiani<sup>103</sup>.

Infine, nel 2018 è stata fondata LEA (Liberi Editori e Autori), un'associazione senza scopo di lucro, organismo di gestione collettiva ai sensi della Direttiva *Barnier*. La sua costituzione è stata un'iniziativa di alcuni autori iscritti a Soundreef, presa a seguito dell'emanazione del Decreto

---

<sup>102</sup> Dati Patamu, <https://www.patamu.com/index.php/it/>.

<sup>103</sup> Dati Soundreef, <http://www.soundreef.com/chi-siamo/>.

fiscale, che consente solo agli organismi di gestione collettiva di esercitare le attività elencate nell'art. 180 della legge sul diritto d'autore, impedendo a Soundreef la prestazione di tali servizi ai propri iscritti; è stato quindi stipulato un accordo di rappresentanza tra Soundreef e LEA, in base al quale quest'ultima si impegna a gestire il repertorio della prima in Italia.

I mercati rilevanti in esame possono essere suddivisi in quattro categorie, che riflettono le principali categorie di attività svolte nell'ambito della gestione collettiva dei diritti d'autore:

- (i) Mercati della prestazione dei servizi di gestione dei diritti d'autore ai titolari degli stessi;
- (ii) Mercati del rilascio delle licenze agli utilizzatori per l'uso delle opere tutelate;
- (iii) Mercati della prestazione dei servizi di gestione dei diritti d'autore per conto di *collecting* straniere;
- (iv) Mercati del rilascio delle licenze multi-territoriali agli utilizzatori per l'uso delle opere *online*.

Tali categorie di mercati vengono di seguito illustrate, analizzando brevemente le caratteristiche della domanda e dell'offerta di ciascun mercato.

#### I. MERCATI DELLA PRESTAZIONE DEI SERVIZI DI GESTIONE DEI DIRITTI D'AUTORE AI TITOLARI DEGLI STESSI.

Rientrano in questa categoria i servizi della tutela dal plagio e gli altri servizi di gestione offerti ai titolari dei diritti, tra cui quelli di monitoraggio e reportistica delle utilizzazioni e quelli di riscossione dei compensi per l'uso delle opere dagli utilizzatori e di ripartizione degli stessi tra gli aventi diritto; tali servizi individuano tutti mercati rilevanti distinti, in quanto possono essere prestati separatamente da operatori diversi. Inoltre, all'interno del mercato dei servizi di riscossione e ripartizione dei compensi possono essere individuati ulteriori mercati rilevanti distinti in base alla tipologia di opera, ovvero la sezione del repertorio cui appartiene, e alla tipologia di diritto.

In tutti questi mercati, la domanda è costituita dagli aventi diritto delle varie opere creative, tra cui principalmente autori ed editori, mentre dal lato dell'offerta è presente in primo luogo SIAE, ma anche Innovaetica, LEA e Soundreef.

#### II. MERCATI DEL RILASCIO DELLE LICENZE AGLI UTILIZZATORI PER L'USO DELLE OPERE TUTELATE.

Tali mercati si riferiscono alla concessione da parte delle *collecting* di licenze agli utilizzatori per l'uso dei propri repertori, nelle varie forme di utilizzazione delle opere. Anche in questo caso sono individuabili tanti mercati rilevanti quante sono le sezioni del repertorio tutelato e le tipologie di diritto per cui è possibile rilasciare licenze.

Dal lato della domanda sono presenti i vari utilizzatori, quali, in particolare, organizzatori di concerti e emittenti radio e TV; l'offerta, invece, è rappresentata da SIAE, Innovaetica, Soundreef, LEA e anche altre *collecting* europee, che possono potenzialmente operare sul mercato.

### III. MERCATI DELLA PRESTAZIONE DEI SERVIZI DI GESTIONE DEI DIRITTI D'AUTORE PER CONTO DI *COLLECTING* STRANIERE.

In questi mercati sono comprese le attività di intermediazione svolte dalle società di gestione collettiva per conto di altre estere; la domanda è perciò costituita dalle *collecting* estere, mentre l'offerta è rappresentata dalle *collecting* nazionali. I rapporti tra le società sono regolati sulla base di accordi di rappresentanza, con cui la *collecting* estera conferisce a quella nazionale il mandato per la gestione del proprio repertorio nel territorio nazionale. La società mandataria si impegna a rilasciare licenze e incassare i relativi compensi, per le opere tutelate dalla *collecting* estera; una volta riscossi i compensi dagli utilizzatori, essa trattiene una quota, l'aggio, come corrispettivo per i servizi resi, e successivamente trasferisce le somme alla *collecting* mandante, in base alla propria tempistica. Generalmente tali accordi tra società di gestione collettiva di Paesi diversi prevedono una rappresentanza reciproca.

### IV. MERCATI DEL RILASCIO DELLE LICENZE MULTI-TERRITORIALI AGLI UTILIZZATORI PER L'USO DELLE OPERE *ONLINE*.

Tali mercati riguardano la concessione di licenze ad utilizzatori che intendono usufruire dei repertori per la diffusione *online* e presentano caratteristiche peculiari, che li differenziano dai mercati del rilascio di licenze per le altre tipologie di utilizzatori, precedentemente menzionati.

La domanda è costituita da utilizzatori che gestiscono piattaforme *online*, come Spotify e Google, che gestisce la piattaforma YouTube; sul versante dell'offerta sono presenti le *collecting*, sia organismi di gestione collettiva che entità di gestione indipendenti, tra cui SIAE e Soundreef, le quali hanno entrambe stipulato contratti di licenza con Google.

La principale caratteristica di tali mercati consiste nella tipologia di licenze rilasciate dalle *collecting* agli utilizzatori *online*, in quanto si tratta di licenze multi-territoriali, introdotte con la Direttiva Barnier.

Sotto il profilo geografico, i mercati rilevanti sopra illustrati, ad eccezione di quello relativo alla concessione delle licenze multi-territoriali per l'utilizzo *online*, hanno tutti un'estensione prevalentemente nazionale, legata soprattutto a fattori culturali, linguistici e contrattuali. Tuttavia, i recenti interventi normativi a livello comunitario e lo sviluppo di tecnologie innovative per l'intermediazione dei diritti, fanno prevedere una possibile espansione dei confini di tali mercati, oltre i confini nazionali.

## 2.4.2 La posizione di SIAE sui mercati rilevanti

In tutti i mercati rilevanti sopra descritti, la SIAE occupa una posizione di dominanza rispetto agli altri operatori che hanno recentemente fatto ingresso nei mercati, raggiunta e mantenuta principalmente grazie alla condizione di monopolio legale in passato prevista dalla legge sul diritto d'autore. La posizione dominante di un'impresa deve essere accertata conducendo un'analisi basata su diversi fattori, tra cui, in primo luogo, la quota di mercato detenuta. Sotto tale aspetto, dall'analisi di dati SIAE e dati acquisiti dall'AGCM nello svolgimento della propria attività istruttoria, si rileva che in quasi tutti i mercati rilevanti in considerazione la quota della SIAE risulta superiore al 90%. Nella seguente tabella (figura 2.4) sono riportati i dati relativi ai servizi di tutela dal plagio, dal 2012 al 2017, confrontando ricavi e quota di mercato della SIAE con quelli di Innovaetica, principale concorrente in tale mercato rilevante, che offre il servizio di marcatura temporale tramite la piattaforma *online* Patamu.

Figura 2.4 – Mercato della tutela dal plagio (ricavi espressi in migliaia di euro)

	2012		2013		2014		2015		2016		2017	
	Ricavi	Quota										
SIAE	500-700	>90%	500-700	>90%	500-700	>90%	500-700	>90%	500-700	>90%	500-700	80-90%
Innovaetica	0-0,5	0-5%	1-50	0-5%	0-0,5	0-5%	1-50	0-5%	50-100	5-20%	100-500	5-20%
Totale	500-700	100%	500-700	100%	500-700	100%	500-700	100%	500-700	100%	500-700	100%

Fonte: nostre elaborazioni su AGCM, Provvedimento n. 27359, A508 – SIAE/Servizi intermediazione diritti d'autore.

Dai dati emerge che fino al 2016 Innovaetica ha avuto una posizione scarsamente rilevante sul mercato, in quanto la sua quota è stata quasi nulla, mentre quella della SIAE è stata costantemente superiore al 90%; solo dal 2016, Innovaetica è riuscita ad incrementare i propri ricavi, arrivando a detenere una quota maggiore, compresa tra il 5 e il 20%, mentre la quota della SIAE è scesa al di sotto del 90%. Tuttavia, il potere di mercato della SIAE non è stato significativamente intaccato dalla presenza della concorrente, nonostante quest'ultima offra ai titolari dei diritti d'autore servizi innovativi e caratterizzati da una maggiore efficienza, prevedendo in particolare un servizio di deposito in forma telematica, meglio rispondente alle esigenze degli autori.

Nella Figura 2.5 sono riportati invece, sempre per il periodo 2012-2017, dati relativi alla sezione Musica, che, insieme alla sezione Cinema, ha il maggior rilievo per la *collecting* in termini di ricavi; sono confrontate le quote di mercato di SIAE e Soundreef, mentre la quota di Innovaetica nel periodo considerato è stata quasi nulla.

Figura 2.5 – Sezione Musica

	2012		2013		2014		2015		2016		2017	
	SIAE	SR										
<b>DIRITTI DI ESECUZIONE MUSICALE TOTALE</b>	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]
Esecuzioni pubbliche, dal vivo e registrate, nel contesto di balli o "concertini".	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]
Diffusione in sale cinematografiche di colonne sonore di film, cortometraggi, etc.	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]
Diffusione e registrazione da parte di emittenti radiotelevisive.	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]
Diffusione in pubblici esercizi con radio, tv e filodiffusione.	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]
Esecuzioni pubbliche, quali concerti, riviste, bande e varietà.	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]
Megaconcerti (per la quota d'incasso > € 30.000).	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]
Musica D'Ambiente - Radio in Store.	[75-90%]	[10-15%]	[75-90%]	[15-20%]	[60-75%]	[20-30%]	[75-90%]	[20-30%]	[75-90%]	[20-30%]	[60-75%]	[20-30%]
Utilizzazioni all'estero.	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]
Diffusione <i>online</i> (streaming, webcasting, ecc.).	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]
<b>DIRITTI DI RIPRODUZIONE MECCANICA TOTALE</b>	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[0-5%]	[>90%]	[5-10%]

Fonte: nostre elaborazioni su AGCM, Provvedimento n. 27359, A508 – SIAE/Servizi intermediazione diritti d'autore.

Dalla tabella emerge che, anche nei mercati relativi alla gestione dei diritti su opere musicali, la quota di SIAE è superiore al 90%, ad eccezione che per la Musica d'Ambiente – Radio in store: in questo mercato, la quota di SIAE si è ridotta ad un valore compreso tra il 60 e 75% nel 2014, in seguito all'ingresso di Soundreef nel mercato; successivamente è di nuovo aumentata, recuperando quasi i livelli precedenti, ma nel 2017 si attesta di nuovo tra 60-75%, mentre quella di Soundreef è pari al 20-30%.

In sostanza, nonostante l'introduzione di dinamiche concorrenziali nel settore dell'intermediazione, la SIAE continua a detenere una posizione di dominanza assoluta, sia nei mercati precedentemente coperti dalla riserva legale, sia in quelli da sempre aperti alla concorrenza.

La dominanza di SIAE può essere inoltre valutata sulla base di altre variabili: la sua organizzazione, che dispone di una vasta rete diffusa su tutto il territorio; la sua attività "generalista", ovvero un'offerta che comprende tutti i servizi attinenti alla gestione collettiva dei diritti d'autore, prestati per titolari di opere di qualsiasi genere e di qualsiasi tipologia di diritto; fattori storici e politici, in quanto essa è da anni la *collecting* di riferimento per molti tra i più noti autori ed editori italiani e ha consolidato nel tempo i rapporti con le istituzioni pubbliche e gli

organismi internazionali di gestione dei diritti d'autore, arrivando a godere perciò di una posizione privilegiata in tali ambiti.

## 2.5 Le condotte abusive di SIAE

La posizione occupata dalla SIAE sui mercati dei servizi di gestione dei diritti d'autore fa nascere in capo alla stessa la “speciale responsabilità” prevista dalla disciplina antitrust in tema di posizione dominante, che le impone di “tenere comportamenti collaborativi o di astenersi da comportamenti che avrebbero un effetto distorsivo proprio in quanto originati dalla dominanza”<sup>104</sup>. La SIAE non ha rispettato tali obblighi, adottando una serie di condotte che configurano un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102, TfUE (e, a livello nazionale, dall'art. 3, l. n. 287/1990). In particolare, come è stato rilevato dall'AGCM nel corso del procedimento A508, l'abuso commesso dalla SIAE consiste in una pluralità di condotte, poste in essere almeno dal 2012, complessivamente inquadrabili in un'unica strategia escludente dei concorrenti dai mercati rilevanti descritti nel precedente paragrafo. La finalità principale di tali condotte è quella di estendere e mantenere la posizione di monopolio della SIAE prevista dalla riserva legale, in vigore fino al 2017 e successivamente detenuta solo in via di fatto, a mercati non inclusi nell'ambito di applicazione dell'art. 180, l. n. 633/1941.

La SIAE ha posto in essere tali condotte in contrasto sia con la volontà dei titolari dei diritti, sia con l'evoluzione del quadro normativo comunitario in tema di gestione collettiva dei diritti d'autore. Le condotte in esame hanno infatti ostacolato la libertà di scelta degli aventi diritto di affidare la gestione dei propri diritti ad altre *collecting* e anche di esercitarli direttamente, senza avvalersi dell'intermediazione della SIAE; hanno inoltre limitato lo sviluppo degli operatori concorrenti e, conseguentemente, anche dell'innovazione tecnologica nel settore, con effetti negativi sulla qualità dei servizi offerti sui mercati.

I comportamenti della SIAE, configurando un abuso di posizione dominante, costituiscono una violazione della normativa antitrust sia nazionale che comunitaria; tuttavia ricadono nell'ambito di applicazione della disciplina europea, in particolare dell'art. 102 del TfUE, in quanto risultano pregiudizievoli per il commercio tra Stati membri. Le condotte risultano idonee a pregiudicare il commercio intra-comunitario sia perché i mercati nazionali coinvolti costituiscono una parte sostanziale del mercato interno, sia perché sono finalizzate ad escludere dai mercati italiani, oltre che i concorrenti nazionali, anche *collecting* operanti in altri Paesi dell'Unione europea.

---

<sup>104</sup> Sentenza del Consiglio di Stato, sezione VI, del 15 maggio 2015, n. 2479, *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*.

Analizzando più nel dettaglio la strategia escludente di SIAE, si rileva che le condotte poste in essere sono sostanzialmente riconducibili a quattro ambiti:

- (i) Imposizione di vincoli nell'offerta tra servizi diversi;
- (ii) Imposizione di vincoli nella gestione dei diritti d'autore di aventi diritto non iscritti a SIAE;
- (iii) Esclusione dei concorrenti dai mercati del rilascio di licenze alle emittenti TV;
- (iv) Esclusione dei concorrenti dai mercati di servizi di gestione dei repertori di *collecting* estere.

Tali condotte escludenti sono di seguito illustrate.

### 2.5.1 I vincoli nell'offerta tra servizi diversi

La SIAE ha sistematicamente imposto a coloro che si rivolgono ad essa per la tutela delle proprie opere e la gestione dei relativi diritti, sia associati che mandanti, diversi vincoli nell'offerta, che legano servizi tra loro differenti, di cui solo alcuni rientranti nella riserva legale in passato prevista in favore della SIAE.

La *collecting* ha imposto ai titolari di opere appartenenti a qualsiasi repertorio sia vincoli in entrata, per il conferimento del mandato di gestione dei diritti, che vincoli in uscita, in caso di eventuali revoche o limitazioni dei mandati conferiti. Riguardo ai primi, l'autore o editore che desidera affidare la gestione dei diritti sulle proprie opere alla SIAE, indipendentemente dall'eventuale adesione come socio, deve necessariamente farlo tramite un mandato particolarmente ampio, che include il suo intero repertorio, presente e futuro, e tutte le tipologie di diritti su tali opere. Nel mandato vengono perciò ricomprese forme di utilizzazione tra loro differenti, che appartengono a mercati rilevanti distinti e potrebbero essere svolte da soggetti diversi; ad esempio, nell'ambito del repertorio musicale, vengono legati nello stesso mandato i diritti per la comunicazione al pubblico tramite emittenti TV, per la diffusione nei pubblici esercizi e per la diffusione tramite *internet*.

Con le stesse modalità, la SIAE impone dei vincoli in uscita ai propri clienti che vogliano limitare l'estensione del mandato, precedentemente conferito, alla gestione di soltanto alcuni diritti o di solo alcune delle loro opere. Anche in questo caso, la limitazione deve ricomprendere necessariamente una pluralità di servizi, tra loro eterogenei; ad esempio, nel caso di un autore che chiedeva di revocare il mandato solo per la musica dal vivo, la SIAE ha imposto che la revoca dovesse riguardare anche forme di utilizzazione diverse, quali, in particolare, la pubblica esecuzione cinematografica. Inoltre, le condotte della SIAE in relazione ai vincoli imposti alle revoche dei mandati non sono state sempre chiare e coerenti.

Da tali condotte risulta che la finalità principale perseguita dalla SIAE con l'imposizione di tali vincoli, in entrata ed uscita, è stata quella di ostacolare l'attività dei concorrenti sul mercato,

legando tra loro servizi che erano compresi nella riserva legale e servizi che ne erano esclusi, estendendo così la posizione di monopolio detenuta nei mercati dei primi anche agli altri mercati. I vincoli imposti hanno limitato la possibilità per gli autori ed editori di rivolgersi ad altre *collecting*, anche solo per alcuni dei servizi di gestione, e inoltre anche la loro facoltà di gestire autonomamente i diritti.

Inoltre, il mandato conferito alla SIAE è riconosciuto dalla società stessa come un mandato in via esclusiva, in quanto esso è subordinato alla dichiarazione del titolare dei diritti di “non aver assunto impegni con altre società di *collecting* sul medesimo repertorio, sui medesimi diritti e territori per i quali si richiede la tutela a SIAE”<sup>105</sup>. I vincoli di esclusiva, quando imposti da un’impresa in posizione dominante, configurano tipicamente un comportamento abusivo, in quanto precludono agli acquirenti di rivolgersi ad imprese concorrenti, ostacolando perciò le dinamiche concorrenziali.

La SIAE ha imposto dei vincoli anche tra l’offerta di servizi di gestione dei diritti e quella di servizi di tutela dal plagio, nonostante le due attività possano essere svolte separatamente da soggetti distinti, in ragione delle caratteristiche tecniche ed economiche molto differenti tra loro. La *collecting* ha infatti spesso condizionato la prestazione del servizio di tutela dal plagio al conferimento del mandato per la gestione dei diritti, rifiutando il deposito dell’opera, ai fini della tutela, se non accompagnato dalla dichiarazione con cui il titolare attribuisce la gestione dell’opera alla società.

In tal modo la SIAE ha tentato di estendere la propria posizione di monopolio anche sul mercato della tutela dal plagio, il quale è stato sempre aperto alla concorrenza, in quanto non incluso nell’ambito dell’esclusiva detenuta in passato dalla SIAE.

## 2.5.2 I vincoli nella gestione dei diritti d’autore di soggetti non iscritti alla SIAE

La SIAE ha sistematicamente adottato condotte volte ad eliminare qualsiasi differenza tra titolari di opere che le conferiscono mandato per la gestione e quelli che non lo fanno, in quanto intenzionati ad esercitare i propri diritti tramite gestione diretta o a rivolgersi ad altre *collecting*.

La gestione abusiva da parte della SIAE dei diritti d’autore di soggetti non iscritti riguarda tutte le fasi dell’attività di intermediazione dei diritti.

La SIAE vincola infatti i propri iscritti, al momento del deposito dell’opera, ad affidarle la gestione per tutti i diritti sulla stessa, anche quelli degli aventi diritto non iscritti alla società; a tal fine, la *collecting* chiede che insieme all’opera venga depositata anche un’apposita dichiarazione che le

---

<sup>105</sup> Art. 2, comma 1, lett. A, Regolamento SIAE.

attribuisca la disponibilità di tutti i diritti. La SIAE attua tale condotta facendo leva sulla sua posizione di *collecting* di riferimento per la maggioranza degli editori, i quali hanno un potere contrattuale generalmente maggiore rispetto a quello dei singoli autori, riuscendo così ad ottenere la gestione dell'opera nonostante la diversa volontà espressa da questi ultimi.

La stessa gestione abusiva dei diritti viene attuata dalla SIAE nei rapporti con gli utilizzatori, in particolare nella riscossione dei compensi; essa pretende infatti dall'utilizzatore il versamento integrale di tutti i diritti d'autore delle opere, anche di quelli spettanti ad aventi diritto non iscritti. Successivamente la *collecting* ripartisce i diritti tra tutti i titolari, iscritti e non, applicando in ogni caso il proprio aggio, che quindi i non iscritti sono costretti a pagare nonostante non abbiano richiesto la prestazione di alcun servizio da parte della SIAE. Inoltre, le modalità di distribuzione seguite dalla SIAE nella distribuzione dei compensi ai soggetti non iscritti sono mutate nel tempo, prevedendo condizioni maggiormente penalizzanti: inizialmente i diritti, subito dopo la riscossione dagli utilizzatori, venivano messi immediatamente a disposizione dei coautori e coeditori non soci, prima della ripartizione tra i soci; successivamente, la SIAE ha variato tale procedimento, posizionando la distribuzione dei diritti ai non iscritti a valle dell'intero processo di ripartizione.

Queste condotte mirano sostanzialmente al mantenimento e all'espansione della posizione dominante di SIAE, a scapito degli autori ed editori non iscritti e delle *collecting* concorrenti.

La gestione abusiva dei diritti degli autori non iscritti effettuata dalla SIAE ha evidenti effetti escludenti, in quanto limita la possibilità dei concorrenti di offrire i propri servizi a coloro che si sono rivolti ad essi per la gestione dei diritti d'autore sulle loro opere; inoltre, tali condotte sono palesemente contrastanti con la libertà dei titolari di diritti d'autore di avvalersi della gestione autonoma diretta, espressamente riconosciuta dal comma 4, art. 180, legge sul diritto d'autore.

### 2.5.3 La concessione di licenze alle emittenti TV

La SIAE ha posto in essere pratiche escludenti anche sui mercati relativi al rilascio di licenze per l'utilizzo delle opere tutelate dal proprio repertorio da parte di emittenti televisive. Le condotte in esame sono complessivamente finalizzate ad impedire la negoziazione delle emittenti televisive con altre *collecting*, per preservare la propria posizione privilegiata nei rapporti con tali utilizzatori. La SIAE è particolarmente interessata a mantenere inalterate le condizioni nell'ambito di tali mercati in ragione degli incassi derivanti dalle emittenti TV, che costituiscono una rilevante quota degli incassi totali<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> Nel 2016 gli incassi derivanti dall'emittenza sono stati pari a 186,64 milioni di euro, ovvero circa il 31,5% degli incassi totali per tutte le forme di utilizzazione. Nel 2017, gli incassi sono diminuiti a 168,59 milioni, ma rappresentano comunque una quota elevata degli incassi totali, pari a circa 29,5%. (SIAE, Rendiconto di gestione 2017)

In tali mercati, la SIAE concede licenze per l'uso di tutte le 5 sezioni del proprio repertorio e presta servizi di riscossione e ripartizione dei corrispondenti diritti d'autore. I rapporti con le emittenti TV sono regolati sulla base di vecchi contratti, scaduti da anni e continuamente prorogati dalla SIAE, che si basano principalmente su condizioni generali di licenza stabilite nel 1993, in un mercato totalmente differente da quello odierno; in particolare, tali contratti contengono riferimenti alla riserva legale al tempo vigente e sono antecedenti all'ingresso dei nuovi operatori sul mercato. La SIAE, prorogando tali contratti, ignora l'evoluzione normativa del mercato e continua ad operare come monopolista, ostacolando la prestazione di servizi da parte dei concorrenti sui mercati considerati.

I contratti citati presentano un carattere escludente principalmente per due fattori: le licenze in bianco e i criteri per il calcolo delle tariffe. I contratti prevedono il rilascio da parte di SIAE di licenze in bianco alle emittenti televisive, per l'uso di tutti i repertori della *collecting*, che ai tempi della stipulazione dei contratti rappresentavano il totale delle opere utilizzabili in Italia, e relative inoltre a qualunque forma di utilizzazione, legata sia ai diritti dei soci che ai diritti dei non iscritti. Relativamente al secondo fattore, nei contratti sono previste tariffe forfettarie calcolate sui ricavi degli utilizzatori, applicando aliquote e coefficienti, non in linea con le pratiche adottate dalle *collecting* a livello europeo, fondate su approcci analitici che tengono conto di diverse variabili, quali, ad esempio, le dimensioni del repertorio amministrato dalla *collecting*, il grado e l'intensità dell'uso del repertorio e la sua rilevanza per l'utilizzatore.

Un altro punto critico è rappresentato dalle clausole di *prorogatio*, applicate per anni al fine di conservare tali rapporti contrattuali.

Le criticità esposte sono presenti anche nelle nuove condizioni generali di licenza, pubblicate dalla SIAE in seguito alla liberalizzazione del settore nel 2017, le quali, nonostante alcune variazioni, presentano una struttura sostanzialmente uguale a quella delle precedenti.

La SIAE continua quindi a negare l'apertura di tali mercati alle dinamiche concorrenziali e abusa della propria posizione dominante impedendo la concessione agli emittenti TV di licenze da parte delle altre *collecting*, in particolare per il repertorio Soundreef, gestito da LEA.

#### 2.5.4 La gestione dei repertori di *collecting* estere

Ulteriori condotte escludenti sono state poste in essere dalla SIAE nei mercati relativi ai servizi di gestione svolti in Italia per conto di *collecting* estere. Come già illustrato, tali servizi vengono prestati da SIAE sulla base di accordi di rappresentanza con le società estere, che conferiscono alla prima il mandato per la gestione del proprio repertorio; anche in questo caso, il mandato ricevuto dalla SIAE ha contenuto molto ampio e vario, ricomprendendo attività eterogenee.

La SIAE ha attualmente 270 accordi di rappresentanza, con oltre 150 *collecting* estere, stipulati molti anni fa e ancora in vigore per i meccanismi di rinnovo tacito inseriti negli accordi stessi, alcuni dei quali contengono inoltre una clausola di esclusiva.

La presenza di rapporti consolidati con le principali società estere di gestione collettiva dei diritti d'autore pone la SIAE in una posizione di dominanza assoluta nei mercati considerati, che essa ha cercato di mantenere ed ampliare tramite condotte escludenti, volte ad impedire l'istaurarsi di rapporti tra operatori concorrenti e *collecting* estere, anche laddove gli accordi non prevedono un vincolo di esclusiva. In particolare, la SIAE ha fondato la propria strategia sull'affermazione dell'esistenza di un monopolio legale anche per i servizi di gestione per conto delle società estere, riconducendo tali attività all'ambito di applicazione dell'articolo 180 della legge sul diritto d'autore. Secondo l'interpretazione fornita dalla SIAE, essa sarebbe l'unico operatore legittimato a rilasciare licenze agli utilizzatori nazionali per l'uso di repertori di *collecting* estere.

L'affermazione della SIAE riguardo l'applicazione della riserva legale a tali mercati non ha alcun fondamento, in quanto l'art. 180 si applica solamente alle opere di autori italiani e a quelle di autori stranieri domiciliati in Italia, pubblicate per la prima volta sul territorio nazionale.

Nonostante ciò, la SIAE, sulla base della sua affermazione, ha posto in essere una strategia volta ad escludere i concorrenti anche dai mercati dei servizi prestati per la gestione dei repertori di *collecting* estere, limitando così lo sviluppo di condizioni concorrenziali.

## CONCLUSIONI

L'abuso di posizione dominante costituisce una delle fattispecie anticoncorrenziali previste dalla disciplina antitrust, sia dalla normativa comunitaria che nazionale, a seconda che abbia effetti sul mercato interno, o su una sua parte rilevante, oppure incida esclusivamente sul mercato nazionale. Il divieto sancito dall'art. 102 TfUE e dall'art. 3 l. n. 287/1990 non riguarda la posizione dominante in quanto tale, ma esclusivamente il suo sfruttamento abusivo; le imprese possono perciò legittimamente raggiungere e mantenere una posizione dominante sul mercato, anche se solamente tramite mezzi leciti, quali la crescita "naturale" dell'impresa, e non attraverso le altre operazioni vietate dalla disciplina antitrust, ovvero intese restrittive e concentrazioni. Tuttavia, l'ordinamento attribuisce all'impresa che si trovi in posizione di dominanza una "speciale responsabilità", consistente sostanzialmente nell'onere di salvaguardare i meccanismi concorrenziali del mercato, già indeboliti a causa dell'elevato potere di mercato da essa detenuto. Conseguentemente è vietato all'impresa dominante di porre in essere condotte idonee a pregiudicare ulteriormente le dinamiche concorrenziali, le quali rientrano nel concetto di sfruttamento abusivo della propria posizione dominante.

Nel caso concreto analizzato, la SIAE non ha rispettato tale responsabilità, attribuitale in ragione della posizione di dominanza assoluta che occupa sui mercati rilevanti dei vari servizi di gestione dei diritti d'autore; ha infatti adottato, negli ultimi anni, delle pratiche volte ad escludere i concorrenti dai mercati in cui essa è attiva, sia in quelli in cui fino a poco tempo fa solo essa era legittimata ad operare, per la previsione della riserva legale in suo favore, sia in quelli da sempre aperti alla concorrenza. Tali condotte costituiscono uno sfruttamento abusivo della posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TfUE, in quanto limitative della concorrenza e idonee a recare pregiudizio al commercio tra Stati membri.

Le specifiche condotte poste in essere dalla SIAE hanno un effetto escludente nei confronti degli altri operatori e impediscono perciò lo sviluppo di un'effettiva concorrenza nei mercati di recente liberalizzati e in quelli contigui, ostacolando conseguentemente anche l'innovazione tecnologica e provocando quindi un peggioramento della qualità dei servizi offerti.

Le condotte della SIAE hanno inoltre limitato in molti casi la libertà dei titolari di diritti d'autore di scegliere di esercitarli in maniera diretta e autonoma, andando perciò anche contro la legge sul diritto d'autore, che riconosce espressamente tale facoltà agli aventi diritto.

L'AGCM, a conclusione del procedimento A508 contro SIAE, avviato nell'aprile del 2017, ha stabilito che le condotte da essa poste in essere, che si configurano complessivamente come un'unica complessa strategia escludente, costituiscono un abuso di posizione dominante e, perciò, una violazione dell'art. 102 TfUE. Di conseguenza, ha imposto alla SIAE di porre

immediatamente fine ai comportamenti contestati e ha irrogato una sanzione amministrativa pecuniaria, anche se solamente simbolica; infatti, è previsto dall'Autorità che, in particolari condizioni, possano essere applicate sanzioni simboliche, in relazione alle specifiche circostanze del caso. Nel caso SIAE, tali particolari condizioni consistono nella circostanza che le infrazioni abbiano interessato mercati fino al 2017 coperti da riserva legale e mercati a questi contigui; tale circostanza, insieme alla specificità e complessità della fattispecie e alla novità dell'abuso, ha costituito per l'AGCM un motivo sufficiente per irrogare una sanzione semplicemente simbolica, pari a 1000 euro.

# Bibliografia

- CAMPOBASSO G.F., *Manuale di Diritto Commerciale*, Utet Giuridica, 2016
- COMMISSIONE EUROPEA *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, su “Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea”, 9 dicembre 1997
- COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione — Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, su “Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea”, 27 aprile 2004, pag. 81-96
- COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, su “Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea”, 24 febbraio 2009
- COMMISSIONE EUROPEA, *Regolamento n. 139/2004 del Consiglio - "Regolamento comunitario sulle concentrazioni"*, su “Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea”, 20 gennaio 2004, pag. 1-22
- COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione del 14 dicembre 1972, relativa ad una procedura ai sensi dell'articolo 86 del trattato CEE (IV/26.911 - Zoja/C.S.C. - ICI)*, su “Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea”, 31 dicembre 1972, pag. 51-58
- COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione del 14 maggio 1997 relativa ad una procedura a norma dell'articolo 86 del trattato CE (IV/34.621, 35.059/F-3/Irish Sugar plc)*, su “Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea”, 22 settembre 1997, pag. 1-34
- COMMISSIONE EUROPEA, *Decisione del 24 maggio 2004 relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 82 del trattato CE e dell'articolo 54 dell'accordo SEE contro Microsoft Corporation*
- COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione - Comunicazioni provenienti dalle istituzioni, dagli organi e dagli organismi dell'Unione Europea*, su “Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea”, 19 maggio 2010
- GHEZZI, F., OLIVIERI G., *Diritto antitrust*. Giappichelli, Torino, 2013
- MUSU I. *Gli aspetti economici della Costituzione italiana: è superato l'art.41?* in ACCADEMIA DEI LINCEI, *La Costituzione ieri e oggi*, ROMA, Bardi (Articolo su libro)
- PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO EUROPEO, *Direttiva 2014/26/UE del 26 febbraio 2014, sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multi-territoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno*, su “Gazzetta Ufficiale”, 20 marzo 2014

PROSPERETTI L. *Economia e diritto antitrust: un'introduzione*, Carocci, 2006

SCOGNAMIGLIO PASINI C., *Economia Industriale. Economia dei mercati imperfetti*, LUISS University Press, Roma 2016

VARIAN, H. R., *Microeconomia*. Cafoscarina, 2012

## Sitografia

AGCM: <http://www.agcm.it>

AGCM, *Formulario per la comunicazione delle operazioni di concentrazione*, 1 luglio 1996:

<http://www.agcm.it/dotcmsDOC/formulario/FORMEST2013gen01.pdf>

AGCM, *Provvedimento n. 7804 - Pepsico Foods and Beverages International-IBG Sud/Coca Cola Italia*, su “Bollettino 49/1999”, 27 dicembre 1999, pag. 5-68:

<http://www.agcm.it/dotcmsDOC/bollettini/49-99.pdf>

AGCM, *Provvedimento n. 13457 - Mercato Del Calcestruzzo*, su “Bollettino 31/2004”, 16 agosto 2004, pag. 81-132: <http://www.agcm.it/dotcmsDOC/bollettini/31-04.pdf>

AGCM, *Provvedimento n. 27359 – A508 – SIAE/Servizi intermediazione diritti d'autore*, su “Bollettino 40/2018”, 29 ottobre 2018, pag. 5-115:

<http://www.agcm.it/dotcmsdoc/bollettini/2018/40-18.pdf>

D'AMMASSA G., *La guida al diritto d'autore. Le società di gestione collettiva*, 7 gennaio 2016: <https://www.dirittodautore.it/la-guida-al-diritto-dautore/le-societa-di-gestione-collettiva/>

DE ANGELIS D., *La gestione individuale e collettiva del diritto d'autore alla luce del recepimento della direttiva 2014/26/UE*, 22 agosto 2017: <http://www.ddastudiolegale.it/la-gestione-collettiva-individuale-del-diritto-dautore-alla-luce-del-recepimento-della-direttiva-201426ue/>

GUENZI M., *L'efficienza paretiana nel mercato dell'arte contemporanea*, su “Economia e Diritto”, 1 luglio 2014: <http://www.economiaediritto.it/tag/efficienza-allocaativa/>

INNOVAETICA: <http://www.innovaetica.com/>

INFANTE P., *Le ragioni della concorrenza: vent'anni di antitrust italiano*, 20 maggio 2010:

<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/2010/05/20/le-ragioni-della-concorrenzavent'anni-di-antitrust-italiano-roma-26-novembre-2010-resoconto-convegno/>

LEA: <https://leamusica.com>

LECIS N., *Economia Darwiniana, dalla selezione naturale alla selezione economica*, 7 maggio 2018: <https://financecue.it/economia-darwiniana-dalla-selezione-naturale-alla-selezione-economica/9586/>

LO CANE P., *Le concentrazioni del diritto antitrust italiano*, ottobre 2001:

<https://www.diritto.it/articoli/commerciale/locane3.html>

MONDADORI EDUCATION, *Costituzione commentata*, art.41:

[http://www.mondadorieducation.it/media/contenuti/canali/economico/aggiornamenti/costituzione\\_commentata/articoli/318.htm](http://www.mondadorieducation.it/media/contenuti/canali/economico/aggiornamenti/costituzione_commentata/articoli/318.htm)

MODAFFARE D.A., *Le intese restrittive della concorrenza nella giurisprudenza comunitaria*,

25 settembre 2018: <https://www.diritto.it/le-intese-restrittive-della-concorrenza-nella-giurisprudenza-comunitaria/>

PATAMU: <https://www.patamu.com/index.php/it/>

SARTORIIN B., *SIAE alla luce del Decreto Fiscale 2018 - Siamo giunti al termine di un*

*monopolio*, 24 ottobre 2017: [http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoCivile/2017-10-24/siae-luce-decreto-fiscale-2018--siamo-giunti-termini-un-monopolio-165323.php?refresh\\_ce=1](http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoCivile/2017-10-24/siae-luce-decreto-fiscale-2018--siamo-giunti-termini-un-monopolio-165323.php?refresh_ce=1)

SIAE: <https://www.siae.it/it>

SIAE, *Annual Report 2017*:

[https://www.siae.it/sites/default/files/15\\_33\\_SIAE\\_annual\\_report\\_2017\\_ITA.pdf](https://www.siae.it/sites/default/files/15_33_SIAE_annual_report_2017_ITA.pdf)

SIAE, *Regolamento generale*: [https://www.siae.it/sites/default/files/Regolamento\\_generale.pdf](https://www.siae.it/sites/default/files/Regolamento_generale.pdf)

SIAE, *Rendiconto di gestione 2017*:

[https://www.siae.it/sites/default/files/12\\_04\\_RENDICONTO\\_DI\\_GESTIONE\\_2017\\_Approvato\\_new.pdf](https://www.siae.it/sites/default/files/12_04_RENDICONTO_DI_GESTIONE_2017_Approvato_new.pdf)

SOUNDREEF: <http://www.soundreef.com>

WIKIPEDIA, *Diritto d'autore*: [https://it.wikipedia.org/wiki/Diritto\\_d%27autore#Gli\\_scopi](https://it.wikipedia.org/wiki/Diritto_d%27autore#Gli_scopi)

WIKIPEDIA, *Società di gestione collettiva di diritti d'autore*:

[https://it.wikipedia.org/wiki/Società\\_di\\_gestione\\_collettiva\\_di\\_diritti\\_d%27autore](https://it.wikipedia.org/wiki/Società_di_gestione_collettiva_di_diritti_d%27autore)

WIKIPEDIA, *Soundreef*: <https://it.wikipedia.org/wiki/Soundreef>

## Sentenze

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sentenza del 9 novembre 1983, causa 322/81 *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin*, in Racc., 1983, 3461

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA Sentenza del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands*, in Racc., 1978, 207

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA Sentenza del 14 novembre 1996, causa C-333/94P, *Tetra Pak International SA*, in Racc., 1996, I-05951.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA Sentenza del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche*, in Racc., 1979, 461, p.to 41.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA Sentenza del 3 luglio 1991, causa C-62/86, *AKZO Chemie BV*, in Racc., 1991, I-3359.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA Sentenza del 22 ottobre 1986, causa 75/84, *Metro*, in Racc., 1986, 3021, p.to 85

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA Sentenza del 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96P e C-396/96P, *Compagnie Maritimes Belges*, in Racc., 2000, I-1365, p.ti 41-42.

TRIBUNALE DI PRIMO GRADO DELLE COMUNITA' EUROPEE, Sentenza del 6 giugno 2002, causa T-342/99, *Airtours/First Choice*, in Racc., 2002, II-2585, p.to 62.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sentenza del 19 aprile 2012, causa C-549/10, *Tomra*, p.to 20

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sentenza del 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc.*, in Racc., 1973, 215, p.to 27.

TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA, Sentenza del 12 dicembre 1991, causa T-30/89, *Hilti*, in Racc., 1991, I-1439, p.to 118.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sentenza del 3 luglio 1991, causa C-62/86, *AKZO Chemie BV*, in Racc., 1991, I-3359

TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA, Sentenza del 23 ottobre 2003, causa T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd*, in Racc., 2003, II-4653, p.ti 159-160.

CONSIGLIO DI STATO, sezione VI, Sentenza del 15 maggio 2015, n. 2479, *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*.