

IL MERCATO RILEVANTE

di ANDREA NIUTTA

SOMMARIO: 1.1. La determinazione del mercato rilevante: introduzione. — 1.2. I criteri per la determinazione del mercato del prodotto: l'ambito di sovrapposizione tra le attività delle imprese interessate. — 1.3. Continua: la sostituibilità dal versante della domanda. — 1.4. Continua: la sostituibilità dal versante dell'offerta. — 2.1. I criteri per la determinazione del mercato geografico di riferimento: la deperibilità del prodotto e i costi del trasporto. — 2.2. Le barriere di natura distributiva. — 2.3. Importazioni ed esportazioni. — 2.4. Le abitudini dei consumatori e la « fedeltà della domanda ». — 2.5. Le barriere amministrative.

1.1. La determinazione del mercato rilevante: introduzione.

Per quanto attiene ai criteri utilizzati nella definizione del mercato rilevante, sia per l'aspetto merceologico che per quello geografico, l'esame delle decisioni dell'Autorità nel 1993 rivela una sostanziale conferma degli orientamenti emersi nei due anni precedenti e già segnalati in questa Rivista.

Anzi, il progressivo consolidarsi del metodo d'indagine, e l'affinarsi della prassi ha via via consentito di dare un contenuto al « concetto normativo » di mercato rilevante. Tuttavia, se bisogna dare atto all'Autorità Garante di questo risultato, non si può per questo trascurare l'aspetto negativo di tale processo evolutivo; soprattutto nei settori economici più frequentemente interessati dal controllo dell'Autorità, esso ha comportato una certa standardizzazione della motivazione dei provvedimenti (in special modo per quanto attiene alle decisioni « di non avviare l'istruttoria... »).

Già rispetto ai primi due anni dell'attività dell'Autorità Garante poteva apparire plausibile una critica di difetto di motivazione dei provvedimenti in questione, specie in vista della possibile impugnazione davanti al T.A.R. (da parte dei soggetti interessati all'apertura dell'istruttoria), dove dev'essere possibile — trattandosi di un giudizio di legittimità — ricostruire con sufficiente precisione i passaggi dell'*iter* logico seguito per giungere alla decisione ⁽¹⁾. A maggior ragione tale critica risulta oggi fondata, allorché la

(1) Cfr. AMORELLI, *I procedimenti amministrativi comunitari aperti ai privati*, in *Riv. dir.*

motivazione viene ad essere non solo eccessivamente stringata, ma stereotipata o addirittura assente ⁽²⁾. È quello che è dato rilevare, in particolare, con riferimento alle decisioni relative all'industria del cemento e dei suoi derivati (ad es. il calcestruzzo preconfezionato), lì dove i « considerando » relativi alla definizione del mercato geografico rilevante sono addirittura pressoché identici nei diversi provvedimenti presi in esame. In altri casi l'assoluta assenza di motivazione sembra derivare dalla convinzione che, in forza delle decisioni già intervenute nel settore (in specie, quello della grande distribuzione, come pure quello della distribuzione di gasolio — per riscaldamento e per autotrazione) e agli orientamenti espressi in quell'occasione dall'Autorità Garante, le affermazioni possono anche essere apodittiche in quanto ripropongono le soluzioni già sperimentate (v., tra le altre, *Standa/Razin*, C775, 1993/912, in *Boll.*, 1993/1; *Jacorossi/ABP Novicelli*, C868, 1993/1071, in *Boll.*, 1993/7; altrettanto apodittica pare la definizione del mercato rilevante in *Italease/Nazionalefin - Istituto Triveneto*, C780, 1993/937, in *Boll.*, 1993/2, come in altre decisioni relative al mercato del *leasing*, o a quello dei depositi e degli impieghi bancari).

Quale che sia la ragione di una simile struttura dei provvedimenti, il risultato, comunque, è che l'operatore non è sempre in grado di conoscere la ragione per cui in un determinato caso si assume una certa ampiezza di un dato mercato, mentre in altre decisioni si adotta un criterio più restrittivo. Nel settore tessile, ad esempio, non si capisce perché in un provvedimento si considerino unitariamente i mercati « della produzione e vendita di camice per uomo, donna e bambino » — senza dare assolutamente conto dell'evidente non sostituibilità di tali prodotti — (*Azimut/Altana Uno - Columbia*, C786, 1993/939, in *Boll.*, 1993/2), mentre in altri si distingue, all'interno del *genus* « abbigliamento intimo », tra corsetteria, calze da donna, intimo notte,

impr., 1993, p. 401, sottolinea che in realtà il c.d. diritto di « difesa » esprime l'interesse dei soggetti privati (interessati, o « controinteressati » al giudizio antitrust) a che il procedimento « termini, soprattutto nel caso del sacrificio di diritti, libertà ed interessi, con un adeguato resoconto della valutazione di quanto introdotto », vale a dire degli elementi fattuali esaminati durante la procedura e posti a fondamento del provvedimento.

(2) V. DONATIVI, *Poteri dell'Autorità in materia di divieto delle operazioni di concentrazione*, in AA.VV., *Diritto antitrust italiano*, II, Bologna, 1993, p. 1003, là dove richiama l'art. 3, 1° comma, della l. 241/90, che impone in via generale l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi. È interessante notare che, qualora l'Autorità volesse motivare *per relationem* le proprie decisioni, avrebbe l'obbligo, ai sensi del comma 3° dello stesso articolo, di indicare espressamente la decisione cui si intende fare rinvio. In tal senso la prassi attualmente invalsa risulta comunque censurabile; sul generale obbligo di motivazione dei provvedimenti in materia antitrust (in sede comunitaria come nell'ambito nazionale) cfr. RAFFAELLI, *Le imprese e i poteri di indagine della Commissione e dell'Autorità Garante*, in *Riv. dir. ind.*, 1993, I, p. 378 ss., spec. p. 390.

ecc.: è evidente l'adozione di livelli di specificazione del mercato differenti, ma non altrettanto chiare paiono le ragioni di una tale scelta.

1.2. I criteri per la determinazione del mercato del prodotto: la delimitazione dell'ambito di sovrapposizione dell'attività delle imprese interessate.

L'iter logico seguito dall'Autorità Garante per la definizione del mercato rilevante inizia con la verifica dell'esistenza di un ambito di attività comune alle imprese interessate: è ovvio, infatti, che lì dove queste operino in settori merceologicamente (*Fintermica/Editori riuniti*, C732, 1993/918, in *Boll.*, 1992/2; *Nai Porto/Terminal Rinfuse Genova*, C766, 1993/919, in *Boll.*, 1993/2; *Waste Management/Nuova Ecoedizioni*, C850, 1993/1037, in *Boll.*, 1993/6) o geograficamente (*Italgel/Portugel*, C746, 1993/892, in *Boll.*, 1993/1; *Avir Finanziaria/Vidriera Rovira*, C811, 1993/964, in *Boll.*, 1993/3; *Cragnotti & Partners/Fedital*, C700, 1993/1048, in *Boll.*, 1993/6; *Autogrill/Procace*, C982, 1993/1274, in *Boll.*, 1993/15-16) differenti, ovvero una delle due non sia attualmente operativa (*SA Fin/Giugno Due 87*, C671, 1993/907, in *Boll.*, 1993/1; *Cà Nova/Venere*, C793, 1993/931, in *Boll.*, 1993/2; *Aginori/Sanitari 1*, C788, 1993/942, in *Boll.*, 1993/2; *Waste Management/Nuova Ecoedizioni*, cit.; *Schemasedici/Mario Zegna Energia*, C993, 1993/1280, in *Boll.*, 1993/15-16), si avrà una concentrazione conglomerale, o comunque di fatto non idonea a determinare effetti anticoncorrenziali. Questa prima disamina consente quindi di dichiarare immediatamente la non apertura dell'istruttoria lì dove è lampante l'assenza di effetti anticoncorrenziali (cfr. *Fintermica/Editori Riuniti*, cit.), con un'indubbia manifestazione di una logica espressa, in altri settori dell'ordinamento, con il c.d. criterio di « economia processuale ». Tuttavia, permane il dubbio che, con una diversa opzione interpretativa in sede di definizione della fattispecie di concentrazione rilevante ai sensi della l. 287/90, sarebbe stato possibile rispondere meglio alla logica suddetta, evitando magari che l'Autorità Garante venisse sommersa dalle comunicazioni relative ad operazioni prive di alcuna importanza ⁽³⁾.

Inoltre, anche quando le imprese interessate operano entrambe in un dato settore, è opportuno limitare a questo la verifica degli effetti anticoncorrenziali, escludendo dall'analisi gli ambiti mercatori nei quali è presente

⁽³⁾ V., in proposito, le considerazioni svolte da GUIZZI, *Concentrazioni: la fattispecie*, in questa Rivista, 1993, pp. 130-131, circa la dilatazione della nozione d'impresa da parte dell'Autorità Garante; nello stesso senso ALESSI, *Le operazioni di concentrazione. Introduzione*, ivi, p. 128, a proposito della comunicazione di operazioni infragruppo.