za di forti ostacoli all'accesso può risultare meno importante nei mercati caratterizzati da costanti progressi tecnologici. Nei mercati delle comunicazioni elettroniche, i vincoli alla concorrenza possono derivare da innovazioni ad opera di concorrenti potenziali momentaneamente non ancora presenti sul mercato che rappresentano una minaccia. In tali mercati la valutazione della concorrenza dovrà seguire un'impostazione prospettica.

81. Circa la pertinenza del concetto di "infrastrutture essenziali" ai fini dell'applicazione della nuova definizione del significativo potere di mercato, non esiste attualmente una giurisprudenza relativamente al settore delle comunicazioni elettroniche. Questo concetto è tuttavia pertinente principalmente ai fini dell'accertamento di un eventuale abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 82 del trattato CE e non ha molta rilevanza ai fini della valutazione ex ante del significativo potere di mercato di cui all'articolo 14 della direttiva quadro. In particolare, la dottrina delle "infrastrutture essenziali" è complementare rispetto agli obblighi generali esistenti imposti all'impresa dominante, come l'obbligo di non fare discriminazioni tra i clienti, ed è stata applicata ai casi che ricadono nell'articolo 82 in circostanze eccezionali, come quelli in cui il rifiuto di fornire o accordare l'accesso a terzi avrebbe limitato o impedito l'emergere di nuovi mercati, o di nuovi prodotti, in contrasto con l'articolo 82, lettera b), del trattato. Essa è stata associata principalmente alle questioni relative all'accesso o ai casi di rifiuto di procedere alla fornitura o di allacciare rapporti commerciali in base all'articolo 82 del trattato, senza la presenza di alcun trattamento discriminatorio. In base alla giurisprudenza esistente, un prodotto o servizio non può considerarsi "necessario" o "essenziale" a meno che non esista alcun sostituto reale o potenziale. Se è vero che un'impresa che possieda una "infrastruttura essenziale" si trova per definizione in una posizione dominante in qualsiasi mercato per detta infrastruttura, non sempre è vero il contrario. Ai sensi della giurisprudenza esistente[86], il fatto che una determinata infrastruttura non sia "essenziale" o "indispensabile" per lo svolgimento di una determinata attività economica in un mercato distinto non esclude la possibilità che chi ne è in possesso goda di una posizione dominante. Ad esempio, un gestore di rete può godere di una posizione dominante malgrado l'esistenza di reti alternative concorrenti se le dimensioni o l'importanza della sua rete gli permettono di comportarsi in misura notevole in modo indipendente rispetto agli altri gestori di reti[87]. In altri termini, ciò che conta è stabilire se una determinata infrastruttura conferisca a chi la possiede un notevole potere sul mercato, senza che sia perciò necessario stabilire anche se detta infrastruttura possa essere ritenuta "essenziale" o "indispensabile" ai sensi della giurisprudenza esistente.

82. Deriva da quanto precede che la dottrina delle "infrastrutture essenziali" è meno pertinente ai fini dell'applicazione ex ante dell'articolo 14 della direttiva quadro dell'applicazione ex post dell'articolo 82 del trattato CE.

3.1.1. Effetto di leva del potere di mercato

83. L'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva quadro statuisce che "Se un'impresa dispone di un significativo potere su un mercato specifico, può parimenti presumersi che essa abbia un significativo potere in un mercato strettamente connesso qualora le connessioni tra i due mercati siano tali

---

recuperare molto poco. Gli ostacoli all'accesso sono aggravati da ulteriori economie di diversificazione e densità che caratterizzano generalmente tali reti. È dunque probabile che una grossa rete abbia sempre costi inferiori a quelli di una rete più piccola, per cui un nuovo operatore, per conquistare una maggiore quota di mercato e riuscire a concorrere dovrebbe praticare un prezzo inferiore a quelli del gestore in posizione consolidata, e avrebbe perciò difficoltà a recuperare i costi sommersi.

(86) Cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, RTE e ITP contro Commissione, [1995] Racc. I-743, causa C-7/97 Oscar Bronner [1998] Racc. I-7791, e cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, European Night Services e altri contro Commissione [1998] Racc. II-3141.

(87) Causa COMP/M.1741, MCI WorldCom/Sprint, paragrafo 196.

da consentire al potere detenuto in un mercato di esser fatto valere nell'altro, rafforzando in tal modo il potere complessivo dell'impresa interessata".

84. Tale disposizione è stata studiata per situazioni di mercato analoghe a quella all'origine della sentenza della Corte nella causa Tetra Pak II[88], nella quale la Corte ha stabilito che un'impresa che detiene una posizione dominante in un mercato e una posizione preminente in un mercato distinto, ma strettamente collegato al primo, si trova in una situazione equiparabile a chi detenga una posizione dominante sul complesso dei mercati in esame. Grazie alla posizione dominante detenuta nel primo mercato e alla sua presenza sul mercato secondario collegato, un'impresa può far valere il potere che detiene nel primo mercato e operare indipendentemente dai clienti sul secondo mercato[89]. Malgrado il carattere orizzontale dei mercati in cui Tetra Pak risultava complessivamente dominante, nella maggior parte dei mercati integrati verticalmente si riscontrano stretti legami associativi, nell'accezione usata nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Questa situazione si verifica spesso nel settore delle telecomunicazioni, ove sovente un gestore detiene una posizione dominante nel mercato delle infrastrutture e un'importante presenza a valle, nel mercato dei servizi[90]. In tale eventualità, l'ANR può ritenere corretto constatare che l'operatore detiene un significativo potere di mercato su entrambi i mercati nel loro complesso. Nella prassi tuttavia, qualora si individui un'impresa che gode di un significativo potere di mercato a monte, nel mercato all'ingrosso o dell'accesso, le ANR saranno di norma in grado di impedire ogni probabile effetto di riversamento o di leva a valle, nei mercati al dettaglio o dei servizi, imponendo a detta impresa obblighi a norma della direttiva accesso atti a evitare tali effetti. Pertanto le ANR dovranno esaminare l'applicabilità dell'articolo 14, paragrafo 3, soltanto laddove l'imposizione degli obblighi ex ante a un'impresa in posizione dominante nel mercato a monte (accesso) non risulti in una concorrenza effettiva nel mercato a valle (dettaglio).

85. Le considerazioni di cui sopra valgono anche per i mercati orizzontali[91]. Inoltre, a prescindere dal carattere verticale o orizzontale dei mercati in questione, in entrambi i casi dovrà trattarsi di mercati delle comunicazioni elettroniche ai sensi dell'articolo 2 della direttiva quadro; essi dovranno inoltre presentare caratteristiche tali da giustificare l'imposizione di obblighi regolamentari ex ante[92].

3.1.2. Posizione collettiva dominante

86. In base all'articolo 82 del trattato CE, una o più imprese possono detenere una posizione dominante ("posizione dominante collettiva"). L'articolo 14, paragrafo 2, della direttiva quadro stabilisce a sua volta che un'impresa può detenere un rilevante potere di mercato, ossia può detenere una posizione dominante, sia individualmente che congiuntamente ad altri.

---

(88) Causa C-333/94 P, Tetra Pak contro Commissione [1996] Racc. I-5951.

(89) Cfr. anche causa COMP/M.2146, Tetra Laval/Sidel, paragrafi 325-389, sub judice, T-5/02.

(90) Cfr. Comunicazione sugli accordi di accesso, paragrafo 65.

(91) Nel caso dei mercati orizzontali, l'analisi del mercato dovrebbe in primo luogo determinare la sussistenza di stretti legami associativi che permettono a un'impresa in posizione dominante in un mercato di agire in modo indipendente rispetto ai concorrenti in un mercato vicino. Si potrà riscontrare l'esistenza di legami di questo tipo in riferimento al tipo di condotta seguito dai fornitori e dagli utenti nei mercati in esame (clienti e/o fornitori di entrambi i mercati, ovvero, clienti che acquistano sia chiamate vocali che accesso Internet al dettaglio), o la sostanziale identità del prodotto o servizio di input (cioè fornitura di un'infrastruttura di rete da parte di un gestore fisso ai fornitori di servizi Internet all'ingrosso per la generazione e la terminazione delle chiamate); cfr. anche la causa T-83/91, Tetra Pak contro Commissione, op. cit., paragrafo 120 e causa COMP/M.2416, Tetra Laval/Sidel.

(92) L'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva quadro non si applica in rapporto al potere di leva esercitato a partire da un mercato "regolamentato" verso un mercato emergente "non regolamentato". In tali casi, eventuali condotte lesive nel mercato "emergente" rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 82 del trattato CE.

87. Nella Comunicazione relativa agli accordi di accesso, la Commissione afferma che, benché al momento sia la sua prassi decisionale che la giurisprudenza della Corte siano ancora in evoluzione, si ritiene che una o più imprese detengano una posizione dominante collettiva quando in rapporto ai loro clienti e concorrenti si presentano come un'unica impresa, a condizione che non vi sia concorrenza effettiva tra loro. L'assenza di concorrenza potrebbe in concreto essere riconducibile a taluni legami tra le suddette imprese. La Commissione ha peraltro affermato anche che l'esistenza di detti legami non è necessaria ai fini della constatazione di una posizione dominante congiunta[93].

88. Successivamente alla pubblicazione della Comunicazione relativa agli accordi di accesso, il concetto di posizione dominante congiunta o collettiva ha trovato applicazione in diverse decisioni adottate dalla Commissione in base al regolamento n. 17 e al regolamento sul controllo delle concentrazioni. Inoltre, sia il Tribunale di primo grado che la Corte di giustizia delle Comunità europee hanno emanato sentenze che hanno contribuito a precisare ulteriormente la portata esatta di tale concetto.

3.1.2.1. La giurisprudenza del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia delle Comunità europee

89. L'espressione "una o più imprese" di cui all'articolo 82 del trattato CE implica che una posizione dominante può essere detenuta da una o più entità giuridicamente ed economicamente indipendenti[94].

90. Fino alla sentenza della Corte di giustizia nella causa Compagnie maritime belge[95] e alla sentenza del Tribunale di primo grado nella causa Gencor[96] (cfr. sotto), si sarebbe potuto sostenere che la constatazione di una posizione dominante collettiva si basava sull'esistenza di legami economici, nel senso di legami strutturali, o su altri fattori che potrebbero dar luogo a una qualche correlazione tra le imprese in questione[97]. La questione se la nozione di posizione dominante collettiva possa essere usata anche in un mercato caratterizzato da oligopolio, ossia in un mercato con pochi operatori sul lato dell'offerta, in mancanza di vincoli di alcun genere tra le imprese operanti sul mercato, è stata sollevata per la prima volta nella causa Gencor, avente per oggetto la legittimità di una decisione adottata dalla Commissione a norma del regolamento sul controllo delle concentrazioni, che non autorizzava l'operazione notificata in quanto avrebbe comportato la creazione di un duopolio nel mercato, favorevole alla creazione di una posizione dominante di oligopolio[98]. Le ricorrenti hanno sostenuto davanti al Tribunale di primo grado che la Commissione non era riuscita a comprovare l'esistenza di "legami" tra i membri del duopolio in conformità alla giurisprudenza sviluppata fino all'epoca.

91. Il Tribunale di primo grado ha respinto il ricorso, affermando tra l'altro che non esiste precedente giuridico che riduca la nozione di "legami economici" ai legami strutturali tra le imprese in causa. In base al Tribunale di primo grado "sul piano giuridico o economico, non esi-

---

(93) Comunicazione sugli accordi di accesso, paragrafo 79.

(94) Cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, Compagnie maritime belge e altri/Commissione [2000] Racc. I-1365.

(95) Ibidem, paragrafo 39.

(96) Causa T102/96, Gencor/Commissione [1999] Racc. II-753.

(97) Cfr. le cause riunite T-68/89, T-77/89 e T-78/89, SIV e altri/Commissione [1992] Racc. II-1403, paragrafo 358, causa C 393/92 Almelo [1994] Racc. I-1477, paragrafo 43, causa C-96/94, Centro Servizi Spediporto [1995] Racc. I-2883, paragrafo 33, cause riunite C-140/94, 141/94, e C-142/94, DIP, [1995] Racc. I-3257, paragrafo 62, causa C-70/95, Sodemare [1997] Racc. I-3395, paragrafo 46, e cause riunite C-68/94 e C-30/95 Repubblica francese ed altri/Commissione [1998] Racc. I-1375, paragrafo 221.

(98) Causa IV/M.619 - Gencor Lonhro (GU L 11 del 14.1.1997, pag. 30).

ste alcuna ragione per escludere dalla nozione di legame economico la relazione di interdipendenza esistente tra i membri di un oligopolio ristretto all'interno del quale questi ultimi, su un mercato di caratteristiche adeguate, in particolare in termini di concentrazione del mercato, di trasparenza e di omogeneità del prodotto, sono in grado di prevedere i loro reciproci comportamenti e sono pertanto fortemente incentivati ad allineare il loro comportamento sul mercato in modo da massimizzare il loro profitto comune riducendo la produzione al fine di aumentare i prezzi. Infatti, in un siffatto contesto, ciascun operatore sa che un'azione fortemente concorrenziale da parte sua diretta ad accrescere la sua quota di mercato (per esempio, una riduzione di prezzo) provocherebbe un'azione identica da parte degli altri, di modo che egli non trarrebbe alcun vantaggio dalla sua iniziativa. Tutti gli operatori si troverebbero quindi a subire l'abbassamento del livello dei prezzi"[99]. Come rilevato dal Tribunale, le condizioni del mercato possono essere tali che "ciascun operatore può prendere coscienza degli interessi comuni e, in particolare, far salire i prezzi senza dover procedere alla conclusione di un accordo o ricorrere a una pratica concertata"[100].

92. La sentenza del Tribunale di primo grado nella causa Gencor è stata successivamente avallata dalla Corte nella causa Compagnie maritime belge. In tale sede la Corte ha fornito ulteriori elementi di riferimento per l'interpretazione della nozione di posizione dominante collettiva e circa le condizioni che devono essere soddisfatte ai fini della sua constatazione. La Corte afferma che per provare che una o più imprese detengono congiuntamente una posizione dominante occorre esaminare se le imprese interessate costituiscano insieme un'entità collettiva nei confronti dei loro concorrenti, delle loro controparti commerciali e dei consumatori su un mercato determinato[101]. Questo si verifica qualora (i) non vi sia concorrenza effettiva tra le imprese in questione e (ii) le suddette imprese adottino sul mercato rilevante una condotta uniforme o una politica comune[102]. Solo in caso affermativo occorre esaminare se tale entità collettiva detenga effettivamente una posizione dominante[103].Occorre soprattutto verificare se esistono tra le imprese interessate legami economici che consentano loro di agire indipendentemente dai loro concorrenti, dai loro clienti e dai consumatori. La Corte ha constatato che un accordo, una decisione o una pratica concordata (oggetto o meno di esenzione ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato), possono incontestabilmente vincolare le imprese interessate ad un certo comportamento su un mercato determinato, in maniera tale che esse si presentano su tale mercato come un'entità collettiva nei confronti dei loro concorrenti, dei loro partner commerciali e dei consumatori[104].

93. La sola circostanza che due o più imprese siano legate da un accordo, da una decisione di associazioni di imprese oppure da una pratica concordata ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato non può costituire, di per sé, una base sufficiente per stabilire se si sia in presenza di una posizione dominante collettiva. Conformemente a quanto afferma la Corte: "... l'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante collettiva ... potrebbe risultare da altri fattori di correlazione e dipenderebbe da una valutazione economica e, in particolare, da una valutazione della struttura del mercato di cui trattasi"[105].

---

(99) Gencor/Commissione, op. cit., paragrafo 276.

(100) Ibidem, paragrafo 277.

(101) Compagnie maritime belge transports e altri, op. cit., paragrafo 39, cfr. anche causa T-342/99 Airtours/Commission [2002] Racc. II-0000, paragrafo 76.

(102) Cfr. in particolare Repubblica francese e altri/Commissione, op. cit., paragrafo 221.

(103) Compagnie maritime belge, paragrafo 39.

(104) Ibidem, paragrafo 44.

(105) Ibidem, paragrafo 45.

94. Dalle sentenze relative alle cause Gencor e Compagnie maritime belge discende che, benché ci si possa basare sull'esistenza di legami strutturali per corroborare la constatazione di una posizione dominante collettiva, tale constatazione può essere fatta anche in riferimento ad un mercato caratterizzato da oligopolio o da elevata concentrazione, la cui struttura da sola, in particolare, è propizia all'emergere di effetti di coordinamento nel mercato rilevante[106].

3.1.2.2. La prassi della Commissione in sede decisionale e l'allegato II della direttiva quadro

95. In una serie di decisioni adottate in base al regolamento relativo al controllo delle operazioni di concentrazione, la Commissione ha preso in esame il concetto di posizione dominante collettiva onde accertare, in questi casi, se la struttura in questione favorisca il coordinamento in questi mercati[107].

96. Nel valutare ex ante le probabilità dell'esistenza o dell'insorgenza di un mercato che possa favorire una posizione dominante collettiva, nella forma di un tacito coordinamento, le ANR dovranno analizzare:

a. se le caratteristiche del mercato siano tali da favorire un coordinamento tacito: e

b. se una tale forma di coordinamento sia sostenibile, ovvero, i) se uno dei componenti dell'oligopolio sia in grado di sottrarsi al coordinamento e se sia motivato a farlo, considerata la capacità di ritorsione degli altri componenti e la loro motivazione in questo senso, e ii) se gli acquirenti/concorrenti marginali/potenziali abbiano la capacità o siano motivati a opporsi a qualsiasi forma di coordinamento che ne risulti e che sia contraria alla concorrenza[108].

97. L'analisi è facilitata da una serie di criteri riassunti nell'allegato II della direttiva quadro, che è stata usata anche dalla Commissione nell'applicazione dei concetti di posizione dominante collettiva ai sensi del regolamento sul controllo delle concentrazioni. In base all'allegato, "si può ritenere che due o più imprese godano congiuntamente di una posizione dominante ai sensi dell'articolo 14 allorché, anche se non sussistono tra di loro interconnessioni strutturali o di altro tipo, esse operano in un mercato la cui struttura è considerata tale da comportare effetti coordinati[109]. Fatta salva la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di posizione dominante collettiva, è probabile che ciò si verifichi allorché il mercato presenta una serie di caratteristiche specifiche, in particolare in termini di concentrazione di mercato, di trasparenza e per una serie di altri aspetti, elencati in appresso:

---

(106) I termini "effetti di coordinamento" qui usati corrispondono all'espressione "comportamenti anticoncorrenziali paralleli", cui si fa riferimento nelle decisioni della Commissione che applicano il concetto di posizione dominante collettiva (di oligopolio).

(107) Cfr. in particolare causa COMP/M.2498 - UPM-Kymmene/Haindl e causa COMP/M.2499 - Norske Skog/Parenco/Walsum, causa COMP/M.2201 - MAN/Auwärter, causa COMP/M. 2097 - SCA/Matsä Tissue, causa COMP/M. 1882 - Pirelli/BICC, causa COMP/M.1741 - MCI WorldCom/Sprint, sub judice, T-310/00, causa IV/M.1524 - Airtours/First Choice (GU L 93 del 13.4.2000, pag. 1), sub judice T-342/99, causa IV/M.1383 - Exxon/Mobil, causa IV/M.1313 - Danish Crown/Vestjyske Slagterier (GU L 20 del 25.1.2000, pag. 1), causa IV/M1225 - Enso/Stora (GU L 254 del 29.9.1999, pag. 9), causa IV/M.1016 - Price Waterhouse/Coopers & Lybrand (GU L 50 del 26.2.1999, pag. 27), causa IV/M.619 - Gencor/Lonrho, op. cit., causa IV/M.308, Kali + Salz/MdK/Treuhand (GU L 186 del 21.7.1994, pag. 38) e causa IV/M.190 - Nestlé/Perrier (GU, L 356 del 5.12.1992, pag. 1).

(108) È questo sostanzialmente il tipo di analisi svolto dalla Commissione nelle decisioni passate in materia di posizione dominante: cfr. ad esempio causa IV/M.190 - Nestlé/Perrier (GU L 356 del 5.12.1992, pag. 1), Gencor/Lonrho, op. cit.; causa IV/M.1383 - Exxon/Mobil, paragrafo 259; causa IV/M.1524 - Airtours/First Choice (GU L 93 del 13.4.2000, pag. 1), e causa COMP/M.2499 Norske Skog/Parenco/Walsum, paragrafo 76; cfr. anche, Airtours v Commission, op.cit., paragrafo 62.

(109) Cfr. anche il ventiseiesimo considerando della direttiva quadro: 'Si può ritenere che due o più imprese godano congiuntamente di una posizione dominante non soltanto allorché esistono interconnessioni strutturali o di altro tipo tra di loro ma anche allorché la struttura del pertinente mercato è tale da comportare effetti coordinati, vale a tale da incoraggiare comportamenti anticoncorrenziali di parallelismo o allineamento sul mercato'.

- maturità del mercato,
- crescita moderata o stagnazione della domanda,
- scarsa elasticità della domanda,
- omogeneità dei prodotti,
- analoghe strutture dei costi,
- analoghe quote di mercato,
- mancanza di innovazione tecnologica, maturità della tecnologia,
- assenza di sovracapacità,
- forti ostacoli all'accesso,
- mancanza di un controbilanciante potere contrattuale dell'acquirente,
- mancanza di potenziale concorrenza,
- vari tipi di legami informali o altre interconnessioni tra le imprese interessate,
- meccanismi di ritorsione,
- assenza di margine o margine ridotto per la concorrenza dei prezzi".

98. L'allegato II della direttiva quadro prevede esplicitamente che non si tratta di un elenco esaustivo e che i criteri non sono cumulativi: con essi s'intende semplicemente illustrare il tipo di elementi utilizzabili per suffragare affermazioni relative all'esistenza di una posizione dominante collettiva (oligopolistica)[110], nella forma del tacito coordinamento. Infatti, ribadendo quanto precedentemente affermato, l'esistenza di legami strutturali tra le imprese interessate non è una condizione necessaria per la constatazione di una posizione dominante collettiva. È tuttavia evidente che si possono usare tali legami, se esistono, assieme a uno qualsiasi degli elementi sopra menzionati, per avvalorare la probabilità che in un determinato mercato oligopolistico si manifesti un effetto di coordinamento. In assenza di tali legami, per stabilire se un mercato favorisca l'emergere di una posizione dominante collettiva nella forma del tacito coordinamento, a, si dovrà esaminare una serie di caratteristiche del mercato stesso. Queste spesso vengono presentate come nel succitato elenco: vanno tuttavia esaminate nella totalità onde procedere a una valutazione complessiva, anziché applicate meccanicamente come una "lista di controllo". A seconda delle circostanze del caso, il fatto che singoli elementi strutturali, solitamente associati a una posizione dominante collettiva, non possano essere appurati chiaramente non sarà determinante per poter escludere la possibilità di un effetto di coordinamento[111].

99. In un mercato caratterizzato da oligopolio in cui sono presenti la maggior parte, se non tutte, le condizioni sopra indicate, si dovrebbe esaminare, soprattutto, se gli operatori del mercato siano fortemente motivati ad adottare una strategia che produca una situazione di mercato analoga a quella che risulterebbe da una condotta coordinata e ad astenersi dal competere tra loro. Questa situazione si verifica nel caso in cui i vantaggi a lungo termine di una condotta anticoncorrenziale superino i vantaggi a breve termine prodotti dall'adozione di una strategia concorrenziale.

100. Va sottolineato che constatare l'esistenza di concentrazioni in un mercato non autorizza necessariamente a concludere che la struttura di tale mercato favorisca l'insorgere di una posizione dominante di tipo collettivo, nella forma del tacito coordinamento[112].

---

(110) Cfr. causa COMP/M.2498 - UPM-Kymmene/Haindl e causa COMP/M.2499 - Norske Skog/Parenco/Walsum, paragrafo 77.

(111) Cfr. ad esempio causa COMP/M.2097 - SCA/Metsä Tissue.

(112) Ad esempio, nella causa COMP/M.2201 - MAN/Auwärter, malgrado il fatto che le due parti presenti nel mercato tedesco degli autobus urbani, MAN/Auwärter e EvoBus, avrebbero rifornito solo metà del mercato ciascuna, la Commissione ha concluso che sussisteva il rischio di una posizione dominante collettiva. In particolare, la Commissione ha constatato l'improbabilità di una tacita divisione del mercato tra EvoBus e MAN/Auwärter data la mancanza di un valido

101. In definitiva, nell'applicare il concetto di posizione dominante collettiva, nella forma del tacito coordinamento, i criteri più importanti saranno quelli decisivi al fine di stabilire l'esistenza di effetti di coordinamento nello specifico mercato in esame. Ad esempio, nel caso COMP/M.2499 - Norske Skog/Parenco/Walsum, la Commissione è giunta alla conclusione che, malgrado l'esistenza di concentrazioni nei mercati della carta da giornale e della carta per riviste contenente legno, l'omogeneità dei prodotti, la scarsissima flessibilità della domanda, il limitato potere degli acquirenti e i forti ostacoli all'accesso, nondimeno la relativa stabilità delle quote di mercato, l'assenza di simmetria nelle strutture dei costi e, nella fattispecie, la scarsa trasparenza delle decisioni relative agli investimenti nonché l'assenza di un meccanismo di ritorsione credibile rendevano improbabile e insostenibile ogni possibilità di un coordinamento tacito tra i componenti dell'oligopolio[113].

3.1.2.3. Posizione dominante collettiva e settore delle telecomunicazioni

102. Nell'applicare il concetto di posizione dominante collettiva, le ANR possono inoltre tenere conto delle decisioni adottate a norma del regolamento sul controllo delle concentrazioni nel settore delle comunicazioni elettroniche, nel cui ambito la Commissione ha esaminato se le operazioni notificate possano indurre a constatare l'esistenza di una posizione dominante collettiva.

103. Nel caso MCI WorldCom/Sprint, la Commissione ha esaminato se l'entità oggetto della fusione, insieme alla Concert Alliance, detenesse una posizione dominante collettiva sul mercato dei servizi di telecomunicazioni globali (GTS). Poiché gli operatori attivi in quel mercato concorrevano tra loro sulla base di offerte di appalto in cui i fornitori venivano selezionati essenzialmente nelle prime fasi del processo di gara in base alla capacità di offrire servizi personalizzati e complessi di alta qualità e non in base ai prezzi, l'indagine della Commissione si è concentrata sulla motivazione degli operatori attivi sul mercato a ricercare accordi paralleli per suddividersi gli appalti (tenendo conto anche dell'assegnazione di appalti precedenti)[114]. Dopo aver studiato in profondità la struttura del mercato (omogeneità dei prodotti, forti ostacoli all'accesso, potere controbilanciante degli acquirenti, ecc.), la Commissione ha concluso di non essere in grado di dimostrare l'assenza di vincoli concorrenziali rispetto ai concorrenti effettivi, un fattore determinante quando si esamina la sostenibilità delle pratiche parallele, e ha perciò deciso di lasciar cadere le sue obiezioni rispetto a tale mercato[115].

104. Nel caso BT/Esat[116], uno degli aspetti esaminati dalla Commissione ha riguardato la possibilità che le condizioni del mercato irlandese dell'accesso a Internet mediante connessione telefonica favorissero l'instaurarsi di un duopolio costituito dal gestore tradizionale, Eircom, e dall'entità

---

meccanismo di coordinamento. In secondo luogo, date le significative disparità esistenti tra EvoBus e MAN/Auwärter, ad esempio la diversa struttura dei costi, era più probabile che le due società entrassero in concorrenza, piuttosto che in collusione, tra loro. Analogamente, nella causa Alcoa/British Aluminium, la Commissione ha constatato che malgrado le due parti presenti sul mercato in questione rappresentassero quasi l'80 % delle vendite, non si poteva dire che il mercato favorisse la formazione di posizioni dominanti di tipo oligopolistico data i) la volatilità e l'instabilità delle quote di mercato e ii) la forte irregolarità della domanda, che rendeva difficile il tacito coordinamento tra le parti in risposta alle reciproche azioni. Si è riscontrata inoltre una non trasparenza del mercato rispetto ai prezzi e gli acquirenti godevano di un notevole contropotere. Le conclusioni della Commissione sono state ulteriormente corroborate dall'assenza di ogni credibile meccanismo di ritorsione in grado di sostenere eventuali forme di coordinamento tacito e una concorrenza basata non solo sui prezzi, ma legata in larga misura all'innovazione tecnologica e all'assistenza post vendita, causa COMP/M.2111 - Alcoa/British Aluminium.

(113) Analogamente, nella causa COMP/M.2348 - Outokumpu/Norzink, la Commissione ha riscontrato che, malgrado il bassissimo numero di operatori presenti nel mercato dello zinco, i forti ostacoli all'accesso e scarse prospettive di crescita della domanda, sarebbe stato poco probabile che si instaurasse una struttura di mercato favorevole al coordinamento se si poteva dimostrare che i) le parti non erano in condizione di manipolare la formazione dei prezzi, ii) i produttori avevano strutture di costi asimmetriche e non esisteva un meccanismo di ritorsione credibile.

(114) Cfr. causa COMP/M.1741 - MCI WorldCom/Sprint, paragrafo 263.

(115) Ibidem, paragrafi 257-302.

(116) Causa COMP/M.1838 - BT/Esat.

risultante dalla concentrazione. La Commissione ha escluso tale possibilità sulla base dei seguenti argomenti: primo, le quote di mercato non risultavano stabili; secondo, la domanda tendeva a raddoppiare ogni sei mesi; terzo, i prodotti relativi all'accesso a Internet non presentavano omogeneità; e ultimo, l'evoluzione tecnologica costituiva una delle principali caratteristiche del mercato[117].

105. Nell'operazione Vodafone/Airtouch[118], la Commissione ha riscontrato che la nuova entità avrebbe assunto il controllo congiunto di due dei quattro gestori mobili attivi sul mercato tedesco delle telecomunicazioni mobili (precisamente D2 e E-Plus: gli altri due operatori erano T-Mobil e VIAG Interkom). In considerazione del carattere fortemente regolamentato del mercato, ossia della limitazione delle licenze in relazione al numero delle frequenze radio disponibili, e della trasparenza del mercato, non si poteva escludere che tali elementi favorissero l'affermarsi di un duopolio con possibile effetto di coordinamento[119].

106. Nel procedimento relativo all'operazione France Telecom/Orange, la Commissione ha riscontrato che prima dell'ingresso di Orange nel mercato belga delle telecomunicazioni mobili, i due operatori già presenti, Proximus e Mobistar, erano in grado di sfruttare una posizione dominante collettiva. Come rilevato dalla Commissione, nei quattro anni precedenti l'ingresso di Orange, i due operatori avevano politiche di prezzo simili e trasparenti e i loro prezzi seguivano esattamente le stesse tendenze[120]. In tale decisione la Commissione ha inoltre respinto le argomentazioni di terzi circa il rischio di una posizione dominante collettiva di Vodafone e France Telecom nel mercato della fornitura di servizi mobili paneuropei a clienti mobili a livello internazionale. Al di là della constatazione di importanti asimmetrie tra le quote di mercato dei due operatori, il mercato è stato qualificato come mercato emergente, caratterizzato da una domanda crescente e da una grande varietà nell'offerta di servizi e nei prezzi[121].

4. IMPOSIZIONE, MANTENIMENTO, MODIFICA O REVOCA DI OBBLIGHI AI SENSI DEL QUADRO NORMATIVO

107. La sezione 3 delle presenti linee direttrici è dedicata all'analisi dei mercati rilevanti che le ANR dovranno condurre ai sensi dell'articolo 16 della direttiva quadro per stabilire se in un mercato vi sia una concorrenza effettiva, vale a dire se in quel mercato vi siano imprese che godono di una posizione dominante. La presente sezione è volta a dare indicazioni alle ANR riguardo alle misure da adottare in seguito all'analisi, ovvero l'imposizione, il mantenimento, la modifica o la revoca, a seconda dei casi, degli specifici obblighi normativi a carico delle imprese ritenute in possesso di un significativo potere di mercato. Vengono inoltre descritte le condizioni in cui, in via eccezionale, si possono imporre alle imprese non in possesso di significativo potere di mercato obblighi analoghi a quelli a carico degli operatori con significativo potere di mercato.

---

(117) Ibidem, paragrafi da 10 e 14.

(118) Causa IV/M.1430 - Vodafone/Airtouch.

(119) Ibidem, paragrafo 28. Il possibile profilarsi di un mercato caratterizzato da duopolio interessava unicamente i tre maggiori operatori mobili, ossia D2 ed E-Plus, da un lato, e T-Mobil dall'altro, visto che la quota di mercato di VIAG Interkom era inferiore al 5 %. Le riserve della Commissione sono state infine sciolte dopo la proposta delle parti di cedere l'intera partecipazione di Vodafone in E-Plus.

(120) Causa COMP/M.2016 - France Telecom/Orange, paragrafo 26.

(121) Ibidem, paragrafi 39-40. Nel documento di lavoro "On the initial findings of the sector inquiry into mobile roaming charges", la Commissione citava i) la probabile esistenza di una serie di legami economici tra i gestori mobili, segnatamente attraverso gli accordi d'interconnessione, l'adesione all'associazione GSM, il forum WAP e UMTS, la quasi standardizzazione delle condizioni degli accordi di roaming e ii) la probabile esistenza di forti ostacoli all'accesso. Nella valutazione preliminare la Commissione ha inoltre evidenziato come il fatto che il mercato delle comunicazioni mobili sia in generale trainato dalla tecnologia non sembri aver inciso sulle condizioni di concorrenza del mercato dei servizi internazionali di roaming all'ingrosso, cfr.: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/roaming/, pagg. 24 e 25.

108. Gli specifici obblighi regolamentari che si possono imporre alle imprese dotate di significativo potere di mercato sono applicabili sia al mercato all'ingrosso che al mercato al dettaglio. In linea di principio, gli obblighi relativi al primo vengono enunciati agli articoli 9 e 13 della direttiva accesso, quelli concernenti il secondo agli articoli 17 e 19 della direttiva servizio universale.

109. Gli obblighi stabiliti dalla direttiva accesso sono i seguenti: trasparenza (articolo 9), non discriminazione (articolo 10), separazione contabile (articolo 11), obblighi di accesso e uso di specifiche infrastrutture di rete (articolo 12), obblighi di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi (articolo 13). Inoltre, l'articolo 8 della direttiva accesso prevede per le ANR la possibilità di imporre obblighi che esulano da questo elenco. A questo fine esse dovranno presentare richiesta alla Commissione, che deciderà in merito dopo aver consultato il comitato per le comunicazioni, sulla legittimità di imporre tali obblighi.

110. Gli obblighi stabiliti dalla direttiva servizio universale sono i seguenti: controlli normativi sui servizi al dettaglio (articolo 17), disponibilità dell'insieme minimo di linee affittate (articolo 18 e allegato VII) e selezione e preselezione del vettore (articolo 19).

111. In base al quadro normativo, tali obblighi vanno imposti alle imprese giudicate in possesso di un significativo potere di mercato in un mercato rilevante, salvo in alcuni casi ben definiti elencati nella sezione 4.3.

4.1. Imposizione, mantenimento, modifica o revoca degli obblighi gravanti sugli operatori che detengono un significativo potere di mercato

112. Come illustrato nella sezione 1, il concetto di concorrenza effettiva implica l'assenza di imprese che godono di posizione dominante in un mercato rilevante. In altre parole, stabilire se in un mercato rilevante vi sia concorrenza effettiva significa di fatto determinare l'assenza di una posizione dominante individuale o collettiva in quel mercato. Inversamente, per constatare l'assenza di concorrenza effettiva in un determinato mercato rilevante occorrerà accertare la presenza di una posizione dominante individuale o collettiva nel mercato in oggetto.

113. Ai sensi dell'articolo 16, qualora un'ANR constati che in un determinato mercato rilevante sussistono condizioni di concorrenza effettiva, essa non sarà autorizzata a imporre nessun obbligo ad alcuno degli operatori attivi in quel mercato. Gli obblighi eventualmente imposti in precedenza all'impresa o alle imprese di quel mercato dovranno essere revocati e non potranno essere sostituiti da altri. L'articolo 16, paragrafo 3, della direttiva quadro statuisce che, qualora un'ANR proponga di revocare gli obblighi regolamentari esistenti, venga concesso alle parti interessate un ragionevole preavviso.

114. Ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 4, della direttiva quadro, qualora un'ANR constati l'assenza di concorrenza effettiva in un mercato rilevante dovuta alla presenza di una o più imprese in posizione dominante, essa dovrà individuare l'impresa o le imprese dotate di un significativo potere di mercato e imporre alla/e stessa/e adeguati obblighi regolamentari. La sola individuazione di un'impresa quale avente significativo potere di mercato, non accompagnata da obblighi regolamentari, non è coerente con il disposto del nuovo quadro normativo e in particolare dell'articolo 16, paragrafo 4, della direttiva quadro. In altre parole, le ANR devono imporre almeno un obbligo di regolamentazione alle imprese designate come detentrici di un significativo potere di mercato. Qualora un'ANR individui l'esistenza di più di un'impresa con posizione dominante, ossia quando esiste una posizione dominante collettiva, essa deve determinare gli obblighi regolamentari più adeguati da applicare nei loro confronti, nel rispetto del principio della proporzionalità.

115. Nel caso di un'impresa soggetta agli obblighi previsti dal quadro normativo del 1998, l'ANR dovrà valutare se sia opportuno mantenere in vigore obblighi analoghi nell'ambito del nuovo quadro normativo, in base a una nuova analisi di mercato effettuata conformemente alle presenti linee direttrici. Se si riscontra che l'impresa detiene un significativo potere di mercato nel mer-

cato rilevante in base al nuovo quadro normativo, si potranno perciò mantenere in vigore obblighi analoghi a quelli adottati nell'ambito del quadro normativo del 1998. In alternativa si potranno modificare o imporre nuovi obblighi previsti dal nuovo quadro, a discrezione dell'ANR.

116. Salvo nei casi in cui gli impegni assunti dalla Comunità a livello internazionale prescrivano la scelta di un obbligo regolamentare (cfr. punto 4.4) o in cui le direttive prescrivano specifici correttivi ai sensi dell'articolo 18 e 19 della direttiva servizio universale, per ovviare agli specifici problemi dei mercati in cui si sia riscontrata un'assenza di concorrenza effettiva, le ANR dovranno scegliere tra tutta una serie di obblighi di regolamentazione enunciati nelle direttive. Un'ANR che intenda imporre obblighi di accesso e interconnessione diversi da quelli enumerati nella direttiva accesso dovrà far approvare dalla Commissione la misura che intende applicare. La Commissione consulterà il comitato per le comunicazioni prima di pronunciarsi in merito.

117. Il diritto comunitario, e in particolare l'articolo 8 della direttiva quadro, impone alle ANR l'obbligo di garantire che le misure imposte agli operatori con significativo potere di mercato in virtù dell'articolo 16 della direttiva quadro siano giustificate in riferimento agli obiettivi enunciati all'articolo 8 e che siano proporzionate al conseguimento degli stessi. In questo modo, ogni obbligo imposto dalle ANR deve essere proporzionato al problema da correggere. In base all'articolo 7 della direttiva quadro, le ANR sono tenute a esporre la motivazione su cui si fondano le misure proposte allorché queste vengono comunicate ad altre ANR o alla Commissione. Oltre all'analisi di mercato comprovante il significativo potere di mercato, l'ANR dovrà pertanto inserire nelle sue decisioni una giustificazione della misura proposta in rapporto agli obiettivi dell'articolo 8, nonché spiegare i motivi per cui la decisione presa debba ritenersi proporzionata.

118. Il criterio della proporzionalità sarà uno dei parametri chiave usati dalla Commissione per valutare le misure proposte dalle ANR a norma della procedura di cui all'articolo 7 della direttiva quadro. Il principio della proporzionalità è ben consolidato nel diritto comunitario. In sostanza, esso stabilisce che il mezzo usato per conseguire un dato fine deve essere strettamente adeguato e necessario al conseguimento di tale fine. Per stabilire se una misura proposta sia compatibile con il principio di proporzionalità, l'azione intrapresa deve perseguire uno scopo legittimo e i mezzi impiegati per ottenerlo devono essere necessari e il meno onerosi possibile, devono cioè consistere nel minimo necessario per conseguire lo scopo.

119. Tuttavia, specialmente nelle prime fasi dell'attuazione del nuovo quadro, la Commissione non prevede che le ANR revochino gli obblighi normativi esistenti e gravanti sugli operati con significativo potere di mercato, che sono stati concepiti per rispondere a legittime esigenze di regolamentazione che rimangono pertinenti, senza dimostrare chiaramente che detti obblighi hanno raggiunto lo scopo e non hanno perciò più ragione di esistere in quanto si ritiene che nel mercato rilevante vi sia concorrenza effettiva. Il nuovo quadro normativo prevede una serie di correttivi adattabili in funzione degli specifici problemi riscontrati.

120. La Commissione inoltre, allorché verrà consultata come previsto all'articolo 7, paragrafo 3, della direttiva quadro, verificherà che le eventuali misure proposte dalle ANR siano conformi al quadro normativo nel suo insieme, valutandone l'impatto sul mercato unico.

121. La Commissione assisterà le ANR onde garantire un'impostazione quanto più uniforme nella scelta dei correttivi qualora si presentino situazioni analoghe in Stati membri diversi. Inoltre, come osservato all'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva quadro, le ANR cercheranno di accordarsi sui tipi di correttivi più adatti ad affrontare le specifiche situazioni del mercato.

4.2. Mercati transnazionali: analisi congiunta delle ANR

122. L'articolo 15, paragrafo 4, della direttiva quadro autorizza la Commissione ad emanare una decisione per l'individuazione di mercati di prodotti e servizi a carattere transnazionale, che

coprano l'insieme del territorio comunitario o una parte consistente di esso. Ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 5, della direttiva quadro, le ANR interessate dovranno condurre congiuntamente un'analisi del mercato e decidere se occorra imporre obblighi. Nella prassi, si prevede che il gruppo dei regolatori europei offra un forum adatto per tale analisi.

123. In generale, l'analisi congiunta condotta dalle ANR dovrebbe seguire procedure analoghe (ad esempio per la consultazione pubblica) a quelle stabilite qualora l'analisi sia condotta da un'ANR. Dovranno essere definite le disposizioni specifiche per l'analisi e il processo decisionale collettivo.

4.3. Imposizione di specifici obblighi regolamentari agli operatori con significativo potere di mercato

124. Nelle parti precedenti di questa sezione vengono enunciate le procedure per l'imposizione di obblighi specifici alle imprese con significativo potere di mercato, ai sensi degli articoli 7 e 8 della direttiva accesso e degli articoli da 16 a 19 della direttiva servizio universale. In via eccezionale si potranno imporre obblighi analoghi a operatori diversi da quelli designati come detentori di un significativo potere di mercato nei casi sottoelencati, di cui all'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva accesso:

- obblighi che coprono, inter alia, l'accesso ai sistemi di accesso condizionale, obblighi di interconnessione per assicurare l'interoperabilità punto a punto e l'accesso alle interfacce dei programmi applicativi e alle guide elettroniche ai programmi per garantire l'accessibilità a specifici servizi digitali di trasmissione radiotelevisiva (articolo 5, paragrafi 1 e 2 e articolo 6 della direttiva accesso),

- obblighi che le ANR potranno imporre per la co-ubicazione in caso di norme di riguardanti la tutela ambientale, la salute, la sicurezza o l'urbanistica e i piani territoriali regionali che privino altre imprese di valide alternative alla co-ubicazione (articolo 12 della direttiva quadro),

- obblighi di contabilità separata per le imprese che forniscono servizi di comunicazione elettronica che godono di diritti speciali o esclusivi in altri settori (articolo 13 della direttiva quadro),

- obblighi relativi agli impegni assunti da un'impresa nell'ambito di una procedura di gara o selezione comparativa per il diritto di usare radiofrequenze (condizione 7, parte B, dell'allegato alla direttiva autorizzazione, applicata per il tramite dell'articolo 6, paragrafo 1, di detta direttiva),

- obbligo di usare specifiche risorse di numerazione nella gestione delle chiamate degli abbonati e obblighi necessari all'attuazione della portabilità dei numeri (articoli 27, 28 e 30 della direttiva servizio universale),

- obblighi derivanti dalle disposizioni in materia contenute nella direttiva sulla protezione dati, e

- obblighi a carico degli operatori non dotati di significativo potere di mercato in ottemperanza agli impegni comunitari a livello internazionale.

4.4. Rapporto con gli impegni assunti nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC)

125. La CE e gli Stati membri hanno assunto determinati impegni nel quadro dell'OMC in relazione alle imprese che sono "principali fornitori" di servizi di telecomunicazioni di base[122].

---

(122) Impegni GATS assunti dalla CE in materia di telecomunicazioni: http://gats-info.eu.int/gats-info/swtosvc.pl?& SECCODE=02.C.

Tali imprese sono perciò soggette a tutti gli impegni assunti dalla CE e dagli Stati membri nel quadro dell'OMC in materia di servizi di telecomunicazione di base. Le disposizioni del nuovo quadro normativo, in particolare in materia di accesso e interconnessione, garantiscono che le ANR continuino ad applicare i pertinenti obblighi nei confronti delle imprese considerate principali fornitori, conformemente agli impegni assunti in sede OMC dalla CE e dai suoi Stati membri.

5. POTERI D'INDAGINE E PROCEDURE DI COOPERAZIONE AI FINI DELL'ANALISI DEL MERCATO

5.1. Quadro generale

126. La presente sezione è dedicata alle procedure legate alla facoltà delle ANR di ottenere le informazioni necessarie per svolgere l'analisi del mercato.

127. Il quadro normativo contiene disposizioni che consentono alle ANR di esigere dalle imprese fornitrici di reti e servizi di comunicazione elettronica tutte le informazioni, ivi comprese informazioni riservate, necessarie per la valutazione dello stato della concorrenza nei mercati rilevanti e l'imposizione di adeguati obblighi ex ante che garantiscano l'osservanza del quadro normativo.

128. La presente sezione fornisce indicazioni sulle misure atte ad assicurare una cooperazione efficace tra le ANR e le autorità nazionali per la concorrenza a livello nazionale, tra le varie ANR e tra le ANR e la Commissione a livello comunitario, con particolare riferimento allo scambio di informazioni tra tali autorità.

129. Molti mercati della comunicazione elettronica sono in rapida evoluzione e le loro strutture si modificano velocemente. Le ANR devono garantire che la valutazione della concorrenza effettiva, la consultazione pubblica e l'individuazione degli operatori che detengono un significativo potere di mercato siano svolte tutte entro un termine ragionevole. Ogni ritardo ingiustificato potrebbe nuocere o scoraggiare gli investimenti delle imprese nel mercato rilevante e con essi gli interessi dei consumatori.

5.2. Analisi del mercato e poteri di indagine

130. Ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva quadro, le ANR devono procedere quanto prima a un'analisi dei mercati rilevanti individuati nella raccomandazione e nelle eventuali decisioni subito dopo la loro adozione o eventuale successiva modifica. Le conclusioni dell'analisi dei singoli mercati rilevanti, unitamente all'azione regolamentare proposta, dovranno essere pubblicate e si dovrà condurre la consultazione pubblica descritta nella sezione 6.

131. Per condurre l'analisi del mercato, le ANR dovranno innanzi tutto raccogliere tutte le informazioni necessarie per valutare il potere di mercato in un dato mercato. Nella misura in cui tali informazioni dovranno essere richieste direttamente alle imprese, l'articolo 11 della direttiva autorizzazione prevede che le imprese siano tenute dalle condizioni dell'autorizzazione generale di cui sono in possesso a fornire le informazioni necessarie alle ANR per condurre l'analisi del mercato di cui all'articolo 16, paragrafo 2, della direttiva quadro, rafforzata dal più generale obbligo di cui all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva quadro, che prevede che gli Stati membri si adoperino per garantire che le imprese fornitrici di reti e servizi di comunicazione elettronica mettano a disposizione delle ANR tutte le informazioni necessarie affinché le ANR possano assicurare l'ottemperanza con il diritto comunitario.

132. Nelle richieste di informazioni alle imprese le ANR dovranno motivare la richiesta e specificare i termini entro cui andranno fornite le informazioni. L'articolo 10, paragrafo 4, della direttiva autorizzazione autorizza le ANR a imporre sanzioni pecuniarie alle imprese che non ottemperino alle richieste di informazioni.

133. Ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4, della direttiva quadro, le ANR devono pubblicare tutte le informazioni che possono contribuire a rendere il mercato aperto e concorrenziale, agendo in conformità alle norme nazionali che regolano l'accesso pubblico alle informazioni e compatibilmente con le norme nazionali e comunitarie in materia di riservatezza commerciale.

134. Tuttavia, per le informazioni di carattere riservato, il disposto dell'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva quadro stabilisce che le ANR sono tenute a garantire la riservatezza delle informazioni di questo tipo in conformità alle norme comunitarie e nazionali sulla riservatezza commerciale. L'obbligo di riservatezza si applica ugualmente alle informazioni ottenute in via confidenziale da un'altra autorità pubblica.

5.3. Procedure di cooperazione

Fra le ANR e le autorità nazionali per la concorrenza

135. L'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva quadro impone che nell'analisi del mercato le ANR e le autorità nazionali per la concorrenza operino in associazione tra loro. Gli Stati membri devono istituire tutte le procedure necessarie perché l'analisi del mercato di cui all'articolo 16 della direttiva quadro sia effettuata in modo efficace. Le ANR invitano le autorità nazionali per la concorrenza a fornire il loro parere qualora lo ritengano necessario. Dato che le ANR svolgono l'analisi del mercato secondo le metodologie delle norme della concorrenza, il parere delle autorità nazionali per la concorrenza in merito a tale valutazione è quanto mai pertinente. Benché la cooperazione tra ANR e autorità nazionali per la concorrenza sia determinante, la responsabilità giuridica dell'analisi in questione rimane a carico delle ANR. Nei casi in cui il diritto nazionale stabilisca che le mansioni previste dall'articolo 16 della direttiva quadro siano esercitate da due o più organismi distinti, gli Stati membri devono provvedere ad una chiara separazione tra i compiti ed istituire procedure di consultazione e cooperazione tra gli organismi di regolamentazione al fine di garantire un'analisi coerente dei mercati pertinenti.

136. In base all'articolo 3, paragrafo 5, della direttiva quadro le ANR e le autorità nazionali per la concorrenza sono tenute a fornirsi reciprocamente le informazioni necessarie per l'applicazione del quadro normativo; l'autorità che riceve tali informazioni è tenuta ad assicurare lo stesso grado di riservatezza dell'autorità da cui provengono. Le autorità nazionali per la concorrenza dovranno pertanto fornire alle ANR tutte le informazioni pertinenti ottenute in virtù dei loro poteri di indagine e di esecuzione, ivi comprese le informazioni riservate.

137. Le autorità nazionali per la concorrenza dovranno scambiare con le ANR le informazioni giudicate riservate, in conformità alle norme comunitarie e nazionali sulla riservatezza commerciale, soltanto quando necessario ai fini dell'applicazione delle disposizioni del quadro normativo. Lo scambio dovrà limitarsi alle sole informazioni pertinenti ed essere commisurato allo scopo.

Fra la Commissione e le ANR

138. Per l'efficacia e il buon funzionamento del nuovo quadro normativo è determinante un alto grado di cooperazione tra la Commissione e le ANR ed è particolarmente importante un'efficace cooperazione a livello informale. Nel quadro dei propri compiti di assistenza e consulenza alla Commissione, il gruppo dei regolatori europei sarà di grande importanza nel fornire un quadro di

cooperazione, che probabilmente aiuterà entrambe le parti a ridurre al minimo il rischio di impostazioni divergenti tra le varie ANR, in particolare l'uso di correttivi diversi per uno stesso problema[123].

139. Conformemente all'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva quadro, le ANR devono fornire alla Commissione le informazioni che le sono necessarie per assolvere i compiti ad essa conferiti dal trattato. Si tratta anzitutto delle informazioni relative al quadro normativo (per verificare la compatibilità delle misure adottate dalle ANR con la legislazione comunitaria), ma anche delle informazioni che la Commissione potrebbe richiedere ad esempio nel verificare l'osservanza degli impegni assunti nel quadro dell'OMC.

140. Le ANR devono assicurarsi di informare le imprese quando forniscono alla Commissione informazioni da loro richieste alle ditte stesse.

141. La Commissione può inoltre mettere tali informazioni a disposizione di un'altra ANR salvo richiesta contraria, esplicita e motivata, da parte dell'ANR che le ha fornite. Malgrado l'assenza di obbligo giuridico in questo senso, normalmente la Commissione informerà l'impresa che ha fornito le informazioni di averle comunicate ad un'altra ANR.

Tra ANR

142. È di fondamentale importanza che le ANR sviluppino un'impostazione regolamentare comune a tutti gli Stati membri, onde contribuire alla realizzazione di un vero mercato unico delle comunicazioni elettroniche. A questo fine, ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva quadro, le ANR sono tenute a cooperare tra loro nonché con la Commissione in modo trasparente per garantire un'applicazione uniforme del nuovo quadro normativo in tutti gli Stati membri. Il gruppo dei regolatori europei dovrebbe costituire un importante ambito di cooperazione.

143. L'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva quadro prevede inoltre lo scambio diretto di informazioni tra le ANR dietro presentazione di una richiesta motivata. Ciò sarà particolarmente importante quando si tratterà di analizzare i mercati transnazionali, ma sarà anche necessaria nel quadro della cooperazione all'interno del gruppo dei regolatori europei. In ogni scambio di informazioni, le ANR sono tenute a mantenere riservate le informazioni ricevute.

6. PROCEDURE DI CONSULTAZIONE PUBBLICA E PUBBLICAZIONE DELLE DECISIONI PROPOSTE DALLE ANR

6.1. Meccanismo di consultazione pubblica

144. Salvo nei casi urgenti descritti sopra, un'ANR che intenda adottare una misura che abbia un impatto consistente sul mercato rilevante dovrà dare alle parti interessate la possibilità di esprimersi sulla misura in fase di progetto. A questo scopo, l'ANR dovrà tenere una consultazione pubblica sulla misura proposta. Quando la misura riguarda una decisione relativa alla designazione o non designazione di significativo potere di mercato, essa dovrà comprendere i seguenti elementi:

- la definizione del mercato usata e le relative motivazioni, escluse le informazioni che hanno carattere riservato in base alle norme europee e nazionali sulla riservatezza commerciale,

- gli elementi su cui si basa la constatazione dell'esistenza di una posizione dominante, escluse le informazioni che hanno carattere riservato in base alle norme europee e nazionali sulla riservatezza commerciale, unitamente all'individuazione delle eventuali imprese proposte per la designazione di imprese con significativo potere di mercato,

---

(123) Anche il comitato per le comunicazioni di cui all'articolo 22 della direttiva quadro è incaricato di garantire un'efficace cooperazione tra la Commissione e gli Stati membri.

- descrizione circostanziata degli obblighi settoriali specifici che l'ANR propone di imporre alle imprese summenzionate o mantenere, modificare o revocare, unitamente a una valutazione della proporzionalità della misura proposta.

145. Il periodo di consultazione deve estendersi su un arco di tempo ragionevole. L'adozione delle decisioni da parte delle ANR non deve comunque tardare eccessivamente, poiché ciò potrebbe ostacolare lo sviluppo del mercato. Per le decisioni relative all'esistenza e alla designazione delle imprese con significativo potere di mercato, la Commissione ritiene che sarebbe ragionevole prevedere un periodo di due mesi per lo svolgimento della consultazione pubblica. Ove opportuno tale lasso di tempo potrebbe essere modificato. Inversamente, quando viene proposta una decisione in merito al significativo potere di mercato sulla base dei risultati di una consultazione precedente, si potrà pure prevedere un periodo di consultazione più breve per le decisioni in questione.

6.2. Meccanismi per consolidare il mercato interno delle comunicazioni elettroniche

146. Quando intende adottare una misura che rientra nel campo di applicazione delle procedure di definizione del mercato o di analisi del mercato di cui agli articoli 15 e 16 della direttiva quadro, quando applica altri articoli specifici del quadro normativo[124] e quando le misure incidono sugli scambi commerciali tra gli Stati membri, l'ANR dovrà comunicare le misure stesse, accompagnate da una motivazione, alle ANR degli altri Stati membri e alla Commissione in conformità all'articolo 7, paragrafo 3, della direttiva quadro. Tale comunicazione dovrebbe avvenire fin dall'inizio della consultazione. Prima di adottare una decisione definitiva, l'ANR dovrà dare alle altre ANR e alla Commissione la possibilità di esprimersi sulle misure proposte. Esse dovrebbero pronunciarsi entro i termini stabiliti dall'ANR per la consultazione pubblica nazionale, salvo il caso in cui il termine sia inferiore al minimo di un mese previsto dall'articolo 7, paragrafo 3. La Commissione potrà decidere di pubblicare le sue osservazioni quando le circostanze lo giustifichino.

147. Per misure che potrebbero influenzare il commercio tra gli Stati membri si intendono le misure atte ad avere un'influenza, diretta o indiretta, reale o potenziale, sui modelli di commercio fra Stati membri in modo tale da creare una barriera al mercato unico[125]. Pertanto, il concetto di influenza sul commercio si applicherà probabilmente a un'ampia serie di misure.

148. Le ANR devono rendere pubblici i risultati della consultazione pubblica, salvo nel caso di informazioni riservate ai sensi delle norme comunitarie e nazionali sulla riservatezza commerciale.

149. Fatta eccezione per due casi specifici, descritti nel paragrafo successivo, l'ANR interessata potrà adottare la misura definitiva dopo aver tenuto conto dei pareri espressi nel corso della consultazione obbligatoria. Tale misura andrà comunicata immediatamente alla Commissione.

6.3. Potere della Commissione di chiedere la revoca delle misure proposte dalle ANR

150. In base all'articolo 7, paragrafo 4, della direttiva quadro, due sono le situazioni specifiche in cui la Commissione ha la possibilità di chiedere a un'ANR la revoca di una misura proposta che ricada nell'ambito d'applicazione dell'articolo 7, paragrafo 3:

---

(124) Vengono trattati specificamente i seguenti articoli: articoli 15 e 16 della direttiva quadro (il secondo si riferisce a sua volta agli articoli da 16 a 19 della direttiva servizio universale e agli articoli 7 e 8 della direttiva accesso), articoli 5 e 8 della direttiva accesso (il secondo si riferisce a sua volta agli articoli da 9 a 13 della direttiva accesso) e articolo 16 della direttiva servizio universale (che si riferisce a sua volta agli articoli 17, 18 e 19 della direttiva servizio universale). Inoltre, l'articolo 6 della direttiva accesso, seppur non esplicitamente citato nell'articolo 7 della direttiva quadro, contiene un riferimento a tale articolo la direttiva quadro e rientra pertanto nella procedura ivi descritta.

(125) Considerando 38 della direttiva quadro.

- se la misura proposta riguarda la definizione di un mercato rilevante che differisca da quello individuato nella raccomandazione, o

- se la misura proposta riguarda la decisione di designare o meno un'impresa come detentrice di un significativo potere di mercato, singolarmente o unitamente ad altri.

151. Rispetto alle due situazioni sopra descritte, laddove la Commissione abbia indicato all'ANR, nel corso del processo di consultazione, di ritenere che la misura proposta crei un ostacolo al mercato unico europeo o nutra seri dubbi sulla compatibilità della misura proposta con il diritto comunitario, l'adozione della misura dovrà essere rimandata fino a un massimo di due mesi.

152. Durante quei due mesi, la Commissione, dopo aver interpellato il comitato per le comunicazioni in base alla procedura consultiva[126], potrà esigere dall'ANR la revoca della misura proposta. La decisione della Commissione sarà accompagnata da un'analisi circostanziata e obiettiva dei motivi per cui non ritiene opportuna l'adozione della misura proposta, unitamente a proposte specifiche per la sua modifica. Trascorso tale periodo, se la Commissione non ha preso alcuna decisione, l'ANR potrà adottare la misura proposta.

6.4. Casi urgenti

153. In circostanze eccezionali, le ANR potranno intervenire d'urgenza per tutelare la concorrenza e gli interessi degli utenti. Un'ANR potrà pertanto, in via eccezionale, adottare misure congrue e provvisorie senza consultare le parti interessate, ovvero le ANR degli altri Stati membri e la Commissione. Le eventuali misure urgenti adottate dall'ANR andranno comunicate senza indugio alla Commissione e alle altre ANR ed esaurientemente motivate. La Commissione verificherà la compatibilità delle misure con il diritto comunitario, valutandone in particolare la proporzionalità rispetto agli obiettivi di cui all'articolo 8 della direttiva quadro.

154. Qualora intenda rendere permanenti misure provvisorie o prorogarne il periodo di applicazione, l'ANR dovrà seguire la normale procedura di consultazione sopra enunciata. È difficile prevedere circostanze che giustifichino un intervento urgente per definire un mercato o designare un operatore come detentore di un significativo potere di mercato, poiché non si tratta delle misure che possono essere eseguite immediatamente. La Commissione non prevede pertanto che le ANR ricorrano alle procedure straordinarie in tali casi.

6.5. Adozione della decisione definitiva

155. Ai sensi dell'articolo 36, paragrafo 2, della direttiva servizio universale e degli articoli 15, paragrafo 2 e 16, paragrafo 2 della direttiva accesso, una volta adottata la decisione definitiva, le ANR notificano alla Commissione i nomi delle imprese designate come detentrici di un significativo potere di mercato nonché gli obblighi imposti a loro carico. La Commissione renderà successivamente disponibili tali informazioni in forma prontamente accessibile e, se del caso, le trasmetterà al comitato per le comunicazioni.

156. Analogamente, le ANR pubblicano i nomi delle imprese designate come aventi un significativo potere di mercato e gli obblighi loro imposti. Esse provvedono alla pubblicazione di informazioni aggiornate secondo modalità che ne garantiscano l'accessibilità a tutte le parti interessate.

---

(126) Come stabilito dall'articolo 3 della decisione 1999/468/CE del Consiglio recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione, la Commissione tiene in massima considerazione il parere del comitato, ma non ne è vincolata.