

INDICE

INTRODUZIONE.....	5
-------------------	---

CAPITOLO I

GENESI E APPLICAZIONE DELL'ART. 102 TFUE. PROFILI STORICI E TENDENZE EVOLUTIVE

1. Premessa.....	10
2. Verso l'art. 82 Trattato CE.....	11
3. La Scuola di Friburgo.....	14
4. La Scuola di Harvard.	18
5. La Scuola di Chicago.	21
6. Il Post-Chicago.....	24
7. L'impatto delle scuole di pensiero sull'applicazione dell'art. 102 TFUE alle pratiche scontistiche.	27

CAPITOLO II

LE PRATICHE SCONTISTICHE COME ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE. IL TRADIZIONALE APPROCCIO DELLA COMMISSIONE

1. Premessa.....	30
2. Le condotte abusive secondo il tradizionale approccio comunitario.	33
2.1. Gli sconti quantità.	37
2.2. Gli sconti di fedeltà.	39
3. Il <i>form-based approach</i> . L'applicazione della <i>per se rule</i>	43
3.1. L'insufficienza della <i>per se rule</i> tra effetti anticompetitivi ed effetti procompetitivi.	47
4. Gli effetti discriminatori come conseguenza dei sistemi di sconto.....	50
4.1. Gli effetti discriminatori derivanti dagli sconti fedeltà e dagli sconti <i>target</i> . 55	
4.2. La disciplina della discriminazione di prezzo negli U.S. Il <i>Robinson Patman Act</i>	56

CAPITOLO III

LA PRASSI DELLA COMMISSIONE E LA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA. LA PRASSI INTERPRETATIVA DELL'AGCM

1. Premessa.....	61
------------------	----

SEZIONE PRIMA: LA PRASSI DELLA COMMISSIONE

2. I sistemi scontistici attuati da imprese in posizione dominante.....	64
3. I sistemi di sconto collegati agli accordi di esclusiva.....	65
3.1. Il caso <i>European Sugar Industry</i>	66
3.2. Il caso <i>Hoffman-La Roche</i>	69
3.3. Il caso <i>Hilti</i>	73
3.4. Il caso <i>British Plasterboard</i>	76
4. Gli sconti condizionati a volumi di acquisto individualizzati e gli sconti concessi in relazione a volumi di acquisto standardizzati.....	78
4.1. Il caso <i>Michelin I</i>	81
4.2. Il caso <i>Irish Sugar</i>	87
4.3. Il caso <i>Virgin c/ British Airways</i>	91
4.4. Il caso <i>Michelin II</i> . Tra sconti individualizzati e sconti standardizzati.....	96

SEZIONE SECONDA: LA PRASSI INTERPRETATIVA DELL'AGCM

5. Premessa.....	103
6. Il caso <i>Marinzulich c/ Tirrenia</i>	104
7. Il caso <i>Coca-Cola</i>	106
7.1. Gli sconti selettivi.....	107
7.2. Le clausole di esclusiva.....	109

CAPITOLO IV

IL PROCESSO DI *REVIEW* DEI CRITERI APPLICATIVI DELL'ARTICOLO 102 TFUE ALLE PRATICHE SCONTISTICHE

1. Premessa.....	113
------------------	-----

SEZIONE PRIMA: IL NUOVO APPROCCIO METODOLOGICO NELLA VALUTAZIONE DELLE PRATICHE SCONTISTICHE

2. Il <i>Discussion Paper</i> sull'applicazione dell'art. 82 alle pratiche escludenti. ...	117
2.1. Le pratiche scontistiche nel <i>Discussion Paper</i>	123
2.2. La valutazione degli accordi di esclusiva. Obblighi di acquisto. Sistemi di sconti.....	125
2.2.1. Gli obblighi di acquisto.....	126

2.2.2. I sistemi di sconto condizionati.....	127
2.2.3. Sconti retroattivi e sconti incrementali.	132
2.2.4. I sistemi di sconti non condizionati.....	133
3. Possibili difese dell'impresa dominante: giustificazioni obiettive ed efficienze.	134
4. Gli effetti del <i>Discussion Paper</i>	136
5. Gli Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti.....	141
5.1. I comportamenti di esclusione basati sui prezzi e l'introduzione del test del "concorrente parimenti efficiente".....	146
5.2. Il funzionamento del test del "concorrente parimenti efficiente".....	149
5.3. Specifiche forme di abuso. Accordi di esclusiva. Obblighi di acquisto. Sistemi di sconti.	152
5.3.1. Gli obblighi di acquisto.....	153
5.3.2. Gli sconti condizionati.	156
6. Le criticità degli Orientamenti.	159

SEZIONE SECONDA: IL *REVIEW* DELLA PRASSI DELLA COMMISSIONE

7. Il caso <i>Tomra</i>	162
8. Le strategie e le pratiche poste in essere da <i>Tomra</i>	163
8.1. Gli accordi di esclusiva.	165
8.2. Gli impegni quantitativi.	167
8.3. Gli schemi di sconto.....	168
9. La valutazione delle pratiche di <i>Tomra</i> ed il loro impatto sul mercato.	170
10. Le possibili giustificazioni e le difese di <i>Tomra</i>	174
11. Un commento.	175
12. Il caso <i>Intel</i>	178
13. La strategia e le pratiche poste in essere da <i>Intel</i>	181
13.1. Gli sconti condizionati.	182
13.1.1. Gli sconti concessi a <i>Dell</i>	183
13.1.2. Gli sconti ed i pagamenti concessi ad <i>HP</i>	185
13.1.3. Gli sconti ed i pagamenti concessi ad <i>Acer</i>	186
13.1.4. Gli sconti concessi a <i>Nec</i>	187
13.1.5. Gli sconti ed i pagamenti concessi a <i>Lenovo</i>	188

13.2. I pagamenti a <i>Media-Saturn Holding GmbH (MSH)</i>	190
13.3. Le c.d. <i>naked restrictions</i>	191
14. La valutazione delle pratiche di <i>Intel</i>	192
15. <i>As Efficient Competitor Analysis</i>	194
16. Le giustificazioni di <i>Intel</i>	196
17. Un commento.....	198
 CONCLUSIONI.....	 203
 INDICE DELLE OPERE CITATE.....	 209
INDICE DELLA GIURISPRUDENZA	226
INDICE DELLE DECISIONI DELLA COMMISSIONE	227
INDICE DELLE DECISIONI DELL’AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO.....	228

INTRODUZIONE

Secondo l'impostazione più accreditata, l'abuso di posizione dominante costituisce un concetto polisenso, comprensivo tanto delle pratiche di sfruttamento, quanto delle pratiche escludenti¹.

Nel novero delle pratiche escludenti², si focalizzerà l'attenzione su una delle principali ipotesi di abuso, quella, cioè, delle pratiche scontistiche vietate dall'art. 102, lett. b), TFUE, perché miranti a limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo dei concorrenti dell'impresa egemone, a danno dei consumatori.

La materia in questione si caratterizza per una marcata vivacità, dovuta alla complessità delle tematiche affrontate ed alla loro costante evoluzione.

Giova in proposito osservare come sotto la guida di Mario Monti – Commissario europeo per la concorrenza fino al 2004 – la Commissione intraprese un processo di revisione della propria politica di intervento in

¹ In dottrina, da più parti si è sottolineato come quello di posizione dominante sia un concetto dai contorni sfocati. Nonostante ciò, incontra ormai adesioni generalizzate la distinzione al suo interno tra abusi escludenti e abusi di sfruttamento. I primi consistono, generalmente, in pratiche attuate da un'impresa egemone a detrimento della posizione dei concorrenti, con l'intento di escluderli dal mercato. Per la verità, si apre anche alla possibilità che in talune ipotesi queste condotte non perseguano come fine ultimo quello di danneggiare i concorrenti, essendo anche possibile che, nel lungo periodo, provochino effetti benefici sul mercato. Con gli abusi di sfruttamento, invece, l'impresa dominante adopera la propria forza sul mercato per danneggiare direttamente i concorrenti. Cfr. J. FAULL – A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 2nd ed., 2007; R. O' DONOGHUE – A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007.

² La Corte di Giustizia ha definito gli abusi escludenti nel caso *Hoffman-La Roche* nel quale afferma che “*The concept of an abuse in an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition*”. Cfr. *infra* capitolo terzo.

materia di abuso di posizione dominante e, segnatamente, in materia di pratiche escludenti³.

In effetti, la Commissione aveva già in precedenza operato un riordino della propria azione in materia di intese (tradottasi soprattutto nell'adozione del Reg. n. 2790/99, in tema di restrizioni verticali, oggi sostituito dal Reg. n. 330/10 e delle relative Linee Diretrici) e operazioni di concentrazione (con la pubblicazione del Reg. 139/04 in sostituzione del Reg. n. 4064/89), pertanto residuava l'esigenza di attendere ad un ripensamento anche di questo particolare ambito della politica *antitrust*.

Nell'ampio novero di pratiche riconducibili alla nozione di abuso di posizione dominante, la Commissione ha preferito intervenire con priorità proprio nel settore delle pratiche escludenti, considerato particolarmente delicato perché gravido di conseguenze rilevanti per le dinamiche di mercato.

In tale ambito, nella tradizionale prassi applicativa dell'art. 102 TFUE alle pratiche scontistiche si era consolidata l'adesione ad un approccio puramente formalistico, cioè fondato su presunzioni di illiceità o di liceità, non convalidate da ulteriori accertamenti, perché operanti esclusivamente sulla base della qualificazione formale assegnata alle condotte prese in considerazione⁴.

L'esigenza di intraprendere l'anzidetto processo di *review*, la cui analisi sarà approfondita nel prosieguo della trattazione, è sorta proprio in ragione delle numerose critiche mosse nei confronti di questo tradizionale impianto interpretativo dell'art. 102 TFUE, da più parti ritenuto carente sul piano dell'approfondimento economico⁵.

³ Si confronti sul punto L.L. GORMSEN, *Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?*, in *The Competition Law Review*, volume 2, numero 2, 2006, p. 5.

⁴ Cfr. D.W. HULL, *The Article 82 Guidelines: Threading the Needle Between Precedent and Reform*, in (a cura di) M. STÖBER, *EEI Policy Papers, Competition, Economic Approach to Article 82*, pp. 13-20.

⁵ Invero, diversi autori, nell'indagare la tematica che ci occupa hanno rilevato come gli organi comunitari abbiano riposto troppa attenzione sulla qualificazione giuridica delle condotte, con evidenti carenze quanto all'analisi del loro impatto sul mercato. Cfr., *ex multis*, D.A. ANDERSON – A. HEIMLER, *Abuse of Dominant Position. Enforcement Issues and*

Il processo di rinnovamento, peraltro ancora in corso, del *modus operandi* seguito dai competenti organi, anche nazionali, nella valutazione delle pratiche scontistiche attuate da imprese in posizione dominante è una conferma della forte vocazione evolutiva di questo precipuo settore del diritto *antitrust*.

Tanto premesso in via generale, nel corso della trattazione si affronteranno le diverse problematiche che il tema in rilievo pone, con particolare riguardo, nella prima parte, ad un'analisi delle pratiche scontistiche in una prospettiva storico-comparatistica, raffrontando, cioè, le distinte scuole di pensiero succedutesi, tanto in ambito europeo, quanto in ambito statunitense nella materia che ci occupa.

Nella seconda parte si focalizzerà l'analisi sulla prassi comunitaria attraversata, come si è già rilevato, da un periodo di forti ripensamenti.

Si è preferito dividere tale seconda parte del lavoro in due separate articolazioni per assegnare maggiore risalto al cambiamento, da alcuni definito "epocale", cui si è pervenuti nella valutazione delle pratiche scontistiche da parte della Commissione⁶.

Approaches for Developing Countries, in (a cura di) V. DHALL, *Competition Law Today. Concepts, Issues, and the Law in Practice*, Oxford University Press, 2007, p. 79; S. BASTIANON, *Gli orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 C.E. alle pratiche escludenti*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, numero 1, 2009, pp. 61-81; E. ROUSSEVA, *Abuse of Dominant Position Defences. Objective Justification and Article 82 EC in the Era of Modernisation*, in (a cura di) G. AMATO – C.D. EHLERMANN, *EC Competition Law. A Critical Assessment*, Hart Publishing, 2007, p. 172; E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 23-47.

⁶ Cfr. G. BRUZZONE, *Abuso di posizione dominante: gli orientamenti comunitari sulla condotta escludente*, in *Note e Studi Assonime*, volume 2, 2009, pp. 1-47; R. CELLI, *Rebates in the Enforcement of Article 102. Lesson from the Intel Decision*, 2010, disponibile su www.agcm.it; G. COLANGELO, *Le misure escludenti come illecito antitrust nel diritto comunitario*, in *Il diritto industriale*, numero 1, 2010, pp. 61-66; L. FINELL, *The Article 82 Reform: Increasing the Incentives to Comply*, in *World Competition*, volume 32, numero 3, 2009, pp. 283-303; G. GHIDINI – E. AREZZO, *L'assalto fallito? Riflessioni sulla proposta rivisitazione in chiave "più economica" dell'abuso di dominanza*, in *Mercato concorrenza regole*, volume 1, 2010, p. 115; L.L. GORMSEN, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge University Press, 2010.

In primo luogo, si esaminerà il tradizionale approccio di valutazione, arricchendo il percorso di ricerca attraverso la disamina della corposa prassi emersa, che consentirà di rilevare i profili di continuità e attaccamento delle autorità, comunitarie e nazionali, a quel metodo di valutazione, fortemente ancorato alla qualificazione delle pratiche attuate dalle imprese.

Per quanto concerne le decisioni adottate dall'Autorità competente a livello nazionale, saranno selezionati dei casi che, ancorché ormai piuttosto risalenti, continuano a offrire numerosi spunti di riflessione, evidenziando in maniera lampante l'omogeneità delle decisioni dell'autorità nazionale con quella europea.

Detto in altri termini, la disamina dei due principali casi affrontati nel corso della trattazione consentirà di verificare come il tradizionale metodo di valutazione delle pratiche scontistiche, di cui si è detto, sia stato a più riprese seguito anche in ambito nazionale.

La successiva sezione della seconda parte dell'elaborato sarà dedicata allo studio e all'interpretazione critica del processo di ripensamento dei criteri applicativi dell'art. 102 TFUE agli sconti, esaminando in particolare i nuovi parametri proposti dalla Commissione.

Sarà attribuito il dovuto risalto al mutato approccio non più indulgente su semplificazioni presuntive connesse alla qualificazione formale delle pratiche segnalate, bensì attento agli effetti scaturenti dalle condotte abusive e al concreto dispiegarsi di tali effetti nel mercato di riferimento.

Anche l'esegesi di tale rinnovato approccio sarà arricchita da un'analisi dei casi più emblematici. In particolare, si selezioneranno due decisioni più di altre rappresentative dei passi in avanti compiuti dalla Commissione verso una valutazione sempre più economica delle pratiche che ci occupano.

Infine, nella parte conclusiva della trattazione, si trarrà spunto dalla prassi applicativa esaminata per verificare quanto siano concrete e durevoli le prospettive applicative dei nuovi parametri proposti dalla Commissione e quali siano, invece, le opportunità di ridare valore al tradizionale approccio valutativo.

CAPITOLO I

GENESI E APPLICAZIONE DELL'ART. 102 TFUE. PROFILI STORICI E TENDENZE EVOLUTIVE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Verso l'art. 82 Trattato CE. – 3. La Scuola di Friburgo. – 4. La Scuola di Harvard. – 5. La Scuola di Chicago. – 6. Il Post-Chicago. – 7. L'impatto delle scuole di pensiero sull'applicazione dell'art. 102 TFUE alle pratiche scontistiche.

1. Premessa

Un percorso di modernizzazione postula sempre uno sguardo alle origini, o per realizzare un miglioramento rispetto al passato o per cercare ispirazione in esso¹.

Pertanto, l'analisi del percorso evolutivo che ha interessato, e interessa tutt'ora, l'esperienza interpretativa dell'art. 102 TFUE², impone un richiamo alle origini della norma citata, per ricostruire le motivazioni alla base della struttura utilizzata dal legislatore nella costruzione della fattispecie in questione e comprendere l'operato degli organi comunitari.

Come vedremo, in ambito europeo il diritto della concorrenza non ha, per ovvie ragioni, lunghi trascorsi storici³, a differenza dell'*antitrust*

¹ Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, p. 9.

² Cfr. *infra* capitolo quarto.

³ Si consideri che il diritto *antitrust* in Europa nasce nel secolo XX e si sviluppa nei decenni successivi sulla base dell'idea per cui non devono essere puniti i monopoli privati, individuali o collettivi, in quanto considerate una fisiologica espressione della libertà di commercio. Nell'ordinamento statunitense, invece, già nel 1890 veniva adottato lo *Sherman Act* con il precipuo intento di contenere il potere delle grandi imprese e delle grandi coalizioni industriali, a difesa delle attività produttive più piccole ed indipendenti. Cfr. G. AMATO, *In potere e l'Antitrust*, Bologna, 1998; M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, Giuffrè, 2010, pp. 209-210.

americano, le cui radici teoriche hanno influenzato anche l'evoluzione comunitaria e, segnatamente, quella relativa all'art. 102 TFUE.

Tanto premesso, al fine di meglio inquadrare la fattispecie che ci occupa, nel presente capitolo si offre un *excursus* delle principali scuole di pensiero formatesi in Europa e negli Stati Uniti⁴, che hanno esercitato un'innegabile influenza sull'attuale sistema di *policy* in materia di abuso di posizione dominante e, in particolare, di sconti.

2. Verso l'art. 82 Trattato CE.

La cornice storica e politica è un imprescindibile punto di riferimento per l'interpretazione e l'evoluzione dell'art. 102 TFUE, nonché per la sua concreta applicazione⁵.

Giova, quindi, muovere dal contesto in cui è nato il diritto *antitrust* europeo per cogliere l'esatta portata della norma in parola e assegnare il giusto rilievo al percorso di modernizzazione avviato dalla Commissione⁶.

Prima ancora occorre considerare che, a differenza di quanto accaduto per altri settori ordinamentali, nei lavori preparatori della stesura della norma in tema di abuso, non si è potuto attingere ad un preesistente patrimonio di elaborazioni teoriche ed esperienze applicative.

Infatti, nel periodo di negoziazione dei Trattati costitutivi della Comunità Europea⁷, in nessuno degli ordinamenti degli Stati aderenti, tranne in

⁴ L'esperienza statunitense, più antica e durevole, ha sempre costituito un punto di riferimento – dapprima per la letteratura europea e, poi, anche per la Commissione e la Corte di Giustizia – o come fonte di ispirazione o come esempio di errori da non commettere. Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, p. 10.

⁵ Cfr. R. O' DONOGHUE – A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, pp. 9-20.

⁶ Il riferimento è, in particolare, al processo di *review* avviato in tema di pratiche escludenti. Cfr. *infra* capitolo quarto.

⁷ Si fa riferimento al Trattato CECA, firmato a Parigi il 18 aprile 1951, ed ai Trattati di Roma firmati il 25 marzo 1957 istitutivi della Comunità economica europea e della Comunità europea dell'energia atomica. In particolare, il trattato CECA per primo si poneva anche la finalità di

parte in quello tedesco⁸, poteva riscontrarsi una disciplina in materia di pratiche anticompetitive e, segnatamente, in tema di abuso del potere economico esercitato dalle imprese⁹.

Più nel dettaglio, alla legislazione successiva alla seconda guerra mondiale era sottesa l'idea di fondo secondo cui esiste una positiva correlazione tra la grandezza delle imprese e la loro efficienza.

In tale contesto, è palese l'apporto innovativo fornito dal Trattato CECA, firmato nel 1951 a Parigi, nel quale, per la prima volta, si definiscono le condotte idonee a determinare una distorsione del mercato, ossia le intese restrittive, le operazioni di concentrazione e l'abuso di posizione dominante¹⁰.

Nell'emanazione di tali norme si avverte, come in seguito verrà meglio precisato, da una parte il forte influsso dell'ideologia statunitense, che traspare soprattutto nelle disposizioni disciplinanti l'abuso di posizione dominante, ossia l'allora art. 66 Trattato CECA (oggi 102 TFUE) e dall'altra il precedente costituito dalla *Section 2* dello *Sherman Act*¹¹.

tutelare la concorrenza descrivendo i tre casi che possono dare luogo ad un sua distorsione e, precisamente, le intese, le concentrazioni e gli abusi di posizione dominante.

⁸ Proprio in ragione di tale maggiore "confidenza" con le norme a tutela della concorrenza, la delegazione tedesca ha avuto un maggior peso nei negoziati che hanno condotto all'originaria formulazione dell'art. 82 del Trattato CE. A ben vedere, tuttavia, la prima esperienza dell'ordinamento tedesco era circoscrivibile alla proibizione dell'abuso del potere economico delle imprese, introdotta allo scopo di controllare i cartelli, cercando di regolarne la condotta sul mercato. Soltanto verso la fine della seconda guerra mondiale, Francia e Paesi Bassi hanno legiferato in tale materia, ma senza mai elaborare un regime generale di concorrenza. Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, p. 12; D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 2001, pp. 124-127.

⁹ Cfr. C.D. EDWARDS, *Control of Cartels and Monopolies: An International Comparison*, Oceana Publications, 1967.

¹⁰ Lo scopo del Trattato CECA era quello di contribuire, attraverso la creazione di un mercato comune, all'espansione economica, alla crescita dell'occupazione e ad un elevato *standard* di vita. Cfr. art. 2 Trattato CECA.

¹¹ Le previsioni del Trattato sono state ampiamente influenzate da un contributo ufficioso di Robert Bowie, professore di diritto *antitrust* ad Harvard. Tuttavia, nonostante i tratti in comune tra le norme comunitarie e quelle statunitensi, per diverse ragioni, la *Section 2* dello *Sherman Act* non è stata utilizzata come modello cui ispirarsi per la stesura dell'art. 82 Trattato CE. Ciò per diverse ragioni. Il primo elemento di differenziazione attiene al contesto storico in cui le normative sono state adottate e agli obiettivi che si prefiggevano. Lo *Sherman Act* nasce, infatti, come reazione all'eccessiva applicazione di un principio di *laissez-faire* ed è stato adottato come risposta ai comportamenti delle grandi imprese. Le norme a tutela della

Ebbene, nell'indagare la tematica che ci occupa, diversi autori hanno evidenziato come non si sarebbe potuto addivenire ad una stesura dell'art. 102 TFUE senza l'*input* delle scuole di pensiero economiche e giuridiche¹².

In particolare, la Scuola degli Ordoliberali ha fornito le basi ideologiche per la politica di concorrenza in Europa e ha inevitabilmente influenzato l'elaborazione giurisprudenziale concernente l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE.

Naturalmente, per le ragioni sopra esposte concernenti la maggiore esperienza statunitense in materia, deve, comunque, rilevarsi che anche le dottrine americane hanno esercitato un'importante influenza sulla formazione del diritto *antitrust* europeo, instillando fin dall'epoca della sua formazione il tarlo della necessità di non trascendere da un'analisi economica dei fenomeni concorrenziali.

In dettaglio, il riferimento va in particolare alla Scuola di Harvard, al cui contributo si devono le basi della teoria dell'organizzazione industriale e le

concorrenza in ambito comunitario sono state emanate, più che altro, per agevolare la produzione di massa e la crescita economica. Inoltre, a differenza che negli Stati Uniti all'epoca dell'adozione dello *Sherman Act*, in Europa si registrava una grande diffidenza nei confronti del potere di mercato. Per un'analisi più approfondita dell'influenza americana sull'emanazione della normative comunitaria si confrontino D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 2001, pp. 124-127; W. DIEBOLD, *The Schuman Plan: a study in economic cooperation, 1950-1959*, Council on Foreign Relations, NY, 1959, p. 352; S.M. JAMES, *The Concept of Abuse in the EEC Competition Law: An American View*, in *Law Quarterly Review*, 1976, pp. 242-243; E. FOX, *The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, in *Cornell Law Review*, 1982, pp. 1140-1147.

¹² Si confrontino le opinioni di E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 26-49; D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 2001, pp. 124-127; M. VATIERO, *Ordoliberal Competition*, in *Concorrenza e Mercato*, 2010; G. MONTI, *EC competition law*, Cambridge University Press, 2007, pp. 1-32; R.J. VAN DEN BERGH – P.D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics: a Comparative Perspective*, Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2006; R. O' DONOGHUE – A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006; L.L. GORMSEN, *Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?*, in *The Competition Law Review*, volume 2, numero 2, 2006, pp. 5-25; V. KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9th ed., Hart Publishing, 2007, pp. 100-105; D.J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1994, pp. 25-84; D. HILDERBRAND, *The European School in EC Competition Law*, *World Competition*, volume 25, numero 1, 2002, pp. 3-23.

cui prescrizioni sono assimilabili a quelle degli Ordoliberali, alla Scuola di Chicago che, con le sue idee rivoluzionarie, ha avuto un impatto in ambito Europeo soprattutto in termini di maggior attenzione, da parte degli organi comunitari, alle pratiche anticompetitive e all'ideologia Post-Chicago, che sviluppa alcuni argomenti della Scuola di Chicago prendendone, comunque, le distanze e la cui influenza si evince, soprattutto, nelle decisioni più recenti della Commissione¹³.

3. La Scuola di Friburgo.

Nel secondo dopoguerra, tutti i Paesi europei industrializzati avvertivano il bisogno di dotarsi di una disciplina *antitrust*, per lo più fondata sulla distinzione tra restrizioni della concorrenza “buone” e “cattive” nonché su un generale divieto di cartelli e monopoli¹⁴.

In tale contesto, ha rivestito un ruolo centrale l'elaborazione teorica tedesca e, segnatamente, un filone del pensiero liberale sviluppato dalla scuola di Friburgo¹⁵.

¹³ Cfr. L.L. GORMSEN, *Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?*, in *The Competition Law Review*, volume 2, numero 2, 2006, pp. 5-25; D.J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the “New” Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1994, pp. 25-84; M. VATIERO, *Ordoliberal Competition*, in *Concorrenza e Mercato*, 2010; G. MONTI, *EC competition law*, Cambridge University Press, 2007.

¹⁴ Nella prima metà del XIX secolo gli Stati europei si erano dati una propria politica della concorrenza tendenzialmente indulgente nei confronti dei cartelli, in ragione della diffusa opinione invalsa tra i giuristi europei dell'epoca secondo cui la legge *antitrust* americana era eccessivamente rigida e fondata su presupposti teorici superati. Dopo la fine del secondo conflitto mondiale inizierà progressivamente a farsi strada un'impostazione del tutto diversa anche in considerazione della responsabilità storica dei cartelli tedeschi per il sostegno prestato alla politica nazista. Cfr. M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, Giuffrè, 2010, p. 214-217.

¹⁵ L'origine della Scuola degli Ordoliberali si deve ai contributi offerti, presso l'Università di Friburgo nel 1933, dall'economista Walter Eucken e dagli avvocati Franz Böhm e Hans Grossmann-Doerth. La formazione di tale scuola di pensiero – comprendente, oltre agli studi dei fondatori, anche i contributi di numerosi studiosi che hanno sviluppato le idee originali, per poi prendere le distanze – s'inserisce nel contesto dei fallimenti istituzionali e politici del periodo di Weimar, prima, e Nazista, poi, contesto storico che ha, indubbiamente, influenzato le riflessioni in materia economica e sociale dei teorici di tale scuola. D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press,

Secondo la Scuola degli Ordoliberali l'assenza di un quadro giuridico efficace ed affidabile nella materia che ci occupa, costituiva una pericolosa lacuna che avrebbe presto condotto al disastro economico e politico della Germania, cagionato dalla proliferazione di monopoli pubblici e privati¹⁶.

Gli studiosi della Scuola di Friburgo, muovevano dall'idea di fondo del pensiero liberale, secondo cui i mercati concorrenziali sono il miglior mezzo per il perseguimento del benessere collettivo, e sulla base di tale antecedente logico, propugnavano l'adozione di un sistema legale che inibisse il deleterio formarsi di centri di potere economico.

In altri termini, il pensiero ordoliberales assegnava un ruolo di primo piano all'economica e alla concorrenza, valorizzate perché funzionali alla prosperità economica e politica¹⁷.

Non è certo questa la sede per approfondire il pensiero elaborato dagli esponenti della scuola in discorso quanto al ruolo dello Stato e del diritto¹⁸.

2001, pp. 124-127; D.J. GERBER, *Law and the Abuse of Economic Power in Europe*, in *Tulane Law Review*, volume 62, 1987, pp. 57-69.

¹⁶ Cfr. R. O' DONOGHUE – A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006.

¹⁷ I liberali ritenevano che l'obiettivo primario fosse la libertà individuale, assicurata soltanto attraverso la tutela della libertà economica e la protezione della proprietà privata. Gli Ordoliberali condividevano questo presupposto teorico, ritenendo che la libertà economica costituisse un corollario della libertà politica e della concorrenza, intesa, quest'ultima, come lo strumento per la realizzazione di una società libera. Gli esponenti della Scuola di Friburgo, tuttavia, si discostavano dal pensiero liberale per alcune considerazioni. Ritenevano, infatti, che il mercato, se del tutto deregolato e rimesso alla libertà contrattuale, tendesse a degenerare. Secondo la loro impostazione, quindi, lo Stato aveva il compito di intervenire incisivamente a protezione delle categorie socialmente deboli, assicurando la stabilità monetaria e a garantendo il mantenimento di una situazione di concorrenza effettiva sul mercato. Cfr. R.J. VAN DEN BERGH – P.D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics: a Comparative Perspective*, Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2006, p. 65; M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, Giuffrè, 2010, pp. 214-217.

¹⁸ Per un'analisi compiuta della Scuola di Friburgo si vedano i contributi di D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 2001, pp. 124-127; D.J. GERBER, *Law and the Abuse of Economic Power in Europe*, in *Tulane Law Review*, volume 62, 1987, pp. 57-69; D.J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1994, pp. 25-84; M. VATIERO, *Ordoliberal Competition*, in *Concorrenza e Mercato*, 2010; W. MÖSCHEL, *The Proper Scope of Government Viewed from a Ordoliberal Perspective: The Example of Competition Policy*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, numero 3, 2001, p. 157.

La disamina tuttavia non può prescindere da un'attenta considerazione del contributo offerto dagli Ordoliberali in merito alla politica di concorrenza elevata, come osservato, a mezzo imprescindibile per il perseguimento e il successivo mantenimento di un auspicato ordine economico.

In particolare, gli studiosi tedeschi sostenevano che bisognasse attuare una teorizzata concorrenza universale, intesa quale unica situazione economica in grado di contrastare i tentativi di monopolizzazione del mercato, posti in essere da soggetti sia privati che pubblici, ed idonea, quindi, a mantenere un ordine economico accettabile. In definitiva, la libertà di concorrenza assurgeva a scopo principale della politica economica¹⁹.

Per completezza, giova osservare che, pur ritenendo che l'obiettivo primario da prefiggersi nell'attuazione di una politica della concorrenza fosse quello di prevenire l'insorgere di situazioni monopolistiche, gli Ordoliberali si ponevano comunque il problema di come affrontare ipotesi di acquisizioni, da parte di una singola impresa, di un potere di mercato incompatibile con l'auspicato ordine economico²⁰.

Ebbene, l'influenza che la Scuola degli Ordoliberali ha esercitato sul diritto *antitrust* europeo può evincersi tanto sul piano dell'elaborazione normativa, quanto su quello dell'applicazione pratica delle norme.

A proposito di quest'ultimo aspetto, peraltro, si è evidenziato, da parte di taluni commentatori²¹, come l'adesione all'impostazione ricostruttiva

¹⁹ Gli Ordoliberali si ponevano, infatti, l'obiettivo di proteggere la libertà economica individuale nell'interesse di un ordine politico e sociale libero ed equo. Cfr. L.L. GORMSEN, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 94-112.

²⁰ Secondo gli esponenti della Scuola di Friburgo, nelle ipotesi in cui la politica di concorrenza non riesce o non può prevenire la creazione di potere monopolistico, quest'ultimo dev'essere tuttavia sottoposto ad un'attenta supervisione di un ufficio indipendente. Cfr. D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 2001.

²¹ Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, p. 26-49; G. MONTI, *EC competition law*, Cambridge University Press, 2007; L.L. GORMSEN, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European*

sostenuta dagli Ordoliberali abbia dato luogo ad inconvenienti di tipo applicativo e cioè a decisioni in parte opinabili.

Più in dettaglio, si è osservato come l'influenza del pensiero ordoliberalesco ed il rilievo che esso assegnava alla necessità di proteggere la libertà economica, attraverso la politica di concorrenza, è all'origine di quello spirito interventista e rigoroso che ha permeato l'applicazione della normativa *antitrust* alle pratiche escludenti, effettuata dagli organi deputati alla vigilanza delle dinamiche concorrenziali²².

Per quanto, invece, attiene alle influenze degli Ordoliberali nell'elaborazione delle norme, alla Scuola di Friburgo è attribuito l'indiscusso merito di avere introdotto concetti tutt'oggi alla base della disciplina delle fattispecie *antitrust* tra i quali, a tacer d'altro, si annoverano la nozione di "concorrenza basata sui meriti", adoperata nella definizione di abusi di esclusione a partire dalla decisione *Hoffman-La Roche*²³ e il principio di "speciale responsabilità dell'impresa dominante" ripreso, in più occasioni, dalla Corte di Giustizia²⁴.

Competition Law, Cambridge University Press, 2010, pp. 94-112; R. O' DONOGHUE – A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006.

²² Secondo i fautori della scuola di Friburgo, la presenza d'impresa dominante sul mercato indeboliva le dinamiche competitive, sottraendo libertà agli altri operatori economici. Pertanto, riscontrata una posizione di egemonia di un'impresa, sulle condotte da essa poste in essere operava una presunzione d'illiceità, nel segno, quindi, di un'eccessiva rigidità formale di valutazione. Cfr., in tal senso, E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 68-69; D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Clarendon Press, 1998, pp. 356; J. KALLAUGHER – B. SHER, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, in *European Competition Law Review*, volume 25, numero 5, 2004, pp. 263-270; R. O' DONOGHUE – A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006.

²³ Cfr. *infra* capitolo terzo.

²⁴ Il concetto di speciale responsabilità dell'impresa dominante richiama la nozione di "as if competition" sviluppata dagli Ordoliberali ed implicante l'onere, per le imprese che detengono una posizione di supremazia, di comportarsi come se, in realtà, agissero in concorrenza. Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, p. 32; L.L. GORMSEN, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 94-112; L.L. GORMSEN, *Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?*, in *The Competition Law Review*, volume 2, numero 2, 2006, pp. 5-25; L.L. GORMSEN, *A Principled Approach to Abuse of*

4. La Scuola di Harvard.

Il metodo strutturalista seguito dalla Scuola di Harvard è definito con l'acronimo “SCP” – *Structure, Conduct, Performance* –²⁵. L'idea di fondo era quella secondo cui bisognasse scomporre l'analisi di un qualunque mercato in quattro aspetti e, segnatamente, le condizioni di base, la struttura, i comportamenti ed i risultati economici. Gli esponenti della scuola in disamina ritenevano, infatti, che variazioni in una di queste componenti determinassero conseguenze, positive o negative, sulle successive²⁶.

Attraverso il descritto sistema di valutazione, secondo i fautori del metodo strutturalista, sarebbe stato possibile individuare gli effetti che la singola fattispecie presa in considerazione aveva prodotto – innovando rispetto alla situazione preesistente – e, per tal via, sarebbe stato possibile attendere al giudizio in termini di liceità ovvero di illiceità con maggiore cognizione di causa²⁷.

Dominance in European Competition Law, Cambridge University Press, 2010, pp. 94-112; G. MONTI, *EC competition law*, Cambridge University Press, 2007.

²⁵ Il movimento strutturalista, sostenuto dalla Scuola di Harvard, risale già agli anni Trenta, quando sorse in risposta del mutato assetto politico ed economico statunitense. L'impostazione teorica in commento ha elaborato un modello *standard* di analisi del mercato, adoperabile come schema di riferimento per le norme *antitrust*. Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 32-38; R.J. VAN DEN BERGH – P.D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics: a Comparative Perspective*, Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2006, pp. 67-78.

²⁶ In proposito, lungi dal limitarsi a mere enunciazioni di principio, i teorici della Scuola di Harvard avevano anche individuato i dati rilevanti ai fini dell'indagine proposta. Più nel dettaglio, per quanto riguarda il primo momento, quello delle condizioni di base, questi erano: a) i caratteri della domanda; b) i caratteri del prodotto; c) il livello della tecnologia; d) i fattori storici ed ambientali; e) il grado di sindacalizzazione. Quanto, invece, alla struttura si faceva riferimento a: a) il numero dei venditori e dei compratori presenti sul mercato; b) la dimensione dei venditori; c) la differenziazione dei prodotti; d) la diversificazione delle imprese; e) l'integrazione verticale; f) le barriere all'entrata; g) la struttura dei costi di produzione. Per quanto concerneva la condotta: a) la politica dei prezzi; b) la politica di promozioni delle vendite; c) le strategie produttive; d) la politica dell'innovazione; e) la politica degli investimenti. Infine, in relazione alla *performance* si indicavano: a) l'efficienza allocativa; b) il livello di occupazione; c) il progresso tecnico; d) la qualità del prodotto; e) l'equa distribuzione del reddito. R. O' DONOGHUE – A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006.

²⁷ Si sarebbe giunti ad un giudizio d'illiceità se si fosse accertato che la condotta aveva comportato un irrigidimento della struttura del mercato, una limitazione dell'altrui libertà di

In proposito, può osservarsi che la vera peculiarità del descritto sistema atteneva soprattutto al ruolo preminente assegnato all'analisi economica delle singole fattispecie concrete.

Nonostante tale indubbio merito, il metodo strutturalista – ancora peraltro seguito nell'applicazione della normativa *antitrust* europea ed americana – non è andato del tutto esente da rilievi critici.

In primo luogo, infatti, si è evidenziato come esso lasciasse ampi margini di discrezionalità applicativa, con l'effetto di condurre talvolta a decisioni tra loro in contrasto, ancorché fondate sulla medesima metodologia di analisi. In aggiunta a questa incertezza applicativa, si è osservato che il metodo strutturalista si traduceva in un eccessivo interventismo in materia di concorrenza, legittimando un'intromissione pubblica nelle dinamiche di mercato²⁸ ogniqualvolta si riteneva che il quadro attuale presentasse disfunzioni rispetto al modello ottimale²⁹.

L'adozione della descritta metodologia d'indagine ha comunque condotto ad una valutazione dei comportamenti delle imprese sul mercato nonché della relazione intercorrente tra lo Stato e le imprese³⁰. Infatti, ogni comportamento attuato da un operatore economico razionale può sortire, secondo la ricostruzione in disamina, un diverso effetto sulla concorrenza e sull'allocazione delle risorse.

scelta o altri effetti comunque valutabili negativamente. Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 32-38.

²⁸ Secondo tale scuola di pensiero, il mercato non ha quella capacità di autoregolamentazione – riconosciutagli, invece, dalla teoria classica – e necessita per questo dell'intervento di un'autorità pubblica. HOVENKAMP H., *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, 3rd ed., St. Paul, Minn., 2005; HOVENKAMP H., *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*, Harvard University Press, 2008; HYLTON K.N., *Antitrust Law. Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge University Press, 2003; G. MONTI, *EC competition law*, Cambridge University Press, 2007.

²⁹ Cfr. in tale senso, M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, Giuffrè, 2010, p. 226; M. MESSINA, *Article 82 and the New Economy: Need for Modernisation?*, in *The Competition Law Review*, volume 2, numero 2, 2006, pp. 73-98.

³⁰ Cfr. R.J. VAN DEN BERGH – P.D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics: a Comparative Perspective*, Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2006, pp. 67-78.

Un ulteriore profilo d'indagine che è interessante approfondire concerne la decifrazione dei profili di continuità tra il pensiero "harvardiano" e quello ordoliberal.

In primo luogo, entrambe le scuole di pensiero, nonostante gli evidenti tratti distintivi³¹, condividevano, per un verso, l'idea che le condizioni di mercato auspicabili fossero quelle che consentissero il libero accesso al mercato da parte delle imprese oltreché un processo competitivo efficiente e, per l'altro, la valorizzazione della libertà di azione alla stregua di un fondamentale principio economico e politico.

Su un secondo fronte, inoltre, entrambe le correnti di pensiero ritenevano che la concentrazione del potere attraverso la costituzione di monopoli arrecasse un danno al mercato, assegnando alla legge e allo Stato un ruolo di garanzia a tal uopo³².

Ebbene, come in apertura si accennava, la Scuola di Harvard ha avuto, indubbiamente, importanti effetti sul diritto *antitrust* statunitense³³ e comunitario.

In dettaglio, per quel che concerne specificamente la normativa comunitaria, evidenti sono le influenze della Scuola di Harvard nella prassi applicativa dell'art. 102 TFUE. Si osservi in proposito, a titolo esemplificativo,

³¹ Per quanto concerne le differenze riscontrate nelle scuole di pensiero in commento, si fa riferimento specificamente al fatto che mentre la Scuola di Harvard propugnava uno studio empirico volto all'osservazione del mercato e riteneva che una struttura non ottimale del mercato fosse foriera di problemi anticompetitivi, gli Ordoliberali avevano elaborato un modello prevalentemente teorico, perseguendo per lo più un intento di prevenzione di monopoli, che preservasse la struttura competitiva del mercato. Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 32-38.

³² Cfr. L.L. GORMSEN, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 94-112.

³³ È stato sottolineato da R.J. VAN DEN BERGH – P.D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics: a Comparative Perspective*, Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2006, p. 75 che nonostante le critiche mosse in tempi più recenti alla valutazione proposta dalla Scuola di Harvard, la generalizzazione per cui le dinamiche di mercato sono tra loro connesse è entrata a far parte della politica *antitrust* statunitense, soprattutto in materia di controllo delle concentrazioni.

il caso *Hoffman-La Roche*³⁴ in cui la Commissione adoperava concetti di derivazione statunitense nella definizione dell'abuso escludente³⁵.

Si osservi, infine, che la descritta ideologia "harvardiana" ha esercitato un condizionamento nell'applicazione del diritto della concorrenza a livello comunitario, trasfondendo in essa l'idea della necessità di un mirato interventismo dello Stato nelle dinamiche di mercato³⁶.

5. La Scuola di Chicago.

La Scuola di Chicago, fautrice di idee neolibériste, si è affermata in reazione alla politica *antitrust* statunitense, che, pervasa dalla teoria strutturalista di Harvard, si era prestata a consistenti critiche nel senso di avere assoggettato a significative restrizioni l'operato di molte grandi imprese³⁷.

Ebbene, secondo quanto sostenuto dagli esponenti di questa emergente scuola di pensiero, l'approccio fedele alle idee strutturaliste fino ad allora seguito per la valutazione delle condotte commerciali delle imprese, per un verso, era fragile sul piano dei presupposti teorici e per l'altro recava degli inconvenienti di tipo applicativo³⁸.

³⁴ Cfr. *infra* capitolo terzo.

³⁵ L'opinione è di E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 32-38.

³⁶ Cfr. R.J. VAN DEN BERGH – P.D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics: a Comparative Perspective*, Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2006, pp. 67-78.

³⁷ Tra i contributi più significativi in merito alla Scuola di Chicago si vedano R.H. BORK, *The Antitrust Paradox: a Policy at War with itself*, Free Press, 1993; R.A. POSNER, *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2001; F. EASTERBROOK, *The Limits of Antitrust*, in *Texas Law Review*, volume 63, 1984, pp. 1-15.

³⁸ La diversa impostazione sostenuta dalla Scuola di Chicago in contrapposizione al metodo strutturalista consisteva nella prospettazione di una diversa analisi economica, a mente della quale una medesima condotta, valutata negativamente secondo il paradigma "SCP", poteva, in realtà, trovare giustificazioni in termini di efficienza. In dettaglio, le maggiori critiche mosse dalla Scuola di Chicago nei confronti dell'approccio "harvardiano" si appuntavano sui pregiudizi nei confronti delle grandi imprese di cui questo era portatore, perché aprioristicamente ritenute meno efficienti rispetto a realtà più piccole. Secondo i fautori della Scuola di Chicago, le affermazioni di Harvard sarebbero addirittura contrarie alla teoria economica. Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 32-38; R.J. VAN DEN BERGH – P.D. CAMESASCA, *European*

In ragione di ciò, la nuova corrente di pensiero si prefiggeva l'obiettivo di fornire agli interpreti criteri applicativi certi e controllabili, basati su un'applicazione rigorosa dell'analisi economica³⁹.

Secondo la scuola in disamina, scopo primario della disciplina *antitrust* era quello di realizzare le condizioni per un'allocazione ottimale delle risorse economiche⁴⁰, al contempo preservando l'efficienza produttiva⁴¹.

Peraltro, discostandosi da quanto sostenuto sul punto dalle concezioni sviluppatesi a Friburgo e ad Harvard, gli studiosi di Chicago ritengono che il mercato avesse una connaturata capacità di autoregolamentarsi⁴².

Muovendo proprio dall'assunto secondo cui il mercato sarebbe stato in grado di autocorreggere le distorsioni causate da situazioni di monopolio, i pensatori di Chicago ritenevano che le autorità pubbliche dovessero intervenire soltanto nelle ipotesi in cui una pratica rischiasse di generare una contrazione dei livelli di produzione oppure un aumento dei prezzi, a danno dei consumatori⁴³.

Competition Law and Economics: a Comparative Perspective, Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2006, pp. 67-78.

³⁹ Cfr. D.A. CRANE, *Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago*, in *The University of Chicago Law Review*, numero 76, 2009, pp. 1911-1933; M. POLO, *L'intervento antitrust in materia di pratiche escludenti: lezioni dal dibattito recente*, in (a cura di) RABITTI C. – BARUCCI C., *20 anni di antitrust*, Giappichelli, 2010.

⁴⁰ Per gli esponenti della Scuola di Chicago, l'unico dato misurabile era l'efficienza allocativa che, secondo la teoria economica neoclassica, ripresa dalla descritta posizione, coincide con il benessere collettivo. Cfr. R.A. POSNER, *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2001.

⁴¹ Per efficienza s'intende il tentativo di incrementare la produzione, generare un risparmio sui costi, favorendo l'innovazione e la differenziazione dei prodotti. Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 38-41.

⁴² Secondo gli studiosi di Chicago, in situazioni di monopolio, i profitti dell'impresa monopolistica attrarranno *newcomers* nel mercato, che scateneranno una forte pressione concorrenziale a detrimento della posizione del monopolista o, quantomeno, della sua abilità a generare profitti. Tuttavia, per il funzionamento del descritto meccanismo di autoregolamentazione del mercato, occorre necessariamente rapportarsi con le caratteristiche del mercato esaminato, innanzitutto considerando la presenza di barriere all'ingresso. Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 38-41.

⁴³ Cfr. R.A. POSNER, *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2001; D.A. CRANE, *Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago*, in *The University of Chicago Law Review*, numero 76, 2009, pp. 1911-2018; R.H. BORK, *The Antitrust Paradox: a Policy at War with itself*, Free Press, 1993.

A ben vedere, tuttavia, proprio in coerenza con i presupposti secondo cui, per un verso, i mercati erano in grado di autocorreggersi e per l'altro non esistevano barriere all'ingresso “*naturali*”⁴⁴, gli aderenti alla Scuola di Chicago ritenevano che il pericolo di restrizioni alla produzione ricorresse, unicamente, in ipotesi di cartelli e di pratiche di prezzi predatori, ritenute queste ultime – in assenza di specifiche circostanze – poco giustificabili da un punto di vista razionale⁴⁵.

In sintesi, con l'intento di rimarcare il rilievo certo solo dogmatico del tema, è interessante notare come si propugnasse il passaggio da una tradizionale presunzione generale d'illiceità delle pratiche abusive ad un altrettanto generale affermazione di principio secondo cui le pratiche unilaterali erano motivate da ragioni di efficienza e non erano in grado di determinare l'esclusione dei concorrenti⁴⁶.

Alla luce di questa ricostruzione, molte pratiche commerciali, pur attuate da imprese dotate di potere di mercato, sono di regola considerate efficienti⁴⁷.

In definitiva, può dirsi che uno dei principali contributi apportati dalla Scuola di Chicago è stato quello di affermare l'esigenza di una valutazione

⁴⁴ La Scuola di Chicago fa delle barriere all'ingresso un'interpretazione assolutamente restrittiva, limitando la loro regolamentazione a quelle derivanti da diritti di proprietà intellettuale. Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 38-41.

⁴⁵ Cfr. D.A. CRANE, *Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago*, in *The University of Chicago Law Review*, numero 76, 2009, pp. 1911-2018.

⁴⁶ Cfr. M. POLO, *L'intervento antitrust in materia di pratiche escludenti: lezioni dal dibattito recente*, in (a cura di) RABITTI C. – BARUCCI C., *20 anni di antitrust*, Giappichelli, 2010. Secondo l'autore, la critica alle posizioni tradizionali, da un lato, e dall'altro le spiegazioni alternative proposte per giustificare le pratiche hanno portato ad un atteggiamento scettico nei confronti delle ragioni a sostegno della necessità di un robusto interventismo, in favore di un approccio di *laissez-faire*.

⁴⁷ H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, 3rd ed., St. Paul, Minn., 2005; H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*, Harvard University Press, 2008; K.N. HYLTON, *Antitrust Law. Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge University Press, 2003.

attenta e rigorosa delle pratiche escludenti, effettuata alla luce dell'analisi economica⁴⁸.

Quest'ultimo passaggio offre l'occasione di evidenziare quanto poco sia riuscito il pensiero della Scuola di Chicago a far breccia nella tradizionale prassi applicativa dell'art. 102 TFUE.

L'impostazione in parola ha tuttavia costituito, per la giurisprudenza comunitaria, una prospettiva differente con cui confrontarsi. A riprova di ciò, in alcuni casi, gli argomenti sostenuti dalla Scuola di Chicago sono stati adottati da imprese dominanti a fini difensivi e hanno offerto uno spunto per sostenere, da più parti, l'auspicio di un cambiamento della giurisprudenza della Corte⁴⁹.

Sia pure soltanto in via indiretta, quindi, la Scuola di Chicago ha comunque arricchito di spunti di riflessione l'elaborazione europea concernente le pratiche abusive ai sensi dell'art. 102 TFUE⁵⁰.

6. Il Post-Chicago.

Come osservato, i principi affermati dalla Scuola di Chicago potevano compendiarsi in un'affermazione di efficienza – di regola – delle pratiche

⁴⁸ M. POLO, *L'intervento antitrust in materia di pratiche escludenti: lezioni dal dibattito recente*, in (a cura di) RABITTI C. – BARUCCI C., *20 anni di antitrust*, Giappichelli, 2010; K.N. HYLTON, *Antitrust Law. Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge University Press, 2003; D.A. CRANE, *Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago*, in *The University of Chicago Law Review*, numero 76, 2009, pp. 1911-2018; D. HILDEBRAND, *The European School in EC Competition Law*, in *World Competition*, volume 25, numero 1, pp.3-23.

⁴⁹ Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 38-41; R.J. VAN DEN BERGH – P.D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics: a Comparative Perspective*, Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2006, p. 85.

⁵⁰ Cfr. il pensiero di M. MOTTA – M. POLO, *Antitrust, Economia e politica della concorrenza*, Il Mulino, 2005; M. MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004; M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, Giuffrè, 2010, p. 230 secondo il quale, nonostante le ragioni che hanno comportato il successo della Scuola di Chicago, l'ideologia di cui era portatrice non ha trovato un riscontro pratico in Europa, dove le nuove posizioni prospettate non sono riuscite a conquistare consensi e le autorità hanno continuato ad applicare criteri tipici degli anni Sessanta.

realizzate da imprese egomoni, con la conseguente marginalizzazione delle necessità di intervento *antitrust*⁵¹.

Ebbene, detta impostazione, soprattutto per quanto concerne gli spazi per l'intervento *antitrust* nel mercato, era superata dai contributi della Scuola c.d. Post-Chicago, che si prefiggeva di esplicitare i molteplici effetti che le pratiche potenzialmente escludenti potevano generare, nelle svariate forme, articolate e complesse, in cui possono svilupparsi⁵².

La corrente Post-Chicago si poneva, quindi, in forte contrapposizione con la Scuola di pensiero che l'aveva preceduta, pur condividendo con essa l'adesione al principio secondo cui l'analisi economica fosse l'essenza del diritto *antitrust* e il benessere dei consumatori il suo scopo⁵³.

⁵¹ Alcuni autori hanno sottolineato che il successo della Scuola di Chicago è stato favorito, da una parte, dal *trاند* culturale neoliberistico che poneva tale scuola di pensiero in linea con lo spirito del tempo, e dall'altra, dall'idea della Scuola di ricorrere per le proprie elaborazioni ad una metodologia *latu sensu* scientifica, perché fondate su criteri di analisi economica verificabile. Cfr. M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in Enciclopedia del Diritto, Annali III, Giuffrè, 2010, p. 230.

⁵² Una nuova generazione di studiosi, all'inizio degli anni '80, si è interrogata sulle teorie proposte dalla Scuola di Chicago elaborando una nuova scuola di pensiero, denominate "*Post-Chicago law and economics*". In dettaglio, tali studiosi, collocandosi in una posizione intermedia tra le certezze, tra loro opposte, della Scuola di Harvard, da una parte, e della Scuola di Chicago, dall'altra, inaugurano un nuovo approccio improntato ad un'analisi caso per caso. Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 41-45; R.E. BARNETT, *Symposium on Post-Chicago Law and Economics: Foreward, Chicago Law and Economics*, 1989, disponibile su www.randybarnett.com/postchicago.htm; M. MOTTA – M. POLO, *Antitrust, Economia e politica della concorrenza*, Il Mulino, 2005; M. MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004; M. POLO, *L'intervento antitrust in materia di pratiche escludenti: lezioni dal dibattito recente*, in (a cura di) C. RABITTI – C. BARUCCI, 20 anni di *antitrust*, Giappichelli, 2010.

⁵³ Il pensiero Post-Chicago prende le distanze dalle principali idee sviluppate dalla Scuola di Chicago. A titolo esemplificativo, possono cogliersi delle importanti differenze nell'atteggiamento manifestato nei confronti delle imperfezioni del mercato. In dettaglio, secondo i *Post-Chicagoans*, in assenza di una informazione perfetta una pratica di prezzi predatori può risolversi in una strategia vincente. Altra differenza tra la ricostruzione degli esponenti della nuova linea di pensiero rispetto ai loro predecessori risiedeva nell'approccio mostrato nei confronti delle manifestazioni di potere monopolistico. Tali studiosi, infatti, pur ammettendo che a determinate condizioni l'esercizio di un tale potere di egemonia potesse avvenire senza produrre effetti negativi sul mercato, ritenevano anche che, al ricorrere di diverse circostanze concrete, esso avrebbe potuto generare una riduzione del benessere sociale. Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 41-45; D.A. CRANE, *Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago*, in *The University of Chicago Law Review*, numero 76, 2009, pp. 1911-1933; H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*, Harvard University Press, 2008.

Più nel dettaglio, gli studiosi del Post-Chicago ritengono che precipuo ruolo dell'*antitrust* fosse la massimizzazione della produzione ricchezza.

In tale ottica, la scuola in disamina riponeva una particolare attenzione agli effetti scaturenti dalle pratiche unilaterali, evidenziando come un determinato strumento strategico, ancorché ricondotto ad una determinata tipologia di condotte sulla base di alcuni aspetti formali, potesse poi condurre o meno ad effetti escludenti, in ragione di specificità del mercato e delle imprese nonché delle finalità concretamente perseguite dall'impresa dominante mediante la sua attuazione⁵⁴.

È soltanto focalizzando l'attenzione su tali ultimi aspetti, si sosteneva, che sarebbe stato possibile identificare con precisione i casi in cui un'impresa poneva in essere un abuso di posizione dominante, evitando di perseguire gli operatori per pratiche che, ancorché aggressive da un punto di vista concorrenziale, erano riconducibili al naturale gioco del mercato.

L'invito proveniente dagli esponenti del pensiero Post-Chicago a non arrestarsi ad un'osservazione degli aspetti formali delle condotte si traduceva nell'auspicata adesione ad un approccio attuativo della disciplina *antitrust* basato sugli effetti e, quindi, ad una valutazione *case-by-case* delle pratiche commerciali senza ricorrere a soluzioni preconfezionate, a detrimento tuttavia dell'esigenza di certezza interpretativa⁵⁵.

La scuola che ci occupa evidenziava come gli effetti escludenti di una determinata condotta dipendessero da un quadro di fattori ben più complesso di

⁵⁴ Cfr. M. POLO, *L'intervento antitrust in materia di pratiche escludenti: lezioni dal dibattito recente*, in (a cura di) C. RABITTI – C. BARUCCI, *20 anni di antitrust*, Giappichelli, 2010; R. O'DONOGHUE – A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006.

⁵⁵ Cfr. F. DENOZZA – A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'«approccio economico» nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, volume 3, 2006. Altri autori hanno, invece, ritenuto che l'identificazione di un approccio *effect-based* con una *rule of reason* non sia necessaria e che il primo sia conciliabile anche con *standard* legali più strutturati e prevedibili *ex ante*. Si veda, in tal senso, l'opinione di M. POLO, *A favore di un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007.

quanto considerato nella visione tradizionale, fattori senza la cui considerazione ogni prognosi sulla capacità escludente sarebbe stata poco fondata, portando ad un elevato rischio di errori di valutazione.

Ebbene, a differenza di quanto riscontrato per la linea di pensiero che l'ha preceduta, la Scuola Post-Chicago ha esercitato un'influenza facilmente evincibile in diverse decisioni adottate dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia aventi ad oggetto pratiche escludenti⁵⁶, decisioni nelle quali gli organi comunitari tentano, sia pure seguendo un *modus operandi* ancora forse troppo poco collaudato, di valutare la ragionevolezza delle pratiche attuate dalle imprese dominanti, al fine di trarne eventuali profili di efficienza⁵⁷.

7. L'impatto delle scuole di pensiero sull'applicazione dell'art. 102 TFUE alle pratiche scontistiche.

L'evoluzione del diritto *antitrust* europeo è il prodotto dell'influenza delle diverse scuole di pensiero succedutesi negli ultimi decenni⁵⁸.

Per ciò che concerne specificamente le pratiche scontistiche, alle correnti di pensiero sopra esaminate ha corrisposto un diverso approccio valutativo, in ragione della rilevanza attribuita alla valutazione dei loro effetti⁵⁹.

⁵⁶ Cfr., in particolare, i casi *Virgin c/ British Airways* e *Michelin II*, compiutamente analizzati *infra* capitolo terzo.

⁵⁷ E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 41-45; J. KALLAUGHER – B. SHER, *Rebates Revisited Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, in *European Competition Law Review*, volume 5, 2004.

⁵⁸ Cfr. W.E. KOVACIC, *The Intellectual DNA of Modern US Competition Law for Dominant Firm Conduct: the Chicago/Harvard Double Helix*, in *Columbia Business Law Review*, volume 1, 2007.

⁵⁹ Cfr. M. POLO, *L'intervento antitrust in materia di pratiche escludenti: lezioni dal dibattito recente*, in (a cura di) C. RABITTI – C. BARUCCI, *20 anni di antitrust*, Giappichelli, 2010; M. POLO, *Sconti selettivi o concorrenza lecita? I paradossi del caso RDB*, in *Mercato concorrenza regole*, volume 11, numero 1, 2009; G. COLANGELO, *Le misure escludenti come illecito antitrust nel diritto comunitario*, in *Il diritto industriale*, numero 1, 2010.

Più nel dettaglio, l'influenza esercitata dagli Ordoliberali sulla redazione del Trattato CE e sull'applicazione delle norme a tutela della concorrenza ha determinato in Europa un atteggiamento particolarmente formalistico e severo nei confronti delle pratiche escludenti, attuate da imprese dominanti⁶⁰.

Diversamente da quanto avvenuto, invece, nell'esperienza statunitense in cui le ideologie liberali hanno a lungo influenzato la giurisprudenza, portando all'adozione di un approccio più permissivo, fondato su una presunzione di liceità delle pratiche scontistiche considerate, addirittura, un elemento fondamentale per una sana concorrenza basata sui prezzi⁶¹.

Il richiamo a quanto avvenuto nella prassi applicativa d'oltreoceano s'impone, non essendo revocabile in dubbio che anche la giurisprudenza statunitense relativa all'applicazione della *Section 2* dello *Sherman Act* abbia influenzato, in molteplici occasioni, l'evoluzione dell'art. 102 TFUE⁶², direttamente ed indirettamente.

⁶⁰ L'influenza degli Ordoliberali sulla redazione e sull'applicazione dell'art. 102 TFUE alle pratiche scontistiche si evince, in primo luogo, dal caso *Michelin I* dove la Corte di Giustizia sviluppa il principio di speciale responsabilità delle imprese in posizione dominante. In epoca successiva, anche nel *Discussion Paper* sembra evincersi un'impronta del pensiero ordoliberales. In effetti, pur non discostandosi troppo dalla giurisprudenza fino a quel momento maturate, il *DP* ritiene che la valutazione delle pratiche escludenti debba essere il frutto di una disamina complessiva della condotta, comprendente anche l'analisi delle possibili giustificazioni basate sull'efficienza addotte dall'impresa dominante. Cfr. L.L. GORMSEN, *Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?*, in *The Competition Law Review*, volume 2, numero 2, 2006, pp. 5-25; J. KALLAUGHER – B. SHER, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, in *European Competition Law Review*, volume 25, numero 5, 2004, pp. 263-270. Si veda, altresì, il capitolo quarto e, segnatamente, l'analisi del *Discussion Paper* e del processo di modernizzazione attuato dalla Commissione in merito alle pratiche escludenti.

⁶¹ E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 41-45; J. KALLAUGHER – B. SHER, *Rebates Revisited Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, in *European Competition Law Review*, volume 5, 2004; H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*, Harvard University Press, 2008; M. POLO, *L'intervento antitrust in materia di pratiche escludenti: lezioni dal dibattito recente*, in (a cura di) C. RABITTI – C. BARUCCI, *20 anni di antitrust*, Giappichelli, 2010; R. O'DONOGHUE – A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006.

⁶² Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, p. 48.

Infatti, in ragione della preesistenza del diritto *antitrust* statunitense, il quale, per evidenti ragioni, all'epoca delle prime decisioni comunitarie nella materia che ci occupa, aveva già dovuto affrontare numerose delle questioni attinenti alle pratiche di abuso di posizione dominante, la giurisprudenza statunitense ha costituito un importante metro di paragone per l'elaborazione europea in materia *antitrust*, per l'operato della Commissione e per le decisioni della Corte di Giustizia⁶³.

Nel prosieguo della trattazione si approfondirà il tema delle pratiche scontistiche anche alla luce del processo di *review* dell'art. 102 TFUE la cui origine, come vedremo, può farsi coincidere con l'emanazione del *Discussion Paper* sull'applicazione dell'art. 82 Trattato CE alle pratiche escludenti e il cui successivo sviluppo risulta scandito dall'emanazione delle Linee Guida della Commissione sulle priorità nell'applicazione dell'art. 82 Trattato CE, dal quale scaturirà un sostanziale e visibile mutamento dell'operato della Commissione in sede di valutazione delle condotte commerciali delle imprese dominanti⁶⁴.

⁶³ M. MESSINA, *Article 82 and the New Economy: Need for Modernisation?*, in *The Competition Law Review*, volume 2, numero 2, 2006; L.L. GORMSEN, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge University Press, 2010; G. MONTI, *EC competition law*, Cambridge University Press, 2007; R.J. VAN DEN BERGH – P.D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics: a Comparative Perspective*, Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2006; A. JONES – B. SUFRIN, *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 4th ed., 2010.

⁶⁴ Cfr. *infra* capitolo quarto.

CAPITOLO II

LE PRATICHE SCONTISTICHE COME ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE. IL TRADIZIONALE APPROCCIO DELLA COMMISSIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le condotte abusive secondo il tradizionale approccio comunitario. – 2.1. Gli sconti quantità. – 2.2. Gli sconti di fedeltà. – 3. Il *form-based approach*. L'applicazione della *per se rule*. – 3.1. L'insufficienza della *pe se rule* tra effetti anticompetitivi ed effetti procompetitivi. – 4. Gli effetti discriminatori come conseguenza dei sistemi di sconto. – 4.1. Gli effetti discriminatori derivanti dagli sconti fedeltà e dagli sconti *target*. – 4.2. La disciplina della discriminazione di prezzo negli U.S. Il *Robinson Patman Act*.

1. Premessa.

L'art. 102 TFUE, alla lett. b), disciplina i comportamenti abusivi delle imprese dominanti volti ad escludere i concorrenti dal mercato.

Tra questi, assumono un rilievo fondamentale le pratiche scontistiche che, come vedremo, sono state oggetto di numerosi interventi degli organi comunitari¹.

Si tratta di pratiche invero piuttosto frequenti nelle dinamiche commerciali, adoperate dai fornitori per esercitare una concorrenza sui prezzi attirando a sé i clienti.

Il legislatore comunitario – e sulla scia di quest'ultimo quello nazionale – non ha definito compiutamente le condotte commerciali rientranti

¹ Cfr. *infra* capitolo terzo.

nella categoria delle pratiche scontistiche, lasciando agli interpreti l'individuazione concreta dell'ambito applicativo del divieto in questione.

Ebbene, i dubbi concernenti il contenuto di significato della nozione di sconto hanno indotto ad includervi sia schemi effettivamente problematici, che richiedono ai clienti l'acquisto dall'impresa dominante di tutto o gran parte del proprio fabbisogno, sia pratiche potenzialmente procompetitive.

In altri termini, sebbene tali comportamenti a determinate condizioni possano determinare effetti positivi sul mercato, nonostante la posizione di egemonia dell'impresa che li pone in essere, la giurisprudenza ha tradizionalmente mostrato un'aprioristica severità nella loro valutazione.

Si è rilevato in proposito che, da una parte gli sconti costituiscono uno strumento di concorrenza, grazie alla quale le imprese più dinamiche e intraprendenti acquistano maggiori opportunità di penetrare in un mercato o di ampliare la quota che già vi detengono.

Dall'altra, tuttavia, secondo un orientamento tradizionale, per lungo tempo prevalente anche nel panorama dottrinale, gli sconti suscettibili di provocare effetti fidelizzanti nei confronti dei clienti e, quindi, preclusivi nei confronti dei concorrenti, così come gli accordi che obbligano i clienti a rifornirsi esclusivamente, o quasi, presso un'impresa dominante costituiscono una delle più gravi tipologie di abusi escludenti².

² Per un quadro generale dei contributi in tema di pratiche scontistiche cfr. L. PEEPERKORN, *Commission publishes discussion paper on abuse of dominance*, in *Competition Policy Newsletter*, numero 1, 2006, pp. 4-7; A. EZRACHI, *Article 82 EC: Reflections on its recent evolution*, 2009, Hart Publishing; P. AKMAN, *"Consumer Welfare" and Article 82 EC: Practice and Rhetoric*, in *World Competition*, volume 12, numero 1, 2009, pp. 71-90; L.L. GORMESEN, *Article 82 EC: Where are we coming and where are we going to?*, in *The Competition Law Review*, volume 2, numero 2, 2006, pp. 5-27; D. RIDYARD, *Article 82 EC Price Abuses – Towards a More Economic Approach*, in *European Competition Law Annual 2003: What is an abuse of a dominant position?* (a cura di) C.D. EHLERMANS – I. ATANASIV, 2006, Hart Publishing; L. KJØLBYE, *Article 82 EC as Remedy to Patent System Imperfections: Fighting Fire with Fire?*, in *World Competition*, 2009, pp. 163-188; L. KJØLBYE, *Rebates under Article 82 EC: navigating uncertain waters*, in *European Competition Law Review*, volume 31, numero 2, 2010, pp. 66-80; B. SHER, *The Last of Steam-Powered Trains: Modernising Article 82*, in *European Competition Law Review*, volume 25, numero 5, 2004, pp. 243-246; J. KALLAUGHER – B. SHER, *Rebates Revisited*:

Detta impostazione, costantemente ripresa dalla giurisprudenza maturata intorno all'applicazione dell'art. 102 TFUE³, è stata ampiamente argomentata dalla Corte di Giustizia, secondo cui a un'impresa dominante non è permesso di offrire sconti subordinati all'impegno del cliente di tenere uno specifico comportamento commerciale.

L'impianto argomentativo sviluppato dalla Corte di Giustizia nel considerare tali sconti come fidelizzanti e per questo da vietare ai sensi dell'art. 102 TFUE è sostanzialmente compendiabile nel richiamo alla necessità di evitare che i clienti siano privati della possibilità di scegliere la propria controparte commerciale, rendendo difficile, se non pressoché impossibile, l'accesso dei concorrenti al mercato, con ulteriore rafforzamento della posizione di egemonia dell'impresa dominante.

Approfondendo ulteriormente questo tradizionale approccio, in giurisprudenza si è anche osservato che, in alcuni casi, gli sconti possono

Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuses under Article 82, in *European Competition Law Review*, volume 25, numero 5, 2004, pp. 263-285; J. RATLIFF, *Abuse of Dominant Position and Pricing Practices – A Practitioner's Viewpoint*, in *European Competition Law Annual 2003: What is an abuse of a dominant position?* (a cura di) C.D. EHLERMANS – I. ATANASIV, 2006, Hart Publishing; D. WAELBROECK, *Michelin II: A Per Se Rule against Rebates by Dominant Companies?*, in *Journal of Competition Law & Economics*, volume 1, 2005, pp. 149-151; P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, 2010; S. BISHOP – M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, Sweet e Maxwell, 3rd ed., 2009; R. O' DONOGHUE R. – A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006; S. BISHOP – P. MARSDEN, *Article 82 Discussion Paper: a missed opportunity*, in *European Competition Journal*, 2006, pp. 1-7; P. MARSDEN – S. BISHOP, *Article 82 review: "What is your theory of harm?"*, in *European Competition Journal*, 2006, pp. 257-262; AA.VV., *An Economic Approach to Article 82, Report by the EAGCP*, 2005, disponibile su <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/index/html>; M. STOBER, *Competition, Economic Approach to Article 82*, in *European Enterprise Institute*, 2006, pp. 5-40; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007; R. WHISH, *Competition Law*, Oxford University Press, 6th ed., 2009; A. ALBORS-LLORENS, *EC Competition Law and Policy*, Willam Publishing, 2002; M. MOTTA, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004.

³ Per una compiuta analisi della giurisprudenza anteriore al processo di rivisitazione delle modalità di applicazione dell'art. 102 TFUE si veda. *infra* capitolo terzo. Si veda, altresì, *infra* capitolo quarto per l'analisi della prassi comunitaria successiva all'emanazione degli Orientamenti della Commissione.

cagionare effetti pregiudizievoli per i consumatori, determinando una discriminazione tra le controparti commerciali dell'impresa dominante.

Si è così fatta strada l'idea che in ragione di questi possibili effetti negativi scaturenti dall'applicazione di sistemi di sconti, alle pratiche di prezzo adottate da imprese dominanti andasse riservato un trattamento di particolare severità, sovente fondato su rigide presunzioni di abusività⁴.

Pertanto, in una prima parte del presente capitolo si analizzeranno le diverse forme in cui si sono estrinsecate le finalità escludenti. Successivamente, si sposterà l'oggetto d'indagine sulle modalità di valutazione dei sistemi di sconto e, in particolar modo, sul c.d. *form-based approach*. Infine, si esamineranno i possibili effetti discriminatori potenzialmente scaturenti da pratiche scontistiche.

2. Le condotte abusive secondo il tradizionale approccio comunitario.

La concessione di sconti sui prezzi base costituisce una pratica ricorrente tra i rivenditori di beni di consumo, adottata per premiare il cliente della sua fedeltà o semplicemente per accattivarsi il suo favore. Tale pratica, però, non può essere ridotta a mero espediente degli operatori commerciali per animare la concorrenza essendo, in realtà, un fenomeno dai risvolti ben più complessi.

Costituendo una fondamentale leva della concorrenza, gli sconti rappresentano, infatti, un aspetto essenziale delle relazioni tra produttori e

⁴ In realtà, l'approccio tradizionale non esclude *a priori* che gli sconti possano essere giustificati con argomentazioni fondate su logiche di efficienza. Tuttavia, è innegabile che nei casi sottoposti a scrutinio da parte della Commissione non sono quasi mai state accolte le giustificazioni economiche addotte dalle parti. Cfr. P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, 2010; S. BISHOP – M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, Sweet e Maxwell, 3rd ed., 2009.

distributori, che consentono alle imprese più dinamiche di conquistarsi maggiori opportunità d'ingresso in un mercato oppure di incremento della quota già detenuta e, in seconda battuta, di assicurarsi la fedeltà dei propri clienti⁵.

Proprio la consapevolezza dei possibili effetti procompetitivi di tali pratiche ha indotto il legislatore comunitario a non prevedere espressamente l'abusività dei sistemi di sconto, optando tuttavia – all'art. 102, lett. b), TFUE – per il riferimento ad una più ampia categoria di tali pratiche volte all'esclusione dei concorrenti, lasciando per il resto alla prassi il compito di valutare, caso per caso, l'idoneità dei sistemi di sconto a costituire un abuso.

Come si vedrà più dettagliatamente⁶, la Commissione e i giudici comunitari hanno adottato, almeno in una prima fase, una posizione di estremo rigore, vietando alle imprese dominanti di attuare qualsiasi manovra di sconto suscettibile di provocare effetti di fidelizzazione della clientela e, quindi, di preclusione del mercato ai concorrenti.

Nonostante questo iniziale rigore, sin dalle prime pronunce sul tema⁷ si è elaborata quella distinzione tra sconti quantità e sconti fedeltà, che avrebbe guidato per decenni la prassi comunitaria.

Il consolidamento della dicotomia tra sconti quantità – ritenuti *per se* leciti – e sconti fedeltà – ritenuti, invece, abusivi – ha finito con l'orientare l'indagine sulla forma degli sconti praticati nel caso di specie, piuttosto che sugli effetti da questi scaturenti⁸.

⁵ Cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007; R. WHISH, *Competition Law*, Oxford University Press, 6th ed., 2009; A. ALBORS-LLORENS, *EC Competition Law and Policy*, Willam Publishing, 2002; M. MOTTA, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004; A. CAPOBIANCO – R. CREATINI, *Antitrust. Lezioni e casi dell'esperienza italiana*, Rubettino, 2006, pp. 248-305.

⁶ Cfr. *infra* capitolo terzo.

⁷ Il punto di partenza della giurisprudenza comunitaria è rappresentato dalle sentenze *European Sugar Industry* e *Hoffman-La Roche*. Cfr. *infra* capitolo terzo.

⁸ La descritta dicotomia è stata in più occasioni avallata, seppur implicitamente, dagli organi comunitari, che nelle decisioni relative agli sconti hanno valutato con rigore gli sconti connessi

In altri termini, l'adesione a tale formalistico approccio ha determinato una scarsa valutazione delle condizioni al ricorrere delle quali gli sconti concessi da imprese dominanti debbano considerarsi vietati ai sensi dell'art. 102 TFUE.

Giova, tuttavia, sottolineare come, in realtà, il fondamento della descritta dicotomia sia stato revocato in dubbio dai medesimi organi comunitari che, in alcuni casi più recenti, hanno riscontrato come la stessa efficienza sottesa agli sconti quantitativi potrebbe rinvenirsi anche in altri schemi di sconto, a condizione che forniscano un reale incentivo fondato su risparmi di costi, che siano basati su un graduale e proporzionato aumento degli acquisti e che non siano progettati in modo da determinare effetti discriminatori a danno delle piccole imprese presenti sul mercato⁹.

In sintesi, l'evoluzione del pensiero giurisprudenziale ha progressivamente eroso la tradizionale dicotomia tra sconti fedeltà e sconti quantità "preparando il campo" per la decisione *Michelin II* in cui, come vedremo, si sanziona un sistema di sconti che, ancorché in apparenza quantitativo, è stato comunque ritenuto idoneo a fidelizzare la clientela¹⁰.

Il ripensamento del rigore della precedente impostazione è dipeso dall'avvertita necessità di chiarire, anche a fronte di un progressivo aumento delle sanzioni comminate alle imprese ai sensi dell'art. 102 TFUE, le condizioni che denotano l'illiceità di un sistema di sconti, con l'intento di

ad accordi di esclusiva ovvero quelli condizionati al raggiungimento di determinati quantitativi di acquisto. Tuttavia, in alcuni casi più recenti, la Corte di Giustizia ha gradualmente abbandonato il descritto approccio ritenendo necessaria la prova della razionalità economica anche degli sconti quantitativi. Cfr., a titolo esemplificativo, Corte di Giustizia, 20 marzo 2001, causa C-163/99, *Portugal c/ Commissione*.

⁹ Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 173-218.

¹⁰ Cfr. *infra* capitolo terzo.

riquadagnare una maggiore certezza interpretativa, fornendo agli interpreti un quadro chiaro dei comportamenti accettabili¹¹.

Tuttavia, come in seguito verrà meglio precisato, un primo concreto passo verso un definitivo superamento della proibizione *per se* di certi tipi di sconto si avrà soltanto nel 2009, con la pubblicazione degli Orientamenti della Commissione sulle priorità nell'applicazione dell'art. 102 TFUE alle pratiche escludenti.

Prima di tale importante passaggio destinato ad assumere un ruolo centrale nell'elaborazione giurisprudenziale successiva, nelle decisioni degli organi comunitari si seguirà a non tenere in debito conto gli effetti delle pratiche di sconto, limitandosi a verificare l'idoneità di tali pratiche a indurre la fedeltà del cliente¹².

È questa la ragione per cui, come ci apprestiamo ad osservare, se gli sconti quantitativi sono stati generalmente valutati come leciti, agli sconti fedeltà – categoria comprensiva di sconti di fedeltà connessi ad accordi di esclusiva e sconti *target* – si è riservata l'applicazione della tradizionale presunzione d'illiceità.

¹¹ Cfr. A.J. PADILLA – D. SLATER, *Rebates as an Abuse of Dominance under Article 82 EC*, in GCLC Research papers on Article 82 EC, 2005, pp. 84-104. L'autore sottolinea, altresì, la necessità di recuperare una maggiore coerenza nell'applicazione delle norme a tutela della concorrenza. In dettaglio, secondo l'autore citato, il passaggio verso un approccio più economico, basato sugli effetti scaturenti dalle pratiche integranti il divieto previsto dall'art. 101 TFUE, non è avvenuto anche per l'art. 102 TFUE, rendendo solo ipotetica un'applicazione contemporanea di entrambe le disposizioni, nonostante la complementarietà delle tutele apprestate dalla medesima.

¹² A titolo esemplificativo, nel caso *Michelin II*, la Corte di Giustizia ha sottolineato l'assenza di un obbligo per la Commissione di valutare gli specifici effetti delle pratiche abusive e ha chiarito che, nel contesto di applicazione dell'art. 102 TFEU, “*establishing the anticompetitive object and the anticompetitive effect are one and the same thing*”. Cfr. punto 241 della sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Michelin II*, compiutamente analizzato nel capitolo terzo del presente lavoro.

2.1. Gli sconti quantità.

Prima di esaminare la categoria degli sconti di fedeltà che, come vedremo, sono considerati abusivi ai sensi dell'art. 102 TFUE, giova dare atto della considerazione riservata dagli organi comunitari agli schemi di sconti quantitativi premettendo, sin da subito, il *favor* mostrato nei confronti di tali pratiche, considerate intrinsecamente lecite anche se attuate da imprese in posizione dominante.

La ragione di tale maggior favore accordato nella prassi comunitaria viene in evidenza nel caso *Hoffman-La Roche*. In tale sentenza, infatti, la Corte di Giustizia sottolinea l'assenza di una motivazione economica idonea a giustificare l'onere o il beneficio che gli sconti fedeltà portano alle parti, a differenza, invece, degli sconti quantitativi che, legati esclusivamente al volume di acquisto, sono almeno in apparenza rispettosi dell'art. 102 TFUE¹³.

In effetti, tali sconti sono degli abbuoni crescenti in misura proporzionale all'incremento del volume di acquisti effettuati da ciascun cliente. Quest'ultimo incremento genera un risparmio di costo che il fornitore, attraverso la concessione di sconti, retrocede ai clienti incentivando evidentemente questi ultimi ad acquistare quantitativi sempre maggiori presso l'impresa egemone, al fine di ottenere un più significativo vantaggio economico.

¹³ Cfr. caso *Hoffman-La Roche*, *infra* capitolo terzo. In dottrina si veda E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 173-218; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007; R. WHISH, *Competition Law*, Oxford University Press, 6th ed., 2009; A. ALBORS-LLORENS, *EC Competition Law and Policy*, Willam Publishing, 2002; M. MOTTA, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004.

Secondo il tradizionale approccio della Commissione¹⁴, la descritta pratica deve essere considerata lecita *per se*, perché razionalmente fondata da un punto di vista economico, oltre che vantaggiosa per i consumatori¹⁵.

Per completezza, giova considerare che in alcune pronunce della Corte di Giustizia si è registrata una diversa considerazione di tale tipologia di sconti, rispecchiante una tendenza comunitaria per cui alcuni tipi di condotte, in virtù unicamente della loro struttura, sono valutati come escludenti. Sotto tale profilo, viene in evidenza il caso *Michelin II*, in cui la Corte di Giustizia ha condannato un sistema di sconti espressi in termini di volume e privi di connotati discriminatori¹⁶.

Tanto premesso in via generale sugli sconti quantitativi, si affronteranno ora le singole problematiche relative alle condotte tradizionalmente considerate abusive, con particolare riguardo agli sconti di fedeltà.

¹⁴ Cfr. L. GYSELEN, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*, in *European Competition Law Annual*, 2003, pp. 1-33; I. VAN BAEL – J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2010, pp. 817-859.

¹⁵ Gli sconti basati sulla quantità effettivamente acquistata sono l'esempio più classico di agevolazione di prezzo che hanno una relazione diretta e causale con i costi associati alla prestazione. Con l'aumentare della quantità acquistata, infatti, i costi medi per unità di prodotto si riducono. È proprio tale riduzione che, secondo alcuni autori, giustifica la concessione di un vantaggio economico a favore dell'acquirente e la conseguente assenza di una finalità fidelizzante. Cfr. A. CAPOBIANCO – R. CREATINI, *Antitrust. Lezioni e casi dell'esperienza italiana*, Rubettino, 2006, pp. 248-305.

¹⁶ Cfr. il caso *Michelin II*. In ambito nazionale, anche l'AGCM ha ritenuto che, in presenza di determinate circostanze, anche uno sconto quantità possa avere effetti fidelizzanti. Sulla base di tale impostazione, l'Autorità ha ritenuto integrante un abuso escludente l'applicazione da parte di un'impresa in posizione dominante di una pratica di sconti quantitativi, basati su un legame tra servizi in monopolio e servizi liberalizzati. Da un lato, infatti, tale pratica era tale da disincentivare l'acquirente a rivolgersi ad altri fornitori per i servizi liberalizzati, perché ciò avrebbe determinato una riduzione della quantità complessivamente acquistata e, quindi, anche dello sconto offerto sui servizi in monopolio. Sull'altro fronte, la descritta pratica era idonea a rendere non competitive le offerte dei concorrenti che fornivano servizi liberalizzati, non potendo tali operatori praticare autonomamente riduzioni tariffarie sui servizi soggetti ad un regime di monopolio. Si vede, a tal proposito, il caso *Marinzulich c/ Tirrenia*. In dottrina si veda C. AHLBORN – D. BAILEY, *Discounts, Rebates and Selective Pricing by Dominant Firm: A Trans-Atlantic Comparison*, in *European Competition Journal*, volume 2, 2006, pp. 101-143.

2.2. Gli sconti di fedeltà.

L'espressione "*sconti fedeltà*" individua una vasta gamma di schemi di sconto, accomunati per la loro capacità incentivante esercitata nei confronti dei clienti, indotti attraverso essi a rifornirsi in via prevalente, se non esclusiva, presso l'impresa che li pratica.

In altri termini, gli schemi di sconto e, segnatamente, gli sconti connessi ad accordi di esclusiva nonché gli sconti *target*, riescono a indurre i clienti ad acquistare quantitativi sempre maggiori dall'impresa dominante per godere di un maggiore sconto. Proprio per tale caratteristica, le pratiche in questione possono determinare un sensibile spostamento della domanda in favore dell'impresa dominante¹⁷.

Prima di passare sinteticamente in rassegna le ipotesi di sconti fedeltà, giova osservare che, anche in questo caso, l'individuazione delle diverse categorie di sconti fedeltà è frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, confrontatasi con un referente normativo volutamente generico dal punto di vista descrittivo.

La prima categoria è quella degli sconti di fedeltà puri, cioè accordati da un'impresa dominante non in funzione delle quantità di beni acquistati dal cliente, bensì del suo grado di fedeltà.

Più nel dettaglio, il fornitore dominante subordina la concessione dello sconto all'impegno da parte dell'acquirente a non approvvigionarsi presso le imprese concorrenti.

Prevedendo tali abbuoni, l'impresa egemone mira ad accordare condizioni particolarmente favorevoli solo a taluni clienti, generalmente quelli

¹⁷ Cfr. S. BISHOP – M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, 3rd ed., Sweet e Maxwell, 2009, pp. 256-721.

più strategici e sensibili alle offerte dei concorrenti, con l'intento di danneggiare le rivali.

Per queste ragioni, secondo l'impostazione seguita dagli organi comunitari, tali pratiche appalesano un intento escludente perché, per un verso, appaiono finalizzate ad ostacolare l'accesso al mercato dei fornitori concorrenti e per l'altro sono del tutto prive di una giustificazione economica razionale¹⁸.

Peraltro, si danno anche ipotesi di sconti fedeltà produttivi di un effetto equivalente ad un accordo che obblighi l'acquirente a rifornirsi in esclusiva presso un'impresa in posizione dominante¹⁹.

In tale ipotesi, gli sconti sono subordinati alla condizione che il cliente – indipendentemente dal volume, rilevante o trascurabile, degli acquisti – si rifornisca per la totalità, o per la maggior parte, del proprio fabbisogno presso l'impresa egemone²⁰.

Secondo quanto emerso nella prassi applicativa dell'art. 102 TFUE²¹, anche questi accordi possono determinare effetti anticompetitivi e, quindi, essere considerati abusivi, a prescindere dal fatto che l'impegno relativo al volume di acquisto sia espresso in termini assoluti o percentuali.

¹⁸ È abbastanza intuitivo che con gli sconti di fedeltà l'impresa dominante non trasferisce ai suoi clienti parte dei risparmi connessi alle economie di scala o di transazione, ma accorda semplicemente un premio di fedeltà indipendente dal volume di acquisti effettuati. Cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007; R. WHISH, *Competition Law*, Oxford University Press, 6th ed., 2009; R. O'DONOGHUE – A.J. PADILLA, *The law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006.

¹⁹ Cfr. BELLAMY – CHILD, *European Community Law of Competition*, 6th ed., Oxford University Press, 2008, pp. 972-973; S. BISHOP – M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, 3rd ed., Sweet e Maxwell, 2009, pp. 256-721.

²⁰ In diverse pronunce, la Corte di Giustizia ha sanzionato gli sconti e i premi di fedeltà concessi da un'impresa dominante in quanto volte, unicamente, a togliere all'acquirente la possibilità di scegliere la propria fonte di approvvigionamento. Cfr., *infra*, i casi *Hoffman-La Roche* e *Michelin I*.

²¹ In tale senso si è espressa la Corte di Giustizia nel caso *British Plasterboard* ritenendo che “i sistemi di distribuzione esclusiva adottati da un'impresa in posizione dominante hanno spesso lo scopo e l'effetto di esercitare sui concorrenti un'azione di deterrenza e di indebolirli, sottraendo loro clienti e costringendoli ad aumentare i propri costi di commercializzazione e distribuzione”. Per un'analisi compiuta del caso *British Plasterboard*, cfr. *infra* capitolo terzo.

In altri termini, l'acritica adesione all'impostazione secondo cui gli sconti fedeltà costituiscono pratiche abusive *per se* ha portato la Commissione a sanzionare anche situazioni in cui i requisiti di acquisto erano accertati solo approssimativamente, oppure ipotesi in cui la natura stessa dell'impegno era dedotta dalla sola affermazione da parte del cliente di avere l'intenzione di rifornirsi per una determinata quantità dall'impresa egemone²².

Diverso è il caso degli sconti *target* o condizionati, definiti come una sottocategoria degli sconti fedeltà²³.

In tali ipotesi, il fornitore in posizione dominante accorda al distributore uno sconto commisurato al volume di acquisti effettuati nel corso di un periodo di riferimento prestabilito. Lo sconto, tuttavia, è concesso ed effettivamente calcolato soltanto nell'ipotesi in cui gli acquisti effettuati nel periodo di riferimento raggiungano l'obiettivo fissato dal fornitore.

All'interno della sottocategoria degli sconti *target* si operano distinzioni a seconda che gli obiettivi di acquisto siano individualizzati oppure standardizzati e, ancora, a seconda che gli sconti siano calcolati retroattivamente o in via incrementale.

Con maggiore sforzo esplicativo, nell'ipotesi degli sconti *target* individualizzati, l'impresa dominante offre ai clienti uno sconto che verrà pagato al raggiungimento di un obiettivo di acquisto in un dato periodo di tempo. Ebbene, la soglia e il periodo di riferimento, in questo caso, sono diverse per ogni cliente e, generalmente, sono commisurate alla potenzialità di acquisto del singolo acquirente. Infatti, nella maggior parte dei casi, gli

²² Cfr. I. VAN BAEL – J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 5th ed., Kluwer Law International, 2010, pp. 817-830.

²³ Negli Orientamenti della Commissione sulle priorità nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE alle pratiche escludenti gli sconti *target* sono definiti sconti condizionati. Cfr. punti 37-46 degli Orientamenti. Per un'analisi compiuta degli Orientamenti della Commissione cfr. *infra* capitolo quarto. In dottrina si veda I. VAN BAEL – J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 5th ed., Kluwer Law International, 2010, pp. 817-830; R. O'DONOGHUE – A.J. PADILLA, *The law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006.

obiettivi sono determinati prendendo come termine di paragone le vendite realizzate dal distributore nel corso del periodo di riferimento dell'anno precedente²⁴.

Gli sconti standardizzati sono in parte analoghi ai sistemi di sconto appena descritti, da cui, però, si discostano perché sono ideati per la generalità dei clienti.

In questo caso gli obiettivi di vendita, uguali per tutti i clienti dell'impresa egemone, sono espressi in termini di valore o percentuale e non corrispondono al fabbisogno dei singoli.

Tale peculiarità inibisce una delle principali critiche mosse dagli organi comunitari agli sconti fedeltà, ossia quella di essere in grado di determinare un forte incentivo per gli acquirenti a rifornirsi esclusivamente dall'impresa dominante. Infatti, se gli sconti sono calcolati su gruppi di fatturato omogenei viene meno la previsione di acquisto dei singoli acquirenti²⁵.

Ebbene, indipendentemente dal fatto che le soglie da raggiungere siano individualizzate o standardizzate, raggiunto l'obiettivo prefissato per il periodo di riferimento, il fornitore concede uno sconto al distributore.

La percentuale di sconto può essere concessa o retroattivamente, su tutti gli acquisti effettuati nel periodo di riferimento, ovvero in via incrementale cioè per la porzione di acquisti eccedente l'obiettivo prefissato.

In tale seconda ipotesi, in favore degli sconti opera una presunzione di liceità, perché i concorrenti potrebbero essere in grado di replicarli. Infatti,

²⁴ Cfr., in tal senso, il caso *Michelin I*, ove la Corte di Giustizia ha ritenuto il sistema di sconti ideato dall'impresa egemone idoneo a vincolare i rivenditori e a restringere la loro effettiva libertà di scelta.

²⁵ Cfr. il caso *Virgin c/ British Airways* in cui gli sconti erano concessi a tutte le agenzie di viaggio al raggiungimento di obiettivi comuni di acquisto. In dottrina cfr. L. GYSELEN, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*, in *European Competition Law Annual*, 2003, pp. 1-33; E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 173-218; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007.

essendo lo sconto incrementale relativo soltanto alla quantità addizionale di acquisti, non vi è incertezza sui prezzi praticati per gli acquisti già compiuti, i concorrenti devono competere soltanto sulla porzione successiva di acquisti ed i clienti, non correndo il rischio di perdere lo sconto su tutti gli acquisti effettuati nell'intero arco temporale, potrebbero anche essere disposti a cambiare fornitore²⁶.

Ebbene, delineati i caratteri delle tipologie di sconti fedeltà, deve ora rilevarsi che la prassi comunitaria ha mostrato un maggiore interesse per gli sconti retroattivi ed, in particolare, per quelli connessi ad obiettivi di acquisto individualizzati applicati, peraltro, ad un lungo periodo di riferimento.

Tali sconti sono stati, infatti, sottoposti ad un rigida valutazione che, nella maggior parte dei casi, ha condotto ad una condanna non fondata su di un'analisi degli effetti concreti di tali pratiche²⁷.

3. Il *form-based approach*. L'applicazione della *per se rule*.

Il *form-based approach*, il metodo di analisi tradizionalmente adottato dagli organi comunitari, è fondato su un'impostazione prevalentemente incentrata sulle qualificazioni formali delle fattispecie esaminate, che assegna quindi un rilievo solo marginale alla valutazione di una loro razionalità economica²⁸.

²⁶ L'effetto fidelizzante degli sconti incrementali è ridotto rispetto a quelli incrementali come, peraltro, conformemente ritenuto in dottrina. Cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007; R. WHISH, *Competition Law*, Oxford University Press, 6th ed., 2009; S. BISHOP – M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, 3rd ed., Sweet e Maxwell, 2009, pp. 256-721; C. AHLBORN – D. BAILEY, *Discounts, Rebates and Selective Pricing by Dominant Firm: A Trans-Atlantic Comparison*, in *European Competition Journal*, volume 2, 2006, pp. 101-143.

²⁷ Cfr., in tal senso, R. O' DONOGHUE – A.J. PADILLA, *The law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006.

²⁸ Cfr. L. GYSELEN, *Abuse of monopoly power*, in *Fordham Corporate Law Institute*, 1989, p. 615; V. KORAH, *Cases and Materials on EC Competition Law*, Hart Publishing, 3rd ed., 2006.

In altri termini, tale metodo di analisi prende le mosse dalla verifica relativa all'esistenza di una posizione di egemonia di un'impresa, per poi analizzare le caratteristiche formali delle condotte e accertare se esse integrino una delle fattispecie meritevoli di censura.

Detta impostazione ricostruttiva si è prestata a consistenti rilievi critici non tanto per i casi di condotte evidentemente abusive – con riferimento alle quali un'analisi tutto sommato circoscritta è parsa giustificabile – quanto piuttosto in ipotesi di maggiore complessità, che ne hanno evidenziato gli inconvenienti, primo tra tutti quello di un'eccessiva estensione dell'ambito applicativo dell'art. 102 TFUE²⁹.

Ebbene, in coerenza, quanto ai suoi presupposti teorici, con i principi affermati dalla Commissione nella valutazione delle condotte abusive³⁰ e, segnatamente, quello dell'abusività *per se* di una condotta se realizzata da

²⁹ D. RIDYARD, *Article 82 EC Price Abuses – Towards a More Economic Approach*, in *European Competition Law Annual 2003: What is an abuse of a dominant position?* (a cura di) C.D. EHLERMANS – I. ATANASIV, 2006, Hart Publishing; L. GYSELEN, *Abuse of monopoly power*, in *Fordham Corporate Law Institute*, 1989, p. 615.

³⁰ L'opinione dei commentatori è concorde nel ritenere che la Commissione ha per lungo tempo trascurato l'analisi economica a favore di un approccio rigido e formalistico incentrato essenzialmente sulla forma della condotta. Tale metodo di analisi si è consolidato contestualmente all'affermazione di taluni principi, seguiti dalla prassi e dalla giurisprudenza tradizionali in tema di abuso di posizione dominante. Tra questi, primo tra tutti è certamente il principio di "speciale responsabilità", che riduce i margini di manovra sul mercato dell'impresa dominante prevedendo che certe condotte, lecite se poste in essere da altre imprese, possono essere ritenute abusive se attuate da un'impresa dominante. In secondo luogo, la giurisprudenza ha aderito ad una lettura in chiave oggettiva della nozione di abuso, ponendo quindi in secondo piano l'elemento psicologico dell'illecito. In dottrina, si confrontano le opinioni di L. PEEPERKORN, *Commission publishes discussion paper on abuse of dominance*, in *Competition Policy Newsletter*, numero 1, 2006, pp. 4-7; A. EZRACHI, *Article 82 EC: Reflections on its recent evolution*, 2009, Hart Publishing; P. AKMAN, "Consumer Welfare" and *Article 82 EC: Practice and Rhetoric*, in *World Competition*, volume 12, numero 1, 2009, pp. 71-90; L.L. GORMESEN, *Article 82 EC: Where are we coming and where are we going to?*, in *The Competition Law Review*, volume 2, numero 2, 2006, pp. 5-27; L. KJØLBYE, *Article 82 EC as Remedy to Patent System Imperfections: Fighting Fire with Fire?*, in *World Competition*, 2009, pp. 163-188; L. KJØLBYE, *Rebates under Article 82 EC: navigating uncertain waters*, in *European Competition Law Review*, volume 31, numero 2, 2010, pp. 66-80; B. SHER, *The Last of Steam-Powered Trains: Modernising Article 82*, in *European Competition Law Review*, volume 25, numero 5, 2004, pp. 243-246.

imprese dominanti, il *form-based approach* reputa sufficiente la prova di una mera potenzialità abusiva³¹.

Più nel dettaglio, secondo il tradizionale indirizzo interpretativo, al fine di accertare una violazione dell'art. 102 TFUE, si reputa sufficiente riscontrare che il comportamento abusivo dell'impresa fosse diretto a restringere la concorrenza o che avesse caratteristiche tali da determinare un risultato simile, a prescindere da una concreta disamina dei suoi effetti.

Ciò posto, le pratiche nei confronti delle quali si è applicata questa semplificazione presuntiva sono state gli sconti di fedeltà e quelli che, ancorché strutturati come sconti di quantità, potessero provocare un effetto fidelizzante³².

Per quanto più specificamente concerne gli sconti fedeltà, nella prassi applicativa si è consolidato un esame bifasico, articolato in una prima parte, deputata alla dimostrazione del carattere fidelizzante dello sconto e in una fase eventuale, aperta nel caso di esito positivo della prima verifica e volta a verificare se la riduzione di prezzo potesse trovare giustificazioni sulla base di considerazioni economiche.

Orbene, per la prima fase, quella destinata all'accertamento del carattere fidelizzante della pratica, prassi e giurisprudenza tradizionali si sono affidate ad un sistema di presunzioni tale da rendere ancora più meccanica la valutazione delle pratiche scontistiche.

³¹ Come vedremo, la discussione avviatasi in Europa e negli Stati Uniti ha messo in luce le debolezze insite in questo approccio, capace di condurre in modo non prevedibile ad un eccesso così come ad una carenza di intervento da parte degli organi competenti. Nell'alveo delle pratiche potenzialmente escludenti, infatti, quasi mai esiste una corrispondenza automatica tra una determinata condotta e i suoi effetti sulla concorrenza e sui consumatori. Cfr. M. POLO, *L'intervento antitrust in materia di pratiche escludenti: lezioni dal dibattito recente*, in (a cura di) C. RABITTI E P. BARUCCI, 20 anni di *antitrust*, Giappichelli, 2010, pp. 677-702.

³² In realtà, il citato orientamento non ha riscontrato adesioni unanimi. Difatti, se è innegabile che gli sconti praticati dall'impresa dominante possono provocare effetti preclusivi, è anche vero che possono avere effetti procompetitivi. Quindi, secondo alcune opinioni, sarebbe preferibile un approccio che tenesse conto delle circostanze di ciascun caso. Cfr. R. WHISH, *Competition Law*, Oxford University Press, 6th ed., 2009; S. BISHOP – M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, 3rd ed., Sweet e Maxwell, 2009, pp. 256-721.

Si è così fatta strada una presunzione di abusività dei sistemi di sconto contraddistinti da talune caratteristiche.

In particolare, sono stati considerati indici presuntivi di abusività i sistemi di applicazione retroattiva degli sconti sull'intero volume di acquisti³³, l'individualizzazione degli obiettivi di vendita negli sconti *target*³⁴, l'innalzamento progressivo degli obiettivi rispetto ai *target* degli anni precedenti³⁵, la progressione delle aliquote di sconto rispetto agli obiettivi di vendita correlati, l'utilizzo, ai fini del calcolo dello sconto, di un periodo di riferimento lungo su cui realizzare gli obiettivi³⁶ e l'opacità del sistema scontistico³⁷.

³³ In caso di applicazione retroattiva degli sconti e dei premi, la pressione esercitata sarà maggiore perché lo sconto non sarà applicato solo alla parte di fatturato che eccede la soglia quantitativa fissata come presupposto dello sconto ma si estenderà a tutto il fatturato realizzato nel periodo di riferimento. Cfr. I. VAN BAEL – J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2010, pp. 817-859.

³⁴ Quando si fa riferimento a sistemi di sconto individualizzati, s'intendono non soltanto ipotesi di aliquote di sconto diverse e personalizzate per ogni cliente, ma anche sistemi di aliquote di sconto previste in percentuali uguali per tutti i clienti ma accordate in base ad incrementi di vendite differenziati. Cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007; R. WHISH, *Competition Law*, Oxford University Press, 6th ed., 2009.

³⁵ L'innalzamento progressivo degli obiettivi rispetto ai *target* degli anni precedenti si verifica quando, per ogni nuovo periodo di riferimento, il *target* richiesto dal fornitore al proprio cliente cresce rispetto al volume di acquisti effettuato nel periodo precedente. Questo determina, evidentemente, un effetto "espansivo" delle vendite dell'impresa dominante come rappresentato, ad esempio, nel caso *Hoffman-La Roche*. Cfr. *infra* capitolo terzo.

³⁶ La lunghezza del periodo di riferimento è una caratteristica fondamentale per la valutazione della liceità del sistema di sconti. Infatti, se si considera che il premio è accordato retroattivamente e, cioè, solo al raggiungimento del *target* e sull'intero volume di acquisti si coglie il forte incentivo avvertito dall'acquirente, il quale avrà l'interesse ad incrementare i propri acquisti presso il fornitore in posizione dominante, specialmente in prossimità del raggiungimento della soglia, a svantaggio dei fornitori concorrenti. Nonostante ciò, dalla pratica e dalla giurisprudenza non si è individuato un parametro sicuro per la valutazione, in concreto, della "relativa lunghezza" di un periodo. In alcuni casi, infatti, la Commissione ha accettato periodi di riferimento pari ad un anno – è questo il caso di *British Plasterboard* – in altri, invece, si è dimostrata incline ad accettare periodi più brevi – come nel caso *Michelin II* in cui fa riferimento ad un periodo massimo di tre mesi –. Cfr. I. VAN BAEL – J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2010, pp. 817-859; F.O.W. VOGELAAR, *The European Competition Rules*, in *Landmark Cases of the European Courts and the Commission*, Europa Law Publishing, 2004, pp. 88-111.

³⁷ In presenza di un sistema di sconti opaco, i clienti non sono pienamente a conoscenza del funzionamento del sistema di concessione degli sconti e, di conseguenza, si determina uno stato di incertezza che comporta un ulteriore incentivo per l'acquirente di non cambiare fornitore. Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 67-71; A. EZRACH, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, 2010, pp. 147-241; V. KORAH, *Cases and Materials on*

Per quanto invece concerne il secondo *step* di analisi, questo si riferisce alla valutazione delle eventuali efficienze scaturenti dalle pratiche di sconto³⁸.

Al fine di meglio cogliere la portata dei rilievi critici mossi nei confronti dell'approccio *form-based*, si rende opportuno un rinvio dell'analisi di tale seconda parte al prosieguo della trattazione.

3.1. L'insufficienza della *per se rule* tra effetti anticompetitivi ed effetti procompetitivi.

L'applicazione dell'art. 102 TFUE alle pratiche scontistiche si è prestata a consistenti critiche, che si sono principalmente appuntate sull'utilizzazione di una regola *per se*, a mente della quale sono vietati tutti gli sconti idonei ad incoraggiare maggiori acquisti presso l'impresa dominante.

Come osservato, per un lungo periodo, nella valutazione degli schemi di sconto si è trascurata l'analisi economica, ignorando quindi gli eventuali effetti procompetitivi³⁹ scaturenti da tali condotte nonché le ragioni economiche che potevano essere alla base delle pratiche di sconto⁴⁰.

Competition Law, Hart Publishing, 2006, pp. 130-149; L.L. GORMSEN, *A principled approach to abuse of dominance in European Competition Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 9-147; J. GOYDER – A. ALBORS-LLORENS, *Goyder's EC Competition Law*, Oxford University Press, 2009, pp. 327-329.

³⁸ Cfr. R. O' DONOGHUE – A.J. PADILLA, *The law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007; I. VAN BAEL – J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2010, pp. 817-859.

³⁹ Le possibili ragioni procompetitive rintracciabili nell'economia degli sconti fedeltà sono essenzialmente tre. In primo luogo, la giurisprudenza fa riferimento alla possibilità, per l'impresa dominante, di recuperare in maniera più efficiente i costi fissi che potrebbe comportare l'applicazione di un prezzo più elevato per le unità di prodotto relative alla domanda inelastica ed un prezzo più basso in corrispondenza di una maggiore elasticità della domanda. Inoltre, gli schemi di sconto tra produttori e rivenditori possono avere l'ulteriore effetto di migliorare gli incentivi ai dettaglianti. Gli sconti fedeltà permettono, anche, di ridurre la doppia marginalizzazione, problema che si pone nel contesto dei rapporti tra produttore e rivenditore. Per un'analisi dettagliata cfr. R. O'DONOGHUE – A.J. PADILLA, *The law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006.

⁴⁰ Come vedremo dettagliatamente nella parte del presente lavoro relativa al processo di *review* del metodo di valutazione delle pratiche escludenti, il *Discussion Paper* ha proposto numerose

Nonostante il generalizzato ricorso a siffatte semplificazioni presuntive, comunque residuavano spazi per possibili giustificazioni da parte dell'impresa dominante, alle quali tuttavia era assegnata una valenza soltanto marginale.

In altri termini, un sistema di sconti poteva vincere la presunzione di abusività ed essere, quindi, considerato lecito in presenza di una giustificazione economica che ne evidenziasse la razionalità⁴¹.

Tuttavia, alla difficoltà oggettiva per le imprese di addurre motivazioni convincenti per la predisposizione dei sistemi di sconto che avevano applicato, si aggiungeva il tradizionale scetticismo della Commissione e della Corte di Giustizia nei confronti di tali pratiche.

Infatti, in numerosi casi, gli organi comunitari hanno rigettato le giustificazioni avanzate, ritenendo che la sussistenza di motivazioni economiche dovesse essere riscontrata sulla base di tutte le circostanze caratterizzanti il caso di specie, cercando di evincere se l'effetto preclusivo potesse essere bilanciato, o meglio ancora, superato da vantaggi in termini di efficienza⁴².

modifiche all'approccio formalistico facendo leva sull'esistenza di possibili effetti procompetitivi sottostanti alle pratiche di sconto. In tale documento, infatti, viene proposta un'analisi basata sugli effetti volta, tra l'altro, ad individuare un test utile alla valutazione della liceità degli sconti. Cfr. R. O'DONOGHUE – A.J. PADILLA, *The law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006.

⁴¹ La prova richiesta all'impresa dominante, comunque, non è stata per nulla considerata agevole dalla dottrina che ha ripercorso le principali decisioni della Commissione evidenziando come gli organi comunitari hanno sempre respinto le argomentazioni delle imprese dominanti. Cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007 ed i casi *Hoffman-La Roche*, *Michelin I*, *Hilti* e *Virgin c/ British Airways*.

⁴² In *Hoffman-La Roche*, ad esempio, la Corte di Giustizia si è rifiutata di accettare la giustificazione per cui lo sconto sarebbe stato concesso a seguito della richiesta da parte dei clienti. Ancora, in *Michelin I*, la Corte si è rifiutata di considerare come obiettiva giustificazione il fatto che lo sconto contribuiva a migliorare l'organizzazione della produzione e distribuzione di *Michelin* e, nel caso *Hilti*, il Tribunale di primo grado ha respinto le argomentazioni dell'impresa che sosteneva di essere legittimata ad impedire l'uso di chiodi di prodotti concorrenti, che essa riteneva di qualità inferiore ai propri, a fronte di un suo presunto "dovere di diligenza" come produttore. Cfr. *infra* capitolo terzo.

Pertanto, ogni qual volta è risultato che l'effetto preclusivo non fosse correlato a vantaggi per il mercato e per i consumatori oppure fosse sproporzionato rispetto a tali vantaggi, il sistema di sconti è stato comunque considerato abusivo⁴³.

A ben vedere, in coerenza con il tradizionale indirizzo applicativo, le decisioni della Commissione non erano supportate da una valutazione economica degli effetti delle pratiche, perché ancorate ad un approccio meramente formalistico.

Tuttavia, detta impostazione si è mostrata fragile sul piano dei presupposti teorici.

A tal riguardo va osservato che la dottrina in ambito economico ripudia una previsione di abusività *per se* degli schemi di sconto, che si limiti ad un'astratta prognosi concernente i potenziali effetti riconducibili alle pratiche esaminate, evidenziando la necessità di valutare tali effetti alla luce di una *rule of reason*, che tenga conto del bilanciamento tra effetti anticompetitivi e procompetitivi⁴⁴.

In altri termini, secondo i sostenitori dell'applicazione della *rule of reason*, la valutazione delle pratiche escludenti dovrebbe essere guidata da un'accurata disamina degli effetti da loro scaturenti, a prescindere dalla qualificazione formale delle condotte delle imprese.

Nonostante i dubbi manifestati da gran parte della dottrina⁴⁵, la *rule of reason* è stata a lungo considerata inapplicabile perché avrebbe imposto agli

⁴³ Cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007; E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 200-217; P. AKMAN, *Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to Basics?*, in Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2009, pp. 1-37.

⁴⁴ A.J. PADILLA – D. SLATER, *Rebates as an Abuse of Dominance under Article 82 EC*, in GCLC Research papers on Article 82 EC, 2005, pp. 84-104.

⁴⁵ Cfr. D. SPECTOR, *Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Structured Rule of Reason*, in Competition Policy International, volume 1, numero 2, 2005, pp. 89-114, nonché nota numero 30.

organi comunitari di sviscerare la complessità, spesso valutata inestricabile, delle pratiche di prezzo e, in particolare, di quelle scontistiche.

Ciò nonostante, come vedremo nel seguito della trattazione, la Commissione ha iniziato a prendere le distanze dalla sua tradizionale riluttanza, riconoscendo la necessità di attendere ad una valutazione fondata anche sull'analisi economica delle pratiche in esame.

4. Gli effetti discriminatori come conseguenza dei sistemi di sconto.

L'art. 102. Lett. c), TFUE si occupa della discriminazione e sanziona il comportamento consistente nell'applicare nei rapporti commerciali con altri concorrenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti determinando, così, per questi ultimi uno svantaggio concorrenziale.

Neelie Kroes ha avviato un rilevante processo di revisione dell'art. 102 TFUE affermando *“it is sound for our enforcement policy to give priority to so-called exclusionary abuses, since exclusion is often at the basis of later exploitation of customers”*⁴⁶.

L'opinione dell'ex commissario europeo alla concorrenza⁴⁷, secondo cui da pratiche escludenti – e segnatamente da pratiche scontistiche – spesso scaturiscono effetti discriminatori, è tuttora un pensiero largamente condiviso⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. Neelie Kroes, *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82*, discorso alla Fordham Corporate Law Institute, 23 settembre 2005.

⁴⁷ Gli è succeduto, nel febbraio del 2010, Joaquín Almunia Amann.

⁴⁸ Sono numerosi i commentatori che si sono soffermati sui possibili effetti discriminatori derivanti dai sistemi di sconti. Si confrontino E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 200-217; P. AKMAN, *Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to Basics?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2009, pp. 1-37; B. LYONS, *The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse*, 2007, disponibile su <http://ssrn.com>; D. GERARD, *Price Discrimination under Article 82 (c) EC: Clearing up the Ambiguities*, in *GCLC Research papers on Article 82 EC*, 2005, pp. 105-133; D. GERARDIN – N. PETIT, *Price Discrimination under EC Competition Law: the need for a case-by-case approach*, in *GCLC Working Paper*, 2005, pp. 1-47; J.T. LANG, *The Requirements for a*

Ebbene, l'ipotesi maggiormente ricorrente di applicazione del citato articolo è quella delle pratiche scontistiche.

In effetti, come si è già in precedenza avuto l'occasione di osservare, se applicati da imprese in posizione dominante, schemi di sconti fidelizzanti possono indurre gli acquirenti ad approvvigionarsi per il loro intero fabbisogno, o per la maggior parte di esso, esclusivamente presso la medesima impresa dominante.

In aggiunta al descritto effetto escludente, gli sconti fedeltà possono anche determinare l'applicazione di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti e, quindi, una discriminazione tra gli acquirenti dell'impresa egemone.

In altri termini, praticando un sistema di sconti può accadere che due acquirenti, a fronte dell'acquisto della stessa quantità di prodotto, paghino prezzi differenti a seconda che abbiano o meno accettato di rifornirsi esclusivamente presso l'impresa dominante⁴⁹.

In effetti, anche l'esperienza giurisprudenziale fin qui maturata⁵⁰, sembra confrontarsi con la discriminazione leggendola non come un abuso a sé stante, ma come una conseguenza dell'esclusione.

Commission Notice on the Concept of Abuse under Article 82 EC, disponibile su <http://ceps.eu>, 2008, pp. 1-40; S.O. SPINKS, *Exclusive Dealing, Discrimination, and Discounts under EC Competition Law*, in *Antitrust Law Journal*, 2000, pp. 641-670; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007; R. WHISH, *Competition Law*, Oxford University Press, 6th ed., 2009; A. ALBORS-LLORENS, *EC Competition Law and Policy*, William Publishing, 2002; M. MOTTA, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004; L. RITTER – W.D. BRAUN, *European Competition Law: a Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 3th ed., 2004; J.T. LANG, *Anticompetitive non-pricing abuse under European and National Antitrust Law*, in *International Antitrust Law and Policy: Fordham Corporate Law*, 2003, pp. 235-340; O. ODUKU, *The Wider Concerns of Competition Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, volume 30, numero 3, 2010, pp. 599-613; I. VAN BAEL – J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 5th ed., Kluwer Law International, 2010, pp. 810-817; J. GOYDER – A. ALBORS-LLORENS, *Goyder's EC Competition Law*, 5th ed., Oxford University Press, 2009, pp. 324-326.

⁴⁹ Cfr. S.O. SPINKS, *Exclusive Dealing, Discrimination, and Discounts under EC Competition Law*, in *Antitrust Law Journal*, 2000, pp. 641-670.

⁵⁰ Cfr. *infra* capitolo terzo.

Più nel dettaglio, tale ulteriore conseguenza discriminante può atteggiarsi ad effetto collaterale della pratica escludente⁵¹ oppure a fattore di approfondimento dell'esclusione, perché idoneo a porre i concorrenti in una posizione di svantaggio⁵².

Ebbene, l'applicazione concreta della norma di riferimento per queste fattispecie, quella prevista dall'art. 102, lett. c), TFUE, riflette il tradizionale approccio comunitario, secondo cui la pratica economica dovrebbe essere guidata dai principi di equità e di giustizia distributiva⁵³.

Giova, tuttavia, osservare che non tutte le categorie di sconti descritte nei paragrafi precedenti sono considerate idonee a determinare effetti discriminatori. In particolare, in alcuni casi, un tale effetto lesivo della concorrenza può non riscontrarsi e, in altre ipotesi, la condotta commerciale può essere censurata soltanto perché sorretta da una chiara finalità escludente.

Tanto premesso, secondo quanto riscontrato in dottrina⁵⁴, occupandosi degli effetti di discriminazione, gli organi comunitari, eludendo incertezze circa la norma che meglio si attaglia alle fattispecie esaminate – l'art. 102, lett. c), TFUE in luogo della più idonea applicazione della norma sugli abusi escludenti – hanno assegnato importanza primaria al c.d. effetto di *foreclosure*⁵⁵.

⁵¹ In tale senso si veda *infra* l'analisi dei casi *European Sugar Industry*, *Hoffman-La Roche e British Airways*.

⁵² È questo il caso che la Commissione analizza in *British Plasterboard* e in *Irish Sugar*.

⁵³ L'art. 102, lett. c), TFUE può essere visto come un compromesso raggiunto durante i negoziati per la stesura del Trattato CE tra il pensiero francese, latore di un principio generale di non discriminazione, e l'approccio della delegazione tedesca che, essendo decisamente più orientato agli interessi delle dinamiche del mercato, sosteneva che la discriminazione di prezzo potesse costituire, a determinate condizioni, un'importante leva della concorrenza. In effetti, a ben vedere, l'art. 102 TFUE, da una parte vieta la discriminazione e dall'altra indica le condizioni per non incorrere nel divieto. Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 200-217.

⁵⁴ Cfr. D. GERADIN – N. PETIT, *Price Discrimination under EC Competition Law: the need for a case-by-case approach*, in GCLC Working Paper, 2005, pp. 1-47.

⁵⁵ Per quanto sia vero che in determinati casi l'applicazione dell'art. 102, lett. c), TFUE non fosse necessaria, appare impensabile che la stessa sia frutto di un errore inconsapevole della Corte di Giustizia perché la stessa non è stata applicata in sostituzione dell'art. 102, lett. b) ma in aggiunta ad essa. Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 200-217 secondo la quale, l'applicazione congiunta delle norme citate appare come un espediente degli organi comunitari per disciplinare e sanzionare

Si è riscontrata, inoltre, l'assenza di un'approfondita indagine, da parte della Commissione e della Corte di Giustizia, circa la sussistenza delle tre condizioni richieste dal legislatore comunitario per la valutazione di abusività della discriminazione.

La ricorrenza di queste condizioni è stata, infatti, considerata non decisiva anche perché gli organi comunitari non sono riusciti a definire con esattezza la portata⁵⁶.

Più nel dettaglio, i tre requisiti d'integrazione di ipotesi abusive si desumono dall'art. 102, lett. c), TFUE, secondo cui si ha discriminazione di prezzo quando un'impresa in posizione dominante applica condizioni dissimili a fronte di prestazioni equivalenti determinando, così, uno svantaggio competitivo tra le controparti commerciali.

Quindi, le condizioni individuate dal legislatore sono l'applicazione di condizioni dissimili, le prestazioni equivalenti e lo svantaggio competitivo.

La ricorrenza delle prime due condizioni risente dei numerosi fattori che conferiscono a ciascuna relazione commerciale caratteristiche peculiari; per tale ragione, nella prassi si è fatto strada un meccanismo presuntivo⁵⁷.

In dettaglio, la ricorrenza dell'applicazione di condizioni dissimili si presume in casi di espliciti accordi di esclusiva. In tali ipotesi, infatti, soltanto alcuni clienti, a fronte della disponibilità a ridurre la propria libertà di scelta, ricevono il premio di fedeltà. È, tuttavia, rimasto controverso se tale

gli effetti discriminatori nelle pratiche di sconto e compensare, in tal modo, la povertà dell'analisi sui concreti effetti scaturenti dagli sconti. Secondo altri, invece, l'intento degli organi comunitari potrebbe essere quello di tutelare il mantenimento della concorrenza nel mercato a valle e, conseguentemente, proteggere la concorrenza *intrabrand*. Cfr., in tal senso, M. MONTI, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, p. 196.

⁵⁶ Cfr. J.T. LANG – R. O'DONOGHUE, *Defining legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC*, in *Fordham International Law Journal*, volume 26, 2002, pp. 83-162.

⁵⁷ Cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007, pp. 604-612.

presunzione di discriminazione possa operare anche in ipotesi di sconti *target*⁵⁸.

La seconda delle chieste condizioni, quella costituita dall'equivalenza delle prestazioni, concernendo contratti aventi ad oggetto la vendita e/o la prestazione di beni o servizi, richiede una valutazione delle caratteristiche dei prodotti e/o servizi dedotti ad oggetto delle differenti prestazioni.

Si tratta, a ben vedere, di un'analisi astratta da effettuare caso per caso che, nella pratica, coinvolge una serie di fattori che nel complesso rendono ardua la comparazione tra prestazioni⁵⁹.

Infine, per quanto concerne la terza condizione per la sussistenza di un abuso, l'art. 102, lett. c), TFUE richiede che la discriminazione arrechi uno svantaggio concorrenziale. Tuttavia, l'effettiva ricorrenza di tale requisito non è stata valutata come decisiva dalla giurisprudenza che, in talune fattispecie, non ne ha verificato la sussistenza con la dovuta attenzione⁶⁰.

Per queste ragioni, il punto di partenza dell'indagine che si propone, è di verificare se nelle differenti ipotesi di schemi di sconto sia necessaria o meno un'applicazione congiunta dell'art. 102, lett. b) e c) TFUE.

⁵⁸ L'approccio interpretativo della Commissione relativamente agli effetti discriminatori negli sconti *target* non è per nulla univoco. Nei precedenti giurisprudenziali, infatti, non si riscontrano criteri utili per determinare in quali casi ricorre un ipotesi di "condizioni dissimili" né, tantomeno, la prassi della Corte di Giustizia appare univoca. A titolo esemplificativo, nel caso *Michelin II*, che sarà compiutamente esaminato nel capitolo terzo, la Commissione afferma che una variazione significativa del tasso di sconto tra la sogli inferiore e superiori risultanti dal tasso di sconto fissato sulla base del fatturato totale non indica necessariamente la ricorrenza di un'ipotesi di discriminazione. D. GERADIN – N. PETIT, *Price Discrimination under EC Competition Law: the need for a case-by-case approach*, in GCLC Working Paper, 2005, pp. 1-47.

⁵⁹ L'analisi volta a riscontrare la presenza di prestazioni equivalenti coinvolge, generalmente, fattori quali la composizione dei prodotti o i tempi delle prestazioni, la capacità di acquisto degli acquirenti ed il loro potere contrattuale. Cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007, pp. 604-612; E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 200-217.

⁶⁰ Nel caso *Virgin c/ British Airways*, l'Avvocato Generale Kokott ha sottolineato l'assenza di ogni indicazione della giurisprudenza relativa alla ricorrenza di tale requisito e ha riscontrato come, a dire della Corte di Giustizia, non sia neppure necessaria la prova di un deterioramento effettivo della condizione concorrenziale delle controparti commerciali. Cfr. punti 124-125 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, presentate il 23 febbraio 2006.

4.1. Gli effetti discriminatori derivanti dagli sconti fedeltà e dagli sconti *target*.

Secondo un'impostazione ricostruttiva, a più riprese seguita anche nella prassi comunitaria, la discriminazione consegue in via pressoché automatica alla predisposizione di sconti fedeltà connessi ad obblighi di esclusiva⁶¹.

Più nel dettaglio, i competenti organi comunitari hanno in più occasioni sanzionato sistemi di sconti, quando apparivano con tutta evidenza predisposti con l'intento, per un verso, di fidelizzare la clientela e, per l'altro, di sfruttare al massimo le peculiarità e la diversa forza economica dei singoli acquirenti, applicando loro prezzi differenti per quantitativi di acquistato analoghi⁶².

In altri termini, l'ulteriore effetto discriminatorio riconducibile ai sistemi di sconti fidelizzanti generalmente è attribuito all'applicazione di prezzi diversi, praticati in ragione del comportamento tenuto dal singolo acquirente.

Diversa è, invece, la linea interpretativa seguita per il caso degli effetti discriminatori derivanti da sistemi di sconti *target*.

⁶¹ Cfr., in tal senso, E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 200-217; P. AKMAN, *Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to Basics?*, in Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2009, pp. 1-37; B. LYONS, *The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse*, 2007, disponibile su www.ssrn.com; D. GERARD, *Price Discrimination under Article 82 (c) EC: Clearing up the Ambiguities*, in GCLC Research papers on Article 82 EC, 2005, pp. 105-133; D. GERADIN – N. PETIT, *Price Discrimination under EC Competition Law: the need for a case-by-case approach*, in GCLC Working Paper, 2005, pp. 1-47; R. O' DONOGHUE – A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006.

⁶² Cfr. i casi *Irish Sugar* e *Hoffman-La Roche*. In dottrina cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 200-217; R. WHISH, *Competition Law*, Oxford University Press, 6th ed., 2009; A. ALBORS-LLORENS, *EC Competition Law and Policy*, William Publishing, 2002; M. MOTTA, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, secondo i quali nelle ipotesi di sistemi di sconti condizionati ad obblighi di esclusiva gli effetti discriminatori discendono, direttamente, dalla natura esclusiva del sistema di sconti.

Come già rilevato, anche se ad esse è generalmente connaturata una finalità fidelizzante, tali tipi di pratiche non sempre sono volte anche alla discriminazione degli acquirenti da parte dell'impresa egemone.

Per questa ragione, la Corte di Giustizia ha espressamente rappresentato la necessità di tenere distinti gli effetti discriminatori dai c.d. effetti di *foreclosure*, affermando che la constatazione di effetti tipici degli sconti fidelizzanti non postula necessariamente anche il verificarsi di effetti discriminatori⁶³.

È opportuno dare atto, al riguardo, anche di una diversa impostazione seguita dalla Corte di Giustizia.

Analizzando un sistema di sconti diversamente articolato per i singoli clienti, la Corte ha confermato una decisione della Commissione, in cui si sosteneva che i sistemi di sconto avessero altresì prodotto un effetto discriminatorio, cagionando, peraltro, quello svantaggio competitivo richiesto dall'art. 102, lett. c), TFUE⁶⁴.

4.2. La disciplina della discriminazione di prezzo negli U.S. Il *Robinson Patman Act*.

La disciplina restrittiva concernente l'applicazione di prezzi discriminatori rappresenta un tratto distintivo dell'ordinamento comunitario⁶⁵.

Le medesime fattispecie non sono infatti considerate sempre e comunque abusive nell'ordinamento statunitense in cui il pur previsto divieto

⁶³ Questa posizione è stata sostenuta dalla Corte di Giustizia nel caso *Michelin I*, in cui si è ritenuto che anche se un sistema di sconti basato su soglie individuali di acquisto determina, a fronte degli stessi quantitativi acquistati, una differenza tra gli sconti garantiti ai diversi clienti, ciò non implica necessariamente che tali differenze di trattamento determinino una discriminazione rilevante ai sensi dell'art. 102, lett. c), TFUE e che, soprattutto, non abbiano una giustificazione economica.

⁶⁴ Cfr., in tal senso, il caso *Virgin c/ British Airways*. Cfr. *infra* capitolo terzo.

⁶⁵ Cfr. R. O'DONOGHUE – A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing 2006.

generale è temperato dall'apertura a diverse eccezioni che sottendono l'idea d'impronta marcatamente liberista, secondo cui un monopolista può legittimamente fissare il prezzo che gli consenta di massimizzare il proprio profitto⁶⁶.

Per questa ragione, peraltro, la discriminazione di prezzo non è di per sé considerata una pratica di esclusione, ai sensi della *Section 2* dello *Sherman Act*⁶⁷.

Il referente normativo per la disciplina dei prezzi discriminatori è costituito dal *Robinson Patman Act*, emanato nel 1936 a tutela dei piccoli imprenditori in un mercato in cui iniziavano prepotentemente ad affacciarsi le catene della grande distribuzione⁶⁸.

Secondo quanto statuito nella predetta legge federale statunitense, è illegittima l'applicazione diretta o indiretta, da parte di ogni entità

⁶⁶ Sebbene la prassi statunitense sia prevalentemente orientata verso il riconoscimento della liceità dei prezzi discriminatori, in alcuni casi la discriminazione di prezzo è stata sanzionata seppur in ipotesi in cui era volta non tanto e non solo a discriminare i clienti quanto, piuttosto, ad impedire l'arbitraggio. Cfr. H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*, 4th ed. Thomson West, 2011, p. 570.

⁶⁷ Lo *Sherman Act* è stato adottato negli Stati Uniti nel 1890. Tale normativa, riprendendo un modello normativo di *common law*, vieta i comportamenti monopolistici e rafforza il sistema sanzionatorio statunitense al fine di contenere il potere delle grandi imprese, anche concentrate tra loro, a difesa delle realtà produttive più piccole ed indipendenti. Sull'onta di tali principi, la *Section 2* dello *Sherman Act* è specificamente dedicato alla disciplina, in termini di divieto, della *monopolization* e dell'*attempt to monopolize*. La prima riferita ad un numero di attività che possono essere valutate illegali se poste in essere da imprese dominanti. La seconda, invece, relativa al tentativo delle imprese di conquistare un notevole potere di mercato. Per una compiuta analisi delle condotte ritenute abusive nell'ordinamento statunitense e delle modalità di valutazione di tali pratiche, cfr. H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, 3rd ed., St. Paul, Minn., 2005; H. HOVENKAMP, *Antitrust policy after Chicago*, in *Michigan Law Review*, 1985, 89, p. 213, disponibile anche su www.ssrn.com; H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*, Harvard University Press, 2008.

⁶⁸ Per una completa analisi delle ragioni che hanno portato all'emanazione del *Robinson Patman Act*, cfr. T. CALVANI, *Government Enforcement of the Robinson-Patman Act*, in *Antitrust Law Journal*, volume 53, numero 4, 1984, pp. 921-927; H. HOVENKAMP, *The Robinson Patman Act and Competition: Unfinished Business*, in *Antitrust Law Journal*, volume 68, numero 1, 2000, pp. 125-144; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007; R.J. VAN DEN BERGH – P.D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, 2nd ed., Sweet e Maxwell, 2006, pp. 247-299.

commerciale, di prezzi discriminatori tra diversi acquirenti della medesima quantità e/o qualità di prodotto.

Tale divieto generale è imposto in considerazione degli effetti che la discriminazione può determinare a detrimento della concorrenza, incentivando il mantenimento di situazioni di monopolio e compromettendo le dinamiche concorrenziali tra soggetti che possono godere di un trattamento privilegiato rispetto ad altri.

Come sopra si accennava, in uno con la generica previsione di siffatto divieto, il *Robinson Patman Act* prevede un importante numero di difese adducibili a giustificazione di una mancata osservanza del medesimo divieto⁶⁹.

Un ulteriore tratto distintivo della normativa statunitense in materia è la differenziazione della disciplina in due diverse forme di abuso. La prima, c.d. “*primary-line discrimination*”, è praticata nei confronti dei concorrenti⁷⁰. Nella seconda ipotesi, la “*secondary-line discrimination*”, il danno si realizza soltanto se vengono applicati prezzi diversi a soggetti concorrenti nel

⁶⁹ Al ricorrere di alcune condizioni, la prassi statunitense considera non abusivo il comportamento dell'impresa consistente nell'applicazione di condizioni dissimili per le medesime prestazioni. Più nello specifico, il *Robinson Patman Act* prevede due possibili difese. La prima relativa alla giustificazione in termini di costo. La seconda, invece, relativa alla c.d. *meeting competition*. Ebbene, la giustificazione dei costi ha la potenzialità di trasformare l'atto in uno statuto economico della discriminazione di prezzo. In altri termini, l'applicazione di condizioni dissimili a fronte delle medesime prestazioni può essere considerato lecito se le differenze di prezzo sono proporzionate alle differenze del costo marginale dei servizi offerti ai singoli clienti. In realtà, gli organi competenti hanno applicato rigidamente tale giustificazione richiedendo all'impresa la prova della proporzionalità tra prezzi e risparmi sui costi. La *meeting competition* attiene, invece, alla prova dell'esistenza di una forte concorrenza basata sui prezzi. In tali ipotesi, infatti, deve essere provata l'esistenza di un concorrente che ha offerto prezzi più bassi per un prodotto con uguali caratteristiche. Cfr. H. HOVENKAMP, *The Robinson Patman Act and Competition: Unfinished Business*, in *Antitrust Law Journal*, volume 68, numero 1, 2000, pp. 125-144; H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, 3rd ed., St. Paul, Minn., 2005.

⁷⁰ Nella c.d. “*primary-line discrimination*”, il danno alla concorrenza si verifica tra il venditore discriminante e i suoi concorrenti e si ha quando l'impresa discriminante seleziona i clienti e applica prezzi più bassi nei settori in cui avverte una maggiore concorrenza, e prezzi più alti dove, invece, non c'è una forte pressione concorrenziale. In altre parole, il fornitore riesce a sopportare l'applicazione di prezzi più bassi grazie agli utili realizzati in altri settori del mercato. Cfr. H. HOVENKAMP, *The Robinson Patman Act and Competition: Unfinished Business*, in *Antitrust Law Journal*, volume 68, numero 1, 2000, pp. 125-144.

medesimo mercato. In questo caso, la discriminazione è tra clienti sfavoriti e favoriti⁷¹.

La normativa in commento è stata a lungo criticata per la sua eccessiva complessità e, ancor più a monte, per la logica che la pervade, non finalizzata alla protezione del benessere dei consumatori. In proposito, le opinioni più critiche hanno messo in rilievo come la disciplina racchiusa nel *Robinson Patman Act* finisca con il produrre automatismi che portano alla stigmatizzazione di differenze di prezzo, senza alcuna disamina volta ad accertare loro possibili giustificazioni in termini di efficienza⁷².

Ebbene, nonostante la loro indubbia autorevolezza, le critiche mosse alla legge federale in questione, sembrano trascurare la circostanza che, in realtà, il *Robinson Patman Act* storicamente è stato introdotto allo scopo di proteggere i piccoli commercianti e non il benessere dei consumatori⁷³.

Orbene, nonostante le evidenti differenze, è possibile rintracciare taluni profili di vicinanza tra le discipline concernenti la discriminazione di prezzo in ambito europeo e statunitense.

⁷¹ In tale circostanza, tuttavia, la discriminazione non determina un danno quanto vengono applicati prezzi diversi a clienti appartenenti a differenti classi funzionali. Cfr. T. CALVANI, *Government Enforcement of the Robinson-Patman Act*, in *Antitrust Law Journal*, volume 53, numero 4, 1984, pp. 921-927.

⁷² Cfr. H. HOVENKAMP, *The Robinson Patman Act and Competition: Unfinished Business*, in *Antitrust Law Journal*, volume 68, numero 1, 2000, pp. 125-144. Per un diverso punto di vista si veda A. GAVIL, *Secondary Line Price Discrimination and the Fate of Morton Salt: To Save It let it Go*, in *Emory Law Journal*, volume 48, p. 1057.

⁷³ In relazione all'applicazione delle norme in tema di discriminazione, la Corte Suprema ha affermato che il requisito del danno *antitrust* sia un elemento comune tra il *Robinson Patman Act* e lo *Sherman Act*. In entrambi i casi, infatti, si fa riferimento al danno alla concorrenza e non ai concorrenti. La descritta posizione della Suprema Corte riflette, secondo i teorici statunitensi, il cambiamento delle percezioni in tema di concorrenza fortemente influenzato dall'ascesa della Scuola di Chicago. In tale più recente interpretazione delle norme *antitrust*, lo scopo dello *Sherman Act* è quello di proteggere la concorrenza come processo, non come risultato efficiente. In tal senso, la differenza tra il danno proibito dal *Robinson Patman Act* e il danno competitivo sanzionato dallo *Sherman Act* non appare evidente. Cfr. H. HOVENKAMP, *The Robinson Patman Act and Competition: Unfinished Business*, in *Antitrust Law Journal*, volume 68, numero 1, 2000, pp. 125-144. Per un diverso punto di vista si veda A. GAVIL, *Secondary Line Price Discrimination and the Fate of Morton Salt: To Save It let it Go*, in *Emory Law Journal*, volume 48, p. 1057; O.B. BRUCKMANN, *Discounts, Discrimination, and Exclusive Dealing: Issue under the Robinson-Patman Act*, in *Antitrust Law Journal*, volume 68, 2000, pp. 253-296.

Più nel dettaglio, non sembra azzardato un raffronto tra l'art. 102 TFUE ed il *Robinson Patman Act*, per quanto stabilito sia per la *primary-line discrimination*, sia per la *secondary-line discrimination*.

Sotto il primo profilo, giova osservare che il danno disciplinato dal *Robinson Patman Act* relativamente alla *primary-line discrimination* sia accostabile alla situazione in cui versa un'impresa in posizione dominante che adotti pratiche volte ad escludere i concorrenti, ipotesi questa disciplinata dall'art. 102, lett. b), TFUE. Tuttavia, negli Stati Uniti, la c.d. *primary-line discrimination* è punita solo se determina l'applicazione di prezzi sotto costo. Di contro, in ambito comunitario, gli schemi di sconto sono considerati escludenti indipendentemente dal fatto che questi si trasformino in prezzi predatori⁷⁴.

Altro profilo di somiglianza si rinviene tra la *secondary-line discrimination* prevista dal *Robinson Patman Act* e l'art. 102, lett. c), TFUE. Tuttavia, mentre l'approccio relativo alla *secondary-line discrimination* è stato assoggettato a costanti critiche, si deve riconoscere che questo appare ancora più elaborato rispetto al metodo di applicazione della norma comunitaria⁷⁵.

⁷⁴ In generale, ai sensi della normativa comunitaria, il termine “discriminazione” rileva unicamente ai fini dell'applicazione dell'art. 102, lett. c), TFUE e non, invece, per sanzionare pratiche di prezzo che tendono ad escludere i concorrenti. Ciò determina una maggiore somiglianza tra la normativa comunitaria e la c.d. *secondary-line discrimination* statunitense. Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 200-217.

⁷⁵ A titolo esemplificativo, il *Robinson Patman Act* stabilisce chiaramente che la discriminazione è lecita solo tra clienti concorrenti. Imprese non concorrenti non possono invocare a propria tutela la norma in commento. Inoltre, come già rilevato, la discriminazione è considerata lecita se i benefici offerti sono a disposizione di tutti gli acquirenti, anche se non tutti ne hanno approfittato. Ancora, la funzione svolta dai clienti è di primaria rilevanza per la valutazione della pratica, in particolare se alcuni di tali clienti sono grossisti e altri dettaglianti. Infine, si riscontra la tendenza a restringere l'ambito di applicazione del *Robinson Patman Act* obbligando i clienti danneggiati a dimostrare di aver sofferto un danno attuale che può essere ricollegato unicamente al comportamento della concorrente. Nessuna di queste considerazioni si trova nell'analisi svolta dalla Commissione relativamente all'applicazione dell'art. 102, lett. c), TFUE. Cfr. H. HOVENKAMP, *The Robinson Patman Act and Competition: Unfinished Business*, in *Antitrust Law Journal*, volume 68, numero 1, 2000, pp. 125-144.

CAPITOLO III

LA PRASSI DELLA COMMISSIONE E LA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA. LA PRASSI INTERPRETATIVA DELL'AGCM

SOMMARIO: 1. Premessa. SEZIONE PRIMA – La prassi della Commissione.
– 2. I sistemi scontistici attuati da imprese in posizione dominante. – 3. I sistemi di sconto collegati agli accordi di esclusiva. – 3.1. Il caso *European Sugar Industry*. – 3.2. Il caso *Hoffman-La Roche*. – 3.3. Il caso *Hilti*. – 3.4. Il caso *British Plasterboard*. – 4. Gli sconti condizionati a volumi di acquisto individualizzati e gli sconti concessi in relazione a volumi di acquisto standardizzati. – 4.1. Il caso *Michelin I*. – 4.2. Il caso *Irish Sugar*. – 4.3. Il caso *Virgin c/ British Airways*. – 4.4. Il caso *Michelin II*. Tra sconti individualizzati e sconti standardizzati. SEZIONE SECONDA – La prassi dell'AGCM. – 5. Premessa. – 6. Il caso *Marinzulich c/ Tirrenia*. – 7. Il caso *Cola-Cola*. – 7.1. Gli sconti selettivi. – 7.2. Le clausole di esclusiva.

1. Premessa.

Si è in precedenza rilevato che il tradizionale metodo di valutazione dei sistemi di sconto seguito dagli organi comunitari è basato su un approccio *per se*, attraverso il quale l'abusività delle pratiche scontistiche deriva essenzialmente dalla circostanza che le medesime pratiche siano attuate da un'impresa dominante¹.

¹ Per un'analisi approfondita delle *form-based approach* utilizzato dalla Commissione prima dell'emanazione degli Orientamenti cfr. *supra* capitolo secondo.

Ebbene, la lettura delle innumerevoli decisioni concernenti sistemi scontistici offre il quadro del percorso evolutivo che ha interessato la prassi in materia *antitrust*, permettendo di cogliere le ragioni che hanno indotto ad una revisione dei criteri di valutazione delle pratiche escludenti e, in particolare, degli sconti.

In proposito, anticipando in prima approssimazione quanto più approfonditamente emergerà nel prosieguo, può fin d'ora osservarsi come le decisioni della Commissione, soprattutto quelle adottate in tempi più risalenti², si limitassero ad una valutazione dell'idoneità delle condotte a sortire effetti anti-competitivi, omettendo ogni indagine circa le reali conseguenze, magari anche pro-competitive, che tali pratiche potessero avere concretamente determinato sul mercato.

È soltanto in una delle più recenti decisioni³ – analizzata a conclusione di un rapido *excursus* di casi giurisprudenziali, selezionati per la loro peculiare significatività – che sembra farsi strada, stemperando il rigore dell'impostazione fino ad allora seguita, un metodo di valutazione delle pratiche scontistiche maggiormente fondato su valutazioni economiche⁴.

² Si fa in particolare riferimento alle decisioni relative ai casi *European Sugar Industry* (Commissione Europea, 2 gennaio 1973, caso 73/109/CEE), *Hoffman-La Roche* (Commissione Europea, 9 giugno 1976, caso 76/642/CEE), *Hilti* (Commissione Europea, 22 dicembre 1987), *British Plasterboard* (Commissione Europea, 5 dicembre 1988, caso 89/22/CEE), *Michelin I* (Commissione Europea, 7 ottobre 1981, caso 81/969/CEE), *Irish Sugar* (Commissione Europea, 14 maggio 1997, 97/624/CE) e *Virgin c/ British Airways* (Commissione Europea, 14 luglio 1999, 2000/74/CE).

³ Cfr. *infra* par. 4.4., caso *Michelin II* (Commissione Europea, 20 giugno 2001, 2002/405/CE).

⁴ Cfr. D. SPECTOR, *Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Structured Rule of Reason*, in *Competition Policy International*, volume 1, numero 2, 2005, p. 90; D. WAELBROECK, *Michelin II, A per se rule against rebates by dominant companies?*, in *Journal of Competition Law & Economics*, volume 1, numero 1, 2005, pp. 149-171; J. KALLAUGHER – B. SHER, *Rebates revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, in *European Competition Law Review*, volume 25, numero 5, 2004, pp. 263-285. L'operato della Commissione Europea è analizzato anche da L. GYSELEN, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*, in *European Competition Law Annual*, 2003, pp. 1-33. Per una discussione generale si confronti I. VAN BAEL – J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 5nd ed., 2010, pp. 817-859; J.T. LANG – R. O'DONOGHUE, *Defining legitimate competition: how to clarify pricing abuses under Article 82 EC*, in *Fordham International Law Journal*, 2002, pp. 83-162.

Pertanto, dapprima si analizzeranno i principali casi comunitari in tema di sconti, evidenziando i profili di continuità con i tradizionali principi cui si è ispirata la Commissione nel decennio in cui ha manifestato un atteggiamento fedele al suo tradizionale *modus operandi*.

Successivamente, spostando l'indagine entro i confini nazionali, si prenderanno in esame alcuni provvedimenti adottati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, evidenziando i tratti comuni tra l'approccio interpretativo da ultimo consacratosi nella prassi della Commissione e quello fatto proprio dalla competente autorità nazionale.

SEZIONE PRIMA

LA PRASSI DELLA COMMISSIONE

2. I sistemi scontistici attuati da imprese in posizione dominante.

La prassi e la giurisprudenza comunitaria evolutesi in materia di sconti in epoca antecedente al ripensamento delle modalità di applicazione dell'art. 102 TFUE alle pratiche escludenti, hanno esplorato principalmente tre diverse situazioni.

Nella prima, l'impresa dominante garantisce sconti ai propri clienti in cambio di un accordo totale o parziale di esclusiva. Come vedremo, si tratta delle fattispecie valutate con maggiore severità a causa della loro idoneità a determinare un forte effetto fidelizzante.

Nella seconda categoria di ipotesi, pur in assenza di un accordo di esclusiva esplicitamente connesso al riconoscimento degli sconti, questi ultimi sono comunque concessi dall'impresa dominante sulla base di una comparazione tra il volume di acquisti in un precedente periodo di riferimento e il volume di acquisti stimato per un corrispondente periodo futuro.

Infine, anche nella terza ed ultima situazione la concessione degli sconti è condizionata al raggiungimento da parte della clientela di determinati volumi di acquisto in un periodo di tempo predeterminato. Tuttavia, a differenza della ipotesi rientranti nella seconda categoria, questi livelli di acquisto non sono individualizzati, bensì standardizzati per tutti i clienti.

Tanto premesso, nella presente sezione analizzeremo la giurisprudenza confrontata con ognuna delle descritte situazioni, al fine cogliere

un'eventuale chiave di lettura unitaria delle decisioni della Commissione, oltreché un collegamento con la prassi comunitaria attuale.

3. I sistemi di sconto collegati agli accordi di esclusiva.

La prima categoria di pratiche che ci apprestiamo ad analizzare è quella dei sistemi di sconti di fedeltà puri, cioè accordati dall'impresa dominante non in funzione della quantità di beni acquistati, ma del grado di fedeltà del cliente.

Più nel dettaglio, in queste ipotesi il fornitore in posizione dominante subordina la concessione dello sconto all'impegno da parte dell'acquirente a non approvvigionarsi presso le imprese concorrenti ovvero, in altre parole, al riconoscimento di un'esclusiva totale o parziale⁵.

Pertanto, in tali circostanze, l'ammontare degli sconti concessi sarà determinato in relazione alla quota di acquisti del cliente.

Anticipando fin d'ora quanto emergerà dalla disamina di alcuni casi, prescelti per la loro particolare pregnanza, può osservarsi dall'analisi delle pratiche rientranti in questa prima categoria che la Commissione stigmatizzava un palese intento escludente, desunto, per un verso, dall'assenza di una giustificazione economica razionale dei comportamenti tenuti dalle imprese dominanti e per l'altro dalla loro idoneità ad ostacolare l'accesso dei concorrenti al mercato.

⁵ Nella maggior parte dei casi, l'impresa dominante effettua una stima preventiva del possibile fabbisogno di acquisto dell'impresa dominante, subordinando al raggiungimento di una soglia di acquisti la concessione dello sconto. Si danno, comunque, anche casi in cui l'impresa egemone, pur non utilizzando il descritto meccanismo di monitoraggio dei propri clienti, adotti altri strumenti di controllo della fedeltà. Cfr. L. GYSELEN, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*, in *European Competition Law Annual*, 2003, pp. 1-33; J.T. LANG – R. O'DONOGHUE, *Defining legitimate competition: how to clarify pricing abuses under Article 82 EC*, in *Fordham International Law Journal*, 2002, pp. 83-162; G. FAELLA, *Incentivi alla fedeltà ed esclusione: sconti e premi fidelizzanti*, in *Mercato concorrenza regole*, volume 10, numero 1, 2008.

3.1. Il caso *European Sugar Industry*⁶.

Nella decisione relativa al caso *European Sugar Industry*, la Commissione, pur occupandosi di un cartello concluso tra i produttori di zucchero europei, constatava e sanzionava, altresì, l'applicazione di un sistema di sconti, definito “*annual quantity rebate*”, applicati da una delle imprese *leader* nel mercato di riferimento⁷.

Da qui l'utilità del caso prescelto – ancorché piuttosto risalente – per la nostra analisi.

Seguendo il consueto criterio d'ordine logico-giuridico, la Commissione dapprima verificava la ricorrenza di una posizione di dominanza da parte di *Südzucker* (di seguito anche *SZV*), impresa denunciata, nel mercato saccarifero della Germania meridionale, che rappresentava una parte sostanziale del mercato comune, quindi valutava se le pratiche da questa attuate fossero meritevoli di una sanzione per violazione dell'allora art. 86 del trattato⁸.

Secondo la ricostruzione della Commissione *Südzucker* aveva abusato della propria posizione di dominanza realizzando due distinte pratiche.

Da una parte, aveva obbligato gli intermediari a non vendere, senza il proprio assenso, zucchero proveniente da altri produttori, eliminando in tale modo la possibilità degli offerenti esteri di operare nel mercato soggetto alla

⁶ Cfr. Commissione Europea, 2 gennaio 1973, caso 73/109/CEE.

⁷ La decisione in commento riguardava i principali produttori e venditori di zucchero nella Comunità Europea. Sotto un profilo merceologico, la decisione si riferiva a due tipologie di zucchero, lo zucchero greggio e lo zucchero bianco. Sotto un profilo geografico, invece, si fa riferimento al singolo contesto nazionale. Cfr. punti 2-10 della decisione.

⁸ Secondo la ricostruzione operata dalla Commissione, *SZV* non solo deteneva una posizione dominante sul mercato saccarifero della Germania meridionale ma aveva, addirittura, la potenzialità di rispondere alla quasi totalità della domanda. La sua posizione di *leadership* le permetteva, evidentemente, di fissare i prezzi e la politica di vendita all'intero del mercato comune. Cfr. punto 3 della decisione.

propria sfera di controllo. Dall'altra, aveva ideato e adottato un sistema di sconti fedeltà.

Più nel dettaglio, gli sconti venivano concessi come premio per gli acquirenti che tenevano uno specifico comportamento di acquisto e, in particolare, per coloro che acquistavano l'intero fabbisogno annuale di zucchero da *Südzucker* o da imprese ad essa associate⁹, e per gli acquirenti che limitavano entro certi limiti l'acquisto di zucchero di provenienza diversa¹⁰.

Elaborando quello che sarebbe diventato uno dei principi cardine nella valutazione dei sistemi scontistici, la Commissione riteneva che la concessione di uno sconto, non commisurato al quantitativo di merce acquistato, bensì accordato soltanto in cambio di un'esclusiva totale o quasi totale, determinasse non soltanto la fidelizzazione dei clienti ma anche una discriminazione ingiustificata tra gli acquirenti.

Peraltro, nel caso in esame, gli sconti erano stati connessi ad un meccanismo sanzionatorio per cui il mancato rispetto del rapporto di esclusiva avrebbe comportato la perdita del beneficio¹¹.

Inoltre, è pur vero che nel caso in esame i fornitori concorrenti aveva registrato applicando prezzi particolarmente bassi, al fine di compensare la

⁹ Secondo quanto affermato dalla Commissione, *“Da quando esiste la SZV, le sua associate, e più ancora essa stessa, applicano un sistema di sconti annuali di quantità oppure di fedeltà”*. Quanto sopra trovava immediatamente conferma nella locuzione inserita in alcune fatture o contratti di vendita ove si leggeva *“Qualora il fabbisogno annuale venga soddisfatto esclusivamente presso fabbriche delle nostre associate, concediamo uno sconto di DM 0,30/100 kg sul prezzo contrattuale alla fine della compagna saccarifere (30 giugno)”*. Cfr. punto 16 della decisione.

¹⁰ Come strumento di controllo della fedeltà degli acquirenti e come metodo per disincentivare l'acquisto presso produttori concorrenti, il premio di fedeltà concesso da SZV veniva soppresso allorquando l'acquirente continuava ad importare zucchero di altra provenienza. Gli acquirenti che non si mostravano fedeli all'impresa egemone rischiavano di perdere lo sconto per l'intero periodo di riferimento e non soltanto per il periodo di tempo in cui l'acquirente effettuava rifornimenti presso produttori concorrenti. Il descritto sistema aveva avuto un forte effetto deterrente idoneo a determinare la sospensione di qualsiasi forma di importazione. Cfr. punto 16 della decisione.

¹¹ Il regime sanzionatorio attuato da SZV è stato, effettivamente, applicato in alcune circostanze in cui lo sconto era stato soppresso oppure il suo mantenimento era stato collegato alla cessazione da parte dell'acquirente di ogni forma di importazione. Cfr. punto 16 della decisione.

perdita dei benefici concessi dal fornitore dominante. Tuttavia gli effetti negativi della perdita dello sconto superavano gli eventuali vantaggi costituiti da prezzi più bassi¹².

Addirittura, *Südzucker* era in grado di controllare gli acquisti della clientela presso i produttori esteri, grazie alla conoscenza delle quantità acquistate in media ogni anno da ogni singolo acquirente e, pertanto, era in condizione di modulare il sistema scontistico sulla base di questi dati.

Secondo quanto affermato nella decisione, il descritto sistema di sconti era, indubbiamente, idoneo ad aumentare la fedeltà degli acquirenti. Infatti, un concorrente rivale non avrebbe potuto avanzare alcuna proposta in grado di rendere meno interessanti gli sconti dell'impresa egemone, essendo questi ultimi calcolati sul fatturato totale annuo dei clienti e non sul loro fatturato incrementale¹³.

Questa caratteristica era confermata dalla circostanza che *Südzucker*, per ottenere la certezza di ricompensare unicamente gli acquirenti fedeli, effettuava annualmente la stima dei requisiti di acquisto dei singoli clienti, sulla base del precedente periodo di riferimento.

In definitiva, la Commissione riteneva tale metodo di concessione degli sconti idoneo a dissuadere anche clienti che astrattamente avrebbero potuto cambiare fornitore. Tali clienti, infatti, a fronte del passaggio ad un fornitore concorrente, non avrebbero soltanto perso i benefici futuri ma avrebbero anche dovuto rimborsare lo sconto originariamente concesso.

¹² Gli effetti fidelizzanti delle descritte pratiche si realizzavano nonostante lo scarsa entità dello sconto concesso, pari a circa lo 0,3% del prezzo di vendita, e nonostante la convenienza per gli acquirenti di rifornirsi anche da produttori francesi che applicavano prezzi più convenienti. Ciò, soprattutto, in considerazione del fatto che lo sconto di fedeltà era applicato anche agli acquisti effettuati successivamente dal cliente e dell'impossibilità per gli acquirenti di rifornirsi per il loro intero fabbisogno da fornitori esteri. Gli acquirenti, di fatto obbligati ad acquistare una parte del loro fabbisogno da SZV o da imprese ad essa associate, erano quindi vincolati alle condizioni applicate dall'impresa dominante. Cfr. punto 3 della decisione.

¹³ Cfr., in tal senso, L. GYSELEN, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*, in *European Competition Law Annual*, 2003, pp. 1-33; A. CAPOBIANCO, R. CREATINI, *Antitrust. Lezioni e casi dell'esperienza italiana*, Rubettino, 2006, pp. 248-305.

3.2. Il caso *Hoffman-La Roche*¹⁴.

Nel caso *Hoffman-La Roche*, la Commissione sanzionava *La Roche* per avere stipulato contratti che, attraverso il riconoscimento di premi fedeltà, avevano obbligato o indotto gli acquirenti a riservare a *La Roche* un'esclusiva o una preferenza relativa all'acquisto di tutto o quasi il loro fabbisogno di vitamine, durante un periodo di riferimento¹⁵.

Più nel dettaglio, era emerso che *La Roche* aveva stipulato contratti c.d. "di fedeltà" per assicurarsi l'esclusiva o la preferenza da parte dei clienti¹⁶.

¹⁴ Cfr. Commissione Europea, 9 giugno 1976, caso 76/642/CEE nonché Corte di Giustizia, 13 febbraio 1979, causa 85/75, *Hoffman-La Roche c/ Commissione*. Per una panoramica dei commenti editi relativamente a tale caso, cfr. I. VAN BAEL – J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2010, pp. 817-859; A. CAPOBIANCO, R. CREATINI, *Antitrust. Lezioni e casi dell'esperienza italiana*, Rubettino, 2006, pp. 248-305; F.O.W. VOGELAAR, *The European Competition Rules*, in Landmark Cases of the European Courts and the Commission, Europa Law Publishing, 2004, pp. 88-111; E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 67-71; I. KOKKORIS, *Competition Cases from the European Union. The ultimate guide to leading cases from the EU, Member States and EFTA*, Sweet e Maxwell, 2010, pp. 41-72; A. EZRACH, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, 2010, pp. 147-241; V. KORAH, *Cases and Materials on Competition Law*, Hart Publishing, 2006, pp. 130-149; L.L. GORMSEN, *A principled approach to abuse of dominance in European Competition Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 9-147; J. GOYDER – A. ALBORS-LLORENS, *Goyder's EC Competition Law*, Oxford University Press, 2009, pp. 327-329; A. JONES – B. SUFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases & Materials*, Oxford University Press, 4nd ed., 2010, pp. 339-340; G. FAELLA, *Incentivi alla fedeltà ed esclusione: sconti e premi fidelizzanti*, in Mercato concorrenza regole, volume 10, numero 1, 2008; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007; S. BISHOP – M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, Sweet e Maxwell, 3rd ed., 2009.

¹⁵ La decisione riguardava, nello specifico, ventisei contratti stipulati da *La Roche* con ventidue imprese che svolgevano nel mercato comune un'attività di produzione e/o di vendita di vitamine da utilizzarsi nel settore dell'industria farmaceutica, dell'alimentazione umana, o come additivi per l'alimentazione animale. Secondo la decisione, ciascuno dei gruppi di vitamine costituiva un distinto mercato di riferimento, in ognuno dei quali *La Roche* era il maggior produttore e godeva di una posizione dominante. Cfr. punti 11-18 della decisione.

¹⁶ I contratti stipulati da *La Roche*, pur se redatti in date diverse ed in termini non sempre identici, in base alla portata dell'impegno di approvvigionamento accettato dall'acquirente, potevano dividersi in tre categorie. Un certo numero di contratti prevedeva l'impegno formale dell'acquirente a rifornirsi esclusivamente presso l'impresa egemone per la totalità o quasi totalità del fabbisogno, per una percentuale predeterminata oppure per la "maggior parte" del fabbisogno stimato. Altri contratti implicavano per l'acquirente l'impegno di "give preference to Roche", o di dichiarare l'intenzione di approvvigionarsi esclusivamente presso *La Roche* o di raccomandare alle affiliate di seguire la stessa linea, per il totale o quasi del loro fabbisogno. Infine, altri contratti possedevano caratteristiche peculiari analizzate caso per caso. In generale, si trattava di contratti stipulati per una durata indeterminata, ovvero con una clausola che permetteva un tacito rinnovo ciò, evidentemente, al fine di stabilire relazioni pluriennali. Tutti i

In altri termini, concludendo tali contratti, i clienti si erano impegnati ad acquistare la totalità o, comunque, la maggior parte del proprio fabbisogno di vitamine presso l'impresa egemone. Dal canto suo, invece, *La Roche* si era assestata sui prezzi più convenienti nel mercato nazionale e, ai clienti che rispettavano il rapporto di esclusiva, concedeva uno sconto annuale o semestrale, calcolato in base al volume delle ordinazioni totali¹⁷.

Secondo la valutazione della Commissione, confermata poi dalla sentenza della Corte di Giustizia, il comportamento tenuto da *La Roche* costituiva un abuso di posizione dominante, perché idoneo a pregiudicare la libertà negoziale e la parità di trattamento degli acquirenti, a restringere la concorrenza tra produttori di vitamine e, conseguentemente, a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri¹⁸.

L'esclusiva di acquisto era, infatti, considerata idonea a privare i clienti della possibilità di scelta relativamente alle proprie fonti di approvvigionamento. Ciò anche in considerazione del fatto che un'eventuale inosservanza degli accordi di esclusiva avrebbe privato il cliente del diritto al premio di fedeltà per tutti gli acquisti presso *La Roche*.

Come sopra accennato, tali premi di fedeltà si traducevano in discriminazioni, avendo l'effetto di applicare, nei confronti delle controparti commerciali, condizioni diverse per prestazioni equivalenti, penalizzando, quindi, i clienti che non avevano fruito degli sconti o coloro che ne avevano fruito in misura ridotta¹⁹.

contratti prevedevano, comunque, la concessione di riduzioni o sconti calcolati sul totale degli acquisti durante un determinato periodo di riferimento, generalmente annuale o semestrale.

¹⁷ Come rilevato dalla Commissione e, successivamente, dalla Corte di Giustizia, “*Tutti i contratti [...] contemplavano la concessione, con nomi diversi, di riduzioni o sconti calcolati sul totale degli acquisti di vitamine durante un periodo determinato, per lo più annuale o semestrale*”. Cfr. in tale senso, punto 87 della sentenza.

¹⁸ Cfr. punto 19 della decisione della Commissione e punti 81-90 della sentenza della Corte di Giustizia.

¹⁹ *La Roche* aveva praticato a due acquirenti prezzi diversi per un'identica quantità dello stesso prodotto, differenziando il trattamento in ragione, rispettivamente, della rinuncia e della mancata rinuncia a rifornirsi da imprese concorrenti. Cfr. punto 81 della sentenza della Corte di

Anche in questo caso, così come in *European Sugar Industry*, la Commissione e la Corte di Giustizia facevano ricorso ad una presunzione di illiceità degli sconti fedeltà²⁰.

Le conclusioni sopra riportate nascevano dalla considerazione che, in effetti, impegni di tal tipo erano incompatibili con una concorrenza non falsata, perché privi di motivazioni economiche che giustificassero l'onere o, comunque, lo svantaggio degli acquirenti²¹.

Anzi, era proprio l'assenza di una giustificazione economica ad essere valorizzata dalla prassi tradizionale come una delle principali differenze di queste pratiche rispetto agli sconti quantitativi, i quali, come rilevato, dipendono esclusivamente dal volume di acquisti²².

Giustizia. In dottrina, cfr. V. KORAH, *Cases and Materials on Competition Law*, Hart Publishing, 2006, pp. 130-149; E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 67-71.

²⁰ La Commissione affermava, infatti, che “*Per un’impresa che si trova in posizione dominante su un mercato, il fatto di vincolare – sia pure a loro richiesta – gli acquirenti con l’obbligo o la promessa di rifornirsi in tutto o in parte del loro fabbisogno esclusivamente presso l’impresa in questione, costituisce sfruttamento abusivo di posizione dominante ai sensi dell’art. 86 del Trattato, tanto se l’obbligo in questione è imposto sic et simpliciter, quanto se ha come contropartita la concessione di sconti. Lo stesso dicasi se detta impresa, senza vincolare gli acquirenti con un obbligo formale, applica, o in forza di accordi stipulati con gli acquirenti, o unilateralmente, un sistema di sconti di fedeltà, cioè di riduzioni subordinate alla condizione che il cliente – indipendentemente dal volume di acquisti, rilevante o trascurabile – si rifornisca esclusivamente per la totalità o per una parte considerevole del suo fabbisogno presso l’impresa in posizione dominante*”. Cfr. punto 24 della decisione.

²¹ La Corte di Giustizia non chiariva né nel caso in commento né, tantomeno, nelle decisioni successive, cosa dovesse intendersi per concorrenza non falsata. Tuttavia, alcuni commentatori, riconoscono nelle argomentazioni sostenute un influsso del pensiero ordoliberal e hanno ricondotto questa nozione al concetto normativo di “*performance competition*”. Con maggior impegno esplicativo, il pensiero ordoliberal distingue tra “*performance competition*” e “*impediment competition*”. La prima era rintracciata in quelle condotte che migliorano la qualità o la produzione e permettono un abbassamento dei prezzi; la seconda, invece, implicava l’uso del potere economico come ostacolo per i concorrenti. Come già rilevato, la nozione di “*performance competition*” era riferita ad un concetto normativo che definiva una categoria di attività che le imprese erano autorizzate a porre in essere. Questa categoria non comprendeva, ovviamente, le condotte attuate dall’impresa dominante che, grazie esclusivamente ad una maggiore efficienza, esclude i concorrenti. Cfr., in tal senso, E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 68-69; D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Clarendon Press, 1998, pp. 356; J. KALLAUGHER – B. SHER, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, in *European Competition Law Review*, volume 25, numero 5, 2004, pp. 263-270.

²² Cfr. *supra* capitolo secondo.

Nel caso in disamina, invece, il premio di fedeltà mirava essenzialmente ad impedire ai clienti di rifornirsi presso produttori concorrenti o, comunque, a rendere un eventuale cambio di fornitore particolarmente sconveniente²³.

Per la verità, una strategia difensiva attuata dall'impresa ricorrente aveva tentato di presentare come di natura quantitativa e non fidelizzante gli sconti oggetto di contestazione²⁴.

Tuttavia, la Corte rigettava questa prospettazione e, applicando rigidamente la sopra descritta distinzione tra sconti quantità, ritenuti *per se* leciti, e sconti fedeltà, abusivi, differenziava i contratti che prevedevano sconti ad aliquota fissa e quelli che, invece, contemplavano un'aliquota proporzionale.

I primi, privi di soglie quantitative di acquisto obbligatorie e connessi, piuttosto, alla porzione totale o parziale di fabbisogno acquistato presso l'impresa egemone, erano stati spesso qualificati, dalle stesse parti, come “*premio di fedeltà*”²⁵.

I secondi, invece, implicavano un impegno riguardante la maggior parte del fabbisogno dell'acquirente e prevedevano uno sconto a percentuale crescente²⁶.

²³ Secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia, gli impegni di approvvigionamento esclusivo di questo tipo, con o senza contropartita di sconti o concessioni di premi di fedeltà dovevano ritenersi incompatibili con lo scopo che la concorrenza non fosse falsata nel mercato comune, in quanto non si fondavano su una prestazione economica che giustificasse questo onere o questo vantaggio, ma miravano a togliere all'acquirente, o a ridurre nei suoi riguardi, la possibilità di scelta per quel che concerne le sue fonti di approvvigionamento ed a precludere l'accesso al mercato agli altri produttori. Cfr. punto 90 della sentenza della Corte di Giustizia.

²⁴ Cfr. punti 92-101 della sentenza.

²⁵ Cfr. punto 95-96 della sentenza, in particolare ove si legge, relativamente al contratto concluso con *Dawe's* “*si conviene che lo sconto è concesso come contropartita (in return) dell'accettazione dell'esclusiva*” e, relativamente all'accordo concluso con *Ramikal* “*sconto riservato che costituisce un vero e proprio premio sugli acquisti*”.

²⁶ La percentuale di sconto oscillava, in una prima fase, dall'1% al 2% e, successivamente, arrivava fino al 3%, “*a seconda che il cliente, nel corso dell'anno, si rifornisca in proporzione maggiore o minore rispetto alle previsioni*”. Cfr., in tale senso, punto 97 della sentenza.

Pertanto, nonostante l'apparente riconducibilità anche di tali pratiche alla categoria degli sconti quantitativi, la Commissione e successivamente anche la Corte di Giustizia, sulla base di un'attenta valutazione delle singole clausole indicate negli accordi, valutavano tale seconda categoria come “*forma particolarmente elaborata di premio di fedeltà*”²⁷.

Appare evidente, anche in questo caso così come in *European Sugar Industry*, l'applicazione di criteri di valutazione rigidamente basati su un approccio *form-based*, in palese dissonanza con le modalità di applicazione dell'art. 102 TFUE in casi più recenti in cui la Commissione ha deciso prendendo in considerazione anche le possibili giustificazioni economiche delle condotte attuate dalle imprese in posizione dominante²⁸.

3.3. Il caso *Hilti*²⁹.

Hilti, destinataria del provvedimento in commento, era la società *leader* nel settore della produzione e distribuzione di sistemi di fissazione destinati ad uso professionale nel settore dell'edilizia³⁰.

²⁷ Cfr. punto 98 della sentenza.

²⁸ Per una panoramica dei casi decisi dalla Commissione nel periodo di *review* delle modalità di applicazione dell'art. 102 TFUE alle pratiche escludenti, cfr. *infra* capitolo quarto.

²⁹ Cfr. Commissione Europea, 22 dicembre 1987, caso 88/138/CEE nonché Tribunale di primo grado, 12 dicembre 1991, causa T-30/89 *Hilti c/ Commissione*. In dottrina si sono soffermati sull'analisi del caso *Hilti I*. VAN BAEL – J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2010, pp. 817-859; V. KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, 9th ed., 2007, pp. 14-19; F.O.W. VOGELAAR, *The European Competition Rules*, in *Landmark Cases of the European Courts and the Commission*, European Law Publishing, 2004, pp. 109-111; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007.

³⁰ Più in dettaglio, *Hilti* era un'impresa produttrice di *power-actuated fastening systems* per l'industria edile i cui prodotti (a titolo esemplificativo trapani e pistole sparachiodi) erano funzionali al sistema di fissazione. All'epoca della decisione della Commissione, *Hilti* era considerato il produttore più all'avanguardia nel settore delle pistole sparachiodi e relativi accessori (chiodi, cartucce e caricatori) ed operava non soltanto nello Stato presso cui aveva la sede sociale – il Liechtenstein – bensì anche a livello comunitario e, seppure con soglie di fatturato inferiore, a livello mondiale. Secondo l'analisi della Commissione, *Hilti* deteneva una posizione dominante nella CEE sia nel mercato delle pistole sparachiodi, sia nei mercati dei chiodi e dei caricatori compatibili con i prodotti originali, entrambi considerati *relevant markets*. *Hilti*, grazie alla propria posizione di egemonia, è risultata in grado di agire in modo

Il mercato di riferimento era caratterizzato dalla presenza di numerosi produttori indipendenti i quali, attraverso una politica di prezzi particolarmente convenienti, tentavano di penetrare o, se già presenti, di espandersi nei *relevant markets*³¹.

Proprio al fine di preservare la propria posizione di egemonia *Hilti* aveva ideato delle misure volte ad impedire o limitare l'ingresso di *newcomers* nel mercato³².

Nonostante il caso in commento vertesse, essenzialmente, su una pratica di *tying*³³, la Commissione perveniva alla conclusione per cui l'abuso fosse relativo a due distinti comportamenti.

Da una parte, infatti, l'impresa egemone veniva condannata per avere attuato pratiche leganti volte ad incrementare il proprio potere economico anche nel mercato degli accessori e dei pezzi di ricambio. Dall'altra, invece, aveva attuato una politica di sconti che, di fatto, favoriva i clienti che erano astenuti dal rifornirsi presso i produttori concorrenti e che avevano acconsentito ad effettuare vendite congiunte³⁴.

Inoltre, attuando una politica evidentemente discriminatoria, *Hilti* aveva distinto tra acquirenti agevolati e non agevolati, concedendo ai primi uno

indipendentemente e senza riguardi nei confronti dei concorrenti e dei clienti sui mercati di riferimento. Cfr. punti 1-3, 66-72 della decisione.

³¹ Cfr. punti 4-6 della decisione.

³² *Eurofix*, società anch'essa specializzata nella produzione e distribuzione di una larga gamma di prodotti adatti alle pistole sparachiodi di *Hilti*, aveva caratteristiche dimensionali nettamente inferiori rispetto alla concorrente. Nel 1982 *Eurofix* denunciava alla Commissione la politica commerciale di *Hilti* ritenendo che praticasse una strategia volta ad estrometterla dal mercato dei prodotti compatibili. *Bauco*, altro piccolo produttore indipendente, presentava una denuncia dal contenuto analogo alla Commissione, ritenendo che *Hilti* avesse violato l'allora art. 86 del Trattato CEE. Cfr. punti 25-26 della decisione.

³³ Relativamente alla pratica di *tying*, la Commissione rilevava che *Hilti* aveva acconsentito ad effettuare la fornitura di caricatori a taluni consumatori finali e/o distributori a condizione che gli acquirenti acquistassero congiuntamente anche i chiodi. Cfr. punti 30-32 della decisione.

³⁴ Come riscontrato nel corso dell'istruttoria, anche nei casi in cui non applicava la condizione di una vendita congiunta, *Hilti* ha comunque tentato di bloccare la vendita dei prodotti concorrenti attraverso una politica di minori sconti per le ordinazioni di soli caricatori. La riduzione degli sconti così operata non era connessa a criteri oggettivi, ma era sostanzialmente subordinata all'esclusiva di acquisto. Cfr. punti 33-34 della decisione.

sconto superiore rispetto ai secondi, anche in presenza di ordinativi equivalenti³⁵.

Secondo la valutazione della Commissione, avallata dalla Corte di Giustizia, *Hilti* aveva abusato della propria posizione dominante tentando di impedire o limitare l'accesso al mercato di produttori indipendenti³⁶.

A tale conclusione, si perveniva ritenendo che la subordinazione della vendita dei caricatori all'acquisto congiunto dei chiodi, così come l'applicazione di sconti ridotti e altre politiche discriminatorie sopra descritte, avessero rappresentato abusi idonei a privare gli operatori della libertà di scelta circa la fonte di approvvigionamento.

L'obiettivo perseguito con le descritte pratiche era, evidentemente, stato quello di escludere i fabbricanti indipendenti dal mercato, la cui politica commerciale era in grado di minacciare la posizione dominante di *Hilti*³⁷.

In effetti, secondo quanto emerso nel caso in disamina, la politica commerciale adottata dalla società denunciata comportava una riduzione della libertà di scelta degli acquirenti, i quali si sarebbero visti privare degli sconti se non avessero effettuato acquisti congiunti rifornendosi, quindi, anche da produttori indipendenti³⁸.

³⁵ Per un quadro completo del sistema di sconti discriminatori attuato da *Hilti* nel Regno Unito, cfr. punti 41-43 della decisione; cfr., altresì, punti 45-47 della decisione, relativamente alle “*Politiche selettive o discriminatorie dirette contro le attività dei concorrenti e dei clienti dei concorrenti*”.

³⁶ Cfr. punto 74 della decisione.

³⁷ Secondo la ricostruzione e le valutazioni della Commissione, “*Le prove addotte indicano che Hilti ha una politica volta a limitare illegalmente l'accesso al mercato di concorrenti che producono chiodi compatibili con i prodotti Hilti*”. Quanto affermato dalla Commissione trovava, peraltro, riscontro, nella modalità con cui *Hilti* aveva selezionato gli acquirenti cui offrire condizioni vantaggiose. Difatti, “*In varie occasioni, Hilti ha individuato alcuni dei principali clienti di tali concorrenti e ha offerto loro condizioni particolarmente favorevoli per attirarli, giungendo in taluni casi a fornire loro gratuitamente certi prodotti*”. Le caratteristiche selettive e discriminatorie si sostanziano nell'assenza di parità di trattamento tra gli acquirenti che acquistavano lo stesso quantitativo di prodotto. Cfr. punti 75-80 della decisione.

³⁸ La Commissione sottolineava la circostanza per cui *Hilti* si era limitata ad informare la categoria di clienti, che non effettuava vendite congiunte, della riduzione degli sconti nei loro confronti, senza, comunque, alcuna spiegazione circa i criteri su cui tale decisione era basata. Cfr. punto 82 della decisione.

In conclusione, le denunciate pratiche erano considerate illecite perché idonee ad escludere dal mercato i produttori indipendenti³⁹.

3.4. Il caso *British Plasterboard*⁴⁰.

BPB Industries (di seguito anche *BPB*), destinataria del provvedimento, era la società madre di un importante gruppo operante a livello mondiale nel settore dei prodotti in gesso e di materiali da costruzione quali, a titolo esemplificativo, carta e cartone⁴¹.

In Gran Bretagna ed in Irlanda *BPB* operava attraverso la controllata *British Gypsum* (di seguito anche *BG*) la quale, nel periodo oggetto di indagine, aveva adottato un sistema volto a premiare la fedeltà dei clienti⁴².

Più nel dettaglio, *BG* aveva dapprima garantito pagamenti proporzionali periodici, con cadenza mensile, ad acquirenti individualmente selezionati che accettassero di acquistare in esclusiva i propri prodotti⁴³.

³⁹ Cfr. punti 97-98 della decisione.

⁴⁰ Cfr. Commissione Europea, 5 dicembre 1988, caso 89/22/CEE nonché Tribunale di primo grado, 1 aprile 1993, causa T-65/89, *BPB Industries e British Gypsum c/ Commissione*.

⁴¹ La decisione in disamina si riferiva al mercato dei pannelli in gesso cartonato, utilizzati prevalentemente per la costruzione di soffitti e per il rivestimento di pareti, interne o esterne, nell'edilizia residenziale nonché per la costruzione o il rivestimento di pareti interne nell'edilizia commerciale, amministrativa istituzionale e, in particolare, per gli uffici. In tale mercato, *BPB Industries* era il maggior produttore a livello mondiale, esclusi gli Stati Uniti. La sua potenzialità produttiva era tale da permetterle di controllare e di rispondere a circa la metà della domanda dei pannelli in gesso cartonato nella Comunità Europea. Sotto un profilo geografico i mercati di riferimento afferivano alla Gran Bretagna e all'Inghilterra, aree nelle quali *BPB* deteneva una posizione quasi monopolistica nel settore della fornitura di pannelli in gesso. Cfr. punti 5-7, 8-20 e 24 della decisione.

⁴² La politica commerciale di *BG* nel periodo di riferimento non era geograficamente limitata a Gran Bretagna ed Irlanda. Infatti, come si può riscontrare da una lettura integrale del provvedimento in esame, *BG* aveva attuato una politica di sconti anche in Francia e Spagna. Tuttavia, le pratiche scontistiche operate in questi diversi mercati geografici non erano considerate abusive dalla Commissione, essendo volte a rispondere ad una vivace concorrenza basata sui prezzi, attuata dal principale concorrente, ossia *Lafarge*. Cfr. punto 131-134 della decisione.

⁴³ Nel corso dell'istruttoria *BG* confermava che il meccanismo dei pagamenti ai rivenditori era identico e prescindeva dalla circostanza che vi fosse sul punto un accordo verbale o un riscontro scritto. Peraltro, la Commissione aveva trovato numerosi documenti interni della società del gruppo *BPB*, che provavano l'applicazione di uno schema in base al quale sarebbero stati effettuati pagamenti regolari agli acquirenti più importanti, che avessero accettato di rifornirsi esclusivamente dall'impresa egemone. In particolare, "tali pagamenti

Successivamente, aveva anche attuato, per i clienti che avevano acquistato grandi quantitativi di prodotto, una politica di sconti in un'area circoscritta in cui era costretta a confrontarsi con una concorrenza particolarmente vivace basata sui prezzi⁴⁴.

Tuttavia, a differenza di quanto accaduto per *Hoffman-La Roche*⁴⁵, nel caso in parola la Commissione non riusciva a risalire ad alcun documento che dimostrasse l'effettuazione di studi relativi al fabbisogno mensile dei clienti o, comunque, idonei a dimostrare che gli sconti applicati aumentavano in base ai volumi di acquisti promessi⁴⁶.

Ebbene, per quel che concerne specificamente l'ambito geografico nel quale le condotte di *BG* erano giudicate abusive, la Commissione rilevava che, seppure inizialmente gli sconti potessero giustificarsi con la necessità di rispondere alla concorrenza sui prezzi in Francia e Germania, *BG* aveva poi espresso segnali di una condotta volta a recuperare le quote di mercato perse⁴⁷.

Difatti, *BG* aveva incrementato lo schema di sconti quantitativi concessi ai fornitori il cui fatturato annuo, relativamente ai prodotti rilevanti, fosse risultato superiore a certi livelli ed a condizione che tali clienti si fossero riforniti esclusivamente da *BG*. Lo sconto concesso corrispondeva ad una percentuale degli acquisti annuali ed era applicato retroattivamente su tutti i prodotti *gypsum*⁴⁸.

dovevano assumere la forma di contributi regolari di *BG* alle spese di promozione e pubblicità dei rivenditori". Cfr. punti 58, 67-68 e 123-130 della decisione.

⁴⁴ Cfr., altresì, nota 42.

⁴⁵ Cfr. caso *Hoffman-La Roche*, cit.

⁴⁶ Cfr. I. VAN BAEL – J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2010, pp. 817859; L. GYSELEN, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*, in *European Competition Law Annual*, 2003, p. 15; 4nd ed., 2010, pp. 419-433; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007; G. FAELLA, *Incentivi alla fedeltà ed esclusione: sconti e premi fidelizzanti*, in *Mercato concorrenza regole*, volume 10, numero 1, 2008.

⁴⁷ Cfr. punto 70-71 e 87 della decisione ove si legge "Nell'agosto del 1984 *BG* introdusse prezzi ridotti per i pannelli consegnati in carichi da 25 t secondo la «Super schedule A»". Tale sistema aveva permesso a *BG* di guadagnare una buona parte della quota di mercato nel settore di riferimento.

⁴⁸ Cfr. punti 96-98 della decisione.

Nel caso in commento, la Commissione valutava i comportamenti tenuti da *BPB* applicando i consolidati principi nella giurisprudenza precedente sulla base dei quali considerava abusivi e, quindi, condannava gli sconti mensili concessi da *BG*⁴⁹.

Tuttavia, come puntualmente rilevato in dottrina⁵⁰, la Commissione non spiegava come esattamente gli sconti sanzionati avessero legato i clienti per i periodi futuri⁵¹.

4. Gli sconti condizionati a volumi di acquisto individualizzati e gli sconti concessi in relazione a volumi di acquisto standardizzati.

Come già rilevato, la seconda tipologia di pratiche scontistiche consiste in sconti concessi dall'impresa dominante sotto la condizione del raggiungimento di volumi di acquisto calcolati su base individuale e cioè ritagliati sul volume d'affari del singolo operatore.

Nella pratica concreta di tali tipologie di sconti, pur sempre riconducibili al più ampio *genus* degli sconti fedeltà, non è dato rilevare un accordo di esclusiva cui i medesimi sconti sono condizionati. Nonostante la comprensibile non esplicitazione di una pattuizione con questo contenuto, che del resto si rileverebbe dannosa per l'impresa egemone, quest'ultima accorda gli sconti ai propri clienti sulla base di una comparazione tra i volumi di

⁴⁹ Nella valutazione della posizione di dominanza di *BPB*, la Commissione applicava la giurisprudenza fino ad allora emersa rifacendosi, in particolare, al caso *Hoffman-La Roche*, cit.

⁵⁰ Cfr. L. GYSELEN, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*, in *European Competition Law Annual*, 2003, p. 15; J. RATLIFF, *Abuse of Dominant Position and Pricing Practices: A Practitioner's Viewpoint*, in *EU competition Law and Policy Workshop/Proceedings*, 2003, pp. 1-13.

⁵¹ Peraltro, il Tribunale di primo grado riteneva non decisiva la circostanza che *BG* avesse perseguito obiettivi diversi nel concedere gli sconti. Cfr. punto 71 della sentenza ove si affermava “*even if it is conceded that one of the aims of that system might [...] have been to promote plaster products in general, it must nevertheless be stated that it leads to the grant of payments which are strictly conditional upon exclusive loyalty to BG*”.

acquisti effettuati in un periodo di tempo passato e quelli stimati per un periodo di tempo futuro⁵².

Più in dettaglio, effettuata la stima del fabbisogno dei clienti, l'impresa dominante individua delle soglie di acquisto individualizzate cui collega la percentuale di sconto concessa.

Generalmente, lo sconto è riconosciuto soltanto ai clienti che riescono ad eguagliare o meglio ancora a superare la soglia di acquisti pattuita in un determinato intervallo di tempo.

Orbene, le decisioni di maggior rilievo per la tematica che ci occupa e che, per questa ragione, saranno passate in disamina nel prosieguo attengono ai casi *Michelin I*, *Irish Sugar*, *Virgin c/ British Airways* e *Michelin II*⁵³.

La terza tipologia di pratiche scontistiche attiene, invece, agli sconti concessi in relazione a volumi di acquisto standardizzati, di cui esempio lampante è offerto dalla decisione *Michelin II*⁵⁴.

In tale ipotesi, la concessione degli sconti è subordinata al raggiungimento di determinati volumi di acquisto nel corso di un periodo di riferimento ma, a differenza di quanto sopra detto, i livelli di acquisto sono standardizzati per tutti i clienti.

Tale ulteriore categoria di pratiche scontistiche, caratterizzata dall'individuazione di aliquote di sconto uguali per tutti gli acquirenti, è stata

⁵² Per un'analisi approfondita degli sconti *target* o sconti condizionati, v. *supra* capitolo secondo. In dottrina, si confrontino I. VAN BAEL – J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2010, pp. 817859; R. O' DONOGHUE – A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006; G. MONTI, *EC Competition Law*, Cambridge UP, 2007; E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010; L. GYSELEN, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*, in *European Competition Law Annual*, 2003, p. 15; J. RATLIFF, *Abuse of Dominant Position and Pricing Practices: A Practitioner's Viewpoint*, in *EU competition Law and Policy Workshop/Proceedings*, 2003, pp. 1-13; A. JONES – B. SUFRIN, *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 4nd ed., 2010.

⁵³ Cfr. Commissione Europea, 7 ottobre 1981, caso 81/969/CEE; Commissione Europea, 14 maggio 1997, 97/624/CE; Commissione Europea, 14 luglio 1999, 2000/74/CE; Commissione Europea, 20 giugno 2001, 2002/405/CE.

⁵⁴ Cfr. nota 53.

tradizionalmente valutata con maggior favore da parte della Commissione sulla base della presunzione per cui le soglie individualizzate hanno una maggiore idoneità a fidelizzare la clientela⁵⁵.

Anticipando quanto diremo più compiutamente nel prosieguo, anche in sede di riformulazione delle proprie priorità applicative la Commissione ha mantenuto il descritto sfavore per i sistemi di sconto individualizzati⁵⁶.

Non può, tuttavia, tralasciarsi la componente discriminatoria che, nella prassi, è risultata presente tanto negli sconti individualizzati quanto in quelli standardizzati.

I casi che ci apprestiamo ad analizzare mostrano con evidenza l'applicazione dei più tradizionali criteri valutativi adottati dalla Commissione per discernere tra ipotesi di pratiche scontistiche, lecite ed illecite.

La Commissione, senza soffermarsi sulla valutazione dei concreti effetti che le pratiche scrutinate avevano generato sul mercato e sulla concorrenza, giungeva alle proprie decisioni sulla base della presunzione per cui uno sconto concesso da un'impresa in posizione dominante dovesse essere considerato illecito *per se* ove volto a fidelizzare la clientela.

⁵⁵ In dottrina si confrontino P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010; L.L. GORMESEN, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge University Press, 2010; A. JONES – B. SUFRIN, *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 4nd ed., 2010; E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010; G. BRUZZONE, *Abuso di posizione dominante: gli orientamenti comunitari sulla condotta escludente*, in Note e Studi Assonime, volume 2, 2009; L.L. GORMESEN, *The European Commission's priority guidelines on Article 82 EC*, in Communication Law, volume 14, numero 3, 2009; M. KELLERBAUER, *The Commission's new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies' exclusionary conduct: A shift towards a more economic approach?*, in European Competition Law Review, numero 5, 2010; J.T. LANG, *L'art. 82 – I problemi e la soluzione*, in Mercato concorrenza regole, volume 11, numero 3, 2009; M. MOTTA, *The European Commission's Guidance Communication on article 82 EC*, in European Competition Law Review, volume 30, numero 12, 2009; D. RIDYARD, *The European Commission's Article 82 Guidelines: Some Reflections on the Economic Issues*, in European Competition Law Review, volume 30, numero 5, 2009.

⁵⁶ Cfr. punto 45 della Comunicazione della Commissione sulle priorità nell'applicazione dell'art. 82 alle pratiche escludenti. Per un'analisi approfondita delle priorità fissate dalla Commissione nella citata Comunicazione, si veda *infra*, capitolo quarto.

4.1. Il caso *Michelin I*⁵⁷.

Michelin I può essere considerato una sorta di caso “*pilota*”, capace di orientare la successiva maturazione dei più tradizionali principi giurisprudenziali in materia di sconti condizionati. Il caso aveva ad oggetto la politica commerciale condotta da *Michelin* nei confronti dei rivenditori di pneumatici e segnatamente la gestione dei prezzi e la pratica di sconti, variamente articolati⁵⁸.

Più nel dettaglio, la politica commerciale in questione prevedeva un sistema di sconti articolato in un'aliquota fissa, riconosciuta direttamente in fattura sul prezzo di listino⁵⁹ e di cui il cliente poteva beneficiare

⁵⁷ Cfr. decisione della Commissione, cit. nota 53 nonché Corte di Giustizia, 9 novembre 1983, causa 322/81 *Michelin c/ Commissione*. In dottrina gli autori che si sono soffermati sul caso oggetto di disamina sono I. VAN BAEL – J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2010, pp. 817-859; A. CAPOBIANCO – R. CREATINI, *Antitrust. Lezioni e casi dell'esperienza italiana*, Rubettino, 2006, pp. 248-305; F.O.W. VOGELAAR, *The European Competition Rules*, in *Landmark Cases of the European Courts and the Commission*, Europa Law Publishing, 2004, pp. 88-111; E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 67-71; I. KOKKORIS, *Competition Cases from the European Union. The ultimate guide to leading cases from the EU, Member States and EFTA*, Sweet e Maxwell, 2010, pp. 41-72; A. EZRACH, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, 2010, pp. 147-241; V. KORAH, *Cases and Materials on Competition Law*, Hart Publishing, 2006, pp. 130-149; L.L. GORMSEN, *A principled approach to abuse of dominance in European Competition Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 9-147; J. GOYDER – A. ALBORS-LLORENS, *Goyder's EC Competition Law*, Oxford University Press, 2009, pp. 327-329; A. JONES – B. SUFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases & Materials*, Oxford University Press, 4nd ed., 2010, pp. 339-340; G. FAELLA, *Incentivi alla fedeltà ed esclusione: sconti e premi fidelizzanti*, in *Mercato concorrenza regole*, volume 10, numero 1, 2008; A. PAPPALARDO, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza. Profili sostanziali*, Utet, 2007.

⁵⁸ La Commissione riteneva, grazie all'analisi del mercato rilevante ed alla ricostruzione delle imprese sullo stesso presenti e delle loro quote di mercato, che *Michelin* detenesse una posizione dominante nel mercato olandese degli pneumatici di primo equipaggiamento ed in quello degli pneumatici di ricambio. Cfr. per un'analitica ricostruzione del mercato del prodotto e geografico rilevante punti 1-8 e 33-36 della decisione.

⁵⁹ Durante l'istruttoria, la Commissione riscontrava la predisposizione di un sistema di sconti a percentuale fissa direttamente dedotti in fattura il cui ammontare, uguale per tutti gli acquirenti, era predeterminato e comunicato per iscritto attraverso apposite circolari inviate all'inizio dell'anno solare. A titolo esemplificativo, “*Fino a tutto il 1977, lo sconto sul fatturato ammontava al 15% per i pneumatici per autocarri ed autobus; nel 1978 esso è passato al 22,5% e nel 1979 al 30%*”. Cfr. punto 22 della decisione.

immediatamente, ed una componente variabile consistente nella concessione di vari *benefit*⁶⁰.

Appare utile premettere che il *quantum* e le modalità di riconoscimento di tale seconda categoria di sconti, a differenza di quanto avveniva per gli sconti sul fatturato predeterminati per iscritto, venivano concordati soltanto verbalmente durante le visite dei rappresentanti *Michelin*⁶¹.

Il riconoscimento di questi *benefit* era subordinato all'acquisto di un quantitativo minimo di pneumatici, il cui ammontare era determinato all'inizio del periodo di riferimento.

Più nel dettaglio, gli obiettivi d'acquisto erano determinati da *Michelin* inizialmente con periodicità annuale e successivamente quadrimestrale. Ad ognuna delle scadenze pattuite era poi assegnata una serie progressiva di sconti. Inoltre, i *target* erano fissati in modo da essere ogni anno più elevati, al contrario dei corrispondenti livelli di sconto, che invece non subivano una proporzionale correzione al rialzo.

Sfruttando questo meccanismo incentivante, il fornitore dominante riusciva a sollecitare un maggior impegno dei rivenditori, invogliandoli a vendere quantitativi sempre maggiori di pneumatici per ottenere almeno la stessa percentuale di sconto ottenuta il periodo precedente.

⁶⁰ Cfr. punti 20-21 della decisione.

⁶¹ Tale secondo sistema di sconti prevedeva varie forme di abbuoni che si aggiungevano e non si sostituivano allo sconto sulla fattura e che, come rilevato, venivano comunicati verbalmente. Nel dettaglio, per quanto concerne la percentuale di sconto, *Michelin* aveva strutturato un sistema di sconti riconosciuti annualmente la cui percentuale, fino al 1977, variava dal 10 al 22%. Successivamente, tra il 1978 ed il 1979, in corrispondeva di un notevole incremento dello sconto concesso in fattura, l'ammontare dell'ulteriore sconto era stato diminuito. Circa, invece, le modalità di riconoscimento delle citate percentuali, il sistema ideato da *Michelin* prevedeva, fino a tutto il 1977, un abbuono annuale su cui i rivenditori ricevevano un anticipo mensile. Successivamente, nel 1978, l'impresa egemone passava al riconoscimento di un abbuono mensile automatico, poi soppresso e sostituito da sconti quadrimestrali in aggiunta a quelli annuali. Inoltre, durante tutto il periodo interessato dalla decisione, veniva riconosciuta un'ulteriore percentuale di sconto a tutti gli acquirenti che pagavano in contanti. Cfr. punto 22 della decisione.

Un tale effetto era ulteriormente rafforzato dalla vessatoria previsione del diritto, che l'impresa egemone si autoassegnava, di modificare le modalità di concessione dello sconto ovvero, nel caso di anticipi sugli abbuoni concessi mensilmente, di chiedere il rimborso di questi ultimi, nell'ipotesi di mancato raggiungimento del *target* pattuito⁶².

Il descritto sistema premiale, in uno con l'ampio potere discrezionale esercitato da *Michelin* nel determinare le percentuali di sconto unilateralmente, determinato anche una sensibile discriminazione tra gli acquirenti, nei confronti dei quali il riconoscimento di percentuali di sconto identiche risultavano inique in presenza di quantitativi di acquisto diversi⁶³.

Giova in proposito osservare che le condotte commerciali dell'impresa egemone erano censurate anche a causa dell'assenza di un'adeguata informazione nei confronti degli acquirenti. Questi, infatti, non erano informati del sistema di sconto adottato nei loro confronti e solo occasionalmente ricevevano conferma da *Michelin* di quanto pattuito verbalmente.

Una tale accentuata asimmetria informativa determinava, secondo la valutazione della Commissione, un forte incertezza nei rivenditori circa l'ammontare di sconti dovuti alla fine del periodo di riferimento⁶⁴.

In ragione di tutte queste circostanze, il comportamento di *Michelin* costituiva un abuso di posizione dominante. In altri termini, l'impresa dominante aveva limitato la libertà di scelta dei rivenditori e operato una

⁶² Cfr. punto 24 della decisione.

⁶³ Cfr. punto 24 della decisione ove la Commissione, confrontando le schede clienti, constatava che i rivenditori che acquistavano quantitativi molto diversi spesso ricevevano, comunque, lo stesso abbuono e viceversa. Ciò in quanto *Michelin* non applicava in maniera rigorosa le condizioni cui subordinava la concessione degli sconti e si riservava la possibilità di concedere un sconto maggiore rispetto a quello corrispondente agli acquisti realmente effettuati. Cfr., altresì, punto 41 della decisione, ove si legge “*la pratica di NBIM di concedere premi selettivi si traduce in una discriminazione ai sensi dell'articolo 86, lettera c). La Commissione ha constatato che a commercianti in posizioni paragonabili vengono concessi premi diversi*”. Sugli aspetti discriminatori derivanti dall'applicazione dei descritti sistemi di sconti si veda A. JONES – B. SUFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases & Materials*, Oxford University Press, 4nd ed., 2010, pp. 339-340.

⁶⁴ Cfr. punto 28 della decisione.

disparità di trattamento tra i rivenditori di pneumatici a detrimento delle possibilità di accesso dei concorrenti nel mercato⁶⁵.

Con maggior impegno esplicativo, secondo la valutazione della Commissione, il sistema di sconti praticato da *Michelin* era risultato idoneo a vincolare i rivenditori al fornitore dominante e, conseguentemente, a rendere più difficoltoso l'accesso al mercato da parte dei concorrenti.

Questo obiettivo indirettamente perseguito da *Michelin* era disvelato dalle riscontrate arbitrarie modalità di individuazione degli obiettivi di acquisto che, attraverso la fissazione di *target* ogni anno più elevati, generava una crescente pressione nei rivenditori, costretti a superare, ogni anno, i volumi di vendita del periodo precedente.

Naturalmente, attraverso diverse argomentazioni difensive, *Michelin* aveva tentato di ricondurre il sistema di sconti sopra descritto alla categoria degli sconti quantitativi, valorizzando la circostanza che gli sconti concessi erano, evidentemente, subordinati ai quantitativi di prodotto acquistati dai singoli acquirenti.

La Commissione, tuttavia, riteneva corretto qualificare le pratiche in esame come fidelizzanti sulla base delle considerazioni di seguito specificate.

In primo luogo, si evidenziava come quasi mai per l'acquisto di quantitativi analoghi i clienti ricevevano sconti comparabili⁶⁶.

Inoltre, risultava privo di giustificazioni plausibili l'aver celato ai clienti la politica di sconti praticata e, più in generale, l'omessa predisposizione di un adeguato livello di trasparenza nei confronti degli stessi rivenditori da parte di *Michelin*⁶⁷.

⁶⁵ Cfr. punto 37 della decisione.

⁶⁶ Cfr. punto 42 della decisione.

⁶⁷ Cfr. punti 43-44 della decisione ove la Commissione sottolineava il carattere fidelizzante degli sconti che si evince dal fatto che “*prima di effettuare il loro giro di visite, i rappresentanti di NBIM avevano a varie riprese ricevuto istruzioni di fare chiaramente capire al commerciante quanto avrebbe perso se egli non avesse piazzato un ultimo ordinativo entro la fine dell'anno, del semestre o del trimestre*”.

In conclusione, la Commissione qualificava i premi e gli sconti praticati da *Michelin* come una *species* degli sconti fedeltà, legati ad un obbligo di acquisto esclusivo per il totale o per una parte sostanziale del fabbisogno degli acquirenti e per questo idonei ad assicurare al fornitore dominante una percentuale elevatissima di acquisti dai rivenditori ad esso vincolati⁶⁸.

Secondo una ricostruzione interpretativa⁶⁹, il caso in disamina era espressivo di una modalità di valutazione delle pratiche scontistiche a mente della quale un sistema di sconti è illecito *per se* in quanto volto a fidelizzare la clientela – impostazione analoga, quindi, a quella operata dalla Commissione nel caso *Hoffman-La Roche*⁷⁰ –.

Tuttavia, in ragione delle peculiarità dei comportamenti attuati da *Michelin* la Commissione e successivamente anche la Corte di Giustizia si discostavano parzialmente dalla prassi fino a quel momento maturata, ritenendo necessaria un'attenta valutazione di tutte le circostanze e segnatamente dei criteri e delle regole osservati per il riconoscimento degli sconti⁷¹.

Il passo in avanti percorso nel caso in disamina si estrinsecava essenzialmente nell'indagine sulla reale portata degli sconti e, più precisamente, sulla loro idoneità a rimuovere o ridurre i fornitori indipendenti dal mercato.

⁶⁸ Cfr. punto 44 della decisione.

⁶⁹ Cfr., in particolare, L. GYSELEN, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*, in *European Competition Law Annual*, 2003, p. 20; V. KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, 9th ed., 2007, pp. 14-19; E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 173-218; A. EZRACHI, *EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, 2nd ed., 2010, pp. 183-184; F.O.W. VOGELAAR, *The European Competition Rules. Landmark Cases of the European Courts and the Commission*, I, European Law Publishing, 2004, pp. 106-108.

⁷⁰ Cfr. nota 11.

⁷¹ Come vedremo nel prosieguo, le prime decisioni in cui si avverte l'inizio del processo di revisione delle modalità di valutazione dei sistemi di sconto sono *Virgin c/ British Airways* e *Michelin I*, cit. nota 54.

Giova tuttavia osservare che, nonostante l'apparente portata "innovativa" della valutazione condotta dalla Corte, la conclusione cui giungeva la sentenza nel caso in commento si poneva, comunque, in sostanziale e dichiarata continuità con la giurisprudenza fino ad allora maturata.

La Corte, infatti, concludeva ritenendo che ogni sistema in base al quale gli sconti concessi fossero conseguenza dei volumi di acquisto in un periodo di tempo predeterminato e relativamente lungo produceva, immancabilmente, alla fine del periodo di riferimento, una pressione crescente sull'acquirente, indotto a raggiungere la soglia pattuita per conseguire l'agognato sconto e/o non perdere la percentuale di sconto relativa all'intero periodo⁷².

Per queste ragioni, la particolare rilevanza del caso *Michelin I*, in cui trovavano applicazione tutti i tradizionali principi giurisprudenziali in tema di sconti e discriminazione, risiedeva nel suo essere il primo caso in cui la Corte di Giustizia apparentemente si dedicava ad un esame della razionalità della pratica commerciale attuata adottando, in realtà, una decisione assolutamente in linea con i precedenti giurisprudenziali.

⁷² Cfr. punto 81 della sentenza della Corte di Giustizia, cit.

4.2. Il caso *Irish Sugar*⁷³.

Nel caso *Irish Sugar*, concernente la politica commerciale adottata dall'omonima impresa nel mercato dello zucchero in Irlanda, la Commissione qualificava come sconti condizionati due pratiche volte a limitare le importazioni di zucchero dalla Francia e dall'Irlanda del Nord⁷⁴.

Per la verità, si riscontrava che per perseguire il predetto intento, in aggiunta alla politica di fidelizzante⁷⁵, *Irish Sugar* aveva anche cercato di boicottare, riuscendo a limitarlo, il trasporto e le forniture del prodotto in questione⁷⁶.

In ogni caso, come emergerà più compiutamente nel prosieguo, la citata politica di prezzo, nei due distinti sistemi di sconto in cui si articolava, aveva anche determinato un forte effetto discriminatorio tra acquirenti, ai quali

⁷³ Cfr. Commissione Europea, 14 maggio 1997, *Irish Sugar*, L 258/1 nonché Corte di Giustizia, 10 luglio 2001, causa T-228/97, *Irish Sugar c/ Commissione*. In dottrina si vedano I. VAN BAEL – J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2010, pp. 817-859; E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 67-71; A. EZRACH, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, 2010, pp. 147-241; V. KORAH, *Cases and Materials on Competition Law*, Hart Publishing, 2006, pp. 130-149; L.L. GORMSEN, *A principled approach to abuse of dominance in European Competition Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 9-147; A. JONES – B. SUFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases & Materials*, Oxford University Press, 4nd ed., 2010, pp. 339-340; J. GOYDER – A. ALBORS-LLORENS, *Goyder's EC Competition Law*, Oxford University Press, 2009, pp. 327-329; A. PAPPALARDO, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza. Profili sostanziali*, Utet, 2007.

⁷⁴ La decisione in disamina faceva riferimento al mercato dello zucchero nel territorio irlandese. In tale contesto, *Irish Sugar* deteneva una posizione dominante nei mercati al dettaglio e industriale dello zucchero cristallizzato in Irlanda, come dimostrato anche dalla quota di mercato detenuta dall'impresa destinataria del provvedimento, pari a più del 90%. Cfr. punti 3-8, 17-33 e 86-113 della decisione.

⁷⁵ Come si vedrà più dettagliatamente, le pratiche di prezzo oggetto di scrutinio della Commissione atenevano, specificamente, all'applicazione di prezzi selettivi e sconti fedeltà. Cfr. punti 45-53 della decisione.

⁷⁶ Cfr. punto 44 della decisione ove si legge “*Irish Sugar ha cercato di impedire ad ASI di importare zucchero dalla Francia minacciando di non servirsi più della navigazione statale britannica ed irlandese B&I per il trasporto dei prodotti Irish Sugar se questa avesse continuato ad importare per conto di ASI zucchero francese [...]*”.

erano garantite percentuali di sconto diverse a fronte di un medesimo quantitativo di prodotto acquistato⁷⁷.

Quanto alla prima categoria di sconti, la censura d'illiceità da parte della Commissione si appuntava sulle modalità di determinazione del prezzo praticato da *Irish Sugar* ai singoli clienti. In dettaglio, emergeva che i prezzi variavano non soltanto sulla base di giustificabili parametri di natura commerciale, quali il quantitativo acquistato o le condizioni di credito, bensì anche in ragione di diversi fattori, primo tra tutti lo sconto all'esportazione⁷⁸.

Gli sconti rientranti in questo primo gruppo erano pattuiti verbalmente e modulati diversamente per ogni cliente⁷⁹. Peraltro, l'ammontare dello sconto garantito, in quanto spesso non commisurato al volume di acquisti effettuati, determinava quella disparità di trattamento, sopra accennata, tra imprese che, a fronte di analoghi quantitativi di prodotto acquistato, potevano beneficiare di percentuali di sconto diverse⁸⁰.

Tuttavia, se con questa prima tipologia di sconti, nonostante i risvolti discriminatori, *Irish Sugar* operava comunque con l'intento di accrescere la presenza dei propri prodotti sul mercato, con la seconda categoria l'impresa egemone praticava sconti il cui ammontare era del tutto svincolato dal volume di acquisto.

⁷⁷ Cfr. punti 54-69 della decisione.

⁷⁸ Lo sconto all'esportazione di zucchero era pagato secondo la quantità di prodotto effettivamente esportato. La Commissione riscontrava, attraverso le prove raccolte durante l'istruttoria, che i clienti comunicavano retroattivamente i quantitativi esportati al fine di ottenere lo sconto sull'intero volume di esportazioni. Cfr. punti 70-72 della decisione.

⁷⁹ Lo sconto veniva indifferentemente indicato in fattura ovvero concesso retroattivamente su tutti gli acquisti effettuati in un determinato periodo di tempo.

⁸⁰ Come si evince dalla lettura della decisione, le diverse percentuali di sconto venivano giustificate da *Irish Sugar* con motivazioni attinenti, ad esempio, alla distanza dell'acquirente dal mercato geografico di riferimento, ovvero da presunti intenti promozionali. Cfr. punto 76 della decisione. Cfr., altresì, A. JONES – B. SUFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases & Materials*, Oxford University Press, 4nd ed., 2010, pp. 339-340.

Ebbene, gli sconti riconducibili a tale seconda categoria, definiti nella decisione “*Sconti «su obiettivo» e prezzi selettivi*”⁸¹, sono accostabili a quelli descritti nei casi *Hoffman-La Roche* e *Michelin I*⁸².

Nel dettaglio, in un periodo compreso tra i mesi di marzo e maggio del 1994, nell’ambito di una promozione che comportava l’applicazione di ordinari sconti quantitativi, *Irish Sugar* aveva offerto ai principali grossisti irlandesi ulteriori abbuoni condizionati al raggiungimento di determinati obiettivi di vendita⁸³.

Ebbene, la Commissione, sul solco della prassi precedente⁸⁴, riteneva che proprio tali sconti, concessi da *Irish Sugar* soltanto al raggiungimento degli obiettivi di acquisto prefissati, non fossero normali sconti quantitativi e ne sanzionava la natura fidelizzante⁸⁵.

La natura fidelizzante del descritto sistema di sconti derivava dal fatto che i vantaggi economici garantiti dall’impresa dominante non erano basati su giustificazioni economiche, ma tendevano a prevenire la scelta dell’acquirente di rivolgersi a fornitori concorrenti⁸⁶.

Inoltre, la Commissione sanzionava *Irish Sugar* anche per la prima categoria di sconti il cui intento, lo ripetiamo, era quello di limitare le importazioni dall’Irlanda del nord, in ragione delle conseguenze discriminatorie che da esse derivavano.

In particolare, si ravvisava che tale politica di prezzi introduceva agevolazioni speciali per determinati clienti, cui si accordava uno sconto

⁸¹ Cfr. punto 78 della decisione.

⁸² Cfr. *supra* par. 3.2. e 4.1.

⁸³ Gli ulteriori sconti offerti ai grossisti, prima soltanto nel periodo di marzo-maggio 1994 e poi anche ad ottobre dello stesso anno, erano legati alla realizzazione di un aumento percentuale degli acquisti settimanali rispetto alla media di acquisto settimanale dell’anno precedente. Cfr. punti 78-84 della decisione.

⁸⁴ Cfr., in particolare, caso *Hoffman-La Roche*, cit.

⁸⁵ Cfr. punto 127 della decisione.

⁸⁶ In tal senso si veda I. KOKKORIS, *Competition Cases from the European Union. The Ultimate guide to leading cases from the EU, Member States and EFTA*, Sweet & Maxwell, secondo edition, 2010, pp.54-57.

aggiuntivo non connesso al volume delle vendite, ma volto ad incentivarne la fedeltà ad *Irish Sugar* in tutte le situazioni in cui l'impresa egemone temeva che la differenza di prezzo rispetto ai fornitori concorrenti potesse incentivare le vendite transfrontaliere⁸⁷.

Secondo la valutazione della Commissione la disparità di trattamento si era realizzata tanto attraverso il sistema di sconti all'esportazione in cui, infatti, non tutti gli esportatori avevano beneficiato della stessa percentuale di sconto⁸⁸, quanto nell'applicazione degli "sconti «*su obiettivo*»" la cui concessione dipendeva da aumenti percentuali di acquisto e variava da cliente a cliente⁸⁹.

In definitiva, la Commissione rilevava che la politica commerciale nel complesso condotta da *Irish Sugar*, volta, come detto, alla difesa delle proprie quote di mercato, si fosse sostanziata nell'imposizione di prezzi discriminatori all'interno del mercato di riferimento e, comunque, nel ricorso a mezzi diversi dalla normale concorrenza⁹⁰.

⁸⁷ Cfr. punti 128-135 della decisione.

⁸⁸ Nell'ambito del sistema di sconti all'esportazione, gli acquirenti non avevano beneficiato della stessa percentuale di sconto. Infatti, in alcuni casi gli acquirenti esportavano diverse percentuali della loro produzione e avevano, quindi, diritto ad una ridotta percentuale di sconto. In altri, invece, *Irish Sugar* aveva deciso di concedere uno sconto più basso pur a parità di prodotto esportato. Cfr. punto 137 della decisione.

⁸⁹ Cfr. punto 154 della decisione.

⁹⁰ In dottrina cfr. I. KOKKORIS, *Competition Cases from the European Union. The Ultimate guide to leading cases from the EU, Member States and EFTA*, Sweet & Maxwell, secondo edition, 2010, pp.54-57; A. EZRACH, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, 2010, pp. 147-241.

4.3. Il caso *Virgin c/ British Airways*⁹¹.

Nel caso in disamina la Commissione condannava l'impresa egemone *British Airways* (di seguito anche *BA*) per avere praticato nei confronti delle agenzie di viaggio un sistema di incentivi fidelizzante e discriminatorio, volto ad impedire alle compagnie aeree concorrenti l'accesso al medesimo canale di vendita dei biglietti di trasporto aereo.

Più nel dettaglio, *British Airways*⁹² aveva ideato un sistema di commissioni variamente articolato e consistente nella concessione di sconti e premi alle agenzie di viaggio del Regno Unito, condizionati al raggiungimento di determinati obiettivi di vendite nel corso di un periodo di riferimento.

Secondo quanto affermato da *Virgin* nelle proprie denunce, le pratiche abusive, relative ai rapporti tra *British Airways* e le agenzie di viaggi, erano principalmente due⁹³.

⁹¹ Cfr. Commissione Europea, 14 luglio 1999, *Virgin c/ British Airways*, L 30/1 nonché Sentenza del Tribunale di Primo Grado della Comunità Europea del 17 dicembre 2003, nel caso T-219/1999 *British Airways c/ Commissione*. Per un commento al caso *British Airways* si confrontino I. VAN BAEL – J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2010, pp. 817-859; E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 67-71; A. EZRACH, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, 2010, pp. 147-241; V. KORAH, *Cases and Materials on Competition Law*, Hart Publishing, 2006, pp. 130-149; L.L. GORMSEN, *A principled approach to abuse of dominance in European Competition Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 9-147; A. JONES – B. SUFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases & Materials*, Oxford University Press, 4nd ed., 2010, pp. 339-340; J. GOYDER – A. ALBORS-LLORENS, *Goyder's EC Competition Law*, Oxford University Press, 2009, pp. 327-329; A. PAPPALARDO, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza. Profili sostanziali*, Utet, 2007; G. FAELLA, *Incentivi alla fedeltà ed esclusione: sconti e premi fidelizzanti*, in *Mercato concorrenza regole*, volume 10, numero 1, 2008; S. BISHOP – M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, Sweet e Maxwell, 3rd ed., 2009; I. KOKKORIS, *Competition Cases from the European Union. The Ultimate guide to leading cases from the EU, Member States and EFTA*, Sweet & Maxwell, secondo edition, 2010, pp.54-57; A. EZRACH, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, 2010, pp. 147-241.

⁹² *British Airways Plc.*, impresa destinataria del provvedimento, operava, al pari della denunciante, *Virgin Atlantic Airways Ltd.*, nel settore dei servizi di linee per passeggeri su rotte internazionali. La società denunciata rappresentava la maggiore compagnia aerea del Regno Unito e gestiva tutta una serie di servizi, nazionali ed internazionali, sia con voli di linea sia con voli *charter*.

⁹³ *Virgin* presentava due denunce alla Commissione. La prima, risalente al 9 luglio 1993, relativa alle pratiche commerciali attuate da *BA*, concernenti i sistemi di sconti e incentivi alle

La prima consisteva in un sistema di sconti fedeltà o incentivi concessi alle agenzie di viaggi alla condizione, esplicita o implicita, che queste si rivolgessero a *British Airways* per tutti o la maggior parte dei voli effettuati o venduti.

La seconda categoria di pratiche era diversamente modulata a seconda che gli sconti o le maggiorazioni delle commissioni fossero concessi al raggiungimento di un obiettivo di acquisto oppure fossero relazionati al volume di acquisti.

Più specificamente, *British Airways* concedeva a tutte le agenzie di viaggi del Regno Unito una commissione base *standard* cui si aggiungevano altri benefici. Mentre la commissione base era riconosciuta a tutte le agenzie, indipendentemente dai volumi di acquisto, gli ulteriori incentivi erano variamente articolati.

Il primo dei sistemi di incentivi promosso da *British Airways* prevedeva, in dettaglio, un premio di produzione, una gratifica da utilizzare per corsi di formazione del personale ed un'ulteriore agevolazione proveniente da un fondo di sviluppo commerciale costituito dalla stessa impresa dominante⁹⁴. La percentuale delle commissioni aggiuntive era poi calcolata secondo una scala progressiva, sulla base dell'incremento dei proventi per la vendita di voli *BA* realizzate dalle agenzie di viaggi da un anno all'altro. Giova osservare che tali accordi di *marketing* imponevano alle agenzie di viaggi di non riservare a

agenzie di viaggi ed ai clienti imprese. La seconda, del 9 gennaio 1998, relativa, invece, al sistema di remunerazione dei risultati conseguiti dalle agenzie e definito "*Performance Reward Scheme*". Nelle proprie denunce *Virgin* denunciava non soltanto la politica commerciale attuata da *BA* nei confronti delle agenzie di viaggio, bensì anche gli incentivi e gli sconti applicati alla clientela. Tuttavia, la Commissione valutava essenzialmente le pratiche riguardanti i sistemi di incentivi applicati alle agenzie di viaggio. Cfr. punti 3-5 della decisione.

⁹⁴ Questi speciali accordi di *marketing* erano di norma riservati alle agenzie che realizzavano un determinato quantitativo di vendite annue ed erano distinti in due tipologie: a) la remunerazione dei risultati e altri premi speciali, nei quali l'importo dell'ulteriore *bonus* era calcolato secondo una scala progressiva, sulla base dell'incremento del valore delle vendite dei biglietti realizzato dall'agenzia; b) il fondo per il sostegno alla formazione e lo sviluppo aziendale. Cfr. punti 7-19 della decisione.

British Airways un trattamento meno favorevole di quello concesso alle altre compagnie aeree.

Oltre agli accordi commerciali, *British Airways* aveva, altresì, istituito speciali incentivi a livello mondiale per tre agenzie di viaggi che, a fronte del raggiungimento di un certo volume di acquisti, percepivano commissioni supplementari calcolate sulla base dell'incremento della quota *BA* delle loro vendite mondiali⁹⁵.

Infine, un terzo tipo di accordi di incentivazione sviluppato da *British Airways* consisteva, anch'esso, in un sistema di premi di produzione.

Nello specifico, oltre alla commissione base applicata su tutti i biglietti venduti nel Regno Unito, ogni agenzia poteva ottenere una commissione supplementare sui biglietti dei voli nazionali ed internazionali sulla base dei risultati conseguiti⁹⁶.

Nei descritti sistemi, il raggiungimento di predeterminati obiettivi di incremento delle vendite determinava un aumento della commissione corrisposta sui biglietti venduti dall'agenzia, non limitata ai soli biglietti venduti dopo il raggiungimento dell'obiettivo.

Proprio questo meccanismo di applicazione retroattiva degli sconti, per un verso, costituiva per le agenzie un incentivo la cui forza aumentava progressivamente all'approssimarsi delle soglie prefissate per ottenere il predetto aumento percentuale delle commissioni⁹⁷.

Su altro fronte, il descritto sistema di remunerazione, proprio perché modificabile in corsa con effetti *ex tunc*, poneva i concorrenti interessati a

⁹⁵ Gli accordi mondiali prevedevano, a fronte di un incremento di almeno l'1,5% della quota *BA* delle loro vendite internazionali complessive nei mercati oggetto degli accordi, una ricompensa rappresentata dal 10% dei proventi supplementari. Inoltre, se l'agenzia si dimostrava disposta a promuovere tale programma, *BA* avrebbe anche versato un importo fisso prestabilito, non rimborsabile neanche in caso di mancato raggiungimento dell'obiettivo fissato. Cfr. punto 20 della decisione.

⁹⁶ Anche in questo caso l'entità dell'elemento variabile supplementare dipendeva dai risultati conseguiti dall'agenzia in termini di vendita di biglietti. Cfr. punto 24 della decisione.

⁹⁷ Cfr. punto 29 della decisione.

rispondere agli incentivi offerti da *BA* dinanzi ad una sfida improba. Infatti, per compensare gli effetti della politica commerciale dell'impresa egemone, un concorrente che avesse inteso offrire alle agenzie di viaggi un incentivo che riuscisse a stornare parte delle vendite verso la propria compagnia, avrebbe dovuto pagare una commissione molto più elevata⁹⁸.

In aggiunta alle evidenti difficoltà dei concorrenti di replicare agli incentivi offerti dall'impresa egemone, in ragione delle caratteristiche particolari di questi ultimi, tanto Commissione, quanto il Tribunale, rilevavano che le imprese concorrenti neppure erano in grado di realizzare, nel Regno Unito, quei ricavi che potessero costituire una base economica sufficiente ad adottare un sistema di premi quantomeno paragonabile a quello di *BA*⁹⁹.

Analizzati i descritti sistemi di sconti, la Commissione li riteneva abusivi perché idonei a fidelizzare la clientela e a discriminare le agenzie di viaggi presenti sul mercato rilevante¹⁰⁰.

In altri termini, il descritto sistema premiale aveva prodotto il duplice effetto, per un verso, di incoraggiare le agenzie a mantenere o aumentare le vendite di biglietti *British Airways* anziché vendere i propri servizi, e per l'altro di imporre alle agenzie condizioni dissimili per prestazioni equivalenti.

La Commissione, sul solco delle sentenze *Hoffman-La Roche* e *Michelin I*, affermava che i sistemi di commissioni applicati da *BA* violavano il principio generale in virtù del quale un fornitore dominante può concedere

⁹⁸ In aiuto alla comprensione del ragionamento la Commissione forniva un esempio che, effettivamente, mostrava l'effetto prodotto dal sistema di commissione di *BA*. Cfr. punto 30 della decisione.

⁹⁹ Cfr. punto 278 della sentenza.

¹⁰⁰ La Commissione, applicando i principi già visti nel caso *Hoffman-La Roche* e *Michelin I*, afferma che "Considerato che *BA* detiene una posizione dominante sul mercato dei servizi di agenzia per il trasporto aereo, i sistemi di commissioni rappresentano un abuso di tale posizione dominante. In particolare, essi costituiscono «sconti di fedeltà» del tipo di condannato nelle cause *Michelin* e *Hoffman-La Roche* e una discriminazione abusiva tra le agenzie di viaggi". Cfr. punto 96 della decisione. Anche il Tribunale, avallando l'interpretazione della Commissione, confermava ancora una volta che uno sconto *target* applicato retroattivamente a tutti gli acquisti effettuati dal cliente nel periodo di riferimento, ancorché di breve durata, era abusivo.

unicamente sconti legali agli incrementi di efficienza e non anche sconti o incentivi volti ad incoraggiare la fedeltà dei clienti e, di conseguenza, li condannava per violazione dell'allora art. 82 del Trattato, ritenendo che fossero legati alla fedeltà piuttosto che all'efficienza¹⁰¹.

La peculiarità del caso *BA* è semmai ravvisabile nell'attenzione dedicata dalla Commissione, oltre che ad un'approfondita analisi dei sistemi di sconti, anche ai possibili effetti discriminatori da essi scaturiti.

Nel caso concreto, infatti, il sistema ideato da *British Airways* era stato considerato idoneo a discriminare la posizione concorrenziale delle diverse agenzie di viaggio attraverso l'applicazione di condizioni dissimili a fronte di prestazioni equivalenti.

Più nello specifico, gli accordi di *marketing* e i sistemi di remunerazione dei risultati erano strutturati in modo da determinare il riconoscimento di identiche percentuali di commissioni ad agenzie che avevano venduto diversi quantitativi di biglietti e percentuali differenti, anche a fronte di uguali quantitativi di biglietti *BA* venduti¹⁰².

Negli stessi termini il Tribunale di primo grado della Comunità Europea riteneva abusiva la concessione di uno sconto fedeltà a titolo di corrispettivo per l'impegno del cliente di approvvigionarsi esclusivamente o quasi presso l'impresa egemone, perché idoneo ad impedire che i clienti si approvvigionassero presso produttori concorrenti¹⁰³.

¹⁰¹ Cfr. punti 97-107 della decisione.

¹⁰² Secondo la valutazione della Commissione, i descritti sistemi di commissioni erano idonei a discriminare tra le diverse agenzie di viaggi. Infatti, due agenzie di viaggi che avessero venduto lo stesso numero di biglietti e, quindi, fornito a *BA* lo stesso livello di servizi avrebbero potuto percepire un tasso di commissioni diverso, se le vendite di biglietti da esse realizzato nell'anno precedente fossero state diverse. Di contro, due agenzie di viaggi che avessero venduto volumi diversi di biglietti e fornito livelli di servizi diversi avrebbero potuto percepire lo stesso tasso di commissione, qualora le vendite avessero registrato lo stesso incremento percentuale rispetto all'anno precedente. Cfr. punto 109 della decisione.

¹⁰³ Cfr. punto 244 sentenza del Tribunale di primo grado.

La descritta decisione appariva assolutamente coerente con il caso *Irish Sugar* e, ancor più, con il caso *Micheli II*¹⁰⁴.

4.4. Il caso *Michelin II*. Tra sconti individualizzati e sconti standardizzati¹⁰⁵.

Dopo alcuni anni in cui la Commissione e la Corte di Giustizia non si erano più pronunciate su fattispecie scontistiche, la decisione che ci apprestiamo ad analizzare rinnovava l'interesse per la risposta *antitrust* a tali comportamenti. Difatti, nel settembre del 2003 la Corte confermava la decisione con cui la Commissione aveva sanzionato *Michelin* per la condotta commerciale adottata in Francia.

La decisione in disamina era ampiamente commentata da diversi studiosi i quali, sull'onda dell'ormai prossima riforma delle modalità di applicazione dell'art. 102 TFUE alle pratiche escludenti, la interpretavano come il primo segnale di un imminente cambiamento¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Cfr., in tale senso, L. GYSELEN, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*, in *European Competition Law Annual*, 2003, pp. 24-26; AA.VV., *Michelin and BA: What about the modernization of article 82?*, in *€-Konomica's Newsletter*, n. 5, marzo 2004; I. KOKKORIS, *Competition Cases from the European Union. The Ultimate guide to leading cases from the EU, Member States and EFTA*, Sweet & Maxwell, secondo edition, 2010, pp.54-57; A. EZRACH, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, 2010, pp. 147-241.

¹⁰⁵ Cfr. Commissione Europea, 20 giugno 2001, *Michelin*, L 143/1 nonché sentenza del Tribunale di Primo Grado della Comunità Europea del 30 settembre 2003, nel caso T-203/2001 *Manufacture française des pneumatiques Michelin c/ Commissione*.

¹⁰⁶ Cfr. D. SPECTOR, *Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Structured Rule of Reason*, in *Competition Policy International*, volume 1, numero 2, 2005, p. 90; D. WAELBROECK, *Michelin II, A per se rule against rebates by dominant companies?*, in *Journal of Competition Law & Economics*, volume 1, numero 1, 2005, pp. 149-171; J. KALLAUGHER – B. SHER, *Rebates revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, in *European Competition Law Review*, volume 25, numero 5, 2004, pp. 263-285. L'operato della Commissione Europea è analizzato anche da L. GYSELEN, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*, in *European Competition Law Annual*, 2003, pp. 1-33; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007; S. BISHOP – M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, Sweet e Maxwell, 3rd ed., 2009; A. EZRACH, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, 2010, pp. 147-241; J. GOYDER – A. ALBORS-LLORENS, *Goyder's EC Competition Law*, Oxford University Press, 2009, pp. 327-329.

Ebbene, nel caso denominato *Michelin II*, la Commissione si occupa della complessa politica commerciale condotta in Francia, tra il 1980 ed il 1998, dalla omonima impresa produttrice di pneumatici, sottoponendo ad esame le “*Condizioni generali di prezzo applicate ai rivenditori professionali*”, la “*Convenzione per il rendimento ottimale degli pneumatici per automezzi pesanti Michelin*”¹⁰⁷ e la “*Convenzione di cooperazione professionale e servizio di assistenza*” (detta “*Club degli amici Michelin*”)¹⁰⁸.

Nell’ampio ventaglio di pratiche attuate dall’impresa egemone e sottoposte al vaglio della Commissione, giova focalizzare l’attenzione alla disamina compiuta sulle condizioni generali di prezzo applicate ai rivenditori professionisti che si estrinsecavano nella concessione di sconti connessi a volumi di acquisto individualizzati e standardizzati.

Tanto premesso, si rileva in prima approssimazione che le condizioni generali di prezzo prevedevano la possibilità di accedere a diverse tipologie di sconti e, segnatamente, sconti quantitativi, premi di servizio e di progresso.

In aggiunta a questi potenziali benefici, si riconosceva altresì la possibilità di firmare convenzioni commerciali con *Michelin*, che potevano prevedere sconti supplementari connessi al fatturato¹⁰⁹.

Orbene, per quanto concerne la prima tipologia di pratiche, si rileva che gli sconti quantitativi consistevano in un abbuono annuo, calcolato in

¹⁰⁷ Un premio era subordinato alla condizione dell’adesione alla convenzione PRO (“*Convenzione per il rendimento ottimale degli pneumatici per automezzi pesanti Michelin*”) e al fatto di disporre prima di un premio di progresso. Tale convenzione comportava l’obbligo di presentare le carcasse *Michelin* per la loro ricostruzione esclusivamente al fornitore dominante, in cambio di un premio unitario per ogni carcassa presentata. Il descritto meccanismo produceva, evidentemente, un duplice effetto di vendite collegate, in quanto *Michelin* sfruttava la propria posizione dominante sul mercato del nuovo per ampliare quella sul ricostruito, utilizzando, poi, quest’ultima per rafforzarsi sul mercato del nuovo. Per una completa ricostruzione della valutazione operata dalla Commissione su tale convenzione e del suo funzionamento cfr. punti 297-314 della decisione.

¹⁰⁸ La Convenzione di cooperazione professionale e di assistenza tecnica, anche detta *Club degli amici di Michelin*, aveva lo scopo di attirare i rivenditori più importanti e prevedeva l’obbligo di raggiungere una certa quota di vendite dei prodotti *Michelin*. Cfr. punti 315-343 della decisione.

¹⁰⁹ Cfr. punti 56 e 215-271 della decisione.

percentuale sul fatturato realizzato con pneumatici *Michelin* e condizionato al raggiungimento di soglie di fatturato predeterminate.

In merito a tali tipologie di sconti, la Commissione, riportandosi al precedente caso in cui *Michelin* era stata condannata per una politica commerciale analoga¹¹⁰, evidenziava gli effetti di discriminazione e fidelizzazione della clientela, riconducibili sia a monte alla loro stessa previsione, sia alle modalità con cui erano corrisposti¹¹¹.

Difatti, era previsto che gli abbuoni fossero pagati ai rivenditori retroattivamente a chiusura dell'anno di riferimento. Tale peculiare modalità di corresponsione, non consentendo agli acquirenti di conoscere con certezza il prezzo di acquisto finale degli pneumatici, li induceva a praticare rivendite sottocosto pur di accrescere le proprie possibilità di accredito degli sconti retroattivi¹¹². Peraltro, i rivenditori erano indirettamente costretti ad assumere impegni quantitativi con l'impresa dominante, ancora prima di avere incassato gli sconti relativi all'anno precedente.

In altri termini, l'applicazione retroattiva degli sconti determinava una crescente pressione sull'acquirente per la realizzazione del volume di acquisto

¹¹⁰ Come già rilevato, nel caso precedentemente esaminato *Michelin* era stata condannata per avere concesso ai propri clienti sconti quantitativi per un periodo di tempo relativamente lungo. La Commissione giungeva ad una valutazione di abusività della pratica sulla base dell'assunto, applicato anche al caso ora in esame, per cui uno sconto quantitativo praticato da un'impresa in posizione dominante fosse abusivo se supera un termine ragionevole. In questa ipotesi, infatti, si riteneva che la pratica di prezzo non equivalesse ad una normale politica di concorrenza. Cfr. caso *Michelin I*, cit.

¹¹¹ Gli sconti concessi da *Michelin* venivano pagati retroattivamente e, specificamente, nel mese di febbraio dell'anno successivo all'acquisto degli pneumatici. Tale caratteristica differenziava la politica commerciale adottata dall'impresa egemone da quella dei concorrenti i quali, invece, accreditavano subito la maggior parte degli sconti concessi. Cfr. punto 217 della decisione.

¹¹² Gli abbuoni venivano applicati sulla totalità del fatturato *Michelin* ed erano calcolati all'incirca un anno dopo i primi acquisti. Tale caratteristica non rendeva possibile conoscere prima delle ultime ordinazioni il reale livello di prezzo di acquisto unitario e determinava una situazione di forte incertezza ed insicurezza, che spingeva i rivenditori a ridurre al minimo i rischi privilegiando i prodotti *Michelin*. Cfr. punto 220 della decisione.

necessario ad ottenere lo sconto, soprattutto alla fine del periodo di riferimento¹¹³.

Su tale effetto fidelizzante influiva certamente anche la lunghezza del periodo di riferimento per il calcolo del fatturato su cui commisurare lo sconto, pari cioè ad un anno, lunghezza che determinava un'ulteriore pressione di acquisto di pneumatici *Michelin*.

Peraltro, la sostanziale esiguità dei margini di guadagno costituiva un ulteriore incentivo ad ottenere uno sconto supplementare, che avrebbe influito direttamente sul margine dell'impresa.

In definitiva, il sistema di sconti quantitativi ideato da *Michelin* vincolava efficacemente i rivenditori dell'impresa egemone, inibendo o comunque orientando la facoltà degli acquirenti di scegliere una diversa fonte di approvvigionamento e chiudendo così l'accesso al mercato ai concorrenti.

La seconda delle anzidette categorie di pratiche aveva caratteristiche simili a quelle degli sconti quantitativi, differenziandosi da questi ultimi soltanto perché, attraverso tali premi di servizio, *Michelin* finiva con l'imporre ai rivenditori soglie minime di fatturato.

Più nel dettaglio, l'importo del *bonus* concesso era legato al numero di punti ottenuti rispetto ad una griglia di valutazione della qualità del servizio offerto ai clienti finali¹¹⁴.

Anche tale secondo gruppo di abbuoni era caratterizzato da assenza di equità nelle modalità di concessione degli sconti e da un marcato carattere fidelizzante ancor più esaltato dalla previsione di clausole e impegni, la cui

¹¹³ I rivenditori di pneumatici non correvano il rischio di diversificare la propria gamma di prodotti a detrimento di *Michelin*, poiché tale infedeltà avrebbe potuto compromettere la capacità di superare la soglia necessaria all'ottenimento dello sconto. Cfr. punti 228-229 della decisione.

¹¹⁴ Cfr. punto 60 della decisione.

accettazione ed il cui rispetto da parte dei rivenditori erano necessari per il conseguimento del premio¹¹⁵.

Va da sé che l'arbitrio con cui *Michelin* concedeva i punteggi utili al pagamento dei premi determinava, oltre che ad una forte pressione sul rivenditore, un evidente effetto discriminatorio, ancor più esaltato dalla circostanza che *Michelin* si riservava la facoltà di diminuire *ad nutum* il premio nel corso dell'anno¹¹⁶.

Ad ogni modo, la censura della Commissione si appuntava soprattutto sull'effetto fidelizzante di questi sconti, perché condizionati al rispetto di una percentuale minima di rifornimento di prodotti *Michelin*.

Con maggior impegno esplicativo, si riteneva che l'imposizione di un vincolo quantitativo rafforzasse i legami tra fornitore e rivenditori, esercitando un effetto di fidelizzazione che è stato considerato abusivo¹¹⁷.

Infine, la categoria degli sconti accordati per incentivare la promozione di nuovi articoli prevedeva la concessione del premio di progresso come ricompensa per i rivenditori che accettavano di effettuare un importo minimo di acquisti, corrispondenti ai risultati conseguiti nell'anno precedente o alla media dei risultati conseguiti negli ultimi due o tre anni¹¹⁸.

¹¹⁵ In altri termini, gli impegni assunti dai rivenditori corrispondevano ad un certo numero di punti. Il superamento di determinate soglie di punteggio attribuiva al rivenditore il diritto al premio corrispondente alla percentuale di fatturato per tutte le categorie di pneumatici *Michelin*.

¹¹⁶ Cfr. punti 250-253 della decisione.

¹¹⁷ L'ottenimento dei punti non dipendeva dai quantitativi, ma dal rispetto di una percentuale determinata rispetto alla quota regionale dei prodotti. Di conseguenza, ci si trovava di fronte ad una variante degli sconti fedeltà. La quota di acquisti regionali costituiva, infatti, un forte incentivo alla promozione dei nuovi prodotti *Michelin*, a evidente detrimento dei concorrenti. Cfr. punto 254 della decisione.

¹¹⁸ Come riscontrato dalla Commissione, la pratica non si limitava ad un obbligo di progresso tanto che il rappresentante di *Michelin* esercitava un controllo sulla fissazione delle basi prendendo in considerazione: "a) il livello di realizzazione dell'anno precedente o la media degli ultimi due o tre anni; b) l'assegnazione di un coefficiente regionale uniforme determinato in funzione della previsione di *Michelin* relativa all'evoluzione del mercato; c) la possibilità di operare una correzione delle cifre tenendo conto di eventuali circostanze che potevano avere influito sulla capacità di acquisto del rivenditore, aumentandola o riducendola". Cfr. punti 67-68 e 260-264 della decisione.

L'iniquità del descritto sistema discendeva dalla presenza di un obbligo di progressivo aumento degli acquisti imposti da *Michelin* e dall'insicurezza della determinazione della base minima. *Michelin* prevedeva, infatti, un'aliquota di sconto progressiva che aumentava in funzione degli impegni di acquisto ed era relazionata al numero di pneumatici venduti. Siffatto premio di progresso costituiva, di fatto, un obbligo di aumento progressivo degli pneumatici, imposto unilateralmente dal fornitore¹¹⁹.

Dal descritto sistema derivava, altresì, una possibile discriminazione tra i rivenditori i quali, a fronte dell'acquisto degli stessi quantitativi in termini di volume assoluto potevano ottenere abbuoni diversi, in funzione della base iniziale, del metodo scelto al momento della base di calcolo da parte di *Michelin* e del risultato effettivamente conseguito¹²⁰.

Il premio di progresso esercitava anche un effetto fortemente fidelizzante in quanto, una volta fissato l'obiettivo di progressivo aumento, diventava fondamentale per il rivenditore raggiungere i volumi di acquisto prefissati, rinunciando, di fatto, alla facoltà di rivolgersi in misura significativa ad altri fornitori¹²¹.

In conclusione, la Commissione, con una pronuncia assolutamente conforme a quelle fin qui commentate ed, in particolare, al caso *British Airways*¹²², valutava i descritti sistemi scontistici sulla base di una rigida regola

¹¹⁹ Le aliquote di sconto fissate da *Michelin* variarono sensibilmente nel corso degli anni prevedendo, in un primo momento, impegni base esigui per poi arrivare, però, a impegni particolarmente considerevoli. La Commissione ha stimato che, "Dal 1980 al 1984 l'aliquota variava dal 2,5% per un impegno da 30 a 1499 copertoni al 15% per un impegno di oltre 8500 copertoni, con 6 diversi livelli. Dal 1985 l'aliquota minima di sconto è passata al 5% e il numero di livelli a 5. Infine, dal 1986 al 1994 l'aliquota minima è divenuta ancora più consistente, passando al 7,5% mentre i livelli sono stati ridotti a 42". Successivamente, il meccanismo di calcolo è stato ulteriormente modificato. Furono previsti unicamente due livelli a partire da un superamento superiore o pari al 20% della base e si applicava un'aliquota di sconto alla totalità del fatturato realizzato Cfr. punti 71-73 e 264-265 della decisione.

¹²⁰ Cfr. punto 266 della decisione.

¹²¹ Cfr. punti 267-270 della decisione.

¹²² Cfr. J.T. LANG, *L'art. 82 – I problemi e la soluzione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3, 2009, pp. 437-468; A. JONES – B. SUFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases & Materials*, Oxford University Press, 4nd ed., 2010, pp. 339-340.

formalistica, ritenendoli *per se* abusivi in quanto predisposti da imprese in posizione dominante.

Successivamente, anche il Tribunale di primo grado dava applicazione alla *per se rule*, non ritenendo necessaria una valutazione dell'impatto delle pratiche sul mercato o sulla concorrenza. Disancorando la propria valutazione dal reale contesto in cui le pratiche si erano realizzate, il Tribunale affidava la propria decisione ad un'analisi economica del mercato soltanto astratta¹²³.

¹²³ Cfr. L.L. GORMESEN, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge University Press, 2010.

SEZIONE SECONDA

LA PRASSI INTERPRETATIVA DELL'AGCM

5. Premessa.

Esplorato il percorso evolutivo che ha interessato la giurisprudenza europea, s'impone l'esigenza di spostare l'analisi entro i nostri confini per cogliere la linea seguita dalla competente Autorità nazionale.

Giova a tal uopo passare in disamina i due principali casi affrontati dall'AGCM in tema di sconti, perché meglio di altri consentono di individuare i tratti salienti del metodo di valutazione di tali pratiche nel nostro ordinamento.

Anticipando fin d'ora le conclusioni, dalla lettura di queste decisioni potrà evincersi che l'Autorità nazionale ha adottato una politica di intervento analoga a quella della Commissione, operando quindi in base ad una presunzione di liceità degli sconti quantitativi e di illiceità di tutte le pratiche volte a fidelizzare la clientela e ad estromettere i concorrenti dal mercato.

Tanto premesso, procedendo in ordine cronologico, si esaminerà dapprima il caso *Marinzulich c/ Tirrenia*¹²⁴ e, successivamente il caso *Pepsoco Foods and Beverages International-Ibg c/ Coca Cola Italia*¹²⁵.

¹²⁴ Cfr. provvedimento dell'AGCM n. 453, caso A13, *Marinzulich c/ Tirrenia*.

¹²⁵ Cfr. provvedimento dell'AGCM n. 7804, caso A224, *Pepsico Foods and Beverages International-IBG Sud c/ Coca Cola Italia*.

6. Il caso *Marinzulich c/ Tirrenia*¹²⁶.

Tirrenia di Navigazione S.p.a. (di seguito *Tirrenia*) era accusata di avere abusato della propria posizione dominante, adottando una condotta commerciale finalizzata ad escludere l'impresa concorrente dal mercato¹²⁷.

Più specificamente, nella sua denuncia *Marinzulich* segnalava due condotte abusive, una delle quali era la concessione di un premio di fedeltà condizionato all'esclusiva¹²⁸.

Secondo la ricostruzione dalla società denunciante, il citato premio consisteva nella concessione di uno sconto, riconosciuto a fine anno, a condizione che la clientela avesse utilizzato esclusivamente navi *Tirrenia* sulle rotte ove la società operava.

Entrando nel merito della condotta censurata, nel corso dell'istruttoria emergeva che *Tirrenia*, nel periodo oggetto di indagine, dapprima aveva comunicato ai propri clienti la possibilità di ottenere un premio di produzione correlato all'utilizzo esclusivo delle proprie navi sulle rotte in cui operava la sua flotta. Come poc'anzi accennato, tale premio, denominato “*premio di fedeltà*”, aveva periodicità annuale. In un secondo momento, l'impresa dominante aveva sostituito la descritta pratica con una politica di sconti volti, anche questi, a premiare la fedeltà dei clienti. Siffatto fine poteva evincersi

¹²⁶ Cfr. nota 130.

¹²⁷ Il provvedimento in commento riguardava il mercato del servizio di linea di trasporto merci via nave la cui rilevanza geografica, per quel che specificamente concerne la decisione dell'AGCM, era limitata alle singole rotte tra i porti della Sardegna e dell'Italia settentrionale. In tale contesto di riferimento, *Tirrenia* godeva di posizione dominante, come comprovato dalle quote di mercato dalla stessa detenute pari a circa il 77%. Cfr. punto 3 del provvedimento.

¹²⁸ Secondo la ricostruzione della società denunciante, *Tirrenia* non si sarebbe limitata alla concessione di sconti condizionati all'esclusiva volti, evidentemente, ad escludere la concorrente dal mercato, ma, in seguito all'entrata di *Marinzulich* sulla tratta Livorno-Cagliari, avrebbe altresì intensificato la frequenza dei propri servizi facendo coincidere le partenze con quelle della nuova società concorrente. Cfr. punto 1 del provvedimento

dalla circostanza che tali sconti percentuali, calcolati su base annua, erano correlati al volume di fatturato assicurato dai clienti alla società¹²⁹.

Ebbene, l'Autorità nazionale, in piena coerenza con i principi enunciati dalla giurisprudenza comunitaria¹³⁰ sanzionava *Tirrenia* per le due pratiche descritte, applicando la tradizionale presunzione d'illiceità secondo cui gli sconti ed i ribassi dei prezzi subordinati al rispetto della fedeltà della clientela devessero essere considerati illeciti, se operati dall'impresa dominante.

Più nel dettaglio, per quel che riguarda l'applicazione dei premi di fedeltà, l'AGCM riteneva abusivo il comportamento commerciale di *Tirrenia* consistente nell'invio di lettere ad alcuni clienti, con le quali si avvertiva che il premio di fedeltà consistente, come detto, in uno sconto con periodicità annuale pagato retroattivamente, sarebbe stato riconosciuto soltanto in mancanza di “*defezioni dal principio di fedeltà*”.

La riscontrata abusività scaturiva proprio dall'idoneità di tali comunicazioni a condizionare il comportamento dei clienti, soprattutto considerando che un'eventuale mancata concessione dello sconto sarebbe stata conosciuta soltanto alla fine dell'anno di riferimento¹³¹.

Erano inoltre considerati abusivi anche i premi di produzione consistenti in sconti quantitativi su base annua, commisurati al traffico assicurato sulle rotte *Tirrenia*. Queste pratiche, infatti, erano idonee a

¹²⁹ È opportuno sottolineare come, nel periodo in cui *Tirrenia* aveva adottato le descritte pratiche, *Marinzulich* aveva praticato delle politiche di sconto molto rilevanti. Ciò nonostante, la nuova concorrente non era riuscita, attraverso una politica di ribasso delle proprie tariffe, a raggiungere un punto di pareggio economico nelle rotte interessate dal provvedimento dell'AGCM. Cfr. punto 5 del provvedimento.

¹³⁰ Nel provvedimento in commento, l'Autorità richiamava espressamente quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Hoffman-La Roche*, ritenendo che “*l'applicazione da parte di un'impresa in posizione dominante di “premi fedeltà” costituisce un abuso*”. Cfr. punto 6, lett. a) del provvedimento nonché caso *Hoffman-La Roche*, cit.

¹³¹ Nella valutazione dell'idoneità delle citate comunicazioni ai clienti a determinare un'alterazione del loro comportamento commerciale a vantaggio dell'impresa dominante, l'Autorità si rifaceva anche al caso *European Sugar Industry*.

condizionare la libertà di scelta della clientela, che era indotta ad utilizzare unicamente i servizi dell'impresa dominante pur di ottenere il vantaggio economico promesso¹³².

Per queste ragioni, l'Autorità riteneva che i descritti comportamenti di *Tirrenia*, unitamente alla modifica dei giorni previsti per le partenze settimanali sulla rotta Livorno-Cagliari ed all'intensificazione delle frequenze, avesse il precipuo intento di provocare l'uscita dal mercato di *Marinzulich*¹³³.

7. Il caso *Coca-Cola*¹³⁴.

Il *leading case* dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in tema di pratiche scontistiche e di accordi di esclusiva concerneva la valutazione di comportamenti e pratiche attuate da *Coca-Cola*, società operante nel sistema di produzione, imbottigliamento e distribuzione di bibite analcoliche gassate.

Come vedremo più dettagliatamente, l'AGCM aveva avviato un'istruttoria per presunta violazione dell'art. 3 della Legge 287/1990 a seguito di una denuncia pervenuta da *Pepsico Foods and Beverage International Ltd.* (di seguito *Pepsi*) e da *IBG Sud*¹³⁵.

In particolare, entrambe le società lamentavano il pregiudizio arrecato dalla politica commerciale del gruppo *Coca Cola*¹³⁶, tendente ad impedire loro

¹³² L'Autorità giunge alla conclusione per cui la commisurazione di uno sconto di quantità, di per sé da considerarsi lecito, rafforza nel caso di specie l'abusività della condotta. Nella valutazione di tale ulteriore condotta, l'AGCM si rifà ad un ulteriore precedente comunitario e, specificamente, al caso *Michelin I*, cit.

¹³³ Cfr. punto 6 del provvedimento.

¹³⁴ Cfr. nota 131.

¹³⁵ Il provvedimento in commento era stato avviato a seguito della denuncia presentata da società che curano la produzione, l'imbottigliamento e la distribuzione dei prodotti *Pepsi* in Italia. Cfr. punto 10-11 del provvedimento.

¹³⁶ Quanto alla definizione del mercato di riferimento, l'Autorità riteneva trattarsi, sotto il profilo del prodotto, del mercato delle cole e, sotto il profilo geografico, dai singoli mercati nazionali. In tale contesto, *Coca Cola* deteneva una posizione di totale egemonia come dimostrato dall'entità delle quote di mercato detenute dall'impresa destinataria del provvedimento (*Coca Cola* deteneva l'80% delle quote di mercato a fronte di quelle detenute

l'accesso ai canali distributivi e commerciali all'ingrosso, attraverso l'applicazione di sconti e la concessione di altri benefici in favore dei grossisti e, segnatamente, la previsione di clausole di esclusiva e l'assegnazione di obiettivi individuali di vendita¹³⁷.

Più nel dettaglio, dai documenti acquisiti nel corso delle indagini¹³⁸ emergeva l'esistenza di un piano strategico finalizzato ad escludere i concorrenti dal mercato italiano ed a fidelizzare la clientela, attraverso politiche di differenziazione e discriminazione dei grossisti, nonché attraverso un sistema di sconti e la predisposizione di accordi di esclusiva¹³⁹.

7.1. Gli sconti selettivi.

L'Autorità qualificava le pratiche scontistiche attuate da *Coca Cola* come discriminatorie, fidelizzanti e volte ad estromettere la concorrente dal mercato della vendita dei prodotti alla spina, per questo giudicandole abusive.

dal secondo operatore pari a circa l'11%), nonché dalle caratteristiche strutturali del mercato. Cfr. punti 8-123 del provvedimento.

¹³⁷ Nel mese di novembre 1997, la filiale italiana di *Pepsi* ed i supermercati ESSELUNGA denunciavano all'AGCM il presunto comportamento abusivo tenuto da *Coca Cola* e dagli imbottigliatori locali. Nel successivo mese di luglio 1998, l'AGCM avviava l'istruttoria nei confronti delle società *The Coca-Cola Export Corporation- Filiale Italiana*, *Coca-Cola Italia S.r.l.*, *Coca-Cola Bevande Italia S.p.a.*, *SADIB S.r.l.*, *SOCIB S.p.a.*, *SOSIB S.r.l.* e *SIBEG S.r.l.* per abuso di posizione dominante ritenendo, in particolare, che “*i comportamenti tenuti dalle suddette imprese, consistenti nell'applicazione di un sistema di sconti basato su premi fedeltà e sconti di fine anno, premi legati al raggiungimento di obiettivi di fatturato, nonché clausole di esclusiva potessero costituire una fattispecie di abuso di posizione dominante, in violazione dell'articolo 3 della legge 287/90*”. Tuttavia, la pubblicazione della decisione con cui l'AGCM ha sanzionato *Coca Cola* per abuso di posizione dominante è arrivata soltanto nel mese di dicembre 1999. Cfr. punto 3 del Provvedimento.

¹³⁸ La descrizione della strategia di *Coca Cola* era chiaramente emersa da diversi documenti interni della società, quali, a titolo esemplificativo, *memoranda* del consiglio di amministrazione o *mail* contenenti le direttive per l'applicazione degli sconti. Cfr. punto 129 del provvedimento.

¹³⁹ Per un'analisi dettagliata della strategia attuata da *Coca Cola*, cfr. punti 128-191 del provvedimento.

Difatti, il sistema di sconti differenziava in gruppi i grossisti in base a tre classificazioni¹⁴⁰, ad ognuna delle quali corrispondeva una diversa modalità di applicazione degli sconti.

Coca Cola distingueva tra clienti top, strategici e normali ed applicava loro sconti rispettivamente denominati “*partnership*”¹⁴¹, “*target*”¹⁴² ed “*extra*”¹⁴³.

L’indagine dell’AGCM si appuntava soprattutto su questa suddivisione dei clienti in tali classi perché, avvenendo secondo criteri giudicati poco trasparenti, oggettivi, o vincolanti per *Coca Cola*, finiva con l’assumere evidenti connotazioni discriminatorie¹⁴⁴.

La principale finalità della discriminazione operata tra i clienti era, evidentemente, quella di applicare selettivamente livelli di sconto diversi, in

¹⁴⁰ Come si evince dalla lettura del provvedimento, l’obiettivo di *Coca Cola* era quello di premiare la collaborazione dei clienti all’incremento delle vendite dei prodotti dell’impresa egemone nonché la disponibilità del grossista di intrattenere relazioni di lungo periodo con le società del gruppo. Cfr. punto 128 del provvedimento.

¹⁴¹ Lo sconto “*partnership*” era stato definito dall’Autorità come “*il principale mezzo di discriminazione dei grossisti*”. Tale sconto, applicato alle due categorie più importanti di clienti (top e strategici), aveva quale scopo principale quello di remunerare la collaborazione del grossista allo sviluppo dei prodotti *Coca Cola* ed era stato, conseguentemente, graduato in funzione del diverso livello di collaborazione. Cfr. punti 162-172 del Provvedimento.

¹⁴² Lo sconto “*target*”, avente cadenza trimestrale, veniva applicato separatamente alle cole ed alle bevande ad altri gusti ed era corrisposto in funzione di obiettivi di aumento percentuale del fatturato o del volume delle vendite rispetto al precedente periodo di riferimento. Tale categoria di sconti era, peraltro, assistita da un metodo incentivante la fedeltà. Infatti, se l’obiettivo prefissato non veniva raggiunto, il grossista riceveva soltanto gli sconti non condizionati al fatturato mentre, in caso di raggiungimento del *target*, il cliente percepiva uno sconto più elevato, commisurato, appunto, al fatturato raggiunto. Cfr. punti 173-181 del Provvedimento.

¹⁴³ Gli sconti “*extra*” venivano inseriti nei contratti come sconti ulteriori legati a prestazioni specifiche. Cfr. punti 182-184 del Provvedimento.

¹⁴⁴ L’opacità e l’assenza di prevedibilità dell’attribuzione dei clienti alle diverse classi era stato uno degli elementi principali che inducevano l’Autorità a sanzionare le descritte pratiche in quanto idonee a creare una forte incertezza dei clienti. Infatti, nonostante i chiari obiettivi dell’impresa egemone, l’attribuzione dei grossisti alle diverse classi dipendeva soltanto parzialmente dal fatturato realizzato e dalle dimensioni complessive dei clienti. Piuttosto, nel corso dell’istruttoria emergeva che “*i criteri sulla base dei quali i grossisti sono stati inseriti in classi non sono conosciuti o conoscibili dal grossista e non sono verificabili dal grossista stesso, né sono vincolanti, potendo essere autorizzati sconti diversi, se necessari dal punto di vista strategico-commerciale*”. Cfr. punto 143 del Provvedimento. In dottrina si veda P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010; A. CAPOBIANCO – R. CREATINI, *Antitrust. Lezioni e casi dell’esperienza italiana*, Rubettino, 2006, pp. 248-305; A. PAPPALARDO, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza. Profili sostanziali*, Utet, 2007.

modo da riuscire ad offrire condizioni più vantaggiose ai grossisti che riducevano o cessavano del tutto di trattare i prodotti concorrenti, incentivando così l'acquisto dei prodotti *Coca Cola*¹⁴⁵.

In altri termini, *Coca Cola* mirava ad offrire sconti più elevati ai clienti che trattavano anche prodotti concorrenti, al fine di incentivarne una maggiore fedeltà.

In effetti, il riscontro di un'applicazione selettiva di sconti, cioè in funzione dei prodotti concorrenti distribuiti e dei comportamenti tenuti dai singoli grossisti, si aveva con il rilievo per cui l'attribuzione dei livelli di sconto veniva effettuata non solo in base ai punteggi ricevuti con i parametri di classificazione, ma anche in considerazione della disponibilità dei clienti a collaborare per la realizzazione della strategia¹⁴⁶.

7.2. Le clausole di esclusiva.

Dalla documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria emergeva, altresì, come in alcune occasioni lo sconto *partnership* e quello *extra* fossero stati verbalmente vincolati ad una clausola di esclusiva¹⁴⁷.

Siffatti sconti concessi subordinatamente all'accettazione di accordi di esclusiva, erano denominati "*sconti incondizionati*" perché svincolati dai volumi di acquisto dei prodotti cola, ancorché di fatto condizionati all'esclusiva nella vendita di bevande a gusto cola¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Cfr. punto 266 del provvedimento. Nello stesso senso, si vedano le sentenze della Corte di Giustizia nei casi *Hoffman-La Roche* e *Michelin I*, cit.

¹⁴⁶ Cfr. punto 155 del provvedimento.

¹⁴⁷ Tale ulteriore circostanza era confermata da alcuni grossisti i quali avevano, espressamente, riconosciuto la connessione tra lo sconto *partnership* e un accordo di esclusiva concluso, seppur soltanto verbalmente, con *Coca Cola*. Cfr. punti 185-199 del provvedimento.

¹⁴⁸ Cfr. punto 186 del provvedimento.

Tale ulteriore pratica, per vero non utilizzata in maniera generalizzata, aveva comunque rivestito un ruolo fondamentale nella soluzione di specifiche situazioni concorrenziali¹⁴⁹.

Anche tale pratica era considerata come integrante una grave violazione perché volta ad ostacolare, mediante la concessione di un vantaggio finanziario per l'acquisto, l'accesso al mercato ai concorrenti.

In conclusione, l'Autorità riteneva che la condotta di *Coca Cola*, in quanto volta ad impedire a *Pepsi* di rientrare e di operare nel mercato di riferimento, avesse costituito una violazione delle norme poste a tutela della concorrenza.

La natura abusiva dei comportamenti di *Coca Cola* era individuata, in primo luogo, nella loro selettività, in quanto si trattava di azioni specifiche messe in atto nei confronti di un unico concorrente e volte all'aumento della propria quota di mercato a danno del concorrente.

In proposito, va osservato che la decisione in commento era, evidentemente, frutto dell'applicazione dei consolidati principi della giurisprudenza nazionale e comunitaria¹⁵⁰.

L'Autorità, sulla scorta di una rigida distinzione tra sconti quantità e sconti fedeltà, riteneva illecite le pratiche scontistiche attuate da *Coca Cola*, fondando la propria valutazione in primo luogo sull'obiettivo perseguito dall'impresa egemone ossia, come detto, legare a sé i clienti e rendere più difficile l'accesso ai concorrenti.

Su altro fronte, era stata decisiva la riscontrata impossibilità di valutare gli sconti attuati da *Coca Cola* come sconti quantitativi – in sé ritenuti leciti – perché, pur basati sul raggiungimento di determinati obiettivi di

¹⁴⁹ Cfr. punto 187 del provvedimento.

¹⁵⁰ Nel caso in esame, l'Autorità ha valutato i comportamenti di *Coca cola* alla luce della prassi comunitaria. Per una ricostruzione della giurisprudenza in materia, si vedano i casi *Hoffman-La Roche c/ Commissione*, cit. nonché *Virgin c/ British Airways*, cit.

acquisto, non erano legittimamente accordati in funzione delle economie di costo realizzate dal fornitore¹⁵¹.

¹⁵¹ Cfr. punto 269 del provvedimento.

CAPITOLO IV

IL PROCESSO DI *REVIEW* DEI CRITERI APPLICATIVI DELL'ARTICOLO 102 TFUE ALLE PRATICHE SCONTISTICHE

SOMMARIO: 1. Premessa. SEZIONE PRIMA – Il nuovo approccio metodologico nella valutazione delle pratiche escludenti. – 2. Il *Discussion Paper* sull'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE alle pratiche escludenti. – 2.1. Le pratiche scontistiche nel *Discussion Paper*. – 2.2. La valutazione degli accordi di esclusiva. Obblighi di acquisto. Sistemi di sconti. – 2.2.1. Gli obblighi di acquisto. – 2.2.2. I sistemi di sconto condizionati. – 2.2.3. Sconti retroattivi e sconti incrementali. – 2.2.4. I sistemi di sconti non condizionati. – 3. Possibili difese dell'impresa dominante: giustificazioni obiettive ed efficienze. – 4. Gli effetti del *Discussion Paper*. – 5. Gli Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti. – 5.1. I comportamenti di esclusione basati sui prezzi e l'introduzione del test del “*concorrente parimenti efficiente*”. – 5.2. Il funzionamento del test del “*concorrente parimenti efficiente*”. – 5.3. Specifiche forme di abuso. Accordi di esclusiva. Obblighi di acquisto. Sistemi di sconto. – 5.3.1. Gli obblighi di acquisto. – 5.3.2. Gli sconti condizionati. – 6. Le criticità degli Orientamenti. SEZIONE SECONDA – Il *review* della prassi della Commissione. – 7. Il caso *Tomra*. – 8. Le strategie e le pratiche poste in essere da *Tomra*. – 8.1. Gli accordi di esclusiva. – 8.2. Gli impegni quantitativi. – 8.3. Gli schemi di sconto. – 9. La valutazione delle pratiche di *Tomra* ed il loro impatto sul mercato. – 10. Le possibili

giustificazioni e le difese di *Tomra*. – 11. Un commento. – 12. Il caso *Intel*. – 13. La strategia e le pratiche poste in essere da *Intel*. – 13.1. Gli sconti condizionati. – 13.1.1. Gli sconti concessi a *Dell*. – 13.1.2. Gli sconti ed i pagamenti concessi ad *HP*. – 13.1.3. Gli sconti ed i pagamenti concessi ad *Acer*. – 13.1.4. Gli sconti concessi a *Nec*. – 13.1.5. Gli sconti ed i pagamenti concessi a *Lenovo*. – 13.2. I pagamento a *Media-Saturn Holding GmbH (MSH)*. – 13.3. Le c.d. *naked restrictions*. – 14. La valutazione delle pratiche di *Intel*. – 15. *As Efficient Competitor Analysis*. – 16. Le giustificazioni di *Intel*. – 17. Un commento.

1. Premessa.

L'ultimo decennio¹ ha rappresentato un periodo di forte innovazione nelle politiche *antitrust* in Europa, con conseguenti riforme in tutti gli ambiti di intervento².

¹ Per una panoramica organica del dibattito sorto in ambito comunitario relativamente alla necessità di un intervento riformatore nelle diverse aree di intervento *antitrust*, si confrontino L. PEEPERKORN, *Commission publishes discussion paper on abuse of dominance*, in *Competition Policy Newsletter*, n. 1, 2006, pp. 4-7; A. EZRACHI, *Article 82 EC: Reflections on its recent evolution*, 2009, Hart Publishing; P. AKMAN, "Consumer Welfare" and Article 82 EC: *Practice and Rhetoric*, in *World Competition*, vol. 12, n. 1, 2009, pp. 71-90; L.L. GORMESEN, *Article 82 EC: Where are we coming and where are we going to?*, in *The Competition Law Review*, vol. 2, n. 2, 2006, pp. 5-27; D. RIDYARD, *Article 82 EC Price Abuses – Towards a More Economic Approach*, in *European Competition Law Annuale 2003: What is an abuse of a dominant position?* (edit by) C.D. EHLERMANS – I. ATANASIV, 2006, Hart Publishing; L. KJØLBYE, *Article 82 EC as Remedy to Patent System Imperfections: Fighting Fire with Fire?*, in *World Competition*, 2009, pp. 163-188; L. KJØLBYE, *Rebates under Article 82 EC: navigating uncertain waters*, in *European Competition Law Review*, vol. 31, n. 2, 2010, pp. 66-80; B. SHER, *The Last of Steam-Powered Trains: Modernising Article 82*, in *European Competition Law Review*, vol. 25, n. 5, 2004, pp. 243-246; J. KALLAUGHER – B. SHER, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuses under Article 82*, in *European Competition Law Review*, vol. 25, n. 5, 2004, pp. 263-285; D. WAELBROECK, *Michelin II: A Per Se Rule Against Rebates by Dominant Companies?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, pp. 149-171.

² La necessità di un intervento riformatore si è manifestata dapprima nell'ambito delle disposizioni concernenti le operazioni di concentrazione e, successivamente, nella sfera applicativa dell'art. 81. Più nel dettaglio, nel 2004 la Commissione Europea introduceva una nuova regolamentazione in materia di controllo sulle concentrazioni, volta ad arricchire gli elementi oggetto di valutazione, al fine di cogliere in modo più accurato e flessibile i possibili fattori idonei a determinare significative restrizioni della concorrenza. Nello stesso anno era stato sottoposto a forte revisione anche il regolamento di attuazione della disciplina delle

L'idea di fondo della c.d. "modernizzazione" del settore è il riconoscimento della necessità che le decisioni in materia di operazioni di concentrazione e di intese siano sorrette da una più accurata verifica, fondata sull'analisi economica dei mercati di riferimento. Conseguentemente, si è potenziata la dialettica tra le valutazioni indipendenti, quella giuridica e quella economica, poste a fondamento delle decisioni adottate dalla Commissione³.

In uno con le innovazioni nel settore delle operazioni di concentrazione e delle intese, nel 2004 la Commissione Europea avviava anche una riflessione ed un'importante opera di rivisitazione della propria politica di applicazione dell'art. 102 TFUE il cui scopo era di "*valutare la politica, vedere in che modo potrebbe essere resa più efficace, definire una via di applicazione più trasparente*"⁴.

Tuttavia, per quanto concerne l'applicazione dell'allora art. 82 del Trattato, si riscontrava una maggiore difficoltà d'intervento, manifestatasi anche nel maggior lasso di tempo – circa sei anni – resosi necessario per l'adozione delle Linee Guida⁵.

intese. Tale rivisitazione portava, da una parte a una radicale modifica delle modalità di scrutinio degli accordi, non più sottoposti a valutazione preventiva ed eventuale esenzione dal divieto, dall'altra, ad una modifica dei criteri sostanziali di analisi dell'accordo e dei possibili effetti sul mercato. Si confronti, in materia di concentrazioni, il Regolamento 139/2004, in Gazzetta Ufficiale L.24/2, 29.1.2004; in materia di intese, il Regolamento per l'applicazione degli articoli 81 e 82, del 26 novembre 2002, entrato in vigore in data 1 maggio 2004. C'è, tuttavia, chi ritiene che in merito alle operazioni di concentrazione, l'applicazione del *test SLC* e, di conseguenza, l'intervenuta modernizzazione nell'applicazione della normativa non abbia prodotto alcuna significativa innovazione delle decisioni prese dalla Commissione. Cfr. J. BRIONES, *A Balance of the Impact of Economic Analysis on the EU Competition Policy*, in *World Competition* 32, n. 1 (2009), pp. 27-39.

³ Si confronti, sul punto, M. POLO, *L'intervento antitrust in materia di pratiche escludenti: lezioni dal dibattito recente*, in (a cura di) C. RABITTI – C. BARUCCI, *20 anni di antitrust*, Giappichelli, 2010.

⁴ Cfr. discorso del direttore generale DGComp, Philip Lowe, del 23 ottobre 2003. Peraltro, sulla scia di una complessiva rivisitazione dei diversi ambiti d'intervento *antitrust*, nel 2004 si introduceva una nuova figura in seno alla Direzione Generale della Concorrenza, ossia il *Chief Economist*, quale strumento di valutazione delle decisioni adottate dalla Commissione sotto il profilo della corretta applicazione dell'analisi economica.

⁵ Le numerose critiche mosse al tradizionale approccio seguito nel settore degli abusi di posizione dominante, giudicato eccessivamente formalistico e interventista, hanno determinato una sua radicale rivisitazione al contrario di quanto avveniva dalle innovazioni introdotte negli altri ambiti d'intervento *antitrust* che, comunque, hanno mantenuto un collegamento con le

Più nel dettaglio, il detto processo di razionalizzazione era intrapreso percorrendo parallelamente due strade. Da una parte, si avviava in seno alla *DGComp* un progetto di *Guidelines* per l'applicazione della norma in questione e dall'altra veniva affidato ad un gruppo di economisti, composto in parte da *advisor* accademici nominati dal *Chief Economist*, il compito di preparare un *report*⁶.

I due documenti, saranno poi pubblicati a breve distanza di tempo, rispettivamente nell'agosto e nel dicembre del 2005⁷.

Senza pretesa di completezza e anticipando parzialmente quanto più nel dettaglio s'illustrerà in seguito, può fin d'ora osservarsi che in entrambi i predetti documenti si apprezzava la necessità di arricchire le procedure e i protocolli d'indagine, seguiti nei casi di abuso di posizione dominante, assegnando una maggiore attenzione all'analisi economica e superando, quindi, gli schemi dell'approccio tradizionale.

precedenti modalità di applicazione della normativa. Diversi commentatori hanno posto l'accento sulla necessità di andare verso un diverso approccio che enfatizzasse l'analisi dei reali effetti economici dei comportamenti abusivi dell'impresa dominante. Si confrontino J. BRIONES, *A Balance of the Impact of Economic Analysis on the EU Competition Policy*, in *World Competition* 32, n. 1 (2009), pp. 27-39; J. KAVANAGH – N. MARSHALL – G. NIELS, *Reform of Article 82 EC – Can the Law and the Economics be Reconciled?*, in (a cura di) A. EZRACHI, *Article 82 EC: Reflections on its recent evolution*, 2009, Hart Publishing; Competition Law Forum Article 82 Review Group, *The Reform of Article 82: Recommendations on Key Policy Objectives*, in *European Competition Journal*, 1, pp. 179-183.

⁶ Nell'agosto del 2005 veniva pubblicato dall'*Economic Advisor Group on Competition Policy*, un *report* sull'opportunità di applicare all'art. 82 un approccio economico. Tale documento sottolineava l'importanza dell'utilizzo dell'analisi economica nell'applicazione dell'art. 82, al pari di quanto accaduto in sede di revisione delle concentrazioni e delle intese. Gli economisti del *Chief Economist* privilegiavano un approccio economico e, conseguentemente, sollecitavano l'abbandono del *form-based approach*. L'attenzione di questi studiosi era posta, soprattutto, sulla presenza di un danno effettivo per i consumatori causato dal comportamento dell'impresa dominante. Si poneva l'attenzione sull'analisi del caso concreto abbandonando, quindi, il precedente approccio tipologico basato su presunzioni generali di liceità od illiceità. Cfr. J. GUAL – M. HELLMWIG – A. PERROT – M. POLO – P. REY – K. SCHMIDT – R. STEMBACKA, *An Economic Approach to Article 82, Report by the EAGCP*, 2005, disponibile su <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/index/html>; M. STOBBER, *Competition, Economic Approach to Article 82*, in European Enterprise Institute, 2006, pp. 5-40; L.L. GORMSEN, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 114-115; R. O' Donoghue – A.J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006.

⁷ Si confrontino, sul punto, *DG Competition Discussion Paper on the Application of the Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*, 2005, disponibile su www.ec.europa.eu.

Ebbene, com'era immaginabile, la pubblicazione del *Report* ma, soprattutto, del *Discussion Paper* hanno rappresentato l'inizio di un importante cammino volto alla modernizzazione del settore. Occorre tuttavia dare atto dell'emersione di un'opinione secondo cui l'analisi economica adottata nella prima fase della descritta rivisitazione sia stata finora incapace di definire una politica di intervento nell'ambito della dominanza⁸.

Occorre ancora premettere che il processo di revisione in materia di applicazione dell'art. 102, sviluppatosi anche negli anni successivi, è sfociato nella pubblicazione di un testo focalizzato esclusivamente sulle pratiche escludenti, le *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conducts by Dominant Undertakings* (di seguito "Orientamenti")⁹.

⁸ Nel senso di una critica all'iniziale applicazione dell'analisi economica in materia di abuso di posizione dominante si confrontino J. BRIONES, *A Balance of the Impact of Economic Analysis on the EU Competition Policy*, in *World Competition*, volume 32, numero 1, 2009, pp. 27-39; L. BORLINI, *Methodological issue of the "more economic approach" to unilateral exclusionary conduct. Proposal of analysis starting from the treatment of retroactive rebates*, in *European Competition Journal*, 2009, pp. 409-612.

⁹ La scelta di focalizzare l'attenzione soltanto sulle pratiche escludenti nasceva dalla consapevolezza del Commissario alla Concorrenza Kroes di non potere raggiungere in breve tempo l'originario obiettivo di redazione di un documento unitario relativo a tutte le fattispecie di abuso. Conseguentemente, come si evince dalla lettura degli Orientamenti, si è ritenuto opportuno concentrare l'attenzione sugli abusi di esclusione commessi da un'impresa che detenga una posizione dominante individuale. Cfr. par. 4-5 degli Orientamenti. Come si vedrà più dettagliatamente, alla base della pubblicazione degli Orientamenti vi era la duplice esigenza di riesaminare i tradizionali criteri applicativi dell'art. 102, modernizzandoli ove necessario e fornire una guida volta a favorire l'applicazione uniforme della norma negli Stati membri garantendo una maggiore certezza giuridica. Cfr. *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conducts by Dominant Undertakings*, 2009.

SEZIONE PRIMA

IL NUOVO APPROCCIO METODOLOGICO NELLA VALUTAZIONE DELLE PRATICHE SCONTISTICHE

2. Il *Discussion Paper* sull'applicazione dell'art. 82 alle pratiche escludenti.

Le decisioni adottate dalla Commissione prima della riforma dell'art. 102¹⁰ si sono prestate a consistenti rilievi critici che ne hanno evidenziato l'eccessiva rigidità nell'applicazione del divieto, scaturente di un approccio interpretativo influenzato da principi formalistici di ispirazione ordoliberal¹¹.

Come sopra si accennava, il primo passo realmente significativo verso la tanto auspicata riforma in materia di abuso di posizione dominante è rappresentato dalla pubblicazione del *Discussion Paper*, nell'agosto del 2005,

¹⁰ Cfr. Le critiche mosse ad alcune delle decisioni (tra le quale si vedano caso T-219-99 *British Airways c/ Commissione*; casi riuniti C-395/96 P e C-396/96 P *Compagnie maritimes belges transports SA, Compagnie maritimes belges SA e Dafra-Lines A/S / Commissione*; caso 85/76 *Hoffmann-La Roche c/ Commissione*; caso T-203/01 *Michelin II*) si soffermano sul fatto che la Commissione aveva quale obiettivo prioritario, se non esclusivo, la protezione dei concorrenti piuttosto che la tutela del libero gioco della concorrenza, lasciando la libertà ai concorrenti di competere in maniera genuina sulla base di fattori quali l'alta qualità dei prodotti offerti, l'innovazione dei prodotti, ecc. e sanzionando, invece, i concorrenti in grado di entrare e competere sul mercato sulla base dei propri meriti. Cfr. par. 54 del *Discussion Paper*.

¹¹ Sul tema si confrontino J. RATLIFF, *Abuse of Dominant Position and Pricing Practices – A Practitioner's Viewpoint*, in (a cura di) C.D. EHLERMANN – I ATANAISIU, *European Competition Law Annual – What is an Abuse of a Dominant Position?*, 2006, Hart Publishing; D. RIDYARD, *Article 82 Price Abuses – Towards a More Economic Approach*, in in (a cura di) C.D. EHLERMANN – I ATANAISIU, *European Competition Law Annual – What is an Abuse of a Dominant Position?*, 2006, Hart Publishing; D. WAELBROECK, *Michelin II: A Per Se Rule against Rebates by Dominant Companies?*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 1, 2005, pp. 149-151; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007; G. FAELLA, *Incentivi alla fedeltà ed esclusione: sconti e premi fidelizzanti*, in *Mercato concorrenza regole*, volume 10, numero 1, 2008; G. FAELLA, *Foreclosure, Predation and Competition on the Merits: a Comparative Analysis of Bundled Discounts*, 1009, disponibile su <http://ssrn.com>; AA.VV. *Commentis on the DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, in *Note e Studi, Assonime*, n. 78, 2006, pp. 1-23.

documento che recuperava la dovuta attenzione all'analisi del caso concreto ed agli effetti che da questo potessero scaturire.

In altri termini, nel documento in disamina si auspicava una maggiore considerazione da parte della Commissione degli effetti anti-competitivi scaturenti dalle condotte delle imprese dominanti.

Per quanto concerne il profilo contenutistico, il *Discussion Paper* focalizzava la propria attenzione unicamente sull'analisi delle pratiche escludenti. In proposito va osservato che proprio in ragione della sua non esaustività, il documento è stato considerato come foriero di una forte incertezza giuridica. Una critica, quest'ultima, mossa anche in considerazione del fatto che la non esaustività contenutistica del documento si poneva in stridente contrasto con il tradizionale approccio applicativo dell'art. 102 TFUE, che al contrario, come sopra si accennava, era dai più valutato come eccessivamente formalistico¹².

Il documento in disamina ha valenza consultiva e con la sua pubblicazione si è voluto fornire alle imprese una maggiore libertà di azione, incentivandole all'adozione di pratiche commerciali efficienti, specialmente nei casi delle operazioni potenzialmente escludenti, in occasione delle quali una valutazione concorrenziale è sempre particolarmente incerta.

Inoltre, avendo soltanto una valenza consultiva, il *Paper*, pur proponendo un approccio analitico che dovrebbe essere utilizzato dalla Commissione, non prendeva in considerazione nel dettaglio tutti i possibili ambiti applicativi della nuova impostazione¹³.

¹² Cfr. *Report EAGC* pubblicato nell'agosto del 2005.

¹³ Il *DP* non può, peraltro, essere considerato un documento esaustivo perché non analizza tutte le possibili ipotesi di abuso. A titolo meramente esemplificativo, non sono presi in esame gli abusi di sfruttamento tra i quali le pratiche discriminatorie.

La nuova linea applicativa dell'art. 102 TFUE, proposta nel documento, prevedeva un approccio economico, sia per l'accertamento della posizione dominante, sia per la valutazione delle singole condotte abusive.

In particolare, nel *Discussion Paper* si evince la tendenza ad estendere la “modernizzazione”, già operata in altri settori *antitrust*, anche alle categorie degli abusi escludenti¹⁴. In coerenza con questo obiettivo, il documento proponeva un doppio livello di analisi che consisteva nel determinare, in primo luogo, se il comportamento praticato fosse in grado di eliminare i concorrenti altrettanto efficienti dal mercato ed, in seconda battuta, se fosse probabile un effetto di *foreclosure*. A tal proposito non può non rilevarsi come la proposta di un tale doppio *test* rappresentava una significativa presa di distanza da quanto in passato affermato dalla Commissione, circa la non necessità di dimostrare sempre la sussistenza di un effetto, attuale o potenziale, sul mercato della pratica esaminata¹⁵.

Del resto, nell'elaborazione di tale approccio, si erano tenuti nel debito conto i profili di criticità emersi nell'evoluzione dell'esperienza applicativa della Commissione, così come della giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado.

Spostando l'analisi al profilo strutturale del *DP*, si osserva che le principali sezioni di cui si compone riguardano la valutazione della posizione dominante, la predisposizione di un quadro di riferimento per l'analisi degli

¹⁴ Si è in presenza di un abuso escludente quanto un'impresa in posizione dominante estromette i rivali dal mercato, li ostacola dal concorrere o disincentiva i concorrenti potenziali dal fare ingresso nel mercato. Secondo quanto affermato dagli economisti del *DP*, le pratiche escludenti avrebbero quale effetto ultimo anche quello di danneggiare i concorrenti. Infatti, la preclusione può scoraggiare l'entrata o l'espansione di rivali o, comunque, incoraggiare la loro uscita dal mercato.

¹⁵ Cfr. par. 4 del *Discussion Paper* dal quale si evince l'obiettivo che, secondo il *DP*, è proprio dell'art. 102, ossia la protezione della concorrenza nel mercato come mezzo per migliorare il benessere dei consumatori nonché incentivare un'allocazione efficiente delle risorse. A tal fine, nel *DP* si individuava una regola generale relativa ai comportamenti di prezzo. Si affermava, infatti, che “*solo le pratiche idonee ad escludere un concorrente altrettanto efficiente sono abusive*”.

abusi escludenti nonché la predisposizione di un approccio particolare per particolari tipi di abusi escludenti.

Ancor più nel dettaglio, delle dieci sezioni in cui è strutturato il documento, si segnalano per importanza in particolare la quinta, contenente la descrizione del quadro generale per l'analisi degli abusi escludenti, e la settima, concernente l'applicazione di tali principi alle pratiche scontistiche¹⁶.

Per quanto concerne il proposto metodo applicativo da utilizzare nel valutare gli abusi di esclusione, occorre effettuare un breve premessa.

Una delle esigenze maggiormente sentite nel corso dei lavori preparatori del *DP* era proprio quella di inibire le condotte di esclusione da parte d'impresе dominanti nel loro mercato di riferimento, in quanto capaci di aggirare ogni vincolo concorrenziale. Tuttavia, il principale obiettivo perseguito era quello di tutelare la concorrenza in generale e non i concorrenti. In altri termini, la Commissione non intendeva proteggere i concorrenti da una concorrenza genuina, basata su fattori quali l'alta qualità o l'innovazione. L'intento era invece quello opposto di garantire che i concorrenti medesimi fossero posti nelle condizioni di espandersi nel mercato di riferimento e di

¹⁶ In particolare viene analizzata la relazione tra l'art. 101 e l'art. 102, perché scopo di entrambe le disposizioni è quello di mantenere una concorrenza effettiva sul mercato, al fine anche di dare un'applicazione simultanea alle norme citate. In tale sezione viene analizzato anche il rapporto tra l'art. 102 e l'art. 106, in quanto l'art. 102 può essere violato anche da condotte di imprese pubbliche o da azioni autorizzate dagli Stati Membri. Ancora, viene preso in considerazione l'art. 102 in relazione all'art. 10 il quale obbliga gli Stati Membri ad adottare tutte le misure necessarie ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal Trattato stesso. Per completezza v. Sezione 2 del *Discussion Paper*. In particolare, nella parte dedicata all'analisi delle singole pratiche escludenti, il *DP* analizza i prezzi predatori, le pratiche scontistiche, le pratiche di *tying* e *bundling*, e il rifiuto a contrarre. Cfr. Sezioni 6-9. Tale documento non è certamente esaustivo in quanto prende in esame le pratiche che più comunemente si realizzano nel mercato. La lacuna più rilevante è certamente quella delle pratiche di sfruttamento e discriminatorie. Le altre sezioni, che qui non saranno analizzate, riguardano la relazione tra l'art. 102 e le altre previsioni, la definizione di mercato e di dominanza, la struttura di analisi degli abusi di esclusione, nonché l'analisi delle singole pratiche considerate abusive. L'ultima sezione è quella relativa agli *aftermarkets* e all'approccio che la Commissione utilizzerà per valutare queste pratiche. Il *DP* è un documento di discussione privo di qualsiasi status giuridico. Tale documento presentava un approccio analitico che avrebbe potuto essere utilizzato dalla Commissione ma non prevedeva esattamente tutte le sue possibili applicazioni, non potendo tale metodo essere applicato separatamente dalla specificità del caso concreto.

competere nel merito, senza operare in un contesto concorrenziale falsato dal comportamento dell'impresa dominante¹⁷.

Com'è noto, si distingue tra abusi escludenti basati sui prezzi e condotte abusive escludenti attuate agendo su fattori diversi¹⁸.

Con riguardo ai comportamenti di prezzo, una condotta può essere in grado di avere effetti escludenti variabili in ragione della diversa efficienza degli operatori economici concorrenti nel medesimo mercato. Infatti, un concorrente particolarmente efficiente può essere comunque in grado di competere, rispondendo a politiche aggressive sui prezzi, a differenza di un concorrente meno efficiente.

Tanto premesso, il punto di partenza dell'analisi proposta nel *DP* era quello per cui deve essere considerata abusiva qualsiasi condotta in grado di escludere un concorrente altrettanto efficiente¹⁹.

A tal uopo si suggeriva il ricorso ad un *test* ipotetico, che utilizzasse come *benchmarks* i costi marginali, i costi medi variabili, i costi medi evitabili, i costi incrementali medi di lungo periodo ed i costi medi totali²⁰.

¹⁷ Cfr. par. 54 del *DP*.

¹⁸ Esempio tipico di abusi escludenti non basati sui prezzi è la pratica di *tying*. In tale caso, è chiaro l'effetto escludente dell'impresa dominante a danno dei consumatori, consistente nel tentativo dell'impresa di espandere la propria dominanza anche nel mercato continuo attraverso la vendita congiunta di prodotti. Cfr. P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, 2010. Altrettanto chiaro è, comunque, che simili effetti escludenti possono essere raggiunti anche con politiche di prezzo aggressive.

¹⁹ La figura del concorrente parimenti efficiente, ossia quel concorrente che ha i medesimi costi dell'impresa dominante, viene presa come punto di riferimento per l'analisi dei comportamenti di prezzo anche nelle Linee Guida. Come si vedrà, infatti, tra i tre *test* inizialmente proposti per la valutazione delle pratiche scontistiche è, infine, prevalso quello del concorrente parimenti. Cfr. *infra* par. 7-8, nonché par. 65 del *DP*.

²⁰ Per meglio comprendere il funzionamento del test del concorrente parimenti efficiente è opportuno indicare a cosa corrispondono i diversi parametri di costi proposti dagli economisti del *DP*. Nel dettaglio, i costi marginali sono i costi di produzione dell'ultima unità di prodotto; i costi medi variabili rappresentano la media dei costi che variano al variare della produzione dell'impresa; i costi evitabili medi sono la media dei costi che avrebbero potuto essere evitati se l'impresa non avesse prodotto un discreto ammontare in più di prodotto, in questo caso generalmente oggetto di comportamento abusivo; i costi incrementali medi di lungo periodo sono la media di tutti i costi – fissi e variabili – che un'impresa deve sopportare per produrre un particolare prodotto; infine, i costi medi totali sono la media di tutti i costi fissi e variabili. Cfr. par. 64-65 del *DP*. Per una ricostruzione più analitica dei diversi costi presi come *benchmarks* cfr. P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il

Sulla base dell'analisi dei costi presi come riferimento, la Commissione avrebbe dovuto valutare se un concorrente, efficiente quanto l'impresa dominante, fosse in grado di competere nonostante i prezzi praticati o nonostante gli sconti concessi dall'impresa dominante.

Compiuta l'analisi, sommariamente descritta, la Commissione avrebbe dovuto poter concludere se l'impresa dominante fosse in grado di porre in essere fruttuosamente una condotta escludente²¹.

Per completezza, occorre ancora rilevare che durante la redazione del *Discussion Paper* era altresì emersa l'opportunità di distinguere, in sede di analisi degli abusi escludenti, tra *foreclosure* orizzontali e verticali²². Nella categoria delle pratiche escludenti basate su comportamenti di prezzo ed idonee a determinare un effetto di *foreclosure* orizzontale, si rinvenivano gli accordi di esclusiva che, a loro volta, comprendevano gli obblighi di acquisto esclusivo ed i sistemi di sconto.

Mulino, 2010; S. BISHOP – M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, Sweet e Maxwell, 3rd ed., 2009; R. O' DONOGHUE – A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006; AA.VV. *Commentis on the DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, in Note e Studi, Assonime, n. 78, 2006, pp. 1-23.

²¹ Ovviamente, i redattori del *DP* non tralasciano di sottolineare che l'esatta formulazione dei principi generali varia in relazione al caso concreto. Nel dettaglio, nell'ambito delle pratiche scontistiche, ricorrendo alla proposta analisi economica, la Commissione dovrebbe avere uno strumento che le consenta di valutare se, nonostante i prezzi praticati o gli sconti concessi dall'impresa dominante, il concorrente sia in grado di competere e pertanto la pratica non debba essere considerata abusiva. Il *DP*, al par. 66, fa riferimento ad un "safe harbour" che ricorre proprio quando l'impresa concorrente è in grado di replicare alle pratiche dell'impresa egemone. Diversamente, se un concorrente parimenti efficiente non è in grado di competere, la Commissione dovrà considerare la condotta idonea a escludere i concorrenti e dovrà anche esaminare il reale impatto della stessa sul mercato. Cfr. L. KJØLBYE, *Rebates under Article 82 EC: navigating uncertain waters*, in *European Competition Law Review*, vol. 31, n. 2, 2010, pp. 66-80; AA.VV. *Commentis on the DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, in Note e Studi, Assonime, n. 78, 2006, pp. 1-23; L. FINELL, *The Article 82 Reform: Increasing the Incentives to Comply*, in *World Competition*, volume 32, numero 3, 2009.

²² Nel *DP* si distingueva in modo netto due insiemi di pratiche: il primo, comprendente prezzi predatori, monomarchismo, sconti, *tying* e *bundling* e il secondo, invece, comprendente le pratiche di rifiuto a contrarre.

2.1. Le pratiche scontistiche nel *Discussion Paper*.

Un fornitore – produttore o distributore – ha diversi modi per obbligare o indurre i propri interlocutori economici ad acquistare tutto o una porzione significativa del loro fabbisogno presso di sé²³.

Ebbene, il *Discussion Paper*, nella sua predetta sezione quinta, prendeva in esame gli accordi di esclusiva, ossia gli obblighi di acquisto esclusivo, che impongono ad un acquirente di concentrare i propri acquisti in un dato mercato su un unico fornitore²⁴, e i sistemi di sconti.

Volendo focalizzare la disamina sulle pratiche scontistiche e sulle proposte di riforma formulate nel *Discussion Paper*, s'impongono alcune brevi considerazioni.

Innanzitutto, i sistemi di sconti possono essere praticati secondo diverse modalità. Conseguentemente, né nel *DP*, né tantomeno nei documenti ad esso successivi, è stato possibile individuare una lista esaustiva, cioè comprensiva di tutti i possibili comportamenti integranti tale categoria di pratiche illecite.

A titolo esemplificativo, si pensi all'ipotesi di un fornitore che a fronte di un prezzo di listino, uguale per tutti gli acquirenti, poi semplicemente offra uno sconto rispetto a un unico ordine dell'acquirente oppure predisponga un

²³ Per la verità, i prodotti del fornitore possono semplicemente avere una maggiore attrattiva rispetto ai prodotti concorrenti in termini di rapporto qualità/prezzo. Tuttavia, una strategia volta a creare degli obblighi di esclusiva o un sistema di sconti può anche avere quale obiettivo quello di attrarre un maggior numero di clienti, incrementando la porzione di domanda da soddisfare. L'offerta di un miglior rapporto qualità/prezzo per i propri prodotti è assolutamente ineccepibile sotto il profilo di rispetto della normativa *antitrust*, perché costituisce il classico esempio di concorrenza basata sul merito. Proprio in ragione di ciò, occorre tenere alta l'attenzione per poter distinguere tra ipotesi di politiche di prezzi in linea di principio lecite e politiche di eccessivo contenimento dei prezzi, anche a fronte di un'elevata qualità dei prodotti, politiche che invece rientrerebbero nelle ipotesi dei prezzi predatori. Cfr. Sezione 6 del *DP*.

²⁴ In tale senso, il *DP* esaminava anche la c.d. clausola inglese che, richiedendo di riferire ogni eventuale offerta migliore e permettendo di accettarla soltanto nel caso in cui il fornitore decide di non fornire l'acquirente sulla base della stessa offerta, potrebbe avere effetti analoghi agli obblighi di esclusiva. Cfr. par. 135 del *DP*.

più articolato sistema di sconti, magari correlato al numero complessivo di ordini effettuato dell'acquirente.

A tal proposito, una distinzione fondamentale in materia di pratiche scontistiche è quella che si opera tra sconti condizionati e incondizionati.

Questi ultimi, concessi a determinati clienti su ogni acquisto effettuato, indipendentemente dal comportamento di acquisto, sono idonei a determinare una differenza di prezzo per gruppi di clienti²⁵. Viceversa, gli sconti condizionati sono assegnati ai clienti come corrispettivo per un determinato comportamento di acquisto. Più in dettaglio, tale seconda tipologia di sconti, in grado di differenziare il prezzo di acquisto da cliente a cliente, può essere posta in relazione a diversi aspetti del comportamento del cliente, quali lo storico dei quantitativi di prodotti acquistati oppure la percentuale del fabbisogno totale acquistato presso il medesimo fornitore in un periodo di tempo oppure ancora la fornitura di un determinato servizio da parte del cliente.

Giova ancora precisare che un fornitore può attuare una strategia di obblighi di esclusiva o un sistema di sconti perseguendo ragioni di efficienza, determinando in tal modo effetti pro-competitivi, oppure per ragioni escludenti, cagionando, in questo secondo caso, effetti anti-competitivi sul mercato di riferimento.

Quest'ultimo passaggio merita un approfondimento.

I diversi effetti che possono scaturire dalla predisposizione di obblighi d'acquisto o sistemi di sconto dipendono essenzialmente dalle modalità con cui queste pratiche vengono attuate e, segnatamente, dalla misura degli obblighi nonché dalle caratteristiche del mercato in cui sono imposti.

²⁵ Nel *DP*, tali sconti erano definiti “*unconditional*” perché garantiti indipendentemente dal comportamento di acquisto del cliente. Tali sconti, comunque, non sono disponibili per tutti i clienti, altrimenti si avrebbe una drastica riduzione dei prezzi, ma sono garantiti soltanto ad alcuni clienti a seconda delle loro caratteristiche e del loro comportamento. Cfr. par. 137 del *Discussion Paper*.

Per esempio, possono essere raggiunti effetti pro-competitivi nel caso di un fornitore che realizzi uno specifico investimento nei confronti di un determinato cliente e, successivamente, al fine di recuperare gli oneri finanziari sostenuti, imponga un quantitativo minimo di acquisto del prodotto, attraverso obblighi di fedeltà o sistemi di sconto²⁶.

Al di fuori di ipotesi di questo tipo, il principale possibile effetto negativo di pratiche scontistiche è la chiusura del mercato ai fornitori concorrenti, attuali e potenziali, al fine di mantenere o rafforzare la propria posizione dominante.

Per completezza va osservato che un altro possibile effetto negativo dei sistemi di sconto è la discriminazione dei prezzi tra i diversi acquirenti la cui disciplina, tuttavia, non è presa in considerazione dal *DP*²⁷.

2.2. La valutazione degli accordi di esclusiva. Obblighi di acquisto. Sistemi di sconti.

Per quanto attiene alle modalità di valutazione delle pratiche escludenti, nella sezione relativa agli accordi di esclusiva e alle pratiche scontistiche si faceva riferimento ai casi in cui i possibili effetti negativi del comportamento si realizzino nel mercato su cui l'impresa autrice della condotta detiene una posizione dominante²⁸.

²⁶ Gli effetti pro-competitivi di un sistema di sconti o degli obblighi di esclusiva sono presi in considerazione nella sezione relativa alle difese dell'impresa in posizione dominante. Cfr. par. 172-176 *DP*.

²⁷ Come vedremo più nel dettaglio, cfr. *infra* capitolo terzo, la Commissione e le Corti Europee hanno preso in esame non solo l'intento e/o l'effetto escludente, ma anche la discriminazione che risulta dall'applicazione di un sistema di sconti, in particolare la discriminazione tra concorrenti nel mercato a valle. Si vedano, Caso 85/76 *Hoffman-La Roche*; caso T-228/97 *Irish Sugar*; caso T-203/01 *Michelin II*; caso T-219/99 *British Airways c/ Commissione* dai quali si evince che un effetto di discriminazione può essere un indicatore di un abuso ma la sua assenza non indica necessariamente che un sistema di sconti non debba essere vietato ai sensi dell'art. 82.

²⁸ Nella sezione relativa alle pratiche di *tying* e di *bundling* erano invece analizzati gli accordi di esclusiva e le pratiche scontistiche finalizzate ad avere degli effetti in un mercato diverso.

2.2.1. Gli obblighi di acquisto.

Gli obblighi di esclusiva sono quegli accordi che impongono all'acquirente di acquistare tutto o una parte significativa del proprio fabbisogno presso l'impresa dominante e che, per loro natura, hanno una forte capacità escludente.

Tali accordi sono generalmente strutturati nel senso di imporre all'acquirente l'approvvigionamento, dall'impresa dominante, di una percentuale significativa del proprio fabbisogno totale o un ammontare minimo che comunque costituisce una percentuale rilevante del proprio fabbisogno. Più elevate sono le percentuali di acquisto concordate più forte sarà il potenziale effetto di chiusura del mercato. Peraltro, si registreranno possibili effetti anti-competitivi anche se solo una piccola parte della domanda del mercato è oggetto degli accordi di esclusiva.

Difatti, attraverso tali pratiche, l'impresa dominante è in grado di impedire ai concorrenti di entrare nel mercato di riferimento o, se già presenti, di mantenere o espandere le proprie quote di mercato.

Orbene, il *Discussion Paper* introduce una presunzione di abusività di una pratica commerciale, qualora l'impresa dominante predisponga un unico obbligo di acquisto valido per una buona parte dei propri acquirenti e quest'obbligo riguardi una parte sostanziale della domanda di mercato. Nonostante questa presunzione d'illiceità, la Commissione deve comunque andare oltre l'analisi della capacità escludente della pratica, del grado di dominanza dell'impresa e della porzione di mercato coinvolto, considerando

Cfr. par. 142 del *Discussion Paper* nonché, per un approfondimento relativo alle pratiche di *tying* e di *bundling*, Sezione 8 del medesimo documento.

anche gli elementi che possono indurre a ritenere superata la descritta presunzione nel caso concreto ²⁹.

2.2.2. I sistemi di sconto condizionati.

Per quanto concerne, invece, gli sconti condizionati, il *DP* faceva riferimento a quei sistemi scontistici concessi ai clienti per premiare un certo comportamento, generalmente connesso agli acquisti, tenuto in un determinato periodo di tempo.

La formula più comune è quella che prevede una ricompensa per il cliente se i suoi acquisti eccedono una certa soglia durante un intervallo di riferimento.

A tal proposito, una prima importante differenza in tema di sconti condizionati è quella che va operata tra sconti concessi a seguito del raggiungimento della soglia, su tutti gli acquisti effettuati nel periodo di riferimento (c.d. sconti retroattivi), e sconti concessi sempre a seguito del conseguimento della soglia ma soltanto sulla parte eccedente la soglia prefissata (c.d. sconti incrementali).

Giova ancora precisare che, oltre a tale differenza, ai fini di una corretta valutazione delle pratiche da parte della Commissione, è anche importante verificare in che termini sono formulate tali soglie di acquisto, da raggiungere per di ottenere lo sconto. Nel dettaglio, queste ultime possono essere ideate come una percentuale sul fabbisogno totale dell'acquirente, come

²⁹ A titolo esemplificativo, è possibile affermare che seppure generalmente una breve durata degli obblighi di acquisto o la possibilità di sospendere gli stessi non limitano la portata escludente della pratica, nel ricorrere di determinate circostanze tali elementi possono rendere la possibile distorsione del mercato non illecita. Tuttavia, la giurisprudenza delle Corti Europee dimostra che, nella maggior parte dei casi, la breve durata degli obblighi non è stato un elemento preso in considerazione al fine di una valutazione di liceità della pratica, ai sensi dell'art. 82. Cfr. caso T-65/89 *BPB Industries c/ Commissione*.

un obiettivo quantitativo individualizzato oppure ancora come un obiettivo standardizzato per tutti i clienti.

Per quanto attiene ai sistemi di sconto retroattivi si fa riferimento agli sconti concessi su tutti gli acquisti effettuati in un periodo di riferimento una volta superata una determinata soglia.

Tanto premesso, è utile decifrare il rilevante potenziale escludente che tanto i redattori del *DP*, quanto la giurisprudenza comunitaria hanno assegnato a tali pratiche,³⁰ la cui potenziale realizzazione dipende, in gran parte, dalla capacità del fornitore di individuare una soglia superiore agli acquisti che l'acquirente avrebbe comunque effettuato, a prescindere da obblighi o sconti fidelizzanti³¹.

Infatti, è alla diversa soglia pattuita che si riconduce una presunzione di liceità o d'illiceità della pratica.

La prima sussiste nel caso in cui lo sconto sia concesso al raggiungimento di una soglia pari al livello di acquisti che comunque sarebbe avvenuto nei confronti dell'impresa dominante.

La presunzione d'illiceità, invece, ricorre se la soglia determinata è superiore al livello di acquisti che l'acquirente avrebbe fatto presso l'impresa dominante. In tal caso, infatti, la pratica è idonea a indurre l'acquirente ad acquistare presso quel fornitore più di quanto avrebbe fatto in assenza dello sconto, con un evidente effetto di deviazione degli acquisti presso gli altri fornitori, perché solo in tal modo l'acquirente potrà beneficiare dello sconto

³⁰ Cfr. Par. 152 *DP* e caso 322/81, *Michelin I*, cit.

³¹ Generalmente, è connaturato nella presenza di una posizione dominante il fatto che gli acquirenti si riforniscano presso l'impresa egemone. Ciò può avvenire, ad esempio, in considerazione del fatto che l'impresa dominante detiene un marchio "*must stock*" preferito dai consumatori finali, ovvero perché la capacità produttiva dell'impresa dominante è maggiore per cui gran parte della domanda nel mercato di riferimento può essere soddisfatta soltanto dal fornitore egemone. Per una compiuta spiegazione del concetto di prodotti "*must stock*" si veda L. KJØLBYE, *Rebates under Article 82 EC: navigating uncertain waters*, in *European Competition Law Review*, vol. 31, n. 2, 2010, pp. 66-80; L. FINELL, *The Article 82 Reform: Increasing the Incentives to Comply*, in *World Competition*, volume 32, numero 3, 2009.

retroattivo e godere, effettivamente, di un abbassamento del prezzo per ogni singola unità di prodotto.

Pertanto, l'efficacia fidelizzante, ossia l'incentivo ad acquistare prevalentemente dal fornitore dominante, dipende dalla percentuale di sconti promessa nonché dalla soglia da raggiungere per ottenere gli sconti³². Più elevati sono il livello di sconto e la soglia da raggiungere per ottenere il rimborso, più forte sarà l'incentivo ad acquistare, soprattutto in coincidenza della soglia³³.

I sistemi di sconto descritti permettono al fornitore dominante di sfruttare la porzione di domanda inelastica – ossia la c.d. quota non contestabile, costituita dall'ammontare di prodotto che ogni cliente avrebbe comunque acquistato dal fornitore dominante – come leva per aumentare il prezzo della porzione di domanda elastica – ossia la c.d. quota contestabile che, invece, rappresenta l'ammontare per cui l'acquirente potrebbe decidere di rivolgersi a un concorrente.

Tanto premesso, nel *Discussion Paper* si affermava espressamente affermato che, ai fini di una corretta valutazione delle pratiche scontistiche, ciò che conta non è la concorrenza nella fornitura della singola unità di prodotto, ma l'effetto escludente del sistema di sconti sulle quantità fornite dai concorrenti.

In altri termini, la Commissione deve chiedersi se le pratiche scontistiche attuate dall'impresa dominante siano in grado di impedire a un concorrente attuale o potenziale, avente caratteristiche analoghe a quelle

³² Si fa riferimento al c.d. “*suction effect*” che, generalmente, è più avvertito in concomitanza dell'ultima unità di prodotto acquistata prima del raggiungimento della soglia pattuita.

³³ Lo sconto può essere concesso non soltanto in forma percentuale sul prezzo base di acquisto del prodotto, ma anche sotto forma di una percentuale forfettaria garantita al raggiungimento dell'obiettivo. In tale secondo caso, l'incentivo aumenterà all'aumentare della somma forfettaria.

dell'impresa egemone, di entrare o espandersi liberamente sul mercato di riferimento.

A tal fine la Commissione dovrà calcolare, tenendo in considerazione il livello della percentuale di sconto, il prezzo effettivo che l'acquirente dovrebbe pagare in caso di mancato raggiungimento della soglia e, quindi, di perdita dello sconto. Minore è il prezzo effettivo così calcolato, più elevato sarà l'effetto di fidelizzazione per il cliente.

Nel caso in cui il prezzo effettivo dovesse risultare inferiore al costo medio totale dell'impresa dominante, sarà veramente difficile e pressoché impossibile per un concorrente parimenti efficiente competere per quella porzione di domanda. Di contro, se il prezzo effettivo dovesse essere superiore al costo medio totale, un concorrente parimenti efficiente può essere in grado di competere. Infine, un prezzo effettivo superiore al costo medio totale può rendere possibile la competizione sul mercato di riferimento ad un concorrente parimenti efficiente, pur rappresentando un disincentivo all'ingresso o all'espansione nel mercato³⁴.

Il documento di consultazione passava, poi, in esame i vari passaggi attraverso quali la Commissione deve giungere alla valutazione di liceità ovvero di illiceità del comportamento dell'impresa dominante³⁵.

³⁴ Il parametro preso a riferimento nel *Discussion Paper* è quello dei costi medi totali. Ebbene, secondo quanto affermato nel documento, "*The main reason to take ATC as the cost benchmark below which the rebate system is considered to lead to an exclusionary effective price is that the leveraging between the "non-contestable" and the "contestable" portion of demand allows the rebate system to operate without a profit sacrifice and thus to operate for a long time*". Cfr. par. 154 del *Discussion Paper*

³⁵ In primo luogo, la Commissione dovrà calcolare la quota di fabbisogno dei clienti che, in media, il concorrente parimenti efficiente deve catturare per potere applicare un prezzo effettivo almeno pari al costo totale medio dell'impresa dominante. Quindi, andrà calcolata la c.d. "*required share*" la cui misura, se comparata con le reali quote di mercato dei concorrenti e con l'ammontare di fabbisogno dei clienti presso gli stessi, può rendere più chiaro se il sistema di sconti è idoneo a determinare un effetto di *foreclosure*. Se la quota di fabbisogno dei clienti acquistata dai rivali è inferiore alla quota richiesta, il sistema di sconti può determinare un effetto di *foreclosure*, soprattutto se i concorrenti sono meno efficienti dell'impresa dominante. Al contrario, se la percentuale di acquisti è superiore alla quota richiesta, il sistema di sconti non determina un effetto escludente tale da ostacolare i concorrenti. Tuttavia, nel caso in cui non sia chiaro dall'analisi della *required share* se il sistema di sconti sia o meno in grado di

In definitiva, nel *Discussion Paper* si stabiliva che la Commissione dovrà concludere nel senso che il sistema di sconti crea una distorsione del mercato in termini di chiusura e che tale comportamento costituisce un abuso di posizione dominante se:

- l'impresa dominante applica sistemi di sconti condizionati, garantiti su tutti gli acquisti effettuati in un particolare periodo, una volta superata la soglia pattuita;
- non ci sono indicazioni circa la determinazione della soglia da raggiungere ed, in particolare, se viene individuata una soglia bassa per la maggior parte dei clienti dell'impresa dominante e, i clienti, non sono privati della possibilità di cambiare fornitore senza perdere lo sconto;
- la quota richiesta eccede la quota di commercializzazione redditizia;
- l'impresa dominante applica il sistema di sconti alla maggior parte dei suoi clienti e tale sistema quindi incide, se non sulla maggior parte, almeno su una parte sostanziale del mercato della domanda;
- non ci sono chiare indicazioni relative all'assenza dell'effetto di *foreclosure*, di un ingresso o di un'espansione significativa sul mercato da parte dei concorrenti e/o di un cambiamento di fornitore da parte dei clienti.

determinare un effetto escludente, la Commissione dovrà adoperarsi al fine di valutare la quota di commercializzazione redditizia che un concorrente efficiente o un nuovo entrante può aspettarsi di fornire. Individuata tale quota, la Commissione dovrà compararla con la *required share* che rappresenta la soglia di fabbisogno dei clienti che un nuovo operatore entrato nel mercato deve catturare per potere applicare un prezzo effettivo, comprensivo degli sconti, almeno pari al costo medio totale dell'impresa dominante. La quota di commercializzazione redditizia è, invece, la quota del fabbisogno dei clienti che un concorrente efficiente può ragionevolmente aspettarsi di catturare e determina la parte di domanda del cliente su cui deve essere valutato l'effetto dello sconto. Se la quota richiesta eccede la quota di commercializzazione redditizia, il sistema di sconti è in grado di avere un effetto escludente e il prezzo effettivo sarà inferiore al costo totale medio dell'impresa dominante.

Invece, nel caso in cui l'impresa dominante non applica il sistema di sconti a tutti i clienti ma solo selettivamente ad alcuni di essi, la Commissione dovrà svolgere ulteriori investigazioni per valutare se i clienti selezionati avrebbero consentito ai concorrenti di entrare o di espandersi nel mercato³⁶.

2.2.3. Sconti retroattivi e sconti incrementali.

Come sopra detto, una differenza fondamentale in tema di valutazione degli sconti attiene al fattore cui gli stessi sono condizionati. Infatti, la potenzialità fidelizzante è diversa a seconda che lo sconto condizionato sia concesso, una volta superata la soglia, su tutti gli acquisti effettuati nel periodo di riferimento ovvero solo sugli acquisti ulteriori.

Nel secondo caso, si fa riferimento ai c.d. sconti incrementali.

In tali ipotesi, il fornitore dominante, al fine di fidelizzare economicamente i clienti, cercherà di individuare una soglia non inferiore al livello di acquisti che comunque il cliente avrebbe effettuato, a prescindere dalla presenza di sconti o obblighi di esclusiva³⁷.

L'incentivo a incrementare i flussi di acquisto presso l'impresa dominante, ossia la forza fidelizzante, dipenderà soprattutto dalla percentuale

³⁶ Le conclusioni preliminari della Commissione nel senso di una presunzione di illiceità, saranno rafforzate dalla presenza di chiare indicazioni di un effetto di preclusione quale, ad esempio, l'uscita dal mercato di concorrenti, la perdita di quote di mercato o la cancellazione di una tipologia di prodotti dalla propria produzione. Cfr. par. 162 del *DP*. Nei casi di presunzione di abuso, l'impresa dominante può comunque rigettare le conclusioni preliminari della Commissione provando che il sistema di sconti non ha prodotto e non è idoneo a produrre un effetto di chiusura del mercato. L'impresa può, infatti, dimostrare che il sistema di sconti non crea e non determinerà effetti escludenti perché la maggior parte dei clienti può acquistare parte del proprio fabbisogno da altri fornitori, senza per questo perdere lo sconto. L'impresa dominante può anche rigettare le conclusioni preliminari della Commissione dimostrando che l'ingresso o l'espansione di concorrenti nel mercato non è impedito dal sistema di sconti.

³⁷ Infatti, secondo la valutazione operata nel *Discussion Paper*, in presenza di un sistema di sconti retroattivi, l'individuazione di una soglia pari al livello che comunque sarebbe stato acquistato dal fornitore dominante incentiva i clienti ad acquistare unità in più di prodotto al fine di potere beneficiare dello sconto sugli acquisti incrementali. Cfr. par. 166 del *DP*.

di sconto proposta. Infatti, più elevata è la percentuale di sconto, minore sarà il prezzo effettivo per gli acquisti incrementali.

Ebbene, stabilito che la società dominante concede sconti condizionati solo su acquisti incrementali sulla base di una soglia fissata in termini di percentuale del fabbisogno totale del compratore o di un obiettivo di volume individuale, la Commissione potrà concludere nel senso dell'illiceità della condotta del fornitore dominante soltanto nel caso in cui il prezzo effettivo pagato per l'acquisto delle unità di prodotto incrementali sia un prezzo predatorio³⁸.

2.2.4. I sistemi di sconti non condizionati.

Gli sconti non condizionati, concessi soltanto ad alcuni clienti e non ad altri, sono garantiti per tutti gli acquisti effettuati da particolari clienti, indipendentemente dal comportamento da loro tenuto.

Tali sistemi di sconti differenziano il prezzo di acquisto tra i diversi consumatori e possono determinare un effetto di sfruttamento³⁹.

Sebbene l'effetto tipico degli sconti non condizionati sia quello della discriminazione di prezzo, in determinate ipotesi da tali pratiche possono scaturire anche effetti escludenti. Ciò avviene, ad esempio, nel caso in cui lo

³⁸ Secondo quanto affermato nel *DP*, per effettuare la valutazione relative alla natura predatoria dei prezzi praticata, la Commissione dovrà applicare ai sistemi di sconto le linee guida sviluppate in tema di prezzi predatori. In tale contesto, così come la leva tra la quota non contestabile e la quota contestabile della domanda permette al sistema di sconti di operare senza determinare un sacrificio in termini di profitto e, quindi, di funzionare nel lungo periodo, un abuso è considerato tale se il prezzo non copre il costo medio totale e la parte della domanda cui è applicato il sistema di sconti è abbastanza importante da riuscire a creare un effetto di chiusura del mercato. Inoltre, la Commissione dovrà applicare le linee guida sui prezzi predatori anche nel caso in cui l'impresa dominante garantisca la concessione di sconti condizionati sugli acquisti incrementali ma la quota sia individuata in maniera standardizzata. In tali casi, infatti, è improbabile che il sistema di sconti abbia un effetto fidelizzante. Cfr., AA.VV. *Commentis on the DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, in Note e Studi, Assonime, n. 78, 2006, pp. 1-23.

³⁹ Nel senso della discriminazione di prezzo come possibile conseguenza dell'applicazione di un sistema di sconti v. *infra*, capitolo terzo.

sconto sia offerto soltanto a clienti che avrebbero maggiore facilità a rivolgersi a fornitori esteri in considerazione della loro posizione geografica.

Anche per valutare i possibili effetti di esclusione degli sconti non condizionati e la conseguente applicazione di prezzi più bassi a determinati clienti, la Commissione applicherà le linee guida sui prezzi predatori⁴⁰.

3. Possibili difese dell'impresa dominante: giustificazioni obiettive ed efficienze.

Senza pretesa di completezza pare opportuno passare brevemente in rassegna le possibili giustificazioni adducibili nonché le condizioni che devono ricorrere affinché l'impresa che abbia tenuto un comportamento presuntivamente abusivo possa evitare di incorrere nella sanzione della Commissione, superando la presunzione medesima.

Come si evinceva, infatti, dall'analisi del *Discussion Paper*, in caso di accordi di esclusiva, l'impresa dominante può tentare la via di giustificare il proprio comportamento con ragioni di efficienza.

Più nel dettaglio, l'applicazione della c.d. *efficiency defence* a tali pratiche richiede il ricorrere di quattro condizioni e segnatamente che: a) i guadagni di efficienza siano di diretto beneficio ai consumatori; b) le condotte siano indispensabili al fine della realizzazione dei guadagni di efficienza; c) le efficienze siano sostanziali, effettive e verificabili, cioè realizzabili in un breve orizzonte temporale; d) la concorrenza non sia eliminata da una parte sostanziale del mercato comune.

⁴⁰ Nella propria valutazione la Commissione terrà conto del fatto che l'effetto di esclusione può da una parte impedire l'ingresso e la concorrenza per determinati clienti che possono cambiare più facilmente fornitore, dall'altra può anche ritardare l'ingresso e la concorrenza per gli altri clienti dell'impresa dominante che potrebbero trarre beneficio dalla presenza di altri fornitori. Anche in questo caso, nel caso in cui il prezzo praticato per le unità di prodotto incrementali sia inferiore al costo medio totale, la Commissione riterrà presuntivamente che il comportamento del fornitore dominante è abusivo.

Com'è agevole notare, l'*efficiency defence* delineato nel *DP* e poi ripreso negli Orientamenti della Commissione, era costruito sul modello dell'art. 101(3)⁴¹, nonché sul modello delle operazioni di concentrazione⁴².

Anche in tema di abusi, quindi, veniva permesso all'impresa dominante di giustificare i propri comportamenti, di cui si è riscontrata l'abusività, sulla base di efficienze specifiche e proprie delle pratiche oggetto di indagine, sostanziali, necessarie e sempreché residui un grado di concorrenza sufficiente sul mercato.

In conclusione, si rilevava che l'*efficiency defence* rischia di essere concretamente inapplicabile nei procedimenti per l'applicazione dell'art. 102. Infatti, la prova richiesta ai fini dell'applicabilità dell'eccezione appariva particolarmente complessa, quasi diabolica, in situazioni in cui sono oggetto di scrutinio condotte commerciali e non operazioni di carattere strutturale per la quali sarebbe certamente più semplice misurare le efficienze di ritorno dall'operazione⁴³.

⁴¹ Cfr. par. 172 ss. del *DP* e par. 28 ss. degli Orientamenti. Per una ricostruzione dell'applicazione dell'*efficiency defence* alle intese di cui all'art. 101, cfr. P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 92 ss.

⁴² Anche nel sistema del controllo delle concentrazioni era previsto che nella valutazione degli effetti di una concentrazione si tenesse conto, come fattore mitigante, degli eventuali guadagni di efficienza scaturenti da un'operazione, purché questi siano concreti, identificabili e immediatamente traslabili sui consumatori. L'*efficiency defence* nell'ambito delle operazioni di concentrazione è stato inserito, in ambito comunitario, con la riforma del 2004 e, in particolare, con la Comunicazione sulla valutazione delle concentrazioni orizzontali. Nel dettaglio, la Comunicazione, sulla scia del modello delle *guidelines* orizzontali delle agenzie americane, prevedeva che la Commissione tenesse conto delle possibili efficienze, laddove fosse possibile provare che queste erano tali da indurre le imprese, interessate alla concentrazione, ad agire in chiave pro-competitiva a favore dei consumatori, compensando o neutralizzando gli effetti di aumento di potere di mercato discendenti dall'operazione. Ancor più schematicamente, era necessario che i guadagni di efficienza fossero: a) di diretto beneficio per i consumatori; b) direttamente attribuibili all'operazione; c) sostanziali, tempestivi e verificabili. La Comunicazione chiariva, altresì, che occorreva che dopo l'operazione sussistesse nel mercato un grado sufficiente di concorrenza. Evidentemente, nell'ipotesi di creazione di un monopolio o quasi-monopolio, era impensabile che le eventuali efficienze potessero neutralizzare gli effetti di riduzione della concorrenza. Cfr. P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 287 ss.

⁴³ Il tema dell'*objective justification* è, tuttora, uno dei più controversi per la sua utilizzazione nelle condotte unilaterali. Ancor prima dell'emanazione del *DP* era stata avanzata l'idea di permettere anche all'impresa dominante di giustificare il proprio comportamento, perché tenuto in risposta alla condotta dei concorrenti, ovvero perché sorretto da ragioni di efficienza.

4. Gli effetti del *Discussion Paper*.

Come già rilevato, obiettivo del *DP* era fornire una nuova metodologia applicativa dell'art. 102 ai casi di abusi escludenti, seguendo un approccio *effect-based* in luogo di quello tradizionale, fondato su un'analisi formalistica, foriera di critiche⁴⁴.

La necessità di tale mutamento di rotta era dettata dall'evidente limite delle decisioni della Commissione, assunte in totale assenza di una ricostruzione del quadro economico di riferimento.

Nel dettaglio, l'esperienza applicativa aveva palesato i difetti, di un approccio rigidamente formalistico della norma in questione, il quale, per un verso, non consentiva il perseguimento dell'obiettivo di protezione degli interessi dei consumatori e per l'altro disincentivava possibili pratiche pro-competitive delle imprese⁴⁵.

Per il perseguimento di tali obiettivi, occorreva, invece, una valutazione che prendesse in debita considerazione gli effetti di una condotta

Sebbene nel *DP* si offrisse una moderna interpretazione ed una nuova modalità di applicazione dell'art. 102 alle pratiche escludenti, che prevedeva altresì l'utilizzazione delle giustificazioni oggettive da parte delle imprese, non possono tralasciarsi alcune considerazioni. In primo luogo, infatti, la Commissione trasportava l'analisi dell'art. 101(3) all'art. 102 ed elaborava, quindi, un test di *efficiency defence* strettamente modellato su quello proposto dall'art. 101 per le intese. La prassi applicativa ha, altresì, mostrato numerosi aspetti problematici connessi all'applicazione del test in parola all'abuso di posizione dominante. Si confrontino E. ROUSSEVA, *The Concept of "Objective Justification" of a Dominant Position: Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC?*, in *The Competition Law Review*, vol. 2, n. 2, 2006, pp.27-72; E. ROUSSEVA, *Objective Justification and Article 82 EC in the Era of Modernisation*, in (a cura di) G. AMATO – C.D. EHLERMAN, *EC Competition Law a Critical Assessment*, 2007, Hart Publishing, pp. 377-431.

⁴⁴ Cfr. A. EZRACH, *EU Competition Law - An Analytical Guide to the Leading Cases*, seconda edizione, 2010, Hart Publishing, pp. 147-241; A. JONES – B. SUFRIN, *EU Competition Law - Text, Cases, and Materials*, quarta edizione, 2010, Oxford University Press.

⁴⁵ Cfr. S. BISHOP – P. MARSDEN, *Article 82 Discussion Paper: a missed opportunity*, in *European Competition Journal*, Dicembre 2006, pp. 1-7, secondo il quale la principale criticità del precedente approccio era individuabile nel suo limitarsi unicamente all'accertamento di una posizione di egemonia dell'impresa e dell'abusività del suo comportamento. La Commissione, infatti, non prendeva in esame la valutazione degli effetti, focalizzandosi soltanto su un'analisi *per se*, e giungendo alla decisioni tramite presunzioni di liceità o di illiceità.

commerciale nel suo complesso, attuata da un'impresa in posizione dominante⁴⁶.

Orbene, la pubblicazione del *Discussion Paper* ha avuto indubbiamente il merito d'innescare un ravvivato dibattito circa l'individuazione del corretto approccio da adottare nella valutazione di pratiche invero particolarmente esposte a diverse interpretazioni quali, ad esempio, le pratiche scontistiche⁴⁷.

Sebbene l'intento dei redattori del *DP* sia stato assolutamente meritevole, l'approccio in esso suggerito non era scevro di criticità⁴⁸.

⁴⁶ Infatti, nella valutazione delle condotte di un'impresa dominante, la Commissione, supportata anche dalla Corte, tendeva a concentrarsi sulla forma della condotta piuttosto che sugli effetti che ne potevano scaturire. Cfr., in tal senso, caso 85/76 *Hoffmann-La Roche c/ Commissione*; caso T-203/01 *Michelin II*; caso T-219-99 *British Airways c/ Commissione*. Questo approccio non solo non prendeva in alcuna considerazione l'analisi economica ma non rispettava, neppure, i principi fissati dall'art. 102. Cfr. P. MARSDEN – S. BISHOP, *Article 82 Discussion Paper: a missed opportunity*, in *European Competition Journal*, Dicembre 2006, pp. 1-7.

⁴⁷ Cfr. P. MARSDEN – S. BISHOP, *Article 82 review: "What is your theory of harm?"*, in *European Competition Journal*, 2006, pp. 257-262 i quali focalizzano la loro attenzione prevalentemente sul profilo del danno ai consumatori, che può scaturire da una condotta escludente posta in essere dall'impresa dominante.

⁴⁸ Per un'analisi dei casi decisi dapprima nella vigenza di un approccio *form-based* e, successivamente, sotto l'influenza del *Discussion Paper*, si confrontino caso T-219/99 *British Airways c/ Commissione*; caso T-203/01 *Manufacture française des pneumatiques Michelin c/ Commissione (Michelin II)*; caso Comp/E-1/38.113 *Prokent c/ Tomra*. Quest'ultima decisione rappresenta, in particolare, il primo significativo passo verso l'applicazione di un approccio *effect-based* nella valutazione delle pratiche escludenti da parte della Commissione. In tale caso, la Commissione applica un elaborato modello economico – il c.d. "*sunction effect*" – per spiegare come i rivali non siano stati in grado di competere con gli sconti offerti dall'impresa dominante. In tale decisione, come meglio si vedrà *infra* par. 7, la Commissione non esamina il possibile danno ai consumatori in termini di aumento del prezzo o riduzione della capacità di scelta, ma afferma ufficialmente che "*decision demonstrated how a general system of several types of abusive conduct can achieve a strong cumulative effect on the market. This effect, the likely and actual effect of foreclosing the market, was analysed following the previous case law of the European Court of Justice*". In relazione agli effetti ed alle implicazioni che il *Discussion Paper* ha avuto sul mercato, si confrontino P. MARSDEN – S. BISHOP, *Article 82 review: "What is your theory of harm?"*, in *European Competition Journal*, 2006, pp. 257-262; P. MARSDEN – S. BISHOP, *Article 82 Discussion Paper: a missed opportunity*, in *European Competition Journal*, 2006, pp. 1-7; J. KAVANAGH – N. MARSHALL – G. NIELS, *Reform of Article 82 EC - Can the Law and the Economics be Reconciled?*, in (a cura di) A. EZRACHI, *Article 82 EC: Reflections on its recent evolution*, pp. 1-17, 2009, Hart Publishing; Competition Law Forum's Article 82 Review Group, *The Reform of Article 82: Comments on the DG-Competition Discussion Paper on the application of Article 82 to exclusionary Abuses*, in *European Competition Journal*, Aprile 2006, pp. 169-175; L. PEEPERKORN, *Commission publishes Discussion Paper on Abuse of Dominance*, in *Competition Policy Newsletter*, numero 1, 2006, pp. 4-7; C. AHLBORN – V. DENICOLÒ – D. GERADIN – A.J. PADILLA, *DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and*

Occorre in proposito, in primo luogo, rilevare che, in contrasto con gli obiettivi inizialmente prefissati⁴⁹, la versione definitiva del documento rischiava di riproporre, una volta messo in pratica, un approccio *form-based*, fondato sulla semplificazione fuorviante secondo cui ogni danno ai concorrenti necessariamente si traduce in un danno alla concorrenza⁵⁰.

Questo inconveniente scaturiva dall'attenzione che il *DP* sembrava aver dedicato esclusivamente al possibile danno ai concorrenti e all'analitica descrizione del test del concorrente parimenti efficiente oltre che ai nuovi parametri di costo da prendere come riferimento, ignorando interamente aspetti di più ampia portata la cui considerazione è imprescindibile in una valutazione che voglia essere basata sugli effetti⁵¹.

Su un secondo fronte, per quanto concerne la strutturazione dell'approccio applicativo della disciplina sulle pratiche scontistiche, così come proposto nel *DP*, vengono in rilievo alcune considerazioni.

Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries, 2006, i quali, soffermandosi sugli effetti del documento di consultazione sul mercato di *high-tech* e sui mercati soggetti ad una forte innovazione, sottolineano come in tale contesto la politica di concorrenza può avere un significativo impatto in termini di maggiore o minore sviluppo. In altri termini, la natura e la forza dell'impatto della politica di concorrenza sugli investimenti degli operatori economici e, conseguentemente, sull'innovazione in generale, dipende principalmente dalle regole applicate nella valutazione delle pratiche commerciali delle imprese dominanti.

⁴⁹ Nella relazione preliminare al *Discussion Paper*, il Commissario alla Concorrenza Kroes suggeriva un primo passo verso un approccio basato sugli effetti, in virtù del quale il benessere dei consumatori e l'efficienza economica costituissero i principi guida nell'applicazione delle norme sulla concorrenza in Europa. Cfr. N. KROES, *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82*, speech at the Fordham Corporate Law Institute, New York, 23 settembre 2005, disponibile su http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_theme_1.html.

⁵⁰ Cfr. P. MARSDEN – S. BISHOP, *Article 82 review: "What is your theory of harm?"*, in *European Competition Journal*, Dicembre 2006, pp. 257-262, i quali sottolineano come in più occasioni è stata rappresentata la descritta carenza del *Discussion Paper* e sono state indicate le criticità del documento.

⁵¹ Una valutazione *effect-based* dovrebbe fornire una spiegazione coerente del danno anti-concorrenziale, che tenga conto dei danni alla concorrenza e, più in generale, degli effetti della condotta sul mercato e non sui singoli concorrenti Cfr., in tal senso, S. BISHOP – P. MARSDEN, *The Article 82 Discussion Paper: A Missed Opportunity*, in *European Competition Journal*, Aprile 2006, pp. 1-7, i quali mettono in luce come, purtroppo, il *DP* si fosse concentrato soltanto sull'analisi del test del concorrente parimenti efficiente, ignorando altri elementi dell'analisi.

Innanzitutto, come ampiamente rappresentato, il documento in disamina, in luogo della distinzione tra sconti fedeltà e sconti quantità, promuoveva quella tra sconti condizionati e non, entrambi idonei a determinare effetti pro ed anti-competitivi.

Tuttavia questa opzione determinava, per un verso la necessità di operare un ulteriore distinguo, nell'ambito degli sconti condizionati, tra sconti retroattivi e incrementali e per l'altro l'incoerente applicazione agli sconti non condizionati delle regole e dei parametri di costo relativi ai prezzi predatori e non invece di quelli relativi alle pratiche scontistiche.

Quest'ultimo effetto appariva di ardua accettabilità in ragione delle non trascurabili differenze che si registrano tra le pratiche menzionate. Infatti, il parametro di costo proposto per i prezzi predatori era quello dei costi medi evitabili, mentre i costi da prendere in considerazione nella valutazione degli sconti sono i costi medi totali. Il *Discussion Paper* giustificava l'abbandono del riferimento ai costi medi evitabili affermando che la pratica degli sconti a fine escludente non comportasse alcun sacrificio finanziario o commerciale, a differenza di quanto si verifica nei casi di predazione.

Tuttavia, essendo perfettamente razionale per un'impresa adottare una politica di sconto che comporti l'applicazione di prezzi superiori ai costi medi evitabili e ai costi medi totali, la Commissione non dovrebbe concludere nel senso che l'impresa dominante ha quale fine quello di eliminare i concorrenti soltanto perché applica sconti che si traducono in prezzi netti, posti tra i costi medi evitabili ed i costi medi totali.

Su un terzo versante, si osserva che i cinque passaggi proposti nel *Discussion Paper* per la valutazione dei sistemi di sconti condizionati retroattivi, potesse indurre la Commissione alla conclusione per cui un sistema

di sconti era idoneo a determinare una chiusura del mercato e, conseguentemente, un abuso di posizione dominante.

Tuttavia, un tale meccanismo presuntivo poteva essere superato dimostrando che l'effetto di *foreclosure* fosse improbabile oppure dimostrando che vi fosse stato l'ingresso o l'espansione di concorrenti nel mercato. L'impresa dominante avrebbe potuto, inoltre, provare che il proprio comportamento era dettato da ragioni di efficienza o da altre giustificazioni obiettive.

Agli aspetti critici fin qui esposti deve, altresì, aggiungersi quello della estrema complessità dell'applicazione della proposta procedura di valutazione alla prova pratica.

Nel dettaglio, era particolarmente arduo risalire alla quota contestabile e quindi a quella non contestabile della domanda per ogni cliente. In ogni caso, anche il calcolo della quota di acquisti richiesta a ogni cliente appariva particolarmente laboriosa. Inoltre, era poco chiaro se e come la quota di acquisti richiesta ai singoli clienti dall'impresa dominante potesse essere aggregata, al fine di comparare la c.d. quota commercialmente valida dei concorrenti dell'impresa dominante. A tal proposito si riscontrava, altresì, che le modalità di calcolo della c.d. quota commercialmente valida non erano specificate nel *DP* e, tale calcolo sembrava essere pressoché impossibile in alcuni particolari mercati⁵².

In definitiva, le descritte difficoltà applicative e la conseguente incertezza del quadro giuridico-operativo avrebbero potuto generare

⁵² Ad esempio, il calcolo della quota commercialmente valida sembrava impossibile nei mercati altamente tecnologici e, comunque, in quelli caratterizzati da una forte dinamicità. Cfr., in tal senso, C. AHLBORN – V. DENICOLÒ – D. GERADIN – A.J. PADILLA, *DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries*, 2006.

un'incidenza negativa sul benessere dei consumatori, disincentivando le imprese dal praticare, per prudenza, sistemi di sconti⁵³.

5. Gli Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti.

Il processo di *review* in tema di abuso di posizione dominante sfociava, il 3 dicembre 2008, nella pubblicazione da parte della Commissione della Comunicazione sull'applicazione dell'art. 102 TFUE alle pratiche escludenti⁵⁴, un documento con cui s'introduce un più moderno approccio applicativo basato sugli effetti delle condotte sul mercato⁵⁵.

⁵³ L'approccio delineato nel *Discussion Paper* ma, soprattutto, quello ipotizzato dagli economisti dell'*EAGP*, è stato definito, da alcuni commentatori, come un approccio “*effect-based estremo*”. Tale metodo di valutazione avrebbe reso necessario l'accertamento del carattere abusivo di una condotta a partire dal suo impatto sul mercato e da una verifica dell'idoneità della pratica ad accrescere il potere di mercato dell'impresa dominante, arrecando un danno ai consumatori. Dalle modalità di applicazione dell'art. 102, come ideate nel *DP*, sarebbe scaturita la necessità di una rigida valutazione caso per caso di ardua applicazione pratica. Cfr. G. BRUZZONE, *Abuso di posizione dominante: gli orientamenti comunitari sulla condotta escludente*, in Note e Studi Assonime, 2/2009. Anche altri autori hanno sottolineato la presenza di importanti differenze tra i due documenti. Cfr. V. KORAH, *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in applying Article 82 to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings: from protecting freedom to enter a market to an efficient allocation of resources to increase consumer welfare*, in (a cura di) L.F. PACE, *European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102*, Edward Elgar, 2010, la quale ha rilevato l'assenza nel *Discussion Paper* di ogni riferimento al principio di “*speciale responsabilità*” dell'impresa dominante che, invece, viene nuovamente utilizzato negli Orientamenti; A.J. PADILLA – D. SLATER, *Rebates as an Abuse of Dominance under Article 82 EC*, in (a cura di) D. GERADIN, *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, in Global Competition Law Center, 2005.

⁵⁴ Gli Orientamenti s'inseriscono nel novero delle diverse comunicazioni sui criteri sostanziali di applicazione della normativa comunitaria a tutela della concorrenza. Il ritardo con cui è stato pubblicato un documento in materia di comportamenti unilaterali aveva comportato, fino a quel momento, forti incertezze, soprattutto per le imprese che avevano quali unici riferimenti i precedenti giurisprudenziali. Cfr. Orientamenti sulle priorità nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, pubblicato su Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, 24 febbraio 2009, C 45. Per un quadro generale dei commenti emersi in tema di Orientamenti si confrontino, G. BRUZZONE, *Abuso di posizione dominante: gli orientamenti comunitari sulla condotta escludente*, in Note e Studi Assonime, 2/2009; C. WITT, *The Commission's guidance paper on abusive exclusionary conduct – more radical than it appears?*, in *European Law Review*, 2010,

È utile passare in rapida rassegna le principali caratteristiche degli Orientamenti.

In primo luogo, si osserva che anche in questo documento, così come già nel precedente *Discussion Paper*, l'oggetto di analisi è limitato ai soli abusi escludenti⁵⁶.

pp. 1-18; N. PETIT, *From Formalism to Effects? The commission's Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC*, in *World Competition*, volume 32, numero 4, 2009, pp. 485-503; M. MOTTA, *The European Commission's Guidance Communication on Article 82*, in *European Competition Law Review*, volume 12, 2009, pp. 593-599; P. AKMAN, *The European Commission's Guidance on Article 102 TFEU: From Inferno to Paradiso?*, in *The Modern Law Review*, 73(4), 2010, pp. 605-630; M. POLO, *Un comment*, in *Mercato concorrenza regole*, 2009, 491-495; S. BASTIANON, *Gli Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 CE alle pratiche escludenti*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2009, pp. 61-81; L.L. GORMSEN, *The European Commission's priority guidelines on Article 82 EC*, in *Communications Law*, volume 14, numero 3, 2009, pp. 83-89; P. MARSDEN – L.L. GORMSEN, *Guidance on abuse in Europe: The continued concern for rivalry and a competitive structure*, in *The Antitrust Bulletin*, volume 55, numero 4, 2010; D. RIDYARD, *The European Commission's Article 82 Guidelines: Some Reflections on the Economic Issue*, in *European Competition Law Review*, volume 30, numero 5, 2009, pp. 230-236; M.A. GRAVENGAARD – N. KJÆRSGAARD, *The EU Commission guidance on exclusionary abuse of dominance – and its consequences in practice*, in *European Competition Law Review*, volume 31, numero 7, 2010, pp. 285-305; M. KELLERBAUER, *The Commission's new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies' exclusionary conduct: A shift towards a more economic approach?*, in *European Competition Law Review*, volume 30, numero 5, 2010, pp. 175-186; L.F. PACE, *European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102*, 2010, Edward Elgar; A. EZRACHI, *Article 82 EC: Reflections on its recent evolution*, 2009, Hart Publishing; L.L. GORMSEN, *Why the European Commission's enforcement priorities on article 82 EC should be withdrawn*, in *European Competition Law Review*, volume 31, numero 2, 2010, pp. 45-51; L. FINELL, *The Article 82 Reform: Increasing the Incentives to Comply*, in *World Competition*, volume 32, numero 3, 2009.

⁵⁵ Per il *restyling* dei criteri di valutazione delle condotte escludenti sono stati necessari ben sei anni. Le ragioni del ritardo sono riconducibili, in primo luogo, all'eterogeneità delle visioni relative alla funzione della norma concorrenziale in tema di abusi. Del resto, com'è noto, l'applicazione delle regole *antitrust* alle condotte unilaterali delle imprese è stata sempre oggetto di un acceso dibattito e rimane, tuttora, uno dei temi più controversi del diritto *antitrust*. Su un secondo fronte, può osservarsi che nel periodo coevo alla pubblicazione degli Orientamenti, il Tribunale di Primo Grado era in procinto di emanare la decisione *Microsoft* (Tribunale di Primo grado, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft*) ed è lecito ritenere che la Commissione abbia voluto attendere l'emissione di tale pronuncia. Infine, altra causa del ritardo può essere rintracciata nelle aspre critiche che, negli anni anteriori alla pubblicazione degli Orientamenti, erano frattanto state mosse nei confronti del *Discussion Paper*. Cfr. G. BRUZZONE, *Abuso di posizione dominante: gli orientamenti comunitari sulla condotta escludente*, in *Note e Studi Assonime*, 2/2009. Per una compiuta panoramica delle critiche mosse al *Discussion Paper*, si confrontino i seguenti *papers* disponibili su www.ec.europa.eu.

⁵⁶ In sede di consultazione pubblica, alcuni studiosi avevano sostenuto l'opportunità di fornire indicazioni anche sui criteri di applicazione dell'art. 102 agli abusi di sfruttamento, ma la Commissione ha espressamente preferito concentrarsi “sui tipi di comportamento maggiormente dannosi per i consumatori”. La Commissione riconosce, infatti, che “anche un comportamento tendente a uno sfruttamento diretto dei consumatori può rappresentare violazione dell'articolo 82” ma preferisce ugualmente limitarsi all'esame del comportamento di

Sulla decisione di circoscrivere la disamina soltanto a tali pratiche ha, certamente, inciso il rilievo che le condotte escludenti costituiscono la categoria di abusi con maggiori profili interpretativi problematici, con la conseguente necessità di apprestare una più matura riflessione metodologica con priorità rispetto alle altre tipologie di illeciti⁵⁷. Più nel dettaglio, le Linee Guida sembrano voler indirizzare il presidio *antitrust* apprestato dal disposto di cui all'art. 102 al *consumer welfare*, attraverso l'adozione di una metodologia che focalizzi l'attenzione sulla sola preclusione anti-concorrenziale⁵⁸.

Si osserva inoltre che la Commissione qualifica gli Orientamenti come delle “*priorità di intervento*”. Tale etichettatura risulta, tuttavia, potenzialmente fuorviante atteso che, le Linee Guida hanno in realtà carattere e contenuto sostanziali. Difatti, diversamente da quanto avviene con l’emanazione di documenti dedicati esclusivamente alle priorità d’intervento, nel caso in analisi la Commissione fornisce una nuova interpretazione della norma da applicare⁵⁹.

Nonostante tale contenuto, la Commissione, discostandosi dalla prassi fino ad allora seguita nell’emanazione di Linee Guida⁶⁰, chiarisce che gli

esclusione e, segnatamente, di “*determinati comportamenti specifici di esclusione che, in base alla sua esperienza, sembrano più comuni*”. Cfr. par. 5 e 7 degli Orientamenti.

⁵⁷ Negli Orientamenti si legge che “*La Commissione può decidere di intervenire particolare ??? quando la protezione dei consumatori e il buon funzionamento del mercato interno non possono essere adeguatamente garantiti in altro modo. Onde fornire orientamenti sulle priorità in materia di attuazione coercitiva delle norme, in questa fase la Commissione si limita all'esame del comportamento di esclusione*”. Cfr. par. 7 Orientamenti.

⁵⁸ Se s’individua la finalità degli Orientamenti nella protezione del *consumer welfare*, è possibile apprezzare più nitidamente la necessità di un approccio basato sugli effetti, maggiormente efficace nel cogliere l’idoneità della condotta dell’impresa dominante a danneggiare i consumatori. In tal senso, si veda N. KROES, *The Commission’s Review of Exclusionary Abuses of Dominant Position*, 2006, in cui il Commissario alla Concorrenza afferma che “*The exercise of market power must be assessed essentially on the bases of its effect on the market*”.

⁵⁹ Cfr. L.L. GORMSEN, *Why the European Commission’s enforcement priorities on article 82 EC should be withdrawn*, in *European Competition Law Review*, volume 31, numero 2, 2010, pp. 45-51, la quale afferma che il fatto che le Linee Guida, a dispetto del *nomen* prescelto, abbiano in realtà natura sostanziale non è di per sé un problema, se non nel momento in cui la Commissione, in sede interpretativa, trascuri le indicazioni emergenti nell’elaborazione giurisprudenziale in precedenza maturata.

⁶⁰ È agevole notare, attraverso una semplice comparazione con altre *guidelines* emanate dalla Commissione, come generalmente tale qualificazione espone l’intenzione di non influenzare

Orientamenti non intendono costituire un “*statement of law*” e cioè non hanno carattere vincolante⁶¹.

Per quanto concerne poi gli obiettivi perseguiti dalla Commissione con l’emanazione delle Linee Guida, questi sono essenzialmente due: a) assegnare un più alto tasso di chiarezza all’*iter* motivo seguito dalla Commissione nell’emissione di decisioni relative al disposto di cui all’art. 102 TFUE; b) fornire alle imprese uno strumento di autovalutazione che consenta loro di valutare la probabilità che un determinato comportamento sarebbe sanzionato dalla Commissione, ai sensi dell’art. 102⁶².

Per perseguire questi obiettivi, la Commissione individua un nuovo approccio applicativo, volto ad analizzare preliminarmente gli effetti che le condotte di esclusione hanno ingenerato sul mercato⁶³.

Prima ancora giova premettere che le ragioni di questo intervento innovatore sono riconducibili alle critiche avanzate in ambito giuridico ed economico al tradizionale approccio utilizzato⁶⁴, secondo i più inidoneo a

l’interpretazione delle Corti Comunitarie. Cfr., a titolo esemplificativo, le Linee Guida sulle concentrazioni orizzontali.

⁶¹ Cfr. par. 3 degli Orientamenti in cui si specifica esplicitamente che “*La presente comunicazione non è destinata ad avere valenza giuridica e non pregiudica l’interpretazione dell’articolo 82 da parte della Corte di giustizia o del Tribunale di primo grado delle Comunità europee*”. Tale premessa a chiarimento, invero piuttosto inusuale, si è resa necessaria proprio perché la Commissione prende in più occasioni le distanze dalla precedente prassi applicativa dell’art 102 TFUE. Occorre a tal proposito precisare che l’adozione di Linee Guida crea, inevitabilmente, attese diverse a seconda della loro natura giuridica. Se hanno natura sostanziale, e non è il caso che ci occupa, le linee guida possono legittimamente ingenerare un affidamento nel mutamento della prassi applicativa di una norma. Diverso è il caso di linee guida adottate al solo scopo di fissare priorità d’intervento, che creano quale unica aspettativa proprio l’individuazione di quelle priorità quali criteri solo orientativi per le decisioni dei singoli casi. Cfr. L.L. GORMSEN, *Why the European Commission’s enforcement priorities on article 82 EC should be withdrawn*, in *European Competition Law Review*, volume 31, numero 2, 2010, pp. 45-51.

⁶² Cfr. par. 2 degli Orientamenti.

⁶³ La Commissione intende disciplinare in maniera uniforme tutte le pratiche escludenti in quanto, seppure i comportamenti possono essere profondamente diversi, gli effetti sul mercato possono essere identici. È questo, ad esempio, il caso delle pratiche di esclusiva e degli sconti fidelizzati trattati nella stessa sezione o, ancora, del rifiuto a contrarre e del *margin squeeze*.

⁶⁴ Le decisioni adottate dalla Commissione sono state per lunghi anni molto criticate. Da una parte, infatti, si affermava che la Commissione applicava l’art. 102 in maniera eccessivamente formale. Dall’altra, si criticava la totale assenza di una valutazione economica delle pratiche attuate e si poneva l’accento sulla tendenza a un forte interventismo delle Autorità deputate alla

salvaguardare il processo concorrenziale nel mercato interno, garantendo che le imprese in posizione dominante non escludano dal mercato i propri concorrenti, tramite mezzi diversi dalla concorrenza basata sul merito.

Per ovviare alle inefficienze del precedente sistema, la Commissione si discosta altresì dalla proposta contenuta del *Discussion Paper*⁶⁵, indicando un percorso di valutazione dei comportamenti escludenti strutturato in diverse tappe.

In primo luogo, occorre dimostrare la sussistenza della posizione dominante in capo all'impresa che pone in essere il comportamento asseritamente illecito⁶⁶.

vigilanza delle dinamiche concorrenziali. Alcuni dei commentatori hanno affermato che lo spirito interventista e formale che ha accompagnato l'applicazione della normativa *antitrust* alle pratiche escludenti, è stato influenzato dalla tradizione della scuola degli Ordoliberali che enfatizzava l'importanza della libertà individuale e, l'inquadramento della sua protezione tra gli obiettivi principali della politica di concorrenza. Secondo gli esponenti della Scuola di Friburgo, infatti, la presenza d'impresе dominanti sul mercato indeboliva il processo competitivo e riduceva la libertà degli altri operatori economici. Pertanto, al riscontro di una posizione dominante si riconduceva una presunzione d'illiceità delle condotte poste in essere e un'eccessiva rigidità formale nella valutazione. Cfr. J. KAVANGH – N. MARSHALL – G. NIELS, *Reform of Article 82 EC – Can the Law and the Economics be Reconciled?*, in (a cura di) A. EZRACHI, *Article 82 EC: Reflections on its recent evolution*, 2009, Hart Publishing. Per un'analisi del pensiero della scuola degli Ordoliberali, cfr. M. VATIERO, *Ordoliberal Competition*, in *Concorrenza e Mercato*, 2010; D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe, Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 2001; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Il Mulino, 1998; L.L. GORMSEN, *Article 82: Where are we coming from and where are we going to?*, in *The Competition Law Review*, volume 2, 2005, pp. 5-10; E. ROUSSEVA, *Modernizing by Eradicating: How the Commission's New Approach to Article 81 EC Dispenses with the Need to Apply Article 82 EC to Vertical Restraints*, in *Common Market Law Review*, volume 42, 2005, pp. 587-591. Cfr. altresì, *supra* capitol primo.

⁶⁵ Cfr. nota n. 53.

⁶⁶ La nozione di posizione dominante proposta negli Orientamenti è quella classica sviluppata dalla giurisprudenza comunitaria nei casi *United Brands e Hoffman-La Roche*. Cfr. Corte di Giustizia, 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands*, punto 65; Corte di Giustizia, causa 85/76, *Hoffman-La Roche*, punto 38. L'esposta definizione è stata, però, utilizzata in termini economici facendo riferimento quindi alla detenzione, da parte dell'impresa, di un "considerevole potere di mercato per un periodo di tempo" non inferiore a due anni. Cfr. par. 10 degli Orientamenti. In linea con la giurisprudenza, la Commissione afferma che può essere riconosciuta una situazione di posizione dominante anche se sul mercato permane la presenza di concorrenti attuali o potenziali. Pertanto, fin da questa prima fase di valutazione dei comportamenti escludenti si apprezza una significativa differenza rispetto al *report* dell'EAGC, secondo cui nell'applicazione dell'art. 102 si poteva prescindere dalla dimostrazione della sussistenza della dominanza. Cfr. *Report EAGC*.

Effettuato positivamente questo pregiudiziale accertamento, è possibile spostare l'analisi sulla condotta, dedotta a oggetto del procedimento, per verificare l'integrazione di un abuso escludente secondo la nozione proposta dalla Commissione⁶⁷, in base agli specifici requisiti⁶⁸ ed ai fattori⁶⁹ indicati negli Orientamenti.

Infine, superato positivamente anche il secondo livello di analisi, resta da vagliare la solidità delle ragioni oggettive addotte dall'impresa a giustificazione della propria condotta e, segnatamente gli asseriti vantaggi in termini di efficienza, scaturiti dalla condotta contestata (*efficiency defense*).

L'analisi così delineata in astratto dovrà, in ogni caso, essere poi modulata sulle inevitabili specificità delle diverse fattispecie concrete.

5.1. I comportamenti di esclusione basati sui prezzi e l'introduzione del test del “concorrente parimenti efficiente”.

Come osservato, l'ambito d'intervento della Commissione è limitato nelle Linee Guida alle sole pratiche escludenti, nel cui ambito poi è dedicata particolare attenzione, ai comportamenti di esclusione basati sui prezzi.

⁶⁷ Cfr. par. 1-9 degli Orientamenti.

⁶⁸ Affinché una condotta posta in essere da un'impresa in posizione dominante sia qualificata come illegittima, devono essere soddisfatti due requisiti: a) il comportamento posto in essere dall'impresa dominante deve aver ostacolato o impedito l'accesso di concorrenti reali o potenziali (preclusione); b) come conseguenza della condotta è probabile che l'impresa dominante sia in grado di aumentare profittevolmente i prezzi (impatto concorrenziale). L'importanza del ricorrere di tali requisiti si rinviene nel fatto che gli abusi di esclusione hanno un contenuto specifico. Con maggior impegno esplicativo, per aversi abuso non è sufficiente arrecare un danno ai concorrenti, bensì occorre che da questo scaturisca un pregiudizio per i consumatori. Cfr. G. BRUZZONE, *Abuso di posizione dominante: gli orientamenti comunitari sulla condotta escludente*, in Note e Studi Assonime, 2/2009.

⁶⁹ Come indicato nel par. 20 degli Orientamenti, la Commissione interverrà a sanzionare una condotta escludente ai sensi dell'art. 102 se, sulla base di prove circostanziate e convincenti, è probabile che il presunto comportamento abusivo determini una preclusione anticoncorrenziale. Ebbene, ai fini di una siffatta valutazione, la Commissione prende in considerazione considera generalmente sette fattori: a) la posizione dell'impresa dominante; b) le condizioni sul mercato rilevante – condizioni di ingresso e di espansione sul mercato, economie di scala e/o di diversificazione ed effetti di rete –; c) la posizione dei concorrenti dell'impresa dominante; d) la posizione dei clienti o dei fornitori dei fattori di produzione; e) la portata del presunto comportamento abusivo; f) eventuali prove di effettiva preclusione; g) prove dirette di una strategia di esclusione.

In precedenza⁷⁰, si è anche più volte rimarcato che, in materia di accordi di esclusiva e pratiche scontistiche, le strettoie formalistiche dell'approccio tradizionale avevano assestato la prassi applicativa al ricorso a meccanismi di semplificazione presuntiva d'illiceità di tali comportamenti, se posti in essere da imprese in posizione dominante nel mercato di riferimento.

Nelle Linee Guida la Commissione promuove un netto discostamento dalla logica dei tradizionali criteri applicativi dell'art. 102, muovendo da un'auspicata valorizzazione di una più approfondita analisi condotta sulle politiche di prezzo⁷¹.

A tal proposito, negli Orientamenti si statuisce esplicitamente che *“la Commissione interverrà soltanto quando il comportamento in questione ha già ostacolato o è atto ad ostacolare la concorrenza da parte di concorrenti che sono considerati efficienti quanto l'impresa dominante”*⁷².

In altri termini, il nuovo approccio valutativo delle pratiche escludenti sarà orientato a sanzionare soltanto quei comportamenti che, realmente, abbiano l'idoneità di ledere i consumatori⁷³.

⁷⁰ Cfr. *supra*, capitolo secondo.

⁷¹ La Commissione premette che, generalmente, una concorrenza basata sui prezzi deve essere vista con favore perché ha la potenzialità di determinare un vantaggio per i consumatori. Sicché, al par. 23 si riconosce, seppure implicitamente, che gli sconti non si prestano a un trattamento *hardcore* e che, di conseguenza, sarà necessario dimostrare che una politica di prezzo sia pure particolarmente aggressiva, attuata da un'impresa in posizione dominante, è in grado di determinare un effetto escludente che generi un danno per i consumatori.

⁷² Cfr. par. 23 delle Linee Guida.

⁷³ Secondo il criterio del concorrente altrettanto efficiente, la Commissione interverrà soltanto quando il comportamento in questione ha ostacolato o è idoneo ad ostacolare la concorrenza da parte di attori economici che sono considerati efficienti tanto quanto l'impresa dominante. La nozione di *“concorrente altrettanto efficiente”* è stata tratta dalla giurisprudenza comunitaria. Cfr., in particolare, caso C-62/86, *AKZO Chemie c/ Commissione*, nella quale la Corte di Giustizia, a proposito di prezzi inferiori alla media dei costi totali, afferma *“Tali prezzi possono infatti estromettere dal mercato imprese le quali potrebbero essere altrettanto efficienti come l'impresa dominante, ma che, per via delle loro più modeste capacità finanziarie, sono incapaci di resistere alla concorrenza che viene esercitata nei loro confronti”*. Cfr. anche caso T-271/03, *Deutsche Telekom c/ Commissione*.

A tal uopo, s'introduce il criterio del concorrente parimenti efficiente, elaborato in ambito economico⁷⁴, con risvolti positivi sia sotto il profilo della *policy* d'intervento sia prima ancora dal punto di vista pratico.

Le ragioni di quest'importante innovazione sono individuate dalla Commissione, per un verso, dal corretto inquadramento della *ratio* del divieto degli abusi escludenti, costituita non tanto dalla tutela dei concorrenti inefficienti, quanto piuttosto dalla salvaguardia del processo concorrenziale nel suo complesso, a vantaggio dei consumatori. Dall'altro, il nuovo parametro consente una valutazione della legittimità di eventuali pratiche sottocosto, con riferimento ai costi dell'impresa dominante e non a quelli di un qualunque potenziale concorrente⁷⁵.

La Commissione chiarisce, quindi, che un concorrente meno efficiente non ha diritto di essere tutelato da una condotta di prezzo attuata sì dall'impresa in posizione dominante e tuttavia inidonea a escludere un concorrente altrettanto efficiente.

Prima di passare all'analisi del possibile funzionamento pratico del test del concorrente parimenti efficiente, è importante ancora precisare che la Commissione, introdotta l'applicazione del test come regola generale, prevede poi la possibilità di derogare eccezionalmente all'imposizione del suo utilizzo.

In altre parole, la Commissione si ritaglia un margine di discrezionalità sulla metodologia da adottare, riservandosi la possibilità, in presenza di determinate circostanze, per la verità non specificate, d'intervenire

⁷⁴ Il criterio del concorrente parimenti efficiente, originariamente sviluppato da alcuni economisti nell'ambito dei prezzi predatori, rappresenta un approccio chiaro e idoneo ad essere applicato anche alle pratiche scontistiche. Cfr. R. O'DONOGUE – A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, 2006, Hart Publishing, pp. 189-191; J.T. LANG, *Treatment of Exclusionary Abuses under Article 82 of the EC Treaty. Comments on the European Commission's Guidance Paper*, 2009, disponibile su www.ceps.eu; L. BORLINI, *Methodological issue of the "more economic approach" to unilateral exclusionary conduct. Proposal of analysis starting from the treatment of retrospective rebates*, in *European Competition Journal*, 2009, pp. 409-621.

⁷⁵ Cfr. G. BRUZZONE, *Abuso di posizione dominante: gli orientamenti comunitari sulla condotta escludente*, in *Note e Studi Assonime*, 2/2009.

anche se la condotta dell'impresa dominante non esclude un concorrente altrettanto efficiente⁷⁶.

Ebbene, alla previsione di tale eccezione sono state mosse due fondamentali critiche. In primo luogo, si è osservato come essa rifletta una visione strutturalista della concorrenza, in base alla quale il permanere sul mercato di un concorrente, anche se inefficiente, porta comunque un beneficio al processo concorrenziale⁷⁷. In secondo luogo, ed è questa il punto di maggior pregnanza, l'eccezione in parola rende incerta l'operatività del test e indefiniti i confini della condotta lecita *standard*.

Su un terzo fronte, la descritta deroga alla regola del test del concorrente parimenti efficiente si pone in evidente contrasto con l'obiettivo di tutelare il processo concorrenziale a danno dei consumatori. Per tale motivo, si auspica da più parti un'interpretazione la più restrittiva possibile dell'eccezione in parola, al fine di delimitarne al massimo la portata applicativa⁷⁸.

5.2. Il funzionamento del test del “concorrente parimenti efficiente”.

Al fine di stabilire se un concorrente, in ipotesi efficiente quanto l'impresa dominante, subirebbe la preclusione dovuta ad un comportamento di

⁷⁶ Cfr. par. 24 degli Orientamenti, ove la Commissione afferma che “*in determinate circostanze un concorrente meno efficiente può anche esercitare una pressione di cui si dovrebbe tener conto se un dato comportamento basato sui prezzi determina una preclusione anticoncorrenziale*”.

⁷⁷ In questo senso la Commissione si sposta, nuovamente, verso un approccio *form-based* dell'applicazione dell'art. 102, a dispetto degli obiettivi che si era prefissata. Cfr. J.T. LANG, *Treatment of Exclusionary Abuses under Article 82 of the EC Treaty. Comments on the European Commission's Guidance Paper*, 2009, disponibile su www.ceps.eu; M.A. GRAVENGAARD – N. KJÆRSGAARD, *The EU Commission guidance on exclusionary abuse of dominance – and its consequences in practice*, in *European Competition Law Review*, volume 31, numero 7, 2010, pp. 285-305; A. JONES – B. SUFRIN, *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 4nd ed., 2010.

⁷⁸ Cfr., in tal senso, G. BRUZZONE, *Abuso di posizione dominante: gli orientamenti comunitari sulla condotta escludente*, in *Note e Studi Assonime*, 2/2009; J.T. LANG, *Treatment of Exclusionary Abuses under Article 82 of the EC Treaty. Comments on the European Commission's Guidance Paper*, 2009, disponibile su www.ceps.eu.

esclusione basato sui prezzi, la Commissione valuterà i dati relativi ai costi ed ai prezzi dell'impresa dominante per decifrarne l'eventuale natura di prezzi sotto-costo⁷⁹.

Evidentemente, per il corretto funzionamento dell'*AEC* test, saranno necessari dati affidabili relativi all'impresa dominante ovvero, in assenza di questi, dati affidabili che possano essere ad essi assimilabili, compresi dati eventualmente riferiti ai concorrenti.

Tanto premesso, giova analizzare i nuovi parametri di costo proposti nelle Linee Guida per l'applicazione del test in commento.

Come osservato⁸⁰, tradizionalmente la Commissione e la giurisprudenza comunitaria avevano utilizzato, come variabili rilevanti ai fini della valutazione delle politiche di prezzo, il costo medio totale (*ATC – average total cost*) ed il costo medio variabile (*AVC – average variable cost*)⁸¹.

Negli Orientamenti, invece, sono prese in considerazione variabili diverse che tengono conto delle teorie economiche elaborate più recentemente.

La prima variabile menzionata negli Orientamenti è il costo evitabile medio (*AAC – average avoidable cost*).

Tale indicatore si riferisce alla media dei costi che l'impresa avrebbe potuto evitare non producendo la quantità addizionale di prodotto, oggetto della presunta condotta abusiva, e tiene conto, oltre che dei costi variabili, anche dei costi fissi che avrebbero potuto essere evitati rinunciando a produrre. Non sono, invece, considerati i costi comuni ed i *sunk costs*⁸².

⁷⁹ Cfr. par. 25 degli Orientamenti.

⁸⁰ Cfr. *supra*, capitolo terzo.

⁸¹ Per un'analisi comparata dei diversi indicatori di costo nella valutazione delle condotte di prezzo, si veda R. O'DONOGHUE – J.A. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2006, pp. 240-243.

⁸² Secondo l'analisi operata dalla Commissione, se senza la quantità aggiuntiva l'impresa non avrebbe comunque evitato alcun costo, il costo evitabile medio coinciderà con il costo medio variabile. Cfr. par. 26 degli Orientamenti.

Ebbene, se l'impresa applica un prezzo che non copre il costo medio evitabile, ciò implica la sopportazione di una perdita che l'impresa potrebbe evitare rinunciando alla produzione addizionale. In questo caso, un concorrente altrettanto efficiente non potrebbe profittevolmente replicare la politica di prezzo dell'impresa per i clienti interessati alla condotta⁸³.

La seconda variabile di riferimento considerata dalla Commissione è il costo incrementale medio di lungo periodo (*LRAIC – long run average incremental cost*).

In questo caso, si tratta della media di tutti i costi fissi e variabili necessari per fabbricare un determinato prodotto.

Tale variabile esprime valori generalmente superiori alla prima perché include costi fissi specifici per il prodotto, sostenuti prima dell'attuazione della condotta abusiva.

Difatti, la mancata copertura dei *LRAIC* indica che l'impresa dominante non recupera i costi fissi e che, quindi, un concorrente altrettanto efficiente potrebbe essere precluso dal mercato.

Pertanto applicando l'*AEC* test diventa decisivo verificare se i dati economici di vendita ed i costi mostrano che un prezzo è superiore ai *LRAIC* dell'impresa dominante, perché, in tal caso, la condotta sarà considerata escludente⁸⁴.

⁸³ La Commissione specifica che “*la mancata copertura dei AAC indica che l'impresa dominante sacrifica gli utili a breve termine e che un concorrente altrettanto efficiente non può rifornire i clienti target senza subire perdite*”. Cfr. par. 26 degli Orientamenti.

⁸⁴ Cfr. J.T. LANG, *Treatment of Exclusionary Abuses under Article 82 of the EC Treaty. Comments on the European Commission's Guidance Paper*, 2009, disponibile su www.ceps.eu; A. JONES – B. SUFRIN, *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 4nd ed., 2010. Una delle prime applicazioni pratiche del test in parola si è avuta nel caso C-52/09 *TeliaSonera c/ Commissione*, relativo ad una pratica di *margin squeeze*, nell'ambito del mercato degli operatori telefonici svedesi. La Commissione ha applicato l'analisi del concorrente parimenti efficiente, concludendo che: a) il prezzo praticato da TeliaSonera, impresa in posizione dominante, per la diffusione all'ingrosso ed al dettaglio, non consentiva ad un concorrente parimenti efficiente di competere per il servizio di vendita al dettaglio; b) il prezzo all'ingrosso ed al dettaglio non sono di per sé abusivi; c) i costi ed i prezzi dell'impresa in posizione dominante sono stati presi come punto di riferimento nella condizione del *test*; d)

Tanto premesso in via generale, nel prosieguo della trattazione si analizzerà il funzionamento del test in disamina nella specifica ipotesi degli accordi di esclusiva.

5.3. Specifiche forme di abuso. Accordi di esclusiva. Obblighi di acquisto. Sistemi di sconti.

Illustrato a grandi linee il nuovo approccio che sarà seguito nella valutazione delle pratiche escludenti, la Commissione dedica la seconda parte del *Paper* alla disciplina di specifiche forme di abuso⁸⁵.

Prima di passare all'esame dell'approccio proposto negli Orientamenti per la valutazione degli accordi di esclusiva, è quanto mai opportuno puntualizzare le coordinate concettuali di riferimento, utili per un corretto inquadramento della delicata e complessa tematica.

Il contenuto di significato della nozione di accordi di esclusiva comprende le condotte, di prezzo e non, tramite le quali i clienti vengono obbligati – o incentivati – a rifornirsi dall'impresa dominante oppure i fornitori di fattori produttivi sono obbligati – o incentivati – a rifornire solo l'impresa dominante escludendo, in tal modo, i concorrenti.

Difatti, com'è noto, un'impresa può tentare di precludere il mercato ai propri concorrenti impedendo loro di vendere ai clienti attraverso obblighi di acquisto esclusivo oppure attraverso la predisposizione di sistemi di sconto⁸⁶.

non sono necessari effetti concreti e/o attuali, ma devono quantomeno ricorrere effetti potenziali di esclusione del concorrente parimenti efficiente.

⁸⁵ Come ampiamente illustrato, il nuovo approccio della Commissione è, fondamentalmente, costruito sui seguenti elementi: a) per le condotte considerate escludenti ai sensi dell'art. 102, le imprese che pongono in essere tali comportamenti devono essere in posizione dominante; b) il concetto chiave nella valutazione degli abusi è quello di “*anti-competitive foreclosure*”, ossia la situazione in cui la condotta realizzata dall'impresa dominante è idonea a determinare un effetto escludente per un concorrente altrettanto efficiente ed un danno per i consumatori; c) per i comportamenti di prezzo, la Commissione indica quali nuovi parametri di costi i costi evitabili medi ed i costi incrementali medi di lungo periodo.

⁸⁶ Cfr. par. 32 degli Orientamenti.

Come sopra più diffusamente osservato, il precedente approccio interpretativo per l'applicazione dell'art. 102 alle pratiche in esame si caratterizzava per un eccessivo rigore formale ed una valutazione in termini d'illiceità *per se* dei c.d. sconti fedeltà⁸⁷.

Negli Orientamenti la Commissione afferma, prendendo le distanze dallo spirito del tradizionale *modus operandi*, che la valutazione degli accordi di esclusiva e degli sconti sarà volta a vietare unicamente le condotte dalle quali deriva un probabile danno per i consumatori⁸⁸.

5.3.1. Gli obblighi di acquisto.

Ad avviso della Commissione e della consolidata giurisprudenza europea, è considerato illecito l'utilizzo da parte dell'impresa dominante di obblighi esclusivi di acquisto o vendita, imposti rispettivamente a clienti o fornitori.

Più in particolare, gli obblighi di acquisto esclusivo, presi dettagliatamente in esame negli Orientamenti⁸⁹, sono definiti come obblighi per il cliente di acquistare esclusivamente o, comunque, gran parte del proprio fabbisogno solo dall'impresa dominante⁹⁰.

⁸⁷ Nella prassi della Commissione e nella giurisprudenza delle Corti comunitarie, il primo passo verso un'analisi delle condotte escludenti basata sugli effetti delle stesse è stato rappresentato dal caso *Van den Bergh Foods*, in cui una clausola di esclusiva di un'impresa dominante nei rapporti con i distributori era stata valutata sia come intesa ai sensi dell'art. 81, sia come abuso ai sensi dell'art. 82 utilizzando, per la prima volta, un approccio basato sulla *rule of reason*. La Commissione e, successivamente anche il Tribunale, riconoscevano l'importanza e la necessità di prendere in considerazione il contesto entro il quale la condotta era stata realizzata ed il suo impatto sulla struttura del mercato. Cfr. caso T-65/98, *Van de Bergh Foods Ltd. c/ Commissione*; decisione *Van den Bergh Foods*, OJ 1998 L 246/2; Tribunale di primo grado, 23 ottobre 2003.

⁸⁸ Cfr. G. BRUZZONE, *Abuso di posizione dominante: gli orientamenti comunitari sulla condotta escludente*, in Note e Studi Assonime, 2/2009; A. JONES – B. SUFRIN, *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 4nd ed., 2010.

⁸⁹ Cfr. par. 33-36 degli Orientamenti.

⁹⁰ Cfr. M.A. GRAVENGAARD – N. KJÆRSGAARD, *The European Commission guidance on exclusionary abuse of dominance – and its consequences in practice*, in *European Competition Law Review*, volume 31, numero 7, 2010, pp.285-305. In verità, anche obblighi in apparenza diversi da quelli normalmente racchiusi in una clausola di esclusiva possono avere l'effetto di

Ebbene, nelle Linee Guida si abbandona il tradizionale ripudio pregiudiziale per le pratiche in disamina e l'approccio restrittivo fin ad allora utilizzato dalla Commissione nella loro valutazione.

Ad avviso della Commissione, infatti, i vincoli di acquisto esclusivo possono giovare all'interesse dei singoli acquirenti i quali, in cambio della limitazione della propria libertà di scelta, ottengono dall'impresa dominante una compensazione in termini non necessariamente monetari⁹¹.

Sebbene i rapporti di esclusiva possano essere convenienti tanto per il fornitore quanto per l'acquirente, nella valutazione della liceità di tali pratiche occorre porsi in una prospettiva più ampia del rapporto bilaterale, valutando l'impatto dell'accordo sulle dinamiche concorrenziali e sul funzionamento del mercato⁹². È, infatti, probabile che i consumatori non traggano alcun beneficio dai rapporti di esclusiva intercorrenti tra fornitore e acquirente⁹³.

In considerazione della peculiarità della condotta in disamina, la Commissione, oltre ad analizzare i sette fattori relativi a ogni condotta

precludere il mercato ai concorrenti attuali e potenziali e, conseguentemente, di arrecare uno svantaggio ai consumatori. Si fa riferimento, ad esempio, alle richieste riguardanti il magazzino che, seppure in una prospettiva astratta determinano un minore impatto sul mercato, in concreto possono produrre gli stessi effetti degli obblighi di acquisto esclusivo. Nella citata pronuncia *Van den Bergh Foods* il Tribunale di primo grado, a conferma della decisione adottata dalla Commissione, considerava “*La fornitura, “a titolo gratuito” di frigocongelatori da parte della Van den Bergh Foods ai dettaglianti di gelati, a condizione che essi li utilizzino esclusivamente per conservare i suoi gelati*” una condotta idonea a restringere la concorrenza sul mercato. Infatti, nel caso concreto, la clausola di esclusiva induceva i dettaglianti ad agire diversamente nei confronti di altre imprese, falsando evidentemente il gioco della concorrenza nel mercato.

⁹¹ A proposito della possibile compensazione non monetaria conseguente alla riduzione della libertà di scelta del cliente, si pensi, a titolo esemplificativo, agli investimenti specifici che possono essere compiuti dal *franchisor* in favore dei *franchisee*.

⁹² Cfr. par. 34 degli Orientamenti, ove la Commissione afferma esplicitamente che “*Qualora tale compensazione venga concessa, può essere nell'interesse individuale del cliente assumere un obbligo di acquisto esclusivo con l'impresa dominante. Sarebbe tuttavia errato concludere automaticamente in base a ciò che gli obblighi di esclusiva, considerati complessivamente, vadano a beneficio di tutti i clienti, ivi compresi quelli che in quel dato momento non acquistano dall'impresa dominante, e dei consumatori finali*”.

⁹³ La probabilità che i consumatori non traggano alcun beneficio dagli accordi di esclusiva intercorrenti tra fornitore e acquirente cresce in presenza di un numero maggiore di acquirenti. In questo caso, infatti, gli obblighi di acquisto esclusivo hanno l'effetto di impedire l'ingresso o l'espansione d'impresa concorrenti. Cfr. par. 34 degli Orientamenti.

escludente⁹⁴, porrà una maggiore attenzione all'estensione della parte del mercato interessata dall'esclusiva nonché alla possibilità per i concorrenti di trovare canali alternativi di accesso al mercato.

Nel dettaglio, gli obblighi di acquisto esclusivo possono determinare una preclusione anti-concorrenziale quando, in assenza dei medesimi, verrebbe esercitata una forte pressione concorrenziale da parte dei concorrenti che non erano ancora presenti sul mercato al momento della conclusione dei relativi accordi, che di fatto li hanno esclusi, ovvero di altri operatori economici, ancorché non in grado di competere per soddisfare interamente la domanda del mercato⁹⁵.

Viceversa, quando i concorrenti sono in grado di competere a parità di condizioni per l'intero fabbisogno di ogni cliente, la Commissione ritiene “*improbabile*” che gli obblighi di acquisto esclusivo possano ostacolare la concorrenza effettiva. In ogni caso, è comunque necessario considerare anche l'aspetto della durata di detti obblighi, perché maggiore è la loro durata più elevato è il rischio che si determini un effetto preclusivo⁹⁶.

Di contro, quando i concorrenti non sono in grado di competere per l'intero fabbisogno di ogni singolo cliente e la descritta situazione riguarda tutti i clienti o la maggior parte di essi, l'obbligo di esclusiva, seppure di breve durata, può determinare una preclusione anticoncorrenziale⁹⁷.

⁹⁴ Cfr. nota 69.

⁹⁵ I concorrenti possono non essere in grado di competere sul mercato per diversi motivi. È, infatti, possibile che l'impresa in posizione dominante sia un partner commerciale inevitabile almeno per una parte della domanda. Tale ipotesi può verificarsi, ad esempio, in presenza di prodotti “*must stock*” o perché l'impresa dominante esercita una pressione in termini di capacità sugli altri fornitori. Cfr., caso T-65/98, *Van de Bergh Foods Ltd. c/ Commissione*.

⁹⁶ Cfr. par. 36 degli Orientamenti. Per un commento alla valutazione degli obblighi di esclusiva si vedano le opinioni di G. BRUZZONE, *Abuso di posizione dominante: gli orientamenti comunitari sulla condotta escludente*, in Note e Studi Assonime, 2/2009; M.A. GRAVENGAARD – N. KJÆRSGAARD, *The European Commission guidance on exclusionary abuse of dominance – and its consequences in practice*, in *European Competition Law Review*, volume 31, numero 7, 2010, pp.285-305.

⁹⁷ Per la verità, gli Orientamenti non espongono alcuna specifica indicazione in ordine alla rilevanza anche dell'aspetto della durata degli obblighi d'acquisto esclusivo per la qualificazione di una pratica in termini di liceità o illecità, limitandosi a un mero rinvio ad una

5.3.2. Gli sconti condizionati.

Nella sezione dedicata ai rapporti di esclusiva, gli Orientamenti si occupano anche degli sconti condizionati⁹⁸.

Attraverso questa categoria, invero mai adoperata in precedenza nell'elaborazione europea nel settore *antitrust*⁹⁹, la Commissione si riferisce alla concessione di sconti da parte dell'impresa dominante, subordinati ad un particolare comportamento di acquisto in relazione ad uno specifico prodotto.

In altri termini, un cliente riceve uno sconto se i suoi acquisti in un determinato intervallo di tempo superano una soglia prefissata¹⁰⁰.

Uno sconto condizionato può consentire all'impresa dominante che lo concede di far leva sulla "quota non contendibile" della domanda di ogni cliente, per diminuire il prezzo da pagare per la "quota contendibile". Più nel dettaglio, qualora vi sia una quota "non contendibile" della domanda del singolo cliente, può essere più semplice per l'impresa dominante attuare una politica di sconto non replicabile. Infatti, sarà possibile fare leva sulla "quota non contendibile" del cliente per convincerlo a rifornirsi da essa anche per la "quota contendibile"¹⁰¹.

valutazione caso per caso, che dovrà tenere conto delle caratteristiche economiche del mercato di riferimento.

⁹⁸ Cfr. par. 37-46.

⁹⁹ In realtà, la nozione di sconti condizionati coincide con il concetto di "sconti fedeltà" e di "sconti target" frequentemente richiamati dalla giurisprudenza precedente. Cfr., in particolare, T-219-99 *British Airways c/ Commissione*, in cui la Commissione condannava, ai sensi dell'allora art. 82 del trattato CE, *British Airways* per avere praticato nei confronti delle agenzie di viaggio un sistema di incentivi discriminatorio e fidelizzante, volto a impedire alle compagnie aeree concorrenti l'accesso al canale delle agenzie di viaggio; casi riuniti C-395/96 P e C-396/96 P *Compagnie maritimes belges transports SA, Compagnie maritimes belges SA e Dafra-Lines A/S / Commissione*; caso 85/76 *Hoffmann-La Roche c/ Commissione*; caso T-203/01 *Michelin II*, in cui il Tribunale confermava l'illiceità degli sconti quantitativi concessi da Michelin ai propri rivenditori in quanto idonei a determinare un effetto fidelizzante. Cfr. *supra* capitolo terzo.

¹⁰⁰ Nella prassi, la soglia da raggiungere per ottenere lo sconto può essere variamente determinata. Si può, infatti, fare riferimento a parametri quantitativi o qualitativi, oppure il *quantum* può essere individuato in relazione a una stima del fabbisogno del cliente.

¹⁰¹ Cfr. par. 39 degli Orientamenti e, per le definizioni di quota "non contendibile" e di "quota contendibile". La Commissione conferma quanto già affermato nel *Discussion Paper* e cioè

Anche la valutazione degli sconti condizionati, così come quella in materia di obblighi di acquisto, va compiuta in relazione non alla forma dello sconto concesso, bensì in base al suo possibile impatto sul mercato.

Ebbene, mantenendo la classificazione operata dal *Discussion Paper*¹⁰², anche negli Orientamenti si distingue tra sconti retroattivi e incrementali, a seconda che una volta raggiunta la soglia pattuita, lo sconto venga concesso su tutti gli acquisti ovvero solo su quelli che superano la soglia richiesta¹⁰³.

È opportuno precisare, preliminarmente, che gli sconti retroattivi possono ingenerare un significativo effetto preclusivo sul mercato, potendo rendere meno conveniente per i clienti passare, per piccoli quantitativi della domanda, a un fornitore alternativo. L'effetto disincentivante in tal senso si realizza perché in conseguenza di un comportamento "infedele", l'impresa acquirente perderebbe lo sconto retroattivo¹⁰⁴.

Passando all'analisi dei criteri di valutazione proposti per operazioni come quelle in disamina, la Commissione intende assegnare rilevanza, sulla base dei medesimi criteri già individuati nella prima parte del *Paper*, alla verifica circa l'idoneità del sistema di sconti a ostacolare l'ingresso o

che l'impresa dominante può fare leva sulla quota non contendibile della domanda di ogni cliente convincendolo a rifornirsi presso di sé anche per la quantità per la quale avrebbe potuto preferire rivolgersi ad un fornitore concorrente.

¹⁰² Cfr. *supra* par. 2.2.

¹⁰³ Cfr. par. 37 degli Orientamenti, in cui la Commissione riconosce che le motivazioni che possono spingere un'impresa ad attuare una politica di sconti sono le più disparate. Infatti, in primo luogo, le imprese possono volere attirare maggiori richieste e, conseguentemente, sviluppare la domanda anche a vantaggio dei consumatori. Su altro fronte, le pratiche scontistiche possono mirare ad escludere i concorrenti provocando degli effetti simili a quelli degli obblighi di acquisto esclusivo. Una particolarità delle pratiche in oggetto, che vale peraltro a distinguerle dal comportamento predatorio, risiede nella circostanza che gli sconti condizionati possono generare effetti anti-competitivi senza tuttavia comportare necessariamente un sacrificio dell'impresa dominante.

¹⁰⁴ Cfr. par. 40 degli Orientamenti ove, peraltro, viene specificato che "l'effetto potenziale di esclusione negli sconti retroattivi è massimo, in linea di principio, sull'ultima unità di prodotto acquistata prima di raggiungere la soglia".

l'espansione di concorrenti (anche) altrettanto efficienti, rendendo difficile o impossibile soddisfare parte del fabbisogno dei clienti.

A tal fine, passaggio fondamentale dell'analisi è la corretta individuazione del prezzo che dovrebbe applicare un concorrente parimenti efficiente per compensare il cliente della perdita dello sconto condizionato offerto dall'impresa dominante.

Pertanto, sotto un profilo di analisi economica, il prezzo effettivo cui si deve fare riferimento, lungi dall'essere il prezzo medio dell'impresa dominante, è costituito dalla differenza tra il prezzo normale (ovvero il prezzo di listino) e lo sconto complessivo che l'acquirente potrebbe perdere cambiando fornitore. Il parametro così individuato andrà, poi, rapportato alla parte rilevante delle vendite, effettuate nel periodo di riferimento.

Giova ancora osservare che, mentre per gli sconti incrementali il prezzo effettivo corrisponde, generalmente, al prezzo medio degli acquisti incrementali, più complessa è la valutazione per gli sconti retroattivi. In tale ultimo caso, infatti, sarà necessario valutare, nei singoli casi concreti, la c.d. "parte contendibile" dei singoli clienti, ossia la porzione di fabbisogno che un cliente potrebbe realisticamente trasferire ad un concorrente¹⁰⁵.

La Commissione applica i parametri di costo individuati nella parte generale del *Paper* e giunge alle seguenti conclusioni.

Innanzitutto, la regola è che quanto più basso è il prezzo effettivo stimato, tanto più forte è l'effetto fidelizzante. Tuttavia, se il prezzo è comunque superiore al *LRIAC*, un concorrente parimenti efficiente è in grado di competere profittevolmente. Se, invece, il prezzo è inferiore ai *AAC*, il

¹⁰⁵ Cfr. par. 42 degli Orientamenti nonché, per un commento sull'applicazione delle Linee Guida alle pratiche scontistiche, A. JONES – B. SUFRIN, *EU Competition Law. Text, cases and materials*, Oxford University Press, 2009; E. ELHAUGE, *Loyalty Discount and Naked Exclusion*, in Law, Economics and Business Discussion Paper Series, 2008; L. FINELL, *The Article 82 Reform: Increasing the Incentives to Comply*, in *World Competition*, volume 32, numero 3, 2009.

sistema di sconti è idoneo a realizzare un effetto preclusivo nei confronti di concorrenti altrettanto efficienti. Se, però, il prezzo è compreso tra i costi evitabili medi e i costi incrementali medi di lungo periodo, dovranno essere valutati ulteriori fattori – peraltro non ben individuati dalla Commissione – al fine di escludere o confermare la potenzialità escludente della pratica¹⁰⁶.

6. Le criticità degli Orientamenti.

Le novità introdotte dalle Linee Guida rappresentano un indubbio e significativo passo avanti rispetto al tradizionale approccio formalistico di applicazione dell'art. 102 alle pratiche escludenti e la proibizione (quasi) *per se* di tali condotte, che esso comportava.

La nuova linea prescelta dalla Commissione è orientata verso un approccio *effect-based*, che circoscrive gli interventi inibitori e sanzionatori alle sole ipotesi in cui un solido quadro probatorio consenta di prevedere, con un certo grado di certezza, un effetto di *foreclosure* cagionato dalla condotta.

Inoltre, la pubblicazione degli Orientamenti ha già comportato – e continuerà a farlo anche in futuro – precipitati di rilievo in sede di applicazione della norma *antitrust*, tanto in ambito europeo, quanto all'interno dei confini nazionali¹⁰⁷.

¹⁰⁶ In sede di valutazione degli ulteriori fattori, la Commissione esaminerà anche fino a che punto i concorrenti dispongano di strategie realistiche ed efficaci per contrastare la politica di prezzo dell'impresa dominante. In tale contesto, la Commissione valuterà, altresì, se il sistema di sconti viene applicato con una soglia individualizzata o standardizzata. Nel primo caso, infatti, la soglia sarà basata su una percentuale di fabbisogno totale del cliente o su un obiettivo di volume individuale. Tale struttura della pratica permette, quindi, al fornitore di fissare la soglia a un livello tale da rendere difficile il passaggio ai concorrenti e crea un massimo effetto di fidelizzazione. Nel secondo caso, invece, la soglia di acquisti è uguale per tutta la clientela e, conseguentemente, può essere troppo elevata per alcuni clienti e troppo bassa per altri. L'effetto fidelizzante sarà, quindi, in parte attenuato. Cfr. par. 45 degli Orientamenti.

¹⁰⁷ Cfr. M.A. GRAVENGAARD – N. KJÆRSGAARD, *The EU Commission guidance on exclusionary abuse of dominance – and its consequences in practice*, in *European Competition Law Review*, volume 31, numero 7, 2010, pp. 285-305.

Pur costituendo un momento di rinnovamento, gli Orientamenti prendono comunque le mosse dalla giurisprudenza e dalla prassi manifestatesi fino al momento della loro elaborazione, ad eccezione soltanto di alcune ipotesi per le quali suggeriscono, invece, di applicare il nuovo approccio.

Nonostante ciò, alcuni autori, nell'indagare la tematica che ci occupa e segnatamente interrogandosi sull'utilità e la reale utilizzabilità pratica delle Linee Guida, ne hanno evidenziato alcune criticità¹⁰⁸.

In particolare, come peraltro rilevato, si è messo in luce l'indubbio problema attinente alla tensione tra la giurisprudenza europea e la natura c.d. *soft law* degli Orientamenti¹⁰⁹.

Per la verità, il quadro delle opinioni emerse a proposito del ripensamento operato dalla Commissione in sede di redazione delle Linee Guida si presenta molto variegato.

Nel dettaglio, alcuni autori hanno ritenuto che la Commissione abbia avuto poco coraggio e non abbia accolto un approccio compiutamente economico e/o un *standard di consumer welfare*¹¹⁰.

¹⁰⁸ Si confrontino L.F. PACE, *The Italian way of tackling the abuse of a dominant position*, in *European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102*, Edward Elgar, 2010, pp. 103-123; A. EZRACHI, *Article 82 EC: Reflections on its recent evolution*, Hart Publishing, 2009; P. AKMAN, *The European Commission's Guidance on Article 102 TFEU: From Inferno to Paradiso?*, in *The Modern Law Review*, volume 73, numero 4, 2010, pp. 605-630; R. O'DONOGHUE – J.A. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2006, pp. 403; J.T. LANG, *The Requirements for a Commission Notice on the Concept of Abuse under Article 82 EC*, CEPS Special Report, 2008; J.T. LANG, *Treatment of Exclusionary Abuses under Article 82 of the EC Treaty. Comments on the European Commission's Guidance Paper*, 2009, disponibile su www.ceps.eu; D. GERADIN, *A Proposed Test for Separating Pro-competitive Conditional Rebates from Anti-competitive Ones*, 2008, disponibile su www.ssrn.com; G. FAELLA, *Foreclosure, Predation and Competition on the Merits: a Comparative Analysis of Bundled Discounts*, 2009, disponibile su www.ssrn.com; A. JONES – B. SUFRIN, *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 4nd ed., 2010.

¹⁰⁹ Alcuni autori si sono chiesti, in particolare, se la Commissione abbia o meno agito nel rispetto del mandato conferitole, che le affidava il compito di elaborare indicazioni non vincolanti. Cfr., in tale senso, P. AKMAN, *The European Commission's Guidance on Article 102 TFEU: From Inferno to Paradiso?*, in *The Modern Law Review*, 73(4), 2010, pp. 605-630.

¹¹⁰ Cfr. J. KILLICK – A. KOMNINOS, *Schizophrenia in the Commission's Article 82 Guidance Paper: Formalism Alongside Increased Recourse to Economic Analysis*, in *Global Competition Policy*, 2009; Y. KATSOULACOS, *Some Critical Comments on the Commission's Guidance Paper on Article 82 EC*, in *Global Competition Policy*, 2009.

Un'opposta impostazione sostiene invece che la Commissione si sia spinta troppo lontano rispetto al tracciato fino ad ora segnato dalla prassi comunitaria. In particolare è stata ritenuta fuorviante l'equiparazione delle pratiche scontistiche agli accordi di esclusiva, ancorché ai soli fini dell'applicazione dell'art. 102 TFUE, anche in considerazione della maggiore rigidità e dell'ostilità storicamente mostrata dal diritto *antitrust* per gli obblighi di acquisto esclusivo delle imprese dominanti¹¹¹.

In altri termini, la descritta uniformità di trattamento potrebbe far tornare ad un divieto quasi *per se* di queste operazioni, solo apparentemente sostituito da una valutazione di efficienza delle condotte attuate dall'impresa dominante¹¹².

Infine, si ritiene che l'applicazione concreta del modello di valutazione delle pratiche scontistiche presenti eccessive difficoltà operative, soprattutto in materia di sconti retroattivi, la cui valutazione, incentrata sull'individuazione della quota contendibile e non della domanda del singolo cliente, appare eccessivamente complessa¹¹³.

¹¹¹ I commenti critici relativi all'eccessiva rigidità ed all'ostilità mostrata per i rapporti di esclusiva hanno rimarcato la possibilità che da tali condotte derivino effetti pro-competitivi. Infatti, gli acquirenti possono ritenere maggiormente conveniente rifornirsi da un unico fornitore per ottenere prezzi più bassi o in considerazione della maggiore efficienza che deriva dall'averne un unico interlocutore. Cfr. E. ELHAUGE, *Why above-cost price cuts to drive out entrants are not predatory – and the implications for defining costs and market power*, in *Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, pp. 681-827. L'autore sosteneva, inoltre, che gli accordi di esclusiva sono delle pratiche molto comuni in diversi settori dell'economia quali, a esempio, quelli altamente tecnologici.

¹¹² Per un critica all'impostazione della Commissione, si confronti J.T. LANG, *Treatment of Exclusionary Abuses under Article 82 of the EC Treaty. Comments on the European Commission's Guidance Paper*, 2009, disponibile su www.ceps.eu.

¹¹³ Cfr. L. FINELL, *The Article 82 Reform: Increasing the Incentives to Comply*, in *World Competition*, volume 32, numero 3, 2009; D. GERADIN, *A Proposed Test for Separating Pro-competitive Conditional Rebates from Anti-competitive Ones*, 2008, disponibile su www.ssrn.com; G. FAELLA, *Foreclosure, Predation and Competition on the Merits: a Comparative Analysis of Bundled Discounts*, 2009, disponibile su www.ssrn.com.

SEZIONE SECONDA

IL REVIEW DELLA PRASSI DELLA COMMISSIONE

La rivisitazione delle modalità di applicazione dell'art. 102 TFUE alle pratiche escludenti ha influenzato la successiva prassi decisionale della Commissione e la giurisprudenza della Corte.

In questa sezione si passeranno in disamina due casi selezionati perché particolarmente rappresentativi del nuovo *modus operandi* adottato dalla Commissione.

In particolare, si analizzeranno il caso *Prokent/Tomra*¹¹⁴, la cui decisione è ascrivibile al periodo immediatamente successivo all'adozione del *Discussion Paper* e il caso *Intel*¹¹⁵.

7. Il caso *Tomra*.

Il gruppo *Torma* (di seguito semplicemente *Tomra*)¹¹⁶, destinatario della decisione, è attivo nel campo della fornitura delle c.d. *reverse vending*

¹¹⁴ Cfr. Comp/E-1/38.113, *Prokent/Tomra*; causa T-155/06, *Tomra System ASA* e altri c/ Commissione, sentenza del Tribunale di Primo Grado del 9 settembre 2010; causa C-549/10 P, sentenza della Corte di Giustizia del 19 aprile 2012.

¹¹⁵ Cfr. Comp/C-3/37.990.

¹¹⁶ Il gruppo *Tomra*, operante in tutti i mercati a livello mondiale grazie anche alla collaborazione di alcuni ausiliari, risulta composto dalle seguenti società: *Tomra System ASA*, *Tomra Europe AS*, *Tomra System BV*, *Tomra System GmbH*, *Tomra System Butikksystemer AS*, *Tomra System AB* e *Tomra System Leegusysteme GmbH*. *Tomra* opera sul mercato delle RVM sin dal 1972 e, già da allora, era considerata l'impresa *leader*. Negli anni di attività ha notevolmente ampliato la sua quota di mercato sfruttando la domanda sempre crescente ed adottando una politica di acquisizione dei concorrenti. Più nel dettaglio, all'epoca della Decisione, *Tomra* deteneva circa il 70% delle quote nel mercato europeo e vantava una elevata quota di mercato anche nei singoli mercati nazionali. Per una più dettagliata analisi della posizione di egemonia del Gruppo e, specificamente, delle quote di mercato detenute in ambito europeo e nazionale, si confronti il punto 65 della Decisione, in cui la Commissione, conformemente alla propria prassi decisionale nonché all'orientamento della Corte di Giustizia, ha considerato *Tomra* l'impresa dominante nel mercato di riferimento. Cfr. caso 85/76 *Hoffmann-La Roche c/ Commissione*; caso T-203/01 *Michelin II*; caso T-30/89, *Hilti c/ Commissione*. Cfr. *supra* capitolo terzo.

machines (RVM) – distributori automatici utilizzati nei supermercati per la raccolta di contenitori vuoti – nonché della fornitura dei prodotti e servizi connessi all'utilizzazione delle RVM¹¹⁷.

Il caso concernente le politiche attuate da *Tomra* originava da una segnalazione inviata alla Commissione da un gruppo concorrente, *Prokent AG* (di seguito *Prokent*)¹¹⁸, operante nel medesimo settore della raccolta di imballaggi per bevande usati e dei servizi connessi, con la quale si richiedeva l'apertura di un'investigazione relativa al comportamento di *Tomra*, asseritamente volto ad impedire l'accesso al mercato del concorrente.

8. Le strategie e le pratiche poste in essere da *Tomra*.

Secondo quanto riscontrato dalla Commissione nel caso in disamina¹¹⁹, *Tomra* attuava una strategia aggressiva, basata su una politica

¹¹⁷ Le macchine RVM sono adoperate per la raccolta degli imballaggi per bibite usati, i quali una volta introdotti nell'apparecchio sono anche identificati in base ad alcuni parametri quali, ad esempio, la forma e/o il codice a barre, per operare la corretta quantificazione dell'importo da rimborsare al cliente. Cfr. punti 12-15 della Decisione.

¹¹⁸ La segnalazione di *Prokent* aveva ad oggetto, principalmente, gli accordi conclusi da *Tomra* con il gruppo olandese di vendita al dettaglio "*Royal Ahold*", con il gruppo svedese "*ICA*" (accordo concluso nel 2000) e con il gruppo tedesco "*Edeka Süd*". L'esistenza di questi accordi è stata poi confermata da comunicati stampa di *Tomra* e da un suo *report* relativo all'anno 2000. Nel corso del procedimento e, segnatamente, nel dicembre del 2002, le società del gruppo egemone manifestavano l'intenzione di porre fine alle pratiche, fino ad allora attuate e, in particolare, all'applicazione di accordi di esclusiva e sconti fedeltà. In seguito, nel marzo del 2004, *Tomra* presentava un programma di conformità alla concorrenza che sarebbe stato applicato già dal mese di aprile 2004. Ciononostante, il 1° settembre 2004, la Commissione inviava alle società del gruppo una comunicazione di addebiti e, il 29 marzo 2006, adottava la Decisione in commento riscontrando una violazione dell'art. 82 Trattato CE e art. 54 accordo SEE nel periodo compreso tra il 1998 ed il 2002. Secondo la ricostruzione operata dalla Commissione, *Tomra* aveva posto in essere una strategia di esclusione dei concorrenti attuali e potenziali dai mercati tedesco, olandese, austriaco, svedese e norvegese delle RVM, mediante accordi di esclusiva, impegni in materia di volumi di acquisti e sistemi di sconti retroattivi personalizzati, chiudendo quindi i mercati ai concorrenti attuali e potenziali. Per un'analisi dettagliata del procedimento della Commissione, cfr. punti 5-11 della Decisione.

¹¹⁹ Cfr. punti 99-100 della decisione nella parte in cui la Commissione descrive la strategia di *Tomra* ed indica quale principali fonti di prova utilizzate per decidere i documenti relativi agli incontri tenuti tra le società del gruppo egemone, lo scambio di corrispondenza ed altri documenti interni delle società.

volta a preservare la propria posizione dominante ed a reagire all'aumento dei volumi di vendita dei concorrenti presenti sul mercato rilevante¹²⁰.

In altri termini, operando una schematizzazione a fini esplicativi, il gruppo in questione mirava a: a) prevenire l'accesso al mercato di nuovi concorrenti attuali e/o potenziali; b) limitare la capacità di espansione dei concorrenti già presenti sul mercato; c) indebolire e/o escludere i concorrenti, generalmente attraverso la loro acquisizione.

Per perseguire i predetti obiettivi *Tomra* abusava della propria posizione dominante per realizzare un complesso sistema che contemplava la predisposizione di accordi di esclusiva e l'imposizione di *target* individualizzati o di sistemi di sconti retroattivi.

¹²⁰ Per quanto attiene all'ampiezza del mercato geografico rilevante, la Commissione ha ritenuto di individuare mercati distinti da paese membro a paese membro. Infatti, il mercato in questione dipende, in larga parte, dalle normative nazionali in materia di gestione dei rifiuti in generale e, in particolare, dalle discipline interne dei sistemi per il deposito di bevande. A ciò deve aggiungersi che, tra il 1997 ed il 2002, i fornitori di RVM diversi da *Tomra* operavano esclusivamente in uno Stato SEE o in un numero esiguo di Stati. Si confronti punto 47 della Decisione, nella parte in cui la Commissione afferma che "*the nationality of the manufacturer, the location of the production site(s) and transport costs appear to be of minor importance as Tomra, a Norwegian company with production facilities in Norway and Finland, achieved very high market shares in all EEA Contracting Parties and, also, worldwide. On the demand side of the market, there have been several mergers, acquisitions and instances of cooperation in the retail sector in recent years that affect more than one EEA Contracting Party. These are factors that could indicate that the relevant geographic market is larger than the individual EEA Contracting Parties*". Per quanto, invece, riguarda la definizione del mercato del prodotto rilevante, si fa riferimento al mercato dei distributori automatici inversi (RVMs) e dei servizi collegati. *Tomra* ed i suoi concorrenti operavano, infatti, anche nel mercato dei servizi di manutenzione e riparazione nonché nella gestione dei servizi di deposito. Più nel dettaglio, la Commissione, al fine di determinare correttamente il mercato del prodotto rilevante, ha distinto tra: a) mercato di RVM a movimentazione manuale e mercato di RVM a movimentazione automatica; b) mercato di RVM per mense e mercato di RVM per punti vendita al dettaglio; c) mercato delle macchine *low-end* e mercato delle macchine *high-end*. Queste ultime sono le macchine installate "*through-the-wall*", mentre le macchine *low-end* sono quelle "*stand-alone*" che richiedono poco spazio ed accumulano al loro interno i vuoti resi dalla clientela. Ebbene, come confermato anche da *Tomra* nelle proprie argomentazioni, le macchine *high-end* sono quelle generalmente richieste dai punti vendita al dettaglio mentre, quelle *low-end* sono, di solito, destinate ai piccoli punti vendita. Pertanto, dal punto di vista della domanda, è individuabile, da una lato, un mercato di macchine e sistemi automatici circoscritto soltanto alle macchine per la restituzione, installabili attraverso una parete per essere collegate ad impianti situati in un locale tecnico separato, e dall'altro un mercato globale che comprende le macchine *high-end* e quelle *low-end*. Dal punto di vista dell'offerta, invece, l'analisi operata dalla Commissione ha palesato l'esistenza di produttori diversificati in base alle differenti tipologie di macchine, la cui domanda si concentra sulle macchine *high-end*. Cfr. punti 29-49 della Decisione.

Prima di addentrarsi nell'esame delle pratiche oggetto della Decisione in commento, è utile tenere presente una distinzione operata dalla Commissione.

Difatti, le pratiche di *Tomra*, pur essendo tutte avvinte in un unitario disegno volto all'esclusione dei concorrenti, sono inquadrare in due categorie. Quella degli "accordi di esclusiva", comprende gli accordi con clausole di esclusiva, gli sconti condizionati all'esclusiva e, in alcuni casi, gli accordi di "esclusiva di fatto". La seconda categoria, "sistemi di sconti fedeltà", racchiude "impegni quantitativi", "sistemi di sconti" e altre pratiche che implicano un'esclusiva totale o parziale.

Essendo comunque finalizzate al raggiungimento dei medesimi fini, tutte queste pratiche attuate da *Tomra* sono state valutate dalla Commissione come manifestazioni di una politica unitaria¹²¹.

8.1. Gli accordi di esclusiva.

Come già rilevato¹²², il termine "esclusiva" è associato in genere a tutti gli accordi, le intese e le restrizioni che concedono esplicitamente all'impresa in posizione dominante lo *status* di fornitore unico, preferito, principale o primario dei clienti nel mercato di riferimento¹²³.

¹²¹ Ad avviso della Commissione, piuttosto che circoscrivere il campo di indagine alla realizzazione della singola pratica, in una logica sostanziale di più ampio respiro è decisiva l'individuazione dell'obiettivo perseguito, da adoperare poi come chiave di lettura di ogni singola pratica realizzata. Ad esempio, in alcuni casi gli impegni quantitativi sono stati associati ad un meccanismo sanzionatorio, secondo cui il cliente avrebbe dovuto restituire lo sconto ottenuto, se non fosse riuscito a raggiungere il quantitativo pattuito. Tale combinazione è stata, in alcuni casi, valutata dalla Commissione alla pari di un sistema di sconti. Si sono persino riscontrati casi in cui non era chiaro se i clienti si fossero effettivamente impegnati ad acquistare una determinata quantità di beni e servizi, ma si era comunque appalesata la volontà di *Tomra* di concedere uno sconto solo in relazione ad uno specifico volume di acquisti. Come specificato dalla Commissione, indipendentemente dalla realizzazione concreta delle singole pratiche, aventi ciascuna le proprie peculiarità, tutte possono essere interpretate come espressione di una politica unitaria. Cfr. punto 111 della Decisione.

¹²² Cfr. *supra* capitolo terzo.

¹²³ Giova osservare che, in sede di argomentazioni difensive, *Tomra* ha affermato che il termine "exclusive supplier" o equivalente sarebbe in realtà scevro da implicazioni e/o connotazioni

Più precisamente, quindi, nella Decisione in commento, la Commissione estende il contenuto di significato del predetto termine a numerosi sistemi di sconti e promozioni concessi da *Tomra* in cambio del riconoscimento di un'esclusiva totale o parziale degli acquirenti, nel periodo compreso tra il 1998 ed il 2002¹²⁴.

Secondo tali accordi, il Gruppo in questione sarebbe stato il fornitore esclusivo o, comunque, preferenziale di macchine per la raccolta di contenitori per bevande usati, da installare nei punti vendita selezionati.

In alcuni casi, *Tomra* non era individuato espressamente come fornitore unico, eppure il carattere esclusivo degli accordi, ancorché implicito, risultava ben chiaro alle parti, come era agevolmente desumibile dal comportamento da queste tenuto in epoca successiva alla conclusione dei medesimi accordi.

Sotto il profilo contenutistico, gli accordi prevedevano per i clienti il conseguimento di uno sconto sugli scambi o altre ricompense in cambio dell'esclusiva concessa a *Tomra*. Di contro, se le controparti avessero deciso di rifornirsi da produttori concorrenti, esercitando una libera valutazione

escludenti, non potendosi ricondurre il medesimo al significato di esclusiva. Piuttosto, secondo quanto affermato dall'impresa resistente, tale termine era semplicemente adoperato per indicare il fornitore in grado di offrire il miglior prodotto al prezzo più conveniente, cioè quello preferibile per i clienti. In tale senso, cfr. punto 117 della Decisione, nella parte in cui *Tomra* afferma che “*the term “preferred supplier” has no exclusionary implication/connotation and cannot be assumed to have the same meaning as exclusivity, but simply meant “being the supplier providing the best product and thus preferred by the customers” is inconsistent with the documents referred to previously with regard to at least several agreements*”.

¹²⁴ Sotto la lente d'ingrandimento della Commissione erano andati gli accordi conclusi da *Tomra* con i clienti delle distinte aree geografiche, di durata oscillante da uno a tre anni, ad eccezione degli accordi raggiunti in Germania che avevano una maggiore durata. Ebbene, ad avviso della Commissione, per valutare l'effettiva incidenza della durata delle pratiche, occorre muovere da una disamina che metta in luce le caratteristiche del mercato delle macchine RVM sotto il profilo della domanda. Difatti, la domanda delle RVM è generalmente influenzata dall'introduzione del sistema di deposito nei singoli punti vendita. Una volta catturata da un produttore, la domanda rimane satura quantomeno finché non si rende necessaria la sostituzione del prodotto. Di conseguenza, la vendita delle macchine RVM è stata definita “*turbolenta*” perché connotata da ordini di grande volume soltanto occasionali, anche in considerazione del fatto che il ciclo di vita medio delle macchine RVM è di circa 7/10 anni. Cfr. punto 117 della Decisione.

imprenditoriale, avrebbero perduto retroattivamente la possibilità di fruire degli sconti.

Come si vedrà più dettagliatamente nel prosieguo¹²⁵, la Commissione, aderendo ancora una volta alla consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia¹²⁶, ha qualificato come escludenti gli accordi, aventi il contenuto sopra tratteggiato, soprattutto ove combinati con obiettivi di acquisto e/o sistemi di sconto ed ha inquadrato tali comportamenti come parte di una politica unitaria volta a perseguire l'obiettivo tipico degli accordi di esclusiva¹²⁷.

8.2. Gli impegni quantitativi.

Con la seconda categoria di accordi, *Tomra* impegnava i propri acquirenti in *target* di acquisto generalmente corrispondenti al fabbisogno totale o quasi totale in un determinato intervallo di tempo.

Analogamente a quanto previsto per gli accordi di esclusiva, ai clienti che raggiungevano gli obiettivi prefissati si garantivano prezzi più vantaggiosi oppure si concedevano sconti in un ammontare determinato su base individuale.

A tal proposito si osserva che un tratto saliente di tali pratiche è individuabile proprio nella modalità di determinazione del *target* da raggiungere, stabilito diversamente da cliente a cliente. Più nel dettaglio, la soglia quantitativa d'acquisto, stimata in base alle esigenze dei clienti in un

¹²⁵ Cfr. *infra* par. 9.

¹²⁶ Cfr. caso 85/76 *Hoffmann-La Roche c/ Commissione*; caso T-203/01 *Michelin II*. Cfr. *supra* capitolo terzo.

¹²⁷ La Commissione ha, altresì, riscontrato e ritenuto utilizzabili, ai fini della valutazione della complessiva politica seguita dal Gruppo, casi in cui, per ottenere l'esclusiva anche da clienti riluttanti a vincolare le proprie scelte imprenditoriali con accordi di esclusiva, *Tomra* aveva imposto un *aut aut*, prospettando la possibilità di abbandonare le trattative per la conclusione di tutti i contratti. Cfr. sessione III(A)-(E) della Decisione.

periodo di tempo, al comportamento d'acquisto tenuto nei periodi precedenti oppure fondata su proiezioni per il futuro, nella maggior parte dei casi corrispondeva alle esigenze effettive dei clienti o ad una larga parte di queste¹²⁸.

Si rileva ancora che il carattere individualizzato degli obiettivi determinava, in alcune circostanze, l'applicazione di prezzi unitari più elevati per volumi di acquisto maggiori rispetto ai prezzi applicati per quantità minori di acquisto.

Infine, si davano ipotesi in cui gli impegni quantitativi raggiunti con gli acquirenti erano integrati con sconti e/o promozioni accordati per incentivare ulteriormente gli acquirenti a rifornirsi esclusivamente dall'impresa egemone¹²⁹.

8.3. Gli schemi di sconto.

La terza categoria di pratiche realizzate da *Tomra* comprende una vasta gamma di accordi e condizioni in virtù delle quali i clienti acquistavano il diritto ad ottenere sconti o *bonus* in conseguenza di un particolare volume di acquisti in un periodo di riferimento.

È utile passare sinteticamente in rassegna le principali ipotesi rientranti in questo terzo gruppo: gli sconti *target* e gli sconti retroattivi.

I primi consistono in sistemi scontistici che permettono ai clienti di ottenere uno sconto o un *bonus* in relazione al raggiungimento di una soglia

¹²⁸ La Commissione specifica, altresì, che le quantità indicate come obiettivi, pur determinate unilateralmente da *Tomra*, erano comunque oggetto di negoziazione con gli acquirenti. Cfr. punto 283 della Decisione.

¹²⁹ Cfr. punto 128 della Decisione.

individualizzata di acquisto alla fine di un determinato periodo di riferimento¹³⁰.

Gli sconti, calcolati soltanto alla fine del periodo di riferimento, avevano la forma di rimborsi in contanti oppure di premi in natura quali, ad esempio, la fornitura gratuita di macchine RVM.

Una peculiarità di tale pratica, per comprensibili ragioni ritenuta particolarmente significativa dalla Commissione, consisteva nell'inserimento, nella disciplina negoziale, a favore di *Tomra*, del diritto al rimborso dei *bonus* concessi in caso di mancato raggiungimento della soglia fissata oppure in caso di passaggio ad un fornitore concorrente.

Come sopra si accennava, in aggiunta a questi sistemi di sconti *target*, la cui operatività era subordinata al raggiungimento o meglio ancora al superamento di una determinata soglia, *Tomra* praticava anche schemi di sconto progressivi.

Più nel dettaglio, questi schemi scontistici attribuivano ai clienti il diritto ad un incremento graduale dello sconto in relazione al volume di acquisti, sia quello riscontrato al momento del calcolo del prezzo da praticare per la singola transazione, sia quello registrato durante l'intero periodo di riferimento.

In tal modo, in attuazione di siffatta tipologia di accordi, lo sconto era calcolato retroattivamente sulla base di tutti gli acquisti effettuati nel periodo di riferimento e non soltanto sulla parte eccedente la soglia pattuita.

Anche in questo caso, peraltro, le soglie quantitative erano commisurate al fabbisogno stimato per il futuro oppure, per i clienti maggiori, agli acquisti effettuati in precedenza. In effetti, si è riscontrato che

¹³⁰ Così come gli impegni quantitativi, anche le soglie determinate al fine della concessione degli sconti erano individualizzate ed erano adattate alla previsione della domanda di ogni cliente. Cfr. punti 314-334 della Decisione.

generalmente le soglie di *bonus* corrispondevano o superavano il fabbisogno stimato o effettivo dei singoli clienti¹³¹.

9. La valutazione delle pratiche di *Tomra* ed il loro impatto sul mercato.

La Commissione ha ritenuto che la politica commerciale e le pratiche attuate da *Tomra*, progettate per restringere l'accesso al mercato dei concorrenti e cioè per chiudere il mercato ed influenzarne la struttura competitiva, erano perfettamente idonee a raggiungere gli obiettivi prefissati.

A riprova di ciò, i citati effetti si sono prodotti nei singoli mercati nazionali e, segnatamente, nei Paesi Bassi, in Svezia, in Germania, in Austria ed in Norvegia¹³².

L'analisi, fondata sulle coordinate interpretative seguite tradizionalmente in giurisprudenza¹³³ e, tuttavia, coniugata al nuovo *modus*

¹³¹ Nella Decisione in disamina si precisa che, quando gli obiettivi fissati dagli accordi non coincidevano con il fabbisogno totale del cliente, essi corrispondevano almeno ad un valore oscillante tra il 75% e l'80% della sua domanda totale. Cfr., a titolo esemplificativo, punto 159 della Decisione.

¹³² Nei punti 134-277 della Decisione, la Commissione analizza le pratiche attuate da *Tomra* nei singoli contesti nazionali. Seppur sinteticamente, è opportuno descrivere i comportamenti dell'impresa egemone dei mercati di riferimento. Ebbene, in tutti i mercati considerati – Paesi Bassi, in Svezia, in Germania, in Austria ed in Norvegia – *Tomra* attuava una politica volta ad escludere i concorrenti dal mercato ed incentrata sulla predisposizione di accordi di esclusiva, impegni quantitativi e sistemi di sconto, i cui effetti fidelizzanti erano comprovati dall'analisi del prezzo che i concorrenti avrebbero dovuto offrire per indurre i clienti a rifornirsi da un'impresa concorrente. La validità e l'efficacia degli accordi sopra citati era rafforzato dalla natura retroattiva degli sconti e dalla previsione di sanzioni applicate in caso di passaggio da un fornitore ad un altro. In alcuni casi, come nel mercato svedese, *Tomra* concludeva accordi di esclusiva e sistemi di sconto, adottando una politica di *tying* e determinando, di fatto, una situazione di quasi-esclusiva. Ancora, la strategia di mantenimento della posizione dominante veniva implementata attraverso l'acquisizione di tutta o quasi la domanda dei clienti oppure tramite l'inserimento di clausole che consentivano di ottenere un beneficio di sconto supplementare, pari al 10%, in occasione dell'acquisto di un numero predefinito di macchine. Per ogni contesto nazionale, la Commissione ha dimostrato la rilevanza di tali pratiche in relazione al mutamento delle quote di mercato di *Tomra* e dei suoi rivali nonché dai cambiamenti relativi alla porzione di domanda preclusa ai concorrenti, la c.d. quota contendibile della domanda.

¹³³ Cfr. caso 85/76 *Hoffmann-La Roche c/ Commissione*; caso T-203/01 *Michelin II*; caso T-65/89 *BPB Industries c/ Commissione*. Cfr. *supra* capitolo terzo.

operandi in tema di valutazione delle pratiche escludenti, è approdata alla conclusione che *Tomra*, attraverso la politica estrinsecatasi nell’attuazione delle pratiche sopra descritte, ha abusato della propria posizione dominante, al fine di escludere i concorrenti dal mercato delle RVM.

La Commissione ha qualificato i sistemi di sconti come sconti fedeltà e gli incentivi all’acquisto esclusivo e quasi esclusivo sono stati considerati particolarmente aggressivi.

Più nel dettaglio, la valutazione complessiva ha rilevato che tali incentivi erano combinati con meccanismi legati ad una soglia di acquisti, il cui raggiungimento comportava il diritto ad un *bonus* – oppure all’incremento del *bonus* già pattuito – per gli acquisti effettuati dal cliente nel periodo di riferimento e non esclusivamente in riferimento al volume di acquisti eccedenti la soglia.

Peraltro, la mancanza di trasparenza e l’ambiguità di talune clausole, manifestatesi per esempio nell’impossibilità per gli acquirenti di determinare *ex ante* lo sconto che gli sarebbe stato praticato, sono state ritenute dalla Commissione come un ulteriore elemento in grado di rafforzare il carattere fidelizzante della pratica.

Pare doveroso spendere ancora qualche breve riflessione sul modello economico utilizzato per la prima volta dalla Commissione nel caso in disamina.

Il complesso modello, denominato “*suction effect*”, è stato elaborato per consentire di individuare i possibili effetti prodotti, in particolare da pratiche scontistiche, sui prezzi medi unitari¹³⁴. Nel dettaglio, il risultato di tale

¹³⁴ Per una compiuta spiegazione del *suction effect* si veda M. RIGUAD – D. VAIGAUSKAITE, *Prokent/Tomra, a textbook case? Abuse of dominance under perfect information*, in Competition Policy Newsletter, numero 2, 2006, pp. 19-24; S. BISHOP – M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, Sweet e Maxwell, 3nd ed., 2009; A. JONES – B. SUFRIN, *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 4nd ed., 2010; A. EZRACHI, *EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, 2nd ed., 2010.

test indica quale prezzo un concorrente dovrebbe praticare perché per gli acquirenti diventi indifferente la scelta tra l'effettuare gli acquisti presso l'impresa dominante oppure presso il concorrente.

Il *suction effect* può anche essere utilizzato per individuare il prezzo medio unitario praticato dall'impresa dominante per la quantità di prodotto eccedente la soglia stabilita. Infatti, in attuazione dei meccanismi scontistici, il raggiungimento della quantità prevista attiva uno sconto retroattivo su tutte le unità di prodotto acquistate. In base all'intensità del *suction effect* è possibile stabilire se un determinato schema di sconti ha la capacità di determinare effettivamente un effetto di *foreclosure*¹³⁵.

Per quanto concerne, invece, l'impatto delle pratiche di *Tomra*, anche in questo caso la Commissione ha aderito alla semplificazione probatoria seguita dalla giurisprudenza fino ad allora maturata¹³⁶, secondo cui per una corretta quantificazione di pratiche anti-concorrenziali, è sufficiente dimostrare l'idoneità di queste a restringere la concorrenza. Ciononostante, la Commissione, non indifferente alla recente pubblicazione del *Discussion Paper*, ha comunque svolto una dettagliata analisi anche degli effetti che i comportamenti e la politica commerciale di *Tomra* hanno determinato sul mercato.

Nel dettaglio, la Commissione ha fondato su tre fattori la propria valutazione sugli effetti delle pratiche.

¹³⁵ Cfr. M. RIGUAD – D. VAIGAUSKAITE, *Prokent/Tomra, a textbook case? Abuse of dominance under perfect information*, in Competition Policy Newsletter, numero 2, 2006, pp. 20-21 secondo i quali nel caso di prodotti omogenei tale analisi permette di valutare i probabili effetti di regimi di sconto. Secondo gli autori citati, un sistema di sconti è in grado di determinare effetti anticoncorrenziali, riscontrabili indipendentemente dall'utilizzazione del descritto modello economico, se l'impresa dominante è un *partner* commerciale inevitabile.

¹³⁶ Cfr., in particolare, punto 239 della Decisione *Michelin II*, secondo la quale, “*it is sufficient to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or, in other words, that the conduct is capable of having that effect*”. Si confronti, altresì, caso T-219/99, *British Airways c/ Commissione*, punto 250.

In primo luogo, dall'analisi delle quote di mercato dell'impresa dominante e dei concorrenti è emerso che la strategia di *Tomra* ha sortito gli effetti anti-concorrenziali perseguiti. Infatti, nel periodo preso in considerazione, si è manifestata una sostanziale stabilità delle quote di mercato di *Tomra*, mantenutesi costantemente ben al di sopra di quelle dei rivali¹³⁷.

Inoltre, nel medesimo periodo, la posizione di mercato dei concorrenti ha continuato ad indebolirsi rispetto a quella del Gruppo egemone, nonostante periodici aumenti della domanda, determinati dall'imposizione di sistemi di deposito obbligatori per i punti vendita¹³⁸.

Si è, infine, constatata la vendita da parte di *Tomra* di un maggior numero di macchine RVM rispetto ai concorrenti, nel periodo in cui erano vigenti gli accordi di esclusiva, a fronte di periodi in cui in assenza di accordi con gli acquirenti, la quota di mercato di *Tomra* subiva un'inflexione negativa¹³⁹.

Pertanto, sulla scorta di questi riscontri fattuali della valutazione delle pratiche e dei loro effetti sul mercato, la Commissione è giunta alla conclusione che la politica commerciale di *Tomra* ed i suoi comportamenti erano in grado di chiudere il mercato delle macchine RVM ai concorrenti.

¹³⁷ La valutazione delle quote di mercato è particolarmente rilevante nel mercato delle macchine RVM in cui, generalmente, la domanda non rimane stabile nel corso degli anni ma tende, piuttosto, a cambiare in favore di nuovi produttori. Cfr. punto 84 della Decisione.

¹³⁸ Nel mercato oggetto di indagine, a fronte di un incremento della domanda determinato dall'introduzione di un obbligo per i punti vendita di fornirsi di macchine per la raccolta dei vuoti, si è determinato una riduzione del numero dei concorrenti. Infatti, a fronte dell'attesa di *newcomers* sul mercato di riferimento, alcuni concorrenti già presenti hanno lasciato il mercato ovvero sono stati acquisiti dalle imprese ancora operanti.

¹³⁹ La Commissione ha constatato che i clienti acquistavano un maggior numero di macchine dai concorrenti, quando non erano trattenuti da accordi di esclusiva conclusi con *Tomra* e che i concorrenti erano in grado di vendere maggiori quantitativi in corrispondenza di una più piccola porzione di domanda di mercato coperta da accordi di esclusiva determinando, quindi, una relazione tra quota non contendibile di mercato, quote di mercato dei concorrenti e quote di mercato di *Tomra*. Per una più compiuta analisi della descritta relazione cfr. M. RIGUAD – D. VAIGAUSKAITE, *Prokent/Tomra, a textbook case? Abuse of dominance under perfect information*, in Competition Policy Newsletter, n. 2, 2006, pp. 19-24, pp. 22-23.

10. Le possibili giustificazioni e le difese di *Tomra*.

A fronte del *J'Accuse* della Commissione, *Tomra* ha invocato diversi argomenti a discarico, presentando a sostegno delle proprie controdeduzioni, una valutazione economica prevalentemente incentrata sui sistemi di sconti¹⁴⁰.

La strategia difensiva tenuta dal Gruppo era chiara: piuttosto che arroccarsi su un'impraticabile linea difensiva chiusa, non potendo negare gli accordi conclusi con i clienti e documentalmente provati, *Tomra* ha tentato di presentare i medesimi accordi come rispondenti ad una logica pro-concorrenziale.

Più nel dettaglio, secondo le prospettazioni difensive, l'obiettivo perseguito e raggiunto con gli accordi esaminati dalla Commissione era, in realtà, encomiabile: *Tomra* intendeva favorire un aumento della produzione, offrendo al contempo prodotti qualitativamente migliori a prezzi più vantaggiosi ed incrementando così il benessere dei consumatori¹⁴¹.

Incensati da questa lettura in chiave quasi filantropica, gli accordi in disamina andavano riabilitati dalle ingenerose critiche, perché operanti nel segno di una concorrenza basata sul merito.

Volendo passarle in rapida rassegna, le argomentazioni difensive sostenute da *Tomra* sono compendiabili essenzialmente in quattro: a) la

¹⁴⁰ Le argomentazioni economiche avanzate da *Tomra* a fondamento della propria difesa erano essenzialmente fondate sulla riproposizione di un modello statico del *suction effect* in un mercato caratterizzato dalla perfetta informazione. In considerazione della natura individuale dei regimi di sconto applicati, il modello proposto da *Tomra* aveva quale scopo principale quello di confutare le conclusioni cui era giunta la Commissione, dimostrando l'assenza di un effetto preclusivo. Cfr. punti 347-391 della Decisione.

¹⁴¹ La Commissione ha ritenuto infondate le argomentazioni difensive in quanto *Tomra* non è riuscita a giustificare i propri comportamenti sulla base di una concorrenza effettiva e non falsata. Secondo quanto affermato dalla Commissione ed avallato dal Tribunale e dalla Corte di Giustizia, *Tomra* non è riuscita a motivare l'utilizzo degli impegni quantitativi nella definizione degli ordini, l'utilizzo della clausola di esclusiva comprendente i periodi chiave in ogni mercato interessato, l'acquisizione di concorrenti con un forte potenziale di crescita, né l'applicazione di sistemi di sconto retroattivi corrispondenti alla riduzione di costi. Cfr. punto 390 della Decisione.

presunta riduzione dei costi derivante dagli accordi raggiunti tra il fornitore dominante e gli acquirenti; b) la non imposizione degli sconti quantità e delle riduzioni del prezzo che venivano, invece, richieste dagli acquirenti; c) la mancata esecuzione degli accordi; d) ulteriori argomentazioni economiche¹⁴².

Nonostante l'approfondita analisi posta a corredo delle argomentazioni difensive svolte da *Tomra*, le quattro giustificazioni proposte dall'impresa non hanno per vero persuaso la Commissione, che le ha ritenute sostanzialmente apodittiche¹⁴³.

11. Un commento.

Al di là delle dichiarazioni di intenti, concernenti un'apertura della Commissione verso i criteri proposti nel *Discussion Paper* e l'auspicata applicazione di un *effect-based approach* nei successivi gradi del giudizio¹⁴⁴, nel caso *Tomra* non risulta chiaro se i nuovi requisiti e le nuove priorità nell'applicazione dell'art. 102 TFUE siano stati realmente ponderati¹⁴⁵.

Tuttavia, considerando la vicinanza soltanto di pochi mesi della decisione in disamina rispetto alla pubblicazione del *Discussion Paper*¹⁴⁶ si

¹⁴² Per una dettagliata analisi delle giustificazioni proposte da *Tomra*, cfr. punti 347-391 della decisione.

¹⁴³ Cfr. punto 390 della decisione ove la Commissione rigetta il modello economico proposto da *Tomra* in quanto non significativo ed irrazionale.

¹⁴⁴ Alcuni commentatori avevano auspicato una più compiuta applicazione dell'*effect-based approach* da parte del Tribunale e della Corte di Giustizia. Cfr. in tal senso, A. EZRACHI, *EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, 2nd ed., 2010.

¹⁴⁵ Per un commento critico all'applicazione dei nuovi criteri al caso *Tomra*, cfr., M. RIGUAD – D. VAIGAUSKAITE, *Prokent/Tomra, a textbook case? Abuse of dominance under perfect information*, in Competition Policy Newsletter, n. 2, 2006, pp. 19-24; S. BISHOP – M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, Sweet e Maxwell, 3rd ed., 2009; A. JONES – B. SUFRIN, *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 4th ed., 2010; A. EZRACHI, *EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, 2nd ed., 2010; RBB, *Tomra: rolling back form-based analysis of rebates?*, Brief 21, 2007, disponibile sul sito internet www.rbbecon.com.

¹⁴⁶ Come già rilevato, la decisione della Commissione è stata appellata innanzi al Tribunale il quale, il 9 settembre 2010, si è espresso favorevolmente alla decisione della Commissione, ritenendo infondati i motivi di doglianza addotti dalla società appellante. Ciononostante, *Tomra*

spiega l'inevitabile riluttanza della Commissione, ancora restia a discostarsi dall'approccio tradizionale che le consentiva di stigmatizzare politiche di sconti ogniqualvolta fossero presenti rischi sul piano concorrenziale, senza dover fornire la prova dell'attitudine ad escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente.

Sotto tale profilo, la Commissione ha analizzato gli schemi di sconti retroattivi implementati da un'impresa dominante nel mercato delle macchine per la raccolta di contenitori vuoti per bevande e la restituzione dei depositi ai consumatori, soffermandosi sulla portata della *foreclosure* e sull'impatto della pratica sulle vendite degli operatori del settore¹⁴⁷.

Sotto ulteriore profilo, pur non applicando compiutamente il test proposto dal *Discussion Paper*, la Commissione ha comunque ritenuto necessario stimare il prezzo medio che un concorrente, intenzionato a sottrarre all'impresa dominante le ultime unità del fabbisogno del cliente prima del raggiungimento delle soglie, avrebbe dovuto offrire per compensare l'acquirente della perdita del beneficio economico concesso dall'impresa egemone.

Intraprendendo la via del nuovo approccio, la Commissione ha quindi potuto constatare che, in prossimità delle soglie, le imprese rivali avrebbero dovuto offrire prezzi notevolmente ridotti, o anche negativi, per le ultime unità del fabbisogno dei clienti¹⁴⁸.

ha ulteriormente impugnato la sentenza del Tribunale innanzi alla Corte di Giustizia che, con sentenza del 19 aprile 2012, ha definitivamente avallato il giudizio della Commissione.

¹⁴⁷ Cfr. RBB, *Tomra: rolling back form-based analysis of rebates?*, Brief 21, 2007, disponibile sul sito internet www.rbbecon.com.

¹⁴⁸ Come rilevato, in sede di argomentazioni difensive, *Tomra* ha affermato che un'impresa altrettanto efficiente avrebbe potuto compensare l'acquirente per la perdita dei premi mediante l'offerta di un prezzo medio ridotto comunque superiore al livello dei costi, distribuendo il beneficio finanziario concesso dall'operatore dominante sulle unità della domanda del cliente che eccedevano l'obiettivo d'acquisto. La Commissione ha invece obiettato che la vendita dell'ultima unità prima del raggiungimento della soglia sarebbe avvenuta ad un prezzo negativo e che, quindi, avrebbe comportato una perdita per l'impresa concorrente. Cfr. *supra* par. 10 e punti 347-391 della Decisione.

Invero, alcuni autori¹⁴⁹, nell'esaminare la Decisione *Tomra*, hanno riscontrato una sottostima dell'impatto delle pratiche sul mercato, cagionata dall'omessa considerazione della possibilità, per i concorrenti, di ripartire il beneficio finanziario concesso dall'impresa egemone, non soltanto sulle ultime unità di fabbisogno del cliente prima del raggiungimento della soglia, ma anche sulle ulteriori unità contendibili della domanda, al di sotto dell'obiettivo di acquisto fissato dall'impresa egemone¹⁵⁰.

Difatti, se la porzione contendibile del fabbisogno del cliente al di sotto della soglia è sufficientemente estesa, i concorrenti potrebbero incamerare maggiori profitti vendendo un numero consistente di prodotti ad un prezzo ridotto, piuttosto che le sole unità al di sopra della soglia ad un prezzo più elevato¹⁵¹.

In conclusione, a fronte di chi¹⁵² ha riscontrato nella Decisione in questione il bicchiere mezzo pieno rappresentato da un notevole passo in avanti nella giusta direzione di una rivisitazione della prassi comunitaria in tema di abuso, altri¹⁵³ hanno trovato conferma dell'orientamento tralazio delle

¹⁴⁹ Cfr. G. FAELLA, *Incentivi alla fedeltà ed esclusione: sconti e premi fidelizzanti*, in *Mercato Concorrenza Regole*, numero 1, 2008, p. 117.

¹⁵⁰ Secondo quanto affermato dalla Commissione, era improbabile che i clienti decidessero di acquistare elevati quantitativi da un nuovo entrante, in quanto gli stessi erano soliti testare i prodotti per un certo periodo di tempo e, in caso di risultati positivi, ordinare maggiori volumi. Sebbene tale caratteristica del mercato possa aver ritardato l'accesso o l'espansione dei concorrenti, l'analisi della Commissione non sembra escludere la possibilità, per le imprese rivali, di competere per porzioni significative di fabbisogno dei clienti. Posto che le soglie di acquisto non corrispondevano necessariamente all'effettivo fabbisogno dei singoli clienti, i concorrenti minori avrebbero comunque potuto fornire alcune unità agli acquirenti interessati a differenziare le proprie fonti di approvvigionamento, consentendogli di provare prodotti alternativi. Cfr. G. FAELLA, *Incentivi alla fedeltà ed esclusione: sconti e premi fidelizzanti*, in *Mercato Concorrenza Regole*, numero 1, 2008, p.132.

¹⁵¹ La Commissione, nel *Discussion Paper*, afferma che “*The suction effect in principle is strongest on the last purchased unit of the product before the threshold is exceeded. However, what is relevant for an assessment of the loyalty enhancing effect is not competition to provide an individual unit, but the foreclosing effect of the rebate system on commercially viable amounts supplied by (potential) competitors of the dominant supplier*”. Cfr. punto 154 della Decisione

¹⁵² Cfr. M. RIGUAD – D. VAIGAUSKAITE, *Prokent/Tomra, a textbook case? Abuse of dominance under perfect information*, in *Competition Policy Newsletter*, n. 2, 2006, pp. 19-24.

¹⁵³ Cfr. G. FAELLA, *Incentivi alla fedeltà ed esclusione: sconti e premi fidelizzanti*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1/2008.

istituzioni comunitarie, a tenore del quale un'astratta potenzialità escludente è sufficiente a giustificare un intervento repressivo dell'*antitrust*, seppure con innegabili affinamenti ed una maggiore attenzione agli effetti concreti prodotti dalla pratica sul mercato.

In effetti, la Decisione sembra prestarsi ad entrambe le letture perché, pur ponendosi nel segno di un ripensamento dell'applicazione dell'art. 102 TFUE rappresenta, comunque, un esempio di deferenza verso la valutazione analitica e classica della Commissione.

In ogni caso, il caso *Tomra* non lascia ancora intravedere il futuro approccio con cui la Commissione analizzerà le pratiche escludenti.

12. Il caso *Intel*.

Il 13 maggio 2009¹⁵⁴, a pochi mesi dalla pubblicazione degli Orientamenti sulle priorità nell'applicazione dell'art. 102 TFUE, la Commissione portava a termine un'investigazione concernente *Intel Corporation* (di seguito *Intel*), adottando una decisione in tema di pratiche escludenti che, per l'entità della sanzione irrogata, è stata considerata esemplare¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Cfr. *supra* nota 2.

¹⁵⁵ La decisione in commento, oltre ad essere considerata esemplare per l'ammontare dell'ammenda irrogata ad *Intel*, pari ad € 1.060.000,00, è di assoluto rilievo perché adottata in un periodo di poco successivo alla pubblicazione degli Orientamenti. Nonostante il procedimento abbia avuto inizio prima della pubblicazione delle Linee Guida sull'art. 102 TFUE, per questo non applicabili al caso, la Commissione ha affermato espressamente di avere operato in linea con le nuove modalità di applicazione dell'art. 102 TFUE. Cfr., in particolare, punto 916 della decisione, nella parte in cui la Commissione afferma "*The Commission considers that the guidance paper does not apply to this case. The Commission nevertheless takes the view that this Decision is in line with the orientations set out in the guidance paper*". Per un commento si confrontino G. COLANGELO, *Sconti condizionati e test del concorrente parimenti efficiente: il caso Intel*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, numero 3, 2009, pp. 603-607; A. BRICE – B. GABOR – B. BÖSZE – C. HÖDLMAYR – D. KAMISKI – M. SCHOLZ, *Commission finds abuse of dominance in the Intel Case*, in *Competition Policy Newsletter*, n. 3, 2009, pp. 31-37; D. GERADIN, *The decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?*, disponibile su www.intel.com/pressroom/legal/docs/Damian, p. 1-24.

Prima di addentrarsi nella disamina dettagliata delle pratiche attuate da Intel, appaiono necessarie alcune brevi annotazioni.

In primo luogo, per quanto concerne le parti interessate dalla decisione, giova precisare che *Intel*, società operante a livello mondiale nel mercato della produzione di microprocessori, è l'operatore *leader* nel mercato di riferimento¹⁵⁶. L'unico vero soggetto concorrente della società in questione è proprio il denunciante, *Advanced Micro Devices Inc.* (di seguito *AMD*), anch'essa protagonista nel settore della produzione di microprocessori¹⁵⁷.

¹⁵⁶ La Commissione, sulla base della giurisprudenza tradizionale, ha considerato *Intel* in posizione dominante. Difatti, *Intel* detiene elevate quote di mercato che si aggirano, costantemente, tra il 70% e l'80% in tutti i mercati considerati. Come noto, la giurisprudenza considera quote di mercato così elevate un chiaro indice dell'esistenza di una posizione di egemonia. In considerazione anche della presenza di barriere all'ingresso e all'espansione particolarmente rilevanti – da una parte la natura e l'entità dei *sunk costs* necessari in combinazione anche con la necessità di ottenere licenze ed autorizzazioni, dall'altra la significativa differenziazione dei prodotti e dei marchi – la Commissione ha, altresì, considerato particolarmente difficile per un concorrente potenziale accedere al mercato di riferimento. Per una ricostruzione della giurisprudenza si confrontino caso T-30/89, *Hilti c/ Commissione*; caso 27/76 *United Brands and United Brands Continental c/ Commissione*; caso 85/76 *Hoffman-La Roche c/ Commissione*; caso 322/81 *Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I) c/ Commissione*; caso T-203/01 *Michelin c/ Commissione (Michelin II)*. Cfr. *supra* capitolo terzo.

¹⁵⁷ Come rilevato dalla Commissione e come pacificamente riconosciuto dalle società parti del procedimento in commento, *Intel* ed *AMD* erano entrambi operatori economici attivi, a livello mondiale, nel mercato della produzione dei microprocessori. La descritta circostanza, nonché l'assenza di qualsivoglia contestazione sul punto, ha reso pacifica la determinazione del mercato geografico rilevante avente dimensione mondiale. Controversa è, invece, la qualificazione del mercato del prodotto rilevante, identificato dalle unità centrali di elaborazione, ossia i microprocessori, basati sulla tecnologia *CPU x86*. Ebbene, per giungere a siffatta determinazione del mercato del prodotto rilevante, la Commissione ha svolto una complessa analisi sulle possibili relazioni di sostituibilità dal lato della domanda e dell'offerta. I microprocessori, definiti dalla Commissione "*the computer's brain*", possono essere divisi in due categorie: processori basati sull'architettura *x86* – oggetto della Decisione – e processori basati su altre tecnologie. I microprocessori *CPU x86* costituiscono un'innovazione sviluppata da *Intel*, capaci di supportare diversi sistemi operativi e, dal 2000, prodotti soltanto *Intel* e *AMD*, sebbene a prezzi notevolmente diversi. Per quanto concerne l'individuazione del mercato del prodotto rilevante, la Commissione ha valutato la possibilità di trovare una sostituibilità tra: a) *CPU* per *desktop*, computer, *laptop* e server; b) *CPU* destinati ad uso commerciale e privato; c) *CPU* con tecnologia *x86* e con altre tecnologie; d) *CPU* per computer o per altri dispositivi. Ebbene, tanto dal lato della domanda quanto dal lato dell'offerta, sono stati considerati beni sostituibili le *CPU* per tutti i componenti del computer (*desktop*, computer, *laptop* e server), nonché quelli destinati all'uso commerciale e privato. Diversamente, non sono state considerati sostituibili le *CPU* dotate di tecnologia *x86* con quelli basati su diversa tecnologia né, tantomeno, le *CPU* da installare all'interno dei computer ovvero in altre apparecchiature. La Commissione ha, quindi, individuato un unico mercato del prodotto rilevante, ossia quello *CPU x86*. Cfr. punti 836 e 792-835 della decisione.

Al fine di meglio inquadrare lo scenario in cui si colloca la Decisione in disamina, occorre ancora premettere che *AMD* costituiva una minaccia competitiva sempre crescente per la concorrente, essendo capace di immettere nel mercato, a prezzi competitivi, prodotti frutto di una tecnologia più avanzata e con *performance* addirittura migliori rispetto a quelli a marchio *Intel*, così guadagnandosi un crescente interesse da parte dei maggiori *OEM*¹⁵⁸.

Ebbene, la denuncia presentata da *AMD* nell'ottobre del 2000 e le successive integrazioni, davano la stura, nel maggio del 2006, alle investigazioni della Commissione, all'esito delle quali *Intel* era sanzionata per abuso di posizione dominante.

Come si illustrerà più dettagliatamente in seguito, l'indagine ha individuato due distinte pratiche, attuate da *Intel* tra il 2002 e il 2007 e inquadrate quali articolazioni di un'unica strategia volta ad escludere *AMD* dal mercato¹⁵⁹.

Un primo fronte delle investigazioni ha esplorato i sistemi scontistici escogitati e praticati da *Intel* in favore dei maggiori distributori europei, condizionati al riconoscimento di un rapporto di esclusiva o di quasi esclusiva. In alcune ipotesi, sono perfino emersi veri e propri pagamenti effettuati ai medesimi distributori ed anche al maggiore rivenditore europeo allo scopo di determinare ritardi o altre limitazioni nella commercializzazione dei prodotti realizzati con microprocessori *AMD*.

¹⁵⁸ Cfr. punto 1595 della Decisione, nella parte in cui si legge “*The large OEMs are aware of their own significance in the market, and their potential ability to change market tends in a way that would have a significant impact on Intel's market capitalization. [...]*”, nonché punti 1693-1732.

¹⁵⁹ Per una compiuta descrizione delle pratiche oggetto del provvedimento in commento, cfr. *infra* par. 12.

Sull'altro versante, la Commissione ha riscontrato altre pratiche, c.d. *naked restrictions*, attuate da *Intel* per perseguire la medesima finalità escludente¹⁶⁰.

In ragione di tali risultanze, la Commissione ha ritenuto che le pratiche poste in essere da *Intel* fossero in grado di determinare ed hanno di fatto determinato un effetto di *foreclosure* nel mercato delle *CPU*.

13. La strategia e le pratiche poste in essere da *Intel*.

Come sopra si accennava, soprattutto a partire dal 2001 *AMD* iniziava a costituire una crescente minaccia concorrenziale per *Intel* che si manifestava in un progressivo incremento degli acquisti dei microprocessori *AMD* da parte dei principali *OEM*¹⁶¹.

Orbene, piuttosto che reagire, per esempio, con investimenti nella ricerca finalizzati a migliorare la qualità dei propri prodotti, all'avanzamento della posizione di *AMD*, *Intel* reagiva con una strategia volta ad escludere la concorrente dal mercato, attuata stringendo accordi con le proprie controparti commerciali.

Più nel dettaglio, le pratiche di *Intel*, ascrivibili tutte ad una strategia escludente unitaria, possono essere compendiate in tre tipologie: a) sconti condizionati retroattivi, concessi ai maggiori *OEM* (*Dell*, *HP*, *Nec*, *Acer* e

¹⁶⁰ Per un'analisi compiuta di tali ulteriori restrizioni si confrontino punti 1641-1748 della Decisione. Cfr., altresì, A. BRICE – B. GABOR – B. BÖSZE – C. HÖDLMAYR – D. KAMISKI – M. SCHOLZ, *Commission finds abuse of dominance in the Intel Case*, in *Competition Policy Newsletter*, n. 3, 2009, pp. 34-35.

¹⁶¹ La Commissione, grazie anche alle interviste rilasciate dai soggetti destinatari della politica commerciale di *Intel*, ha rilevato la crescente minaccia competitiva di *AMD*. Cfr. punti 1693-1732 e 1585 della decisione nonché, a titolo esemplificativo, punti 150-151, nella parte in *HP* afferma “*AMD's Athlon desktop processor had a unique architecture, was more efficient on many tasks*”.

Lenovo); b) pagamenti condizionati, accordati al più importante distributore europeo al dettaglio (*Media-Saturn Holding – MSH*); c) *naked restrictions*¹⁶².

13.1. Gli sconti condizionati.

La prima delle pratiche di *Intel* esaminate dalla Commissione è stata quella degli sconti condizionati all'ottenimento di un rapporto di esclusiva o di quasi esclusiva.

Tali sconti erano riconosciuti da *Intel* al superamento da parte dei clienti, in un periodo di tempo determinato, di una soglia di acquisti e/o di vendite prestabilite.

L'effetto di tali pratiche era evidentemente quello di fidelizzare i clienti anche in considerazione del fatto che le soglie pattuite coprivano la totalità o la quasi totalità del fabbisogno dei clienti.

Anticipando sin d'ora quanto si dirà più compiutamente nel prosieguo¹⁶³, la Commissione, sul solco del consolidato quadro giurisprudenziale¹⁶⁴, secondo cui costituisce abuso di posizione dominante la concessione di sconti volti ad incentivare i clienti a rifornirsi esclusivamente

¹⁶² Nella presente trattazione, così come nella Decisione della Commissione, l'attenzione sarà focalizzata maggiormente sull'analisi degli sconti e dei pagamenti condizionati, piuttosto che sulle *naked restrictions*. Per una descrizione di tali ulteriori restrizioni si confronti *infra*, par. 13.3. nonché punti 1641-1748 della Decisione. Per un commento, cfr. A. BRICE – B. GABOR – B. BÖSZE – C. HÖDLMAYR – D. KAMISKI – M. SCHOLZ, *Commission finds abuse of dominance in the Intel Case*, in *Competition Policy Newsletter*, n. 3, 2009, pp. 34-35.

¹⁶³ Cfr. *infra* par. 14.

¹⁶⁴ La Commissione si rifà alle pronunce *Michelin II* e *British Airways*, ove si rilevava che un'impresa che si trova in posizione dominante su un mercato e che lega l'acquirente con l'obbligo o la promessa di ottenere tutto o la maggior parte del fabbisogno presso l'impresa dominante abusa della propria posizione, in evidente violazione dell'art. 102 TFUE se l'obbligo o la promessa è stipulato senza altra giustificazione o se comunque è una conseguenza della concessione degli sconti. Lo stesso si sosteneva se l'impresa applica un sistema di sconti fedeltà subordinato all'impegno del cliente di rifornirsi per tutto o la maggior parte del proprio fabbisogno dall'impresa dominante. Nonostante Intel avesse sottolineato la necessità per la Commissione di dimostrare che il sistema di sconti in questione fosse realmente in grado di incidere sulla posizione dei concorrenti, la Commissione, sulla base della citata giurisprudenza, ha ritenuto non necessario dimostrare il concreto effetto sul mercato essendo, invece, sufficiente dimostrare la finalità escludente della condotta abusiva.

presso l'impresa egemone, inibendo l'approvvigionamento presso i produttori concorrenti, ha ritenuto che il livello degli sconti concessi da *Intel* a *Dell*, *HP*, *Nec Acer* e *Lenovo* avessero tali caratteristiche, essendo subordinati alla condizione che tali società si rifornissero esclusivamente o quasi da *Intel*.

Prima di passare alla disamina degli schemi scontistici e dei pagamenti offerti da *Intel*, è utile passare sinteticamente in rassegna le posizioni delle singole controparti commerciali e gli accordi loro proposti dall'impresa egemone.

13.1.1. Gli sconti concessi a *Dell*.

Dell è uno dei più importanti produttori di computer e server. Negli anni scrutinati dalle indagini della Commissione, avendo incrementato sensibilmente la propria quota di mercato, questa società è diventata un *partner* commerciale di primo piano per i produttori di *CPU*¹⁶⁵.

In effetti, i rapporti commerciali tra *Dell* ed *Intel* erano sempre stati particolarmente intensi, come può evincersi dalla circostanza che fino al 2006 *Dell* produceva unicamente computer *Intel-based*. Eppure, nel maggio di quel medesimo anno, *Dell* decideva di intraprendere la produzione anche di computer con tecnologia *AMD*¹⁶⁶.

La reazione di *Intel* alla svolta imprenditoriale di quello che fino ad allora era stato un *partner* esclusivo era la predisposizione di un sistema di sconti, condizionati al riconoscimento da parte di *Dell* dell'acquisto esclusivo del suo intero fabbisogno¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Dalla documentazione offerta in comunicazione alla Commissione si evince la notevole rilevanza di *Dell* nella qualità di acquirente di microprocessori. Cfr. punto 182 della Decisione.

¹⁶⁶ Cfr. punti 183-186 della Decisione.

¹⁶⁷ Il sistema di sconti proposto a *Dell*, condizionato ad un rapporto di esclusiva totale a favore di *Intel*, prevedeva cinque diverse modalità di riconoscimento dello sconto. Cfr. punti 193-216 della Decisione.

Oltre ad essere condizionati al riconoscimento dell'esclusiva a favore di *Intel*, questi schemi scontistici erano, altresì, applicati retroattivamente su tutta la gamma di acquisti effettuata da *Dell* nel periodo di riferimento.

Con tutta evidenza, il descritto meccanismo era dotato di un'immanente carica fidelizzante, perché ingenerava nel cliente un concreto interesse a restare fedele all'impresa dominante, per ottenere condizioni economiche più vantaggiose.

A tal proposito, occorre ribadire che la carica fidelizzante era accentuata dall'applicazione di tali sconti a tutta la gamma rilevante di produzione, con l'applicazione di un sistema opaco che prevedeva sconti in fase di continua negoziazione¹⁶⁸.

Ciò posto, le caratteristiche tratteggiate di questi sistemi scontistici hanno sortito gli effetti sperati da *Intel*, inducendo *Dell* ad operare un repentino cambiamento della propria politica commerciale, tornando a rifornirsi esclusivamente dalla società *leader* nel mercato¹⁶⁹.

In ragione di ciò, la Commissione li ha stigmatizzati, ritenendoli in violazione dell'art. 102 TFUE¹⁷⁰.

¹⁶⁸ *Intel*, in sede di argomentazione difensiva, ha affermato che gli sconti non potevano essere valutati alla stregua di quelli sanzionati nel caso *Michelin I* in quanto, mentre in tale secondo caso era stata disposta una griglia di sconti che rendeva i prezzi oscuri, il comportamento di *Intel* non aveva determinato un'assenza di trasparenza nella determinazione del prezzo finale. Cfr. punto 243 della Decisione.

¹⁶⁹ Nonostante le evidenze acquisite dalla Commissione, *Intel*, in sede di argomentazioni difensive, ha ritenuto che gli sconti concessi a *Dell* non fossero assolutamente condizionati all'esclusiva. Secondo quanto affermato da *Intel*, infatti, “*the evidence quoted by the Commission does not legitimately support an inference of an exclusivity agreement between Intel and DELL*”. Tuttavia, le prove documentali raccolte dalla Commissione, segnatamente, da alcune *mail* scambiate tra le parti descrivono le conseguenze in cui sarebbe incorsa *Dell* se avesse deciso di rifornirsi da *AMD*, ossia la perdita degli sconti originariamente concessi. Cfr. punti 244-248 della Decisione.

¹⁷⁰ Ai punti 323-324 della Decisione, la Commissione afferma “*In light of the consistent contemporaneous evidence from within Intel and Dell described above as well as the company statement provided by Dell, it is concluded that the level of Intel MCP rebates to Dell in the period between December 2002 and December 2005 was conditional upon Dell remaining exclusive with Intel*” ed ancora “*Intel's claim that the level of the MCP rebates during the period in question was not conditional on exclusivity is not plausible. Intel's main factual argument relies on one piece of non-contemporaneous evidence ([Dell executive]'s testimony), which when assessed for its actual content and viewed in the light of the context of that*

13.1.2. Gli sconti ed i pagamenti concessi ad *HP*.

Come riconosciuto anche da *Intel*, la società *HP* è uno dei dieci più importanti acquirenti di *CPU x86*, in termini di volumi di acquisto nonché un importante operatore economico nel mercato dei *desktop*¹⁷¹.

Orbene, nel periodo oggetto del provvedimento in esame, la società in parola si riforniva tanto da *Intel* quanto da *AMD*.

Incalzata dall'attacco competitivo di *AMD*, desiderosa di conquistare fette sempre maggiori di mercato, *Intel* offriva ad *HP* un sistema di sconti, che prevedeva due generazioni di accordi, c.d. "*HP Alliance Agreement*"¹⁷².

Più in dettaglio, gli sconti concessi ad *HP* erano assoggettati alle seguenti condizioni non scritte¹⁷³ ma comunque imperative: a) il riconoscimento da parte di *HP* di un'esclusiva del 95% a favore di *Intel*¹⁷⁴; b) particolari modalità di distribuzione dei prodotti *AMD*¹⁷⁵; c) un ritardo di sei mesi nel lancio dei nuovi prodotti *AMD-based*.

evidence, Dell's subsequent submission to the Commission and the significant amount of contemporaneous evidence at the Commission's disposal, cannot be considered as supporting Intel's contentions".

¹⁷¹ Cfr. punto 325 della Decisione.

¹⁷² La prima generazione di accordi, c.d. *HPA1*, aveva una durata di dodici mesi ed era strutturata in modo da permettere ad ogni parte di recedere con un preavviso di 30 giorni. L'accordo è stato rispettato per sette mesi al termine dei quali è stato siglato un nuovo accordo di durata annuale. Anche tale seconda generazione di accordi, c.d. *HPA2*, aveva durata annuale ma aveva un oggetto più ampio, prendendo in considerazione anche la linea commerciale dei *desktop business*. In aggiunta a quanto previsto precedentemente, in *HPA2* le parti avevano anche pattuito la concessione di sconti *target* che *Intel* avrebbe riconosciuto ad *HP* una volta che quest'ultima avesse superato un certo quantitativo di acquisti. Cfr. punti 336-347 della Decisione.

¹⁷³ L'esistenza delle descritte condizioni, seppur non scritte, è documentalmente provata e si ricava da diverse *mail* che le parti si sono scambiate nel periodo di vigenza degli accordi. Cfr. punto 351 della Decisione.

¹⁷⁴ Secondo gli accordi raggiunti tra *Intel* ed *HP*, quest'ultima per ottenere la concessione dello sconto promesso, doveva garantire un'esclusiva di acquisto del 95% del proprio fabbisogno ad *Intel* la quale, tuttavia, ha negato l'esistenza di tale condizione ritenendola non provata ed affermando, altresì, che era stata *HP* ad offrire spontaneamente tale esclusiva. Cfr. punti 348-350 della Decisione.

¹⁷⁵ Le parti convenivano che "(i) direct HP's AMD-based business desktops to SMB [Small and Medium Business] and government, educational and medical (GEM) customers rather than to mainstream (or "enterprise") business customers; and (ii) preclude HP's channel partners from stocking the AMD-based business desktops, so that these desktops would only be

Giova fin da adesso rilevare che *HP* ha candidamente riconosciuto che gli sconti concessi da *Intel* sono stati il fattore determinante per l'accettazione dell'accordo *HPA*.

Dalle investigazioni è emerso inoltre che se *ADM* avesse voluto compensare *HP* per la perdita degli sconti di *Intel*, avrebbe dovuto affrontare significativi oneri finanziari, effettuando vendite sottocosto.

Conseguentemente, la Commissione ha ritenuto che il livello di sconti praticati da *Intel* ha, di fatto, condizionato *HP* nella scelta della propria controparte commerciale, qualificando i medesimi come fidelizzanti ed abusivi, avendo avuto l'effetto di restringere la libertà di scelta di *HP*¹⁷⁶.

13.1.3. Gli sconti ed i pagamenti concessi ad *Acer*.

Anche *Acer* può essere considerato uno dei più importanti produttori mondiali di computer e server¹⁷⁷.

Analogamente a quanto già riscontrato nel comportamento di *Dell*, la società cinese inizialmente si riforniva esclusivamente delle *CPU x86* prodotte da *Intel*, mentre, a partire dalla seconda metà del 2001, quando *AMD* ha incrementato sensibilmente i quantitativi di microprocessori immessi nel mercato, iniziava a rifornirsi anche dal concorrente.

Anche in questo caso, *Intel* ha risposto alla spinta concorrenziale di *AMD*, predisponendo il consueto sistema di sconti condizionati¹⁷⁸.

available to customers by ordering them from HP (either directly or via HP channel partners acting as sales agent). This is know within HP as a direct"top config" go-to-market model". Cfr. punto 348 della Decisione.

¹⁷⁶ *Intel* ha tentato di avanzare delle giustificazioni al proprio comportamento commerciale, ciononostante, non è riuscita a dimostrare l'assenza di restrizioni alla commercializzazione dei prodotti *AMD*. Cfr. punti 361-412 della Decisione.

¹⁷⁷ L'importanza di *Acer* nel mercato dei computer e dei server è comprovata dalle quote di mercato da essa detenute che si aggiravano tra il 70% e l'80%. Cfr. punto 414 della Decisione.

¹⁷⁸ La concessione di sconti ad *Acer* è palesata da un gran numero di *mail* scambiate tra i due *partner* commerciali nonché da una lettera di intenti ove veniva specificato che "*Acer decides, per its own business discretion, will not plan K8 desktop product to be launched before 4/14 internal executive meeting*" ed in conseguenza della quale *Acer* decideva di posticipare il

Detta politica commerciale è risultata parecchio efficace. È sufficiente, a tal proposito, rilevare che *Acer* in un primo momento decideva di ritardare il lancio dei prodotti *AMD-based*, originariamente programmato per settembre 2003, soltanto a gennaio 2004 e, successivamente, addiveniva alla determinazione di rinunciarvi del tutto.

In effetti, secondo quanto emerso dall'investigazione, la cancellazione del lancio dei prodotti *AMD-based*, cioè, in altri termini, l'abbandono di un rapporto di partenariato con *AMD*, è stato un effetto proprio degli accordi con *Intel*¹⁷⁹.

13.1.4. Gli sconti concessi a *Nec*.

Tra il 2000 ed il 2005 *Nec*, uno dei principali operatori nel mercato di riferimento, operava attraverso due società interamente controllate: *Nec Japan* e *Nec Computer International*¹⁸⁰, attive nel mercato giapponese e in quello americano, la prima, e nel mercato europeo, la seconda.

Nel corso del 2003, *Intel* intavolava delle trattative con *Nec*, allo scopo di rinverdire questa relazione commerciale. L'intento era di spostare l'ago della bilancia in favore dei prodotti con tecnologia *Intel*, a discapito dei rapporti commerciali nel frattempo intrattenuti con *AMD*. In particolare, la strategia delineata prevedeva il riconoscimento a *Nec* di sconti condizionati all'acquisto da *Intel* di almeno l'80% del proprio fabbisogno¹⁸¹.

lancio dei prodotti *AMD* e di restringere sensibilmente l'area geografica in cui operare il lancio . Cfr. punti 420-423 della Decisione.

¹⁷⁹ Cfr. punto 450 della Decisione.

¹⁸⁰ Cfr. punto 452 della Decisione.

¹⁸¹ La strategia delineata da *Intel* e *Nec*, definita "*Realignment Plan, i.e. a plan that reversed the trend of Intel's decreasing x86 CPU share at NEC*", è compiutamente descritta dalla Commissione al punto 455 della Decisione cui si rimanda.

Anche in questa ipotesi, come per quelle in precedenza illustrate, gli sconti hanno, di fatto, condizionato le opzioni strategiche di *Nec*, inducendola a rifornirsi quasi esclusivamente da *Intel*.

Più nel dettaglio, gli sconti significativi riconosciuti a *Nec* a fronte dell'acquisto quasi esclusivo da *Intel* del suo fabbisogno, pur variamente articolati, erano sempre riconosciuti soltanto al raggiungimento della soglia pattuita sull'intera gamma di acquisti, in maniera retroattiva¹⁸².

Anche in questo caso, la Commissione ha ritenuto che il livello degli sconti accordati da *Intel*, tra il 2002 ed il 2005, sia stato condizionante per *Nec*, avendola indotta a non rifornirsi dai concorrenti e che, di conseguenza, gli sconti applicati erano abusivi in ragione del loro carattere fidelizzante.

13.1.5. Gli sconti ed i pagamenti concessi a *Lenovo*.

Tra il 2005 ed il 2006 *Lenovo*, forse il più importante produttore di computer a livello mondiale, iniziava a ridisegnare le proprie relazioni commerciali con *Intel*, prendendo in considerazione la possibilità di produrre e commercializzare anche *notebook AMD-based*¹⁸³. Nonostante ciò, anche nel corso delle negoziazioni con *AMD*, *Lenovo* continuava a coltivare le proprie relazioni concorrenziali di *Intel* con cui, nel dicembre del 2007, concludeva un accordo poi inquadrato anch'esso nella strategia di esclusione di *AMD* dal mercato¹⁸⁴.

¹⁸² Cfr. punto 456 della Decisione ove si legge “*The Realignment Plan foresaw that NEC's worldwide share of Intel x86 CPUs in its client Pcs should reach 80%, with [...] share increasing to 90% and [...] share increasing to 70%. in return for the market share realignment, Intel awarded significant rebates to NEC in different form*”.

¹⁸³ Cfr. punto 505 della Decisione, nella parte in cui si legge “*Intel platform brand is increasingly not cost competitive*” e “*Intel was losing the battle with AMD on price and reliability*”.

¹⁸⁴ L'accordo raggiunto tra *Lenovo* ed *Intel* prevedeva la predisposizione di un sistema di sconti valido per l'intero esercizio finanziario del 2007 i cui pagamenti sarebbero stati effettuati con cadenza trimestrale.

In particolare, il contenuto dell'accordo prevedeva l'impegno, per *Lenovo*, di ritardare il lancio dei prodotti *AMD* in cambio di sconti per l'esercizio finanziario 2007, che si aggiungevano ai pagamenti già programmati nel periodo finanziario precedente¹⁸⁵.

A queste condizioni espressamente pattuite tra le parti, se ne aggiungeva anche una non scritta.

Difatti, dall'analisi dei rapporti instaurati tra *Intel* e *Lenovo* si evince che gli sconti erano inestricabilmente legati alla condizione di non lanciare i prodotti *AMD*¹⁸⁶ e di acquistare in esclusiva i *notebook Intel-based*¹⁸⁷.

In effetti, nonostante le caratteristiche dell'offerta di *AMD*, che garantiva una migliore distribuzione di un prodotto dotato di un ottimo rapporto qualità/prezzo, *Lenovo* ha ritenuto più conveniente rispettare l'esclusiva e, quindi, non rifornirsi dal concorrente.

In conclusione, a seguito della rinegoziazione degli accordi conclusi con *Intel*, il lancio dei prodotti *AMD* è stato dapprima posticipato e, successivamente, annullato.

La Commissione ha, quindi, concluso che gli sconti hanno condizionato *Lenovo* e ridotto la sua libertà di scelta, stigmatizzandone la natura fidelizzante.

¹⁸⁵ Cfr. punto 510 della Decisione.

¹⁸⁶ Cfr. punto 532 della Decisione.

¹⁸⁷ *Lenovo* accordava ad *Intel* l'esclusiva degli acquisti comportando, di fatto, la cancellazione di tutti gli ordini di *AMD*. In sede di argomentazioni difensive, *Intel* ha affermato l'inesistenza di un accordo di esclusiva nonché qualsiasi collegamento tra gli sconti concessi a *Lenovo* e la sua decisione di posticipare il lancio dei prodotti *AMD*. Tuttavia, secondo quanto affermato dalla Commissione, *Intel* non è riuscita a provare quanto affermato. Cfr. punto 540 della Decisione, nonché punto 559 nella parte in cui si legge "*Intel has provided no argument and/or document which would alter the basis for this Commission finding*".

13.2. I pagamenti a *Media-Saturn Holding GmbH (MSH)*.

*MSH*¹⁸⁸ non intratteneva un rapporto diretto con Intel ma acquistava prevalentemente *desktop* e computer portatili già assemblati dai produttori.

Ciò nonostante, è emerso che *Intel* ha intrattenuto nei confronti della predetta società rapporti poi accostati dalla Commissione¹⁸⁹ a quelli generalmente sussistenti tra un fornitore ed i propri clienti diretti, avendo riconosciuto pagamenti diretti in contanti e sconti retroattivi concessi in relazione agli acquisti effettuati durante un periodo di riferimento¹⁹⁰.

In aggiunta ai sistemi di sconti contrattualizzati nei singoli accordi raggiunti tra *MSH* ed *Intel*, le parti erano anche addivenute ad un tacito accordo di esclusiva. *MSH* era, infatti, perfettamente consapevole che la *partnership* con *Intel* postulava il riconoscimento di acquisti in esclusiva, o in quasi esclusiva di prodotti basati sulla tecnologia *Intel*. Tale clausola non scritta, era parte integrante dell'accordo¹⁹¹ ed era mantenuta segreta per garantire il buon esito degli accordi.

¹⁸⁸ *Media-Saturn Holding GmbH (MSH)*, società tedesca operante nel settore della distribuzione al dettaglio di prodotti elettronici, presente in 14 paesi europei, può essere considerata il più importante distributore europeo, in termini di volume e di quote di mercato.

¹⁸⁹ Cfr. punto 581 della Decisione.

¹⁹⁰ Gli accordi conclusi tra *Intel* ed *MSH* avevano una durata limitata ed erano in costante negoziazione. Tali accordi, di natura prettamente finanziaria, possono essere distinti in tre categorie. Il primo basato sulla condizione per cui *MSH*, a fronte di un contributo concesso da *Intel*, acquistava i microprocessori per integrarli nei computer da assemblare. Il secondo, concluso alla scadenza del descritto accordo e di identica natura. Il terzo introduceva, invece, il concetto di "*payment*" e descriveva il meccanismo di tali pagamenti, aventi anch'essi natura finanziaria. La struttura ed il calcolo degli sconti era concordata tra le parti che avevano individuato due periodi distinguendo tra "*payments under the early agreements*" e "*payments under the Contribution Agreements*". I primi erano, a loro volta, distinti in tre periodi di riferimento, i primi due basati su parametri calcolati da *Intel* in base alla durata del contratto; il terzo introduceva, invece, il concetto di "*rebates*". Nel dettaglio, prendendo come parametro di riferimento le vendite di *MSH* stimate in un determinato periodo, le parti concordavano un importo minimo di acquisti in aggiunta ai quali *Intel* concedeva un contributo *extra* per tutti gli acquisti ulteriori. I pagamenti effettuati sotto il *Marketing Development Fund* prevedevano, invece, delle attività promozionali. Per una panoramica completa degli accordi raggiunti con *MSH*. Cfr. punti 584-617 della Decisione.

¹⁹¹ Cfr. punto 621-659 della Decisione ove si legge "*The unwritten exclusivity requirement was considered an integral part of the written funding agreements throughout the parties' entire*

Sulla base di questi riscontri, la Commissione è giunta alla conclusione che gli accordi raggiunti tra *Intel* e *MSH* erano idonei a produrre il medesimo effetto degli sconti fedeltà¹⁹².

Tali pratiche determinavano, infatti, una limitazione della libertà di scelta di *MSH*, a detrimento della varietà dell'offerta per i consumatori finali.

13.3. Le c.d. *naked restrictions*.

Le c.d. *naked restrictions* sono delle ulteriori pratiche anti-concorrenziali poste in essere da *Intel*, di cui giova dare atto per completezza, essendo state anch'esse funzionali all'obiettivo di escludere *AMD* dal mercato.

Più nel dettaglio, si tratta di accordi in base ai quali *Intel* ha effettuato pagamenti ai principali *OEM*, in particolare ad *HP*, *Acer* e *Lenovo*, affinché ritardassero o annullassero il lancio dei prodotti con tecnologia *AMD* e, comunque ne limitassero la distribuzione¹⁹³.

contractual relationship". La descritta circostanza era provata da numerosi documenti interni e *mail* che le parti si scambiavano in sede di rinegoziazione del loro rapporto commerciale.

¹⁹² Cfr. punto 788 della Decisione.

¹⁹³ Peculiarità delle *naked restrictions* non era rappresentata soltanto dalla durata, più breve rispetto a quella degli sconti condizionati, ma anche dall'oggetto, in quanto si tratta di restrizioni rivolte ad uno specifico prodotto, ad una linea di prodotti ovvero ad un canale distributivo ben individuato. *Intel* accordava pagamenti subordinati alla condizione che *HP*, *Acer* e *Lenovo* ritardassero o annullassero il lancio dei prodotti *AMD* o, comunque, a condizione che ne limitassero la produzione. Più nel dettaglio, le restrizioni possono essere così sintetizzate: a) concessione, dal novembre 2002 al maggio 2005, di pagamenti subordinati alla condizione che ne vendesse computer aziendali fissi con tecnologia *AMD* solo a piccole e medie imprese e solo tramite canali di distribuzione diretta e che ritardasse di sei mesi il lancio in Europa del suo primo computer aziendale fisso; b) concessione di pagamenti ad *Acer*, subordinati alla condizione che spostasse dal settembre 2003 al gennaio 2004 il lancio di un portatile con tecnologia *AMD*; c) concessione di pagamenti a *Lenovo*, subordinati alla condizione che spostasse dal giugno 2006 alla fine del 2006, il lancio di un portatile con tecnologia *AMD*. Secondo l'analisi svolta dalla Commissione, anche questi comportamenti hanno arrecato un pregiudizio diretto alla concorrenza ed ai consumatori. Infatti, da una parte l'entrata sul mercato di un prodotto che un fornitore aveva attivamente pianificato è stata ritardata ed ostacolata; dall'altra, i consumatori hanno visto ridotta la loro libertà di scelta. Inoltre, i pagamenti di *Intel* non erano correlati ad alcuna legittima giustificazione oggettiva, né ad alcuna motivazione in termini di efficienza. Cfr. punti 1641-1748 della Decisione. Per un'analisi della giurisprudenza richiamata dalla Commissione, si confrontino caso T-203/01 *Michelin II*; caso T-228/97 *Irish Sugar c/ Commissione*, nella quale il Tribunale di primo grado concludeva rilevando che un'impresa in posizione dominante che predispone degli accordi di

La Commissione ha valutato anche della liceità delle c.d. *naked restrictions*, basando la propria decisione sulla giurisprudenza fino ad allora maturata¹⁹⁴.

Nella Decisione si è riscontrato un contenuto più circoscritto di tali restrizioni rispetto agli sconti condizionati, trattandosi di pratiche di breve durata, rivolte ad un prodotto specifico oppure ad una determinata linea di prodotti o ad un particolare canale di vendita.

Nonostante ciò, ad avviso della Commissione attraverso tali pratiche *Intel* ha arrecato un diretto pregiudizio alla concorrenza e ai consumatori avendo ottenuto ritardi o limitazioni all'immissione sul mercato di un prodotto che un fornitore aveva pianificato di lanciare, con palesi ricadute in termini di varietà dell'offerta ai consumatori finali.

Peraltro, secondo l'analisi della Commissione, queste pratiche di *Intel*, non costituivano estrinsecazioni del normale dispiegarsi di una concorrenza basata sui prezzi, non essendo le finalità perseguite con detti pagamenti né correlate ad alcuna legittima giustificazione oggettiva, né scusabili sulla base di ragionamenti condotti in termini di efficienza¹⁹⁵.

14. La valutazione delle pratiche di *Intel*.

Le indagini condotte dalla Commissione hanno evidenziato che *Intel* accordava sconti e pagamenti ai principali produttori di computer nonché ad

scambio è in grado di impedire al concorrente di essere presente sul mercato recando un evidente pregiudizio alla struttura concorrenziale.

¹⁹⁴ Cfr. causa T-228/97, *Irish Sugar*.

¹⁹⁵ Cfr. punti 1641-1748 della Decisione. Per un commento alle *naked restrictions* cfr. A. BRICE – B. GABOR – B. BÖSZE – C. HÖDLMAYR – D. KAMISKI – M. SCHOLZ, *Commission finds abuse of dominance in the Intel Case*, in *Competition Policy Newsletter*, n. 3, 2009, pp. 31-37.

uno dei maggiori distributori europei, subordinandoli all'acquisto esclusivo o quasi esclusivo del proprio fabbisogni di CPU¹⁹⁶.

Inoltre, sulla scorta delle indicazioni desumibili dalla giurisprudenza tradizionale, la Commissione ha ritenuto abusivi detti sconti e pagamenti proprio in considerazione del forte effetto fidelizzante ottenuto attraverso queste pratiche¹⁹⁷.

Pur aderendo alla linea interpretativa da sempre patrocinata dalla Corte di Giustizia, secondo cui, una volta dimostrata la sola idoneità in astratto a restringere la concorrenza, non è necessario dimostrare i concreti effetti sul mercato di una pratica per la sua qualificazione come abusiva¹⁹⁸, la Commissione ha comunque inteso attendere ad un'analisi sotto un profilo economico della capacità delle predette pratiche di determinare un effetto di *foreclosure* nei confronti dei concorrenti efficienti almeno quanto *Intel*.

Ebbene, anche alla luce di tale ulteriore analisi condotta e segnatamente del primo esperimento del test del concorrente parimenti efficiente, proposto negli Orientamenti, la Commissione ha comunque sanzionato *Intel* per le pratiche adottate.

¹⁹⁶ *Intel* ha contestato l'esistenza della condizione cui erano soggetti gli sconti. Tuttavia, la Commissione ha ritenuto esaustive le prove raccolte in senso contrario. Cfr. punto 1001 della Decisione nonché, in dottrina, A. BRICE – B. GABOR – B. BÖSZE – C. HÖDLMAYR – D. KAMISKI – M. SCHOLZ, *Commission finds abuse of dominance in the Intel Case*, in Competition Policy Newsletter, n. 3, 2009, pp. 31-37.

¹⁹⁷ Secondo l'impostazione tradizionale della Corte di Giustizia “*an undertaking which is in a dominant position on a market and ties purchasers – even if it does so at their request – by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from the said undertaking abuses its dominant position whiting the meaning of article 82 EC, whether the obligation in question is stipulated without further qualification or whether it is undertaken in consideration of a rebate. The same applies if the said undertaking, without tying the purchasers by a formal obligation, applies, either under the terms of agreements concluded with these purchasers or unilaterally, a system of fidelity rebates, that is to say discounts conditional on the customer's obtaining all or most of its requirements – whether the quantity of its purchases be large or small – from the undertaking in a dominant position*”. Cfr., in tal senso, caso 85/76 *Hoffman-La Roche c/ Commissione*; caso C-62/86 *AKZO c/ Commissione*; caso T-65/89 *BPB Industries and British Gypsum c/ Commissione*; casi riuniti T-24/93, T-25/93, T-26/93 e T-28/93 *Compagnie Maritime Belge c/ Commissione*; caso T-203/01 *Michelin II*; caso T-219/99 *British Airways c/ Commissione*.

¹⁹⁸ Cfr. nota 88.

15. *As Efficient Competitor Analysis.*

La decisione in disamina è stata il primo banco di prova del test del concorrente parimenti efficiente, proposto dagli Orientamenti¹⁹⁹.

Il test consiste in una valutazione ipotetica fondata su un'analisi economica, attraverso cui si esplorano le possibilità per un concorrente, efficiente almeno quanto l'impresa egemone, ancorché con una domanda non altrettanto ampia, di accedere al mercato.

In effetti, questo ruolo si attagliava perfettamente ad *AMD*, unico reale concorrente di *Intel* nel mercato di riferimento, considerato efficiente quanto l'impresa dominante pur se con un volume di vendite inferiore.

Individuato il concorrente parimenti efficiente, nella Decisione si verifica se, per compensare gli *OEM* della perdita degli sconti e degli altri vantaggi concessi da *Intel*, *AMD* avrebbe dovuto offrire i propri prodotti ad un prezzo inferiore ai costi efficienti²⁰⁰.

La *ratio* di tale analisi si apprezza appieno ove si consideri che un eventuale siffatta necessità scaturirebbe dalla circostanza che gli sconti sono praticati da *Intel* a tutti i maggiori clienti e per di più condizionati al riconoscimento di un'esclusiva.

Pertanto, il concorrente, pur se efficiente quanto *Intel*, avrebbe dovuto affrontare oneri finanziari non sostenibili per fare ingresso nel mercato.

Fatte queste necessarie premesse, è possibile analizzare il test in parola e la sua concreta applicazione al caso in esame.

¹⁹⁹ Per una descrizione teorica del test in parola, cfr. *supra* par. 14.

²⁰⁰ L'*AEC* test consente di individuare il prezzo che un concorrente efficiente quanto l'impresa dominante dovrebbe offrire ai clienti per ricompensarli della perdita degli sconti praticati dall'impresa egemone. *Intel* ha sostenuto che *AMD* fosse, in realtà, significativamente meno efficiente, anche perché poneva in essere una politica commerciale controproducente. Cfr. punto 1004 della Decisione nonché, per un commento, A. BRICE – B. GABOR – B. BÖSZE – C. HÖDLMAYR – D. KAMISKI – M. SCHOLZ, *Commission finds abuse of dominance in the Intel Case*, in Competition Policy Newsletter, n. 3, 2009, pp. 31-37.

Nel dettaglio, l'analisi prende le mosse dalla constatazione che *Intel*, oltre ad essere la società *leader* nel mercato di riferimento, è anche una controparte commerciale inevitabile.

Ciò detto, la Commissione analizza tre fattori: a) la quota contendibile della domanda²⁰¹; b) l'orizzonte temporale rilevante²⁰²; c) la misura dei costi sostenibili²⁰³.

²⁰¹ Come rilevato *supra* par. 5.2., la quota contendibile della domanda quantifica l'ammontare di acquisti che un cliente potrebbe realisticamente decidere di effettuare presso un nuovo concorrente in uno specifico periodo di tempo. Per la corretta quantificazione della quota trasferibile dall'impresa egemone al concorrente, è necessario valutare due fattori. Innanzitutto, *Intel* è un concorrente inevitabile nel mercato di riferimento, il cui prodotto è *must-stock*. Inoltre, i prodotti di *Intel* e quelli di *AMD* sono diversi sotto molti profili, motivo per cui i clienti potranno apprezzare in maniera differente le specificità dei prodotti. Altro aspetto non trascurabile attiene al fatto che quello di *Intel* è un marchio forte e, di conseguenza, molti clienti non sono comunque disposti a cambiare. Dalle descritte circostanze si evince che la quota contendibile della domanda è particolarmente bassa e, comunque, è limitata dal fatto che i prodotti *AMD-based* risultano più attraenti solo per una minima parte dei consumatori finali. Cfr. punti 1010-1012 della Decisione, nella parte in cui si legge “*these may relate to the fact that an OEM could have a range of different computer platforms based on a particular x86 CPU which it renews on a staggered, rolling basis, and which hence means that in a given period, it will only be seeking to source a limited share of its overall x86 CPU requirements*”.

²⁰² Il periodo temporale rilevante è generalmente di un anno, in considerazione dei seguenti fattori: 1. come riscontrato dalla descrizione del sistema di sconti applicati da *Intel*, la prassi prevedeva un orizzonte temporale di un anno; 2. nelle ipotesi in cui gli sconti venivano concessi su base trimestrale, gli stessi erano poi rinegoziati sempre su base trimestrale; 3. le caratteristiche del prodotto oggetto della Decisione e, in particolare, le continue migliorie tipiche dei prodotti informatici nonché l'alto tasso di innovazione, determinano una scarsa convenienza nel predisporre sistemi di sconti per periodi più lunghi; 4. le caratteristiche dinamiche del mercato rendono assolutamente inaffidabili previsioni di lungo periodo. Cfr. punto 1013-1035 della Decisione ed, in particolare, punto 1018 ove si legge “*Because of the rapid rate of innovation in the computer industry, personal computer have a very short shelf life before they are replaced by new technologies that offer consumers improved functionality, performance, or cost [...]*”. Per esigenze di completezza è opportuno, altresì, rilevare che *Intel* ha presentato una diversa applicazione del *test* del concorrente parimenti efficiente prendendo come riferimento temporale un periodo di due o tre anni.

²⁰³ Perché le pratiche attuate dalle imprese siano sostenibili nel lungo periodo è necessario che l'impresa copra almeno i costi totali di produzione. In presenza di costi fissi elevati, come nel caso di specie, i prezzi medi devono essere notevolmente più elevati dei costi marginali. Nel caso *Intel* la Commissione ha adoperato come parametri di riferimento i costi evitabili medi (CEM). Per cui, se un concorrente altrettanto efficiente è costretto a praticare prezzi inferiori ai costi evitabili medi, la concorrenza è preclusa perché il concorrente incorre in perdite. Generalmente i costi evitabili medi coincidono con i costi medi variabili. In questo caso, prezzi inferiori ai costi evitabili medi comportano certamente una perdita per l'impresa che li sopporta. Ebbene, secondo quanto rilevato anche da alcuni commentatori, “*Average avoidable Cost is the average cost per unit which a CPU manufacturer would not incur (in other words, could avoid) if it did not produce a given number of CPUs. This includes cost items which are directly proportional to the number of CPUs produced (such as costs of certain raw materials), but also other types of costs which, despite not being directly proportional to the number of CPUs produced, can be avoided if production decreases significantly over a sufficient period of time. Intel's own cost measure is used so that the analysis applies to a hypothetical competitor*”.

Ebbene, sulla base dei descritti parametri, l'*AEC* test esamina il prezzo che un concorrente, efficiente almeno quanto l'impresa dominante, deve offrire per ricompensare i clienti della perdita degli sconti.

Se il sistema scontistico determina la necessità per il concorrente di applicare prezzi inferiori ai costi, ciò significa che, per le ragioni poc'anzi ricordate, le pratiche scontistiche sono in grado di ridurre l'accesso al mercato e di escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, con una conseguente riduzione della libertà di scelta dei consumatori finali.

A conclusione della descritta analisi, la Commissione ha potuto affermare che un concorrente parimenti efficiente – nel caso di specie *AMD* – avrebbe dovuto praticare prezzi certamente inferiori ai costi evitabili medi per bilanciare gli sconti di *Intel*.

Analogamente, i pagamenti garantiti a *MSH* hanno determinato l'applicazione di un prezzo effettivo inferiore ai costi medi evitabili.

In definitiva, si è ritenuto che gli sconti concessi da *Intel* agli *OEM* ed i pagamenti garantiti a *MSH*, oltre ad essere idonei in astratto a ledere la libera concorrenza hanno concretamente determinato una chiusura del mercato anche ad un concorrente altrettanto efficiente²⁰⁴.

16. Le giustificazioni di *Intel*.

Senza pretese di completezza, è opportuno illustrare quanto addotto da *Intel* per giustificare il proprio comportamento²⁰⁵.

which is as efficient as Intel". Cfr. A. BRICE – B. GABOR – B. BÖSZE – C. HÖDLMAYR – D. KAMISKI – M. SCHOLZ, *Commission finds abuse of dominance in the Intel Case*, in *Competition Policy Newsletter*, n. 3, 2009, pp. 31-37.

²⁰⁴ Cfr. punto 1154.

²⁰⁵ Per una ricostruzione analitica delle giustificazioni di *Intel*, cfr. punti 1617-1640 della Decisione.

In sintesi, *Intel* ha affermato, da una parte, di avere adoperato un sistema di sconti soltanto in risposta alla concorrenza sui prezzi effettuata dai rivali (c.d. *meeting competition defence*) e dall'altra ha inquadrato tali pratiche in un sistema virtuoso e pro-competitivo, presentando gli sconti ed i pagamenti come comportamenti necessari al raggiungimento di importanti efficienze nel mercato delle *CPU*.

Ebbene, per quanto concerne la c.d. *meeting competition defence*, secondo la ricostruzione di *Intel*, nonostante gli sconti praticati, volti esclusivamente ad indurre *AMD* a modificare i propri prezzi, residuava una cospicua porzione di domanda contendibile.

Detta impostazione ricostruttiva si è tuttavia prestata a consistenti rilievi critici da parte della Commissione, che ne ha evidenziato le fragilità anzitutto sul piano dei presupposti fattuali, data la palese discordanza tra la linea difensiva di *Intel* e gli esiti delle investigazioni.

Per quanto attiene al profilo dei presupposti teorici, in Decisione si è registrata, per un verso, un'incoerenza logica nella qualificazione dei sistemi scontistici come reazione alla politica commerciale di *AMD*, in numerose occasioni definita definita "*fallimentare*"²⁰⁶.

Su un secondo fronte, si è riscontrata la sostanziale assenza da parte di *Intel* di un'esplicazione delle ragioni per cui le pratiche realizzate avrebbero incentivato l'asserito meccanismo pro-competitivo.

In sintesi, la Commissione, forte delle indicazioni interpretative desumibili dal pensiero giurisprudenziale della Corte di Giustizia²⁰⁷, ha ripudiato la prima delle giustificazioni di *Intel*.

²⁰⁶ Cfr. punto 1628 della Decisione, nella parte in cui si legge "*Intel has on numerous occasion argued that AMD was failing in the market because it was capacity constrained and did not offer competitive products*".

²⁰⁷ Cfr. Caso T-340/03 *Wanadoo c/ Commissione*, par. 186 ove si legge "*it follows from the nature of the obligations imposed by Article 82 EC that, in specific circumstances, undertakings in a dominant position may be deprived of the right to adopt a course of conduct or take measures which are not in themselves abuses and which would even be unobjectionable*".

Circa la c.d. *efficiency defence*, *Intel* ha paventato l'esistenza di ben quattro incrementi di efficienza scaturenti dalle pratiche poi valutate come abusive ed, in particolare: a) benefici in termini di riduzione dei prezzi²⁰⁸; b) economie di scala²⁰⁹; c) risparmi sui costi ed efficienze di produzione²¹⁰; d) condivisione del rischio e efficienze di marketing²¹¹.

Intel ha, altresì, sostenuto l'indispensabilità degli sconti e dei pagamenti per il raggiungimento delle citate efficienze, nonché il presunto bilanciamento degli effetti negativi sul mercato con i guadagni di efficienza.

Ebbene, anche con riferimento all'*efficiency defence* la Commissione ha ritenuto non assolto l'onere probatorio da parte dell'impresa egemone rifiutando, quindi, la ricostruzione in termini di efficienza delle pratiche da questa attuate.

17. Un commento.

Dall'*iter* decisionale seguito dalla Commissione si evincono le fragilità e gli inconvenienti applicativi degli Orientamenti.

La Commissione esamina, infatti, le pratiche di *Intel* con un approccio "misto"²¹², dotato di una doppia anima, una rispettosa del costante

if adopted or taken by non-dominant undertakings. [...]. Even if alignment of prices by a dominant undertaking on those of its competitors is not in itself abusive or objectionable, it might become so where it is aimed not only at protecting its interests but also at strengthening and abusing its dominant position".

²⁰⁸ Cfr. punto 1634 della Decisione.

²⁰⁹ La Commissione non ha accolto neppure questo ulteriore argomento, perché *Intel* non è riuscita a dimostrare come efficienze di tal tipo sarebbero collegate ad accordi di esclusiva. Cfr. punti 1635-1636 della Decisione.

²¹⁰ Cfr. punto 1637 della Decisione.

²¹¹ Ancora una volta, l'argomento addotto da *Intel* non riesce a fornire alcuna giustificazione. Cfr. punto 1638 della Decisione.

²¹² Cfr. R. CELLI, *Rebates in the Enforcement of Article 102. Lesson from the Intel Decision*, 2010, disponibile su www.agcm.it; Cfr. P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 168.

insegnamento giurisprudenziale²¹³, l'altra già proiettata verso il nuovo approccio economico.

In altri termini, da una parte, si formula un giudizio fondato su una valutazione *per se*, in adesione alla granitica giurisprudenza comunitaria a mente della quale un'impresa in posizione dominante, che vincoli in esclusiva a sé i rivenditori o utilizzi un sistema di premi subordinato al raggiungimento di obiettivi di vendita, in un periodo relativamente lungo, abusa della propria posizione dominante perché impedisce ai rivenditori di scegliere la più favorevole tra le offerte provenienti dai vari concorrenti e di cambiare fornitore senza subire un rilevante svantaggio economico. Dall'altra, tuttavia, la Commissione dedica una cospicua parte della Decisione all'analisi economica dei comportamenti posti in essere da *Intel*, al fine di valutarne il reale effetto escludente²¹⁴.

Nonostante ciò, la Decisione non è andata esente da rilievi critici severi.

Secondo alcuni commentatori²¹⁵ l'ordito argomentativo della Commissione, oltre ad essere contraddittorio e di dubbio fondamento teorico

²¹³ Secondo l'interpretazione tradizionale, costituisce abuso di posizione dominante la concessione di sconti che abbiano l'obiettivo di impedire l'approvvigionamento dei clienti presso i produttori concorrenti. Tuttavia, a differenza del precedente approccio, la Commissione e la prassi applicativa valutano come abusivi anche gli sconti quantità, se volti ad ostacolare l'ingresso o la permanenza di un concorrente sul mercato tramite la fidelizzazione degli intermediari. Sempre alla luce di un approccio misto, la decisione non ritiene rilevante la circostanza che l'impresa egemone riesca ad accertare eventuali infedeltà controllando il volume delle forniture effettuate dai concorrenti nei confronti dei propri clienti, né ritiene di dovere dimostrare che la concessione degli sconti abbia effettivamente inciso sulla competitività dei concorrenti, essendo sufficiente attestare che il sistema di sconti mira a dissuadere la clientela dall'approvvigionarsi altrove. Cfr. Caso 85/76 *Hoffman-La Roche v Commissione*; Caso 322/81 *Nederlansche Banden-Industrie-Michelin v Commissione*; Caso T-219/99 *British Airways v Commissione*. Cfr. *supra* capitolo terzo.

²¹⁴ La Commissione decide, quindi, di seguire il precedente quadro giurisprudenziale ma se ne discosta apertamente nella parte in cui ritiene di dovere valutare i reali effetti escludenti della pratica esaminata.

²¹⁵ Cfr. L. MAZZONE – A. MINGARDI, *Here we go again. Antitrust e imprese innovative: il caso Intel-UE e l'importanza del controllo giurisdizionale*, 2011, disponibile su www.brunoleoni.it/nextpage.aspx. Secondo gli autori citati, "Se nel mercato dei microprocessori abbiamo avuto una costante diminuzione dei prezzi ed una crescente innovazione di prodotto, con grandi benefici per le imprese acquirenti e quindi per i

da un punto di vista economico, pare per di più sorretto da un impianto probatorio debole – consistente sostanzialmente in *mail* ed altri strumenti di comunicazione interna alle aziende – ed idoneo a determinare fraintendimenti e contraddizioni con i dati economici.

A questi rilievi, se ne aggiunge uno ancora più a monte, concernente l'impostazione di fondo adottata dalla Commissione e la corretta individuazione della sua azione nella fattispecie concreta²¹⁶. L'unica evidenza certa sarebbe, secondo quanto osservato dai detrattori della decisione *Intel*, la diminuzione dei prezzi al consumatore, che hanno avuto un andamento inversamente proporzionale al crescere della *performance* dei microprocessori. Il problema è che un settore ad alto tasso di innovazione può difficilmente essere ingabbiato in una griglia interpretativa “statica”, come quella a cui si ispira la logica *antitrust* della Commissione²¹⁷.

Differente ma altrettanto severa posizione²¹⁸ ha, invece, sostenuto che la Decisione della Commissione sarebbe soltanto il frutto di una pedissequa adesione al tradizionale approccio formalistico e, quindi, ad una valutazione *per se* in materia di sconti, secondo cui, come più volte rilevato, non è necessario allegare la presenza di effetti di esclusione per qualificare come abusivi *ex art. 102 TFUE* gli sconti concessi da un'impresa in posizione dominante.

consumatori finali, non sembra esagerato sostenere che si constata una totale assenza di una corrispondenza fattuale tra la condanna e il fine che dovrebbe avere la 'tutela della concorrenza'. Quel che è più grave, ciò lascia spazio per ipotizzare che la decisione della Commissione muova da argomenti totalmente indipendenti da valutazioni di mercato”.

²¹⁶ Per una ricostruzione del lungo dibattito sul ruolo dell'*Antitrust* all'esito del quale si è pacificamente riconosciuto che l'*Antitrust* debba proteggere la concorrenza e non i concorrenti, si confronti H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise. Principles and Execution*, Boston, Harvard University Press, 2008, pp. 39-45.

²¹⁷ Cfr. L. MAZZONE – A. MINGARDI, *Here we go again. Antitrust e imprese innovative: il caso Intel-UE e l'importanza del controllo giurisdizionale*, 2011, disponibile su www.brunoleoni.it/nextpage.aspx.

²¹⁸ Cfr. D. GERADIN, *The decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?*, disponibile su www.intel.com/pressroom/legal/docs/Damian, p. 1-24.

Sicché, al di là delle ripetute dichiarazioni di intenti della Commissione – da ultimo quella racchiusa negli Orientamenti – circa la sua intenzione di abbandonare un approccio eccessivamente formalistico, la Decisione sarebbe poi basata sul divieto *per se* degli sconti condizionati.

In secondo luogo, a ben vedere la Commissione non sarebbe riuscita a dimostrare la tesi secondo cui gli sconti di *Intel* hanno cagionato danni per la concorrenza e per i consumatori, presumendo invece detti effetti negativi sulla scorta di un'errata applicazione del test del concorrente parimenti efficiente.

Difatti, soltanto sulla base di una valutazione presuntiva e priva di solide basi probatorie, la Commissione afferma l'esistenza di un danno alla concorrenza, consistente nella consapevolezza degli *OEM* che gli sconti che ricevono sarebbero venuti meno in caso di acquisto di prodotti *AMD-based*.

In altri termini, la Commissione avrebbe seguito una sorta di pregiudizio negativo sulla politica commerciale di *Intel*, non motivando esaurientemente sulle ragioni per cui le giustificazioni in termini di efficienza, esposte in sede di argomentazioni difensive, non meritavano considerazione.

È infine interessante notare che, ancora una volta, a fronte del mutato approccio della Commissione nella definizione di una politica di *enforcement* dell'art. 102 TFUE, le autorità statunitensi abbiano invece avviato un ripensamento della politica di intervento nell'area degli abusi di posizione dominante²¹⁹.

Più in dettaglio, con specifico riferimento al caso *Intel*, la *Federal Trade Commission* non ha ritenuto opportuno neppure avviare un'indagine, considerando assorbente la circostanza che il mercato dei processori è caratterizzato da una continua innovazione tecnologica, che si riflette

²¹⁹ Per una ricostruzione analitica della politica di *enforcement* statunitense e delle fondamentali differenze rispetto alle modalità di intervento della Commissione, cfr. *supra* capitolo primo.

positivamente sui costi e, quindi, su prezzi dei processori, con vantaggi per i consumatori finali²²⁰.

A distanza di tre anni dalla condanna per abuso di posizione dominante a danno di *AMD*, *Intel* ha avviato le pratiche per il ricorso alla decisione della Commissione rimettendo, quindi, al Tribunale l'arduo compito di prendere posizione sulla reale funzione della politica di sconti dell'impresa egemone²²¹.

²²⁰ Cfr. P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 168.

²²¹ L'appello di *Intel* è incentrato sulla esigua robustezza delle prove su cui si è basata la Commissione, che non sarebbero riuscite a dimostrare la finalità escludente delle pratiche contestate. Tutte le perplessità sorte in relazione alla decisione in commento saranno, quindi, devolute alla cognizione dal Tribunale di primo grado. Da più parti si auspica una particolare attenzione da parte del Tribunale nell'esame del caso in questione. Cfr. D. GERADIN, *The decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?*, disponibile su www.intel.com.

CONCLUSIONI

La disamina del percorso di modernizzazione intrapreso dalla Commissione attraverso il *Discussion Paper* e successivamente sviluppato e approfondito con gli Orientamenti ha consentito di cogliere quale direzione sia stata impressa al cambiamento che attraversa la prassi comunitaria nella materia in esame.

In dettaglio, si è potuto osservare come l'evoluzione del pensiero giurisprudenziale stia progressivamente discostandosi dall'approccio tradizionalmente seguito dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia nell'applicazione dell'art. 102 TFUE.

Il mutato atteggiamento giurisprudenziale è stato originato dal riconoscimento degli inconvenienti applicativi scaturenti da un'acritica adesione all'impostazione tradizionale.

In effetti, da più parti si osservava come quest'ultima portasse a censurare condotte commerciali, a prescindere da un'approfondita analisi concernente l'efficienza dei concorrenti dell'impresa assoggettato a controllo oppure volta al riscontro di condizioni particolari del mercato, eventualmente idonee a determinare un effetto di *foreclosure*¹.

Per queste ragioni, va progressivamente guadagnando terreno un nuovo *modus operandi*, in ossequio al quale gli sconti saranno valutati, per un verso, alla luce dei risultati del test del concorrente parimenti efficiente e per l'altro dei vantaggi di cui gode un'impresa in considerazione della sua posizione di egemonia.

¹ Cfr. la giurisprudenza tradizionale in tema di sconti analiticamente esaminata *supra*, capitolo terzo.

È in corso, dunque, il passaggio ad una metodologia per la valutazione delle pratiche escludenti coerente con un approccio c.d. *effect-based*, volto al bilanciamento degli effetti positivi e negativi del comportamento di esclusione posto in essere da imprese dominanti.

Detto in altri termini, si apre la possibilità per gli organi comunitari di valutare, alla luce delle risultanze emergenti nel caso di specie, se l'egemonia e l'efficienza di un'impresa le abbiano consentito di praticare sconti a beneficio delle dinamiche di mercato².

Su altro fronte, la progressiva adesione al rinnovato approccio e la conseguente necessità di valutare i reali effetti sul mercato di una pratica introduce la possibilità di attuare una c.d. *efficiency defence*. Se è così, sugli organi comunitari graverà, ora, l'onere di misurarsi adeguatamente con le eventuali giustificazioni economiche dedotte dalle imprese per vagliarne l'idoneità a suffragare una valutazione in termini liceità degli sconti praticati.

Nonostante gli indubbi profili d'innovazione, primo fra tutti la propugnata necessità che l'applicazione dell'art. 102 TFUE avvenga sulla base di decisioni più fondate dal punto di vista dell'analisi economica, va osservato che la nuova impostazione ricostruttiva non è andata del tutto esente da rilievi critici³.

² Come si è in precedenza avuto occasione di osservare, gli Orientamenti, a differenza della giurisprudenza tradizionale, chiariscono se e quando uno sconto incrementale possa essere considerato abusivo.

³ Per un approccio critico agli Orientamenti della Commissione e all'attuale modalità di valutazione delle pratiche escludenti, E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, p. 395; L. FINELL, *The Article 82 Reform: Increasing the Incentives to Comply*, in *World Competition*, volume 32, numero 3, 2009; C. KAUPA, *The More Economic Approach – A Reform based on Ideology?*, in *European State Aid Law Quarterly*, volume 19, 2009; M. KELLERBAUER, *The Commission's new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies' exclusionary conduct: A shift towards a more economic approach?*, in *European Competition Law Review*, volume 5, 2010; J.T. LANG, *L'art. 82 – I problemi e la soluzione*, in *Mercato concorrenza regole*, volume 11, numero 3, 2009.

In primo luogo, si sono da più parti⁴ sollevati dubbi circa il concreto impatto che il nuovo approccio potrà comportare sulle decisioni degli organi comunitari.

In proposito, si è osservato che se attraverso la nuova metodologia proposta, da un lato, si conquista un auspicato superamento della presunzione d'illiceità *per se* delle pratiche scontistiche, dall'altro, si rende ben più complessa la disamina del caso concreto chiesta agli organi competenti, con il rischio di un restringimento dell'ambito applicativo dell'art. 102 TFUE.

Peraltro, nonostante il maggior approfondimento economico chiesto agli organi competenti, non è affatto scontato che un ipotetico riesame dei casi già decisi in ambito comunitario con il tradizionale approccio condurrebbe a risultati differenti seguendo la nuova impostazione⁵.

In sintesi, a fronte di una complicazione non da poco dell'istruttoria necessaria per ritenere che la singola fattispecie concreta integri l'art. 102 TFUE, neppure sarebbe certo il raggiungimento dell'obiettivo di ottenere decisioni più fondate rispetto al passato.

⁴ Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010; S. BASTIANON, *Gli orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 CE alle pratiche escludenti*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, numero 1, 2009; G. BRUZZONE, *Abuso di posizione dominante: gli orientamenti comunitari sulla condotta escludente*, in *Note e Studi Assonime*, volume 2, 2009; R. CELLI, *Rebates in the Enforcement of Article 102. Lesson from the Intel Decision*, 2010, disponibile su www.agcm.it; L. GYSELEN, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*, in *European Competition Law Annual*, 2003; L.L. GORMSEN, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge University Press, 2010.

⁵ Per svolgere un simile esercizio, tuttavia, a fronte dell'impianto probatorio richiesto dal nuovo metodo proposto dalla Commissione, sarebbero necessarie informazioni di mercato e dati specifici che il *modus operandi* tradizionale non reputava dirimenti. A titolo esemplificativo, è ragionevole ritenere che gli sconti retroattivi e standardizzati, descritti nel caso *Michelin II* avrebbero potuto trovare una ragionevole possibilità di sfuggire all'applicazione dell'art. 102 TFUE, così come il sistema di sconti individualizzati realizzati da *British Airways*. Ancor più a monte, in quest'ultimo caso, attesa l'entità non elevatissima della quota di mercato detenuta da *British Airways*, ci si dovrebbe chiedere se la Commissione, alla luce dei nuovi Orientamenti, avrebbe addirittura ritenuto di avviare il procedimento. Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, p. 395.

Questi rilievi critici sono stati ulteriormente sviluppati da chi ha inoltre osservato che il propugnato maggior approfondimento economico delle istruttorie, rischia di pregiudicare l'esigenza di certezza giuridica, a fronte di un notevole incremento dei costi amministrativi⁶.

Mentre nella vigenza dell'approccio tradizionale, la creazione di una situazione di egemonia implicava, di per sé, un ampio margine di probabilità che la condotta fosse considerata abusiva, con l'applicazione dell'approccio *effect-based*, la valutazione sulla ricorrenza di effetti anticompetitivi dovrà essere basata sull'analisi di una serie di fattori relativi alla struttura del mercato, all'entità e all'incidenza della condotta.

Peraltro, proprio l'impossibilità di una predeterminazione astratta dei fattori determinanti una valutazione di illiceità, rende difficile un'autovalutazione critica da parte delle imprese soggette allo scrutinio della Commissione⁷.

Giova osservare in proposito che, nonostante i suoi conclamati limiti, l'approccio *form-based* conduceva ad esiti certamente più prevedibili, portando a sanzioni per sconti fedeltà sul presupposto che questi avessero l'idoneità a determinare un effetto di esclusiva, a prescindere dal riscontro di un concreto effetto in tal senso⁸.

⁶ Cfr. M. ALBERS – L. PEEPERKON, *Article 82 exclusionary Conduct Paper*, 2006, disponibile su www.ec.europa.eu.

⁷ Cfr. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010, p. 427. Secondo l'autore nelle pratiche di prezzo il test del concorrente parimenti efficiente, che utilizza come parametro i costi dell'impresa dominante, rappresenta un utile indicatore per gli altri operatori del mercato. Tuttavia, secondo l'opinione citata, il medesimo parametro non può utilizzarsi per le pratiche di sconto in cui, in aggiunta ai costi dell'impresa dominante, la Commissione ha la necessità di aprire la propria indagine alle caratteristiche del mercato, dei concorrenti e dei clienti.

⁸ Cfr. E. ROUSSEVA, *Abuse of Dominant Position Defences. Objective Justification and Article 82 EC in the Era of Modernisation*, in (a cura di) AMATO G. – EHLERMANN C.D., *EC Competition Law. A Critical Assessment*, Hart Publishing, 2007; R. ZÄCH – A. KÜNZLER, *Efficiency or freedom to compete? Towards an axiomatic theory of competition law*, in *ZweR* volume 7, numero 3, 2009.

A tutto ciò si aggiunga l'incremento delle risorse ed economiche e di tempo necessarie per adottare una decisione fondata su di un approccio *effect-based*⁹, ed il conseguente incremento dei costi amministrativi sostenuti dalla Commissione e dalle imprese.

In definitiva, se la revisione del proprio operato compiuta dalla Commissione può essere corretta, o quantomeno apprezzabile, sul piano dei presupposti teorici, la sua attuazione alla prova pratica rischia di essere tutt'altro che semplice ed efficace.

Del resto, un'importante sfida per la Commissione era quella di riuscire a realizzare una riforma senza, però, entrare in aperto conflitto con quanto fino allora affermato dalla giurisprudenza, per evitare di condannare gli Orientamenti a restare lettera morta, una volta entrati nelle aule della Corte di Giustizia.

Alcuni dei casi esaminati e, in particolare, il caso *Tomra* e il caso *Intel* hanno consentito, più di altri, di cogliere il percorso evolutivo in atto.

Nel primo, infatti, come rilevato, la Commissione ha adoperato un approccio sostanzialmente tradizionale, peraltro confermato dal Tribunale e dalla Corte di Giustizia. Nel caso *Intel*, viceversa, la decisione, volendo dare applicazione al nuovo approccio, ha fornito un chiaro indizio del rischio,

⁹ Tra i maggiori costi necessitati da un'analisi fondata sugli effetti delle pratiche vanno ricompresi, in uno con le risorse amministrative necessarie ad affrontare una più lunga e complessa istruttoria, anche gli investimenti indirettamente imposti alle imprese, che dovranno adattarsi e conformare la propria azione al mutato approccio. Cfr., in tal senso, L. BORLINI, *Methodological issues of the "more economic approach" to unilateral exclusionary conduct. Proposal of analysis starting from the treatment of treatment of retroactive rebates*, in *European Competition Journal*, volume 5, 2009; F. DENOZZA – A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'«approccio economico» nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, volume 3, 2006; G. GHIDINI – E. AREZZO, *L'assalto fallito? Riflessioni sulla proposta rivisitazione in chiave "più economica" dell'abuso di dominanza*, in *Mercato concorrenza regole*, volume 1, 2010; C. KAUPA, *The More Economic Approach – A Reform based on Ideology?*, in *European State Aid Law Quarterly*, volume 19, 2009; D. SPECTOR, *Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Structured Rule of Reason*, in *Competition Policy International*, volume 1, numero 2, 2005, p. 90.

sopra paventato, che un'analisi più dettagliata degli effetti della pratiche possa pregiudicare le esigenze di certezza del diritto¹⁰.

In ragione di ciò, se e quando gli organi competenti avranno abbandonato l'atteggiamento ancora riluttante, per dare definitivamente applicazione alle nuove Linee Guida in materia di pratiche escludenti, anche alle imprese non resterà che adottare decisioni basate su una preventiva e completa valutazione di mercato.

¹⁰ Cfr. i casi *Tomra* e *Intel*, analizzato *supra*, nel capitolo quarto. Per una panoramica dei commenti relativi a tali casi, si confrontino le opinioni di R. CELLI, *Rebates in the Enforcement of Article 102. Lesson from the Intel Decision*, 2010, disponibile su www.agcm.it; G. COLANGELO, *Sconti condizionati e test del «concorrente altrettanto efficiente»: il caso Intel*, in *Mercato concorrenza regole*, volume 11, 2009; M. POLO, *Un commento*, in *Mercato concorrenza regole*, volume 11, 2009; H. ROSENBLATT – H. ARMENGOD, *The Commission's Approach to Conditional Discount: A Look at Tomra and Intel*, in *Global Competition Review*, 2012, disponibile su www.globalcompetitionreview.com, pp. 49-52.

INDICE DELLE OPERE CITATE

- AA.VV., *An Economic Approach to Article 82 EC. Report by the EAGCP*, in (a cura di) STOBER M., EEI Policy Paper, 2005.
- AA.VV. *Comments on the DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, in Note e Studi, Assonime, n. 78, 2006.
- AA.VV., *Michelin and BA: What about the modernization of article 82?*, in €-Konomica's Newsletter, numero 5, 2004.
- AA.VV., *The Reform of Article 82: Comments on the DG-Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 to Exclusionary Abuses*, in European Competition Journal, 2006.
- AA.VV., *The Reform of Article 82: Recommendations on Key Policy Objectives*, in European Competition Journal, numero 1, 2006.
- AA.VV., *Tomra: Rolling Back from-based Analysis of Rebates?*, disponibile su www.rbbcon.com, 2007.
- AHLBORN C. – BAILEY D., *Discounts, Rebates and Selective Pricing by Dominant Firm: A Trans-Atlantic Comparison*, in European Competition Journal, volume 2, 2006.
- AHLBORN C. – DENICOLÒ V. – GERADIN D. – PADILLA A.J., *DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries*, 2006.
- AKMAN P., *"Consumer Welfare" and Article 82 EC: Practice and Rhetoric*, in World Competition, volume 12, numero 1, 2009.
- AKMAN P., *Exploitative Abuses in Article 82 EC: Back to Basics?*, in Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2009.

- AKMAN P., *The European Commission's Guidance on Article 102 TFUE: From Inferno to Paradiso?*, in *The Modern Law Review*, volume 73, numero 4, 2010.
- ALBERS M. – PEEPERKON L., *Article 82 exclusionary Conduct Paper*, 2006, disponibile su www.ec.europa.eu.
- ALBORS-LLORENS A., *EC Competition Law and Policy*, William Publishing, 2002.
- AMATO G. – SCHEWEITZER H. – DENOZZA F. – STALLBRASS D. – NICITA A., *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fine confliggenti?*, in *Mercato concorrenza regole*, numero 2, 2009.
- AMATO G., *In potere e l'Antitrust*, Bologna, 1998.
- ANDERMAN S.D., *Microsoft e il problema dell'interoperabilità*, in *Mercato concorrenza regole*, numero 1, 2007.
- ANDERSON D.A. – HEIMLER A., *Abuse of Dominant Position. Enforcement Issues and Approaches for Developing Countries*, in (a cura di) DHALL V., *Competition Law Today. Concepts, Issues, and the Law in Practice*, Oxford University Press, 2007.
- BARNET R.E., *Symposium on Post-Chicago Law and Economics: Foreward, Chicago Law and Economics: a Comparative Perspective*, Sweet&Maxwell, 2nd ed., 2006.
- BARRY J.R., *Ten years of UK competition law reform*, Dundee University Press, 2010.
- BASTIANON S., *Gli orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 CE alle pratiche escludenti*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, numero 1, 2009.

- BAUER J.P. – PAGE W.H. – KINTER E., *A treatise on the antitrust laws of the United States. Federal Antitrust Law. Practices prohibited by the Sherman Act*, volume III, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 2002.
- BELLAMY – CHILD, *European Community Law of Competition*, Sweet and Maxwell, Roth and Rose, 6th edition, 2012.
- BISHOP S. – MARSDEN P., *The Article 82 Discussion Paper: A Missed Opportunity*, in *European Competition Journal*, 2006.
- BISHOP S. – WALKER M., *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, Sweet e Maxwell, 3rd ed., 2009.
- BORK R.H., *The Antitrust Paradox: a Policy at War with itself*, Free Press, 1993.
- BORLINI L., *Methodological issues of the “more economic approach” to unilateral exclusionary conduct. Proposal of analysis starting from the treatment of treatment of retroactive rebates*, in *European Competition Journal*, volume 5, 2009.
- BRICE A. – GABOR B. – BÖSZE B. – HÖDLMAYR C. – KAMISKI D. – SCHOLZ M., *Commission finds abuse of dominance in the Intel Case*, in *Competition Policy Newsletter*, numero 2003, 2009.
- BRIONES J., *A Balance of the Impact of Economic Analysis on the EU Competition Policy*, in *World Competition*, volume 32, numero 1, 2009.
- BRUCKMANN O.B., *Discounts, Discrimination, and Exclusive Dealing: Issue under the Robinson-Patman Act*, in *Antitrust Law Journal*, volume 68, 2000.
- BRUZZONE G., *Abuso di posizione dominante: gli orientamenti comunitari sulla condotta escludente*, in *Note e Studi Assonime*, volume 2, 2009.
- CALVANI T., *Government Enforcement of the Robinson-Patman Act*, in *Antitrust Law Journal*, volume 53, numero 4, 1984.

- CAPOBIANCO A. – CREATINI R., *Antitrust: lezioni e casi dell'esperienza italiana*, Rubettino, 2006.
- CARLTON D. – ISRAEL M., *Should Competition Policy Prohibit Price Discrimination?*, in *The Handbook of Competition Economics*, 2009.
- CELLI R., *Rebates in the Enforcement of Article 102. Lesson from the Intel Decision*, 2010, disponibile su www.agcm.it.
- COLANGELO G., *Le misure escludenti come illecito antitrust nel diritto comunitario*, in *Il diritto industriale*, numero 1, 2010.
- COLANGELO G., *Sconti condizionati e test del «concorrente altrettanto efficiente»: il caso Intel*, in *Mercato concorrenza regole*, volume 11, 2009.
- CRANE D.A., *Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago*, in *The University of Chicago Law Review*, numero 76, 2009.
- DABBAH M., *International and Comparative Competition Law*, Cambridge University Press, 2010.
- DENOZZA F. – TOFFOLETTO A., *Contro l'utilizzazione dell'«approccio economico» nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, volume 3, 2006.
- DENOZZA F., *La disciplina della concorrenza e del mercato*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1991.
- DIEBOLD W., *The Schuman Plan: a study in economic cooperation, 1950-1959*, Council on Foreign Relations, NY, 1959, p. 352.
- EASTERBROOK F., *The Limits of Antitrust*, in *Texas Law Review*, volume 63, 1984.
- EDWARDS CD., *Control of Cartels and Monopolies: An International Comparison*, Oceana Publications, 1967.

- ELHAUGE E. – GERADIN D., *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing 2007.
- ELHAUGE E., *Loyalty Discount and Naked Exclusion*, in Law, Economics and Business Discussion Paper Series, 2008.
- ELHAUGE E., *Why above-cost price cuts to drive out entrants are not predatory – and the implications for defining costs and market power*, in Yale Law Journal, volume 112, 2003.
- ESPOSITO F.M. – SABBATINI P., *Sconti selettivi o concorrenza lecita? I paradossi del caso RDB. Un Commento critico*, in Mercato concorrenza regole, volume 11, 2009.
- EZRACHI A., *Article 82 EC : Reflections on its recent evolution*, Hart Publishing, 2009.
- EZRACHI A., *EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, 2nd ed., 2010.
- FACEY B. A. – ASSAF D.A., *Competition & Antitrust Law. Canada & United States*, LexisNexis Butterworths, 3rd ed., 2006.
- FAELLA G., *Foreclosure, Predation and Competition on the Merits: a Comparative Analysis of Bundled Discounts*, disponibile su www.ssrn.com, 2009.
- FAELLA G., *Incentivi alla fedeltà ed esclusione: sconti e premi fidelizzanti*, in Mercato concorrenza regole, volume 10, 2008.
- FATTORI P. – TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- FAULL J. – NIKPAY A., *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 2nd ed., 2007.

- FINELL L., *The Article 82 Reform: Increasing the Incentives to Comply*, in *World Competition*, volume 32, numero 3, 2009.
- FOX E., *The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, in *Cornell Law Review*, 1982, pp. 1140-1147.
- FRIGNANI A. – WAELBROECK M., *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996.
- FURSE M., *Competition Law of the EC and UK*, Oxford University Press, 6th ed., 2008.
- GAVIL A., *Secondary Line Price Discrimination and the Fate of Morton Salt: To Save It let it Go*, in *Emory Law Journal*, volume 48, 1999.
- GELLHORN E. – KOVACIC W.E. – CALKINS S., *Antitrust law and economics in a nutshell*, Thomson West, 5nd ed., 2004.
- GERADIN D. – PETIT N., *Price Discrimination under EC Competitive Law: the need for a case-by-case approach*, in GCLC Working Paper, 2005.
- GERADIN D., *A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones*, disponibile su www.ssrn.com, 2008.
- GERADIN D., *Limiting the scope of Article 82 EC: What can the UE learn from the U.S. Supreme Court's judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom?*, in *Common Market Law Review*, volume 41, numero 6, 2004.
- GERADIN D., *The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where in the Foreclosure and Consumer Harm?*, disponibile su www.intel.com, 2009.
- GERARD D., *Price Discrimination under Article 82 (c) EC: Clearing un the Ambiguities*, in GCLC Research Papers on Article 82 EC, 2005.

- GERBER D.J., *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the “New” Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1994, pp. 25-84.
- GERBER D.J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe, Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 2001.
- GERBER D.J., *Law and the Abuse of Economic Power in Europe*, in *Tulane Law Review*, volume 62, 1987.
- GERBER D.J., *Law and the Abuse of Economic Power in Europe*, in *Tulane Law Review*, volume 62, 1987.
- GHIDINI G. – AREZZO E., *L'assalto fallito? Riflessioni sulla proposta rivisitazione in chiave “più economica” dell'abuso di dominanza*, in *Mercato concorrenza regole*, volume 1, 2010.
- GORDON R.L., *Antitrust Abuse in the New Economy. The Microsoft case*, Edward Elgar Publishing, 2002.
- GORMESEN L.L., *The European Commission's priority guidelines on Article 82 EC*, in *Communication Law*, volume 14, numero 3, 2009.
- GORMESEN L.L., *Why the European Commission's enforcement priorities on article 82 EC should be withdrawn*, in *European Competition Law Review*, volume 31, numero 2, 2010.
- GORMESEN L.L., *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge University Press, 2010.
- GORMESEN L.L., *Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?*, in *The Competition Law Review*, volume 2, numero 2, 2006, pp. 5-25.
- GOYDER J. – ALBORS-LLORENS A., *Goyder's EC competition Law*, Oxford University Press, 5th ed., 2009.

- GRAVENGAARD M.A. – KJAERGAARD N., *The European Commission Guidance on Exclusionary Abuse of Dominance – and its Consequences in Practice*, in *European Competition Law Review*, volume 31, numero 7, 2010.
- GUAL J. – HELLWIG M. – PERROT A. – POLO M. . REY P. – SCHMIDT K. – STEMBACKA R., *An Economic Approach to Article 82. Report by the EAGCP*, 2005.
- GYSELEN L., *Abuse of Monopoly Power*, in *Fordham Corporate Law Institute*, 1989.
- GYSELEN L., *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*, in *European Competition Law Annual*, 2003.
- HILDEBRAND D., *The European School in EC Competition Law*, in *World Competition*, volume 25, numero 1, pp.3-23
- HIRSCH K. – MONTAG F. – SÄKER F.J., *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, London, 2008.
- HOVENKAMP H., *Antitrust policy after Chicago*, in *Michigan Law Review*, 1985, 89, p. 213, disponibile anche su www.ssrn.com.
- HOVENKAMP H., *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, 3rd ed., St. Paul, Minn., 2005.
- HOVENKAMP H., *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*, Harvard University Press, 2008.
- HOVENKAMP H., *The Robinson Patman Act and Competition: Unfinished Business*, in *Antitrust Law Journal*, volume 68, numero 1, 2000.
- HULL D.W., *The Article 82 Guidelines: Threading the Needle between Precedent and Reform*, in (a cura di) STOBBER M., *EI Policy Papers, Competition, Economic Approach to Article 82*.

- HYLTON K.N., *Antitrust Law. Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge University Press, 2003.
- INDERST R. – SHAFFER G., *Market power, price discrimination, and allocative efficiency in intermediate-goods markets*, in *Rand Journal of Economics*, volume 40, numero 4, 2009.
- JAMES S.M., *The Concept of Abuse in the EEC Competition Law: An American View*, in *Law Quarterly Review*, 1976, pp. 242-243.
- JONES A. – SUFRIN B., *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 4nd ed., 2010.
- KALLAUGHER J. – SHER B., *Rebates Revisited Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, in *European Competition Law Review*, volume 5, 2004.
- KALLAUGHER J. – WEITBRECHT A., *Developments under the Treaty on the Functioning of the European Union, articles 101 and 102, in 2008/2009*, in *European Competition Law Review*, volume 31, numero 8, 2010.
- KATSOULACOS Y., *Some Critical Comments on the Commission's Guidance Paper on Article 82 EC*, in *Global Competition Policy*, 2009.
- KAUPA C., *The More Economic Approach – A Reform based on Ideology?*, in *European State Aid Law Quarterly*, volume 19, 2009.
- KAVANAGH J. – MARSHALL N. – NIELS G., *Reform of Article 82 EC – Can the Law and the Economics be Reconciled?*, in (a cura di) EZRACHI A., *Article 82 EC: Reflections on its recent evolution*, Hart Publishing, 2009.
- KELLERBAUER M., *The Commission's new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies' exclusionary conduct: A*

- shift towards a more economic approach?*, in *European Competition Law Review*, volume 5, 2010.
- KILLICK J. – KOMNINOS A., *Schizophrenia in the Commission's Article 82 Guidance Paper: Formalism Alongside Increased Recourse to Economic Analysis*, in *Global Competition Policy*, 2009.
- KINTER E., *A treatise on the antitrust laws of the United States. Federal Antitrust Law. Economic theory, Common Law, and an Introduction to the Sherman Act*, volume I,, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 1980.
- KIRKWOOD J.B. – LANDE R.H., *The Chicago School's Foundation is Flawed: Antitrust Protects Consumers, not Efficiency*, University of Baltimore, disponibile su www.ssrn.com.
- KJØLBYE L., *Article 82 EC as Remedy to Patent System Imperfections: Fighting Fire with Fire?*, in *World Competition*, volume 32, numero 2, 2009.
- KJØLBYE L., *Rebates under Article 82 EC: Navigating Uncertain Water*, in *European Competition Law Review*, volume 31, numero 2, 2010.
- KOKKORIS I., *Competition Cases from the European Union. The ultimate guide to leading cases from the EU, Member States and EFTA*, Sweet e Maxwell, 2010.
- KORAH V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, 9th ed., 2007.
- KORAH V., *Cases and Materials on EC Competition Law*, Hart Publishing, 3rd ed., 2006.
- KORAH V., *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings: from Protecting Freedom to Enter a Market to an Efficient allocation of Resources to Increase Consumer Welfare*, in (a cura di) PACE L.F.,

- European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102, Edward Elgar, 2010.
- KOVACIC W.E., *The Intellectual DNA of Modern US Competition Law for Dominant Firm Conduct: the Chicago/Harvard Double Helix*, in Columbia Business Law Review, volume 1, 2007.
- KROES N., *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82*, in Fordham Corporate Law Institute, 2005.
- KWOKA J.E. – WHITE L.J., *The Antitrust Revolution. Economics, Competition and Policy*, Oxford University Press, 4nd ed., 2004.
- LANG J.T. – O'DONOGHUE R., *Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC*, in Fordham International Law Journal, volume 26, 2002.
- LANG J.T., *Anticompetitive non-pricing Abuse under European and National Antitrust Law*, in International Antitrust Law and Policy: Fordham Corporate Law, 2003.
- LANG J.T., *L'art. 82 – I problemi e la soluzione*, in Mercato concorrenza regole, volume 11, numero 3, 2009.
- LANG J.T., *The Requirements for a Commission Notice on the Concept of Abuse under Article 82 EC*, disponibile su www.ceps.eu, 2008.
- LANG J.T., *Treatment of Exclusionary Abuses under Article 82 of the EC Treaty. Comments on the European Commission's Guidance Paper*, disponibile su www.ceps.eu, 2009.
- LIBERTINI M., *Concorrenza*, in Enciclopedia del Diritto, Annali III, Giuffrè, 2010.
- LYONS B., *The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse*, disponibile su www.ssrn.com, 2007.

- MARSDEN P. – GORMSEN L.L., *Guidance on Abuse in Europe: The Continued Concern for Rivalry and Competitive Structure*, in *European Competition Journal*, 2006.
- MAZZONE L. – MINGARDI A., *Here we go again. Antitrust e imprese innovative: il caso Intel-UE e l'importanza del controllo giurisdizionale*, disponibile su www.ssrn.com, 2011.
- MESSINA M., *Article 82 and the New Economy: Need for Modernisation?*, in *The Competition Law Review*, volume 2, numero 2, 2006.
- MONTI G., *EC competition law*, Cambridge University Press, 2007.
- MÖSCHEL W., *The Proper Scope of Government Viewed from a Ordoliberal Perspective: The Example of Competition Policy*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, numero 3, 2001.
- MOTTA M. – POLO M., *Antitrust, Economia e Politica della Concorrenza*, Il Mulino, 2005.
- MOTTA M., *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004.
- MOTTA M., *The European Commission's Guidance Communication on article 82 EC*, in *European Competition Law Review*, volume 30, numero 12, 2009.
- NIELS G. – JENKINS H., *Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effects Breaks Down*, in *European Competition Law Review*, volume 26, numero 11, 2005.
- O' DONOGHUE R. – PADILLA A.J., *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006.

- ODUCU O., *The Wider Concerns of Competition Law*, in Oxford Journal of Legal Studies, volume 30, numero 3, 2010.
- OSTI C., *Antitrust e oligopolio: concorrenza, cooperazione e concentrazione*, Il Mulino, Bologna 1995.
- PACE L.F., *European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102*, Edward Elgar, 2010.
- PACE L.F., *The Italian way of tackling the Abuse of Dominant Position*, in European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102, Edward Elgar, 2010.
- PADILLA A.J. – SLATER D., *Rebates as an Abuse of Dominance under Article 82 EC*, in (a cura di) GERADIN D., *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, in Global Competition Law Center, 2005.
- PAPPALARDO A., *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007.
- PARDOLESI R., *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?*, in Mercato Concorrenza Regole, 2007.
- PARDOLESI R., *Condotta Unilaterale d'Impresa: una Disciplina in cerca d'Identità*, in Mercato concorrenza regole, volume 3, 2009.
- PEEPERKORN L., *Commission publishes Discussion Paper on Abuse of Dominance*, in Competition Policy Newsletter, numero 1, 2006.
- PETIT N., *From Formalism to Effects? The Commission's Communication of Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC*, in World Competition, volume 32, numero 4, 2009.
- POLO M., *A favore di un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust*, in Mercato Concorrenza Regole, 2007.

- POLO M., *L'intervento antitrust in materia di pratiche escludenti: lezioni dal dibattito recente*, in (a cura di) RABITTI C. – BARUCCI C., *20 anni di antitrust*, Giappichelli, 2010.
- POLO M., *Sconti selettivi o concorrenza lecita? I paradossi del caso RDB*, in *Mercato concorrenza regole*, volume 11, numero 1, 2009.
- POLO M., *Un commento*, in *Mercato concorrenza regole*, volume 11, 2009.
- POSNER R.A., *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2001.
- POWER V.J.G., *Competition Law and Practice*, Butterworths, 2001.
- RATLIFF J., *Abuse of Dominant Position and Pricing Practices – A Practitioner's Viewpoint*, in (a cura di) EHLERMANS C.D. – ATANASIV I., *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?*.
- RIDUAD M. – VAIGAUSLAITE D., *Prokent/Tomra, a textbook case? Abuse of Dominance under Perfect Information*, in *Competition Policy Newsletter*, numero 2, 2006.
- RIDYARD D., *Article 82 Price Abuses – Towards a More Economic Approach*, in (a cura di) EHLERMANN C.D. – ATANAISIU I., *European Competition Law Annual – What is an Abuse of a Dominant Position?*, Hart Publishing, 2006.
- RIDYARD D., *The European Commission's Article 82 Guidelines: Some Reflections on the Economic Issues*, in *European Competition Law Review*, volume 30, numero 5, 2009.
- RITTER L. – BRAUN W.D., *European Competition Law. A Practitioner's Guide*, 3rd ed., Kluwer Law International, 2004.
- RODGER B. – MACCULLOCH A., *Competition law and policy in the EC and UK*, Routledge-Cavendish, 4nd ed., 2009.

- RODGER B., *Ten years of UK competition law reform*, Dundee University Press, 2010.
- ROSENBLATT H. – ARMENGOD H., *The Commission's Approach to Conditional Discount: A Look at Tomra and Intel*, in *Global Competition Review*, 2012
- ROUSSEVA E., *Abuse of Dominant Position Defences. Objective Justification and Article 82 EC in the Era of Modernisation*, in (a cura di) AMATO G. – EHLERMANN C.D., *EC Competition Law. A Critical Assessment*, Hart Publishing, 2007.
- ROUSSEVA E., *Modernizing by Eradicating: How the Commission's New Approach to Article 81 EC Dispenses with the Need to Apply Article 82 EC to Vertical Restraints*, in *Common Market Law Review*, volume 42, 2005.
- ROUSSEVA E., *Objective Justification and Article 82 EC in the Era of Modernisation*, in (a cura di) AMATO G. – EHLERMAN C.D., *EC Competition Law and Critical Assessment*, Hart Publishing, 2007.
- ROUSSEVA E., *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010.
- ROUSSEVA E., *The Concept of "Objective Justification" of a Dominant Position: Can it Help to Modernise the Analysis under Article 82 EC?*, in *The Competition Law Review*, volume 2, numero 2, 2006.
- ROVERESI R., *Repertorio Antitrust*, Giappichelli, 2002.
- SHER B., *The Last of Steam-Powered Trains: Modernising Article 82*, in *European Competition Law Review*, volume 25, numero 5, 2004.
- SPECTOR D., *Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Structured Rule of Reason*, in *Competition Policy International*, volume 1, numero 2, 2005.

- SPINKS S.O., *Exclusive Dealing, Discrimination, and Discounts under EC Competition Law*, in *Antitrust Law Journal*, 2000.
- STOBER M., *Competition, Economic Approach to Article 82*, in *European Enterprise Institute*, 2006.
- VAN BAEL I. – BELLIS J.F., *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 5nd ed., 2010.
- VAN DEN BERGH R.J. – CAMESASCA P.D., *European Competition Law and Economics: a Comparative Perspective*, Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2006.
- VAN DEN BERGH R.J., *La scuola di Chicago*, in (a cura di) FRIGNANI A. – PARDOLESI R. – PATRONI GRIFFI A. – UBERTAZZI L.C., *Diritto antitrust italiano*, Bologna 1993.
- VATIERO M., *Ordoliberal Competition*, in *Concorrenza e Mercato*, 2010.
- VEDDER H., *Competition Law and Environmental Protection in Europe. Towards Sustainability?*, Europa Law Publishing, 2003.
- VOGELAAR F.O.W., *The European Competition Rules*, in *Landmark Cases of the European Courts and the Commission*, Europa Law Publishing, 2004.
- WAELEBROECK D., *Michelin II, A per se rule against Rebates by Dominant Companies?*, in *Journal of Competition Law & Economics*, volume 1, numero 1, 2005, pp. 149-171
- WAELEBROECK M. – FRIGNANI A., *European Competition Law*, Ardsley, NY, 1999.
- WHISH R., *Competition Law*, Oxford University Press, 6th ed., 2009.
- WILS W.P.J., *Principles of European Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, 2005.

WITT C., *The Commission's Guidance Paper on Abusive Exclusionary Conduct – More Radical than it appears?*, in *European Law Review*, 2010.

ZÄCH R. – KÜNZLER A., *Efficiency or freedom to compete? Towards an axiomatic theory of competition law*, in *ZweR* volume 7, numero 3, 2009.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

Corte di Giustizia

Corte di Giustizia, 19 aprile 2012, *Tomra Systema ASA e altri c/ Commissione*, C-540/10 P.

Corte di Giustizia, 10 luglio 2001, *Irish Sugar c/ Commissione*, C-497/99 P.

Corte di Giustizia, 20 marzo 2001, *Portugal c/ Commissione*, C-163/99.

Corte di Giustizia, 16 marzo 2000, *Compagnie Maritimes Belges Transports SA e Compagnie Maritimes Belges SA c/ Commissione*, procedimenti riuniti C-395/96 P e C-396/96 P.

Corte di Giustizia, 6 aprile 1995, *BPB Industries plc e British Gypsum Ltd c/ Commissione*, C-310/93.

Corte di Giustizia, 9 novembre 1983, *Michelin c/ Commissione*, C-322/81.

Corte di Giustizia, 13 febbraio 1979, *Hoffman-La Roche & Co AG c/ Commissione*, C-85/76.

Tribunale di primo grado

Tribunale di primo grado, 9 settembre 2010, *Tomra Systema ASA e altri c/ Commissione*, T-155/06

Tribunale di primo grado, 17 dicembre 2003, *British Airways plc c/ Commissione*, T-219/99.

Tribunale di primo grado, 30 settembre 2003, *Michelin / Commissione*, T-203/01.

Tribunale di primo grado, 1 aprile 1993, *BPB Industries plc e British Gypsum Limited c/ Commissione*, T-65/89.

Tribunale di primo grado, 12 dicembre 1991, *Hilti AG c/ Commissione*, T-30/89.

INDICE DELLE DECISIONI DELLA COMMISSIONE

- Commissione Europea, 13 maggio 2009, COMP/C-3/37.990, *Intel*.
- Commissione Europea, 29 marzo 2006, COMP/E-1/38.113, *Prokent c/ Tomra*.
- Commissione Europea, 20 giugno 2001, COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin*.
- Commissione Europea, 14 luglio 1999, COMP/IV/D-2/34.780, *Virgin c/ British Airways*.
- Commissione Europea, 14 maggio 1997, COMP/IV/34.621, *Irish Sugar plc*.
- Commissione Europea, 5 dicembre 1988, COMP/IV/31.900, *BPB Industries plc*.
- Commissione Europea, 22 dicembre 1987, COMP/IV/30.787.488, *Eurofix-Bauco c/ Hilti*.
- Commissione Europea. 7 ottobre 1981, COMP/IV/29.491, *Michelin*.
- Commissione Europea, 9 giugno 1976, COMP/IV/29.020, *Hoffman-La Roche*.
- Commissione Europea, 2 gennaio 1973, COMP/IV/26.918, *European Sugar Industry*.

INDICE DELLE DECISIONI DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA
CONCORRENZA E DEL MERCATO

AGCM, 7 dicembre 1999, A224, *Pepsico Foods and Beverages
International-IBG c/ Coca Cola Italia.*

AGCM, 10 aprile 1992, A13, *Marinzulich c/ Tirrenia.*