

II

(Comunicazioni)

COMUNICAZIONI PROVENIENTI DALLE ISTITUZIONI, DAGLI ORGANI
E DAGLI ORGANISMI DELL'UNIONE EUROPEA

COMMISSIONE EUROPEA

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE

**Orientamenti per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi
del quadro normativo dell'UE per le reti e i servizi di comunicazione elettronica**

(Testo rilevante ai fini del SEE)

(2018/C 159/01)

1. INTRODUZIONE

1.1. Campo d'applicazione e finalità

1. In conformità dell'articolo 15, paragrafo 2, della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio ⁽¹⁾, la Commissione ha adottato gli orientamenti per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato (orientamenti sul significativo potere di mercato), a seguito di una consultazione pubblica i cui risultati sono stati debitamente presi in considerazione. Gli orientamenti sul significativo potere di mercato sono corredati da una nota esplicativa ⁽²⁾ e vanno letti alla luce delle informazioni supplementari ivi contenute.
2. Gli orientamenti sul significativo potere di mercato sono destinati alle autorità nazionali di regolamentazione affinché svolgano le loro funzioni connesse all'analisi dei mercati suscettibili di una regolamentazione ex ante e alla valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo dell'UE per le reti e i servizi di comunicazione elettronica costituito dalla direttiva 2002/21/CE, dalle tre direttive particolari 2002/19/CE ⁽³⁾, 2002/20/CE ⁽⁴⁾, 2002/22/CE ⁽⁵⁾ e dal regolamento (UE) n. 531/2012 ⁽⁶⁾ (il quadro di riferimento). In linea con l'articolo 15 della direttiva 2002/21/CE, le autorità nazionali di regolamentazione devono tenere nel massimo conto sia la raccomandazione 2014/710/UE ⁽⁷⁾ della Commissione sia i presenti orientamenti al fine di definire i mercati rilevanti per una regolamentazione ex ante.
3. In linea con l'articolo 8 della direttiva 2002/21/CE, gli orientamenti sul significativo potere di mercato intendono contribuire allo sviluppo del mercato interno nel settore delle comunicazioni elettroniche, tra l'altro sviluppando una prassi normativa coerente e un'applicazione omogenea del quadro di riferimento.

⁽¹⁾ Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (GU L 108 del 24.4.2002, pag. 33).

⁽²⁾ Nota esplicativa che accompagna gli orientamenti per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del quadro normativo dell'UE per le reti e i servizi di comunicazione elettronica [SWD(2018)124].

⁽³⁾ Direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso) (GU L 108 del 24.4.2002, pag. 7).

⁽⁴⁾ Direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni) (GU L 108 del 24.4.2002, pag. 21).

⁽⁵⁾ Direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale) (GU L 108 del 24.4.2002, pag. 51).

⁽⁶⁾ Regolamento (UE) n. 531/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2012, relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione (GU L 172 del 30.6.2012, pag. 10), modificato dal regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015 (GU L 310 del 26.11.2015, pag. 1) e dal regolamento (UE) 2017/920 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017 (GU L 147 del 9.6.2017, pag. 1).

⁽⁷⁾ Raccomandazione 2014/710/UE della Commissione, del 9 ottobre 2014, relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (GU L 295 dell'11.10.2014, pag. 79).

4. Gli orientamenti sul significativo potere di mercato non limitano in alcun modo i diritti conferiti dal diritto dell'UE agli individui o alle imprese. Non pregiudicano l'applicazione del diritto dell'UE in generale e delle regole di concorrenza in particolare e la loro interpretazione da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea. Gli orientamenti sul significativo potere di mercato non pregiudicano le azioni che la Commissione può intraprendere o gli orientamenti che essa potrebbe emanare in futuro per quanto riguarda l'applicazione del diritto dell'UE in materia di concorrenza.
5. La Commissione sostituirà, ove opportuno, gli orientamenti sul significativo potere di mercato, tenendo conto dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, del pensiero economico e dell'effettiva esperienza di mercato, con l'obiettivo di garantire che rimangano adeguati nel contesto della rapida evoluzione dei mercati.
6. I presenti orientamenti affrontano specificamente le questioni relative alla definizione del mercato e al significativo potere di mercato sia individuale che collettivo.
7. Gli orientamenti sul significativo potere di mercato non trattano il coordinamento nel contesto delle pratiche concordate ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea («il trattato»). Esse non riguardano neppure le strutture di mercato con un numero limitato di operatori di mercato nei casi in cui non sono soddisfatti i criteri di posizione dominante collettiva applicati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

1.2. Osservazioni preliminari

8. Ai sensi dell'articolo 8 della direttiva 2002/21/CE, le autorità nazionali di regolamentazione, nello svolgere le funzioni di regolamentazione indicate nel quadro di riferimento, provvedono ad adottare tutte le ragionevoli misure intese a conseguire gli obiettivi normativi ivi contenuti, tra cui la promozione di investimenti efficienti nelle infrastrutture nuove e migliorate e l'accesso alle stesse.
9. Nell'ambito del quadro di riferimento, la definizione dei mercati rilevanti e la valutazione del significativo potere di mercato dovrebbero basarsi sugli stessi metodi utilizzati nell'ambito del diritto dell'UE in materia di concorrenza. Ciò garantisce che esso rifletta la giurisprudenza applicabile della Corte di giustizia dell'Unione europea e la comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (la comunicazione del 1997 sulla definizione del mercato)⁽⁸⁾ e che tenga conto, nella misura necessaria, della prassi decisionale della Commissione nell'applicazione dell'articolo 102 del trattato e dell'articolo 2 del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio⁽⁹⁾. Quando applicano coerentemente metodologie consolidate per definire i mercati e valutare il significativo potere di mercato, le autorità nazionali di regolamentazione contribuiscono a garantire la prevedibilità normativa e a limitare l'intervento normativo ai casi di carenze del mercato individuate da strumenti analitici.
10. Nell'esaminare questioni simili in circostanze analoghe e tenendo presenti gli stessi obiettivi generali, le autorità nazionali di regolamentazione e le autorità garanti della concorrenza dovrebbero, in linea di principio, giungere a conclusioni analoghe. Date le differenze, tuttavia, nella portata e negli obiettivi del loro intervento, in particolare la diversa attenzione e le diverse circostanze della valutazione delle autorità nazionali di regolamentazione, come illustrato di seguito, i mercati definiti ai fini del diritto dell'UE in materia di concorrenza e quelli definiti ai fini della regolamentazione settoriale potrebbero risultare non sempre identici.
11. In modo analogo, il fatto che un'impresa venga ritenuta dotata di un significativo potere di mercato in un mercato individuato ai fini della regolamentazione ex ante non significa necessariamente che tale impresa goda anche di una posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 del trattato o ai fini dell'applicazione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio⁽¹⁰⁾ o di disposizioni analoghe a livello nazionale. Una designazione di significativo potere di mercato non ha inoltre alcuna incidenza diretta sul fatto che l'impresa abbia o meno abusato di una posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 del trattato. Ciò implica semplicemente che, nell'ambito di applicazione dell'articolo 14 della direttiva 2002/21/CE, da un punto di vista strutturale e a breve e medio termine, nel mercato rilevante individuato l'operatore ha e avrà un potere di mercato sufficiente tale da consentirgli di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori.

⁽⁸⁾ Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (GU C 372 del 9.12.1997, pag. 5) (comunicazione del 1997 sulla definizione del mercato). Ai fini dell'applicazione del diritto in materia di concorrenza, la comunicazione del 1997 sulla definizione del mercato spiega che il concetto di mercato rilevante è strettamente collegato agli obiettivi perseguiti nell'ambito delle politiche pertinenti, dell'applicazione ex post ai sensi degli articoli 101 e 102 del trattato o della valutazione ex ante ai sensi del regolamento dell'UE sulle concentrazioni.

⁽⁹⁾ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU L 24 del 29.1.2004, pag. 1).

⁽¹⁰⁾ GU L 24 del 29.1.2004, pag. 1.

12. Non si può escludere che nella prassi procedure parallele previste dalla regolamentazione ex ante e dal diritto dell'UE in materia di concorrenza possano applicarsi a diversi tipi di problemi di concorrenza individuati sui mercati al dettaglio sottostanti. A tale riguardo, gli obblighi ex ante imposti dalle autorità nazionali di regolamentazione alle imprese che si presume dispongano di un significativo potere di mercato mirano a porre rimedio alle carenze del mercato individuate e a conseguire gli obiettivi specifici stabiliti nel quadro di riferimento. D'altro canto, gli strumenti del diritto dell'UE in materia di concorrenza servono ad affrontare ed eliminare le riserve in relazione ad accordi illegali, pratiche concordate o comportamenti abusivi unilaterali che limitano o falsano la concorrenza sul mercato rilevante.

1.3. L'approccio normativo all'analisi di mercato

13. Nell'effettuare un'analisi di mercato ai sensi dell'articolo 16 della direttiva 2002/21/CE, le autorità nazionali di regolamentazione effettueranno una valutazione strutturale in prospettiva del mercato rilevante nel periodo di riferimento.
14. La durata del periodo di riferimento (il periodo di riesame successivo) va dalla fine dell'esame in corso alla fine della successiva analisi di mercato⁽¹¹⁾, durante il quale l'autorità nazionale di regolamentazione dovrebbe valutare le caratteristiche specifiche del mercato e gli sviluppi di mercato.
15. Il punto di partenza per l'individuazione dei mercati all'ingrosso suscettibili di una regolamentazione ex ante dovrebbe sempre essere l'analisi dei corrispondenti mercati al dettaglio.
16. Le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero stabilire se il mercato o i mercati al dettaglio sottostanti siano o meno concorrenziali in prospettiva, in assenza di una regolamentazione del mercato all'ingrosso basata sulla constatazione di un significativo potere di mercato individuale o collettivo, e quindi se l'assenza di concorrenza effettiva sia duratura⁽¹²⁾.
17. A tal fine, le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero tenere conto delle condizioni di mercato esistenti e degli sviluppi di mercato previsti o prevedibili nel corso del prossimo periodo di riesame, in assenza di una regolamentazione basata su un significativo potere di mercato; tale approccio è noto come approccio Greenfield modificato⁽¹³⁾. D'altro canto, l'analisi dovrebbe tenere conto degli effetti di altri tipi di regolamenti, decisioni o normative (settoriali) applicabili ai mercati al dettaglio rilevanti e ai mercati all'ingrosso correlati durante il periodo in questione.
18. Se il mercato o i mercati al dettaglio sottostanti sono, in prospettiva, concorrenziali nell'ambito dell'approccio Greenfield modificato, l'autorità nazionale di regolamentazione dovrebbe concludere che la regolamentazione non è più necessaria a livello di mercato all'ingrosso.
19. Le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero tenere conto dei dati passati e presenti nella loro analisi quando tali dati sono pertinenti per gli sviluppi di tale mercato nel successivo periodo di riesame. A tale riguardo, va sottolineato che qualsiasi elemento di prova facilmente reperibile delle pratiche adottate in passato non suggerisce automaticamente che tale pratica possa continuare nel successivo periodo di riesame. La prassi adottata in passato è tuttavia pertinente se le caratteristiche del mercato non hanno subito modifiche sensibili o è improbabile che ne subiscano nel corso del successivo periodo di riesame.
20. Da quanto precede consegue che le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero tener conto sia delle considerazioni statiche che di quelle dinamiche nell'analisi del mercato, al fine di rimediare alle disfunzioni individuate al livello del mercato al dettaglio imponendo adeguati obblighi normativi al mercato all'ingrosso, che dovrebbero, tra l'altro, promuovere la concorrenza e contribuire allo sviluppo del mercato interno. Tali obblighi dovrebbero essere basati sui principi normativi di cui all'articolo 8 della direttiva 2002/21/CE, quali la promozione della prevedibilità normativa, l'efficienza degli investimenti e dell'innovazione e la concorrenza basata sulle infrastrutture.
21. L'analisi dovrebbe basarsi su una comprensione funzionale dei collegamenti esistenti tra i mercati all'ingrosso rilevanti e i mercati al dettaglio sottostanti, nonché su altri mercati correlati, qualora le autorità nazionali di regolamentazione lo ritenessero opportuno. In decisioni precedenti la Commissione ha sottolineato⁽¹⁴⁾ che le condizioni del mercato al dettaglio possono informare un'autorità nazionale di regolamentazione della struttura del mercato all'ingrosso, ma non sono di per sé concludenti per quanto riguarda la constatazione di un significativo potere di mercato all'ingrosso. Come stabilito in diverse decisioni della Commissione ai sensi dell'articolo 7 della direttiva 2002/21/CE⁽¹⁵⁾, non è necessario dimostrare l'esistenza di un significativo potere di mercato individuale o collettivo a livello di mercato al dettaglio per stabilire che una o più imprese detengono un significativo potere di mercato individuale o collettivo nei mercati all'ingrosso rilevanti. In linea con il considerando 18 della raccomandazione 2014/710/UE, la regolamentazione ex ante a livello di mercato all'ingrosso dovrebbe essere sufficiente a far fronte a problemi di concorrenza sui mercati a valle correlati.

⁽¹¹⁾ L'articolo 16, paragrafo 6, della direttiva quadro prevede attualmente che le autorità nazionali di regolamentazione notifichino alla Commissione nuovi progetti di misure entro tre anni dall'adozione di una precedente misura relativa a tale mercato.

⁽¹²⁾ Considerando 27 della direttiva quadro.

⁽¹³⁾ Nota esplicitiva che accompagna la raccomandazione 2014/710/UE della Commissione, SWD(2014) 298, pag. 8.

⁽¹⁴⁾ Cause FI/2004/0082, ES/2005/0330 e NL/2015/1727. Cfr. anche CZ/2012/1322.

⁽¹⁵⁾ Cause IE/2004/0121, ES/2005/0330, SI/2009/0913 e NL/2015/1727.

22. Nell'analizzare i confini del mercato e il potere di mercato all'interno a) dei corrispondenti mercati all'ingrosso rilevanti per determinare se sono effettivamente concorrenziali, occorre tener conto dei vincoli concorrenziali diretti e indiretti, indipendentemente dal fatto che tali vincoli derivino dalle reti di comunicazione elettronica, dai servizi di comunicazione elettronica o da altri tipi di servizi o applicazioni comparabili dal punto di vista dell'utente finale ⁽¹⁶⁾.
23. I mercati emergenti, ai sensi del considerando 27 della direttiva 2002/21/CE, sui quali con tutta probabilità l'impresa leader disporrà di fatto di una consistente quota di mercato, non dovrebbero essere assoggettati ad un'impropria regolamentazione ex ante. Ciò in quanto l'imposizione precoce di una regolamentazione ex ante potrebbe influire indebitamente su condizioni concorrenziali ancora in fase di formazione all'interno di un mercato nuovo ed emergente. Al contempo si deve impedire che l'impresa leader precluda tali mercati.

2. DEFINIZIONE DEL MERCATO

2.1. Principali criteri per la definizione del mercato rilevante

24. Al fine di valutare se un'impresa detenga un significativo potere di mercato, cioè se «gode di una posizione di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori» ⁽¹⁷⁾, la definizione del mercato rilevante ⁽¹⁸⁾ è di fondamentale importanza in quanto la concorrenza effettiva può essere valutata solo sulla base di tale definizione ⁽¹⁹⁾.
25. Come spiegato al punto 9, il mercato deve essere definito in linea con la metodologia descritta nella comunicazione del 1997 sulla definizione del mercato. La definizione del mercato non è un processo meccanico o astratto, ma richiede un'analisi di tutti gli elementi disponibili relativi al comportamento del mercato nel passato e un esame complessivo del funzionamento di un dato settore. In particolare per effettuare un'analisi previsionale dei futuri sviluppi del mercato è necessario adottare un approccio di tipo dinamico piuttosto che statico ⁽²⁰⁾.
26. Il punto di partenza di ogni analisi dovrebbe essere una valutazione dei mercati al dettaglio rilevanti, che tenga conto della sostituibilità dal lato della domanda e dell'offerta dal punto di vista dell'utilizzatore finale nel successivo periodo di riesame sulla base delle condizioni di mercato esistenti e del loro probabile sviluppo. Dopo aver individuato i mercati al dettaglio rilevanti e stabilito se in assenza di un intervento normativo a monte persisterebbe il rischio di danneggiare i consumatori a causa della mancanza di concorrenza nei mercati al dettaglio, le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero poi individuare i corrispondenti mercati all'ingrosso per valutare se sono suscettibili di una regolamentazione ex ante ai sensi dell'articolo 16 della direttiva 2002/21/CE ⁽²¹⁾. Esse dovrebbero iniziare individuando e analizzando il mercato all'ingrosso più a monte del mercato al dettaglio in cui sono stati riscontrati tali problemi di concorrenza e definendo i confini del mercato tenendo conto della sostituibilità dei prodotti sul lato della domanda e, nella misura necessaria, sul lato dell'offerta.
27. La misura in cui l'offerta di un prodotto o di un servizio in una determinata zona geografica costituisce il mercato rilevante dipende dall'esistenza di vincoli concorrenziali nel comportamento di fissazione dei prezzi del/dei fornitore/i del servizio in questione. Per valutare il comportamento delle imprese sul mercato occorrerà considerare i due principali vincoli concorrenziali; i) la sostituibilità sul lato della domanda e ii) sul lato dell'offerta ⁽²²⁾. Una terza fonte di vincolo concorrenziale per il comportamento di un operatore – da considerare non nella fase di definizione del mercato, ma nel valutare se un mercato sia effettivamente concorrenziale ai sensi della direttiva 2002/21/CE – è l'esistenza di una concorrenza potenziale ⁽²³⁾.

⁽¹⁶⁾ Cfr. il punto 4 della raccomandazione 2014/710/UE della Commissione e la relativa nota esplicativa, e la causa FR/2014/1670.

⁽¹⁷⁾ Articolo 14, paragrafo 2, della direttiva 2002/21/CE.

⁽¹⁸⁾ L'uso del termine «mercato rilevante» sottintende la descrizione dei prodotti o servizi che costituiscono il mercato e la valutazione della dimensione geografica di tale mercato, e i termini «prodotti» e «servizi» sono usati in modo interscambiabile nel presente testo. Secondo il punto 7 della comunicazione del 1997 sulla definizione del mercato, il mercato del prodotto rilevante «comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati interscambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati».

⁽¹⁹⁾ Causa C-209/98, *Entreprenørforeningens Affalds*, EU:C:2000:279, punto 57, e causa C-242/95 *GT-Link*, EU:C:1997:376, punto 36. Si deve riconoscere che la definizione del mercato non è un obiettivo fine a sé stesso, ma parte di un processo, ossia della valutazione del potere di mercato di un'impresa.

⁽²⁰⁾ Cause riunite C-68/94 e C-30/95, *Repubblica francese ed altri/Commissione*, EU:C:1998:148. Cfr. anche la comunicazione del 1997 sulla definizione del mercato, punto 12.

⁽²¹⁾ I principali mercati di prodotti e servizi le cui caratteristiche possono essere tali da giustificare, in linea di principio, l'imposizione di obblighi regolamentari ex ante sono individuati nella raccomandazione 2014/710/UE, che le autorità nazionali di regolamentazione devono tenere nel massimo conto al momento di definire i mercati rilevanti.

⁽²²⁾ Come indicato anche nella comunicazione del 1997, da un punto di vista economico e nella prospettiva della definizione del mercato rilevante, la sostituibilità sul versante della domanda costituisce il vincolo più immediato ed efficace che condiziona i fornitori di un determinato prodotto, specie in ordine alle loro decisioni in materia di prezzo.

⁽²³⁾ Cfr. anche la Comunicazione del 1997 sulla definizione del mercato, punto 24.

28. La sostituibilità sul lato della domanda serve a misurare fino a che punto i clienti sono disposti a sostituire i servizi o prodotti in questione con altri servizi o prodotti ⁽²⁴⁾, mentre la sostituibilità sul lato dell'offerta indica la possibilità che fornitori diversi da quelli che offrono il prodotto o servizio in questione modifichino la loro linea di produzione a breve termine nell'immediato ⁽²⁵⁾ o offrano sul mercato i prodotti o servizi in oggetto senza incorrere in costi aggiuntivi significativi ⁽²⁶⁾. La sostituzione sul lato dell'offerta è particolarmente importante per le industrie di rete, come le comunicazioni elettroniche, in quanto la stessa rete può essere utilizzata per fornire diversi tipi di servizi ⁽²⁷⁾. La differenza tra concorrenza potenziale e sostituibilità sul lato dell'offerta sta nel fatto che quest'ultima risponde prontamente a un aumento del prezzo, mentre può passare del tempo prima che un potenziale concorrente sia in grado di iniziare a rifornire il mercato. La sostituzione dell'offerta non comporta costi aggiuntivi significativi, mentre il potenziale ingresso sul mercato può avvenire a costi irrecuperabili significativi ⁽²⁸⁾ e, per questo motivo, non viene preso in considerazione nella fase di definizione del mercato ⁽²⁹⁾.
29. Un modo per valutare il sussistere della sostituibilità sul lato della domanda o dell'offerta è applicare il cosiddetto test del «monopolista ipotetico», o test SSNIP ⁽³⁰⁾. Tale test prevede che un'autorità nazionale di regolamentazione chieda ai consumatori cosa accadrebbe se si verificasse un incremento modesto, ma significativo e non temporaneo, del prezzo di un dato prodotto o servizio, nell'ipotesi che i prezzi di tutti gli altri prodotti o servizi rimangano costanti («incremento del prezzo relativo»). Anche se la significatività di un incremento di prezzo relativo dipende dai singoli casi, le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero prendere in considerazione le reazioni dei clienti (consumatori o imprese) ad un aumento modesto ma non temporaneo dei prezzi compreso tra il 5 e il 10 %. Le risposte dei clienti aiuteranno a stabilire se esistano prodotti sostituibili e, in caso affermativo, quali siano i confini del mercato del prodotto rilevante ⁽³¹⁾.
30. Innanzitutto l'autorità nazionale di regolamentazione dovrebbe individuare un servizio o prodotto di comunicazione elettronica che sia offerto in una determinata area geografica e che possa essere soggetto all'imposizione di obblighi regolamentari. L'autorità nazionale di regolamentazione potrebbe successivamente aggiungere altri prodotti o aree a seconda che la concorrenza di questi fattori limiti il prezzo del prodotto o servizio principale in questione. Poiché un incremento di prezzo relativo di un insieme di prodotti rischia di indurre alcuni clienti a passare a servizi o prodotti alternativi con conseguente calo delle vendite, è essenziale stabilire se il calo registrato dagli operatori sia tale da compensare i maggiori profitti che altrimenti sarebbero derivati dall'aumento del prezzo. La valutazione della sostituibilità sul lato della domanda e dell'offerta consente di quantificare la «perdita critica» delle vendite (rendendo non redditizio un aumento relativo dei prezzi) e, di conseguenza, di determinare la portata del mercato rilevante. L'autorità nazionale di regolamentazione dovrebbe pertanto applicare tale criterio fino al punto in cui si possa stabilire che un aumento relativo dei prezzi all'interno dei mercati geografici e del prodotto definiti sarà redditizio, ossia non causerà più una perdita critica di vendite a sostituti prontamente disponibili o a fornitori situati in altre zone.
31. Nel diritto in materia di concorrenza, il test del monopolista ipotetico si applica ai prodotti o servizi i cui prezzi sono determinati liberamente e non soggetti a regolamentazione. Nel settore della regolamentazione ex ante, ossia quando un prodotto o servizio è già offerto a prezzi regolamentati basati sui costi, si presume che un prezzo regolamentato sia fissato a livelli competitivi ⁽³²⁾ e dovrebbe essere considerato il punto di partenza per il test del monopolista ipotetico.

⁽²⁴⁾ Non è necessario che tutti i consumatori passino ad un prodotto concorrente; basterà che il fenomeno sia tale per cui un incremento del prezzo relativo non risulti redditizio. Questo requisito corrisponde al principio dell'«intercambiabilità sufficiente» stabilito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia; cfr. nota 27.

⁽²⁵⁾ La nozione di «breve termine» dipende dalle caratteristiche del mercato e dalle circostanze nazionali. Nel documento COMP/39.525, Telekomunikacja Polska, la Commissione ha affermato al punto 580 che esiste una sostituibilità sul lato dell'offerta quando i fornitori sono in grado di modificare il loro processo produttivo in modo da fabbricare i prodotti in causa e immetterli sul mercato in breve tempo, in risposta a piccole variazioni permanenti dei prezzi relativi. Secondo la nota 4 al punto 20 della comunicazione del 1997 sulla definizione del mercato, il periodo di riferimento è un periodo che non comporta «una modifica sostanziale delle immobilizzazioni materiali ed immateriali».

⁽²⁶⁾ Cfr. anche la Comunicazione del 1997 sulla definizione del mercato, punto 20.

⁽²⁷⁾ Cfr. COMP/39.525, Telekomunikacja Polska, punto 580.

⁽²⁸⁾ Cfr. inoltre la comunicazione del 1997 sulla definizione del mercato, punti 20-23, causa IV/M.1225 - Enso/Stora, (GU L 254 del 29.9.1999), punto 39.

⁽²⁹⁾ Cfr. anche la Comunicazione del 1997 sulla definizione del mercato, punto 24.

⁽³⁰⁾ Cfr. causa T-83/91, Tetra Pak/Commissione, EU:T:1994:246, punto 68. Tale test è noto anche con il nome di test SSNIP («small but significant non transitory increase in price», ossia modesto ma significativo incremento di prezzo non temporaneo). Benché il test SSNIP sia soltanto un esempio di metodo utilizzato per la definizione del mercato rilevante e malgrado si tratti di un test econometrico formale con un margine di errore (la cosiddetta «cellophane fallacy»), esso è importante principalmente in quanto strumento concettuale per valutare gli elementi che comprovano la concorrenza tra prodotti o servizi diversi.

⁽³¹⁾ In altri termini, se l'elasticità incrociata della domanda tra due prodotti è elevata, si può ritenere che i consumatori considerino tali prodotti strettamente sostituibili tra loro. Laddove la scelta del consumatore sia influenzata da considerazioni diverse dall'aumento del prezzo, il test SSNIP potrà non essere uno strumento adeguato per misurare la sostituibilità dei prodotti; cfr. causa T-25/99, Colin Arthur Roberts e Valerie Ann Roberts/Commissione, EU:T:2001:177. Cfr. anche la Comunicazione del 1997 sulla definizione del mercato, punto 17.

⁽³²⁾ Questa ipotesi può essere confutata se vi sono forti indizi del fatto che i prezzi precedentemente regolamentati non siano stati fissati a livelli competitivi. In tali circostanze può essere opportuno utilizzare come punto di partenza un prezzo derivante dall'aggiornamento del modello dei costi o del benchmarking (prezzo di riferimento).

32. È probabile che sia difficile applicare il test SSNIP empiricamente se non vi sono un prodotto e un prezzo prontamente disponibili. Se tale prodotto, commerciale o regolamentato, non esiste su una rete, ma potrebbe (potenzialmente) essere offerto da un punto di vista tecnico e commerciale, le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero prendere in considerazione l'auto-fornitura su tale rete per la delimitazione dei mercati e costruire un mercato teorico che comprenda l'auto-fornitura, qualora vi sia un danno per i consumatori sul mercato al dettaglio e esista una domanda potenziale di tale prodotto⁽³³⁾.

2.2. Definizione del mercato dei prodotti

33. Secondo una giurisprudenza consolidata, il mercato del prodotto rilevante comprende tutti i prodotti o servizi sufficientemente intercambiabili o sostituibili, in funzione non solo delle loro caratteristiche obiettive, dei loro prezzi e dell'uso cui sono destinati, ma anche in funzione delle condizioni di concorrenza e/o della struttura della domanda e dell'offerta nel mercato in questione⁽³⁴⁾. I prodotti o servizi che sono solo interscambiabili in misura ridotta o relativa non fanno parte dello stesso mercato⁽³⁵⁾. Le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero quindi cominciare l'esercizio di definizione del mercato del prodotto o del servizio rilevante raggruppando i prodotti o servizi che sono usati dai consumatori per lo stesso fine (uso finale).
34. Benché l'uso finale di un prodotto o servizio sia strettamente collegato alle sue caratteristiche fisiche, tipi diversi di prodotti o servizi possono essere usati per conseguire lo stesso fine.
35. La sostituibilità dei prodotti tra i diversi servizi può sorgere attraverso la crescente convergenza delle varie tecnologie, che spesso consente agli operatori di offrire pacchetti di prodotti al dettaglio simili. L'uso dei sistemi di trasmissione digitale, ad esempio, può rendere simili le prestazioni e le caratteristiche dei servizi di rete basati su tecnologie diverse.
36. Inoltre, i cosiddetti servizi «over-the-top» (OTT) o altre vie di comunicazione connesse ad Internet sono emersi come una forza concorrenziale potenziale rispetto ai servizi di comunicazione al dettaglio già esistenti. Di conseguenza, le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero valutare se tali servizi possano, su base prospettica, fornire sostituti parziali o completi ai servizi di telecomunicazione tradizionali⁽³⁶⁾.
37. Pertanto, oltre a considerare i prodotti o servizi sufficientemente intercambiabili per caratteristiche obiettive, prezzi e destinazione, le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero anche esaminare all'occorrenza le condizioni di sostituibilità prevalenti sul lato della domanda e, se del caso, dell'offerta eseguendo un test del monopolista ipotetico, o test SSNIP, per completare l'analisi di definizione del mercato.

Sostituibilità sul lato della domanda

38. La sostituibilità dal lato della domanda consente alle autorità nazionali di regolamentazione di stabilire i prodotti o la gamma di prodotti sostituibili ai quali i clienti potrebbero facilmente passare in risposta a un ipotetico aumento di prezzo relativo, modesto ma significativo e non transitorio. Nello stabilire l'esistenza di sostituibilità della domanda, le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero avvalersi di qualsiasi elemento di prova del comportamento dei clienti in passato e valutare la probabile risposta sia dei clienti che dei fornitori a tale aumento di prezzo del servizio in questione.
39. La possibilità che i clienti sostituiscano un prodotto o un servizio con un altro a causa di un incremento modesto ma significativo e non transitorio del prezzo relativo può tuttavia essere ostacolata, tra l'altro, dall'esistenza di significativi costi di riconversione. I clienti che hanno investito in una tecnologia specifica o effettuato altri investimenti necessari per ricevere un servizio o usare un prodotto possono essere riluttanti a sostenere i costi supplementari del passaggio a un servizio o prodotto altrimenti sostituibile o potrebbero trovare i costi di riconversione proibitivamente elevati. In modo analogo, può accadere che i clienti di fornitori già esistenti siano vincolati da contratti a lunga scadenza. Pertanto, quando i clienti devono affrontare notevoli costi di riconversione per sostituire il prodotto A con il prodotto B, questi due prodotti possono non appartenere allo stesso mercato rilevante.

⁽³³⁾ Nota esplicativa della raccomandazione 2014/710/UE, SWD(2014) 298, pag. 18. Causa NL/2015/1727, C(2015)3078. Cfr. anche CZ/2017/1985.

⁽³⁴⁾ Causa C-333/94 P, Tetra Pak/Commissione, EU:C:1996:436, punto 13, causa 31/80 L'Oréal, EU:C:1980:289, punto 25, causa 322/81, Michelin/Commissione, EU:C:1983:313, punto 37, causa C-62/86, AkzoChemie/Commissione, EU:C:1991:286, punto 51, causa T-504/93, Tiercé Ladbroke/Commissione, EU:T:1997:84, punto 81, T-65/96, Kish Glass/Commissione, EU:T:2000:93, punto 62, causa C-475/99, Ambulanz Glöckner e Landkreis Südwestpfalz, EU:C:2001:577, punto 33. Il test di sostituibilità o intercambiabilità sufficiente è stato stabilito per la prima volta dalla Corte di giustizia nella causa 6/72, Europemballage e Continental Can/Commissione, EU:C:1973:22, punto 32 e causa 85/76, Hoffmann La-Roche/Commissione, EU:C:1979:36, punto 23.

⁽³⁵⁾ Causa C-333/94 P, Tetra Pak/Commissione, EU:C:1996:436, punto 13, causa 66/86, Ahmed Saeed, EU:C:1989:140, punti 39 e 40, causa 27/76, United Brands/Commissione, EU:C:1978:22, punti 22, 29 e 12; Causa T-229/94, Deutsche Bahn/Commissione, EU:T:1997:155, punto 54. Nel caso di Tetra Pak, la Corte ha confermato che il fatto che la domanda di cartoni per l'imballaggio di succhi di frutta fosse marginale e costante nel tempo rispetto alla domanda di cartoni per l'imballaggio del latte dimostrava la scarsissima intercambiabilità del settore degli imballaggi per il latte rispetto alle altre bevande, idem, punti 13 e 15.

⁽³⁶⁾ Qualora non sia possibile stabilire modelli sufficienti di sostituibilità che giustifichino l'inclusione di tali servizi OTT nel mercato del prodotto rilevante, le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero tuttavia prendere in considerazione i potenziali vincoli concorrenziali esercitati da tali servizi nella fase della valutazione del significativo potere di mercato (cfr. anche le cause CZ/2017/1985 e CZ/2012/1322 e più avanti).

40. A livello di commercio al dettaglio, gli sviluppi tecnologici hanno generalmente portato a una concorrenza tra piattaforme, in quanto i servizi al dettaglio sono risultati equivalenti e sempre più intercambiabili⁽³⁷⁾. Al fine di stabilire se diverse piattaforme all'ingrosso come rame, fibra ottica e cavi debbano essere incluse in un unico mercato all'ingrosso, si dovrebbe applicare il test SSNIP. Dato il carattere prospettico dell'analisi, tale valutazione dovrebbe tener conto del fatto che i potenziali soggetti interessati all'accesso che non forniscono ancora servizi basati sull'accesso non devono prendere in considerazione i costi di riconversione quando scelgono la loro piattaforma di accesso. La valutazione dovrebbe esaminare, caso per caso, la significatività di tale ingresso, tenendo conto del fatto che la portata di un futuro ingresso è intrinsecamente difficile da prevedere. Tale analisi dovrebbe inoltre presupporre un ipotetico regime di accesso concorrenziale agevolato dalla regolamentazione, senza tener conto degli ostacoli di riconversione non obiettivamente giustificabili che possono essere stati artificialmente gonfiati dagli operatori di rete per impedire l'abbandono di una piattaforma per passare ad un'altra data piattaforma.

Sostituibilità sul lato dell'offerta

41. Al fine di valutare la portata della sostituibilità sul lato dell'offerta, le autorità nazionali di regolamentazione possono anche tener conto della probabilità che imprese non attive in quel momento nel mercato del prodotto rilevante decidano di entrare nel mercato in un breve arco di tempo, a seguito di un incremento modesto ma significativo e non transitorio del prezzo relativo. I tempi esatti da utilizzare per valutare le probabili reazioni di altri fornitori nell'eventualità che si verifichi un incremento di prezzo relativo dipenderà inevitabilmente dalle caratteristiche di ciascun mercato e dovrebbero essere stabiliti caso per caso. Nei casi in cui i costi totali del passaggio alla produzione del prodotto in questione siano relativamente trascurabili, il prodotto può essere incluso nella definizione del mercato del prodotto. Le autorità nazionali di regolamentazione dovranno stabilire se effettivamente un dato fornitore sia disposto a usare o riconvertire il proprio apparato produttivo per fabbricare il prodotto in questione o fornire il servizio pertinente (ad esempio, esaminando se abbia impegnato la propria capacità produttiva in contratti di fornitura a lungo termine ecc.).
42. Si deve tenere conto anche di eventuali requisiti giuridici o di altri vincoli normativi che potrebbero ostacolare un ingresso tempestivo nel mercato rilevante e quindi disincentivare la sostituzione sul lato dell'offerta.

Catena di sostituzione

43. I confini del mercato rilevante possono essere estesi in modo da farvi rientrare prodotti o aree geografiche che, anche se non direttamente sostituibili, dovrebbero essere inclusi nella definizione del mercato in considerazione della catena di sostituzione⁽³⁸⁾. La catena di sostituzione si verifica quando è possibile dimostrare che anche se i prodotti A e C non sono direttamente sostituibili, il prodotto B è un sostituto sia del prodotto A che del prodotto C e che quindi i prodotti A e C possono fare parte dello stesso mercato del prodotto, dato che la fissazione dei loro prezzi può dipendere dalla sostituibilità con il prodotto B. Lo stesso ragionamento vale anche per la definizione del mercato geografico. Dato il rischio insito nell'ampliare indebitamente la dimensione del mercato rilevante i casi di catena di sostituzione dovrebbero essere adeguatamente giustificati⁽³⁹⁾.
44. Se i prezzi delle generazioni precedenti o attuali di tecnologie possono limitare i prezzi per le generazioni future, è probabile che esista una catena di sostituzione che giustifichi il raggruppamento di tutte le generazioni di tecnologie nello stesso mercato rilevante del prodotto. Poiché tali vincoli di prezzo saranno normalmente osservabili per generazioni diverse di tecnologie, essi sono generalmente considerati come appartenenti allo stesso mercato.
45. Una volta che la maggior parte dei clienti abbia optato per un'infrastruttura a più alte prestazioni, un gruppo di utenti potrebbe ancora utilizzare la tecnologia *legacy* (ossia di vecchia generazione). In questo caso le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero adottare un approccio normativo che non perpetui indebitamente il ciclo della cattività definendo mercati eccessivamente ristretti.

2.3. Definizione del mercato geografico

46. Una volta individuato il mercato del prodotto rilevante, il passo successivo consiste nel definirne la dimensione geografica. Solo dopo aver definito la dimensione geografica del mercato del prodotto o del servizio, un'autorità nazionale di regolamentazione potrà valutare correttamente le condizioni di concorrenza su questo mercato.
47. Il processo di delimitazione dei mercati geografici segue gli stessi principi illustrati nella sezione precedente in relazione alla valutazione della sostituzione dal lato della domanda e dell'offerta in risposta a un aumento di prezzo relativo.

⁽³⁷⁾ Sebbene abbiano rilevato in genere che i servizi al dettaglio forniti attraverso le reti fisse si trovino nello stesso mercato al dettaglio indipendentemente dalla piattaforma di trasmissione sottostante (vale a dire, indipendentemente dal fatto che il servizio al dettaglio sia fornito tramite cavo coassiale, fibra ottica o rame), le autorità nazionali di regolamentazione hanno osservato in generale che i servizi al dettaglio forniti attraverso le reti fisse e mobili si trovano in mercati separati.

⁽³⁸⁾ Cfr. la Comunicazione del 1997 sulla definizione del mercato, punti 57 e 58. Ad esempio, potrebbe aversi sostituibilità a catena nel caso in cui un'impresa che fornisce servizi a livello nazionale vincoli i prezzi praticati dalle imprese che erogano servizi in mercati geografici distinti. Ciò può avvenire nei casi in cui i prezzi praticati dalle imprese che forniscono reti via cavo in determinate zone siano vincolati da un'impresa dominante che opera su scala nazionale. Cfr. anche: causa COMP/M.1628 - TotalFina/Elf, punto 188.

⁽³⁹⁾ Le prove dovrebbero dimostrare una chiara interdipendenza dei prezzi agli estremi della catena. Il grado di sostituibilità tra i prodotti o le aree geografiche in questione dovrebbe essere sufficientemente elevato.

48. Secondo una giurisprudenza consolidata, il mercato geografico rilevante comprende un'area in cui le imprese interessate sono attive nell'offerta e domanda dei prodotti o servizi in questione, in cui le condizioni della concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere distinta dalle aree adiacenti, in cui le condizioni prevalenti della concorrenza sono significativamente diverse⁽⁴⁰⁾. I settori in cui le condizioni di concorrenza sono eterogenee non costituiscono un mercato uniforme⁽⁴¹⁾.
49. Per quanto riguarda la scelta dell'unità geografica a partire dalla quale un'autorità nazionale di regolamentazione dovrebbe iniziare la sua valutazione, la Commissione ha spesso affermato⁽⁴²⁾ che le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero garantire che tali unità: a) abbiano dimensioni adeguate, vale a dire siano abbastanza piccole da evitare variazioni significative delle condizioni concorrenziali all'interno di ciascuna unità, ma abbastanza grandi da evitare una microanalisi ad alta intensità di risorse ed onerosa che potrebbe portare alla frammentazione del mercato, b) siano in grado di riflettere la struttura della rete di tutti gli operatori interessati, e c) abbiano confini chiari e stabili nel tempo.
50. Se si riscontrano differenze regionali, ma non sono considerate sufficienti per giustificare mercati geografici diversi o constatazioni di significativo potere di mercato, le autorità nazionali di regolamentazione possono adottare misure correttive differenziate dal punto di vista geografico⁽⁴³⁾. La stabilità della differenziazione – in particolare la misura in cui il confine dell'area competitiva può essere chiaramente individuato e rimane costante nel tempo – è la chiave per distinguere tra una segmentazione geografica a livello di definizione del mercato e una segmentazione correttiva.
51. Nel settore delle comunicazioni elettroniche la dimensione geografica del mercato rilevante viene determinata tradizionalmente in base a due criteri principali⁽⁴⁴⁾:
- a) l'area coperta da una rete⁽⁴⁵⁾; nonché
 - b) l'esistenza di strumenti giuridici e di altri strumenti normativi⁽⁴⁶⁾.

3. VALUTAZIONE DEL SIGNIFICATIVO POTERE DI MERCATO

52. Ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 2, della direttiva 2002/21/CE, si presume che un'impresa disponga di un significativo potere di mercato se, individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione equivalente ad una posizione dominante ossia una posizione di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e dai consumatori⁽⁴⁷⁾.

3.1. Significativo potere di mercato individuale

53. Il significativo potere di mercato individuale si basa su una serie di criteri la cui valutazione, alla luce dei requisiti specificati all'articolo 16 della direttiva 2002/21/CE di cui al punto 13 dei presenti orientamenti, è illustrata qui di seguito.
54. Quando si considera il potere di mercato di un'impresa, è importante considerare la quota di mercato della stessa⁽⁴⁸⁾ e dei suoi concorrenti, nonché i vincoli esercitati a medio termine dai concorrenti potenziali. Le quote di mercato possono fornire alle autorità nazionali di regolamentazione una prima indicazione utile della struttura del mercato e dell'importanza relativa dei vari operatori attivi sul mercato. La Commissione interpreterà tuttavia le quote di mercato alla luce delle condizioni di mercato rilevanti, in particolare delle dinamiche del mercato e della misura in cui i prodotti sono differenziati⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁰⁾ Causa United Brands, citata, punto 44, causa Michelin, citata, punto 26; causa 247/86, Alsatel/Novasam, EU:C:1988:469, punto 15; Causa Tiercé Ladbroke/Commissione, citata, punto 102.

⁽⁴¹⁾ Causa Deutsche Bahn/Commissione, citata, punto 92. Causa T-139/98 AAMS/Commissione, EU:T:2001:272, punto 39.

⁽⁴²⁾ Cfr. ad esempio la sezione 2.5 della nota esplicativa che accompagna la raccomandazione 2014/710/UE, SWD(2014) 298.

⁽⁴³⁾ Nota esplicativa della raccomandazione 2014/710/UE, SWD(2014)298, pag. 14. Cfr. anche CZ/2012/1322.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. ad esempio causa IV/M.1025 Mannesmann/Olivetti/Infostrada, punto 17, e causa COMP/JV.23, Telefónica Portugal Telecom/Médi Telecom.

⁽⁴⁵⁾ In pratica, quest'area corrisponderà ai limiti dell'area in cui un operatore è autorizzato a operare. Nella causa COMP/M.1650 - ACEA/Telefónica, punto 16, la Commissione ha constatato che, poiché la joint venture notificata avrebbe avuto una licenza circoscritta alla zona di Roma, il mercato geografico si poteva definire locale.

⁽⁴⁶⁾ Ad esempio, gli operatori di telefonia mobile possono fornire servizi mobili solo nelle aree geografiche per le quali hanno ottenuto autorizzazioni per l'uso dello spettro radio, contribuendo in tal modo alla dimensione geografica dei mercati rilevanti; cfr. causa IV/M.1439, Telia/Telenor, punto 124, causa IV/M.1430, Vodafone/Airtouch, punti 13-17, causa COMP/JV.17, Mannesmann/Bell Atlantic/Omnitel, punto 15.

⁽⁴⁷⁾ Questa definizione coincide con la definizione data dalla giurisprudenza al concetto di posizione dominante di cui all'articolo 102 del trattato. Cfr. causa United Brands, citata, punto 65; causa Hoffmann-La Roche/Commissione, citata, punto 38.

⁽⁴⁸⁾ In termini di valore, volume, linee di connessione, numero di abbonati, a seconda del mercato.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. punto 13 della comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti.

55. In base a una giurisprudenza consolidata, la detenzione di quote di mercato estremamente elevate – superiori al 50 % – da parte di un'impresa per un certo tempo è di per sé, salvo situazioni eccezionali, una prova dell'esistenza di una posizione dominante ⁽⁵⁰⁾. L'esperienza indica che quanto più elevata è la quota di mercato e quanto più lungo il periodo di tempo in cui viene detenuta, tanto più è probabile che costituisca un'importante indicazione preliminare del significativo potere di mercato ⁽⁵¹⁾.
56. Tuttavia, anche un'impresa con una quota di mercato elevata può non essere in grado di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai clienti con sufficiente forza contrattuale ⁽⁵²⁾. Inoltre, la graduale erosione della quota di mercato di un'impresa con una forte posizione nel mercato potrebbe indicare un'intensificazione della concorrenza, ma non esclude la possibilità che si riscontri un significativo potere di mercato. La significativa fluttuazione delle quote di mercato nel tempo potrebbe indicare l'assenza di potere di mercato nel mercato rilevante. La capacità di un nuovo operatore di aumentare rapidamente la propria quota di mercato può anche riflettere il fatto che il mercato rilevante in questione sia più competitivo e che le barriere in ingresso ⁽⁵³⁾ possano essere superate entro un lasso di tempo ragionevole ⁽⁵⁴⁾.
57. Se la quota di mercato è elevata ⁽⁵⁵⁾, ma inferiore alla soglia del 50 %, le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero basarsi su altre caratteristiche strutturali fondamentali del mercato per valutare il significativo potere di mercato. Esse dovrebbero effettuare una valutazione strutturale approfondita delle caratteristiche economiche del mercato rilevante prima di trarre qualsivoglia conclusione circa l'esistenza di un significativo potere di mercato.
58. I seguenti criteri non esaustivi sono pertinenti per misurare il potere di mercato di un'impresa di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e dai consumatori ⁽⁵⁶⁾:
- ostacoli all'accesso,
 - ostacoli all'espansione,
 - dimensione assoluta e relativa dell'impresa,
 - controllo di infrastrutture difficili da duplicare,
 - vantaggi o superiorità tecnologica e commerciale,
 - mancanza o insufficienza di contropotere da parte degli acquirenti,
 - accesso facile o privilegiato ai mercati finanziari/alle risorse finanziarie,
 - diversificazione dei prodotti/servizi (ad esempio offerta di servizi o prodotti aggregati),
 - economie di scala,
 - economie di diversificazione,
 - effetti diretti e indiretti della rete ⁽⁵⁷⁾,

⁽⁵⁰⁾ Causa AKZO Chemie/Commissione, citata, punto 60; causa T-228/97, Irish Sugar/Commissione, EU:T:1999:246, punto 70, causa Hoffmann-La Roche/Commissione, citata, punto 41, causa AAMS ed altri/Commissione, citata, punto 51. Tuttavia, una quota di mercato consistente può fungere da indicatore accurato soltanto se si presuppone che i concorrenti non siano in grado di aumentare la produzione di un volume sufficiente a soddisfare la domanda in evoluzione derivante dall'aumento del prezzo praticato da un concorrente. Causa Irish Sugar/Commissione, citata, punti da 97 a 104.

⁽⁵¹⁾ Cfr. punto 15 della comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti.

⁽⁵²⁾ Cfr. punto 18 della comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti.

⁽⁵³⁾ Gli ostacoli all'ingresso in questo settore possono essere di natura strutturale, giuridica o regolamentare. Le barriere strutturali all'ingresso sul mercato derivano da condizioni iniziali di costo o di domanda che creano condizioni asimmetriche tra gli operatori storici e i nuovi operatori, ostacolando o impedendo l'ingresso sul mercato di questi ultimi. Gli ostacoli giuridici o regolamentari non sono basati su condizioni economiche, ma derivano da misure legislative, amministrative o di altro tipo che hanno un effetto diretto sulle condizioni di accesso e/o sul posizionamento degli operatori nel mercato rilevante. Cfr. raccomandazione 2014/710/UE della Commissione.

⁽⁵⁴⁾ Causa COMP/M.5532 - Carphone Warehouse/Tiscali UK.

⁽⁵⁵⁾ In base all'esperienza della Commissione è improbabile che un'impresa goda di una posizione dominante se la sua quota di mercato è inferiore al 40 % sul mercato rilevante. Possono esistere tuttavia casi specifici al di sotto di tale soglia in cui i concorrenti non sono nella posizione di limitare in modo effettivo il comportamento di un'impresa dominante. Cfr. causa United Brands, citata, e caso COMP/M.1741 - MCI WorldCom/Sprint.

⁽⁵⁶⁾ Cause NL/2017/1958-59 e NL/2017/1960. Cfr. causa PT/2017/2023.

⁽⁵⁷⁾ Gli effetti diretti sulla rete si hanno quando il valore di un bene o servizio per un consumatore deriva da un maggiore uso di tale bene o servizio da parte di altri. Gli effetti indiretti sulla rete si hanno quando tale aumento di valore deriva da un maggiore uso di un bene o servizio complementare.

- integrazione verticale,
- una rete di distribuzione e vendita molto sviluppata,
- la conclusione di accordi di accesso sostenibili e a lungo termine,
- l'avvio di relazioni contrattuali con altri operatori del mercato che potrebbero portare alla chiusura del mercato ⁽⁵⁸⁾,
- mancanza di concorrenza potenziale.

Se considerati separatamente, i criteri di cui sopra possono non essere necessariamente determinanti ai fini dell'accertamento di un significativo potere di mercato. Tale accertamento deve basarsi su una combinazione di fattori.

59. Il riscontro di un significativo potere di mercato dipende inoltre dalla valutazione della facilità d'accesso al mercato. Nel settore delle comunicazioni elettroniche, gli ostacoli all'accesso al mercato sono spesso elevati a causa, in particolare, dell'esistenza di ostacoli tecnologici quali la scarsità di spettro, che può limitare lo quantità di spettro disponibile, o qualora l'accesso al mercato rilevante richieda ingenti investimenti infrastrutturali e la programmazione delle capacità su un lungo periodo di tempo per essere redditizio ⁽⁵⁹⁾.
60. Tuttavia, i forti ostacoli all'accesso al mercato possono diventare meno rilevanti nei mercati caratterizzati da continui progressi tecnologici, in particolare a causa dell'emergere di nuove tecnologie che consentono ai nuovi operatori di fornire servizi qualitativamente diversi che possono competere con quelli dell'operatore con il significativo potere di mercato ⁽⁶⁰⁾. Nei mercati delle comunicazioni elettroniche, i vincoli alla concorrenza possono derivare dalle minacce innovative ad opera di concorrenti potenziali momentaneamente non ancora presenti sul mercato.
61. Le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero pertanto tenere conto della probabilità che imprese non attualmente operanti nel mercato del prodotto rilevante decidano, a medio termine, di entrare nel mercato. Le imprese che, in caso di un incremento di prezzo, sono in grado di cambiare o ampliare la loro gamma di prodotti/servizi e di entrare nel mercato dovrebbero essere considerate dalle autorità nazionali di regolamentazione come potenziali operatori di mercato, anche se per il momento non producono o non offrono ancora il prodotto o il servizio in questione.
62. L'ingresso sul mercato è più probabile quando potenziali nuovi operatori sono già presenti in mercati contigui ⁽⁶¹⁾ o forniscono servizi rilevanti per fornire o i servizi al dettaglio in questione o competere con essi ⁽⁶²⁾. La capacità di raggiungere la scala operativa minima efficiente in termini di costi può essere fondamentale per determinare se l'accesso al mercato è probabile e sostenibile ⁽⁶³⁾.
63. Le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero inoltre tenere attentamente conto delle economie di scala e di diversificazione, degli effetti della rete, dell'importanza dell'accesso a risorse scarse e dei costi irrecuperabili connessi all'installazione della rete.
64. Le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero altresì valutare se il potere di mercato di un operatore storico possa essere limitato (a livello di prezzo) da prodotti o servizi provenienti dall'esterno del mercato rilevante e dei mercati al dettaglio sottostanti, come i soggetti OTT che operano sulla base della fornitura di servizi di comunicazione online. Pertanto, anche se un'autorità nazionale di regolamentazione ha ritenuto che i vincoli che derivano da tali prodotti e servizi al dettaglio non siano sufficientemente forti perché il mercato al dettaglio sia effettivamente concorrenziale o che non siano sufficientemente forti da costituire un vincolo indiretto per la fornitura di servizi all'ingrosso (ai fini della definizione del mercato all'ingrosso), i vincoli potenziali dovrebbero comunque essere valutati nella fase di valutazione del significativo potere di mercato ⁽⁶⁴⁾. Dal momento che attualmente i fornitori di servizi OTT non forniscono essi stessi servizi di accesso, non esercitano una pressione competitiva sui mercati di accesso.

⁽⁵⁸⁾ In particolare, gli accordi di roaming, gli accordi di condivisione della rete e gli accordi di co-investimento non aperti a terzi che potrebbero, tra l'altro, eliminare un partner commerciale indipendente con il quale l'operatore più piccolo può trattare. Cfr. causa COMP/M.7612 - Hutchinson 3G UK/Telefónica UK.

⁽⁵⁹⁾ Hoffmann-La Roche/Commissione, citata, punto 48. I tipi più importanti di ostacoli all'accesso sono le economie di scala e gli investimenti non recuperabili. Tali ostacoli sono particolarmente pertinenti nel settore delle comunicazioni elettroniche, alla luce dei sostanziosi investimenti necessari per creare, ad esempio, una rete di comunicazioni elettroniche efficiente per la fornitura di servizi di accesso; è inoltre probabile che un nuovo operatore che decida di uscire dal mercato riesca a recuperare molto poco.

⁽⁶⁰⁾ Causa COMP/M.5532 - Carphone Warehouse/Tiscali UK, causa COMP/M.7018 - Telefónica Deutschland/E-Plus e causa COMP/M.7612 - Hutchinson 3G UK/Telefónica UK.

⁽⁶¹⁾ Causa COMP/M.1564 - Astrolink JV.

⁽⁶²⁾ Causa COMP/M.1564 - Astrolink JV.

⁽⁶³⁾ Causa COMP/M.1741 - MCI WorldCom/Sprint.

⁽⁶⁴⁾ Causa FR/2014/1670.

3.2. Significativo potere di mercato collettivo

65. La definizione di ciò che costituisce una posizione dominante collettiva nel diritto in materia di concorrenza è fornita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e si è evoluta nel tempo. Il concetto di significativo potere di mercato collettivo deve essere ottenuto sulla stessa base. Una posizione dominante può essere detenuta da più imprese, giuridicamente ed economicamente indipendenti l'una dall'altra, a condizione che, da un punto di vista economico, si presentino o agiscano congiuntamente su un determinato mercato come entità collettiva⁽⁶⁵⁾. Nella causa *Gencor*⁽⁶⁶⁾, la Corte ha esaminato in che modo le opportune caratteristiche del mercato potessero portare a un rapporto di interdipendenza tra le parti che consentisse loro di anticipare i loro reciproci comportamenti. Come affermato chiaramente in *Airtours*⁽⁶⁷⁾, l'esistenza di un accordo o di altri legami giuridici non è indispensabile per constatare l'esistenza di una posizione dominante collettiva. Tale accertamento potrebbe risultare da altri fattori di correlazione e dipenderebbe da una valutazione economica, e in particolare da una valutazione della struttura del mercato⁽⁶⁸⁾.
66. Esiste una posizione dominante collettiva se, tenuto conto delle reali caratteristiche del mercato rilevante, ciascun membro dell'oligopolio dominante in questione, nel momento in cui viene a conoscenza di interessi comuni, ritiene possibile, economicamente razionale e quindi preferibile adottare, su base duratura, una politica comune di comportamento sul mercato al fine di vendere a prezzi superiori a quelli concorrenziali, senza dover concludere un accordo o ricorrere ad una pratica concordata ai sensi dell'articolo 101 del trattato e senza che alcun concorrente effettivo o potenziale, cliente o consumatore possa intervenire efficacemente⁽⁶⁹⁾.
67. Il Tribunale ha dichiarato nella causa *Airtours* che sono necessarie tre condizioni cumulative per constatare l'esistenza di una posizione dominante collettiva quale definita⁽⁷⁰⁾:
- in primo luogo, ciascun membro dell'oligopolio dominante deve avere la capacità di sapere come si comportano gli altri membri per controllare se stanno adottando o meno una politica comune; non è sufficiente che ciascun membro dell'oligopolio dominante sia consapevole del fatto che un comportamento di mercato interdipendente è redditizio per tutti, ma ogni membro deve anche disporre di mezzi per sapere se gli altri operatori adottano la stessa strategia e se la mantengono; occorre pertanto una sufficiente trasparenza del mercato affinché tutti i membri dell'oligopolio dominante siano consapevoli, con sufficiente precisione e rapidità, dell'evoluzione del comportamento di mercato degli altri membri,
 - in secondo luogo, la situazione di coordinamento tacito deve essere sostenibile nel tempo, vale a dire deve esserci un incentivo a non discostarsi dalla politica comune nel mercato; solo se tutti i membri dell'oligopolio dominante mantengono il comportamento parallelo, tutti possono trarne beneficio; la nozione di ritorsione per comportamenti che si discostano dalla politica comune è quindi inerente a questa condizione; affinché una situazione di posizione dominante collettiva sia sostenibile, è necessario disporre di adeguati deterrenti per garantire che vi sia un incentivo a lungo termine a non discostarsi dalla politica comune, il che significa che ogni membro dell'oligopolio dominante deve essere consapevole del fatto che un'azione altamente competitiva da parte sua, volta ad aumentare la propria quota di mercato, provocherebbe azioni identiche da parte di altri, cosicché non trarrebbe alcun vantaggio dalla sua iniziativa,
 - in terzo luogo, per dimostrare l'esistenza di una posizione dominante conforme al livello giuridico richiesto, occorre anche stabilire che la prevedibile reazione dei concorrenti attuali e futuri, nonché dei clienti, non comprometta i risultati attesi dalla politica comune.
68. Nella causa *Impala II*⁽⁷¹⁾, la Corte di giustizia ha confermato che tali criteri individuano le condizioni in presenza delle quali è più probabile che emerga un coordinamento tacito. Secondo la Corte di giustizia, tale collusione tacita è più probabile se i concorrenti possono facilmente giungere a una percezione comune del funzionamento del coordinamento e, in particolare, dei parametri che si prestano a essere un punto focale⁽⁷²⁾ del coordinamento proposto. Al tempo stesso, ha indicato la necessità di evitare un approccio meccanico che comporti la verifica separata di ciascuno di tali criteri considerati isolatamente, senza tener conto del meccanismo economico globale di un ipotetico coordinamento tacito⁽⁷³⁾. Le caratteristiche del mercato devono essere valutate con riferimento a tale meccanismo di coordinamento ipotetico.

⁽⁶⁵⁾ Causa C-395/96 P, *Compagnie Maritimes Belge*, EU:C:2000:132, punti 35-36.

⁽⁶⁶⁾ Causa T-102/96, *Gencor Ltd/Commissione*, EU:T:1999:65, punto 163.

⁽⁶⁷⁾ Causa T-342/99, *Airtours plc/Commissione*, EU:T:2002:146.

⁽⁶⁸⁾ *Compagnie Maritimes Belge*, punto 45.

⁽⁶⁹⁾ Causa T-342/99, *Airtours plc/Commissione*, EU:T:2002:146, punto 61. Causa C-413/06, *Impala II*, EU:C:2008:392, punto 122.

⁽⁷⁰⁾ *Ibidem*, punto 62.

⁽⁷¹⁾ *Impala II*, punto 123.

⁽⁷²⁾ Ciò è inteso come la tacita comprensione delle condizioni del coordinamento tra le imprese che detengono congiuntamente una posizione dominante, soluzione che gli operatori tacitamente collusivi tenderanno ad adottare nelle specifiche circostanze di mercato e che richiede la trasparenza del mercato per imporsi. Cfr. punto 123 della sentenza *Impala II*.

⁽⁷³⁾ *Ibidem*, punto 125.

69. In questo contesto, nel determinare se due o più imprese in un mercato rilevante abbiano un significativo potere di mercato collettivo, al fine di determinare se imporre loro obblighi regolamentari ex ante, le autorità nazionali di regolamentazione devono effettuare un'analisi dei probabili sviluppi durante il successivo periodo di riesame⁽⁷⁴⁾. Esse devono valutare se, alla luce di tutte le considerazioni, le condizioni di mercato possano favorire un meccanismo di tacito coordinamento, sulla base del test economico stabilito dalla Corte. Come indicato al considerando 26 della direttiva 2002/21/CE, si può ritenere che due o più imprese godano di una posizione dominante non solo quando esistono legami strutturali o di altro tipo tra loro, ma anche quando la struttura del mercato rilevante favorisce effetti coordinati.
70. Un'analisi prospettica deve considerare gli sviluppi di mercato previsti o prevedibili nel corso del successivo periodo di riesame per stabilire se la collusione tacita sia il probabile risultato di mercato. La probabilità che gli elementi del test economico definiti dalla Corte siano soddisfatti deve essere stabilita tenendo conto delle strutture di mercato e di ogni prova disponibile di un comportamento di mercato che favorisca lo sviluppo dell'ipotetico meccanismo di coordinamento e il raggiungimento di un equilibrio tacitamente collusivo. Un meccanismo presunto deve essere analizzato in quanto parte di una teoria plausibile di coordinamento tacito⁽⁷⁵⁾, comprese le considerazioni relative alle prove e ai dati disponibili, nonché le considerazioni ipotetiche. Come si può dedurre dalla giurisprudenza citata, occorre evitare un approccio basato su liste di controllo.
71. Analogamente agli orientamenti della Commissione sulle concentrazioni orizzontali⁽⁷⁶⁾, in un'analisi prospettica devono essere prese in considerazione tutte le informazioni pertinenti disponibili sulle caratteristiche dei mercati interessati, comprese sia le caratteristiche strutturali che il comportamento passato dei partecipanti al mercato.
72. In un contesto economico meno complesso e più stabile è generalmente più facile raggiungere un'intesa comune su un comportamento coordinato. Dato che il coordinamento è generalmente più semplice tra un numero minore di operatori, sembrerebbe opportuno esaminare in particolare il numero di partecipanti al mercato. Inoltre, può essere più facile raggiungere un'intesa comune sui termini del coordinamento se si osserva una simmetria relativa, soprattutto in termini di struttura dei costi, quote di mercato, livelli di capacità compresa la copertura, livelli di integrazione verticale e capacità di replicare pacchetti.
73. La trasparenza dei prezzi può essere più facilmente ipotizzata per i mercati al dettaglio di massa e l'omogeneità dei prodotti può aumentare il livello di trasparenza, ma anche la complessità dei prodotti e delle tariffe al dettaglio può essere ridotta stabilendo norme più semplici in materia di prezzi, come l'individuazione di un numero limitato di prodotti di riferimento di punta. Nei mercati delle comunicazioni elettroniche caratterizzati da una penetrazione quasi completa delle comunicazioni mobili e fisse, la volatilità della domanda tende ad essere bassa e i nuovi clienti possono essere acquisiti solo da altri operatori del mercato, aumentando così la trasparenza in relazione alle quote di mercato⁽⁷⁷⁾.
74. Nell'elaborare una previsione dei dati attuali e degli sviluppi futuri più probabili, le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero procedere in tal senso nell'ambito di un approccio Greenfield modificato, come indicato al punto 17, in base al quale sono esclusi dalla valutazione gli effetti di qualsiasi regolamentazione basata sul significativo potere di mercato esistente⁽⁷⁸⁾.
75. Il tipo di elementi di prova a disposizione delle autorità nazionali di regolamentazione nei mercati regolamentati al momento dell'analisi sarà diverso da quello disponibile nei mercati non regolamentati. Le autorità nazionali di regolamentazione potrebbero tuttavia essere ancora in grado di fornire elementi di prova sulla struttura e sul comportamento del mercato, ad esempio nei casi in cui la regolamentazione in vigore potrebbe non aver evitato pienamente alle carenze osservate sul mercato. Ciò non significa che il livello di prova debba essere inferiore, né che il meccanismo di coordinamento tacito ipotizzato debba essere diverso.
76. Alla luce del punto 15, quando valutano la presenza di un significativo potere di mercato collettivo per determinare se imporre o meno una regolamentazione ex ante, le autorità nazionali di regolamentazione possono dunque tenere conto di tutte le circostanze di mercato per stabilire che un comportamento collusivo tacito può verosimilmente emergere come esito del mercato, in assenza di una regolamentazione ex ante, se i) tali circostanze sono coerenti con l'economia della teoria della collusione tacita avanzata dall'autorità nazionale di regolamentazione e se ii), una volta valutate, esse sono considerate pertinenti per spiegare che il mercato è favorevole all'eventuale comportamento tacito collusivo descritto, sulla base di un'analisi integrata basata sui criteri esposti nella causa *Airtours* e successivamente confermati e ulteriormente chiariti nelle *cause Impala*.

⁽⁷⁴⁾ Ibidem, punto 123.

⁽⁷⁵⁾ Ibidem, punto 130.

⁽⁷⁶⁾ Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU C 31 del 5.2.2004, pag. 5).

⁽⁷⁷⁾ Nel contesto della concentrazione, queste considerazioni sono state discusse approfonditamente in relazione al mercato delle comunicazioni elettroniche, ad esempio nella causa COMP M.7758 - HUTCHISON 3G ITALY/WIND/JV.

⁽⁷⁸⁾ Si veda il caso SI/2009/0913, in cui la Commissione ha chiarito che questo approccio è idoneo a valutare la capacità di un mercato di favorire una collusione tacita in presenza di una regolamentazione esistente sulla base del significativo potere di mercato individuale, affermando che ciò che conta in tale contesto è la situazione che prevarrebbe in assenza degli obblighi regolamentari imposti a Mobitel nello specifico mercato in questione (approccio Greenfield modificato).

77. L'analisi del significativo potere di mercato collettivo deve tener conto delle specificità del settore delle comunicazioni elettroniche, in particolare del fatto che, a causa dei legami che tipicamente esistono tra i mercati all'ingrosso e al dettaglio, il meccanismo economico della collusione tacita non si limita al livello all'ingrosso, ma dovrebbe essere valutato tenendo conto dell'interazione di entrambi i livelli. A tale riguardo, si possono individuare i punti focali a livello del commercio al dettaglio o all'ingrosso, e le ritorsioni possono manifestarsi in seno ai mercati all'ingrosso e ai mercati al dettaglio a valle funzionalmente collegati, nonché ai mercati al dettaglio connessi o anche al di fuori di tali mercati, se gli oligopolisti vi sono presenti e vi interagiscono.
78. Come la Corte di giustizia ha affermato nella causa *Impala II*, oltre alla trasparenza del mercato, una struttura di mercato che favorisca la collusione tacita può anche essere caratterizzata dalla concentrazione del mercato e dall'omogeneità del prodotto⁽⁷⁹⁾. Altre caratteristiche suscettibili di condurre alla stessa conclusione possono essere estrapolate dalla giurisprudenza o da precedenti decisioni regolamentari. Un elenco non esaustivo delle caratteristiche di mercato che le autorità nazionali di regolamentazione possono prendere in considerazione nella loro valutazione caso per caso è costituito, a titolo di esempio, da quote di mercato, elasticità della domanda, integrazione verticale, compatibilità dei costi e della produzione, copertura globale della rete, livelli di redditività e ricavi medi per utente (ARPU), simmetria relativa dell'operatore e relativa somiglianza delle operazioni al dettaglio. Non viene tuttavia proposto un elenco esaustivo. Inoltre, la pertinenza di tali parametri dovrebbe essere stabilita e valutata caso per caso, prendendo in considerazione le circostanze nazionali. Se le autorità nazionali di regolamentazione desiderano utilizzare parametri ispirati alle pratiche di concorrenza ex post o all'esame delle concentrazioni, dovrebbero farlo tenendo conto delle specificità della regolamentazione ex ante nel settore delle comunicazioni elettroniche⁽⁸⁰⁾, allo scopo di stabilire, nelle circostanze specifiche, se le caratteristiche del mercato rilevante siano tali che ciascun membro dell'oligopolio dominante ritenga possibile, economicamente razionale e quindi preferibile adottare, in modo duraturo, una politica comune per il loro comportamento di mercato⁽⁸¹⁾.

Trasparenza

79. Sulla base degli orientamenti di cui ai punti 72, 73 e 77, il punto di partenza per trovare un significativo potere di mercato collettivo è stabilire una politica comune sulla quale basare il comportamento futuro.
80. Nel valutare se un mercato sia sufficientemente trasparente da consentire un coordinamento tacito, occorre esaminare se gli operatori del mercato siano fortemente incentivati a convergere verso un risultato di mercato coordinato identificabile e ad astenersi dal ricorrere a comportamenti concorrenziali. Questa situazione si verifica nel caso in cui i vantaggi a lungo termine di condotte anticoncorrenziali superino i vantaggi a breve termine prodotti da una strategia concorrenziale. Come indicato al punto 78, l'attuazione e il mantenimento di un coordinamento tacito sono agevolati da determinate caratteristiche del mercato, che possono rendere uno specifico mercato più incline al coordinamento.
81. Nelle circostanze specifiche delle comunicazioni elettroniche, che presentano notevoli ostacoli all'accesso al mercato ed elevati costi non recuperabili, i nuovi arrivati sono incentivati ad aumentare la loro quota di mercato per garantire il recupero dei costi. D'altro canto, la simmetria delle quote di mercato non è necessaria per incentivare la collusione tacita, purché sia stata raggiunta una scala minima⁽⁸²⁾ o siano comparabili le strutture dei costi⁽⁸³⁾.
82. Nel contesto della valutazione dell'esistenza di un potere di mercato collettivo significativo e fatti salvi i criteri di cui al precedente punto 67, uno stretto allineamento dei prezzi su un lungo periodo di tempo, soprattutto se i prezzi sono superiori al livello concorrenziale, insieme ad altri fattori tipici di una posizione dominante collettiva, potrebbe, in assenza di una spiegazione alternativa ragionevole, essere sufficiente a dimostrare l'esistenza di una posizione dominante collettiva, anche se non vi sono prove dirette di una forte trasparenza del mercato, in quanto tale trasparenza può essere presunta in tali circostanze⁽⁸⁴⁾. L'indagine su tali circostanze deve essere condotta con cautela e, soprattutto, deve adottare un approccio basato sull'analisi di strategie di coordinamento plausibili che possono esistere nelle circostanze⁽⁸⁵⁾. In particolare, ai fini della regolamentazione ex ante nel settore delle comunicazioni elettroniche, la constatazione di un coordinamento preesistente come descritto sopra non è una condizione necessaria, ma può essere rilevante in particolare se le caratteristiche del mercato non hanno subito modifiche sensibili e/o se è improbabile che ne subiscano nel successivo periodo di riesame.

⁽⁷⁹⁾ *Impala II*, punto 121.

⁽⁸⁰⁾ La valutazione ai fini della regolamentazione ex ante richiede un quadro specifico di analisi in alcuni aspetti, quali la citata necessità di non tener conto della regolamentazione attualmente in vigore, la necessità di tener conto di un calendario regolamentare specifico o la mancanza di uno specifico controfattuale binario presente in un'analisi delle concentrazioni.

⁽⁸¹⁾ *Airtours plc/Commissione*, citata, punto 61; Causa C-413/06, *Impala II*, EU:C:2008:392, punto 122.

⁽⁸²⁾ Ciò deve essere valutato alla luce delle circostanze nazionali e del mercato rilevante in questione, tenendo conto della necessità di promuovere un accesso efficiente. Cfr. ad esempio l'allegato della raccomandazione 2009/396/CE della Commissione, del 7 maggio 2009, sulla regolamentazione delle tariffe di terminazione su reti fisse e mobili nella UE (GU L 124 del 20.5.2009, pag. 67).

⁽⁸³⁾ Causa ES/2005/0330.

⁽⁸⁴⁾ Causa T-464/04, *Impala I*, EU:C:2006:216, punto 252.

⁽⁸⁵⁾ *Impala II*, punto 129.

83. Laddove il comportamento passato può contribuire alla valutazione prospettica operata dall'autorità nazionale di regolamentazione sulle probabili dinamiche del mercato nel successivo periodo di riesame, le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero essere consapevoli del fatto che, anche in presenza di una regolamentazione, la mera imposizione di prodotti di accesso al mercato all'ingrosso controllati sotto il profilo del prezzo potrebbe non essere una spiegazione sufficiente di un allineamento dei prezzi osservato su un lungo periodo a livello di vendita al dettaglio. Tale allineamento, in assenza di una spiegazione alternativa ragionevole, può essere indice di un comportamento collusivo tacito, se sono presenti altri fattori tipici di una posizione dominante collettiva. Spiegazioni alternative ragionevoli, oltre agli obblighi di regolamentazione che fissano i livelli dei prezzi, possono essere, ad esempio, di natura economica, se i livelli dei prezzi possono essere giustificati in considerazione delle strutture dei costi in un mercato concorrenziale.
84. Inoltre, ai fini della valutazione del criterio di trasparenza, nelle circostanze specifiche della regolamentazione ex ante dei mercati delle comunicazioni elettroniche, in cui le barriere all'accesso per i nuovi operatori sono generalmente elevate, il rifiuto da parte dei proprietari della rete di fornire l'accesso al mercato all'ingrosso a condizioni ragionevoli può costituire un potenziale punto focale di una politica comune adottata dai membri di un oligopolio. Tale rifiuto da parte degli operatori di rete può quindi indicare l'esistenza di una politica comune, che viene presa in considerazione insieme ad altri fattori nell'analisi del significativo potere di mercato collettivo. Un punto focale basato sul rifiuto di accesso può essere osservato nel caso di operatori che non sono soggetti ad obblighi di accesso ex ante, o previsto nel caso di operatori soggetti a tali obblighi al momento dell'analisi, purché siano soddisfatte determinate condizioni. Tali condizioni comprendono un incentivo condiviso a sostenere affitti (profitti) significativi o eccessivamente elevati sui mercati al dettaglio a valle o connessi, che l'autorità nazionale di regolamentazione ritiene sproporzionati rispetto agli investimenti effettuati e ai rischi sostenuti⁽⁸⁶⁾, o altri tipi di politica comune non connessi ai prezzi in un mercato che favorisce un coordinamento tacito incompatibile con un mercato al dettaglio ben funzionante, come stabilito dalla Corte nella sentenza *Impala II*⁽⁸⁷⁾, il che può anche essere addotto come prova del fatto che il rifiuto di accesso sia un punto focale credibile. È inoltre importante valutare se l'operatore in questione abbia dimensioni sufficienti per giustificare la fornitura di un servizio all'ingrosso a terzi.

Sostenibilità

85. Per rendere sostenibile nel tempo la politica comune, ogni membro dell'oligopolio deve essere incentivato a non discostarsi dalle condizioni del coordinamento. Ciò dipende dal fatto che i membri dell'oligopolio dominante possono trarne beneficio solo se tutti mantengono il comportamento parallelo. L'esistenza di una minaccia credibile di ritorsione, che scoraggi le deviazioni, è un requisito necessario per garantire che il meccanismo di coordinamento rimanga credibile nel tempo.
86. Per quanto riguarda la necessità di ricorrere all'esercizio di una sanzione, il Tribunale ha chiarito che la mera esistenza di un meccanismo dissuasivo efficace è, in linea di principio, sufficiente, poiché se i membri dell'oligopolio si conformano alla politica comune, non è necessario ricorrere all'esercizio di una sanzione. Il meccanismo deterrente più efficace è quello che non è stato utilizzato⁽⁸⁸⁾.
87. Questo chiarimento è particolarmente pertinente, a titolo di esempio, nei casi in cui un'autorità nazionale di regolamentazione ritenga che il punto focale della collusione tacita a livello di mercato all'ingrosso consista in un rifiuto (costruttivo) di accesso al mercato all'ingrosso⁽⁸⁹⁾ e in cui le transazioni all'ingrosso siano in genere scarse. In tali casi, le autorità nazionali di regolamentazione non sono tenute a stabilire che la ritorsione consista nella conclusione di un altro accordo di accesso da parte degli altri operatori tacitamente collusivi, bensì possono individuare un diverso⁽⁹⁰⁾ meccanismo di ritorsione credibile sui mercati al dettaglio sottostanti o collegati (come le guerre dei prezzi a breve termine)⁽⁹¹⁾. Considerazioni relative alla trasferibilità e all'abbandono⁽⁹²⁾ nelle circostanze specifiche potrebbero ulteriormente corroborare la presunta reattività dei consumatori alle variazioni dei prezzi e aiutare l'autorità nazionale di regolamentazione a prevedere la probabilità che le ritorsioni nel mercato al dettaglio siano efficaci⁽⁹³⁾.
88. Le autorità nazionali di regolamentazione devono valutare la credibilità di una minaccia di sanzione (meccanismo) e/o il suo esercizio nell'analisi caso per caso.

⁽⁸⁶⁾ Causa ES/2005/0330.

⁽⁸⁷⁾ *Impala II*, punto 121. Si veda anche la nota esplicativa, sezione «Carenze del mercato al dettaglio».

⁽⁸⁸⁾ *Impala I*, punto 466.

⁽⁸⁹⁾ Un accesso che consenta a chi cerca l'accesso di competere efficacemente a livello di commercio al dettaglio.

⁽⁹⁰⁾ Sebbene il secondo criterio del test *Airtours* richieda «un'azione identica da parte degli altri», essa va intesa come un'azione fortemente concorrenziale da parte di un membro dell'oligopolio dominante in risposta a un'azione fortemente concorrenziale da parte dell'altro membro dell'oligopolio dominante, che potrebbe tuttavia assumere una forma differente; cfr. *Airtours*, citata, punto 62.

⁽⁹¹⁾ Ciò è importante perché una sanzione nei confronti dell'oligopolio 1 per aver concesso l'accesso a un concorrente mediante la concessione dell'accesso da parte dell'oligopolio 2 ad altri concorrenti potrebbe avere effetti a lungo termine sul mercato, compromettendo ulteriormente i profitti della parte che ha reagito con ritorsioni, e quindi non costituire un deterrente credibile ad un comportamento opportunistico. Cfr. anche causa ES/2005/0330.

⁽⁹²⁾ La portabilità del numero è la possibilità per gli utenti finali di conservare un numero del piano nazionale di numerazione telefonica indipendentemente dall'impresa che fornisce il servizio, mentre l'abbandono rappresenta la percentuale degli abbonati ad un servizio che interrompono i loro abbonamenti a tale servizio per un certo periodo.

⁽⁹³⁾ Causa ES/2005/0330.

Fattori esterni

89. La valutazione dei fattori compensativi rispetto alla teoria della collusione tacita include considerazioni economiche per stabilire se gli operatori attualmente presenti sul mercato al di fuori dell'oligopolio tacitamente collusivo agiscano in qualità di concorrenti marginali o abbiano il potenziale per rendersi indipendenti, o se i clienti dispongano di un contropotere contrattuale sufficiente per mettere a repentaglio il meccanismo collusivo.
90. Nel quadro della regolamentazione ex ante nel settore delle comunicazioni elettroniche, la posizione di mercato e la forza dei concorrenti possono essere valutate sulla base di vari fattori, relativi alle barriere di accesso per i concorrenti potenziali e alla situazione concorrenziale e agli ostacoli all'espansione per gli operatori di mercato esistenti. I parametri rilevanti ai fini di tale valutazione comprenderanno la quota di mercato nel mercato in esame, le economie di diversificazione connesse, la possibilità di fornire fattori di produzione a tutti i prodotti richiesti dai clienti al dettaglio, la sua forza relativa nel principale settore di attività, l'esistenza di concorrenti marginali o non-conformisti ecc. A tale riguardo, le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero includere nel loro progetto di misura una valutazione della capacità o meno dei concorrenti marginali di contestare il risultato anticoncorrenziale coordinato ⁽⁹⁴⁾.
91. Come indicato al punto 59, i mercati per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica presentano notevoli ostacoli all'accesso, in particolare di natura economica, poiché lo sviluppo delle reti, in assenza di un accordo di accesso al mercato all'ingrosso, è costoso e richiede molto tempo, ma anche ostacoli di natura giuridica, poiché in particolare la politica dello spettro radio può limitare il numero degli operatori delle reti mobili ⁽⁹⁵⁾. Per questo motivo, è probabile che un ipotetico nuovo concorrente suscettibile di perturbare un tacito equilibrio collusivo debba dipendere, almeno in parte, dall'infrastruttura di altri. In assenza di un intervento normativo o di accordi commerciali sostenibili o di innovazioni tecnologiche rivoluzionarie, si può in genere presumere che la probabilità di un accesso perturbatore sia generalmente bassa a breve e medio termine.
92. Per quanto riguarda i clienti, è improbabile che i consumatori dei mercati di massa possano esercitare individualmente un potere d'acquisto significativo. D'altro canto, alcune imprese in quanto utenti finali che acquistano prodotti su misura o di tipo commerciale possono essere in grado di esercitare un contropotere contrattuale e la loro potenziale reazione dovrebbe essere analizzata, se del caso, nello specifico mercato.
93. Gli Stati membri sono destinatari della presente comunicazione.

Per la Commissione

Mariya GABRIEL

Membro della Commissione

⁽⁹⁴⁾ Causa IE/2004/0121.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. nota 52 e nota esplicativa della raccomandazione 2014/710/UE, SWD(2014) 298, pag. 4.