



Dipartimento di
Economia e Management

Cattedra di Microeconomia

Un'analisi dell'approccio Antitrust europeo nella
fattispecie dell'abuso di posizione dominante mediante
sconti condizionati. I casi Intel e Qualcomm

RELATORE

Prof.ssa G. Gianfreda

CANDIDATO

Leonardo Ciotti

Matr. 218051

ANNO ACCADEMICO 2019/2020

<i>Introduzione</i>	4
<i>Capitolo 1 L'abuso di posizione dominante</i>	6
1.1 Il Mercato rilevante	7
1.2 La posizione dominante	9
1.3 Le condotte escludenti	16
1.4 La discriminazione di prezzo in un contesto statico	18
1.5 La discriminazione di prezzo in un contesto dinamico	21
1.6 Gli effetti della discriminazione di prezzo sulla concorrenza	27
1.7 Gli effetti della discriminazione di prezzo sul benessere sociale	32
<i>Capitolo 2 La Tutela della Concorrenza</i>	36
2.1 L'influenza delle Scuole di Chicago e Harvard nell'Antitrust europeo	37
2.2 Da un approccio basato sulla forma a uno basato sugli effetti	40
2.3 Guidance Paper del 2009.....	42
2.4 L'approccio economico	43
2.5 L'AEC Test.....	45
2.6 I limiti dell'AEC Test.....	48
<i>Capitolo 3 L'evoluzione dell'approccio Antitrust europeo</i>	51
3.1 Il caso Intel.....	54
3.1.1 Intel Corporation e Advanced Micro Devices, Inc.....	54
3.1.2 Le condotte di Intel oggetto dell'infrazione	56
3.1.3 Il mercato rilevante delle CPUs	57
3.1.4 L'analisi delle condotte e la decisione della Commissione.....	59
3.1.5 L'utilizzo dell'AEC Test in Intel.....	61
3.2 Il caso Qualcomm.....	64
3.2.1 L'analisi della Commissione nel caso Qualcomm	65
3.2.2 Il test proposto da Qualcomm	66
3.3 Conclusioni.....	67
<i>Considerazioni finali</i>	70

Introduzione

Con la definizione di una serie di leggi sovranazionali in ambito di concorrenza, avvenuta con il Trattato di Parigi del 1951, ha avuto inizio un processo volto a garantire una libera concorrenza tra i sei paesi firmatari e a vietare quelle condotte capaci di distorcerne il grado. La concorrenza tra imprese rappresenta il motore dello sviluppo economico e il livello di benessere sociale che da essa deriva la pone alla base dell'intervento Antitrust. A quest'ultimo è, infatti, assegnato il compito di vigilare sull'operato delle imprese al fine di evitare che le stesse, coordinando i propri comportamenti, danneggino i consumatori e riducano la concorrenza.

Nonostante l'ampio consenso che si ritrova nell'importanza di tutelare il meccanismo concorrenziale, non è possibile dire altrettanto sulle modalità attraverso le quali l'Autorità Antitrust europea dovrebbe intervenire. Ciò che ha caratterizzato l'intervento Antitrust fino ad oggi è stato l'utilizzo di un approccio basato principalmente sulla forma delle condotte che, senza analizzarne gli effetti, si contrappone a un approccio più economico e costituisce una modalità che non permette di verificare se le efficienze generate da quest'ultime siano in grado di controbilanciare eventuali danni ai consumatori. Proprio l'introduzione di nuovi strumenti economici, come l'AEC Test, e il loro utilizzo nella valutazione dei casi, è al centro di un acceso dibattito sulle modalità di intervento dell'Autorità Antitrust in quei casi dove le imprese, abusando della loro posizione dominante tramite sconti condizionati, cercano di estendere la loro posizione nel mercato al fine di ottenere un certo grado di indipendenza dalle forze concorrenziali.

Il primo capitolo dell'elaborato vede nella sua parte iniziale una spiegazione volta a chiarire la fattispecie dell'abuso di posizione dominante e i passaggi

necessari per la sua analisi. La seconda parte del medesimo capitolo si dedica invece ad approfondire una specifica tipologia di condotte, gli sconti condizionati, rientranti nella macrocategoria della discriminazione di prezzo.

Nel secondo capitolo viene affrontato il recente dibattito sull'approccio che l'Antitrust dovrebbe adottare nella valutazione dei casi, approccio basato sulla forma o approccio economico, concludendo con l'esposizione dell'AEC Test, strumento volto a garantire un'analisi che prevenga qualsiasi forma di pregiudizio sulle condotte, più precisamente sugli sconti condizionati, e dei suoi limiti.

Infine, il terzo capitolo, conclusivo dell'elaborato, riporta l'analisi di due casi, *Intel* e *Qualcomm*, nei quali l'applicazione dell'AEC Test è stato al centro di forti discussioni rendendoli emblematici per osservare come l'Autorità Antitrust non sia ancora riuscita a effettuare il passaggio definitivo verso un approccio più economico.

Capitolo 1 L'abuso di posizione dominante

Come noto, a seguito dei Trattati di Roma del 1957 si è assistito ad un processo culminato con la determinazione di un Mercato Comune europeo, basato sui pilastri di libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali, grazie al quale si sono potute favorire condizioni di libera concorrenza tra le imprese in esso operanti. Nel corso del tempo il trattato della CEE è stato più volte modificato arrivando ai giorni d'oggi sotto il nome di Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

Nella sua ultima versione il TFUE riporta dall'articolo 101 al 109 quelle che sono le norme volte a garantire il corretto funzionamento del mercato interno. Al fine di tutelare il benessere dei cittadini, delle imprese e della società dell'UE nel suo complesso gli articoli 101 e 102 TFUE si concentrano principalmente nel vietare gli accordi anticoncorrenziali tra imprese e gli abusi di posizione dominante. Più precisamente, Il TFUE riporta, all'art. 102, la disciplina degli abusi di posizione dominante messi in atto dalle imprese attraverso condotte che risultano essere anticoncorrenziali. Seguendo le Linee Guida della Commissione europea si possono far rientrare all'interno di tale aggregato tutte quelle condotte che, se adottate da una o più imprese in posizione dominante, risultano essere incompatibili con i principi del Mercato Comune e in grado di inficiare il commercio tra gli Stati membri. Come riportato dall'art. 102 le principali pratiche abusive possono consistere in:

- a) imporre direttamente o indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita o altre condizioni di transazione non eque;
- b) limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;

- c) applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;
- d) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.¹

Al fine di indagare se una determinata condotta possa ritenersi abusiva è di fondamentale importanza prima verificare l'esistenza di un'eventuale posizione dominante e, solo successivamente, controllare se l'impresa ha dato vita a comportamenti illegittimi.² In ogni caso, ancor prima di procedere con l'accertamento della presenza di una posizione dominante, è necessario inquadrare il Mercato rilevante in cui andarla a ricercare.

1.1 Il Mercato rilevante

Il Mercato rilevante, come previsto dalle Linee Guida pubblicate dalla Commissione europea, deve essere distinto sotto il profilo del prodotto e sotto il profilo geografico. Vanno a definire quello che è il mercato rilevante del prodotto tutti quei prodotti e/o servizi che grazie alle loro caratteristiche, prezzi e l'uso che ne viene fatto dai consumatori, possono essere considerati intercambiabili o sostituibili.

¹ Unione Europea, Versioni consolidate del trattato sull'unione europea e del trattato che istituisce la comunità europea, Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, 2002/C 325/01.

² Motta M. (2015), Competition Policy : Theory and Practice, Cambridge University Press.

Nell'esprimersi su tali caratteristiche la Commissione non si limita ad analizzare l'intercambiabilità funzionale dei prodotti, dal momento che questa potrebbe risultare fortemente influenzata da come i clienti giudicano il prodotto, ma tiene in considerazione anche altri elementi che possono aiutare nella valutazione della presenza di tale caratteristica.

In primo luogo, la Commissione è portata a studiare eventuali fenomeni passati, come shock o lancio di un nuovo prodotto, con l'obiettivo di constatare se si sono verificate variazioni nella domanda. In tal modo sarà capace di includere nello stesso Mercato rilevante quei prodotti che hanno risentito di tali eventi.

Inoltre, possono essere utilizzati test quantitativi per valutare l'elasticità incrociata della domanda di un prodotto rispetto al prezzo, ovvero il rapporto tra la variazione della quantità domandata di un bene e la variazione percentuale del prezzo di un altro bene.

La Commissione, nel processo di definizione dei confini del mercato, può anche fare uso dei dati empirici raccolti dai principali clienti e dalle imprese interessate, di cui potrebbero risultare rilevanti anche le ricerche di mercato fatte, potendo così osservare le loro reazioni alle variazioni dei prezzi relativi dei prodotti che si stanno analizzando.

Altro strumento utile nell'analisi del Mercato rilevante del prodotto è l'elasticità di sostituzione dell'offerta. Nel caso in cui il valore di quest'ultimo parametro dovesse risultare elevato, ovvero se i diversi fornitori dei prodotti dovessero essere in grado di offrire sostenendo incrementi di costo moderati le varie tipologie di prodotto, si dovrebbero tenere in considerazione tutti i prodotti di diversa qualità presenti nel mercato.

Infine, il Mercato rilevante del prodotto può venir ridimensionato nel caso in cui risulti evidente la presenza di gruppi di consumatori distinti tra loro. Tale fattispecie necessita però di due condizioni per essere valida: deve essere possibile identificare in quale gruppo specifico rientra il cliente e l'impossibilità per i consumatori di effettuare operazioni di arbitraggio con terzi.³

Il mercato rilevante sotto il profilo geografico è invece individuato nell'area all'interno della quale si presentano condizioni omogenee di concorrenza. Tale area deve poter essere distinta da zone geografiche adiacenti nelle quali devono sussistere condizioni di concorrenza differenti. Al fine di determinare i limiti di tale mercato è necessario reperire informazioni riguardo al peso dei costi di trasporto, alla disponibilità a spostarsi dei clienti e alla potenziale presenza di tariffe che generino delle barriere commerciali agli scambi internazionali.⁴

1.2 La posizione dominante

La dominanza consiste in una posizione di forza economica che garantisce all'impresa di prevenire la determinazione di un'effettiva competizione nel mercato o di controllarne il grado, permettendole di operare in maniera indipendente dai suoi concorrenti e in parte dai consumatori.⁵ La capacità di un'impresa di modificare il prezzo d'equilibrio di un mercato, portando quest'ultimo al di sopra dei costi marginali da essa sostenuti, è comunemente

³ Commissione europea (1997), Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

⁴ Scognamiglio Pasini Carlo (2016), Economia industriale, Luiss University Press.

⁵ Commissione europea (2005), DG competition discussion paper on the application of Article 82 of the treaty to exclusionary abuses.

definita “potere di mercato”. Tale fattispecie è presente in tutti i mercati e viene meno solo alla presenza di un meccanismo perfettamente concorrenziale.

Dal momento che ogni impresa, anche se in proporzioni differenti, possiede un certo livello di potere di mercato, è necessario adottare un metodo il più preciso possibile per il suo calcolo e stabilirne un livello per il quale le Autorità Antitrust dovrebbero allarmarsi.

Al fine di misurare direttamente il potere di mercato di un’impresa è possibile fare ricorso all’indice di Lerner. Volto a misurare il rapporto tra la differenza del prezzo applicato dall’impresa e i suoi costi marginali con il prezzo stesso, tale indice permette di osservare il grado di mark-up praticato dall’impresa

$$L_i = \frac{p^* - MC_i}{p^*}$$

dove L_i rappresenta l’indice di Lerner, p^* il prezzo praticato dall’impresa i e MC_i i costi marginali sostenuti dalla stessa.

Purtroppo, il suo utilizzo è fortemente inficiato dalle difficoltà che le Autorità trovano nella stima di quest’ultimi. Il principale limite è dovuto all’informazione imperfetta di cui l’Autorità soffre e che, oltre al rischio di portare a conclusioni erranee, tende a incrementare i costi di ispezione.

Ulteriore punto a sfavore dell’applicazione dell’indice di Lerner, come strumento per osservare il potere di mercato, è rappresentato dal paradosso che si potrebbe generare dal calcolo di quest’ultimo su un monopolista. Tipicamente non incentivata ad implementare la propria efficienza produttiva, un’impresa monopolistica è caratterizzata da costi marginali

elevati che lascerebbero presumere un mark-up inferiore nonostante il prezzo praticato sia quello monopolistico.

Per calcolare l'indice di Lerner su un monopolista è necessario partire dalla definizione dei suoi ricavi marginali.

$$MR = \frac{\Delta TR}{\Delta Q} = \frac{P\Delta Q + Q\Delta P}{\Delta Q} = P + Q \frac{\Delta P}{\Delta Q}$$

dove MR sono i ricavi marginali, P corrisponde alla variazione del ricavo totale dovuta alla variazione dell'output e $Q(\Delta P/\Delta Q)$ corrisponde alla variazione dei ricavi totali dovuta alla variazione del prezzo.

A differenza di quanto avviene nei mercati di concorrenza, nei quali le imprese sono *price-taker*, per il monopolista il prezzo è una variabile endogena che egli definisce mediante l'osservazione della curva di domanda. Risulta quindi interessante analizzare il legame tra il mark-up, ossia la differenza tra prezzo e costo marginale, e l'elasticità della domanda al prezzo. A tal fine è necessario procedere riscrivendo la formula del ricavo marginale del monopolista in termini di elasticità della domanda al prezzo $\varepsilon_{Q,P}$.

$$MR = P \left(1 + \frac{1}{\varepsilon_{Q,P}} \right)$$

Inoltre, in un mercato monopolistico l'impresa otterrà il massimo profitto vendendo la quantità Q^* corrispondente al punto in cui i ricavi marginali e i costi marginali si intersecano. È quindi possibile definire la condizione di massimo profitto di un monopolista con la formula

$$MC(Q^*) = P^* \left(1 + \frac{1}{\varepsilon_{Q,P}} \right)$$

dove P^* rappresenta il prezzo di massimo profitto.

Infine, mediante alcune manipolazioni algebriche e sostituendo $MC(Q^*)$ con MC^* , si ottiene

$$\frac{P^* - MC^*}{P^*} = -\frac{1}{\varepsilon_{Q,P}}$$

L'equazione appena ottenuta è chiamata *inverse elasticity pricing rule* ed è la regola secondo la quale la differenza tra il prezzo di massimo profitto e il costo marginale, espressa in percentuale sul prezzo, è uguale al negativo dell'inverso dell'elasticità della domanda rispetto al prezzo. Ciò sta a indicare come maggiore sarà l'elasticità della domanda, minore sarà il mark-up ottimale del monopolista e quindi la possibilità che i prezzi da esso praticati si discostino dal MC^* .⁶

Purtroppo, l'utilizzo dell'indice di Lerner e di altre tecniche econometriche volte a stimare il potere di mercato direttamente dai dati ottenibili dal mercato stesso, come i costi marginali sostenuti dalle imprese o l'elasticità della domanda al prezzo, a causa delle difficoltà nel reperimento di quest'ultimi non sempre sono possibili da adoperare.

Le difficoltà appena esposte nell'utilizzo dell'indice di Lerner hanno portato le Autorità a servirsi di un approccio più tradizionale incentrato principalmente sulle quote di mercato, senza però escludere la possibilità di passare a un'analisi basata su tecniche econometriche quando i dati necessari sono disponibili.

Strumento a disposizione della Commissione per focalizzare al meglio le proprie risorse nella ricerca, tramite le quote di mercato, di eventuali

⁶ Besanko David (2016), Microeconomia, McGraw Hill.

posizioni dominanti nei mercati è l'indice di Herfindahl-Hirschman. L'indice HH è un indicatore della concentrazione del potere economico, la cui peculiarità è la ponderazione delle quote di mercato detenute dalle singole imprese. Tale meccanismo di ponderazione permette di attribuire maggiore peso alle quote più rilevanti.⁷ Inoltre, tenendo in considerazione tutte le imprese presenti in un mercato, l'indice HH non risente del numero di imprese presenti in quest'ultimo e per tale ragione viene spesso preferito ad altri indici.

$$HH = \sum_{i=1}^n m_i^2$$

dove n rappresenta il numero di imprese nel mercato e m_i le quote delle rispettive.

Seguendo quanto riportato nel Guidance Paper del 2009, la Commissione ritrova in quote di mercato modeste un buon indicatore dell'assenza di un considerevole potere di mercato. Infatti, difficilmente una quota di mercato inferiore al 40% permette a un'impresa di godere di una posizione dominante e che di conseguenza le sue condotte siano capaci di sottrarsi alle eventuali controstrategie dei rivali. Tuttavia, una conclusione basata esclusivamente sulla quota di mercato rischia di sovrastimare o sottostimare la capacità, conferita da quest'ultima, che un'impresa ha di agire indipendentemente dai suoi concorrenti. Di conseguenza, l'approccio adottato dalla Commissione nel valutare la posizione dominante di un'impresa e il suo grado di potere di mercato deve tenere in considerazione anche la struttura concorrenziale del mercato senza basarsi esclusivamente sulla situazione corrente di

⁷ Scognamiglio Pasini Carlo (2016), Economia industriale, Luiss University Press.

quest'ultimo. Più precisamente nel Guidance Paper vengono messi in evidenza tre principali fattori:

- a) Le pressioni imposte dalle forniture esistenti offerte dai concorrenti effettivi e loro posizione sul mercato
- b) Le pressioni imposte dalla minaccia credibile di una futura espansione dei concorrenti effettivi o dell'ingresso sul mercato di concorrenti potenziali
- c) Le pressioni imposte dalla forza negoziale dei clienti dell'impresa

La rilevanza attribuita alla minaccia dell'espansione da parte dei concorrenti effettivi o dell'ingresso sul mercato di concorrenti potenziali è giustificata in quanto quest'ultima se probabile, tempestiva e sufficiente, può scoraggiare un'impresa dall'aumentare i prezzi. È compito della Commissione valutare la presenza di tali caratteristiche partendo dall'analisi della redditività dell'espansione o dell'entrata per il concorrente o il nuovo operatore tenendo conto delle eventuali barriere all'espansione o all'ingresso, analizzando le tempistiche in cui l'espansione o l'ingresso avverrebbero e infine, l'entità della quota di mercato che il concorrente o il potenziale entrante andrebbero a servire.

Nel valutare le quote di mercato è necessario inoltre adottare una visione di lungo periodo in quanto la persistenza di una larga quota di mercato nel tempo da parte di un'impresa potrebbe essere segnale di una posizione dominante, mentre l'alternarsi delle quote di maggioranza nel corso degli anni andrebbe a sostenere la tesi di un mercato altamente competitivo. Inoltre, il potere di mercato che generalmente si assocerebbe a una certa quota di mercato potrebbe essere ridimensionato dal potere contrattuale esercitato dai clienti. Quest'ultimo può dipendere dalle dimensioni e

importanza che i clienti hanno per l'impresa dominante, oltre che dalla possibilità per quest'ultimi di passare rapidamente a fornitori concorrenti.⁸

Infine, l'indice di Lerner può essere utilizzato insieme alle quote per osservare il grado medio di potere di mercato presente in quest'ultimo. Innanzitutto, l'indice di Lerner della singola impresa può essere riscritto in tal modo:

$$L_i = \frac{m_i}{\varepsilon}$$

Inoltre, basandoci sulla formula appena esposta è possibile definire un indice che aggrega il potere di mercato di un'intera industria, matematicamente rappresentato tramite la seguente equazione:

$$L = \sum_i m_i L_i$$

Sostituendo all'interno della formula l'indice di Lerner appartenente ad ogni singola impresa (L_i) con il rapporto tra la quota di mercato e l'elasticità della domanda si arriva a ottenere:

$$L = \sum \frac{m_i^2}{\varepsilon} = \frac{HHI}{\varepsilon}$$

È quindi possibile concludere che vi sia una diretta relazione tra il grado di concentrazione di un mercato, espresso dall'indice di Herfindahl-Hirschman, e il livello medio di potere di mercato.⁹

⁸ Commissione europea (2009), Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

⁹ Motta M. (2015), Competition Policy: Theory and Practice, Cambridge University Press.

1.3 Le condotte escludenti

Le condotte escludenti rappresentano il principale strumento mediante il quale le imprese cercano di distorcere il grado di competizione all'interno del mercato. Esse sono definite come un abuso, in quanto non permettono ai concorrenti dell'impresa dominante, promotrice della condotta, di competere secondo un criterio di merito. Il risultato finale di tali condotte consiste nella marginalizzazione o nella totale eliminazione dei concorrenti riducendone la domanda accessibile o incrementandone i costi.

Le condotte escludenti si differenziano in “price based” e “non-price based”. La principale strategia rientrante nella prima categoria è sicuramente quella dei prezzi predatori. Quest'ultimo tipo di condotta consiste nel fissare prezzi al di sotto di una soglia di costo con conseguente sacrificio di profitto nel breve periodo che verrà poi però compensato nel lungo periodo dall'applicazione di prezzi “monopolistici”.

La seconda categoria è composta principalmente da pratiche rientranti nella discriminazione di prezzo a cui, sempre più frequentemente, le imprese fanno ricorso praticando schemi di scontistica per attirare più consumatori possibili e aumentare il loro potere di mercato.

Non ci si deve limitare a osservare gli effetti che simili condotte hanno sui concorrenti già presenti nel mercato poiché tali strategie possono avere, come osservabile nei *reputation models* e *signalling models*, anche lo scopo di mantenere una posizione monopolistica che garantisca la massimizzazione assoluta dei profitti.¹⁰

¹⁰ Motta M. (2015), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press.

Nell'ambito dei *reputation models* uno studio di Kreps e Wilson (1982) ha dimostrato come è possibile osservare un comportamento predatorio da parte di un monopolista solo se si manifesta asimmetria informativa circa la conoscenza da parte dei potenziali entranti della sua struttura di costo. Kreps e Wilson hanno mostrato che un monopolista efficiente quanto dei potenziali rivali, quindi debole, sia incentivato a sfruttare la sua posizione di vantaggio informativo per convincerli, praticando prezzi predatori, di essere un'impresa efficiente. Tramite la sua reputazione aggressiva e la falsa dimostrazione di essere caratterizzato da bassi costi di produzione il monopolista sarà così capace di scoraggiare potenziali entranti.¹¹

Il primo *signalling model* è stato formulato da Milgrom e Roberts (1982) e a sua volta pone le basi sul concetto di asimmetria informativa. Tale modello prevede che il potenziale entrante basi la sua decisione di entrare o meno nel mercato sul prezzo praticato dal monopolista. Immediata conseguenza di tale comportamento è il tentativo del monopolista meno efficiente di replicare i prezzi che un monopolista efficiente praticerebbe.

Gli equilibri che si potrebbero presentare in quest'ultimo modello sono due e differiscono in base alla possibilità o meno per il secondo di applicare prezzi che lo differenzino dal primo. Nel caso in cui si presenti tale possibilità si raggiungerà un "*separating equilibrium*" nel quale il potenziale entrante avrà immediata certezza circa la struttura di costi del monopolista e entrerà solo nel caso in cui quest'ultimo non sia efficiente. Inoltre, questo primo equilibrio risulta essere socialmente apprezzato, in quanto garantisce

¹¹ Kreps David M. and Wilson R. (1982), Reputation and Imperfect Information, Journal of Economic Theory.

un aumento di benessere per i consumatori, i quali giovano di prezzi più bassi sia in presenza di un monopolista efficiente che di uno meno.

Il secondo equilibrio, definito “*pooling equilibrium*”, è caratterizzato da un prezzo praticato dal monopolista meno efficiente che rispecchierà il prezzo monopolistico della controparte efficiente. In tal modo il potenziale entrate è lasciato senza la possibilità di distinguere da quale monopolista sia occupato il mercato e costretto a prendere una decisione basandosi su stime probabilistiche.¹²

Infine, gli effetti di *foreclosure* determinati dalle condotte escludenti non sono da ricercare esclusivamente nel mercato dell'impresa che le hanno applicate. Infatti, si deve attuare una distinzione tra gli *Horizontal foreclosure* e i *Vertical foreclosure*. I primi derivano da strategie dell'impresa dominante, operante nell'*upstream market*, che mirano a impedire o ridurre per una società rivale l'accesso al *downstream market*, mentre i secondi si caratterizzano per la marginalizzazione o l'eliminazione di un'impresa in quest'ultimo mercato.¹³

1.4 La discriminazione di prezzo in un contesto statico

La discriminazione di prezzo è una strategia volta ad applicare a ogni cliente un prezzo differente per lo stesso bene nonostante l'impresa sostenga per ognuno gli stessi costi di produzione.¹⁴ Tale discriminazione per poter essere

¹² Milgrom P. and John R. (1982), *Limit Pricing and Entry under Incomplete Information: An Equilibrium Analysis*, The Econometric Society.

¹³ Commissione europea (2005), *DG competition discussion paper on the application of Article 82 of the treaty to exclusionary abuses*.

¹⁴ Fumagalli Chiara (2018), *Exclusionary Practices: The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance*, Cambridge University Press.

praticata necessita della presenza di tre condizioni base: l'abilità dell'impresa nel vendere i prodotti a un prezzo maggiore dei suoi costi marginali, una valutazione soggettiva del bene diversificata da parte dei clienti e la possibilità di limitare la presenza di arbitraggio all'interno del mercato.

La prima assunzione conferisce all'impresa un potere di prezzo secondo il quale, a differenze delle condizioni che si osserverebbero in un mercato perfettamente concorrenziale, è capace di aumentare il prezzo del bene offerto senza che la domanda di quest'ultimo si riduca a zero.

Riguardo l'ultima invece, la presenza di arbitraggio nel mercato renderebbe inefficiente il meccanismo di discriminazione dal momento in cui i clienti, ai quali è offerto il prodotto a un prezzo inferiore, riuscirebbero a ottenere un guadagno acquistandone quantitativi in eccesso e rivendendoli a coloro con una più alta disponibilità a pagare. Ciò viene cercato di ridimensionare dalle imprese tramite: alti costi di trasporto, ostacoli legali alla rivendita, personalizzazione dei prodotti e clausole contrattuali.¹⁵

Nel combattere l'arbitraggio e nel ricercare le informazioni riguardo la disponibilità a pagare dei clienti l'impresa sostiene dei costi, detti costi transattivi. È evidente come questi limitino l'efficacia della discriminazione, che verrà effettuata solo nel momento in cui i costi sopra citati non eccedano il massimo profitto da questa ottenibile. In aggiunta, la discriminazione risulterà socialmente apprezzabile se la perdita secca, risultante dall'applicazione di un prezzo uniforme in condizioni di monopolio, assuma un valore maggiore dei costi transattivi.¹⁶

¹⁵ McAfee R. Preston (2008), Price Discrimination, in 1 "Issues in Competition Law and Policy 465", ABA Section of Antitrust Law.

¹⁶ Scognamiglio Pasini Carlo (2016), Economia industriale, Luiss University Press.

Le varie forme di discriminazione di prezzo possono essere generalmente studiate tramite un'analisi statica e dinamica. La principale differenza tra le due risiede nei periodi durante i quali i consumatori procedono all'acquisto del prodotto, uno solo nel primo caso e molteplici nel secondo. Procedendo secondo un'analisi statica possiamo determinare una prima forma di discriminazione definita intra-personale che prevede l'offerta di prezzi differenti su prodotti simili, caratterizzati da costi marginali uguali, acquistati dallo stesso consumatore.

Tale forma di discriminazione può essere applicata anche sulla più classica tariffa presente sui mercati, ovvero quello del prezzo unico p_i per singola unità di prodotto x_i , che porta a una tariffa generale praticata dall'impresa nella forma:

$$T^c(x_i) = p_1x_1 + p_2x_2, \dots,$$

dove $T^c(x_i)$ rappresenta la Tariffa totale applicate al consumatore c

Le caratteristiche principali di tale tariffa sono l'anonimato, la linearità e la separabilità in quanto i prezzi non dipendono dall'identità del consumatore, la spesa è proporzionale all'ammontare acquistato e non sono presenti vincoli tra l'acquisto dei prodotti.

Manipolando l'intensità delle caratteristiche appena citate è possibile definire altre forme di discriminazione. Applicando prezzi differenti a gruppi di consumatori o individui distinguibili, quindi facendo venire meno quella che è l'anonimato della tariffa, si ottengono le conosciute discriminazioni di primo e terzo grado. Eliminando la linearità della tariffa, ovvero offrendo un prezzo per unità di prodotto decrescente all'aumentare della quantità acquistata, l'impresa riesce a selezionare in via endogena i diversi tipi di consumatori praticando una discriminazione di secondo grado. Infine,

imponendo dei vincoli d'acquisto tra i prodotti, quindi facendo venir meno la separabilità degli acquisti, le imprese discriminano i consumatori tramite una pratica conosciuta meglio come *bundling*, la quale si può differenziare in mista e pura in base alla possibilità o meno per i consumatori di acquistare i prodotti separatamente.¹⁷

1.5 La discriminazione di prezzo in un contesto dinamico

Analizzando la discriminazione di prezzo in un contesto nel quale i consumatori hanno la possibilità di procedere all'acquisto dei prodotti durante più periodi, è possibile fare una prima distinzione tra una discriminazione intertemporale e una basata sul comportamento del consumatore, ovvero *behavioral based*.

La discriminazione intertemporale viene applicata dalle imprese nel momento in cui i consumatori, avendo prezzi di riserva diversi tra loro e volendo acquistare il prodotto una singola volta, attendono che l'impresa riduca il prezzo del prodotto per procedere all'acquisto. Tale tipo di discriminazione permette all'impresa di aumentare i propri profitti solo nel caso in cui i consumatori siano miopi, quindi non capaci di prevedere la strategia dell'impresa. Infatti, come dimostrato da Coase (1972), le imprese nel momento in cui devono vendere il proprio prodotto a consumatori *forward-looking* non trovano conveniente avere la possibilità di praticare

¹⁷ Armstrong M. (2006), Economic Models of Price Discrimination, Department of Economics University College London.

suddetto tipo di discriminazione e impedire loro di praticarla avrebbe l'unico effetto di aumentare i prezzi.¹⁸

Nella discriminazione di prezzo *behavioral-based* l'impresa ricompensa i clienti più fedeli al proprio prodotto offrendogli dei prezzi più bassi all'aumentare della quantità acquistata. Tale strategia può essere vista come una variante dinamica delle politiche di prezzo non lineari e grazie agli sviluppi dell'*information technology* è sempre più utilizzata.

Esempio di tale tipologia di discriminazione sono gli sconti condizionati che possono essere classificati come retroattivi o incrementali. Definiti anche "sconti fedeltà", quest'ultimi sono schemi nei quali il grado di "lealtà" all'impresa da parte del cliente è misurato in base al rapporto tra le quantità acquistate dall'impresa sul fabbisogno totale del cliente stesso.¹⁹

Gli sconti incrementali prevedono che il prezzo di listino del prodotto venga modificato secondo la percentuale di sconto solo su quelle unità che eccedono la soglia prestabilita. Di intensità maggiore sono invece gli sconti retroattivi, in quanto, una volta raggiunto il numero d'acquisti previsto, il cliente potrà godere dello sconto su tutte le unità acquistate e su quelle che acquisterà. Inoltre, caratteristica unica degli sconti retroattivi è il crollo netto del prezzo che il consumatore si troverà a pagare sull'unità marginale che gli garantisce l'accesso allo sconto. Quest'ultima sarà venduta ad un prezzo per il consumatore pari a:

$$P_{x^T} = P - x^T \alpha P$$

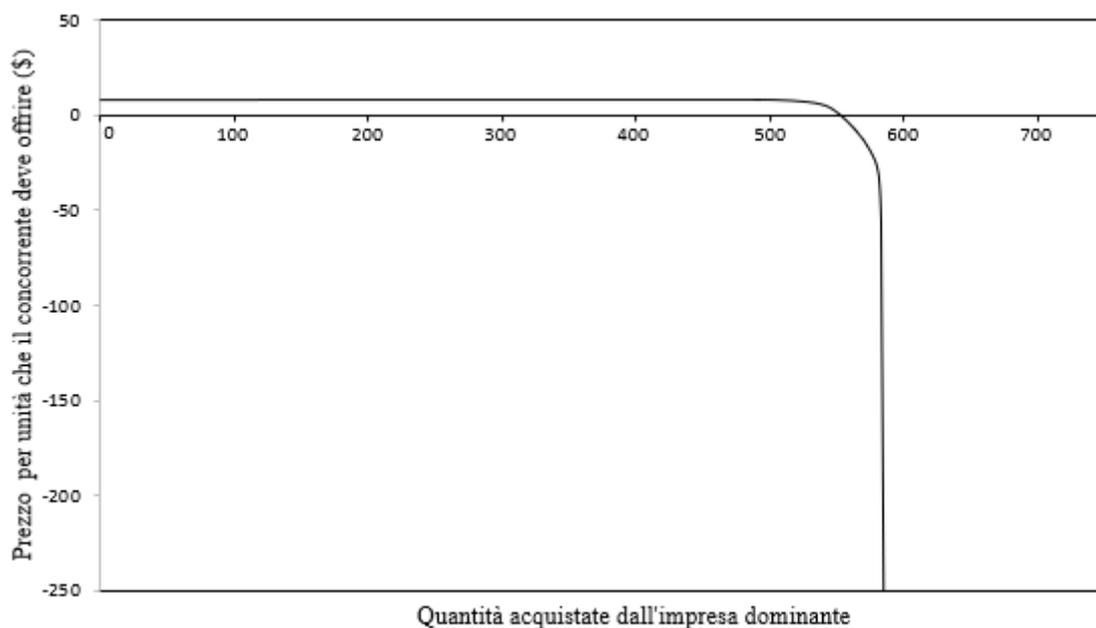
¹⁸ Coase R. (1972), *Durability and Monopoly*, University of Chicago Law School.

¹⁹ Pike Chris, Carrieri Silvia, OECD Competition Division (2016), *Fidelity rebates*.

dove x^T rappresenta l'ultima unità necessaria per usufruire dello sconto, α la percentuale di sconto che sarà applicata su tutte le unità precedentemente e successivamente acquistate e P il prezzo di listino praticato dall'impresa.

Il meccanismo appena citato genera il cosiddetto “*suction effect*” secondo il quale le ultime transazioni necessarie per superare il livello soglia risulterebbero avere un valore significativamente basso e, in certi casi, negativo. Tale effetto può essere implementato aumentando la percentuale di sconto e il volume d'acquisto necessario per usufruirne. Nella Figura 1, elaborata sull'esempio proposto in Nazzini (2012), si può osservare tale effetto e come, considerando un consumatore che voglia acquistare 601 unità a fronte di una soglia di 600 unità per usufruire dello sconto, l'impossibilità per qualsiasi altra impresa di raggiungere il livello di prezzo necessario per controbattere all'offerta porta il consumatore a sperimentare un “*suction effect*” che lo spinge a non cambiare fornitore.

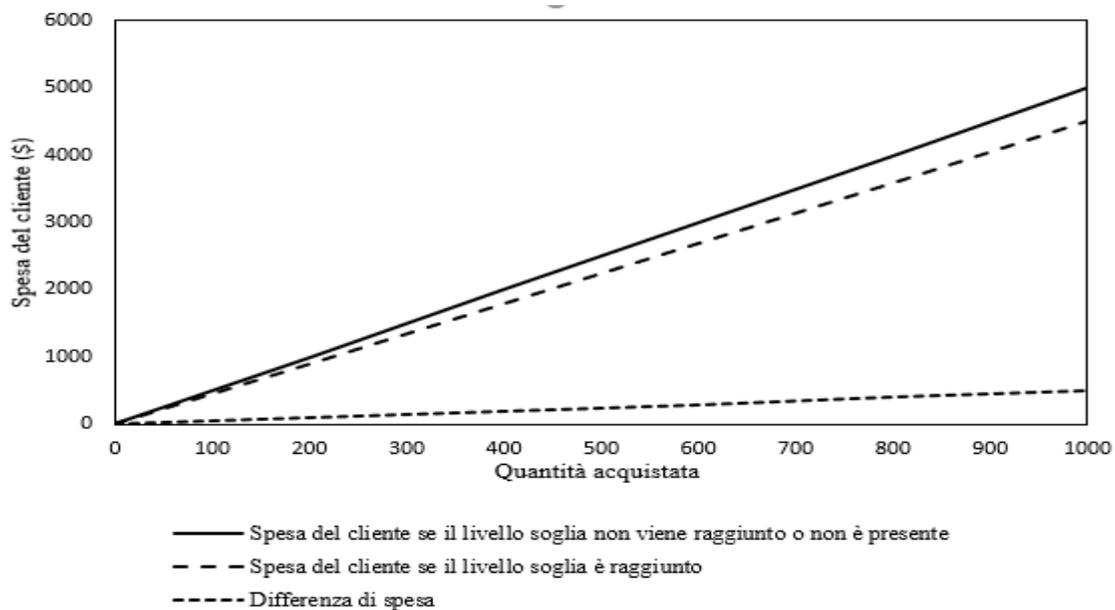
Figura 1 – Suction effect



Il “*suction effect*” non è l’unico effetto determinato dalla struttura dello schema di sconto dal momento in cui i clienti saranno soggetti anche ai cosiddetti “*switching costs*”.²⁰

Gli *switching costs*, raffigurati graficamente nella Figura 2 elaborata da Nazzini (2012), rappresentano i costi che un cliente deve sostenere cambiando fornitore e rinunciando, non raggiungendo il numero d’acquisti necessario, allo sconto. Il loro ammontare non deve essere accostato alla durata dello schema, in quanto le uniche variabili rilevanti nella loro stima sono la soglia d’acquisto necessaria per usufruire dello sconto e la percentuale dello stesso. Quest’ultima, insieme al numero di unità che il consumatore ha acquistato dall’impresa, rappresentano le variabili per le quali gli *switching costs* sono una funzione crescente.²¹

Figura 2 – Switching costs



²⁰ Samà D. (2012), Sconti Fedeltà tra Approccio Economico e Danno per il Consumatore, Mercato Concorrenza Regole.

²¹ Frank P. Maier-Rigaud (2005), Switching costs in retroactive rebates – What’s time got to do with it ?, Max Planck Institute for Research on Collective Goods.

Nella fattispecie degli sconti retroattivi per determinare la percentuale di sconto che un'impresa dovrebbe offrire per convincere i clienti del concorrente ad abbandonare lo schema che gli è stato offerto non è sufficiente osservare quella applicata dall'impresa dominante. Ciò è principalmente motivato dalla possibilità che quest'ultima ha di sfruttare come leva la domanda non contendibile, garantita da caratteristiche intrinseche del suo prodotto. Il “prezzo effettivo” che l'impresa dovrà offrire per contrastare la condotta della dominante risulta essere direttamente proporzionale alla dimensione della domanda contendibile e può essere espresso dalla formula:²²

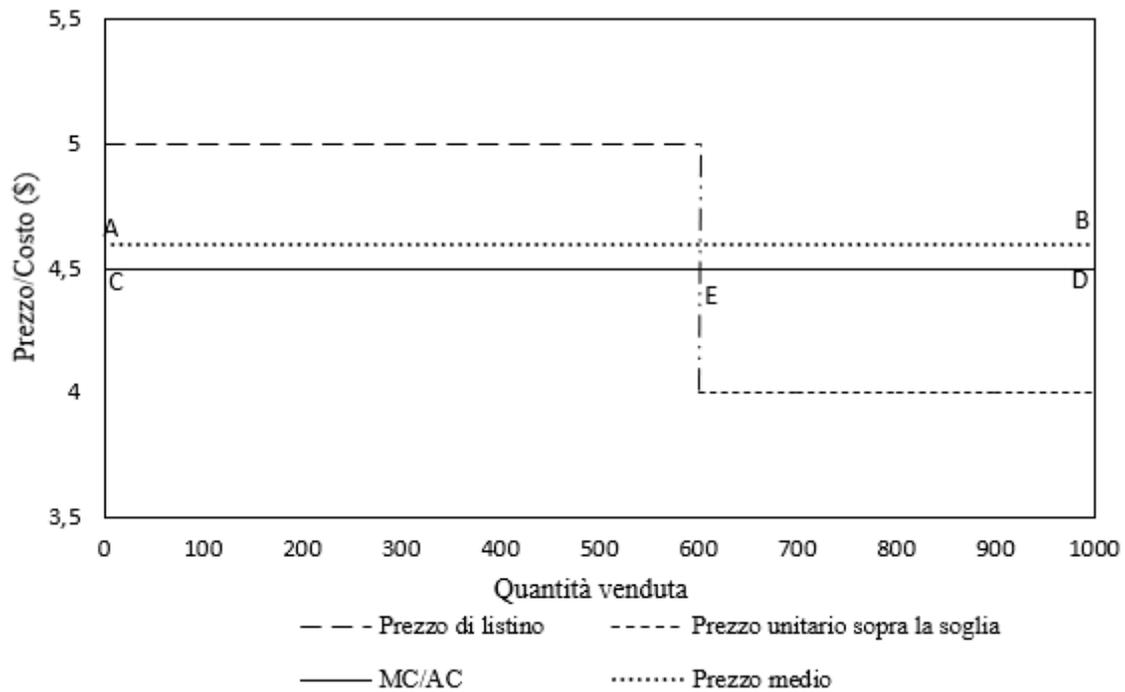
$$P_{eff} = P_i \times \left(1 - \frac{d}{s}\right)$$

Dove s rappresenta la domanda contendibile, d la percentuale di sconto e P_i il prezzo di listino dell'impresa dominante.

Nella Figura 3, elaborata su un esempio in Nazzini (2012), si può osservare come, nel caso di due imprese con lo stesso grado di efficienza e caratterizzate da un costo marginale pari a 4,50\$, l'impresa dominante, offrendo uno sconto retroattivo dell'8% sul suo prezzo di listino di 5\$, riesca a praticare un prezzo medio al di sopra del MC facendo leva sulla porzione di domanda non contendibile, mentre il rivale si vede costretto ad offrire un prezzo pari a 4\$ rimanendo escluso dal mercato.

²² Fumagalli Chiara (2018), *Exclusionary Practices: The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance*, Cambridge University Press.

Figura 3 – Prezzo effettivo



Il calcolo del prezzo effettivo e la verifica che quest'ultimo non risulti sottocosto per l'impresa dominante sono ciò che più impegna le Autorità Antitrust.

Infine, nei casi in cui il rapporto tra le unità necessarie per ottenere lo sconto e il fabbisogno del cliente dovesse essere pari al 100% si potrà parlare di sconti esclusivi senza però confondersi con i contratti di esclusiva. La principale differenza tra le due fattispecie risiede nel vincolo, presente nei secondi, di rifornirsi per l'intero fabbisogno dalla controparte con il pagamento di una penale nel caso di infrazione della clausola.²³

²³ Hovenkamp Herbert (2006), Discounts and exclusion, Utah law review.

1.6 Gli effetti della discriminazione di prezzo sulla concorrenza

Il principale utilizzo della discriminazione fatto dalle imprese ha il fine di ridurre la concorrenza nel mercato, a danno dei consumatori. Esempi di come le imprese cercano di raggiungere tale obiettivo sono il bundling di un'impresa multiprodotto nei confronti di una mono-prodotto e i contratti di *price-matching*. D'altra parte, permettere alle imprese di competere ricorrendo alla discriminazione di prezzo avrebbe come risultato, in certi casi, una concorrenza più intensa. Ciò può avvenire ad esempio quando si presenta una discriminazione basata sulla localizzazione dei clienti.²⁴

Luis Philips mostra nel suo libro *The Economics of Price Discrimination* che una politica di discriminazione di prezzo, se adottabile, assicurerebbe un profitto almeno pari a quello che un'altra qualsiasi politica di prezzo garantirebbe.²⁵ Tuttavia è interessante approfondire come in quei mercati caratterizzati da concorrenza imperfetta tale assunzione non può essere data per scontata, a differenza di quanto avviene nei mercati monopolistici.

Innanzitutto, è necessario evidenziare come quest'ultimi due si differenzino per gli effetti che la discriminazione comporta al loro interno. In un mercato monopolistico i principali effetti che si osservano sono il recupero della perdita secca, integrata nel surplus del monopolista e il *surplus extraction effect*, ovvero il trasferimento di una parte o della totalità del surplus dei consumatori al monopolista. In un mercato caratterizzato da concorrenza imperfetta invece si potrà osservare un ulteriore effetto, il *business stealing*

²⁴ Armstrong M. (2006), *Economic Models of Price Discrimination*, Department of Economics University College London.

²⁵ Philips L. (1988), *The Economics of Price Discrimination*, Cambridge University Press.

effect, in quanto le imprese devono tenere in considerazione gli effetti delle proprie azioni sulle strategie rivali. Il risultato che si arriva a ottenere in un mercato di concorrenza imperfetta, nel quale è praticata la discriminazione di prezzo, dipende quindi principalmente da quale tra i due effetti, il *surplus extraction effect* e l'*intensified competition effect*, prevale.

Uno dei più importanti modelli volto a valutare gli effetti della discriminazione di prezzo sulla concorrenza è quello di Thisse e Vives (1988). Il modello da essi sviluppato pone le sue basi su quello di Hotelling (1929) e vede due imprese $i = 1, 2$, disposte agli estremi, y_1 e y_2 , di uno spazio bidimensionale $X [0,1]$, vendere un prodotto omogeneo sostenendo dei costi marginali costanti c . I consumatori sono continuamente e uniformemente distribuiti nello spazio e la densità della domanda per il prodotto è funzione del prezzo, al lordo dei costi di trasporto, e della posizione (x) dei consumatori. Inoltre, i costi di trasporto (t) aumentano seguendo una funzione non-negativa crescente $t_i(\|y_i - x\|)$.

Se le imprese praticassero una politica di prezzo uniforme, il prezzo di equilibrio corrisponderebbe a:

$$p_i(x) = c + t_i(\|y_i - x\|)$$

per cui il prezzo totale che ogni consumatore dovrebbe sostenere sarebbe dato dal costo marginale più il costo da essi sostenuto per il trasporto.

Diversamente, praticando una discriminazione di prezzo e facendosi carico dei costi di trasporto, l'impresa ha la possibilità di definire uno schema di prezzi che discrimini i consumatori in base alla loro localizzazione. In tal caso il prezzo di equilibrio corrisponderebbe a:

$$p_i(x) = c + t_i(1 - 2x)$$

Tale strategia di discriminazione permette alle imprese di praticare un prezzo più elevato a quei consumatori meno disposti a spostarsi e offrire un migliore compromesso a coloro che si posizionano nei pressi del centro.

Si può osservare come il prezzo di equilibrio nel caso di una politica di prezzi uniformi sia sempre superiore a quello determinato secondo una politica di discriminazione, mentre le imprese nell'optare per la discriminazione di prezzo vedono dimezzarsi il proprio profitto.

Thisse e Vives hanno quindi ritenuto necessario motivare la scelta delle imprese di intraprendere consapevolmente una strategia meno profittevole. I due economisti hanno risolto tale incongruenza inserendo nel modello un processo di scelta basata su un gioco non cooperativo a due stadi. Nel primo stadio le imprese procedono indipendentemente nella scelta di quale strategia adottare, con la consapevolezza che nel caso in cui l'impresa optasse per una politica di prezzi uniformi e il rivale per una discriminazione di prezzo, la prima vedrebbe ridursi drasticamente i propri profitti. In tale gioco è evidente come la politica di discriminazione di prezzo sia una strategia dominante, e le imprese si trovino nel famoso dilemma del Prigioniero.

Le conclusioni a cui giungono Thisse e Vives vedono quindi un forte tendenza per le imprese nello scegliere la discriminazione come politica di prezzo data la sua flessibilità e adattabilità alle strategie intraprese dai rivali. Inoltre, permettere tale condotta aumenterebbe il grado di concorrenza nel mercato mentre impedirla garantirebbe alle imprese un certo livello di protezione da attacchi di prezzo.²⁶

²⁶ Thisse, J. and Vives, X. (1988), "On the Strategic Choice of Spatial Price Policy." American Economic Association.

Un ulteriore modello che analizza gli effetti che una discriminazione di prezzo di terzo grado possa avere su mercati di concorrenza imperfetta è stato formulato da Corts (1998)²⁷. Concentrandosi su un modello oligopolistico con al suo interno prodotti differenziati, Corts fa una prima distinzione tra mercati che presentano una *best-response symmetry* o una *best-response asymmetry*.

I primi sono quelli in cui il mercato principale e secondario delle imprese coincidono, e nei quali Corts dimostra l'ambiguità degli effetti sul benessere sociale generati dalla discriminazione di prezzo evidenziando come il prezzo determinato dall'adozione, da parte di entrambe le imprese, di una politica di prezzo uniforme si posizionerebbe tra i prezzi discriminatori che quest'ultime praticerebbero nei due mercati se avessero la possibilità di discriminare.

Nel caso di *best-response asymmetry* i mercati principali e secondari delle imprese risultano invece essere contrapposti ed egli dimostra che gli effetti della discriminazione di prezzo sui prezzi sono più chiari. In tal caso la suddetta strategia può portare a una riduzione generale dei prezzi, da Corts definita *all-out competition*, dove le imprese vedranno ridursi i profitti a discapito di un maggiore surplus per i consumatori, o a un loro aumento, *all-out prices increases*. Ciò nonostante, nel caso di una *all-out competition* l'impossibilità di aumentare l'output aggregato tramite una discriminazione di prezzo o la capacità di quest'ultima di portare univocamente a una situazione di *inefficient shopping* comporterebbe un livello di benessere

²⁷ Corts Kenneth S. (1998), *Third-Degree Price Discrimination in Oligopoly: All-Out Competition and Strategic Commitment*, Wiley on behalf of RAND Corporation.

sociale invariato o inferiore se paragonato a quello che si osserverebbe in assenza di discriminazione.

In ultima analisi è interessante soffermarsi sul modello proposto da Shaffer e Zhang (2000). I due economisti si sono proposti di investigare quando è conveniente, per delle imprese operanti in un duopolio, offrire dei prezzi più vantaggiosi ai propri clienti o a quelli dell'impresa rivale. Le assunzioni di base del modello riguardano il grado medio di fedeltà dei rispettivi gruppi clienti, la dimensione delle imprese e la rispettiva quota di mercato. La prima prevede che un gruppo abbia un grado medio di fedeltà maggiore e la seconda che un'impresa abbia dimensioni e quota di mercato più rilevanti.

Le condotte adottabili dalle imprese consistono in una strategia di *pay to stay*, volta a offrire un prezzo più vantaggioso ai propri clienti con il fine di trattenerli, e una di *pay to switch*, dove quest'ultimo è offerto ai clienti dell'impresa rivale. Nel caso in cui il modello mostri una *best-response asymmetry* e il grado medio di fedeltà dei due gruppi clienti non si discosti significativamente, Shaffer e Zhang dimostrano che entrambe le imprese sono incentivate a intraprendere una strategia di *pay to switch*, in quanto troveranno nei clienti dell'impresa rivale quelli più sensibili al loro prezzo. Shaffer e Zhang hanno inoltre dimostrato che tale strategia sarebbe ugualmente adottata anche in un modello caratterizzato da *best-response symmetry* e che quindi, con un grado di fedeltà simile nei due gruppi, la discriminazione di prezzo condurrebbe a una situazione di *all-out competition*.

In quest'ultimo caso, le strategie adottate dalle imprese variano al venire meno della similarità del grado medio di fedeltà tra i due gruppi clienti. Nel caso in cui il gruppo clienti di un'impresa sia caratterizzato dal grado medio di fedeltà più basso, quest'ultima vedrà in loro quelli più sensibili al suo

prezzo e cercherà di trattenerli praticando una strategia di *pay to stay*, mentre il rivale continuerà ad adottare una strategia *pay to switch*.

Infine, Shaffer e Zhang dimostrano che nel caso in cui l'impresa con una quota di mercato maggiore praticasse una strategia *pay to stay* e la sua rivale una strategia *pay to switch*, tale discriminazione di prezzo sarebbe potenzialmente capace di ridurre la concorrenza nel mercato.²⁸

1.7 Gli effetti della discriminazione di prezzo sul benessere sociale

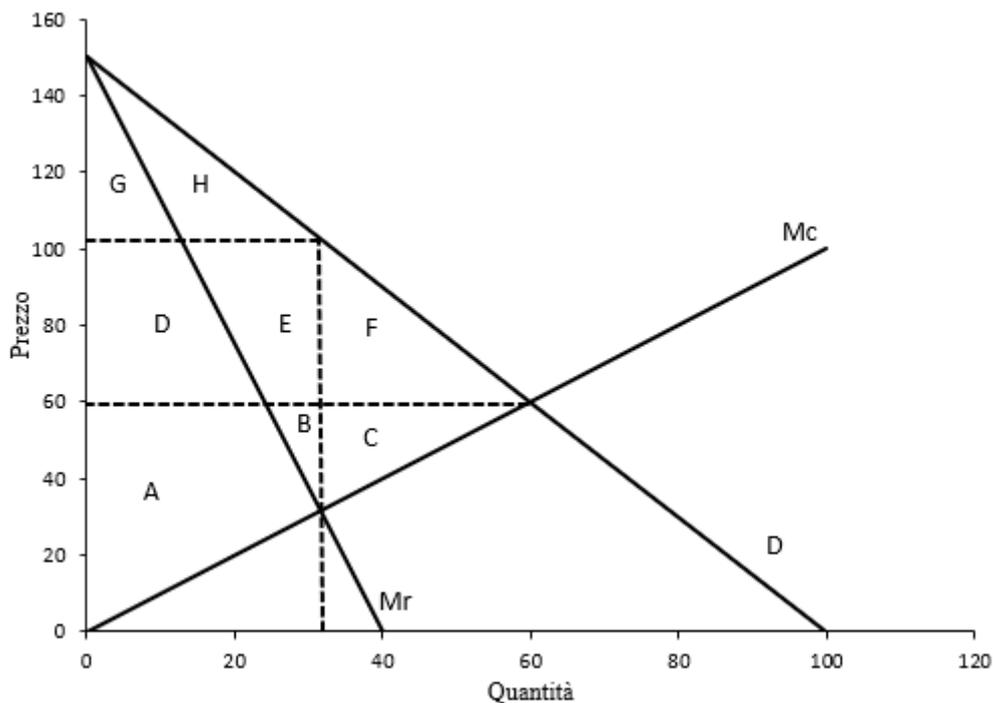
La tutela del processo concorrenziale, al cuore dell'intervento Antitrust europeo, è giustificata dal livello di benessere sociale che si misura quando le imprese competono lealmente e dall'elevato grado di innovazione e crescita economica che tale meccanismo concorrenziale incentiva.

Con benessere sociale si vuole intendere la somma dei surplus di produttori e consumatori presenti in un mercato e la sua rappresentazione grafica risulta nell'area compresa tra la curva di costo marginale (curva di offerta) e la curva di domanda. Al fine di garantire che tale benessere sociale non diminuisca, l'Autorità Antitrust si impegna a condannare quelle condotte, non basate sul merito, che tendono ad escludere dei concorrenti facendo leva su una posizione di mercato dominante. Il rischio nel quale si incorrerebbe, nel lasciare tali condotte impunte, è la determinazione di posizioni di potere di mercato, le quali sono, nella quasi totalità dei casi, seguite da elevati costi sociali.

²⁸ Shaffer, G. and Zhang, Z. (2000), Pay to Switch or Pay to Stay: Preference-Based Price Discrimination in Markets with Switching Costs, *Journal of Economics and Management Strategy*.

Il passaggio da un mercato concorrenziale ad uno monopolistico ha come principale effetto la riduzione del benessere sociale. Quest'ultimo è massimizzato nel primo, mentre nel secondo viene ridimensionato, insieme al surplus del consumatore che si riduce all'area GH della Figura 1, con l'applicazione di un prezzo monopolistico volto a massimizzare il surplus del produttore, indicato dall'area ABDE. La riduzione di benessere sociale sofferta in questo passaggio è rappresentata dalla perdita secca, graficamente osservabile nell'area FC.

Figura 4



La discriminazione di prezzo, pur facendo parte di quelle condotte a cui spesso le imprese fanno ricorso per ridurre il grado di concorrenza nel mercato, è capace di massimizzare il benessere sociale. Nel caso in cui il mercato osservato si caratterizzi per la presenza di una singola impresa è interessante notare come gli effetti di una discriminazione di prezzo perfetta, ovvero di primo grado, massimizzino il benessere sociale grazie alla cattura

dell'intero surplus del consumatore senza perdite di efficienza. Oltre a massimizzare il benessere sociale, la discriminazione di prezzo di primo grado in un mercato monopolistico permette l'eliminazione della perdita secca, ovvero di quelle porzioni di surplus del consumatore e del produttore che andrebbero a perdersi se quest'ultimo praticasse un prezzo unico. È necessario però precisare che tale tipologia di discriminazione è difficilmente se non quasi impossibile da osservare, ma è sufficiente per fare comprendere come la discriminazione non sia necessariamente di *per sé* dannosa per il benessere sociale.

Come la discriminazione di primo grado, anche quella basata sulle quantità permette al monopolista di catturare l'intero surplus dei consumatori non lasciando spazio alla perdita secca. Un esempio utile per comprendere come tale tipo di strategia sia capace di aumentare il benessere sociale può essere la "tariffa a due parti". Applicando a ogni consumatore una parte fissa da pagare, che uguagli il loro surplus per accedere al servizio, e successivi pagamenti per unità utilizzate o acquistate di ammontare pari al costo marginale, il monopolista cattura tramite la prima la totalità del surplus dei consumatori. Anche in tal caso la probabilità che il monopolista riesca a definire la giusta parte fissa di tariffa per ogni consumatore rimane bassa, ma in ogni caso il benessere sociale risulterebbe maggiore di quanto sarebbe in assenza di discriminazione.

Altro interessante effetto della discriminazione di prezzo sul benessere sociale si può osservare nell'applicazione, da parte di un monopolista, di prezzi differenti per lo stesso prodotto in due distinti paesi, A e B. Ipotizzando che il paese A abbia un'elasticità al prezzo inferiore rispetto al paese B e che il monopolista impedisca l'arbitraggio tra i due paesi, quest'ultimo praticherà una strategia di discriminazione applicando ai

consumatori localizzati del paese A un prezzo P_a maggiore di quello offerto nel paese B, P_b . Proibendo all'impresa di applicare prezzi diversi, quest'ultima sarà costretta a studiare un prezzo unico P_u , il quale ricadrà nell'intervallo determinato dai prezzi P_a e P_b . Nonostante ciò, l'output totale venduto dall'impresa rimane invariato, il che porta la discriminazione di prezzo a essere incline a ridurre il benessere sociale, in quanto quest'ultimo aumenta solo se l'output prodotto cresce con la presenza della discriminazione di prezzo, Varian (1989).²⁹ Si potrebbe quindi concludere come in tale caso impedire al monopolista di praticare prezzi diversi sia una corretta decisione, ma il risultato raggiunto è basato sulla forte assunzione che l'impresa, se vietata la possibilità di discriminare, abbia interesse nel servire entrambi i paesi. Ciò potrebbe venire meno nel caso in cui la domanda, ad esempio del paese B, fosse significativamente inferiore rispetto a quella del paese A. In tale situazione il monopolista potrebbe ritenere più profittevole praticare in entrambi i paesi il prezzo P_a , riducendo a zero le unità vendute nel paese B. È evidente in tal caso come il benessere sociale risenta del divieto di praticare una discriminazione di prezzo tra i due paesi. Infine, osservando le due situazioni è possibile concludere come la situazione del paese A rimanga invariata mentre quella del paese B subisca un peggioramento insieme ai profitti ottenuti dal monopolista.³⁰

²⁹ Varian H.R. (1989), Handbook of Industrial Organization, Volume I, Edited by R. Schmalensee and R.D. Willig, Elsevier Science Publishers.

³⁰ Motta M. (2015), Competition Policy: Theory and Practice, Cambridge University Press.

Capitolo 2 La Tutela della Concorrenza

Il libero mercato e i vantaggi a esso associati sono ciò che la politica della concorrenza a livello europeo si prefigge di tutelare, in quanto un processo concorrenziale che si svolga secondo criteri leali stimola l'efficienza, lo spirito imprenditoriale e trasferisce ai consumatori vantaggi in termini di prezzo e possibilità di scelta.³¹

Le norme UE in materia di concorrenza hanno lo scopo principale di *“consentire il corretto funzionamento del mercato interno dell’Unione quale fattore chiave per il benessere dei cittadini, delle imprese e della società dell’UE nel suo complesso. A tal fine, il trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) stabilisce norme volte a prevenire restrizioni e distorsioni sulla concorrenza nel mercato interno. In particolare, vieta gli accordi anticoncorrenziali tra imprese e gli abusi di posizione dominante, che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri. Inoltre, le fusioni e le acquisizioni di dimensione europea sono controllate dalla Commissione europea e possono essere vietate qualora comportino una significativa riduzione della concorrenza. Sono inoltre proibiti gli aiuti di Stato a favore di determinate imprese o prodotti che provocano distorsioni della concorrenza. Tuttavia, essi possono essere autorizzati in taluni casi specifici. Salvo alcune eccezioni, le norme sulla concorrenza si applicano anche alle imprese pubbliche, ai servizi pubblici e ai servizi di interesse generale.”*³²

³¹ Commissione europea (2016), Le politiche dell’Unione europea: Concorrenza, Unione europea.

³² Radostina Parenti (2020), Politica della Concorrenza, Note tematiche sull’Unione europea.

L'intervento dell'Antitrust europeo assume un ruolo molto delicato come si può immediatamente dedurre dal sottile limite che divide i prezzi bassi a favore dei consumatori dalle politiche di prezzo predatorie, le quali nel lungo periodo ridurranno il surplus di quest'ultimi. Nonostante il processo di decentralizzazione dell'intervento Antitrust, mediante la definizione di Autorità Nazionali garanti della concorrenza, ruolo ricoperto in Italia dall'AGCM, la globalizzazione e la crescita del mercato interno hanno posto sempre di più la Commissione europea nelle condizioni ideali di intervento.

Insieme alla Commissione, la Direzione Generale per la Concorrenza è la prima responsabile dell'applicazione e del rispetto degli Articoli 101 e 102 TFUE e svolge un ruolo cruciale. Dopo che la Commissione ha stabilito le priorità sui casi da trattare, spetta proprio alla Direzione Generale dare inizio a una prima fase di accertamenti, finalizzati a focalizzare le risorse a disposizione su quei casi nei quali il rischio di un danno per i consumatori e l'impatto negativo sulla competizione sono più probabili.³³ Infine, garantire l'uniformità dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto della concorrenza in tutta l'Unione europea è compito del Tribunale di primo grado e della Corte di Giustizia.³⁴

2.1 L'influenza delle Scuole di Chicago e Harvard nell'Antitrust europeo

A metà del 1970, le Scuole di Chicago e Harvard intervennero nel dibattito riguardante il corretto approccio da adottare nella disciplina dei

³³ Commissione europea (2011), Proceedings for the application of Articles 101 and 102 TFUE: Key actors and checks and balances.

³⁴ Pappalardo Aurelio (2018), Il diritto della concorrenza dell'Unione europea, Utet Giuridica.

comportamenti anticoncorrenziali. Tale intervento scaturì dalle modalità utilizzate dalla Corte di Giustizia americana, la quale basava le sue conclusioni quasi esclusivamente su un approccio incentrato sull'intento di eliminare i concorrenti. Il rischio principale collegato a tale modalità di intervento è quello di non riuscire a fare una distinzione tra comportamenti legittimi, ovvero che non rechino danno ai consumatori e alla concorrenza, e anticoncorrenziali, finendo per limitare il corretto funzionamento del mercato.

Ciò che rende una condotta legittima o abusiva è riassumibile nella sua capacità di controbilanciare, tramite le efficienze prodotte, gli effetti di *foreclose* da essa generati.³⁵ Inoltre, come è stato già sottolineato nei paragrafi 1.6 e 1.7, non analizzare da un punto di vista economico gli effetti generati da una condotta, in quei casi la discriminazione di prezzo, potrebbe avere come risultato quello di eliminare uno strumento che, se a disposizione delle imprese, le costringerebbe a intensificare il grado di concorrenza.

Principale esponente della Scuola di Chicago, l'economista Richard Posner, introdusse tramite un articolo del 1974 il concetto di concorrente altrettanto efficiente nel contesto dei prezzi predatori.³⁶ Ciò che Posner suggeriva era di ridurre la rilevanza attribuita all'analisi dell'intento escludente dell'impresa e di misurare l'effetto della condotta tramite dei *costs benchmarks* derivati dall'impresa oggetto d'indagine. Secondo Posner, i prezzi praticati dalle imprese dovrebbero essere classificati come predatori se aventi le seguenti caratteristiche: il prezzo risulta inferiore al costo sostenuto per la vendita e

³⁵ Denozza F. (2005), Pratiche anticoncorrenziali e bilanciamento degli effetti tra benessere ed equità, in "Rivista italiana degli economisti, The Journal of Italian Economic Association.

³⁶ Posner R. A. (1974), Exclusionary practices and the antitrust laws, University of Chicago Law Review.

senza motivazione di efficienza, con l'unico obiettivo di escludere un rivale altrettanto efficiente; il prezzo è giustificato dalla ricerca di efficienza, ma la condotta è collegata a una strategia di esclusione o marginalizzazione dei concorrenti.

Riferimento al concetto di concorrente altrettanto efficiente venne fatto anche dai due economisti, esponenti della Scuola di Harvard, Phillip Areeda e Donald Turner.³⁷ Nel test da essi elaborato per indentificare una condotta come predatoria, un ruolo cruciale è ricoperto dalla presenza di sacrificio di profitto nel breve periodo, situazione che si presenta nel momento in cui i prezzi praticati risultano inferiori ai costi marginali. Quest'ultima è però da essi considerata una caratteristica necessaria, ma non sempre sufficiente per giungere a conclusioni. Inoltre, in merito alla questione circa l'applicazione di prezzi al di sopra dei costi medi totali, la quale potrebbe fare pensare a un sacrificio di profitto se paragonata con l'applicazione di un prezzo che massimizzi quest'ultimo, Areeda e Turner concludono che praticare prezzi al di sopra di tale soglia di costo rientri in una competizione basata sul merito e con l'unico rischio di eliminare concorrenti meno efficienti. L'approccio così adottato si dimostra essere più accomodante nei confronti dei cosiddetti "falsi negativi", errori che portano a definire erroneamente una condotta predatoria come legittima. Ciò è stato giustificato da Areeda e Turner dall'impossibilità di trovare una soluzione a tale problema senza incorrere nel rischio di tutelare quest'ultima categoria di concorrenti.

L'approccio adottato dalla Commissione europea nel caso *Akzo*³⁸, primo caso trattato da quest'ultima sui prezzi predatori, vide la Corte di Giustizia

³⁷ Areeda P. and Turner DF. (1975), Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act, Harvard Law Review.

³⁸ *Akzo Chemie BV v Commission* (Case C-62/86) [1991] ECR I-3359.

europea annullare la decisione della Commissione basata esclusivamente sull'intento, per formulare un test che tenesse in considerazione anche gli effetti della condotta. Nel test proposto la Corte incluse i punti di vista di entrambe le Scuole sancendo che l'applicazione di prezzi al di sotto dei costi medi variabili consiste in un abuso nel momento in cui l'impresa dominante, nell'adottare tale condotta, non ha altro interesse che eliminare i concorrenti, potendo così successivamente aumentare i prezzi e recuperare le perdite subite. Inoltre, ricade nella fattispecie dell'abuso anche l'applicazione di prezzi compresi tra i costi medi variabili e i costi medi totali se la condotta rientra in una più ampia strategia di eliminazione dei concorrenti anche solo potenzialmente altrettanto efficienti.³⁹

2.2 Da un approccio basato sulla forma a uno basato sugli effetti

Nel corso degli ultimi 25 anni la Disciplina sulla Concorrenza europea ha subito una forte modernizzazione. Le principali critiche mosse nei confronti dell'intervento Antitrust si sono concentrate sull'aspetto eccessivamente formalistico e legalistico utilizzato nella disciplina dei casi. Trascurando l'analisi degli effetti reali generati dalle condotte e focalizzandosi essenzialmente sulla loro forma, la Commissione adottava dei *legal standard* vicini a un approccio di giudizio definibile *per sé*, come osservabile nella sentenza espressa dalla Corte di Giustizia riguardo al caso *Tomra*.⁴⁰

³⁹ Mardoff M. and Johan S. (2013), The Role of the "Equally Efficient Competitor" in the Assessment of Abuse of Dominance, Komkurrensverket Working Paper Series in Law and Economics.

⁴⁰ Corte di giustizia, 19 aprile 2012, Causa C-549/10 P Tomra Systems ASA e a./Commissione.

L'adozione di un nuovo approccio incentrato maggiormente su criteri economici risulta sempre più necessaria per poter ottenere un meccanismo di valutazione più efficiente e per l'impossibilità del diritto di prestabilire criteri standard di valutazione a causa del dinamico mutamento delle situazioni.⁴¹ Il primo passo verso tale approccio alla disciplina delle condotte anticoncorrenziali è stato fatto nel 1989 tramite la definizione di una serie di criteri, contenuti nel Council Regulation (EC) 4064/89, volti a stabilire la compatibilità delle fusioni tra imprese con il Mercato comune.

Nonostante le aspettative fossero alte, lo sviluppo di tale processo di modernizzazione si rivelò più lento e macchinoso del previsto. A differenza delle riforme sull'Art. 101 TFUE, quelle collegate all'Art. 102 videro un forte ritardo e non riuscirono a essere sufficientemente incisive. Solo nel luglio 2005, tramite un Report fornito dal EAGCP intitolato "An economic approach to article 82", la direzione delle attività sembrava propendere verso un grande cambiamento. Nello stesso anno, il discorso di Kroes alla conferenza internazionale sull'Antitrust, tenuta a Fordham, e la successiva pubblicazione da parte della Commissione del Discussion Paper (2005)⁴² lasciavano presupporre un passaggio imminente a un approccio *economic-based*. Nonostante ciò, le Linee Guida definite dalla Commissione nel Guidance Paper, adottato tardivamente nel 2009, non rispecchiarono tale flusso di cambiamento e, includendo numerosi cavilli, limitavano la possibilità delle imprese dominanti di auto-valutare le proprie condotte aumentando il grado di incertezza.⁴³

⁴¹ Merola M. e Armati L. (2013), Brevi riflessioni sui più recenti sviluppi nel diritto della concorrenza dell'Unione europea, *Italian Antitrust Review*.

⁴² Commissione europea (2005), DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses.

⁴³ Katsoulacos Y. Makri G. e Metsiou E. (2019), Antitrust Enforcement in Europe in the Last 25 Years: Developments and Challenges, *Review of Industrial Organization*.

2.3 Guidance Paper del 2009

La necessità di fare chiarezza in merito al processo di analisi delle condotte esclusive e di aumentare il grado di prevedibilità circa i comportamenti che potrebbero essere oggetto di indagine da parte delle Commissioni rappresentano due delle principali motivazioni che hanno portato alla stesura del Guidance Paper. L'obiettivo ultimo dell'Art. 102 TFUE, ossia la tutela del processo concorrenziale, è ripreso dal Guidance, il quale comunica che, nell'applicare suddetto articolo, la Commissione vigilerà sulle condotte maggiormente dannose per i consumatori e che la salvaguardia del processo concorrenziale comporta la possibilità che concorrenti non efficienti vengano esclusi secondo i principi del mercato competitivo, secondo i quali prodotti di minore qualità o con prezzi più alti, a parità di altre condizioni, non hanno la possibilità di trovare spazio.

La principale novità introdotta dal Guidance si ritrova nella valutazione della legittimità di condotte potenzialmente capaci di marginalizzare o eliminare concorrenti efficienti quanto l'impresa che ne è promotrice, con il fine ultimo di garantire una tutela più efficiente nei confronti dei consumatori. Tramite l'introduzione di due parametri di riferimento, quali il costo evitabile medio (CEM) e il costo incrementale medio di lungo periodo (CIMLP), è stato conferito un maggior grado di certezza circa la possibilità che una condotta possa essere definita illegittima secondo l'Art. 102 TFUE. Riportando quanto scritto nel Guidance *“la mancata copertura del CEM 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”* mentre *“la mancata copertura del CIMLP indica che l'impresa dominante non recupera tutti i costi fissi (attribuibili) per la produzione del bene o servizio in questione e che un concorrente altrettanto efficiente potrebbe*

essere precluso dal mercato”. Sarà poi compito della Commissione accertarsi che i prezzi proposti dall’impresa oggetto d’indagine non si rivelino sottocosto.

La conoscenza dei valori benchmark ai quali fare riferimento nella definizione delle strategie di prezzo, insieme alla possibilità che la Commissione prevede per l’impresa oggetto d’accusa di dimostrare che le efficienze generate dalla sua condotta compensino gli effetti anticoncorrenziali sui consumatori, riducono il rischio di incorrere in preclusioni anticoncorrenziali.⁴⁴

2.4 L’approccio economico

Al fine di implementare la modalità attraverso cui l’Autorità Antitrust indaga sulle condotte capaci di danneggiare la competizione tra imprese, è possibile adottare un’analisi alternativa non più basata esclusivamente sulla “forma”, ma incentrata sugli “effetti” delle condotte. Un approccio più economico ridurrebbe il rischio che comportamenti non rilevati dalle Autorità, perché non rientranti nella “lista” delle condotte illegittime, permettano all’imprese di aggirare i controlli.

Non adottando un metodo di investigazione sufficientemente coerente, alcune condotte, nonostante abbiano effetti negativi sui consumatori, potrebbero godere di un trattamento più indulgente e per questo essere preferite dalle imprese. Inoltre, condannare determinati comportamenti basandosi esclusivamente sulla loro forma può, in determinate circostanze,

⁴⁴ Commissione europea (2009), Orientamenti sulle priorità della Commissione nell’applicazione dell’articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti, Gazzetta ufficiale dell’Unione europea.

comportare un danno per i consumatori dati gli effetti pro-concorrenziali che la condotta stessa sarebbe stata in grado di generare.

Il passaggio a un approccio economico porterebbe le Autorità a computare i danni alla competizione mediante fatti ed evidenze empiriche, in modo da valutare in maniera scientifica gli effetti generati. Inoltre, gli stessi criteri dovranno essere seguiti, come definito nel Guidance Paper (2009), dalle imprese per dimostrare la capacità delle efficienze generate dalle loro condotte di più che bilanciare i danni apportati ai consumatori.

Inoltre, il nuovo criterio sarebbe capace di limitare un pericoloso approccio dirigistico volto a proteggere una forma concorrenziale di mercato esclusivamente per le sue caratteristiche. Così facendo, si tenderebbe a tutelare quelle imprese non sufficientemente efficienti, permettendo loro di continuare a produrre senza garantire ai consumatori un prodotto della massima qualità possibile.

Infine, nel procedere analizzando gli effetti di una determinata condotta, potenzialmente dannosa per i consumatori, il nuovo approccio riduce la rilevanza che la stima della posizione dominante dell'impresa ritrovava nell'approccio basato sulla forma, in quanto questa è insita nella capacità di danneggiare il meccanismo concorrenziale. Tramite una valutazione incentrata sugli effetti delle condotte, si otterrebbe un intervento più efficace e coerente che aumenterebbe il livello di prevedibilità del giudizio.⁴⁵

⁴⁵ Report by the EAGCP (2005), "An economic approach to Article 82".

2.5 L'AEC Test

La principale peculiarità introdotta dal Guidance Paper (2009) risiede nel AEC Test, strumento a disposizione della Commissione per valutare la legittimità dei prezzi praticati dalle imprese. Tale Test è di natura prettamente economica e permette di analizzare il livello dei prezzi offerti tramite un confronto con le tipologie di costi sostenute dall'impresa promotrice della condotta.⁴⁶

Il principio su cui si basa l'AEC Test è quello del concorrente altrettanto efficiente, ovvero nel verificare se la condotta di un'impresa basata su prezzi predatori, margin squeeze o sconti condizionati sia sostenibile nel lungo periodo da un concorrente altrettanto efficiente.

La Corte di Giustizia europea fece per la prima volta ricorso a tale principio nel disciplinare il caso *Akzo*. Oggetto dell'illecito in tal caso era l'applicazione di un prezzo talmente basso che un concorrente altrettanto efficiente, ma con risorse finanziarie inferiori, non sarebbe stato in grado di competere. Nel caso appena citato la Corte sentenziò che i prezzi al di sotto dei costi variabili medi dell'impresa dominante (CVM) risultano illegittimi in ogni circostanza, mentre una condotta basata su prezzi compresi tra quest'ultimi e i costi totali medi (CTM), necessita di un'analisi più approfondita per capire se la condotta in questione è parte di un piano per eliminare o marginalizzare i concorrenti.⁴⁷

L'applicazione del principio del concorrente altrettanto efficiente è stata inoltre condizionata nel tempo dalle tipologie di costo sostenute dalle

⁴⁶ Kadar M. (2019), Article 102 and exclusivity rebates in post-Intel world: lessons from the Qualcomm and Google Android cases, *Journal of European Competition Law & Practice*.

⁴⁷ *Akzo Chemie BV v Commission*, Case C-62/86, Court of Justice [1991].

imprese nel corso della loro condotta abusiva. Un esempio di quanto appena affermato si ritrova nel caso *Post Danmark I*⁴⁸, in cui la Corte tenne in considerazione i costi medi incrementali, definiti come quei costi che l'impresa non avrebbe più dovuto sostenere se avesse interrotto la sua attività nel segmento di mercato in questione. Ciò venne motivato dalla presenza di costi comuni tra i due segmenti di mercato in cui l'impresa operava.⁴⁹

Nell'ambito degli schemi di sconto l'approccio utilizzato può variare a seconda che questi siano condizionati, ovvero garantiti a seguito di un preciso comportamento d'acquisto del consumatore, o incondizionati, come nel caso *Michelin I*⁵⁰ dove la Commissione ha proceduto tramite un'indagine completa di mercato.

La giustificazione della differenza negli approcci alle diverse tipologie di sconto si ritrova nelle caratteristiche proprie di ogni schema. In termini generali uno sconto ha la capacità di avere un effetto anticoncorrenziale se elimina o riduce la possibilità per i clienti di selezionare liberamente i prodotti, di impedire ai concorrenti, potenzialmente o altrettanto efficienti, di accedere al mercato o applicando condizioni diverse, per transazioni uguali, tra concorrenti.⁵¹

Prendendo ad esempio due tipologie frequentemente utilizzate di schemi, quali gli sconti sulle quantità e gli sconti retroattivi, si può osservare come i primi necessitano di un'analisi esclusivamente volta a verificare se il prezzo medio, una volta applicato lo sconto, sia sottocosto e quindi capace di

⁴⁸ *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet* (Case C-209/10) [2011] ECLI:EU:C:2011:342.

⁴⁹ Davis P. (2019), *As Efficient Competitor Test: An overview of EU and national case law, e-Competition*.

⁵⁰ *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities* Case 322/81 [1983] ECLI:EU:C:1983:313.

⁵¹ Nazzini R. (2012), *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, Oxford University Press.

escludere un concorrente altrettanto efficiente. Inoltre, garantire la legittimità di quest'ultima tipologia di condotta, se non sottocosto, porterebbe a stimolare investimenti volti a implementare l'efficienza produttiva a vantaggio del processo concorrenziale e, di conseguenza, dei consumatori. Diversamente dagli sconti sulle quantità, quelli retroattivi presentano una struttura più articolata che implica nella loro analisi la valutazione di più elementi, quali la durata della condotta, l'ampiezza dello sconto, la differenza tra le quote di mercato tra le imprese, l'individualizzazione e la standardizzazione dello schema. La complessità dell'analisi può comportare il rischio di tutelare concorrenti meno efficienti dell'impresa indagata, fattispecie che non rientra nelle finalità dell'Art. 102 TFUE. Ciò nonostante, la tutela dei concorrenti può delle volte essere estesa anche a quelle imprese che, nel periodo durante il quale la strategia di esclusione è in vigore, dimostrano di possedere il potenziale per diventare, in assenza di suddetta strategia, altrettanto efficienti quanto l'impresa escludente, dando vita a un'applicazione dinamica dell'AEC Test. La tutela di tali tipologie di imprese rientra nei fini dell'Art 102, in quanto la presenza di una nuova impresa efficiente nel mercato porterebbe, nel lungo periodo, a un aumento del benessere sociale.

Nell'applicazione dell'AEC Test, specialmente nell'ambito degli sconti condizionati, la determinazione del prezzo effettivo che i concorrenti dovranno presentare ai clienti per rendere i propri prodotti interessanti risulta avere un ruolo cruciale. Il suo valore è fortemente influenzato dalla porzione di domanda sulla quale viene stimato, che rende di conseguenza la stima di quest'ultima a sua volta un passaggio molto delicato.

Ad esempio, si immagini un prezzo di listino, esposto dall'impresa dominante, pari a 6\$ e uno sconto su quest'ultimo del 9%. Inoltre, si assegni

il valore di 1000 unità alla domanda complessiva e 400 unità alla domanda contendibile. Infine, si assumi che l'impresa dominante ponga la soglia di acquisti necessaria per usufruire della percentuale di sconto su tutti gli acquisti, passati e futuri, a 600 unità. In tal caso il prezzo effettivo che un concorrente dovrebbe offrire ai consumatori per incentivarli a rifornirsi da lui sarebbe pari a 4,65\$. Nel caso in cui i CEM dell'impresa dominante dovessero essere superiori a tale valore, risulta evidente come quest'ultima non potrebbe sopravvivere alla sua stessa strategia.

Inoltre, è interessante osservare come il prezzo medio che l'impresa dominante si troverebbe a offrire, nel caso in cui i clienti decidessero di usufruire dello sconto, quindi rifornendosi almeno per 600 unità da quest'ultima, sarebbe pari a 5,46\$. Tale valore risulterebbe inferiore al prezzo di listino, ma potenzialmente superiore ai CEM, garantendogli una posizione non in perdita e contemporaneamente capace di aumentare la sua quota di mercato.

2.6 I limiti dell'AEC Test

Oltre alla definizione dei corretti *cost benchmarks* da adottare, tra le principali problematiche nell'utilizzo dell'AEC Test rientrano la stima della domanda contendibile, sulla quale dovrà essere calcolato il prezzo effettivo, e l'attribuzione del giusto peso sia all'orizzonte temporale da prendere in considerazione per la misura di quest'ultima che alla cattura di clienti strategici.

La stima del prezzo effettivo all'interno dell'AEC Test si è dimostrata non di facile implementazione nel corso dei casi che si sono susseguiti. Ciò è dipeso principalmente dalla spiccata sensibilità del prezzo effettivo in

relazione alla domanda contendibile sulla quale deve essere calcolato. Dal momento in cui il livello di tale domanda non è sempre osservabile, ed essendo il prezzo effettivo fortemente influenzato dalla stima di quest'ultima, il rischio di incorrere in falsi positivi e falsi negativi è di rilevante importanza.

Per comprendere meglio come un'erronea stima della domanda contendibile possa compromettere l'intervento delle Autorità si può procedere con un esempio. Si assuma che l'impresa dominante offra il prodotto a un prezzo di listino di 8\$ e che su quest'ultimo applichi uno sconto del 20% ai consumatori che raggiungono un predeterminato ammontare di unità acquistate. Inoltre, si assuma che la domanda totale sia pari a 180 unità e quella contendibile a 60. In tal caso il prezzo effettivo che i concorrenti dovranno offrire per contrastare lo schema di sconto risulterà pari a 3,2\$, ossia metà del prezzo scontato offerto dalla dominante pari a 6,4\$.

Ora è interessante osservare la variazione del prezzo effettivo al diminuire di un 25% della domanda contendibile che quindi ammonterebbe a 45 unità. In tal caso quest'ultimo risulterebbe pari a 1,6\$. È immediatamente osservabile come la variazione della domanda contendibile, ridottasi del 25%, amplifichi quella del prezzo effettivo, che ha subito una riduzione pari al 50%.

La differenza tra i due prezzi effettivi fa riflettere circa il rischio che una sottostima della domanda contendibile abbia di indurre in falsi positivi, in quanto nel verificare che la condotta dell'impresa dominante non sia abusiva è necessario paragonare i primi con i *cost benchmarks* di quest'ultima. Ponendo il caso in cui il livello di costo medio preso in considerazione sia di 2\$, il risultato del test sarebbe negativo con un prezzo effettivo di 3,2\$ e positivo con quest'ultimo pari a 1,6\$. In conclusione, impedire all'impresa di praticare tale schema di sconto andrebbe a danno dei consumatori ai quali

sarebbe privata la possibilità di godere di prezzi più bassi sia nel lungo che nel breve periodo.⁵²

Ulteriore fattore da tenere a mente nell'adottare l'AEC Test è l'orizzonte temporale nel quale andare a determinare la quota di mercato contendibile. Quest'ultima è direttamente proporzionale al periodo a disposizione dei consumatori per cambiare fornitore e può ulteriormente variare a seconda della copertura dello schema. Nei casi in cui l'impresa dominante rivolga la sua offerta a una porzione strategica di clienti, i quali acquisti legittimerebbero l'entrata di un rivale di dimensione inferiori, l'analisi risulterebbe più accurata se si prendesse in considerazione un orizzonte temporale maggiore sul quale definire la quota di mercato contendibile. Tale ragionamento pone le sue basi sugli incentivi per il potenziale entrate derivanti dalla consapevolezza che, una volta catturato tale segmento di consumatori, avrà la possibilità di rientrare delle perdite incorse per controbattere all'impresa dominante. Di conseguenza una condotta che risulti positiva al test, quindi illegittima, non di regola deve comportare effetti anticoncorrenziali in quanto i consumatori prima gioverebbero di una guerra di prezzi e successivamente avrebbero a disposizione una scelta più ampia dovuta alla presenza di una nuova impresa nel mercato.

⁵² Federico G. (2011), The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a more Economic Approach, *Journal of European Competition Law & Practice*.

Capitolo 3 L'evoluzione dell'approccio Antitrust europeo

Il percorso dell'Antitrust europeo in direzione di un approccio più economico nella valutazione dei casi è da anni al centro di un ampio dibattito. La riforma del Regolamento 17⁵³, sostituito dal Regolamento 1/2003⁵⁴, può essere interpretata come il punto di partenza del processo che avrebbe dovuto ridurre le divergenze presenti tra l'approccio UE, influenzato dalla scuola ordoliberal, e quello USA, nel quale è stato abbandonato l'approccio basato sulla forma spostando il focus dell'intervento Antitrust americano sulla verifica delle capacità delle efficienze generate dalle condotte di controbilanciare i danni recati ai consumatori.⁵⁵ Il processo di riforma dell'Antitrust europeo avrebbe quindi dovuto condurre all'abbandono di un approccio che nella valutazione dei casi non tiene veramente in considerazione l'impatto sul benessere sociale e che non si limiti a classificare per legittime o non certe categorie di condotte senza esaminarne gli effetti reali.

Il processo di riforma che ha visto come oggetto il modo di interpretare e attuare le regole europee sulla concorrenza da parte della Commissione ha interessato gli ultimi 20 anni. Oltre a rilevanti cambiamenti procedurali^{56,57},

⁵³ Council Regulation (EEC) No 17 of 6 February 1962, first Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty.

⁵⁴ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

⁵⁵ Gifford Daniel e Kudrle Robert (2015), *The Atlantic Divide in Antitrust*, The University of Chicago Press.

⁵⁶ Commissione europea (2006), *Comunicazione della Commissione relativa all'immunità delle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (2006/C 298/11)*, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

⁵⁷ Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

la Commissione, come visto nel Capitolo 2, ha introdotto il concetto di approccio economico, basato sulla nozione di benessere sociale, nell'ambito dell'intervento Antitrust in Europa iniziando a percorrere una strada che avrebbe condotto al ricorso, solo in casi straordinari, della presunzione di legittimità o illegittimità al fine di giudicare una condotta.

Nonostante inizialmente la novità introdotta dalla Commissione sembrava andasse contro l'interpretazione delle regole sulla concorrenza della Corte di Giustizia europea, nel tempo, una serie di casi tra i quali *Intel*, hanno dimostrato come anche quest'ultima avesse abbracciato il nuovo approccio promosso dalla Commissione.⁵⁸

Uno dei principali obiettivi necessari da raggiungere per garantire l'efficienza del mercato è proprio l'aumento della prevedibilità del giudizio espresso dalla Commissione sui casi nei quali viene coinvolta. Ciò è stato perseguito principalmente con l'inserimento di strumenti economici, tra quelli a disposizione della Commissione nel corso delle sue valutazioni, volti a garantire un'analisi neutra che permetta di assumere decisioni sulle condotte sostenute dalle imprese in base al vantaggio che i consumatori ne trarrebbero.

Come già visto nel corso dei primi due capitoli, l'utilizzo di un test, basato su dati quantitativi, per stabilire la legittimità di una condotta tramite un'analisi dei costi e dei prezzi è sicuramente di aiuto nella trattazione dei casi e permetterebbe alle imprese di avere a disposizione un metodo scientifico per valutare *ex-ante* le proprie condotte ed evitare di essere così esposte al giudizio della Commissione.

⁵⁸ Witt Anne (2019), *The European Court of Justice and the More Economic Approach to EU Competition Law – Is the Tide Turning?*, *The Antitrust Bulletin*.

Nel corso degli ultimi 20 anni di attività Antitrust è però mancata costanza nell'approccio adottato dalla Commissione. L'alternanza delle modalità utilizzate per definire le decisioni nei casi che si sono susseguiti nel corso di tale arco temporale ha determinato confusione circa la direzione che quest'ultima sta percorrendo. A dimostrazione di quanto appena detto è possibile osservare il comportamento della Commissione nelle decisioni riguardanti i casi *Intel* (2009)⁵⁹ e *Qualcomm* (2018)⁶⁰. Ciò che rende questi due casi di rilevante importanza è l'approccio diametralmente opposto adottato dalla Commissione nella valutazione delle due condotte, entrambe basate su sconti condizionati, facendo ricorso all'AEC Test in Intel per poi tornare a basare la propria decisione su prove rinvenute in documenti interni nel caso Qualcomm. Oltretutto, a incrementare il grado di incertezza sulla valutazione delle condotte nei singoli casi hanno contribuito le diverse interpretazioni effettuate dalla Commissione europea e i componenti della Corte Generale europea, ovvero il Tribunale dell'Unione europea e Corte di Giustizia, sull'applicazione dell'AEC Test nel caso Intel. Quest'ultimo è stato uno strumento chiave per la Commissione nell'analisi delle condotte tenute dall'impresa e il risultato dalla sua applicazione ha avuto un peso rilevante nella decisione finale. Discrepante con la linea adottata dalla Commissione, è stata quella tenuta dal Tribunale dell'Unione europea il quale, rifiutando il ricorso effettuato da Intel circa una da lei presunta errata esecuzione del test, ha confermato la capacità, per loro stessa natura, degli sconti condizionati praticati da un'impresa in posizione dominante di limitare la concorrenza, sancendo la non necessarietà di effettuare l'AEC Test. Infine, l'intervento della Corte di Giustizia europea, con il conseguente

⁵⁹ Commissione europea (2009), Commission decision relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (COMP/C-3/37.990 – Intel)

⁶⁰ Commissione europea (2018), CASE AT.40220 Qualcomm (Exclusivity payments).

annullamento della sentenza del Tribunale, giustificato dalla mancanza dell'analisi richiesta da Intel sul test effettuato dalla Commissione, riporta ai livelli di partenza la rilevanza all'AEC Test nella decisione finale.

3.1 Il caso Intel

In base all'articolo 3 del Regolamento n. 17/1962, il 18 ottobre 2000 Advanced Micro Devices presentò una denuncia formale alla Commissione europea riguardo ai comportamenti tenuti dal suo rivale Intel chiedendo di constatare la presenza di una infrazione e di obbligarne la sua immediata cessazione. La denuncia venne integrata da AMD da ulteriori prove e fatti nel novembre 2003 e nel luglio 2006, integrazione riguardante accordi commerciali e pratiche di esclusione che Intel avrebbe concordato con Media-Saturn Holding. La Commissione, supportata dalle autorità nazionali garanti della concorrenza, diede inizio nel 2005 a un'indagine presso alcune delle sedi di Intel in Europa e di vari rivenditori di computer europei richiedendo, inoltre, ai principali costruttori OEMs (Original Equipment Manufacturer) informazioni sui comportamenti tenuti da Intel nei loro confronti.⁶¹

3.1.1 Intel Corporation e Advanced Micro Devices, Inc.

Intel Corporation ("Intel") è una società di elettronica statunitense fondata nel 1968 da R. Noyce e G. Moore a Santa Clara, California. Nei suoi primi

⁶¹ Commissione europea (2009), Sintesi della decisione della Commissione del 13 maggio 2009 relativa a un procedimento ai sensi dell'articolo 82 del trattato CE e dell'articolo 54 dell'accordo SEE, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

anni di operato divenne leader nel settore dei dispositivi di memoria, quali DRAM, SRAM e ROM per poi passare all'inizio degli anni 70' alla produzione di microprocessori. Il primo microprocessore venne prodotto nel 1973, l'Intel 4004, dando così inizio a un processo innovativo che tutt'oggi continua a generare prodotti sempre più avanzati.

Meglio conosciuto come CPU (Central Processing Unit), il microprocessore è un dispositivo che interpreta ed esegue delle istruzioni. Realizzato mediante la tecnologia dei circuiti integrati VLSI (Very Large Scale Integration) è capace di effettuare in modo autonomo operazioni aritmetiche e logiche secondo una successione preordinata di istruzioni costituenti il programma esecutivo del microprocessore stesso. Inoltre, la CPU, composta da milioni di *transistors* che processano i dati e controllano altri dispositivi all'interno di una *computer system*, rappresenta il cuore del computer ed è la componente principale che ne definisce la performance oltre che il costo.

Intel non è stata l'unica a intraprendere investimenti nel settore dei microprocessori. Principale rivale nel corso degli anni è stata Advanced Micro Devices (AMD) che venne fondata nel 1969 da Jerry Sanders a Sunnyvale e lanciò il suo primo microprocessore nel 1975, l'Am8080, offrendo una prima alternativa ai prodotti Intel.

Le CPUs prodotte dalle due imprese erano destinate a diversi segmenti di mercato dell'industria del computer quali *desktop*, *laptop* e *server* e potevano distinguersi in architetture x86 e non-x86. Nel 2001 AMD, grazie alla produzione di CPUs altamente performanti e a prezzi competitivi, fece vacillare il dominio storico di Intel. L'efficienza dei prodotti AMD venne inoltre riconosciuta dai principali OEMs, tra i quali Dell che in un documento consegnato alla Commissione europea nel 2005 fece notare come negli

ultimi tre anni AMD avesse offerto prodotti più vantaggiosi rispetto a quelli di Intel.⁶²

3.1.2 Le condotte di Intel oggetto dell'infrazione

Nel tentativo di limitare l'espansione dei suoi concorrenti, principalmente AMD, e di rafforzare la sua posizione storica sul mercato, Intel nel corso dei primi anni del ventesimo secolo definì numerosi contratti con Media-Saturn Holding GmbH e con le più grandi aziende OEMs tra cui Dell, HP, NEC, Acer e Lenovo.

Nel periodo compreso tra ottobre 2002 e dicembre 2007 Intel poté fare leva sulla sua posizione dominante nel settore delle CPUs x86 conferitale dall'elevata quota di mercato pari a circa al 70%. Le principali politiche di prezzo attuate da Intel, successivamente definite illegittime dalla Commissione europea secondo il criterio dell'abuso di posizione dominante, si possono dividere in due forme: sconti condizionati e restrizioni allo scoperto. La prima consisteva in sconti offerti ai principali costruttori OEMs a condizione di rifornirsi da Intel per il loro totale fabbisogno, o quasi, di CPUs x86 e in pagamenti garantiti a Media Saturn Holding, principale rivenditore europeo di computer, a condizione di commercializzare esclusivamente computer con CPUs Intel x86. La seconda prevedeva dei pagamenti rivolti ai costruttori OEMs se avessero annullato o posticipato il lancio di uno specifico prodotto contenente la CPU x86 di un concorrente o se avessero limitato i canali di vendita di quest'ultimo. Inoltre, molte parti rilevanti di tali accordi non vennero riportate in forma scritta, ma furono

⁶² Dell submission to the Commission of 19 December 2005

concordate tramite strette di mano ed e-mail, subendo nel tempo ampie modifiche e diventando difficilmente reperibili.⁶³

3.1.3 Il mercato rilevante delle CPUs

Nella definizione del mercato rilevante, necessaria per la Commissione al fine di procedere con l'analisi dell'abuso di posizione dominante, essa ha basato la sua decisione sulle evidenze ottenute dall'osservazione della sostituibilità del prodotto dal lato della domanda e dell'offerta reperendo le informazioni necessarie dagli OEMs e sottoponendo dei questionari ai principali produttori di PC.

Nell'utilizzo di tali strumenti la Commissione afferma che *“la sostituibilità sul versante della domanda costituisce il vincolo più immediato ed efficace che condiziona i fornitori di un determinato prodotto”* e che *“ si può prendere in considerazione anche la sostituibilità sul versante dell'offerta quando si tratta di definire il mercato in situazione nelle quali tale sostituibilità ha effetti equivalenti, in termini di efficacia e di immediatezza, a quelli della sostituibilità sul versante della domanda”*.⁶⁴

L'analisi effettuata in entrambi i versanti ha voluto esaminare le stesse questioni:

- La presenza di sostituibilità tra le CPUs in ciascuno dei tre segmenti dell'industria del computer.

⁶³ Commissione europea (2009), Antitrust: Commission imposes fine of €1.06 bn on Intel for abuse of dominant position; orders Intel to cease illegal practices, Press corner.

⁶⁴ Commissione europea (1997), Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, Gazzetta ufficiale delle Comunità europee.

- La presenza di sostituibilità tra le CPUs destinate a un segmento commerciale e le CPUs destinate a un segmento privato.
- La presenza di sostituibilità tra le CPUs basate su un'architettura x86 e le CPUs basate su un'architettura non-x86.
- La presenza di sostituibilità tra le CPUs per i non-computer device e le CPUs per i computer.

Le conclusioni basate sulla sostituibilità del versante della domanda non chiariscono appieno se il mercato rilevante delle CPUs x86 per computer debba essere individuato come uno solo o diviso in tre mercati rilevanti individuabili nei tre segmenti dell'industria del computer. D'altra parte, l'analisi della sostituibilità nel versante dell'offerta riporta un certo grado di sostituibilità tra le CPUs x86 in questi ultimi tre. Tuttavia, la Commissione non ha ritenuto necessario valutare se gli effetti della probabile sostituibilità dal lato dell'offerta tra CPUs x86 per computer desktop, laptop e server fossero equivalenti a quelli della sostituibilità della domanda in termini di efficacia e immediatezza, in quanto un'analisi della dominanza non verrebbe alterata se il mercato rilevante fosse uno solo o tre. Infine, la Commissione è arrivata a escludere dal mercato rilevante le CPUs non-x86 e le CPUs destinate ai non-computer device.⁶⁵

⁶⁵ Commissione europea (2009), Commission decision relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (COMP/C-3/37.990 – Intel).

3.1.4 L'analisi delle condotte e la decisione della Commissione

Al termine delle indagini, protrattesi fino al 13 maggio 2009, la Commissione ha preso una decisione relativa ai comportamenti adottati da Intel aventi lo scopo di precludere il mercato delle CPU x86 ai concorrenti nel corso degli anni compresi tra il 2002 e il 2007. Tale decisione prevedeva un'ammenda di 1,06 miliardi di euro per la violazione dell'attuale articolo 102 TFUE e dell'articolo 54 SEE oltre che l'obbligo immediato di terminare i comportamenti oggetto dell'infrazione. La conclusione alla quale è giunta la Commissione ha attribuito agli sconti e pagamenti condizionati e alle restrizioni allo scoperto praticate da Intel il carattere fidelizzante nei confronti di coloro a cui erano proposti, riducendo la capacità dei concorrenti di competere, limitando la scelta per i consumatori e diminuendo gli incentivi all'innovazione.⁶⁶

Ciò che ha reso il caso Intel di rilevante importanza è l'utilizzo dell'AEC Test, sviluppato dalla Commissione Europea nel Guidance Paper 2009, per la prima volta come strumento di analisi. Prendendo le distanze da quello che era il consolidato quadro giurisprudenziale nel quale era assente la necessità di dimostrare l'effettiva capacità di uno sconto di incidere sulla competitività dei concorrenti per definire quest'ultimo anticoncorrenziale, la centralità assegnata al test nella decisione finale rappresentava una forte risposta da parte della Commissione alle critiche che le erano state mosse in precedenza, principalmente nei casi *Tomra* e *Michelin II*.

⁶⁶ Commissione europea (2009), Sintesi della decisione della Commissione del 13 maggio 2009 relativa a un procedimento ai sensi dell'articolo 82 del trattato CE e dell'articolo 54 dell'accordo SEE, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

Nell'ambito della prima categoria di condotta contestata, quella degli sconti condizionati, la decisione della Commissione trova le sue origini nella giurisprudenza della causa Hoffmann-La Roche nella quale la sentenza della Corte di giustizia ha definito 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 per tutto o gran parte del loro fabbisogno esclusivamente presso l'impresa in questione, costituisce sfruttamento abusivo di posizione dominante ai sensi dell'art. 86 (attuale articolo 102) 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 riduzioni subordinate alla condizione che il cliente si rifornisca esclusivamente per la totalità o per una parte considerevole del suo fabbisogno presso l'impresa in posizione dominante.”*⁶⁷

Per quanto riguarda la parte della decisione sulle restrizioni allo scoperto la Commissione ha fatto invece riferimento alla causa Irish Sugar nella quale la decisione conclusiva della Commissione ha definito che *“lo scambio di prodotti da parte di un'impresa dominante costituisce un abuso ai sensi dell'art. 86 (attuale articolo 102) in tutti i casi in cui ha come oggetto o effetto la restrizione o eliminazione della concorrenza da parte di un nuovo soggetto sul mercato.”*⁶⁸

⁶⁷ Corte di giustizia dell'Unione europea (1979), Causa 85/76, Hoffmann-La Roche, Racc. 1979

⁶⁸ Tribunale di primo grado (1999), Causa T-228/97, Irish Sugar, Racc. 1999

3.1.5 L'utilizzo dell'AEC Test in Intel

Alla luce degli Orientamenti sulle priorità circa l'intervento della Commissione sui casi di abuso di posizione dominante, il test del concorrente altrettanto efficiente si presenta come una condizione necessaria, ma non sufficiente per giungere a conclusioni.

Utilizzato per la prima volta dalla Commissione, il test è stato applicato separatamente per ogni OEMs con le quali Intel aveva definito i contratti oggetti d'accusa. Nella sua formulazione la Commissione ha preso come *cost benchmark* i costi medi evitabili (CEM) sostenuti da Intel arrivando a dimostrare come la quota contendibile da AMD, rivale altrettanto efficiente, non fosse sufficientemente ampia a causa della dipendenza, dimostrata tramite documenti interni, sofferta dagli OEMs nei confronti dei prodotti Intel. È infatti risultato che la quota di mercato contendibile da AMD risultasse inferiore alla quota del fabbisogno totale che la singola OEM avrebbe dovuto ottenere da AMD a un prezzo effettivo pari ai CEM sostenuti da Intel per essere indifferente da chi dei due produttori rifornirsi.⁶⁹

Una prima critica sulla modalità di applicazione del test può essere mossa sulla stima di tale quota di mercato contendibile. Come già visto nel paragrafo 2.5 questa è una variabile capace di alterare profondamente gli esiti del test. In Intel la Commissione è arrivata alla sua definizione tramite documenti interni e tenendo in considerazione come orizzonte temporale rilevante il singolo anno. Tale ampiezza dell'orizzonte temporale risulta però fortemente in contrasto con la rilevanza strategica assegnata dalla Commissione agli OEMs a cui Intel ha offerto gli sconti. Proprio la presenza

⁶⁹ Crocioni Pietro (2013), Dall'esclusiva all'esclusione: le lezioni del caso Intel e le ragioni della Commissione, il Mulino – Rivisteweb.

di clienti strategici nel mercato, capaci con il loro fabbisogno di giustificare la disponibilità di AMD di subire delle perdite nel breve periodo, si ritiene che dovrebbe portare alla considerazione di un orizzonte temporale più lungo.⁷⁰

Inoltre, nonostante l'utilizzo dell'AEC Test rappresenti un'importante novità e un passo in avanti verso lo sviluppo di un approccio più economico da parte della Commissione, il cambio drastico di direzione rispetto al passato può condurre al rischio di affermare un precedente metodologico dal quale sarà successivamente difficile scostarsi.

Osservando la teoria economica sulla valutazione antitrust degli sconti escludenti è possibile distinguere una serie di approcci che si differenziano tra di loro in base alle ragioni e agli effetti sui quali si concentrano. In un primo gruppo di approcci definibili più conservativi, ovvero tendenti a far prevalere le ragioni di efficienza degli sconti e il beneficio per i consumatori, rientrano l'approccio della Scuola di Chicago e l'approccio basato sulla sostenibilità degli sconti. Si concentrano, invece, sugli effetti prodotti nel mercato gli approcci basati sulle barriere contrattuali all'entrata e sulla concentrazione della domanda residuale.

Come osservato da Nicita (2013), la Commissione Europea nel caso Intel arriva a proporre un approccio articolato su di un'analisi sia della sostenibilità dello sconto che della domanda residuale, articolando il test in una prima fase di verifica sulla sostenibilità dei prezzi e una seconda, intrapresa solo se la prima presenti un risultato negativo, di verifica sulla presenza di una domanda residuale sufficiente per consentire ai concorrenti di esercitare una concorrenza effettiva. Così facendo Nicita sostiene che

⁷⁰ Federico Giulio (2011), The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a more Economic Approach, *Journal of European Competition Law & Practice*.

integrando tali due approcci la Commissione perda il senso economico, che si ritrova in mercati caratterizzati da alte barriere all'entrata, dell'approccio basato sugli effetti anticoncorrenziali generati sul mercato dallo sconto escludente, arrivando a concludere che *“la scelta effettuata dalla Commissione ha così posto in essere l'opzione più conservativa, nella quale la mancata sostenibilità degli sconti, per l'incumbent, agisce solo da condizione necessaria e non anche sufficiente per decretare la natura anti-concorrenziale degli sconti fidelizzanti. Un doppio test che finisce per trascurare alcuni scenari possibili di strategie escludenti e che non coglie in pieno il senso economico di quella parte di letteratura economica che aveva sviluppato l'approccio della domanda residuale in modo del tutto autonomo da ogni considerazione relativa al rapporto interno tra sconti e costi dell'incumbent.”*⁷¹

Infine, si può notare come la valutazione del cost benchmark scelto dalla Commissione non sia stata condivisa da entrambe le parti. Oggetto del dibattito tra Intel e la Commissione è stata la considerazione all'interno dei CEM di una determinata voce di spesa. Nonostante la rilevanza che la definizione dei corretti costi di riferimento assume nell'applicazione del test, la Commissione ha scartato l'analisi proposta da Intel accusandola di sottostimare l'entità dei CEM, lasciando perplessità sulla prevedibilità e l'accuratezza dell'analisi.⁷² Tale superficialità della Commissione e il successivo respingimento con sentenza del 12 giugno 2014 del Tribunale dell'Unione europea del ricorso presentato da Intel hanno portato quest'ultima a impugnare la sentenza del Tribunale dinanzi la Corte di

⁷¹ Nicita Antonio (2013), Sconti escludenti: un doppio salto della Commissione nel caso Intel?, il Mulino – Rivisteweb.

⁷² Colangelo Giuseppe (2009), Sconti condizionati e test del “concorrente altrettanto efficiente”: il caso Intel, il Mulino – Rivisteweb.

giustizia, sostenendo che il Tribunale avrebbe commesso un errore di diritto non esaminando gli sconti alla luce di tutte le circostanze della fattispecie. Il 6 settembre 2017 la Corte di Giustizia ha annullato l'ammenda di 1,06 miliardi di euro inflitta a Intel dalla Commissione per abuso di posizione dominante e la sentenza del Tribunale dichiarando che quest'ultimo era tenuto a esaminare tutti gli argomenti formulati da Intel in merito all'AEC Test.⁷³

3.2 Il caso Qualcomm

Ulteriore caso significativo nell'analisi dell'approccio adottato dalla Commissione nei casi di abuso di posizione dominante nei quali l'impresa ha detenuto una condotta escludente basata su sconti condizionati è quello che ha visto come protagonista Qualcomm, colosso dei produttori di baseband chipset compatibili con lo standard di telefonia cellulare LTE.

Gli accordi che hanno portato la Commissione a infliggere, con la decisione del 24 gennaio 2018, un'ammenda per un ammontare pari a circa 997 milioni di euro a Qualcomm con l'ulteriore obbligo di cessare immediatamente le condotte oggetto d'accusa, sono stati conclusi con Apple. Tali accordi, conclusi per la prima volta nel 2011 e successivamente prolungati fino al 2016, prevedevano il pagamento di premi concessi da Qualcomm ad Apple a condizione che il fabbisogno totale di chipset LTE di quest'ultima venisse soddisfatto interamente presso Qualcomm.⁷⁴

⁷³ Corte di giustizia dell'Unione europea (2017), Comunicato stampa n. 90/17.

⁷⁴ Commissione europea (2018), Sintesi della decisione della Commissione del 24 gennaio 2018 relativa a un procedimento a norma dell'articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 54 dell'accordo SEE, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

3.2.1 L'analisi della Commissione nel caso Qualcomm

Una volta definito il mercato rilevante, individuato nel mercato libero di chipset LTE di dimensione mondiale, e aver accertato la posizione dominante di Qualcomm in questo mercato durante il periodo nel quale è stata praticata la condotta in questione, la Commissione è passata ad analizzare la capacità di quest'ultima di avere un effetto anticoncorrenziale. Una prima analisi sugli effetti anticoncorrenziali ha dimostrato come la condotta perseguita da Qualcomm potesse rappresentare un abuso di posizione dominante mettendo in luce alcuni aspetti rilevanti quali:⁷⁵

- La capacità dei pagamenti esclusivi, garantiti da Qualcomm ad Apple, di ridurre gli incentivi per quest'ultima di rifornirsi per i chipset LTE dai concorrenti.
- I documenti interni di Apple i quali confermano la capacità della condotta di Qualcomm di ridurre gli incentivi per Apple di rifornirsi per i chipset LTE dai concorrenti.
- La copertura di una parte significativa del mercato da parte dei pagamenti esclusivi.
- La strategicità di Apple come cliente per le imprese che vogliono entrare o espandersi nel mercato dei chipset LTE.

A differenza di quanto avvenuto nel procedimento di valutazione dell'abuso di posizione dominante esercitato da Intel nei confronti di AMD, nel caso Qualcomm la Commissione non ha ritenuto necessario, data la consistenza delle prove qualitative e quantitative raccolte, di includere negli strumenti utilizzati l'AEC Test concludendo che i pagamenti esclusivi praticati da Qualcomm fossero capaci di avere effetti anticoncorrenziali senza fare

⁷⁵ Commissione europea (2018), CASE AT.40220 Qualcomm (Exclusivity payments).

ricorso a quest'ultimo.⁷⁶ Inoltre, in un discorso tenuto da Margrethe Vestager, Commissario europeo per la concorrenza dal 2014, presso la GCLC Annual Conference tenuta a Bruxelles il 25 gennaio 2018, è stato evidenziato come i documenti interni di Apple abbiano aiutato nell'analisi del caso più di quanto avrebbe potuto fare un'osservazione di prezzi e costi e come non possa esistere una procedura standard che permetta in ogni circostanza di valutare al meglio gli effetti sulla competizione delle condotte esercitate dalle imprese.⁷⁷

3.2.2 Il test proposto da Qualcomm

Nel difendere la sua posizione Qualcomm ha sottoposto alla Commissione un AEC Test da lei definito, il quale voleva dimostrare come un concorrente altrettanto efficiente sarebbe stato in grado di competere per la fornitura ad Apple dei chipset LTE. A seguito di una attenta analisi la Commissione ha rifiutato il test proposto ritenendo che fosse eseguito su parametri errati. Le principali critiche mosse dalla Commissione a Qualcomm riguardo quest'ultimo si concentrarono su tre elementi principali:⁷⁸

- Nel definire il cost benchmark di riferimento Qualcomm ha adottato i costi medi variabili (CMV) non tenendo in considerazione gli elevati costi di ricerca e sviluppo che un concorrente avrebbe dovuto sostenere e almeno in parte recuperare.

⁷⁶ Kadar Massimiliano (2019), Article 102 and Exclusivity Rebates in Post-Intel World: Lessons from the Qualcomm and Google Android Cases, *Journal of European Competition Law & Practice*.

⁷⁷ Commissioner Vestager's speech of 25 January 2018, "Fairness and competition", GCLC Annual Conference, Brussels.

⁷⁸ Commissione europea (2018), CASE AT.40220 Qualcomm (Exclusivity payments).

- La considerazione del fabbisogno di Apple di chipset LTE per gli iPhone lanciati dal 2012 al 2016 come contendibile, quando in realtà per i primi quattro anni tale fabbisogno era totalmente non contendibile e nel 2016 lo era solo per un 50-60%
- Il ridimensionamento dei pagamenti persi da Apple, se quest'ultima avesse deciso di violare il contratto in uno degli anni compresi tra il 2012 e il 2015, a quelli collegati al meccanismo di rimborso e ai pagamenti futuri su iPhone e iPad già lanciati, non tenendo in considerazione i pagamenti futuri, su nuove generazioni di prodotti, a cui Apple avrebbe dovuto rinunciare essendo questi subordinati al soddisfacimento totale del suo fabbisogno presso Qualcomm.

3.3 Conclusioni

Ciò che si può direttamente osservare dai due casi appena esposti, per essere poi generalizzato all'approccio adottato dalle Autorità Antitrust nel corso degli anni, è la mancanza dell'adozione di una modalità di valutazione costante nel susseguirsi dei casi.

L'utilizzo dell'AEC Test nel caso Intel ha sicuramente rappresentato una importante spinta rivoluzionaria nell'ambito della valutazione dell'abuso di posizione dominante, nonostante si abbia ancora molto da imparare sulla sua applicazione. L'approccio più economico adottato dalla Commissione in quel caso, rivolto ad analizzare gli effetti che la condotta aveva prodotto senza fermarsi a osservare solo la forma di quest'ultima, erano in linea con l'idea di intervento esposta nel Guidance Paper del 2009. Inoltre, la centralità assegnata al test in quel caso e la sua costante adozione nei casi che si

sarebbero seguiti sarebbe stata certamente una variabile chiave per aumentare il grado di prevedibilità del giudizio.

D'altra parte, l'abbandono dell'utilizzo dell'AEC Test nel caso Qualcomm non assume un errore di valutazione della Commissione in quanto quest'ultimo è solo uno tra gli strumenti a disposizione per l'analisi delle condotte, come anche affermato dalla Corte di Giustizia nel caso *Post Danmark II*⁷⁹. Oltretutto, la Commissione non si è rifiutata di esaminare il medesimo test proposto da Qualcomm esprimendo un giudizio negativo sulla sua validità, senza però proporne uno ritenuto corretto. Ciò che più si discosta dal percorso che si pensava di avere intrapreso con il caso Intel è forse stato il peso cruciale che la Commissione ha attribuito ai documenti interni ottenuti da Apple, trovando in essi una forte prova della capacità delle condotte esercitate da Qualcomm di avere un effetto escludente.

La tutela della concorrenza nel mercato non può essere da sola sufficiente per aumentare il grado di efficienza all'interno di quest'ultimo se non la si accompagna con un quadro chiaro circa la valutazione delle condotte praticate dalle imprese. Ogni impresa nel competere tende a spingersi al limite, il quale può giustamente corrispondere nell'esclusione di un rivale, sempre se basata sul merito, nel caso in cui quest'ultimo non risulti capace di controbattere alla strategia. L'eliminazione del concorrente rappresenta una funzione cruciale del mercato concorrenziale senza la quale non avrebbe più un senso logico investire, ad esempio, in tecnologie sempre più avanzate capaci di spazzare via la concorrenza e conquistare nuovi clienti a discapito di altri rivali che saranno costretti al fallimento. Da qui nasce l'esigenza di garantire un sistema che permetta alle imprese di calcolare in maniera

⁷⁹ Judgment of the Court of Justice in Case C-23/14 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2015:651.

scientifico il limite al quale poter spingersi, abbandonando definitivamente la strada delle interpretazioni o delle conclusioni basate sui semplici intenti.

Considerazioni finali

L'abuso di posizione dominante perseguito tramite sconti condizionati, non permettendo alle imprese rivali di competere sul merito all'interno del mercato, è una fattispecie che vede molto impegnato l'Antitrust europeo il quale però non è ancora riuscito a delineare una chiara linea di intervento.

La Commissione nel corso degli ultimi 15 anni è giunta alla conclusione dei casi facendo ricorso in alcuni a un approccio basato sulla forma, nel quale non si ritiene necessario esaminare gli effetti reali della condotta, mentre in altri ha incluso nel corso della sua valutazione l'utilizzo di strumenti economici come l'AEC Test. Quest'ultimo, introdotto solo nel 2009 con la pubblicazione da parte della Commissione del Guidance Paper, è uno strumento essenziale nella valutazione di casi caratterizzati da sconti condizionati in quanto è necessario comprendere se la condotta dell'impresa dominante potrebbe essere sostenuta da un rivale altrettanto efficiente, ma che può rivolgersi solo a una ridotta porzione della domanda di mercato.

Punto cruciale nell'intervento Antitrust sulle condotte abusive è l'osservazione delle efficienze che quest'ultime possono generare. Di conseguenza, condannare una condotta esclusivamente per la sua forma porta con sé il rischio di rallentare il processo innovativo e la crescita economica. Inoltre, un'analisi delle condotte basata sull'osservazione dei costi e dei prezzi, oltre a tutelare la concorrenza nel mercato incentrandola esclusivamente sull'efficienza produttiva e non sulle quote di mercato possedute, fungerebbe da incentivo alla ricerca di sistemi produttivi sempre più efficienti che permettano di conquistare nuovi clienti offrendo prodotti a prezzi inferiori, continuando a non operare sottocosto.

Nonostante un processo di riforma sia in atto, il tempo che sta richiedendo e la saltuarietà con la quale vengono adottati i principi economici nella valutazione dei casi sta conducendo a uno stato di incertezza che non garantisce alle imprese il grado di certezza necessario nella scelta delle proprie strategie.

Bibliografia

- Akzo Chemie BV v Commission, Case C-62/86, Court of Justice [1991].
- Akzo Chemie BV v Commission (Case C-62/86) [1991] ECR I-3359.
- Areeda P. and Turner DF. (1975), Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act, Harvard Law Review.
- Armstrong M. (2006), Economic Models of Price Discrimination, Department of Economics University College London.
- Besanko David (2016), Microeconomia, McGraw Hill.
- Coase R. (1972), Durability and Monopoly, University of Chicago Law School
- Colangelo Giuseppe (2009), Sconti condizionati e test del “concorrente altrettanto efficiente”: il caso Intel, il Mulino – Rivisteweb.
- Commissioner Vestager’s speech of 25 January 2018, “Fairness and competition”, GCLC Annual Conference, Brussels.
- Commissione europea (1997), Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell’applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, Gazzetta ufficiale dell’Unione europea.
- Commissione europea (2005), DG competition discussion paper on the application of Article 82 of the treaty to exclusionary abuses.
- Commissione europea (2009), Antitrust: Commission imposes fine of €1.06 bn on Intel for abuse of dominant position; orders Intel to cease illegal practices, Press corner.

- Commissione europea (2009), Commission decision relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (COMP/C-3/37.990 – Intel).
- Commissione europea (2009), Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.
- Commissione europea (2009), Sintesi della decisione della Commissione del 13 maggio 2009 relativa a un procedimento ai sensi dell'articolo 82 del trattato CE e dell'articolo 54 dell'accordo SEE, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.
- Commissione europea (2011), Proceedings for the application of Articles 101 and 102 TFUE: Key actors and checks and balances.
- Commissione europea (2016), Le politiche dell'Unione europea: Concorrenza, Unione europea.
- Commissione europea (2018), CASE AT.40220 Qualcomm (Exclusivity payments).
- Commissione europea (2018), Sintesi della decisione della Commissione del 24 gennaio 2018 relativa a un procedimento a norma dell'articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 54 dell'accordo SEE, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.
- Corte di giustizia dell'Unione europea (1979), Causa 85/76, Hoffmann-La Roche, Racc. 1979
- Corte di giustizia, 19 aprile 2012, Causa C-549/10 P Tomra Systems ASA e a./Commissione.

- Corte di giustizia dell'Unione europea (2017), Comunicato stampa n. 90/17.
- Corts Kenneth S. (1998), *Third-Degree Price Discrimination in Oligopoly: All-Out Competition and Strategic Commitment*, Wiley on behalf of RAND Corporation.
- Council Regulation (EEC) No 17 of 6 February 1962, first Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty.
- Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.
- Crocioni Pietro (2013), *Dall'esclusiva all'esclusione: le lezioni del caso Intel e le ragioni della Commissione*, il Mulino – Rivisteweb.
- Davis P. (2019), *As Efficient Competitor Test: An overview of EU and national case law*, e-Competition.
- Dell submission to the Commission of 19 December 2005
- Denozza F. (2005), *Pratiche anticoncorrenziali e bilanciamento degli effetti tra benessere ed equità*, in "Rivista italiana degli economisti, The Journal of Italian Economic Association.
- Federico G. (2011), *The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a more Economic Approach*, *Journal of European Competition Law & Practice*.
- Frank P. Maier-Rigaud (2005), *Switching costs in retroactive rebates – What's time got to do with it ?*, Max Planck Institute for Research on Collective Goods.

- Fumagalli Chiara (2018), *Exclusionary Practices: The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance*, Cambridge University Press.
- Gifford Daniel e Kudrle Robert (2015), *The Atlantic Divide in Antitrust*, The University of Chicago Press.
- Hovenkamp Herbert (2006), *Discounts and exclusion*, Utah law review.
- Judgment of the Court of Justice in Case C-23/14 Post Danmark A/S v Konkurrencerådet, ECLI:EU:C:2015:651.
- Kadar M. (2019), *Article 102 and exclusivity rebates in post-Intel world: lessons from the Qualcomm and Google Android cases*, *Journal of European Competition Law & Practice*.
- Katsoulacos Y., Makri G. e Metsiou E. (2019), *Antitrust Enforcement in Europe in the Last 25 Years: Developments and Challenges*, *Review of Industrial Organization*.
- Kreps David M. and Wilson R. (1982), *Reputation and Imperfect Information*, *Journal of Economic Theory*.
- Mardoff M. and Johan S. (2013), *The Role of the “Equally Efficient Competitor” in the Assessment of Abuse of Dominance*, *Konkurrensverket Working Paper Series in Law and Economics*.
- McAfee R. Preston (2008), *Price Discrimination*, in 1 “*Issues in Competition Law and Policy 465*”, ABA Section of Antitrust Law.
- Merola M. e Armati L. (2013), *Brevi riflessioni sui più recenti sviluppi nel diritto della concorrenza dell’Unione europea*, *Italian Antitrust Review*.

- Milgrom P. and John R. (1982), *Limit Pricing and Entry under Incomplete Information: An Equilibrium Analysis*, The Econometric Society.
- Motta Massimo (2015), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press.
- Nazzini R. (2012), *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, Oxford University Press.
- Nicita Antonio (2013), *Sconti escludenti: un doppio salto della Commissione nel caso Intel?*, il Mulino – Rivisteweb.
- *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities Case 322/81 [1983] ECLI:EU:C:1983:313.*
- Pappalardo Aurelio (2018), *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Utet Giuridica.
- Philips L. (1988), *The Economics of Price Discrimination*, Cambridge University Press.
- Pike Chris, Carrieri Silvia, OECD Competition Division (2016), *Fidelity rebates*.
- Posner R. A. (1974), *Exclusionary practices and the antitrust laws*, University of Chicago Law Review.
- *Post Danmark A/S v Konkurrenserådet (Case C-209/10) [2011] ECLI:EU:C:2011:342.*
- Radostina Parenti (2020), *Politica della Concorrenza, Note tematiche sull'Unione europea*.

- Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.
- Report by the EAGCP (2005), “An economic approach to Article 82”.
- Samà D. (2012), Sconti Fedeltà tra Approccio Economico e Danno per il Consumatore, Mercato Concorrenza Regole.
- Scognamiglio Pasini Carlo (2016), Economia industriale, Luiss University Press.
- Unione Europea, Versioni consolidate del trattato sull'unione europea e del trattato che istituisce la comunità europea, Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, 2002/C 325/01.
- Shaffer, G. and Zhang, Z. (2000), Pay to Switch or Pay to Stay: Preference-Based Price Discrimination in Markets with Switching Costs, *Journal of Economics and Management Strategy*.
- Thisse, J. and Vives, X. (1988), “On the Strategic Choice of Spatial Price Policy.” *American Economic Association*.
- Tribunale di primo grado (1999), Causa T-228/97, Irish Sugar, Racc. 1999.
- Varian H.R. (1989), *Handbook of Industrial Organization, Volume I*, Edited by R. Schmalensee and R.D. Willig, Elsevier Science Publishers.
- Witt Anne (2019), *The European Court of Justice and the More Economic Approach to EU Competition Law – Is the Tide Turning?*, *The Antitrust Bulletin*.