



Definizione del mercato rilevante. Le principali novità della Comunicazione riveduta

📅 22/02/2024

📖 DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, COMPLIANCE, PROSPETTIVE

Roberto A. Jacchia
Marco Stillo

In data 8 febbraio 2024, la Commissione ha adottato una nuova Comunicazione sulla definizione del mercato¹ che, tenendo conto dei recenti sviluppi significativi e delle nuove dinamiche che hanno investito l'economia e il commercio globale, quali, tra gli altri, l'intensificarsi della digitalizzazione, le nuove modalità di offerta dei beni e dei servizi nonché la natura sempre più interconnessa degli scambi, aggiorna per la prima volta la Comunicazione del 1997².

La Comunicazione riveduta è il risultato di un lungo processo di rivisitazione

avviato dalla valutazione della Commissione dell'aprile del 2020 al fine di raccogliere evidenze sul funzionamento dei mercati, così da poter determinare se fossero necessarie modifiche ovvero si potesse lasciarne invariati i contenuti. I risultati erano stati pubblicati nel luglio 2021, ed avevano rivelato come, sebbene la Comunicazione del 1997 rimanesse pertinente e generalmente adeguata al suo scopo, fossero divenuti necessari alcuni aggiornamenti e chiarimenti per allinearla alle nuove realtà³. Il progetto di comunicazione riveduta era stato poi pubblicato nel novembre 2022 al fine di raccogliere i riscontri degli *stakeholders*, che erano stati invitati a condividere le proprie osservazioni entro il 13 gennaio

¹ Com. Comm. C(2023) 6789 final del 08.02.2024, *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza*.

² 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*.

³ Per ulteriori informazioni si veda il nostro precedente contributo, disponibile al seguente [LINK](#).



2023⁴. La nuova Comunicazione, pertanto, fornisce una visione d'insieme dei principi applicati alla definizione del mercato, indipendentemente dai settori o dai mercati specifici interessati, realizzando così l'intento della Commissione di garantire un grado maggiore di trasparenza e prevedibilità nell'applicazione del diritto della concorrenza, anche attraverso orientamenti, sia a livello settoriale che intersettoriale.

In primo luogo, la nuova Comunicazione riconosce l'importanza, nell'ambito della definizione del mercato rilevante, dei parametri non legati al prezzo del prodotto quali, tra gli altri, il suo grado di innovazione, la sua qualità sotto aspetti come la sostenibilità, l'efficienza delle risorse, la durata, il valore e la varietà degli usi offerti nonché la disponibilità dei prodotti, anche in termini di tempi di consegna, resilienza delle catene di approvvigionamento, affidabilità delle forniture e costi di trasporto⁵.

In secondo luogo, la Comunicazione fornisce chiarimenti in merito all'applicazione della definizione del mercato nei settori esposti a transizioni strutturali quali i mutamenti tecnologici o normativi. Nello specifico, quando il caso richieda una valutazione previsionale, la Commissione può prendere in considerazione le transizioni previste nella struttura di un mercato, che possono prescindere dalle considerazioni tradizionali incentrate sull'ingresso di potenziali *competitors*, in quanto incidono sulla dinamica generale della domanda e dell'offerta. Di conseguenza, tali transizioni dovrebbero essere distinte dalle variazioni che incidono soltanto su singole imprese fornitrici o singoli acquirenti che offrono o richiedono prodotti nei mercati rilevanti, potendo impattare tanto sulla definizione del

mercato del prodotto quanto su quella del mercato geografico rilevante⁶.

In terzo luogo, la Comunicazione chiarisce che, nella maggior parte dei casi, il c.d. "test SSNIP"⁷ serve principalmente da quadro concettuale per l'interpretazione delle evidenze disponibili, di talché la Commissione non è tenuta ad applicarlo empiricamente. Quando le imprese competono in relazione a parametri diversi dal prezzo, quali la qualità o il livello di innovazione, infatti, l'applicazione del test SSNIP risulta meno affidabile o riduttiva, in particolare nei settori altamente innovativi⁸. In questi casi, pertanto, la Commissione può fare affidamento su altri tipi di elementi parimenti più appropriati per definire il mercato rilevante⁹.

In quarto luogo, la Comunicazione fornisce orientamenti più ampi sul ruolo delle importazioni per definire il mercato geografico rilevante. Più particolarmente, nei casi in cui i fornitori negoziano con singoli clienti, o possono discriminare sulla base della loro ubicazione o della zona geografica, può essere pertinente anche la sostituzione sul versante della domanda tra zone geografiche diverse. Se i clienti di due zone considerano per lo più gli stessi fornitori come alternative, e possono trasferire facilmente volumi di acquisto da un fornitore all'altro, ciò può indicare, unitamente ad altri fattori, che le condizioni di concorrenza tra le due zone sono sufficientemente omogenee e che gli effetti della condotta o della concentrazione sarebbero sufficientemente simili per farle rientrare nel medesimo mercato geografico. Al contrario, quando i clienti di due zone considerano fornitori diversi come alternative, o quando i volumi che possono essere trasferiti sono limitati, tale circostanza indica che le condizioni

⁴ Per ulteriori informazioni si veda il nostro precedente contributo, disponibile al seguente [LINK](#).

⁵ Si veda il punto 15 della Comunicazione.

⁶ Si veda il punto 19 della Comunicazione.

⁷ Il test SSNIP (*Small but significant and non-transitory increase in price*) si basa sull'idea di definire i confini di un mercato individuando i prodotti ai quali i clienti passerebbero in caso di lieve aumento del prezzo del prodotto di riferimento e in che misura lo farebbero.

⁸ Si veda il punto 30 della Comunicazione.

⁹ Si veda la Sezione 3 della Comunicazione.

di concorrenza nelle due zone non sono sufficientemente omogenee. Di conseguenza, la mera esistenza di importazioni non comporta necessariamente l'ampliamento del mercato geografico per includervi la zona dalla quale le merci sarebbero o potrebbero essere esportate. I clienti ivi situati, infatti, possono essere soggetti a condizioni di concorrenza diverse rispetto a quelli situati nella zona di consegna delle importazioni. In tali circostanze, pertanto, se i mercati geografici fossero definiti in modo ampio al fine di comprendere le zone di esportazione e di consegna delle merci importate, si potrebbero erroneamente includervi clienti che probabilmente sono interessati in modo diverso dalla condotta o dalla concentrazione di che trattasi, ostacolando una valutazione efficiente sotto il profilo della concorrenza¹⁰.

In quinto luogo, la Comunicazione fornisce indicazioni sulle possibili fonti di prova e sul loro valore probatorio, elaborati sulla base dell'esperienza concreta della Commissione e di un approccio alla definizione del mercato basato sui fatti. Nello specifico, gli elementi utilizzati dovrebbero essere recenti in relazione al periodo oggetto di indagine, in particolare, quando vengono valutati i mercati di un settore in fase di cambiamento. Quando il caso richiede una valutazione previsionale, e la definizione del mercato si basa su cambiamenti nelle dinamiche della concorrenza nel periodo di tempo considerato, inoltre, questi ultimi devono essere corroborati da elementi affidabili che dimostrino con sufficiente probabilità che i cambiamenti previsti effettivamente si concretizzeranno. Tali elementi avranno un valore probatorio più elevato qualora sia possibile stabilire che non possono essere stati influenzati dall'indagine della Commissione, come ad esempio nel caso di elementi antecedenti alle discussioni relative ad

una concentrazione o ad una condotta specifica¹¹.

In sesto luogo, la Comunicazione chiarisce che nel caso di prodotti in fase di sviluppo la Commissione può prendere in considerazione, per la definizione del mercato, le specificità dei settori altamente innovativi caratterizzati da investimenti frequenti e significativi in ricerca e sviluppo. Anche se questi prodotti non sono ancora a disposizione dei clienti, infatti, il loro processo di ricerca e sviluppo potrebbe essere sufficientemente visibile per determinare con quali altri prodotti essi saranno probabilmente sostituibili, di talché la Commissione potrebbe concludere che gli stessi appartengono ad un mercato rilevante già esistente oppure ad uno nuovo. L'uso cui il prodotto in fase di sviluppo è destinato, e la sua prevista sostituibilità con altri prodotti, pertanto, svolgono un ruolo particolare nella definizione del mercato rilevante, la cui dimensione geografica potrebbe dover riflettere quella delle attività di ricerca e sviluppo sottese al prodotto¹².

Infine, la Comunicazione specifica che, in determinate circostanze, i c.d. "ecosistemi digitali"¹³ possono essere considerati come costituiti da un prodotto primario principale e da diversi prodotti secondari, il cui consumo è collegato al prodotto principale, ad esempio, tramite collegamenti tecnologici o forme di interoperabilità. Nel prendere in considerazione tali ecosistemi, la Commissione potrà applicare principi analoghi a quelli relativi ai mercati di assistenza post-vendita ai fini della definizione dei mercati del prodotto rilevanti. Quando i prodotti secondari sono offerti sotto forma di pacchetti, inoltre, la Commissione può valutare la

¹⁰ Si vedano i punti 41-42 della Comunicazione.

¹¹ Si vedano i punti 77-78 della Comunicazione.

¹² Si veda il punto 91 della Comunicazione.

¹³ Per ecosistema digitale si intende un insieme di prodotti e servizi che interagiscono ed evolvono intorno ad una particolare tecnologia, contribuendo alla vita dell'ecosistema con la produzione di dati e di valore.

possibilità che questi ultimi costituiscano di per sé un mercato rilevante¹⁴.

Come la Comunicazione del 1997, anche quella riveduta contiene una sezione dedicata al calcolo delle quote di mercato, specificando tuttavia che esso rappresenta solo uno degli obiettivi della definizione del mercato. Benché tali quote possano fornire informazioni utili, ad esempio in mercati con prodotti piuttosto omogenei e variazioni limitate delle dinamiche di mercato nel tempo, a seconda delle circostanze del caso concreto possono risultare pertinenti anche altri fattori, quali gli ostacoli all'ingresso o all'espansione, l'accesso a risorse e fattori produttivi critici nonché la differenziazione dei prodotti e il loro grado di sostituibilità¹⁵.

La Comunicazione riveduta sosterrà le attività e la prassi decisionale della Commissione e dalle autorità nazionali garanti della concorrenza nel SEE per definire i mercati rilevanti, rafforzando la trasparenza e la certezza del diritto per le imprese e, almeno negli intenti, agevolando la *compliance* in materia di concorrenza in un contesto caratterizzato da continui e sempre più radicali cambiamenti sociali e tecnologici nonché da sviluppi significativi sia nelle decisioni della Commissione che nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

D'altronde, l'adattamento di un sistema normativo complesso a dei mutamenti di origine esogena, che sono sospinti da determinanti politiche o sociali, si verificano con un passo più accelerato di

quello del legislatore e, pur avendo per obiettivo la certezza e la prevedibilità del diritto nel nuovo contesto, comportano inevitabilmente un effetto "paradosso". Infatti, nella prima fase, l'incertezza derivante dall'adattamento in corso sarà temporaneamente maggiore rispetto allo stato *quo ante*.

Costituisce un esempio di questa proposizione la rivisitazione degli effetti anticompetitivi delle concentrazioni "sotto soglia", che, come mostrato dagli ultimi cinque anni di giurisprudenza europea, sono state "precipitate" in una condizione di ancor più forte incertezza e imprevedibilità. Nella sentenza *Towercast*, la Corte ha statuito che, pur istituendo un controllo *ex ante* delle operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria, il Regolamento 139/2004¹⁶ non esclude la possibilità di un controllo *ex post* di quelle inferiori alla soglia¹⁷. Di conseguenza, le operazioni di concentrazione inferiori alle soglie di controllo preventivo previste rispettivamente dal Regolamento 139/2004 e dal diritto nazionale possono essere valutate (a livello europeo o nazionale) ai sensi dell'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) qualora ricorrano le condizioni ivi previste per stabilire l'esistenza di un abuso di posizione dominante¹⁸. In data 12 luglio 2023, inoltre, la Commissione ha sanzionato la *Grail, Inc.* ("Grail") e la *Illumina, Inc.* ("Illumina") per aver completato il loro progetto di acquisizione sotto soglia prima dell'approvazione da parte di

¹⁴ Si veda il punto 104 della Comunicazione.

¹⁵ Si veda il punto 106 della Comunicazione.

¹⁶ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, GUUE L 24 del 29.01.2004.

¹⁷ La *Towercast* aveva depositato presso l'ANC francese una denuncia in merito all'acquisizione della società *Itas S.A.S.* da parte della *Télédiffusion de France* (TDF), che fornisce in Francia servizi di diffusione della televisione digitale terrestre (DTT), sostenendo che essa integrava un abuso di posizione dominante. L'operazione, tuttavia, non raggiungeva le soglie previste dall'articolo 1 del Regolamento 139/2004, non essendo quindi soggetta ad un controllo *ex ante* da parte della Commissione Europea o dell'ANC francese, né aveva dato luogo ad un rinvio alla ai sensi dell'articolo 22 di tale regolamento. Poiché quest'ultima autorità aveva deciso che la censura notificata non era dimostrata, e che non occorreva pertanto dar seguito al procedimento, la *Towercast* aveva impugnato la relativa decisione dinanzi alla *Cour d'appel de Paris* (Corte d'appello di Parigi), che si era rivolta alla Corte di Giustizia in merito all'interpretazione dell'articolo 21, paragrafo 1, del Regolamento 139/2004.

¹⁸ Per ulteriori informazioni si veda il nostro precedente contributo, disponibile al seguente [LINK](#).

quest'ultima¹⁹, violando così le norme europee in materia di concentrazioni²⁰.

Ma poi, le nuove regole probabilmente andranno a regime e sperabilmente produrranno, accanto ad una maggiore efficacia delle politiche pro-concorrenziali, anche un grado accettabile di certezza delle regole del

gioco. Come dimostrato quasi un secolo fa, in un campo del sapere ben più affidabile del diritto, dal principio di indeterminazione di Heisenberg nella fisica delle particelle, la maggiore velocità è raggiunta a spese della precisione, e viceversa.

¹⁹ Il progetto di concentrazione era stato notificato in data 16 giugno 2021 alla Commissione, che aveva successivamente avviato un'istruttoria il successivo 22 luglio al fine di verificare se l'operazione fosse suscettibile di ridurre la concorrenza nel mercato emergente dello sviluppo e della commercializzazione di *test* di nuova generazione per l'individuazione di talune forme tumorali basati su innovative tecnologie di sequenziamento (*next generation sequencing systems*, NGS). Mentre l'esame dell'operazione era ancora in corso, tuttavia, in data 18 agosto 2021 la Illumina aveva annunciato pubblicamente di aver completato l'acquisizione della Grail.

²⁰ Per ulteriori informazioni si veda il nostro precedente contributo, disponibile al seguente [LINK](#).





Roberto A. Jacchia

PARTNER

 r.jacchia@dejalex.com

 +39 02 72554.1

 Via San Paolo 7
20121 - Milano



Marco Stillo

ASSOCIATE

 m.stillo@dejalex.com

 +32 (0)26455670

 Chaussée de La Hulpe 187
1170 - Bruxelles

MILANO

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

ROMA

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

BRUXELLES

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

MOSCOW

Potapovsky Lane, 5, build. 2, 4th floor, office 401/12/9 · 101000, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com