

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

JÁN MAZÁK

presentate il 2 settembre 2010¹

1. Con la domanda di pronuncia pregiudiziale in esame, lo Stockholms tingsrätt (tribunale distrettuale di Stoccolma) (Svezia) ha sottoposto alla Corte di giustizia dieci questioni attinenti all'interpretazione dell'art. 102 TFUE (ex art. 82 CE) nel caso di un presunto abuso di posizione dominante sotto forma di compressione del margine tra prezzo e costo². La domanda è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra l'operatore telefonico svedese TeliaSonera Sverige AB (in prosieguo: la «TeliaSonera») e la Konkurrensvetket (l'autorità nazionale a tutela della concorrenza, in prosieguo: la «ANC»). Il 21 dicembre 2004, l'ANC ha chiesto al giudice del rinvio di ordinare alla TeliaSonera il pagamento di una sanzione amministrativa pari a SEK 144 milioni (circa EUR 15,1 milioni) per violazione della normativa nazionale in materia di concorrenza nonché dell'art. 102 TFUE.

I — Fatti e questioni pregiudiziali

2. La causa principale sorge dal cambiamento tecnologico verificatosi tra la fine degli anni '90 e l'inizio del decennio seguente, allorché diversi utenti finali svedesi di Internet iniziarono a passare dalla connessione Internet analogica a diversi tipi di connessione a banda larga (con modalità di trasmissione considerevolmente più celeri). Le forme comuni di banda larga, all'epoca, erano rappresentate dalle connessioni ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line) mediante una rete telefonica fissa e dalle connessioni mediante una rete televisiva cablata o mediante una rete locale (LAN).

3. La TeliaSonera, ex Telia AB, era stata a lungo in possesso di una rete metallica di accesso capace, in linea di principio, di raggiungere tutte le case svedesi. Essa rappresenta infatti l'operatore storico della telefonia fissa e godeva in precedenza di un monopolio statale relativo al diritto di determinare quali dispositivi potessero essere utilizzati sulla propria rete fissa. Oltre alla fornitura di servizi di banda larga sul mercato finale (mercato a valle, o dell'accesso per gli utenti), la TeliaSonera offriva accesso alla propria rete metallica

¹ — Lingua originale: l'inglese.

² — Per la definizione di compressione del margine tra prezzo e costo, v. paragrafo 12, infra.

(cioè a quella parte della rete telefonica che collega singoli utenti al più vicino scambio di telecomunicazione locale) ad altri operatori (mercato a monte, o intermedio), attivi anche sul mercato degli operatori finali. L'accesso era offerto con due modalità: la TeliaSonera offriva un cosiddetto accesso LLUB (Local Loop Un-Bundling), in base al quale un operatore poteva ottenere, contro un corrispettivo, un accesso esclusivo o condiviso alla rete metallica di TeliaSonera, conformemente al regolamento (CE) n. 2887/2000³. Tuttavia, il presunto abuso di posizione dominante non riguarda l'accesso LLUB disciplinato dal regolamento, bensì l'accesso offerto dalla TeliaSonera ai suoi concorrenti alla rete fissa mediante un particolare prodotto per connessioni ADSL (come la Skanova Bredband ADSL).

di concorrenza [Konkurrenslagen (1993:20)]. Tuttavia, per il periodo successivo, che comprende il mese di gennaio 2003, sono applicabili tanto la legge in materia di concorrenza quanto l'art. 102 TFUE. La Tele2 Sverige Aktiebolag (in prosieguo: la «Tele2») ha chiesto di poter intervenire nel procedimento a sostegno dell'ANC⁴. Dalla decisione di rinvio risulta chiaramente che le parti nella causa principale dissentono su una serie di elementi di fatto rilevanti e a mio avviso fondamentali (come la definizione del mercato rilevante in cui la TeliaSonera detiene una posizione dominante o addirittura sulla stessa esistenza di una posizione siffatta). Alla luce delle norme processuali nazionali, comunque, il giudice del rinvio ritiene che sia necessario già in questa fase sottoporre le questioni alla Corte. In particolare, l'esame probatorio e la valutazione giuridica devono aver luogo nella causa principale contemporaneamente alla decisione, dopo lo svolgimento dell'udienza.

4. L'ANC sostiene che la TeliaSonera ha abusato della propria posizione dominante sul mercato intermedio, applicando, tra il prezzo del mercato intermedio per i prodotti di input ADSL ed il prezzo al dettaglio per i servizi ADSL che offriva ai propri consumatori, un margine insufficiente a coprire i costi incrementali della TeliaSonera sul mercato al dettaglio. L'ANC ha strutturato il proprio procedimento in modo da esaminare il periodo tra l'aprile 2000 ed il 1° gennaio 2001 facendo riferimento al solo art. 19 della legge in materia

5. Anche se non si ritiene che vi sia un effetto sul commercio nell'Unione, o che vi sia

3 — Regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 18 dicembre 2000, n. 2887, relativo all'accesso disaggregato alla rete locale (GU L 336, pag. 4).

4 — Nel 2005 la Tele2 ha proposto un ricorso, in Svezia, nei confronti della TeliaSonera, chiedendo un risarcimento dei danni, per circa EUR 240 milioni, causati dal presunto abuso di posizione dominante. Tale procedimento è stato sospeso fino alla pronuncia della decisione nella causa principale. V. causa T 10956-05, Tele2 Sverige AB mot TeliaSonera AB.

stato un abuso solo per il periodo tra l'aprile 2000 ed il 1° gennaio 2001, il giudice del rinvio considera comunque necessaria una pronuncia pregiudiziale. Nelle circostanze sopra esposte, quest'ultimo ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- 1) In presenza di quali condizioni sussista una violazione dell'art. [102 TFUE] derivante della differenza tra il prezzo che un'impresa verticalmente integrata pratica nella vendita di prodotti ADSL a concorrenti nel settore all'ingrosso e il prezzo che la stessa impresa pratica nel settore dei consumatori finali.
- 2) Se, per risolvere la prima questione, si debbano prendere in considerazione esclusivamente i prezzi praticati dall'impresa in posizione dominante nei confronti dei suoi consumatori finali o se occorra anche tenere conto dei prezzi praticati dai suoi concorrenti sul mercato dei consumatori finali.
- 3) Se abbia qualche rilevanza ai fini della soluzione della prima questione il fatto che l'impresa in posizione dominante non abbia obblighi legali di fornitura di servizi all'ingrosso, avendo al contrario deciso di effettuare tali forniture di propria iniziativa.
- 4) Se, per considerare abusiva la prassi descritta nella prima questione, occorra che essa comporti effetti restrittivi sulla concorrenza e, in caso affermativo, come possano essere determinati questi ultimi.
- 5) Se l'importanza del potere di mercato di cui gode l'impresa in posizione dominante abbia rilevanza ai fini della soluzione della prima questione.
- 6) Se, per considerare abusiva la pratica descritta nella prima questione, occorra che l'impresa che l'ha adottata detenga una posizione dominante tanto nel settore all'ingrosso quanto in quello dei consumatori finali.
- 7) Se, per considerare abusiva la pratica descritta nella prima questione, occorra che il prodotto (...) fornito dall'impresa dominante sul mercato a valle sia indispensabile per i concorrenti.
- 8) Se incida sulla soluzione della prima questione il fatto che si tratti di una fornitura ad un cliente nuovo.
- 9) Se, per considerare abusiva la pratica descritta nella prima questione, occorra che l'impresa dominante abbia una possibilità di recuperare le sue perdite.

10) Se incida sulla soluzione della prima questione il fatto che si sia in presenza di un cambiamento tecnologico in un mercato che richiede rilevanti investimenti, ad esempio, a causa dei probabili costi di lancio e dell'eventuale necessità di vendere in perdita nel corso della fase di lancio.

prima questione posta dal giudice del rinvio dipenderà dalle soluzioni fornite alle altre nove questioni. Segnatamente, come chiarirò nel prosieguo, ritengo la prima questione, insieme alla terza ed alla settima, particolarmente importante ai fini della soluzione della controversia principale, per cui concentrerò la mia analisi su tali questioni. Tra l'altro, infatti, la soluzione delle altre questioni è già fornita, in larga parte, o può essere desunta dalla precedente giurisprudenza comunitaria [e ora dell'Unione europea (UE)].

6. L'ANC, la TeliaSonera, la Tele2, i governi finlandese e polacco e la Commissione europea hanno presentato osservazioni scritte. All'udienza del 18 marzo 2010, le stesse parti, ad eccezione dei governi finlandese e polacco, hanno presentato i loro argomenti.

Prima questione — condizioni in presenza delle quali sussiste una compressione abusiva del margine tra prezzo e costo — Terza questione — assenza di un obbligo legale di fornitura — Settima questione — indispensabilità del prodotto

II — Valutazione

7. Come rilevato al paragrafo 4, supra, il giudice del rinvio ha chiarito che, secondo la procedura nazionale, le questioni sollevate devono concentrarsi sui soli principi del diritto della concorrenza. Data la natura delle questioni sollevate, le considerazioni che seguono saranno quindi necessariamente limitate a profili di principio. Spetterà al giudice nazionale accertare i fatti ed applicare ad essi la legge. Basterà rilevare, in questa fase, che a mio avviso una soluzione soddisfacente della

8. Secondo una costante giurisprudenza, «la nozione di sfruttamento abusivo [è] una nozione oggettiva, che 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

imperturbata 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»⁵.

tutela⁹. Essa può ricorrere ai metodi della normale concorrenza sui prodotti o servizi nel senso della concorrenza sul piano della qualità; tuttavia, una pratica commerciale che si discosti dal normale comportamento sul mercato e che sia tale da indebolire la concorrenza esistente costituisce un abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE¹⁰. Infatti, non può essere considerata legale qualsiasi forma di concorrenza realizzata tramite i prezzi¹¹. Resta infine il fatto che, in linea di principio, la giurisprudenza dell'Unione europea fornisce alle imprese in posizione dominante la possibilità di dimostrare una giustificazione oggettiva per la loro condotta¹².

9. Inoltre, la constatazione dell'esistenza di una posizione dominante non comporta di per sé alcun addebito nei confronti dell'impresa interessata, ma significa solo che questa, indipendentemente dalle cause di tale posizione, è tenuta in modo particolare a non compromettere col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune⁶. L'ambito d'applicazione materiale di tale responsabilità particolare deve essere valutato alla luce delle circostanze specifiche del caso concreto⁷. Una pratica ammissibile in circostanze normali può rappresentare un abuso se messa in atto da un'impresa in posizione dominante⁸. Ad esempio, un'impresa dominante può tutelare i propri interessi commerciali eventualmente pregiudicati e può anche intraprendere azioni ragionevoli idonee a realizzare detta

10. Per quanto riguarda il problema della compressione del margine tra prezzo e costo, secondo la Commissione, l'ANC e la Tele2, una compressione siffatta sussiste quando un'impresa in posizione dominante sul mercato a monte opera anche sul mercato a valle ed applica su tali due mercati prezzi tali per cui la differenza tra i prezzi praticati sul mercato a valle e quelli praticati sul mercato

5 — V. sentenze 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione, Racc. pag. 461, punto 91, e 3 luglio 1991, causa C-62/86, AKZO/Commissione, Racc. pag. I-3359, punto 69.

6 — Sentenze 9 novembre 1983, causa 322/81, Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Commissione («Michelin I»), Racc. pag. 3461, punto 57, e 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, Compagnie maritimes belges e a./Commissione, Racc. pag. I-1365, punto 37.

7 — Sentenza 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, Tetra Pak/Commissione («Tetra Pak II»), Racc. pag. I-5951, punto 24.

8 — Sentenza Compagnie maritimes belges, citata alla nota 6, punto 131.

9 — Sentenza 14 febbraio 1978, causa 27/76, United Brands/Commissione, Racc. pag. 207, punto 189.

10 — V., in tal senso, sentenze Hoffmann-La Roche/Commissione, citata alla nota 5, punti 91 e 123; Michelin I, citata alla nota 6, punto 70; 11 dicembre 1980, causa 31/80, L'Oréal/De Nieuwe AMCK, Racc. pag. 3775, punto 27; AKZO/Commissione, citata alla nota 5, punti 69 e 70; nonché conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa C-95/04 P, British Airways/Commissione, Racc. pag. I-2331, paragrafo 24.

11 — V., tra le altre, sentenza 2 aprile 2009, causa C-202/07 P France Télécom/Commissione, Racc. pag. I-2369, punto 106.

12 — V., tra le altre, sentenze United Brands/Commissione, citata alla nota 9, punto 184, 3 ottobre 1985, causa 311/84, CBEM («Télémarketing»), Racc. pag. 3261, punto 27; e British Airways/Commissione, citata alla nota 10, punti 69 e 86.

a monte non è sufficiente a coprire i costi incrementali sostenuti dall'impresa in posizione dominante per la fornitura dei prodotti a valle.

11. A mio avviso, la TeliaSonera è nel giusto quando sostiene che una compressione dei margini è abusiva solo quando l'impresa in posizione dominante ha un obbligo legale di fornire l'input in questione o quando tale input è indispensabile. Se l'input dell'impresa in posizione dominante non è indispensabile, ad esempio perché ne esiste un valido sostituto, esso non può essere oggetto di una compressione abusiva del margine tra prezzo e costo, in quanto i concorrenti non hanno bisogno di acquistarlo, o comunque non al prezzo fissato dall'impresa in posizione dominante¹³.

12. Alla luce delle conclusioni da me presentate e della sentenza del Tribunale nella causa

Deutsche Telekom/Commissione¹⁴, è chiaro che sussiste una compressione del margine tra prezzo e costo quando la differenza tra il prezzo di vendita al dettaglio fissato da un'impresa in posizione dominante ed il prezzo di vendita all'ingrosso fissato dalla stessa impresa nei confronti dei suoi concorrenti per prodotti paragonabili risulta negativa o insufficiente a coprire i costi specificamente relativi al prodotto che l'impresa in posizione dominante deve sostenere per rifornire dei propri prodotti il mercato a valle. Il carattere abusivo di tale condotta deriva dalla slealtà della differenza di prezzo e dal fatto che i prodotti all'ingrosso dell'impresa in posizione dominante sono indispensabili per consentire ai concorrenti di entrare in concorrenza con quest'ultima sul mercato a valle nella vendita al dettaglio di prodotti di accesso. Una siffatta compressione tra i prezzi all'ingrosso e quelli al dettaglio dell'impresa in posizione dominante ostacolerà a mio avviso, in linea di principio, lo sviluppo della concorrenza sui mercati a valle.

13. Il giudice del rinvio chiarisce di aver preso conoscenza della sentenza del Tribunale nella causa Deutsche Telekom/Commissione.

13 — Il giudice del rinvio cita in proposito Geradin, D., and O'Donoghue, R., «The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector», [2005] *Journal of Competition Law and Economics* 1(2), 355-425, pag. 358 e seg.

14 — Causa C-280/08 P, pendente dinanzi alla Corte, paragrafi 44, 46 e 64, sentenza 10 aprile 2008, causa T-271/03, Deutsche Telekom/Commissione Racc. pag. II-477, rispettivamente punti 166, 167 e 237. In quest'ultima sentenza, il Tribunale ha confermato la decisione adottata dalla Commissione nei confronti della Deutsche Telekom relativamente ad un abuso di posizione dominante sotto forma di compressione del margine tra prezzo e costo [decisione della Commissione 21 maggio 2003, 2003/707/CE, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 102 TFUE] (procedimento COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG) (GU L 263, pag. 9)].

Intanto, il 22 aprile 2010, ho presentato le mie conclusioni nella causa di impugnazione avviata dalla Deutsche Telekom nei confronti di tale sentenza; in tali conclusioni ho proposto alla Corte di respingere l'impugnazione, confermando la sentenza del Tribunale. La causa dinanzi alla Corte è tuttora pendente¹⁵. Come rileva il giudice del rinvio, i fatti oggetto della causa principale divergono sotto diversi profili da quelli oggetto della causa Deutsche Telekom/Commissione. In particolare, a differenza della causa Deutsche Telekom, la TeliaSonera non ha alcun obbligo legale di offrire i propri prodotti per connessioni ADSL (in prosieguo: i «prodotti di cui trattasi»). Piuttosto, la TeliaSonera ha obblighi legali per quanto riguarda l'accesso LLUB, che però non è in discussione nella causa principale. Inoltre, come emerge dalla decisione di rinvio, i prezzi per i prodotti di cui trattasi non erano coperti da alcuna disciplina emanata dall'autorità regolatrice svedese, né per quanto riguarda il mercato intermedio, né per quanto riguarda il mercato al dettaglio.

14. Conformemente alla giurisprudenza, «costituisce abuso (...) il fatto che l'impresa che detenga una posizione dominante su un particolare mercato si riservi o riservi ad un'impresa appartenente allo stesso gruppo,

e senza necessità obiettiva, un'attività ausiliaria che potrebbe essere svolta da una terza impresa nell'ambito delle sue attività su un mercato vicino, ma distinto [ad esempio su un mercato a valle], con il rischio di eliminare qualsiasi concorrenza da parte di detta impresa»¹⁶.

15. Per quanto riguarda l'abuso di posizione dominante sotto forma di rifiuto di fornire, emerge dalla sentenza Bronner¹⁷ che tale forma di abuso può sussistere quando un'impresa che detiene una posizione dominante in un mercato (a monte) rifiuta di fornire a un concorrente su un mercato vicino o a valle, prodotti indispensabili per lo svolgimento dell'attività della concorrente, a condizione che: (i) il rifiuto possa eliminare qualsiasi concorrenza sul mercato da parte del soggetto che chiede il prodotto; (ii) il rifiuto non possa essere obiettivamente giustificato; e (iii) il prodotto sia indispensabile per lo svolgimento dell'attività della concorrente nel senso che non sussiste una possibilità realistica di creare una potenziale alternativa.

16. Orbene, una particolare manifestazione di un rifiuto di contrarre si presenta, a mio avviso, nel caso della compressione abusiva

15 — Rispettivamente cause T-271/03 e C-280/08 P (citate alla nota 14).

16 — V. sentenza *Télémarketing*, citata alla nota 12, punto 27.

17 — Sentenza 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Bronner*, Racc. pag. I-7791, punti 40-46, e le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs, paragrafi 56-69.

del margine tra prezzo e costo (o «rifiuto mascherato di contrarre»), in cui, invece di rifiutare integralmente la fornitura del prodotto essenziale/indispensabile di cui trattasi, l'impresa in posizione dominante fornisce il prodotto ai suoi concorrenti sul mercato a valle ad un prezzo che non consente a tali concorrenti di competere efficacemente sul mercato a valle¹⁸. La giurisprudenza dell'Unione europea ha stabilito che l'effetto di un rifiuto abusivo di fornitura consiste nell'eliminazione della concorrenza sul mercato a valle e, a mio avviso, i casi di compressione del margine tra prezzo e costo presentano esattamente lo stesso problema. Non sussiste una minaccia concorrenziale autonoma, causata dalla compressione del margine tra prezzo e costo, superiore ed ulteriore rispetto alla minaccia che deriverebbe da una violazione dell'obbligo di contrarre sul mercato intermedio. Ritengo che imporre un obbligo di contrarre ad un'impresa in posizione dominante non sia diverso dall'imporre un obbligo di contrarre a particolari prezzi sul mercato intermedio e su quello al dettaglio (compressione del margine tra prezzo e costo). Di conseguenza, fatturare un prezzo (compressione del margine tra prezzo e costo) che impedisce ad un concorrente potenzialmente efficace di concorrere sul mercato a valle equivale in sostanza ad un rifiuto di contrarre e comporta l'applicazione dello stesso ordine di analisi e di problematiche generali che attiene agli incentivi relativi agli obblighi delle imprese in posizione

dominante¹⁹. Nella causa principale, l'ANC sostiene che vi sia una compressione abusiva del margine tra prezzo e costo sulla sola base della differenza insufficiente tra i prezzi all'ingrosso e quelli al dettaglio, indipendentemente dall'indispensabilità del prodotto. Tale approccio mi sembra scorretto ed insufficiente. A mio avviso, dalle due decisioni adottate dalla Commissione nel settore delle telecomunicazioni ai sensi dell'art. 102 TFUE — *Deutsche Telekom e Telefónica* —²⁰ emerge che la compressione del margine tra prezzo e costo ed il rifiuto di contrarre hanno la medesima finalità. Sebbene nel procedimento *Telefónica* la Commissione abbia disapplicato le condizioni fissate dalla sentenza *Bronner* in sede di analisi della legittimità della condotta del soggetto obbligato, a causa delle «particolari circostanze della fattispecie [che] differiscono sostanzialmente da quelle oggetto della fattispecie nella causa [Bronner]» (la *Telefónica* era legalmente obbligata a fornire il prodotto ed i suoi incentivi ex ante ad investire in infrastrutture non erano asseritamente in

18 — V., analogamente, sentenza della Court of Appeal of England & Wales (UK) nella causa *Albion* (causa *Dwr Cymru Cyfyngedig and Albion Water Limited v Water Services Regulation Authority* [2008] EWCA Civ 536), punto 36 e seg., che conferma la decisione adottata dal Competition Appeal Tribunal (CAT) nella causa *Albion Water Ltd v Water Services Regulation Authority* (*Dwr Cymru/Shotton Paper*) [2006] CAT 23 (v. punto 861 e seg.) e [2006] CAT 36.

19 — A mio avviso, valgono qui le stesse considerazioni svolte dall'avvocato generale Jacobs nelle sue conclusioni nella causa *Bronner* (paragrafo 57): «la giustificazione, in termini di politica di concorrenza, di un'interferenza nella libertà di stipulare di un'impresa in posizione dominante spesso richiede un'attenta ponderazione di considerazioni contrapposte. Nel lungo periodo è generalmente a vantaggio della concorrenza e nell'interesse dei consumatori consentire ad un'impresa di riservare a sé stessa le proprie infrastrutture, sviluppate per i propri fini commerciali. Ad esempio, qualora si consentisse con eccessiva facilità l'accesso ad un'infrastruttura di produzione, acquisto o distribuzione, i concorrenti non sarebbero incentivati a predisporre infrastrutture concorrenti. In tal modo la concorrenza, incrementata nel breve periodo, diminuirebbe nel lungo periodo. Inoltre, un'impresa in posizione dominante sarebbe meno incentivata ad investire in infrastrutture efficienti qualora ai suoi concorrenti fosse consentito, su richiesta, di dividerne i vantaggi. Pertanto, il semplice fatto che un'impresa in posizione dominante conservi un vantaggio su un concorrente utilizzando un'infrastruttura in via esclusiva non può giustificare l'imposizione dell'obbligo di concedere l'accesso all'infrastruttura medesima».

20 — Decisione della Commissione 4 luglio 2007, 2007/3196/CE, relativa ad un procedimento ai sensi dell'art. [102 TFUE] (procedimento COMP/38.784 — *Wanadoo España/Telefónica*), punto 299 e seg. (due cause sono attualmente pendenti dinanzi al Tribunale: la causa T-336/07, *Telefónica e Telefónica de España/Commissione*, e la causa T-398/07, *Spagna/Commissione*).

discussione, in quanto la sua infrastruttura era in gran parte frutto di investimenti avviati quando essa beneficiava di diritti speciali o esclusivi che la mettevano al riparo dalla concorrenza), la stessa Commissione ha invece analizzato la fattispecie ricorrendo ad un'analisi come quella adottata nella sentenza Bronner. Va infatti rilevato che in entrambi i casi menzionati l'obbligo di contrarre con i concorrenti — ovvero di concedere loro un accesso alla rete del soggetto obbligato — era già stato imposto dalle competenti autorità nazionali in materia di concorrenza. Inoltre, in entrambe le decisioni la Commissione ha considerato che non sussistevano alternative valide alle reti dei soggetti obbligati.

Commissione»²¹, in cui si afferma, in una sezione intitolata «Rifiuto di effettuare forniture e compressione dei margini», segnatamente, che «anziché rifiutare di effettuare la fornitura, un'impresa dominante può applicare al prodotto, sul mercato a monte, un prezzo che, rispetto a quello applicato sul mercato a valle, non consente neppure ad un concorrente altrettanto efficiente di operare in modo redditizio su base duratura sul mercato a valle (a causa della cosiddetta "compressione dei margini")²² (...) La Commissione considererà tali pratiche una priorità nell'attuazione coercitiva delle norme se concorrono le seguenti condizioni: [i] il rifiuto si riferisce ad un prodotto (...) obiettivamente necessario per poter competere in maniera effettiva su un mercato a valle, [ii] è probabile che il rifiuto determini l'eliminazione di una concorrenza effettiva sul mercato a valle, e [iii] è probabile che il rifiu-

21 — Comunicazione della Commissione — Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE] al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti (2009/C 45/02) (GU C 45, pag. 7), punto 75 e seg. Tale documento informativo stabilisce le priorità che indirizzeranno l'azione della Commissione nell'applicare l'art. 102 TFUE al comportamento delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti dal mercato e mira a fornire maggiore chiarezza e prevedibilità per quanto riguarda il quadro generale di analisi utilizzato dalla Commissione per stabilire se debba esaminare casi relativi a varie forme di comportamenti di esclusione, nonché ad aiutare le imprese a valutare meglio la probabilità che una certa condotta determini un intervento della Commissione ai sensi dell'art. 102 TFUE. Conformemente alla giurisprudenza, la Commissione può imporsi orientamenti per l'esercizio dei suoi poteri di valutazione mediante atti quali le linee direttrici, nella misura in cui tali atti contengono norme indicative sull'orientamento da seguire da parte di detta istituzione e non derogano a norme del Trattato. Ne consegue che, sebbene queste regole indicative, che definiscono gli orientamenti che la Commissione intende seguire, contribuiscano a garantire che la sua azione sia improntata a criteri di trasparenza, di prevedibilità ed a quello della certezza del diritto, esse non possono vincolare la Corte. Tuttavia esse possono costituire una base utile di riferimento. V. sentenza 7 marzo 2001, causa C-310/99 Italia/Commissione Racc. pag. I-2289, punto 52 e la giurisprudenza ivi citata.

22 — Nella sua prassi decisionale la Commissione applica un'interpretazione estensiva della nozione di rifiuto di contrarre. Nella decisione Deutsche Post la Commissione ha affermato che "la nozione di rifiuto di fornitura non comprende solo il rifiuto assoluto, ma anche le situazioni in cui un'impresa dominante subordini la fornitura del servizio a condizioni oggettivamente irragionevoli". Un comportamento siffatto rappresenta un "rifiuto mascherato di fornitura" (decisione della Commissione 25 luglio 2001, 2001/892/CE, relativa ad un procedimento ai sensi dell'art [102 TFUE]) (COMP/C-1/36.915 — Deutsche Post AG — Intercettazione di posta transfrontaliera) (GU L 331, pag. 40, "considerando" 141).

17. Il giudice del rinvio fa riferimento ai recenti «orientamenti sulle priorità della

to determini un danno per i consumatori». Tuttavia, «in determinati casi specifici, può essere chiaro che l'imposizione di un obbligo di fornitura non è evidentemente in grado di incidere negativamente sugli incentivi, per il proprietario dei fattori di produzione e/o per altri operatori, ad investire e innovare a monte, ex ante o ex post. La Commissione ritiene in particolare che sia probabile che questo avvenga quando una normativa compatibile con il diritto [dell'UE] impone già un obbligo di fornitura all'impresa dominante ed è chiaro, dalle considerazioni alla base di detta normativa, che le autorità pubbliche hanno già effettuato la necessaria ponderazione degli incentivi al momento dell'imposizione di un tale obbligo. Questo potrebbe avvenire anche quando la posizione sul mercato a monte dell'impresa dominante si è sviluppata grazie a diritti speciali o esclusivi o è stata finanziata mediante risorse statali. In tali casi specifici la Commissione non ha motivo di discostarsi dai normali criteri dell'attuazione coercitiva delle norme e può dimostrare la potenziale preclusione anticoncorrenziale prescindendo dalla sussistenza delle tre condizioni [di cui sopra]».

e dalla sentenza del Tribunale nella causa Deutsche Telekom/Commissione (cit. alla nota 14), nonché dalla prassi decisionale della Commissione e dagli orientamenti di quest'ultima sulle sue priorità, emerge che nei casi in cui manca un obbligo legale di fornire il prodotto, come nel caso qui in esame, un'impresa in posizione dominante che eserciti una compressione del margine tra prezzo e costo mediante sue decisioni sul prezzo abusa della propria posizione dominante qualora tale prodotto sia indispensabile per consentire ad un concorrente di entrare in concorrenza con essa sul mercato a valle²³. Dette decisioni costituiscono a mio avviso una forma di rifiuto di contrarre²⁴.

19. Il mio approccio è suffragato anche da una recente sentenza della Cour de cassation (Corte di cassazione) (Francia) in un caso di compressione del margine tra prezzo e costo ai sensi dell'art. 102 TFUE e del diritto

18. Ritengo che dalla sentenza Bronner (v. paragrafi 14-16, supra), dalle mie conclusioni

23 — V., ad esempio, Bouckaert, J., e Verboven, F., *Price Squeezes in a Regulatory Environment*, CEPR, Discussion Paper Series: «[una compressione dei margini] presuppone che il soggetto obbligato detenga sul mercato a monte il monopolio di un essenziale fattore della produzione. Nella pratica, il potere del soggetto obbligato sul mercato a monte può non essere così forte. Se da un lato l'operatore obbligato di solito detiene la proprietà delle linee telefoniche, dall'altro sono disponibili reti alternative in forma di reti via cavo, reti wireless ecc. In altri termini, non si tratta di un potere assoluto. I concorrenti a valle possono quindi aggirare la rete del soggetto obbligato e prendere in considerazione l'acquisto dell'accesso da fornitori alternativi, oppure l'investimento in una rete propria».

24 — Cfr. Renda, A. e a., «Treatment of Exclusionary Abuses under Article 82 of the EC Treaty: Comments on the European Commission's Guidance Paper», *Final Report of a Centre for European Policy Studies (CEPS) Task Force*, 10 settembre 2009.

nazionale della concorrenza²⁵, in cui si afferma inequivocabilmente che una compressione del margine tra prezzo e costo ha un effetto anticoncorrenziale quando un concorrente potenzialmente efficiente come l'impresa in posizione dominante integrata verticalmente può accedere al mercato a valle solo sopportando perdite. Secondo la Cour de cassation, un effetto anticoncorrenziale può essere presunto solo qualora le forniture offerte dall'impresa in posizione dominante ai suoi concorrenti siano *indispensabili* per competere con essa sul mercato a valle.

decisione di rinvio, erano disponibili tecnologie alternative, insieme alla possibilità che la rete della TeliaSonera fosse replicata²⁶ dai concorrenti di quest'ultima (congiuntamente o separatamente) e/o da terzi; ciò dimostra che i prodotti di cui trattasi non potevano costituire prodotti indispensabili ai sensi della giurisprudenza. A tal riguardo, sembra che, nelle sue osservazioni, l'ANC abbia ammesso che a lungo termine i concorrenti della TeliaSonera sarebbero stati in grado di creare la propria infrastruttura o di acquistare un'altra forma di accesso. Tuttavia, l'accertamento delle circostanze della causa principale e l'applicazione della pertinente giurisprudenza a tali circostanze spettano al solo giudice del rinvio²⁷.

20. Le considerazioni appena svolte sono di particolare importanza nel caso in esame, in quanto la decisione di rinvio afferma che si poteva disporre di una serie di tecnologie alternative per garantire ai consumatori finali l'accesso alla banda larga. Ciò spiega perché il giudice del rinvio ha ritenuto necessario sollevare specificatamente la settima questione. Rilevo segnatamente che, secondo la

21. Ritengo pertanto che in mancanza di un obbligo legale, compatibile con il diritto dell'Unione europea, a carico di un'impresa

25 — Sentenza Cass. Com. 3 marzo 2009, nella causa SFR e France Télécom, n. 08-14.435 e n. 08-14.464, relativa alla decisione dell'autorità francese in materia di concorrenza 14 ottobre 2004, n. 04-D-48. V. anche la decisione 28 luglio 2009, n. 09-D-24, Outremer Telecom, Mobius/France Telecom, secondo cui la France Telecom ha abusato della propria posizione dominante sul rilevante mercato intermedio (rete locale, raccolta di dati Internet, ecc.) comprimendo i propri concorrenti e fornendo loro servizi alterati. Detta autorità ha considerato che la compressione del margine era anticoncorrenziale in quanto i servizi intermedi in questione erano indispensabili per gli altri operatori di telecomunicazioni, come la Mobius.

26 — V., in tal senso, sentenza Bronner, citata alla nota 17, punto 41 e seg. (segnatamente: «anche se eventualmente meno vantaggiosi»).

27 — Sentenza 30 novembre 2000, causa T-5/97, Industrie des poudres sphériques/Commissione (in prosieguo: la «sentenza IPS») Racc. pag. II-3755, punto 57, in cui il Tribunale ha dichiarato che la IPS disponeva di fonti alternative rispetto alla PEM. V., ad esempio, la decisione dell'Ufficio britannico per le telecomunicazioni (Ofcom) che esclude la sussistenza di una compressione del margine in quanto sul mercato concorrevano tecnologie alternative: *Investigation by the Director General of Telecommunications into the BT Surf Together and BT Talk & Surf Together Pricing Packages*, 4 maggio 2001. Intanto, la Ofcom è stata sostituita, in quanto ente regolatore delle telecomunicazioni, dalla Ofcom (Ufficio per le comunicazioni).

in posizione dominante di fornire un prodotto non indispensabile, l'impresa in posizione dominante non possa essere accusata di aver compresso abusivamente il margine tra prezzo e costo. Se le compressioni del margine tra prezzo e costo fossero vietate sulla sola base di un calcolo astratto dei prezzi in mancanza di qualsiasi valutazione dell'indispensabilità del prodotto per la concorrenza sul mercato²⁸, le intenzioni dell'impresa in posizione dominante di investire sarebbero ridotte e/o condurrebbero probabilmente ad un aumento dei prezzi al consumo piuttosto che ad una loro traslazione mediante la compressione del margine tra prezzo e costo. Se un'impresa in posizione dominante potesse legittimamente rifiutare di fornire i prodotti di cui trattasi, non le potrebbe essere contestata la fornitura di detti prodotti a condizioni che i concorrenti considerano non vantaggiose. Invero, è difficile cogliere come, in un caso siffatto,

il margine asseritamente insufficiente possa essere considerato anticoncorrenziale²⁹.

22. Esaminerò quindi l'argomento della Commissione secondo cui la giurisprudenza afferma che se l'accesso ad un fattore della produzione è concesso volontariamente non si è più in presenza di un rifiuto di contrarre (bensì di condizioni commerciali cui è subordinato l'accesso). La Commissione rileva che, in risposta ad un simile argomento sollevato nella causa Unilever Bestfoods/Commissione³⁰, la Corte ha affermato quanto segue: «l'argomento della HB relativo all'erronea applicazione dei principi di diritto enunciati nella sentenza Bronner, citata, è manifestamente infondato in quanto, in ogni caso, come ha constatato il Tribunale³¹ (...), la decisione controversa non impone alla HB di cedere un elemento di attivo o di stipulare contratti con persone che non ha scelto. (...) a differenza dei fatti della causa che ha dato origine alla sentenza Bronner, citata, i frigoriferi non sono elementi di attivo che la HB conserva per uso proprio, dato che il loro

28 — Cioè sulla sola base di un margine inadeguato tra i prezzi all'ingrosso ed i prezzi al dettaglio di un'impresa in posizione dominante. Comunque, come risulta dalla mia analisi, supra, un approccio formalistico è già stato implicitamente respinto nelle mie conclusioni nella causa Deutsche Telekom/Commissione, citata alla nota 14, e nella sentenza del Tribunale nella stessa causa. Va rilevato che né il fatto che la Deutsche Telekom fosse soggetta ad un obbligo legale di fornitura, né il fatto che i servizi all'ingrosso della Deutsche Telekom fossero indispensabili per consentire ad un concorrente di entrare in concorrenza con quest'ultima sul mercato a valle erano in discussione in detta causa. Infatti, a differenza dei precedenti casi di compressione dei margini, in cui un prodotto del mercato intermedio doveva essere trasformato in un prodotto del mercato a valle, nella causa Deutsche Telekom/Commissione gli operatori indipendenti avevano bisogno di un accesso alla rete della Deutsche Telekom per competere sui mercati al dettaglio. Tali elementi indicano che anche detta causa poneva essenzialmente un problema di rifiuto di contrarre.

29 — Tuttavia, come rileverò ai paragrafi 31 e 32, infra, siffatta condotta anticoncorrenziale non può essere esclusa a priori e la pratica dei prezzi in questione può configurare forme diverse di abuso di una posizione dominante.

30 — Ordinanza 28 settembre 2006, causa C-552/03 P, Racc. pag. I-9091, punto 137. La Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd agiva precedentemente sotto la ragione sociale Van den Bergh Foods Ltd e prima ancora sotto HB Ice Cream Ltd («HB»).

31 — Sentenza 23 ottobre 2003, causa T-65/98, Van den Bergh/Commissione, Racc. pag. II-4653, punto 161.

uso viene ceduto volontariamente ad imprese indipendenti che versano un corrispettivo per avere il diritto di utilizzarli. Pertanto, è manifestamente infondato l'argomento della HB secondo cui la detta decisione le imporrebbe un obbligo almeno altrettanto vincolante quanto quello applicabile al proprietario di un impianto essenziale».

23. Sebbene si debba ammettere che tale sentenza suggerisce la possibilità di distinguere, ai fini del diritto della concorrenza, tra situazioni in cui un'impresa in posizione dominante rifiuta di contrarre e quelle in cui la stessa impresa decide sostanzialmente di contrarre, ritengo che, almeno nell'ambito della causa in esame, tale approccio non sia corretto. Al contrario, come ha sostenuto la TeliaSonera in udienza, l'ordinanza Unilever Bestfoods/Commissione non dovrebbe essere applicata alla fattispecie in esame, in quanto essa tratta manifestamente problemi diversi. L'ordinanza Unilever Bestfoods/Commissione riguardava clausole di esclusiva nella fornitura di frigocongelatori ai dettaglianti. Come ha affermato il Tribunale nella sua sentenza, confermata da un'ordinanza della Corte di giustizia, la sentenza Bronner non era pertinente nella detta causa, in quanto la Commissione non ha contestato, nella decisione, che i frigocongelatori della HB erano

un impianto essenziale. Inoltre, non era necessario, per la HB, cedere un elemento di attivo o stipulare contratti con persone che non aveva scelto conformemente alla decisione pronunciata in tale caso. Tuttavia, nella presente fattispecie si tratta di una compressione del margine tra prezzo e costo e, come risulta dalle considerazioni che precedono, in particolare dal paragrafo 16 e seg., supra, i casi di compressione del margine tra prezzo e costo sono analoghi ai casi di rifiuto di contrarre e quindi dovrebbe esservi applicato il medesimo ragionamento. Infatti, la compressione del margine tra prezzo e costo è una forma di rifiuto di contrarre. Ritengo che qualsiasi altra interpretazione dell'ordinanza Unilever Bestfoods/Commissione condurrebbe, nel caso qui in esame, ad un dovere di contrarre a determinati prezzi a carico delle imprese in posizione dominante, il che pregiudicherebbe gli incentivi per queste ultime ad investire in infrastrutture e, di conseguenza, alla loro scelta di non investire, e/o di non contrarre con concorrenti sul mercato a valle pur di non imporre loro una compressione del margine tra prezzo e costo, sebbene l'accesso alle loro infrastrutture/fattori di produzione non sia indispensabile ai sensi della giurisprudenza sui rifiuti di contrarre.

24. Esaminerò ora l'argomento sollevato dall'ANC e dalla Commissione secondo cui la situazione della TeliaSonera è particolare, in quanto la sua posizione sul mercato intermedio è stata asseritamente sviluppata con la

protezione di diritti speciali o esclusivi, ovvero finanziata con risorse statali³².

settore industriale “avrebbero scarso valore se le imprese interessate, la maggior parte delle quali è dominante nel suo campo, potessero integrarsi verticalmente e operare discriminazioni a favore delle loro attività a valle”[³⁴].».

25. Nella causa KPN Telecom³³ l'avvocato generale Poiras Maduro ha affermato che «un rifiuto di fornitura da parte di un'impresa dominante può costituire un abuso di posizione dominante nel caso di un settore recentemente deregolamentato in cui gli input necessari per un mercato derivato siano stati ottenuti da un'impresa come diretta conseguenza della sua precedente posizione di monopolista legale, e in cui l'accesso a tali input non sia disciplinato da una specifica normativa di settore. In tali circostanze, qualora il fornitore detenga nel mercato secondario un vantaggio che ha potuto acquisire in quanto precedentemente protetto dalla concorrenza, il potenziale effetto deterrente sugli investimenti e sull'innovazione risultante dall'imposizione di un obbligo di fornitura è minimo e probabilmente controbilanciato dall'intenzione a promuovere la concorrenza. Come ha osservato un commentatore, le misure intese a deregolamentare o a liberalizzare un

26. Sebbene io non dissenta dall'argomentazione dell'avvocato generale Poiras Maduro, nella sua analisi della fattispecie nella causa principale, il giudice del rinvio può anche prendere in considerazione il fatto che i diritti di proprietà di base in questione incidono sugli incentivi ad investire (non solo per l'impresa in posizione dominante di cui trattasi, ma potenzialmente anche per altre imprese, inclusa la ricorrente). Inoltre, come ha rilevato l'avvocato generale Jacobs nelle sue conclusioni nella causa Bronner, i diritti di proprietà sono riconosciuti, talvolta anche a livello costituzionale, dagli ordinamenti degli Stati membri. Ritengo importante il fatto che tanto la Corte quanto l'avvocato generale abbiano optato nella causa Bronner per un approccio cauto ai rifiuti di contrarre ai sensi dell'art. 102 TFUE e dimostrato un notevole riconoscimento delle soggiacenti considerazioni di ordine politico e sociale³⁵.

32 — Tale argomento è menzionato anche negli orientamenti sulle priorità della Commissione, v. paragrafo 17, supra.

33 — Conclusioni nella causa C-109/03 Racc. pag. I-11273, paragrafo 55. V. anche 8 settembre 2005, cause riunite C-544/03 e C-545/03, Mobistar e Belgacom Mobile, Racc. pag. I-7723, punto 49, e 20 ottobre 2005, cause riunite C-327/03 e C-328/03, ISIS Multimedia e Firma O2, Racc. pag. I-8877, punti 45 e 46, nonché conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, paragrafo 55.

34 — Temple Lang, J., «Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors and access to essential facilities», *Fordham International Law Journal*, Vol. 18 (1994), pagg. 437-524, a pag. 483.

35 — V., ad esempio, sentenza Bronner (citata alla nota 17), punto 43, secondo cui può essere sufficiente anche un'alternativa meno vantaggiosa al prodotto in questione, ed i punti 45 e 46, in base ai quali per dimostrare che l'accesso al sistema esistente è indispensabile non basta sostenere che la creazione di un sistema alternativo non è economicamente redditizia a motivo della bassa tiratura del quotidiano da distribuire; piuttosto, occorrerebbe provare che non è economicamente redditizio creare un secondo sistema di recapito a domicilio per la distribuzione di quotidiani aventi una tiratura paragonabile a quella dei quotidiani distribuiti con il sistema esistente dell'impresa dominante.

27. È stato altresì sostenuto che non è chiaro perché una fonte pubblica di acquisto di proprietà debba condurre ad un'applicazione più restrittiva degli standard legali — l'art. 102 TFUE non consente di distinguere modi di acquisto pubblici e privati e l'art. 345 TFUE (ex art. 295 CE) vieta anche una discriminazione così fondata tra diritti di proprietà. Invero, non sarà sempre agevole affermare che la fonte dell'acquisto è senza ambiguità di natura pubblica. Molte delle infrastrutture di ex monopolisti di Stato hanno formato oggetto di significative migliorie in seguito alla privatizzazione, con la conseguenza che le fonti dell'acquisto sono sostanzialmente miste³⁶. Aggiungerei che le imprese integrate verticalmente possono ritrovarsi gravate da vecchie infrastrutture che esigono una manutenzione e spesso si tratta di industrie con un notevole tasso di innovazione tecnologica, in cui il soggetto obbligato deve investire per poter competere. Va rilevato che nella causa in esame il giudice del rinvio sottolinea che non vi era un monopolio legale sui servizi di accesso ad Internet in Svezia negli anni '90 o 2000 e che, comunque, la

concorrenza per i consumatori finali si è sviluppata dall'inizio degli anni '90.

28. In ogni caso, indipendentemente dalle considerazioni svolte supra, la rilevanza dell'argomento secondo cui la situazione di un'impresa in posizione dominante è stata sviluppata con la protezione di diritti speciali o esclusivi o è stata finanziata con risorse statali dipenderà dagli elementi specifici propri della causa in esame.

29. Di conseguenza, emerge dalle considerazioni precedenti che in mancanza di un obbligo legale compatibile con il diritto dell'Unione europea a carico di un'impresa in posizione dominante di fornire i prodotti di cui trattasi, o se tali prodotti non sono indispensabili, detta impresa non dovrebbe essere accusata di compressione abusiva del margine tra prezzo e costo sulla sola base dell'insufficiente differenza tra i prezzi all'ingrosso e quelli al dettaglio.

36 — V. O'Donoghue, R., e Padilla, A.J., *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford: Hart, 2006, pag. 463 e seg. Gli autori sostengono che la stessa Commissione ha respinto tale argomento nella sua decisione 14 gennaio 1998, relativo ad un procedimento ai sensi dell'art. [102 TFUE] (IV/34.801 FAG — Flughafen Frankfurt/Main AG) (GU L 72, pag. 30). L'operatore aeroportuale riteneva che la propria posizione storica di monopolista legale come fornitore di servizi di scalo giustificasse un rifiuto di contrarre. La Commissione ha concluso che il carattere storico del monopolio era irrilevante; ciò che importava era la condotta dell'operatore sul mercato. Se ne può dedurre che la Commissione è indifferente alla fonte storica della causa del monopolio una volta che sono soddisfatti i requisiti sostanziali per un dovere di contrarre.

30. Anche se la Corte dovesse decidere di non esigere che il prodotto sia indispensabile ed adottare piuttosto uno standard inferiore di impatto sul mercato a valle, l'accertamento di una compressione abusiva del margine tra prezzo e costo non potrà basarsi sulla sola differenza tra i prezzi all'ingrosso e quelli al dettaglio dell'impresa in posizione dominante, senza alcuna dimostrazione di impatto negativo sulla concorrenza nel mercato a

valle. L'obiettivo primario dell'art. 102 TFUE è di proteggere la concorrenza e salvaguardare gli interessi dei consumatori piuttosto che di proteggere la posizione di determinati concorrenti³⁷.

31. Si deve tuttavia rammentare che resta applicabile la giurisprudenza in materia di abuso di posizione dominante e che, se in posizione dominante, la TeliaSonera ha chiaramente una particolare responsabilità nel mantenimento di una concorrenza effettiva e non distorta sui mercati rilevanti ai sensi dell'art. 102 TFUE (v., segnatamente, paragrafi 8 e 9, supra).

32. Dalla mia analisi nei paragrafi precedenti non si può certo dedurre che i prezzi di un'impresa in posizione dominante verticalmente integrata possono essere abusivi solo qualora il prodotto in questione sia indispensabile,

ovvero in presenza di un obbligo legale di fornire detto prodotto: il prezzo all'ingrosso può essere eccessivo ai sensi dell'art. 102, lett. a), TFUE³⁸; il prezzo al dettaglio può essere predatorio³⁹. Inoltre, l'impresa in posizione dominante può limitare i suoi concorrenti sul mercato a valle, in violazione dell'art. 102, lett. b), TFUE. Peraltro, l'impresa in posizione dominante può discriminare tra i concorrenti e tra le proprie operazioni sul mercato a valle ai sensi dell'art. 102, lett. c), TFUE⁴⁰. Nessuno di tali abusi è in linea di principio limitato ai casi in cui il prodotto o servizio è indispensabile⁴¹.

37 — V. le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella causa Bronner, citata alla nota 17, paragrafo 58. Si può rilevare che di regola i giudici evitano di fissare prezzi in via autoritativa, facendo riferimento a metodi più appropriati (v., a tal fine, la sentenza della Court of Appeal of England & Wales nella causa Attheraces Ltd v The British Horseracing Board Ltd [2007] EWCA Civ 38, punto 119: come si afferma nella causa Bronner, la normativa in materia di abuso di posizione dominante riguarda le distorsioni della concorrenza e la salvaguardia degli interessi dei consumatori nel mercato rilevante. Non si tratta di una normativa contro i fornitori che realizzano «profitti eccessivi» vendendo i propri prodotti a prezzi che superano un ricavo ragionevole rispetto al costo di produzione, cioè quanto descritto dal giudice come «livello di prezzo competitivo». Ancor meno si tratta di una normativa ai sensi della quale i giudici possono intervenire sui prezzi fissando un prezzo equo per un prodotto su domanda del compratore che lamenta di aver subito la fatturazione di un prezzo eccessivo per un'utilità essenziale da parte dell'unico produttore di quest'ultima).

38 — Sentenze 13 novembre 1975, causa 26/75 General Motors/Commissione, Racc. pag. 1367, e United Brands/Commissione, citata alla nota 9.

39 — V., recentemente, sentenza C-202/07 P France Télécom/Commissione, citata alla nota 11, e le mie conclusioni in detta causa.

40 — Sentenza 17 luglio 1997, causa C-242/95, GT-Link Racc. pag. I-4449. V. anche decisione della Commissione 14 maggio 1997, 97/624/CE, relativa ad una procedura a norma dell'articolo [102 TFUE] (IV/34.621, 35.059/F-3 — Irish Sugar plc.) (GU L 258, pag. 1), confermata dalla sentenza 7 ottobre 1999, causa T-228/97, Irish Sugar/Commissione Racc. pag. II-2969, e dall'ordinanza 10 luglio 2001, causa C-497/99 P, Irish Sugar/Commissione Racc. pag. I-5333; nonché decisione della Commissione 18 luglio 1988, 88/518/CEE, relativa ad una procedura a norma dell'articolo [102 TFUE] (IV/30.178 Napier Brown — British Sugar) (GU L 284, pag. 41).

41 — Una parte della dottrina ha ritenuto che la causa Deutsche Telekom/Commissione (citata alla nota 14) avrebbe dovuto essere esaminata piuttosto come un caso di prezzo predatorio, mentre la causa France Télécom/Commissione (citata alla nota 11) sarebbe stata un caso di compressione del margine tra prezzo e costo (nel corso dell'udienza la Commissione non ha dissentito su tale punto, ma ha sottolineato che ha deciso di considerare il caso France Télécom come un caso di prezzo predatorio in quanto il soggetto a valle (la Wanadoo) non era controllato al 100% dalla France Télécom). V., tra gli altri, Ferrarini Bravo, L., e Siciliani, P., «Exclusionary pricing and consumers harm: the European Commission's practice in the DSL market», *Journal of Competition Law and Economics*, 3(2), 2007, pagg. 243-279.

33. È alla luce delle precedenti considerazioni che esaminerò le rimanenti questioni sollevate dallo Stockholms tingsrätt. In larga misura, la soluzione di tali questioni si trova nella giurisprudenza dell'Unione europea o può essere dedotta da quest'ultima.

36. A mio avviso, la Commissione, l'ANC, i governi finlandese e polacco e la Tele2 hanno ragione nel sostenere che il criterio del concorrente efficiente è in linea di principio il criterio più appropriato, in quanto è obiettivo e non protegge i concorrenti inefficienti.

Seconda questione — quale prezzo debba essere preso in considerazione

34. Teoricamente, l'esistenza di una compressione abusiva del margine tra prezzo e costo può essere accertata sulla base di almeno due criteri: il criterio del concorrente efficiente, basato sui costi dell'impresa in posizione dominante, ed il criterio del concorrente ragionevolmente efficiente, basato sui costi dei concorrenti⁴².

35. La TeliaSonera sostiene essenzialmente che i prezzi e i costi fatturati da altre imprese, nonché tutte le altre valutazioni attinenti al periodo in questione, possono assumere rilievo ai fini dell'esame.

37. Invero, nelle mie conclusioni nella causa Deutsche Telekom/Commissione, in cui entrambi i criteri sono stati oggetto di analisi approfondita, ho sostenuto che secondo la giurisprudenza, in linea di principio, sono i costi dell'impresa in posizione dominante ad essere rilevanti⁴³. Inoltre, tutte le parti, inclusa la TeliaSonera hanno ampiamente ammesso che il criterio del concorrente efficiente debba essere applicato alla fattispecie in esame⁴⁴. Per di più, si ritiene generalmente che il criterio del concorrente efficiente rappresenti un criterio appropriato. Ne consegue che nei casi di compressione del margine tra prezzo e costo, in linea di principio, sono solo i prezzi

42 — V. mie conclusioni nella causa C-280/08 P, Deutsche Telekom/Commissione, e la sentenza del Tribunale [nella causa T-271/03] per un'analisi più dettagliata di entrambi tali criteri (citare alla nota 14).

43 — Ibid., paragrafo 49. Ciò è stato anche confermato dalla Court of Appeal of England & Wales nella sentenza Albion, citata alla nota 18, punto 105, e dallo UK Competition Appeal Tribunal (CAT) nella causa Genzyme Ltd v Office of Fair Trading [2004] CAT 4. Sulla compressione dei margini in generale v. anche Freeserve.com v Director General of Telecommunications [2003] CAT 5.

44 — Nelle mie conclusioni nella causa C-280/08 P Deutsche Telekom/Commissione, citata alla nota 14, alla nota 26 ho riconosciuto che non è impossibile ravvisare altri casi nei quali il criterio del concorrente efficiente potrebbe risultare adeguato in quanto criterio secondario e complementare.

dell'impresa in posizione dominante ad assumere rilievo.

Quarta questione — se sia necessario un effetto anticoncorrenziale perché la compressione del margine tra prezzo e costo sia abusiva

38. Secondo la Commissione, l'ANC, i governi polacco e finlandese e la Tele2, dalla giurisprudenza dell'Unione europea emerge che non è necessario un concreto effetto anticoncorrenziale sul mercato affinché una prassi sia considerata abusiva ai sensi dell'art. 102 TFUE. D'altro lato, la TeliaSone-
ra rinvia alla sentenza Hoffmann-La Roche/Commissione⁴⁵ e sostiene che la nozione di abuso fa riferimento a condotte che impediscono il mantenimento o lo sviluppo della concorrenza.

39. Nelle mie conclusioni nella causa Deutsche Telekom/Commissione⁴⁶ ho affermato che nei casi di compressione del margine tra prezzo e costo la Commissione, o nel caso in esame l'ANC, è tenuta a dimostrare

che le pratiche di fissazione dei prezzi dell'impresa in posizione dominante producono effetti potenzialmente anticoncorrenziali. Nella causa Deutsche Telekom/Commissione⁴⁷ era chiaro che il Tribunale aveva correttamente considerato che l'effetto anticoncorrenziale che la Commissione era tenuta a dimostrare riguardava i possibili ostacoli che le pratiche dei prezzi della ricorrente avrebbero potuto creare per la crescita della concorrenza nel mercato in questione. Quindi, sebbene il Tribunale non abbia chiesto alla Commissione di dimostrare effetti concretamente anticoncorrenziali, esso ha giustamente chiesto la prova della creazione di ostacoli all'ingresso sul mercato, e in tal modo, una dimostrazione di effetti potenzialmente anticoncorrenziali.

40. A tal riguardo, il Tribunale, al punto 237 di detta sentenza, ha dichiarato che, poiché i servizi all'ingrosso della Deutsche Telekom erano indispensabili per consentire ai concorrenti di entrare in concorrenza con essa sul mercato a valle dei servizi di accesso al dettaglio, una compressione dei margini fra le tariffe all'ingrosso e quelle al dettaglio della ricorrente, in linea di massima, ostacolava lo sviluppo della concorrenza sui mercati a valle. In tal modo, il Tribunale ha correttamente sottolineato, a mio avviso, che i servizi all'ingrosso erano indispensabili e che, in mancanza di accesso a tali servizi, i concorrenti della Deutsche Telekom non sarebbero stati in grado neanche di accedere al mercato a valle

45 — Cit. alla nota 5.

46 — Causa C-280/08 P, cit. alla nota 14, paragrafo 64.

47 — Causa T-271/03, citata alla nota 14, punti 233-245.

dei servizi al dettaglio⁴⁸. Ai punti 238-245 di tale sentenza, il Tribunale ha poi analizzato in dettaglio le osservazioni svolte circa gli effetti anticoncorrenziali sul mercato tedesco. Tale analisi è conforme all'approccio sviluppato dal Tribunale nella sua giurisprudenza, confermata dalla Corte di giustizia, secondo cui l'effetto in questione fa necessariamente riferimento al concreto effetto della condotta abusiva contestata; ai fini dell'accertamento di una violazione dell'art. 102 TFUE è sufficiente dimostrare che la condotta abusiva dell'impresa in posizione dominante miri a restringere la concorrenza, ovvero, in altri termini, che tale condotta possa avere un effetto siffatto⁴⁹. A mio avviso, ne risulta chiaramente che la Commissione, o nel caso qui in esame l'ANC, deve dimostrare che nello specifico contesto del mercato in questione

sussistono effetti potenzialmente anticoncorrenziali⁵⁰. Pertanto, non sarà sufficiente sostenere che possono esservi remoti e astratti effetti anticoncorrenziali⁵¹.

Quinta questione — entro quali limiti la nozione di compressione del margine tra prezzo e costo debba essere applicata a gradi diversi di potere sul mercato

41. La TeliaSonera sostiene che la compressione del margine tra prezzo e costo può costituire un abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE solo qualora il potere sul mercato intermedio sia molto significativo. Concordo con la Commissione, l'ANC, e i governi polacco e finlandese sul fatto che ciò che rileva è che l'impresa detenga una posizione dominante

48 — A tal riguardo, se i prezzi al dettaglio della Deutsche Telekom fossero inferiori alle sue tariffe all'ingrosso, o se la differenza tra le tariffe all'ingrosso e quelle al dettaglio della Deutsche Telekom fosse insufficiente per consentire ad un operatore ugualmente efficiente di coprire i propri costi, specifici per il prodotto in questione, di fornitura dei servizi di accesso al dettaglio, un potenziale concorrente efficiente come la Deutsche Telekom non potrebbe entrare sul mercato degli accessi al dettaglio senza incorrere in perdite.

49 — Sentenza *British Airways/Commissione*, citata alla nota 10, punto 30, relativa alle sentenze del Tribunale 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin/Commissione* («*Michelin II*»), Racc. pag. II-4071, punti 238 e 239, e 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways/Commissione*, Racc. pag. II-5917, punto 293. V. altresì conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer per la sentenza 16 settembre 2008, cause riunite da C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia e a.*, Racc. pag. I-7139, paragrafo 50. V., sul punto, Kokott, J., *Economic thinking in EU competition law*, Madrid, 29 ottobre 2009.

50 — Tale approccio è conforme alla sentenza *Sot. Lélos kai Sia e a.*, *ibid.*, in cui la Corte ha implicitamente respinto la nozione di mero abuso ed ha proceduto all'esame delle giustificazioni oggettive, prendendo in considerazione lo specifico contesto di mercato. In particolare, pur respingendo l'argomento secondo cui il commercio parallelo di farmaci giova per lo più ai commercianti paralleli, e non ai consumatori finali, la Corte ha rilevato che un produttore in posizione dominante potrebbe ridurre le proprie vendite di medicinali all'ingrosso per far aumentare il commercio parallelo, a condizione che la domanda naturale dei consumatori finali situati nei paesi di esportazione sia pienamente soddisfatta. Respingendo un approccio formalistico, la Corte ha invece sottolineato che una normativa nazionale che incentiva il commercio parallelo deve essere presa in considerazione in sede di analisi degli argomenti relativi alle giustificazioni oggettive fatte valere da un'impresa in posizione dominante che riduce le proprie vendite ai paesi esportatori. V. Wahl, N., «Recent case-law on exclusionary behaviour», *16th St. Gallen International Competition Law Forum 2009* (2010), pagg. 225-232. V. anche *Case CW/00615/05/03, Vodafone/O2/Orange/T-Mobile*, Ofcom Decision, maggio 2004, e *BTOpenworld's consumer broadband products*, Ofcom Decision, novembre 2003.

51 — V. Prof. Vickers, J. [all'epoca presidente dello UK Office of Fair Trading (OFT)], *Abuse of Market Power*, 31a conferenza EARE a Berlino il 3 settembre 2004, pag. 23, consultabile sul sito web dello OFT: http://www.oft.gov.uk/shared_of/ speeches/spe0304.pdf.

sul mercato intermedio. È vero che secondo una giurisprudenza del Tribunale, ad un maggiore potere di un'impresa corrisponde una maggiore probabilità che una prassi diretta a proteggere la posizione dell'impresa si risolva in un ostacolo alla concorrenza⁵². A mio avviso, tuttavia, il grado di potere dell'impresa in posizione dominante non dovrebbe essere decisivo per la sussistenza dell'abuso. Invero, la nozione di posizione dominante comporta già una soglia elevata, per cui non è necessario classificare il potere di mercato sulla base della sua gradazione. Come ha rilevato la Commissione, non è chiaro se ed in quale misura contribuirebbe a migliorare l'analisi di un determinato caso. Si dovrebbe inoltre rammentare che l'art. 102 TFUE riguarda chiaramente l'abuso di posizione dominante e non fa riferimento ad una posizione «sopradominante».

Sulla sesta questione — se l'impresa debba essere dominante tanto sul mercato all'ingrosso quanto sul mercato al dettaglio

43. Sul punto, il giudice del rinvio fa riferimento alla sentenza Deutsche Telekom/Commissione⁵³, punto 235, in cui il Tribunale ha dichiarato che fino al 1998 la Deutsche Telekom aveva un monopolio sul mercato al dettaglio. Esso aggiunge che il problema del tipo di potere richiesto è rilevante anche perché nella causa Deutsche Telekom/Commissione l'operatore aveva una posizione dominante su tutti i mercati di beni e servizi. Tuttavia, nella causa principale è pacifico che la TeliaSonera ha una posizione dominante sul mercato al dettaglio.

42. Di conseguenza, sulla soluzione della prima questione in via di principio non incide il grado del potere di mercato di cui gode l'impresa in posizione dominante.

44. La TeliaSonera ritiene che il carattere abusivo della condotta in questione presupponga una posizione molto rafforzata dell'impresa in posizione dominante sul mercato al dettaglio. Secondo l'ANC, la quota della TeliaSonera sul mercato a valle è di circa il 50%. Di conseguenza, non si può escludere che essa detenga una posizione dominante su tale mercato.

52 — Talune sentenze del Tribunale suggeriscono che le differenze di gradazione del potere di mercato possono essere rilevanti: causa T-228/97, Irish Sugar/Commissione (citata alla nota 40), punto 186; sentenza 8 ottobre 1996, cause riunite T-24/93, T-25/93, T-26/93 e T-28/93 Compagnie maritimes belges e a./Commissione Racc. pag. II-1201; 17 settembre 2007, causa T-201/04 Microsoft/Commissione Racc. pag. II-3601. V. anche le conclusioni dell'avvocato generale Fennelly nella causa Compagnie maritimes belges e a./Commissione, citata alla nota 6, paragrafo 137.

53 — Citata alla nota 14.

45. Come rilevato dalla Commissione, dal governo finlandese e dalla Tele2, dalla sentenza IPS⁵⁴ risulta che non è necessario dimostrare che l'impresa che attua una compressione del margine tra prezzo e costo sia dominante anche sul mercato a valle. Infatti, la compressione del margine tra prezzo e costo potrebbe essere diretta al raggiungimento di una posizione dominante su tale mercato.

47. Ritengo pertanto che una posizione dominante tanto sul mercato all'ingrosso quanto su quello al dettaglio non sia un requisito necessario ai fini dell'applicazione dell'art. 102 TFUE ai casi di compressione del margine tra prezzo e costo⁵⁷.

Ottava questione — se sulla soluzione della prima questione incida il fatto che la fornitura sia destinata ad un nuovo cliente

46. A mio avviso, ai casi di compressione del margine tra prezzo e costo dovrebbe essere applicata, in linea di principio, anche la giurisprudenza sul «leverage». Nella causa Tetra Pak II⁵⁵ la Corte ha dichiarato sostanzialmente che l'art. 102 TFUE è applicabile indipendentemente dal fatto che una pratica illegittima da parte di un'impresa in posizione dominante pregiudichi o meno la concorrenza su un mercato diverso da quello in cui l'impresa detiene una posizione dominante⁵⁶.

48. La Commissione, l'ANC ed il governo finlandese sostengono che l'identità del cliente non sia rilevante nei casi di compressione del margine tra prezzo e costo. Secondo la TeliaSonera, la Corte ha sistematicamente tracciato una certa distinzione tra un rifiuto di contrarre con un nuovo cliente ed un rifiuto di contrarre con un cliente esistente e che, di conseguenza, la medesima distinzione dovrebbe essere applicata alle compressioni dei margini tra prezzo e costo.

54 — Citata alla nota 27.

55 — Citata alla nota 7. V., tra le altre, anche la sentenza Télémartketing, citata alla nota 12.

56 — In tale causa, il Tribunale ha affermato che «le pratiche poste in essere dalla Tetra Pak sui mercati non asettici si prestano a rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. [102 TFUE] del Trattato, senza necessità di accertare l'esistenza di una posizione dominante su questi mercati separatamente considerati, giacché la preminenza di questa impresa sui mercati non asettici, in combinato con gli stretti legami esistenti tra questi mercati e i mercati asettici, conferiva alla Tetra Pak un'autonomia di comportamento rispetto agli altri operatori economici presenti sui mercati non asettici tale da giustificare la sua responsabilità particolare, in forza dell'art. [102 TFUE], per il mantenimento su questi mercati di una concorrenza effettiva e non falsata». Sentenza del Tribunale 6 ottobre 1994, causa T-83/91, Tetra Pak/Commissione («Tetra Pak II»), Racc. pag. II-755, punto 122.

57 — Tale posizione sembra essere confermata dalla Court of Appeal of England & Wales nella causa Albion, punto 88 (citata alla nota 18), e dalla UK CAT nel procedimento Genzyme, punti 534 e 560 (citato alla nota 43). Il governo polacco rileva essenzialmente che nei casi decisi dalla Commissione con le decisioni Deutsche Telekom, nota 14, 29 ottobre 1975, 76/185/CECA, National Carbonising Company (GU 1976, L 35, pag. 6), Napier Brown — British Sugar, citata alla nota 40, e Wanadoo, l'impresa in questione deteneva una posizione dominante tanto sul mercato intermedio quanto sul mercato a valle.

49. Conformemente all'art. 102, secondo comma, lett. b), TFUE un abuso di posizione dominante può consistere in particolare nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori. La giurisprudenza costante della Corte dimostra che il rifiuto, opposto da un'impresa in posizione dominante sul mercato di un determinato prodotto, di evadere gli ordini di un cliente esistente costituisce un abuso di detta posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE qualora, in mancanza di qualsiasi giustificazione oggettiva, tale comportamento sia tale da eliminare un operatore concorrente⁵⁸. Inoltre, va ricordata la giurisprudenza secondo cui può aversi rifiuto di contrarre qualora l'impresa in posizione dominante non rifornisca un nuovo cliente⁵⁹.

Commissione con riferimento al rifiuto di fornitura, se l'impresa in posizione dominante ha contratto in passato con una determinata impresa, che ha effettuato investimenti direttamente legati a tale rapporto di fornitura per utilizzare il prodotto successivamente negato, l'impresa in questione dovrà inevitabilmente subire perdite. Peraltro, il fatto che l'impresa in posizione dominante che possiede il prodotto all'ingrosso (prodotto essenziale) abbia precedentemente considerato vantaggiosa la fornitura di tale prodotto costituisce un'indicazione che detta fornitura consentiva all'impresa in posizione dominante di ottenere un'adeguata remunerazione (cioè che si trattava di un'attività lucrativa), il che può, a sua volta, rendere più difficile per l'impresa in posizione dominante giustificare il proprio rifiuto su basi esclusivamente commerciali⁶⁰.

50. Ritengo quindi che il fatto di cessare la fornitura prevista da un accordo esistente può essere considerato con maggiori probabilità abusivo rispetto al rifiuto di rifornire un nuovo cliente. Come ha sottolineato la

51. Infine, per la parte in cui tale questione può essere intesa nel senso che è riferita ad una situazione in cui un'impresa in posizione dominante esercita una compressione del margine tra prezzo e costo solo nei confronti dei nuovi clienti (concorrenti sul mercato a valle), mentre applica condizioni meno favorevoli agli altri clienti esistenti (concorrenti

58 — V., in tal senso, sentenza 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Commissione, Racc. pag. 223, punto 25, e United Brands/Commissione, citata alla nota 9, punto 183. V. anche Sot. Lélou kai Sia e a., citata alla nota 49.

59 — V. sentenza Bronner, citata alla nota 17; sentenze 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P RTE e ITP/Commissione («Magill»), Racc. pag. I-743, e 29 aprile 2004, causa C-418/01, IMS Health, Racc. pag. I-5039. Per una panoramica della giurisprudenza, v. le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs ai fini della sentenza 31 maggio 2005, causa C-53/03, Syfait e a., Racc. pag. I-4609.

60 — Invero, nel caso vengano esaminate le giustificazioni oggettive, le due situazioni (cessazione della fornitura ad un cliente esistente e rifiuto di rifornire un nuovo cliente) possono essere trattate diversamente. Faull, J., e Nikpay, A., *The EC law of competition*, Oxford University Press, 2007, pag. 357.

sul mercato a valle), occorrerebbe esaminare se l'impresa in posizione dominante non violi l'art. 102, secondo comma, lett. c), TFUE.

52. Ne discende che sulla soluzione della prima questione può incidere, a seconda delle circostanze del caso di specie, il fatto che la fornitura sia destinata ad un nuovo cliente.

Nona questione — se la possibilità di recupero delle perdite sia un requisito necessario nei casi di compressione del margine tra prezzo e costo

53. Ritengo che, come ho rilevato nelle mie conclusioni nella causa France Télécom/

Commissione, la possibilità di recuperare le perdite dovrebbe essere un requisito necessario nei casi di prezzi predatori⁶¹. I prezzi predatori si basano sul presupposto che l'impresa in posizione dominante sopporta perdite in quanto il prezzo fatturato non copre i suoi costi. Tuttavia, è probabile che l'impresa recuperi le sue perdite in un secondo momento, beneficiando di una posizione rafforzata sul mercato e delle maggiori barriere all'ingresso create dai prezzi predatori. Al contrario, la compressione del margine tra prezzo e costo non esige un sacrificio economico del genere a carico dell'impresa in posizione dominante, in quanto possono non esservi affatto «perdite» da recuperare⁶². Nel caso di compressione del margine tra prezzo e costo, i prezzi a valle possono essere elevati perché sono elevati i prezzi intermedi. I prezzi possono essere elevati su entrambi tali mercati, ma ciò che caratterizza la compressione del margine tra prezzo e costo è la differenza tra i prezzi sul mercato intermedio ed i prezzi sul mercato a valle.

54. Ne consegue che, affinché una pratica come quella descritta nella soluzione della prima questione possa essere considerata abusiva, non è necessario attendersi che l'impresa in posizione dominante sia in grado di recuperare le perdite da essa sofferte.

61 — V. mie conclusioni nella causa C-202/07 P, France Télécom/Commissione, citata alla nota 11. V., peraltro, la sentenza della Corte in tale causa, in cui si dichiara che la prova del possibile recupero delle perdite non costituisce un presupposto necessario per l'accertamento della fatturazione predatoria. Tuttavia, la Corte ha aggiunto che tale interpretazione non impedisce alla Commissione di accertare una siffatta possibilità di recupero delle perdite.

62 — Secondo la TeliaSonera, peraltro, nei casi di compressione del margine tra prezzo e costo in cui sussistano perdite da recuperare, da parte dell'impresa in posizione dominante, la possibilità di tale recupero dovrebbe rimanere rilevante ai fini dell'accertamento.

Decima questione — se incida sulla soluzione della prima questione il fatto che si sia in presenza di un cambiamento tecnologico in un mercato che richiede rilevanti investimenti

Commissione ha modificato notevolmente l'applicazione dell'esame «AKZO» della natura predatoria, nel senso di una maggiore flessibilità dell'analisi dei costi su un mercato soggetto a cambiamenti tecnologici. Si dovrebbe rilevare che la decisione della Commissione è stata successivamente confermata dal Tribunale e dalla Corte di giustizia⁶⁵.

55. Tutte le parti concordano sul fatto che, in linea di principio, nella sentenza *France Télécom/Commissione*⁶³ il Tribunale ha giustamente rilevato che il mercato in questione fosse «un mercato in forte crescita, ma tale elemento non [poteva] escludere l'applicazione delle regole di concorrenza, specificamente quelle di cui all'art. [102 TFUE]».

56. Il giudice del rinvio rileva⁶⁴ che, nella sua analisi per la decisione *Wanadoo*, la

57. Pertanto, sebbene i mercati dinamici o in forte crescita non siano esenti dall'applicazione dell'art. 102 TFUE, resta il fatto che, se del caso, la Commissione e le autorità nazionali della concorrenza dovrebbero intervenire su tali mercati con particolare cautela, modificando se necessario i rispettivi approcci standard, come è avvenuto, con esito positivo, nella decisione *Wanadoo*.

63 — Sentenza 30 gennaio 2007, causa T-340/03, Racc. pag. II-107, punto 107; v. decisione 16 luglio 2003, relativa ad un procedimento ai sensi dell'articolo [102 TFUE] (procedimento COMP/38.233 — *Wanadoo Interactive*), «considerando» 261 e 262 del preambolo.

64 — Il giudice del rinvio ha giustamente rilevato che le perdite sofferte in una fase preliminare su un mercato in stato di dinamico sviluppo può tranquillamente costituire un normale fenomeno di mercato. V. Colley, L., e Burnside, S., «Margin squeeze abuse», *European Competition Journal Special Issue on Article 82*, luglio 2006, pagg. 185-210.

65 — V. sentenza T-340/03, *France Télécom/Commissione*, citata alla nota 63, e le mie conclusioni nonché la sentenza nella causa C-202/07 P, *France Télécom/Commissione*, citata alla nota 11.

III — Conclusione

58. Alla luce delle considerazioni che precedono, suggerisco alla Corte di risolvere nei termini seguenti le questioni sollevate dallo Stockholms tingsrätt:

- Prima, terza e settima questione: sussiste una compressione del margine tra prezzo e costo quando la differenza tra i prezzi al dettaglio fatturati da un'impresa in posizione dominante ed i prezzi da essa fatturati ai propri concorrenti per prodotti paragonabili è negativa o insufficiente a coprire i costi, specificamente relativi a tale prodotto, che l'impresa in posizione dominante deve sostenere per rifornire il mercato a valle con i propri prodotti al dettaglio.

La natura abusiva di tale comportamento deriva dal carattere sleale della differenza tra i prezzi dell'impresa in posizione dominante per l'accesso intermedio ed i suoi prezzi al dettaglio e dal fatto che i prodotti intermedi dell'impresa in posizione dominante sono indispensabili per la concorrenza sul mercato a valle.

Ciò detto, il requisito dell'indispensabilità non è necessario qualora l'impresa in posizione dominante abbia un obbligo legale, compatibile con il diritto dell'Unione europea, di fornire i prodotti intermedi.

- Seconda questione: nei casi di compressione del margine tra prezzo e costo, in linea di principio, sono solo i prezzi dell'impresa in posizione dominante ad essere rilevanti.

- Quarta questione: l'autorità in materia di concorrenza di cui trattasi è tenuta a dimostrare che nel contesto specifico del mercato in questione le pratiche di fissazione dei prezzi da parte dell'impresa in posizione dominante hanno effetti potenzialmente anticoncorrenziali. Non è sufficiente a tal fine una mera affermazione che possano esservi, in astratto, remoti effetti anticoncorrenziali.

- Quinta questione: sulla soluzione alla prima questione non incide il livello di forza sul mercato di cui gode l'impresa in posizione dominante.

- Sesta questione: non è necessario che l'impresa sia dominante tanto sul mercato all'ingrosso quanto sul mercato al dettaglio affinché una pratica come quella descritta nella soluzione alla prima questione sia considerata abusiva.

- Ottava questione: in determinate circostanze, sulla soluzione della prima questione può incidere il fatto che la fornitura sia destinata ad un nuovo cliente.

- Nona questione: affinché una pratica come quella descritta nella soluzione della prima questione costituisca abuso, non è necessario attendersi che l'impresa in posizione dominante sia in grado di recuperare le perdite da essa sofferte.

- Decima questione: l'art. 102 TFUE è applicabile in casi in cui si sia in presenza di un cambiamento tecnologico in un mercato che richiede rilevanti investimenti. Resta il fatto, tuttavia, che le autorità nazionali della concorrenza dovrebbero intervenire su tali mercati con particolare cautela, modificando se necessario i propri approcci standard.