



La Commissione valuta il funzionamento della comunicazione sulla definizione di mercato rilevante

📅 11/10/2021

📌 DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, ANTITRUST, MERCATO RILEVANTE

Roberto A. Jacchia
Andrea Palumbo

Il 12 luglio 2021 la Commissione europea ha reso noti i risultati del processo di valutazione della propria Comunicazione del 1997 sulla definizione di mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza¹. I risultati sono esposti nel recentissimo Documento di lavoro della Commissione². La valutazione è stata avviata nell'aprile 2020, ed ha compreso una consultazione pubblica tra il 26 giugno 2020 e il 9 ottobre 2020.

La Comunicazione era stata pubblicata nel dicembre 1997 allo scopo di incrementare la trasparenza della politica della Commissione nell'applicazione del diritto della concorrenza, fornendo indicazioni sui criteri da impiegare per la definizione di mercato rilevante. In particolare, la Comunicazione detta al riguardo il criterio fondamentale, secondo cui il mercato va definito sia sotto il profilo del prodotto che sotto il profilo geografico per individuare i concorrenti effettivi delle imprese interessate che sono in grado di condizionare il comportamento di queste ultime e di impedire loro di operare in modo

¹ Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, GUUE C. 372 del 09/12/1997.

² *Commission staff working document evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 9 December 1997*, SWD (2021) 199 final, del 12/07/2021.



indipendente. Il concetto di mercato rilevante è centrale per l'applicazione delle regole, e si deve procedere alla sua definizione caso per caso.

La nozione di mercato rilevante, come emerge dalla Comunicazione del 1997, ricomprende sia il mercato del prodotto³ che il mercato geografico⁴, e poggia su tre principi, corrispondenti alle fonti di pressione concorrenziale a cui sono sottoposte le imprese: la sostituibilità sul versante della domanda⁵, la sostituibilità sul versante dell'offerta⁶ e – in un momento metodologicamente successivo – la concorrenza potenziale⁷. In base alla Comunicazione, un mercato potrà dirsi competitivo quando i consumatori possono scegliere tra una gamma di prodotti o servizi con caratteristiche simili, e quando il fornitore non incontra ostacoli nel fornirli.

La valutazione è stata condotta con lo scopo di raccogliere evidenze sul funzionamento della Comunicazione così da poter determinare se fossero necessarie eventuali modifiche, ovvero se si potesse lasciarne invariato il contenuto. La valutazione fa parte di un più ampio disegno della Commissione europea di garantire che la politica di concorrenza sia adeguata alle sfide dell'economia moderna, anche tenendo conto del fatto che la Comunicazione non è mai stata modificata per 23 anni. Inoltre, la Commissione europea mira a incrementare la trasparenza dei propri processi decisionali in materia *antitrust*, aiutando così al contempo le imprese a prevedere i casi in cui potrebbero essere sollevate questioni relative alla

concorrenza in relazione ai loro comportamenti e alle loro operazioni.

La Commissione europea ambisce a fornire delle linee guida che riflettano l'evolversi della prassi giurisprudenziale delle Corti europee, delle Autorità Nazionali della Concorrenza (ANC), nonché della produzione scientifica e degli elaborati delle organizzazioni internazionali, quali l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), con riferimento ai principi e criteri concretamente applicabili e con modalità chiare e comprensibili.

Nel corso del processo di valutazione, la Commissione europea ha raccolto ed esaminato evidenze ed elementi, con un particolare focus sugli ultimi dieci anni.

Complessivamente, il giudizio è che la Comunicazione si è rivelata uno strumento utile. L'attualità della Comunicazione è data dalla sua capacità di stabilire principi di massima applicabili in modo trasversale, fornendo al contempo orientamenti su questioni più specifiche.

La Commissione europea ha impiegato dei criteri specifici per valutare le evidenze raccolte, alla luce dei quali sono state elaborate le conclusioni. In particolare, è stato fatto ricorso ai criteri della *rilevanza*, della *effettività*, della *efficienza*, della *coerenza* e del *valore aggiunto* apportato dalla Comunicazione nella sua qualità di strumento di *soft law*, rispetto agli obiettivi potenzialmente raggiungibili dalle normative nazionali.

³ Il punto 7 della Comunicazione così dispone: "... Il mercato del prodotto rilevante comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati...".

⁴ Il punto 8 della Comunicazione così dispone: "... Il mercato geografico rilevante comprende l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale 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...".

⁵ Il punto 15 della Comunicazione così dispone: "...L'analisi della sostituibilità sul versante della domanda implica la determinazione della gamma di prodotti che vengono considerati come intercambiabili dal consumatore. Una delle tecniche per compiere tale analisi è un esercizio teorico, che consiste nel postulare una piccola variazione non transitoria dei prezzi relativi e nel valutare le presumibili reazioni dei clienti a tale variazione...".

⁶ Il punto 20 della Comunicazione così dispone: "...Occorre che i fornitori 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...".

⁷ Si veda il punto 24 della Comunicazione.

Con riferimento ai criteri della *rilevanza* e della *effettività*, è stato osservato come l'approccio originariamente delineato con la Comunicazione del 1997 è stato mantenuto non solo dalla Commissione stessa nelle sue decisioni in materia antitrust, ma anche dalle Corti dell'Unione e dalle ANC. Difatti, i principi dettati dalla Comunicazione sono stati seguiti e citati dalla giurisprudenza come buona pratica cui riferirsi nella valutazione sia delle concentrazioni che dei casi antitrust⁸. Sulla stessa scia, anche le ANC tengono regolarmente conto della Comunicazione nella loro prassi decisionale, determinando un allineamento nell'approccio seguito a livello nazionale. Tuttavia, si riscontrano delle aree in cui la Comunicazione potrebbe non riflettere pienamente gli sviluppi giurisprudenziali più recenti e le migliori pratiche degli ultimi 23 anni. Tra le aree in cui il processo di allineamento è invece proceduto utilmente si possono ricordare l'uso del test c.d. SSNIP⁹, la valutazione delle definizioni di mercato nei mercati in rapida evoluzione, il perfezionamento dei metodi di calcolo delle quote di mercato e l'applicazione dei principi della Comunicazione ai mercati digitali.

Relativamente, in particolare, ai mercati digitali, la Commissione ha osservato come questi si siano espansi esponenzialmente negli ultimi decenni, così rendendo imprescindibile vigilare sul rispetto del diritto della concorrenza nei nuovi contesti, tenuto conto del fatto che la quota dell'economia digitale nel 2019 si aggirava tra il 4,5% e il 15,5% del PIL mondiale. In tal senso, è sempre di maggior rilievo la c.d. "convergenza tecnologica" data dall'integrazione nel sistema economico di prodotti e servizi tecnologici, anche originariamente non correlati¹⁰.

I partecipanti alla consultazione pubblica hanno espresso un consenso quasi

unanime sull'importanza imprescindibile della Comunicazione. Tuttavia, il Documento di lavoro sottolinea che molti, ma non tutti, gli aspetti sono coperti. In particolare, se i principi espressi nella Comunicazione dovessero rimanere invariati, la loro applicazione nei contesti digitali potrebbe determinare nuove e ulteriori problematiche, mancando ancora un vissuto adeguato in relazione agli effetti della digitalizzazione sulla definizione del mercato.

Circa il criterio dell'*efficienza*, i risultati della valutazione suggeriscono che non sembrano esserci costi associati alla Comunicazione, rispetto ad un ipotetico scenario in cui non fossero stati forniti orientamenti sulla definizione di mercato rilevante. Al contrario, la Comunicazione ha generato benefici non solo con riferimento al lavoro della Commissione e delle ANC, ma anche per tutti gli operatori del mercato che ne hanno usufruito, che hanno potuto beneficiare di una riduzione dei costi di assistenza legale esterna e di quelli delle sanzioni derivanti da violazioni del diritto della concorrenza. Peraltro, i benefici potrebbero aumentare con ulteriori aggiornamenti e maggiore trasparenza su punti specifici, così determinando un ampliamento della fruibilità della Comunicazione.

In relazione al criterio della *coerenza*, le evidenze raccolte suggeriscono che le diverse componenti della Comunicazione operano nel loro complesso in modo soddisfacente e senza contraddizioni interne, e che esse si trovano in linea con gli orientamenti emergenti dalle prassi dei tribunali nazionali e con le politiche degli Stati membri in materia. Nonostante ciò, i partecipanti alla consultazione hanno sottolineato che

⁸ Si vedano le seguenti pronunce: Tribunale 28.04.2010, Causa C-7/11, *Amann & Söhne GmbH & Co. KG e Cousin Filterie SAS contro Commissione*; Tribunale 15.12.20120, Causa T-427/08, *CEAHR contro Commissione*; Tribunale 27.01.2021, Causa T-691/18, *KPN contro Commissione*.

⁹ Il test SSNIP (*Small but Significant and Non-transitory Increase in Prices*) è stato applicato dalla Commissione europea per la definizione del mercato rilevante. Si svolge esaminando se un monopolista ipotetico sia in grado di effettuare un incremento di un certa percentuale dei prezzi in un dato mercato, permanentemente e con profitto.

¹⁰ Sulle considerazioni della Commissione europea sugli sviluppi nel mercato digitale, si veda il paragrafo 2.4 del Documento di lavoro dei servizi della Commissione sulla valutazione.

alcuni punti¹¹ richiederebbero maggiore chiarezza e potrebbero essere necessari aggiornamenti con riferimento alle ultime evoluzioni in tema di controllo delle concentrazioni tra imprese di cui al Regolamento (CE) n. 139/2004¹².

Relativamente al criterio del *valore aggiunto europeo*, è stato rilevato che la Comunicazione ha garantito un approccio coerente alle regole di concorrenza all'interno dell'Unione, assurgendo a punto di riferimento comune per la Commissione europea e per le ANC. Tuttavia, la Commissione ha osservato che vi sono margini di miglioramento anche in quella direzione, quali, a titolo esemplificativo, l'aggiunta di orientamenti sulla definizione di mercato rilevante in contesti nazionali e regionali, e l'inserimento di ulteriori esempi giurisprudenziali specifici.

Sotto altro riguardo, la Commissione ha riconosciuto che l'attendibilità delle risultanze della valutazione incontra inevitabilmente dei limiti¹³. In primo

luogo, vi sono i limiti derivanti da una bassa rappresentatività della consultazione pubblica, anche se ciò non si è tradotto necessariamente in una panoramica meno completa, e le opinioni divergenti sono state debitamente prese in considerazione. In secondo luogo, vi sono limiti relativi alla difficoltà di raccogliere evidenze quantitative dei benefici della Comunicazione. I partecipanti si sono infatti esclusivamente concentrati sui benefici di tipo qualitativo.

In conclusione, dalle risultanze della valutazione emerge come la Comunicazione rivesta tuttora centrale importanza, pur evidenziando spazi importanti di aggiornamento e perfezionamento, soprattutto con riferimento alla digitalizzazione dell'economia. Non è al momento ancora noto se la Commissione intenda apportare modifiche alla Comunicazione, come osservato nel comunicato stampa al riguardo della vice presidente della Commissione *Margrethe Vestager*¹⁴.

¹¹ Quali, ad esempio, quelli relativi alle differenze tra sostituibilità sul versante della domanda, sostituibilità sul versante dell'offerta e concorrenza potenziale, e quelli relativi al test SSNIP.

¹² Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (Regolamento comunitario sulle concentrazioni), GUUE L 024 del 29/01/2004.

¹³ Si veda il paragrafo 4.3 del Documento di lavoro dei servizi della Commissione sulla valutazione.

¹⁴ Si veda il comunicato stampa disponibile al seguente [LINK](#).



Roberto A. Jacchia

PARTNER

 r.jacchia@dejalex.com

 +39 02 72554.1

 Via San Paolo 7
20121 - Milano



Andrea Palumbo

ASSOCIATE

 a.palumbo@dejalex.com

 +32 (0)26455670

 Chaussée de La Hulpe 187
1170 - Bruxelles

MILANO

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

ROMA

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

BRUXELLES

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

MOSCOW

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