

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE; sentenza 27 marzo 2012, causa C-209/10; Pres. SKOURIS, Avv. gen. MENGOZZI; Post Danmark.

Concorrenza (disciplina) – Abuso di posizione dominante – Politiche di prezzo – Sconti selettivi – Condizioni d’illiceità (TFUE, art. 102).

Concorrenza (disciplina) – Abuso di posizione dominante – Cause di giustificazione – Requisiti (TFUE, art. 102).

Una politica di prezzi bassi praticati da un’impresa dominante nei confronti di determinati importanti ex clienti di un concorrente non è abusiva per il solo fatto che il prezzo applicato si situa a un livello inferiore ai costi totali medi, ma superiore ai costi incrementali medi, essendo necessario esaminare se gli sconti selettivi offerti portino, senza giustificazione obiettiva, all’esclusione effettiva o probabile di tale concorrente, a danno della concorrenza e pertanto degli interessi dei consumatori. (1)

Una condotta rientrante nel campo d’applicazione dell’art. 82 CE (ora 102 TFUE) può ritenersi giustificata ove l’impresa dominante sia in grado di dimostrare che il proprio comportamento è obiettivamente necessario, o che l’effetto preclusivo derivante dallo stesso può essere controbilanciato da vantaggi in termini di efficienza che vanno anche a beneficio dei consumatori, purché, in quest’ultimo caso, sia fornita la prova delle seguenti condizioni: a) i vantaggi in termini di efficienza che possono risultare dal comportamento in questione neutralizzano i probabili effetti negativi per la concorrenza e gli interessi dei consumatori sui mercati interessati; b) è stato o è possibile realizzare tali vantaggi in termini di efficienza grazie a detto comportamento; c) quest’ultimo è indispensabile per realizzare i suddetti vantaggi; e d) il comportamento interessato non elimina una concorrenza effettiva, sopprimendo tutte o la maggior parte delle fonti esistenti di concorrenza attuale o potenziale. (2)

L’incerto status dei prezzi predatori e degli sconti selettivi nel diritto antitrust europeo: alcune riflessioni alla luce degli Orientamenti e del caso *Post Danmark*

1.- Introduzione

L’intervento antitrust in tema di politiche di prezzo delle imprese dominanti si muove a ridosso della sottile linea che separa tutela della concorrenza e protezione degli antagonisti da politiche commerciali aggressive, ma sostanzialmente pro-competitive. Il rischio che l’intervento antitrust finisca per affievolire le normali dinamiche competitive è accresciuto dalla difficoltà d’individuare principî e criteri unificanti, che ha storicamente segnato l’elaborazione antimonopolistica europea in tema di condotte unilaterali escludenti. Il tradizionale approccio casistico adottato dalle istituzioni europee – e, di riflesso, da quelle nazionali che si ispirano al modello UE – ha favorito l’emersione di figure d’abuso non riconducibili a una *ratio* unitaria di matrice economica.

Negli Orientamenti sulle condotte unilaterali escludenti, emanati in versione definitiva nel febbraio del 2009¹, la Commissione ha compiuto uno sforzo interpretativo che mirava non soltanto a ricostruire e razionalizzare i principi che emergono dal formante giurisprudenziale e dalla prassi decisionale, ma anche a indicare la direzione per un'evoluzione dell'*enforcement* antimonopolistico in tema d'abuso di posizione dominante. Tuttavia, posto che uno strumento interpretativo volto a precisare le "priorità" dell'attività della Commissione non potrebbe correggere i pregressi orientamenti della Corte di giustizia, cui compete, in ultima istanza, il compito d'assicurare l'uniforme interpretazione delle norme antitrust europee, la modernizzazione dell'*enforcement* dell'art. 102 TFUE è destinata necessariamente a passare attraverso le aule giudiziarie di Lussemburgo.

Dopo alcune pronunzie che hanno mostrato scarsa attenzione per gli Orientamenti, la sentenza *Post Danmark*, adottata nel marzo 2012², ha segnato il primo passo realmente significativo compiuto dalla Corte di giustizia nel solco tracciato dalla Commissione nel tentativo di modernizzare l'applicazione dell'art. 102 TFUE. La questione sottoposta alla Corte di giustizia concerneva il trattamento di una delle figure d'abuso più ambigue e oscure del panorama antitrust del vecchio continente: gli sconti selettivi, consistenti – a tenore dell'ortodossia europea – in riduzioni dei prezzi che non superano la soglia della predatorietà, ma destano comunque preoccupazioni perché sono mirati specificamente alla clientela degli antagonisti o ai clienti più esposti all'altrui pressione concorrenziale. La Corte ha opportunamente precisato che gli sconti selettivi non sono illeciti in quanto tali, essendo necessario analizzare, in concreto, il rapporto con i costi e gli effetti della condotta contestata sul mercato. Tuttavia, la sentenza *Post Danmark* ha lasciato aperti diversi interrogativi circa criteri di valutazione e limiti di liceità delle politiche di prezzo delle imprese dominanti.

Dopo aver ripercorso brevemente il processo di revisione dell'applicazione dell'art. 102 TFUE (par. 2) e il caso *Post Danmark* (par. 3), il presente lavoro svolge alcune riflessioni più approfondite circa le implicazioni della sentenza della Corte di giustizia per il trattamento degli sconti selettivi (par. 4) e dei prezzi predatori (par. 5), nonché il ruolo delle possibili giustificazioni d'efficienza nella valutazione delle politiche di prezzo delle imprese dominanti (par. 6).

2.- Il processo di revisione dell'*enforcement* dell'art. 102 TFUE

La politica della concorrenza europea in tema d'abuso di posizione dominante ha tradizionalmente avuto un'impronta *sui generis* di natura strettamente casistica³. L'influenza degli ordo-liberali, unitamente all'eco degli insegnamenti della scuola di Harvard, dominante negli Stati Uniti sino agli anni settanta del secolo scorso, ha favorito l'emersione e il consolidamento di un approccio strutturalista, volto a tutelare il processo competitivo quale risultante dall'esercizio delle libertà economiche

¹ *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, C(2009) 864, 9 febbraio 2009, disponibili sul sito Internet <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>.

² Corte giust. 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

³ Per una ricostruzione dell'esperienza europea in tema d'abuso di posizione dominante, si rinvia a G. FAELLA, *Politiche di sconti delle imprese dominanti*, Giappichelli, 2012.

individuali⁴. Le istituzioni europee hanno progressivamente delineato alcuni criteri per la valutazione di specifici comportamenti delle imprese egemoni, ma i principi generali sottesi al controllo delle condotte unilaterali sono rimasti difficilmente decifrabili⁵, tanto che la politica della concorrenza in tema d'abuso di posizione dominante si è risolta, di fatto, nell'applicazione di una serie di regole *ad hoc*, talvolta incoerenti tra loro e slegate dagli obiettivi perseguiti dalla disciplina antimonopolistica⁶.

La figura degli sconti selettivi rappresenta, per molti versi, un caso paradigmatico dei limiti dell'esperienza europea. L'offerta di sconti mirati a determinati clienti strategici può esporre, in taluni casi, le imprese dominanti al rischio di una responsabilità per violazione della disciplina antimonopolistica, anche qualora il prezzo scontato non sia inferiore a un'appropriata misura dei costi. Tuttavia, il fondamento dell'intervento antitrust nei confronti dei prezzi selettivi di carattere non predatorio resta perlomeno dubbio. Il formante giurisprudenziale e decisionale consente d'enucleare alcuni fattori che contribuiscono a colorare d'illiceità la condotta dell'impresa egemone, quali l'intento monopolistico⁷, la detenzione di una posizione super-dominante⁸, l'inserimento della politica di sconti nell'alveo di un'articolata strategia escludente, perseguita mediante una serie di comportamenti di per sé abusivi⁹, o lo sfruttamento di informazioni privilegiate¹⁰, ma non è agevole

⁴ Cfr., tra gli altri, P. MARSDEN-L. LOVDHAL-GORMSEN, *Guidance on abuse in Europe: The continued concern for rivalry and a competitive structure*, in *Antitrust Bulletin*, 2010, 875; P. AKMAN, 'Consumer Welfare' and Article 82 EC: Practice and Rhetoric, in *World Competition*, 2009, 71; L. LOVDHAL-GORMSEN, *The Parallels between the Harvard Structural School and Article 82 EC and the Divergences between the Chicago- and Post-Chicago Schools and Article 82 EC*, in *European Competition Journal*, 2008, 221; D. HILDEBRAND, *The European School in EC Competition Law*, in *World Competition*, 2002, 3.

⁵ Cfr. J.T. LANG-R. O'DONOGHUE, *Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses Under Article 82 EC*, in *Fordham International Law Journal*, 2002, 83.

⁶ Cfr., *ex multis*, J. TEMPLE LANG, *L'art. 82 – I problemi e la soluzione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 437; B. SHER, *The Last of the Steam-Powered Trains: Modernising Article 82*, in *European Competition Law Review*, 2004, 243; J. VICKERS, *Abuse of market power*, in *The Economic Journal*, 2005, F244.

⁷ Cfr., in particolare, Corte giust. 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritimes Belges Transports e altri/Commissione*, in *Raccolta*, 2000, I-1365; Trib. UE 8 ottobre 1996, cause riunite T-24/93, T-25/93, T-26/93 e T-28/93, *Compagnie maritimes belges transports e altri/Commissione*, in *Raccolta*, 1996, II-1201; Commissione 23 dicembre 1992, casi IV/32.448 e IV/32.450, *Cewal*, G.U. L 34/20 (1993); Commissione 14 maggio 1997, caso IV/34.621, 35.059/F-3, *Irish Sugar*, G.U. L 258/1 (1997); Tar Lazio, sez. I, 11 dicembre 2000, n. 11485, in *Foro italiano*, 2001, III, 299; Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) 7 dicembre 1999, n. 7804 (A224), *Pepsico Foods and Beverages International-IBG Sud/Coca Cola Italia*, in *Bollettino* n. 49/1999. In dottrina, cfr. P. ANDREWS, *Is Meeting Competition a Defense to Predatory Pricing? The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach*, in *European Competition Law Review*, 1998, 49.

⁸ In tale prospettiva potrebbero essere letti, segnatamente, casi come *CMB* e *Irish Sugar*, cit. *supra*. Cfr., in particolare, le conclusioni dell'Avvocato Generale Fennelly del 29 ottobre 1998, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie maritimes belges transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritimes belges SA (C-396/96 P) and Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) v Commission of the European Communities*, in *Raccolta*, 2000, I-1365.

⁹ Su tale lettura della prassi europea, cfr. J. TEMPLE LANG-R. O'DONOGHUE, *op. cit.*; R. O'DONOGHUE-A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, 281-282.

¹⁰ Cfr. Corte di Appello di Milano 16 maggio 2006 (ord.), cit.; Agcm 24 ottobre 2007, n. 17523, A375, *Sfruttamento di informazioni commerciali privilegiate*, in *Bollettino* n. 40/2007, § 29.

scorgere i principî sostanziali che informano il divieto e la *ratio* economica su cui lo stesso si regge¹¹.

Il processo di modernizzazione della politica europea della concorrenza ha gettato le basi per un'evoluzione dell'impianto teorico su cui poggia il sistema antitrust del vecchio continente. Gli interventi riformatori succedutisi, dalla fine del secolo scorso, in tema di intese restrittive e controllo delle concentrazioni hanno gradualmente trasferito l'enfasi dal mantenimento di un assetto strutturale del mercato aperto e pluralistico, risultante dall'esercizio delle libertà economiche individuali, alla salvaguardia di dinamiche competitive atte a produrre i risultati benefici generalmente ascritti al gioco della concorrenza, in termini di efficiente allocazione delle risorse e promozione degli interessi dei consumatori. In siffatto rinnovato scenario, la ricostruzione dell'art. 102 TFUE come strumento di tutela dell'assetto concorrenziale del mercato, della libertà d'azione delle imprese e della *fairness* nelle relazioni commerciali era divenuta ingiustificata e anacronistica, generando una discrasia interna al sistema antimonopolistico.

Per ristabilire la coerenza complessiva del sistema, allineando l'applicazione dell'art. 102 TFUE agli obiettivi perseguiti dalle norme in tema di intese restrittive della concorrenza e controllo delle concentrazioni, la Commissione ha avviato un processo di revisione dell'*enforcement* in materia d'abuso di posizione dominante, che è sfociato, nel dicembre del 2008, nel varo degli Orientamenti. Per definire, in termini generali, il raggio d'azione dell'art. 102 TFUE, gli Orientamenti hanno introdotto la nozione di preclusione anticoncorrenziale, che è incentrata sull'ostacolo all'accesso dei concorrenti attuali o potenziali e sul conseguente possibile pregiudizio per i consumatori, in termini di prezzi più elevati, limitazione della qualità o della scelta o in altra forma¹². Nell'impianto degli Orientamenti, la preclusione dell'accesso dei rivali al mercato e la conseguente alterazione dell'assetto concorrenziale non sono in quanto tali sufficienti all'accertamento di una condotta abusiva, che richiede, in aggiunta, la prova di un pregiudizio attuale o potenziale per i consumatori a seguito del rafforzamento o del consolidamento del potere di mercato dell'impresa egemone.

Nonostante la pressante esigenza di rinnovamento, la correzione di rotta tratteggiata negli Orientamenti sembra faticare ad affermarsi, posto che la politica europea della concorrenza continua a oscillare tra le istanze di modernizzazione volte a recepire gli insegnamenti della teoria economica e il tradizionale approccio strutturalista che affonda le radici nell'ideologia ordo-liberale¹³.

¹¹ Sul punto, cfr., *amplius*, G. FAELLA, *Politiche di sconti delle imprese dominanti*, cit., 300-304; ID., *Above-cost predation: spunti di analisi economica e comparata*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, 243.

¹² *Orientamenti*, cit., § 19.

¹³ Alcune pronunzie della Corte di giustizia in tema di intese restrittive hanno segnato una battuta d'arresto nel processo di maturazione del sistema antimonopolistico europeo, affermando che le norme antitrust non mirano «a tutelare soltanto gli interessi di concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale» (cfr. Corte giust. 6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services e altri/Commissione e altri*, in *Raccolta*, 2009, I-9291, §§ 59-64; 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands e altri*, in *Raccolta*, 2009, I-4529, §§ 38-39). In alcune pronunzie in materia d'abuso, inoltre, le corti europee hanno ribadito la validità di orientamenti tradizionali di stampo formalistico (cfr. Trib. UE 9 novembre 2011, causa T-155/06, *Tomra/Commissione*, in *Raccolta*, 2010, II-04361; Corte giust. 19 aprile 2012, causa C-549/10 P, *Tomra e altri/Commissione*, non ancora pubblicata), mostrando scarsa attenzione per il tentativo di razionalizzazione compiuto dalla Commissione negli Orientamenti o discostandosene apertamente (cfr., in particolare, Corte giust. 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, in

Di là dalle incerte sorti degli Orientamenti, il tema degli sconti selettivi è stato toccato solo marginalmente dal tentativo di revisione della Commissione. Quest'ultima ha ricordato che il carattere selettivo di una politica di prezzo potrebbe facilitare l'attuazione di una strategia predatoria, limitando le perdite sofferte dall'impresa dominante¹⁴, ma non ha menzionato gli sconti selettivi come autonoma fattispecie anticoncorrenziale, evitando di prendere posizione su una linea giurisprudenziale relativamente limitata e difficilmente riconducibile a una chiara *ratio* antitrust.

3.- Il caso Post Danmark

Il caso *Post Danmark* trae origine dalle iniziative commerciali poste in essere dall'*incumbent* danese del settore postale per assicurarsi alcuni importanti clienti. L'operatore postale dominante aveva offerto prezzi scontati per i servizi di recapito della corrispondenza non indirizzata a tre catene di supermercati, che rappresentavano alcuni dei principali clienti del più importante concorrente. In particolare, l'*incumbent* danese aveva offerto a due catene di supermercati prezzi scontati superiori al costo totale medio (CTM), mentre i prezzi praticati a un terzo cliente erano inferiori al CTM, ma superiori al costo incrementale medio (CIM) stimato dall'autorità antitrust danese (Konkurrencerådet)¹⁵.

Le indagini istruttorie non avevano dimostrato l'esistenza di un disegno escludente, sicché la condotta dell'*incumbent* danese non era qualificabile come predatoria in base allo standard di valutazione delineato dalla Corte di giustizia in *Akzo*, a tenore del quale prezzi inferiori al costo variabile medio (CVM) si presumono illeciti, mentre prezzi inferiori al CTM, ma superiori al CVM, devono ritenersi abusivi allorché s'innestano in un piano monopolistico¹⁶. Ciò nondimeno, l'autorità antitrust danese ha ritenuto che la politica di prezzi selettivi dell'*incumbent* del settore postale fosse incompatibile con l'art. 102 TFUE, perché determinava sia una

Raccolta, 2011, I-527, che non ha recepito il requisito dell'indispensabilità dell'*input* previsto dagli Orientamenti nella valutazione dell'abuso per compressione dei margini). La stessa Commissione ha adottato un atteggiamento ambiguo, continuando a far leva sul tradizionale approccio formalistico per supportare l'accertamento dell'illiceità di alcune politiche di sconti di carattere fidelizzante (cfr. Commissione 29 marzo 2006, caso COMP/E-1/38.113, *Prokent-Tomra*, disponibile sul sito Internet http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38113/38113_250_8.pdf; 13 maggio 2009, caso COMP/37.990, *Intel*, disponibile sul sito Internet http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37990/37990_3581_18.pdf).

¹⁴ Cfr. *Orientamenti*, cit., §§ 71-72.

¹⁵ Il costo incrementale medio stimato in *Post Danmark* include, oltre ai costi fissi e variabili attribuibili esclusivamente al servizio interessato, la quota dei costi comuni di rete che scomparirebbe in un arco temporale di breve-medio termine (3-5 anni) in caso di cessazione della fornitura del servizio. Cfr. Corte giust. 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, cit., §§ 31-32. Si tratta di una misura dei costi che, in linea teorica, dovrebbe collocarsi, tendenzialmente, tra il costo evitabile medio (inteso come la media dei costi che avrebbero potuto essere evitati se l'impresa non avesse prodotto una quantità discreta di produzione extra) e il costo incrementale medio di lungo periodo (inteso come la media di tutti i costi, fissi e variabili, che un'impresa sostiene per fabbricare un determinato prodotto), menzionati dagli Orientamenti (§ 26), ma di fatto la stima effettuata dall'autorità antitrust danese sembrerebbe includere anche costi non propriamente incrementali: cfr. E. ROUSSEVA-M. MARQUIS, *Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, 32.

¹⁶ Corte giust. 3 luglio 1991, causa 62/86, *Akzo/Commissione*, in *Raccolta*, I-3359, §§ 71 e 72

discriminazione tra clienti, sia effetti escludenti ai danni del concorrente preso di mira.

Dopo aver resistito a due gradi di giudizio, la decisione è giunta al vaglio della Corte Suprema danese (Højesteret), la quale, con un rinvio pregiudiziale effettuato ex art. 267 TFUE nel maggio del 2010, ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se – e, in caso affermativo, in quali circostanze – un operatore postale dominante, gravato di un obbligo di servizio universale, commetta un abuso qualora offra riduzioni selettive dei propri prezzi, fissandoli a un livello inferiore al CTM, ma superiore al CIM, in assenza di un obiettivo d’esclusione di un concorrente.

La Corte di giustizia ha salomonicamente risposto che prezzi selettivi superiori al CIM non sono in quanto tali incompatibili con le regole di concorrenza, giacché un ipotetico concorrente altrettanto efficiente dovrebbe essere, in linea di principio, in grado di competere, ma potrebbero essere illeciti allorché conducano, in concreto, all’esclusione del rivale preso di mira e non siano giustificati da un’obiettiva necessità o prevalenti guadagni d’efficienza¹⁷.

Alla luce delle indicazioni fornite dalla sentenza *Post Danmark*, nel febbraio del 2013 la Corte Suprema danese ha annullato la decisione del Konkurrencerådet, ritenendo che l’analisi dell’impatto escludente della pratica discriminatoria non fosse coerente con i dettami della Corte di giustizia e non vi fosse la prova dell’idoneità a estromettere il rivale dal mercato¹⁸. Ad avviso dei giudici nazionali, l’autorità antitrust danese avrebbe dovuto svolgere un’analisi incentrata sul test del concorrente altrettanto efficiente, in luogo di concludere che la riduzione selettiva dei prezzi era di per sé idonea a escludere il rivale.

4.- Sconti selettivi ed effetti escludenti

La sentenza *Post Danmark* rappresenta la più rilevante apertura sinora manifestata dalla Corte di giustizia nei confronti dell’*effects-based approach* delineato dalla Commissione negli Orientamenti. Dopo aver precisato, in sintonia con l’*as-efficient test*, che l’art. 102 TFUE non mira «a garantire che rimangano sul mercato concorrenti meno efficienti» dell’impresa egemone¹⁹, la Corte ha richiamato l’attenzione sull’esigenza di analizzare gli effetti della politica di prezzo contestata, onde verificare se essa porti, senza giustificazione obiettiva, all’esclusione attuale o potenziale dei rivali «a danno della concorrenza e pertanto degli interessi dei consumatori»²⁰.

I giudici di Lussemburgo hanno espressamente riconosciuto che l’esclusione dei rivali non pregiudica necessariamente il processo competitivo, giacché «la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o

¹⁷ Sulla sentenza della Corte di giustizia, cfr. E. ROUSSEVA-M. MARQUIS, *op. cit.*; F. BIEN-M. KRAH, *The Ruling of the CJEU in Post Danmark: Putting an End to Selective Price Cuts as an Abuse Under TFEU Article 102 and Turning Towards a More Economic Approach*, in *European Competition Law Review*, 2012, 482; S. BARAZZA, *Post Danmark: the CJEU calls for an effect-based assessment of pricing policies*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, 466; sulle conclusioni dell’Avvocato Generale Mengozzi in *Post Danmark*, cfr. R. SUBIOTTO-D.R. LITTLE, *The Application of Article 102 TFEU by the European Commission and the European Courts*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, 175.

¹⁸ Cfr. Højesteret 15 febbraio 2013, causa 2/2008, *Post Danmark/Konkurrencerådet*.

¹⁹ Corte giust. 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, cit., § 21.

²⁰ *Id.*, § 44.

all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori»²¹. La sentenza *Post Danmark* giunge addirittura a modificare la venerabile definizione d'abuso pedissequamente reiterata dalla giurisprudenza europea per diverse decadi, giudicando illeciti per violazione dell'art. 102 TFUE i comportamenti «i quali abbiano, a danno dei consumatori, l'effetto di impedire, mediante il ricorso a mezzi diversi da quelli che reggono una normale competizione in base alle prestazioni degli operatori economici, il mantenimento del livello di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo della medesima»²². Si tratta soltanto dell'aggiunta di un inciso, ma è il segnale dell'attenzione della Corte per il tentativo di riconsiderare la *ratio* dell'intervento antitrust nei confronti delle condotte unilaterali escludenti, trasferendo l'enfasi dalla salvaguardia dell'assetto strutturale del mercato in quanto tale alla tutela della concorrenza come strumento di promozione degli interessi dei consumatori.

Sulla base di tali premesse, la Corte ha affermato anzitutto che la natura discriminatoria della politica di prezzo di un'impresa dominante «non può, di per sé, suggerire l'esistenza di un abuso diretto all'esclusione di un concorrente»²³. Quindi, sebbene il quesito sottoposto dallo Højesteret non investisse la questione della legittimità dei prezzi scontati superiori al CTM, la Corte ha precisato che tali offerte, per definizione replicabili da un concorrente altrettanto efficiente, non sono anticoncorrenziali²⁴, in tal modo introducendo un *safe harbor*²⁵, o quanto meno una forte presunzione di liceità, per i prezzi superiori alla misura dei costi più prudenziale, anche se aventi carattere selettivo. Ciò posto, la Corte ha statuito che una politica di sconti selettivi non può essere qualificata come abusiva neppure per il solo fatto che il prezzo praticato dall'impresa dominante a un determinato cliente si situa a un livello inferiore al CTM, ma superiore al CIM²⁶. Ad avviso della Corte, infatti, tali prezzi garantiscono comunque la copertura della parte essenziale dei costi attribuibili al prodotto interessato, sicché un concorrente altrettanto efficiente dovrebbe avere, in linea di principio, la possibilità di competere senza incorrere in perdite insostenibili nel lungo periodo²⁷.

Tuttavia, la sentenza introduce un *caveat* che limita la portata della presunzione di liceità dei prezzi che garantiscono la copertura della parte essenziale dei costi. Secondo la Corte, infatti, una politica di prezzi selettivi inferiori al CTM, ma superiori al CIM, può essere incompatibile con l'art. 102 TFUE ove risulti, in concreto, che essa conduce, senza giustificazione obiettiva, «all'esclusione effettiva o probabile» del rivale preso di mira, con conseguente pregiudizio per la concorrenza e gli interessi dei consumatori²⁸.

Pur rimettendo al giudice del rinvio la valutazione delle circostanze di specie, la Corte sembra prendere le distanze dalla tendenza a effettuare un'analisi sommaria e

²¹ *Id.*, § 22.

²² *Id.*, § 24.

²³ *Id.*, § 30.

²⁴ *Id.*, § 36.

²⁵ In tal senso, cfr. F. BIEN-M. KRAH, *op. cit.*; una posizione più cauta è invece espressa da E. ROUSSEVA-M. MARQUIS, *op. cit.*

²⁶ Corte giust. 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, cit., § 37.

²⁷ *Id.*, § 38.

²⁸ *Id.*, § 44.

intransigente degli effetti²⁹, richiamando l'attenzione del giudice danese sul fatto che il concorrente preso di mira aveva potuto mantenere la propria rete di distribuzione, nonostante la perdita dei volumi di posta dei tre operatori della grande distribuzione sottratti dall'*incumbent*, e aveva riacquisito due di tali clienti, tra cui quello che aveva beneficiato dei prezzi compresi tra il CTM e il CIM. La sentenza *Post Danmark* sembra rimarcare, quindi, che la preclusione dell'accesso a uno o più clienti non è sufficiente, essendo necessario provare che il grado di *foreclosure* è tale da determinare l'estromissione o, quanto meno, un'apprezzabile riduzione della capacità competitiva del rivale³⁰. Nel giudizio *a quo*, la Corte Suprema danese ha effettivamente concluso che non fosse stata raggiunta la prova di significativi effetti escludenti.

Il riferimento agli effetti della pratica sulla concorrenza e sui consumatori riecheggia la nozione di preclusione anticoncorrenziale introdotta dagli Orientamenti, che postula non soltanto l'esclusione dei concorrenti, ma anche un incremento del potere di mercato con ripercussioni negative sul *consumer welfare*. Tuttavia, se la sentenza *Post Danmark* fosse intesa nel senso che l'esistenza di un impatto sul mercato è sufficiente a innescare l'intervento antitrust, l'approccio adottato dalla Corte sconterebbe le medesime debolezze che minano il criterio della preclusione anticoncorrenziale introdotto dagli Orientamenti. Il riferimento agli effetti escludenti, riqualificato attraverso il richiamo all'impatto sui consumatori, compiace molti economisti e appare suadente sul piano teorico, ma non rappresenta, in quanto tale, un adeguato *discrimen* tra legittime forme di concorrenza e pratiche anticompetitive, posto che le une e le altre mirano, o quanto meno possono condurre, all'esclusione dei concorrenti. Ricollegare l'illiceità di una pratica ai suoi effetti sul mercato, prescindendo da un previo giudizio di meritevolezza della condotta sul piano concorrenziale, equivale ad affermare che una legittima forma di concorrenza sui prezzi può divenire abusiva per il solo fatto che, in concreto, essa ha avuto successo, determinando un'alterazione dell'assetto del mercato che può avere, in ultima istanza, ripercussioni sui consumatori. L'analisi degli effetti è indubbiamente un passaggio imprescindibile per la valutazione del potenziale escludente e della gravità di una determinata condotta, ma l'accertamento di un abuso postula che, in precedenza, sia stata risolta la questione della qualificazione del comportamento contestato come legittima forma di concorrenza fondata sulle prestazioni o pratica potenzialmente anticompetitiva. In quest'ottica, il criterio della preclusione anticoncorrenziale, di per sé, non conduce lontano.

²⁹ La nozione di effetti escludenti che emerge dal formante giurisprudenziale è generica e si presta a usi intransigenti. In diversi casi, la preclusione dell'accesso a un limitato novero di clienti è stata ritenuta sufficiente a dimostrare l'esistenza di effetti escludenti (cfr. provv. dell'Agcm 14 dicembre 2011, n. 23065 (A413), *TNT Post Italia/Poste Italiane*, in *Bollettino*, 2011, 48, annullata da Tar Lazio, sez. I, 25 giugno 2012, n. 5769, per non essere stata provata l'offerta di prezzi inferiori a un'appropriata misura dei costi), persino in presenza di una crescita dei rivali, sull'assunto che questi ultimi avrebbero potuto rafforzare maggiormente la propria posizione se non fossero stati pregiudicati dalla condotta contestata (cfr., ad esempio, Trib. UE 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways/Commissione*, in *Raccolta*, 2003, II-5917, §§ 294-298).

³⁰ Sul punto, peraltro, cfr. Corte giust. 19 aprile 2012, causa C-549/10 P, *Tomra e altri/ Commissione*, cit., § 42, che ha confermato la sentenza del Tribunale UE nella parte in cui ha escluso la necessità di provare un grado minimo di preclusione dell'accesso al mercato, sull'assunto che i clienti «dovrebbero avere la possibilità di approfittare di ogni grado di concorrenza che sia possibile», mentre gli altri operatori dovrebbero poter competere «su tutto il mercato e non soltanto su una parte di questo» (Trib. UE 9 novembre 2011, causa T-155/06, *Tomra/Commissione*, cit., § 241).

Una possibile lettura alternativa della sentenza potrebbe indurre a ritenere che, attraverso il riferimento all'esclusione del rivale preso di mira, la Corte abbia inteso evocare la giurisprudenza pregressa in tema di sconti selettivi – *in primis*, il caso *CMB*³¹ –, ammettendo la possibilità d'intervenire con lo strumentario dell'antitrust allorché una strategia commerciale aggressiva di un'impresa in posizione super-dominante possa soffocare il grado di concorrenza residua e condurre a una sostanziale monopolizzazione del mercato. Tuttavia, la sentenza non richiama i precedenti in tema di sconti selettivi offerti da imprese super-dominanti, che l'Avvocato Generale aveva ritenuto solo marginalmente rilevanti, in considerazione dell'eccezionalità delle circostanze che caratterizzavano i casi in questione³².

Una terza possibile chiave di lettura della sentenza *Post Danmark* appare più feconda. Leggendo tra le righe della pronuncia della Corte, è possibile rintracciare i semi per una possibile evoluzione della giurisprudenza europea, che contribuirebbe alla riconduzione degli sconti selettivi nel quadro generale d'analisi dei prezzi predatori. In primo luogo, sebbene non fosse chiamata a pronunciarsi sul punto, la Corte ha voluto precisare che prezzi superiori al CTM sono leciti anche se applicati selettivamente³³. Da un *obiter dictum* è probabilmente ardito dedurre un tacito *overruling* dei precedenti che hanno ammesso l'intervento antitrust nei confronti dei prezzi selettivi sovra-costi in talune circostanze³⁴. Tuttavia, la Corte ha indubbiamente riconosciuto che il disvalore della condotta non può risiedere nel mero carattere selettivo degli sconti, in tal modo quanto meno circoscrivendo il novero dei possibili casi d'abuso a ipotesi eccezionali. In secondo luogo, sebbene la Corte sembri ritenere che una politica di prezzi selettivi inferiori al CTM, ma almeno pari al CIM, possa violare le regole di concorrenza ove sia provata l'esclusione attuale o potenziale del rivale *target*, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che l'analisi dell'impatto sul mercato dovrebbe essere svolta tenendo in considerazione il fatto che, in caso di copertura della parte essenziale dei costi attribuibili al prodotto interessato, un concorrente altrettanto efficiente dovrebbe avere, in linea di principio, la possibilità di competere senza incorrere in perdite insostenibili nel lungo periodo³⁵. Dunque, l'apprezzamento degli effetti non è slegato dall'analisi comparata dei prezzi e dei costi. In caso di copertura dei costi incrementali, è dato presumere l'assenza di effetti restrittivi, in considerazione della tendenziale replicabilità dell'offerta.

La Corte ha precisato che la presunzione non è assoluta, perché in alcuni casi prezzi selettivi superiori al CIM potrebbero avere effetti anticompetitivi, ma non ha chiarito in quali circostanze ciò possa avvenire. Ed è questo il principale vuoto lasciato dalla sentenza. Peraltro, si tratta di un vuoto non incolmabile. Lasciando da parte il controverso dibattito sull'*above-cost predation*, che s'interroga sulle ipotesi in cui l'offerta di prezzi superiori a un'appropriata misura dei costi possa comunque giustificare l'intervento antitrust³⁶, è possibile individuare alcuni casi in cui prezzi compresi tra il CTM e il CIM possono condurre all'esclusione di un concorrente

³¹ Corte giust. 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritimes Belges Transports e altri/Commissione*, cit.

³² Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi del 24 maggio 2011, causa C-209/10, *Post Danmark*, § 94.

³³ Corte giust. 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, cit., § 36.

³⁴ Cfr. E. ROUSSEVA-M. MARQUIS, *op. cit.*

³⁵ Corte giust. 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, cit., §§ 38-39.

³⁶ Sul punto, si rinvia a G. FAELLA, *Above-cost predation: spunti di analisi economica e comparata*, cit.

altrettanto efficiente. Ove i costi comuni a due o più prodotti rappresentino una porzione elevata di quelli complessivi, infatti, tali prezzi potrebbero impedire alle imprese mono-prodotto – o, comunque, dotate di una gamma meno estesa – di recuperare tutti gli investimenti effettuati e operare in maniera profittevole nel mercato³⁷. Il *caveat* che limita la presunzione di liceità dei prezzi almeno pari al CIM consente d'intervenire in simili casi³⁸. In linea di principio, l'utilizzo di misure dei costi incrementali – come il costo incrementale medio di lungo periodo (CIMLP) e il costo evitabile medio (CEM) richiamati dagli Orientamenti – è comunque preferibile, perché l'intervento antitrust non dovrebbe rimuovere gli incentivi dei concorrenti a diversificare la propria gamma di prodotti se ciò consente d'aumentare i livelli d'efficienza. Tuttavia, la considerazione dei costi comuni potrebbe essere appropriata in casi particolari, allorché l'ampliamento dell'offerta dei concorrenti non costituisca un'opzione realisticamente praticabile per vincoli normativi o economici.

Seguendo tale linea interpretativa, il problema si riduce, in ultima istanza, alla scelta della misura dei costi più appropriata per valutare il rischio d'esclusione di rivali efficienti, tenuto conto delle caratteristiche del settore economico interessato. Il *focus* dell'analisi resta il rapporto tra prezzi e costi, in linea con il quadro generale di valutazione del *predatory pricing*.

Siffatta lettura integrativa della sentenza *Post Danmark* appare coerente con le finalità della disciplina antimonopolistica e risponderebbe alla pressante esigenza di modernizzare l'*enforcement* dell'art. 102 TFUE. La natura predatoria dei prezzi offerti da un'impresa dominante rappresenta l'unica base solida per l'intervento antitrust in caso di sconti riservati a determinati clienti. L'obbligo di praticare condizioni uniformi costringe le imprese intenzionate a porre in essere iniziative concorrenziali ad abbassare i prezzi anche nei confronti dei clienti con domanda meno elastica, riducendo i ricavi complessivi e, quindi, scoraggiando l'attuazione di politiche commerciali aggressive. La possibilità d'offrire condizioni differenziate, abbassando i prezzi nei soli segmenti più elastici della domanda, aumenta gli incentivi a competere delle imprese dominanti. Ciò induce gli altri operatori a ridurre a loro volta i propri prezzi, intensificando la tensione competitiva, senza determinare effetti indebitamente escludenti, posto che rivali altrettanto efficienti dovrebbero essere in grado di rispondere a offerte mirate a clienti particolari, ove le stesse non siano inferiori a un'appropriata misura dei costi.

Le norme antitrust non dovrebbero vietare iniziative commerciali alle quali gli altri operatori possono reagire attraverso un comportamento che si traduce in un beneficio per i consumatori, perché in tale processo dinamico risiede l'essenza stessa della concorrenza fondata sulle prestazioni³⁹. Gli sconti selettivi che non si spingono oltre la soglia della predatorietà sono idonei a innescare dinamiche virtuose, che possono destabilizzare equilibri collusivi e intensificare la pressione competitiva a beneficio dei consumatori. L'intervento delle autorità antitrust e dei giudici per punire riduzioni selettive dei prezzi indipendentemente dalla relazione con i costi finisce per soffocare

³⁷ Cfr. R. O'DONOGHUE-A.J. PADILLA, *op. cit.*, 243.

³⁸ Siffatta lettura della sentenza *Post Danmark*, condivisa da E. ROUSSEVA-M. MARQUIS, *op. cit.*, è coerente con gli Orientamenti, a tenore dei quali prezzi almeno pari al CIMLP non determinano di norma una preclusione anticoncorrenziale, ma in taluni casi può essere necessario prendere in considerazione anche i costi comuni: cfr. Orientamenti, § 26, nota 2, su cui v. *infra*.

³⁹ Cfr. G. FAELLA, *Politiche di sconti delle imprese dominanti*, cit., 47-51.

tali dinamiche competitive, ponendosi in conflitto con le stesse finalità della disciplina antimonopolistica.

5.- I criteri di valutazione dei prezzi predatori dopo gli Orientamenti e la sentenza Post Danmark

Se gli sconti selettivi incompatibili con le norme antitrust sono, in ultima istanza, null'altro che prezzi predatori riservati a particolari clienti, occorre chiedersi come incida la sentenza *Post Danmark* sul quadro – già di per sé variegato – dei criteri d'analisi del *predatory pricing*.

Per valutare la compatibilità di una politica di prezzo con le regole di concorrenza, l'orientamento tradizionale della giurisprudenza europea, elaborato dalla Corte di giustizia nelle note sentenze *Akzo* e *Tetra Pak II*, si affida a due parametri di costo: i prezzi inferiori al CVM si presumono illeciti, mentre quelli compresi tra il CTM e il CVM sono ritenuti anticoncorrenziali allorché s'inseriscano nell'alveo di un disegno escludente⁴⁰.

Negli ultimi anni, i problemi applicativi sollevati dalla necessità di classificare i costi fissi e quelli variabili e allocare i costi comuni ai diversi prodotti hanno indotto le autorità di tutela della concorrenza a utilizzare, in linea con gli sviluppi della teoria economica, parametri di carattere incrementale, che consentono d'enucleare i costi specificamente sostenuti da un'impresa per la produzione di determinati beni o servizi. In particolare, nella decisione resa nel 2001 in *Deutsche Post*, la Commissione ha ritenuto che fossero predatori i prezzi inferiori ai costi specificamente riconducibili alla fornitura del servizio interessato, ossia i costi addizionali rispetto a quelli comunque sostenuti per lo svolgimento delle ulteriori attività dell'impresa dominante⁴¹. In *Wanadoo*, peraltro, le istituzioni europee hanno nuovamente applicato il tradizionale test di valutazione delineato dalla Corte in *Akzo* e *Tetra Pak II*⁴².

Nei recenti Orientamenti, la Commissione ha elaborato uno standard di valutazione basato su misure di costo di carattere incrementale (CEM e CIMLP). Secondo gli Orientamenti, un intervento *ex art.* 102 TFUE sarebbe appropriato in presenza di due requisiti cumulativi⁴³: (i) un'impresa egemone sostiene deliberatamente perdite o rinuncia a profitti a breve termine per consolidare la sua posizione di mercato (c.d. sacrificio); e (ii) la pratica è idonea a escludere concorrenti altrettanto efficienti, rafforzando o preservando il potere di mercato dell'impresa dominante a detrimento degli interessi dei consumatori (c.d. preclusione anticoncorrenziale).

Ad avviso della Commissione, la fissazione di prezzi inferiori al CEM è una chiara indicazione di sacrificio⁴⁴. In caso di prezzi superiori al CEM, invece, occorre

⁴⁰ Corte giust. 3 luglio 1991, causa 62/86, *Akzo/Commissione*, cit., §§ 71 e 72; 14 novembre 1996, causa C-333/94, *Tetra Pak International/Commissione*, in *Raccolta*, I-5951, § 41.

⁴¹ Dec. della Commissione 20 marzo 2001, caso COMP/35.141, *Deutsche Post*, GUUE L 125/27, §§ 6, 35 e 36.

⁴² Dec. della Commissione 16 luglio 2003, caso COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*; Trib. UE 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Télécom/Commissione*, in *Raccolta*, II-107, § 224; Corte giust. 2 aprile 2009, causa C-202/07 P, *France Télécom/Commissione*, in *Raccolta*, 2009, I-2369, § 109.

⁴³ *Orientamenti*, cit., §§ 63 ss.

⁴⁴ *Id.*, § 64.

valutare se il comportamento predatorio abbia determinato a breve termine entrate nette più basse di quelle che ci si sarebbe potuti attendere da un comportamento ragionevole alternativo⁴⁵. Per quanto concerne, invece, il requisito della preclusione anticoncorrenziale, gli Orientamenti precisano che di norma soltanto prezzi inferiori al CIMLP possono precludere il mercato a concorrenti altrettanto efficienti⁴⁶. In applicazione di tali criteri, è possibile distinguere tre ipotesi: (i) i prezzi inferiori al CEM sono di norma illeciti, in quanto comportano perdite di breve periodo e sono idonei a escludere concorrenti altrettanto efficienti; (ii) i prezzi inferiori al CIMLP, ma almeno pari al CEM, sono abusivi qualora l'impresa dominante sacrifichi deliberatamente profitti per escludere un concorrente; e (iii) i prezzi che coprono il CIMLP sono in linea di principio leciti poiché non sono generalmente idonei a precludere l'accesso di concorrenti altrettanto efficienti al mercato.

Tuttavia, secondo gli Orientamenti non vi è una presunzione assoluta di liceità dei prezzi che garantiscono la copertura del CIMLP. Per valutare la capacità di precludere il mercato a concorrenti altrettanto efficienti, infatti, potrebbe essere necessario prendere in considerazione anche i costi comuni, qualora gli stessi siano significativi⁴⁷. In tal caso, per verificare la preclusione anticoncorrenziale, la Commissione potrebbe applicare un test basato sul CTM, allocando una quota dei costi comuni ai prodotti interessati. Inoltre, in casi eccezionali, allorché in assenza della condotta contestata un concorrente meno efficiente potrebbe realizzare economie e migliorare i propri livelli d'efficienza, la Commissione si riserva la possibilità d'intervenire anche in presenza di prezzi superiori ai costi dell'impresa dominante⁴⁸.

In *Post Danmark*, come visto, la Corte ha sancito che prezzi almeno pari al CIM sono leciti, anche qualora abbiano carattere selettivo, a meno che risulti, in concreto, che essi sono idonei ad avere effetti concorrenziali. La Corte non ha precisato, invece, la sorte dei prezzi inferiori al CIM. In particolare, i giudici di Lussemburgo non hanno chiarito se tali prezzi debbano presumersi illeciti in virtù del loro carattere selettivo, siano incompatibili con le norme antitrust soltanto se hanno effetti escludenti, oppure siano vietati se ricorrono le condizioni previste dalla sentenza *Akzo* (l'intento monopolistico) o dagli Orientamenti (il sacrificio)⁴⁹.

Il risultato della sovrapposizione dei diversi interventi della Corte e della Commissione è un quadro variegato e in parte contraddittorio. I prezzi almeno pari al CTM sono in linea di principio leciti, tranne casi del tutto eccezionali, nei quali potrebbero assumere rilievo forme di *above-cost predation* (Orientamenti). I prezzi inferiori al CTM, ma almeno pari al CIMLP, possono essere illeciti se s'inseriscono nell'alveo di un disegno monopolistico (*Akzo*), se sussistono in concreto effetti

⁴⁵ *Id.*, § 65. Tale prova potrebbe fondarsi su documenti interni che dimostrino chiaramente una strategia predatoria, come un progetto dettagliato di affrontare sacrifici per escludere o impedire l'ingresso di un concorrente o l'emergere di un nuovo mercato, oppure sull'esistenza di minacce concrete di comportamenti escludenti (§ 66).

⁴⁶ *Id.*, § 67.

⁴⁷ *Id.*, § 26, nota 2.

⁴⁸ *Id.*, § 24.

⁴⁹ La sentenza *Post Danmark* non sembra implicare, infatti, che il CIM debba essere sostituito al CVM nel test elaborato nella sentenza *Akzo*, come soglia sotto la quale sorge una presunzione d'illiceità: cfr. E. ROUSSEVA-M. MARQUIS, *op. cit.*

escludenti (*Post Danmark*)⁵⁰, oppure se i costi comuni sono significativi e l'impresa dominante sacrifica profitti di breve termine per rafforzare o preservare il suo potere di mercato (Orientamenti). I prezzi inferiori al CIMLP, ma almeno pari al CEM, possono essere illeciti se sussiste un intento escludente (*Akzo*) o un sacrificio di profitti di breve termine a fini monopolistici (Orientamenti). I prezzi inferiori al CEM, ma almeno pari al CVM⁵¹, sono illeciti in base agli Orientamenti, mentre sono anticoncorrenziali soltanto in presenza di un disegno monopolistico secondo la sentenza *Akzo*⁵². Infine, prezzi inferiori al CVM devono ritenersi senz'altro illeciti in assenza di una – difficilmente dimostrabile – giustificazione obiettiva.

Una maggior uniformità emerge nella prassi delle istituzioni europee in relazione all'analisi della possibilità di recupero delle perdite sofferte per attuare la strategia predatoria. Il requisito del *recoupment* di matrice nordamericana, che costituisce il tratto caratterizzante del test di predatorietà elaborato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in *Brooke*⁵³, non è stato recepito come autonomo elemento costitutivo della fattispecie abusiva nella giurisprudenza e nella prassi decisionale europee in tema di prezzi predatori⁵⁴. Negli Orientamenti, peraltro, pur prendendo le distanze da un'analisi meccanica dei profitti e delle perdite riconducibili alla strategia predatoria, la Commissione ha manifestato l'intento d'indagare se, tenuto conto del grado di preclusione e delle caratteristiche strutturali del mercato, la pratica sia idonea ad accrescere o preservare il potere di mercato dell'impresa dominante, in modo da consentire a quest'ultima di trarre vantaggio dal sacrificio fatto⁵⁵. La sentenza *Post Danmark* non prende posizione sul punto, ma l'enfasi posta sull'impatto della pratica sui concorrenti e sugli interessi dei consumatori potrebbe auspicabilmente preludere a un maggior rigore nell'analisi degli effetti delle politiche di prezzo.

La politica europea della concorrenza in tema di prezzi predatori è quindi caratterizzata, allo stato, da una sovrapposizione di test e criteri di valutazione non del tutto coerenti. In alcuni casi, le divergenze potrebbero essere smussate dal fatto che i medesimi fattori potrebbero rilevare nell'apprezzamento dei requisiti previsti dai diversi test di valutazione. Ad esempio, documenti interni da cui emerga un disegno escludente potrebbero fornire supporto alla dimostrazione non soltanto di un intento monopolistico, ma anche di un deliberato sacrificio di profitti. Analogamente, la durata prolungata, la continuità e la vasta portata di una strategia di prezzi sottocosto potrebbero costituire indici di un intento escludente, di effetti anticoncorrenziali e di un sacrificio di profitti. Inoltre, la varietà delle misure di costo impiegate dalle istituzioni europee potrebbe riflettere l'esigenza di scegliere, nel singolo caso, il

⁵⁰ Il CIMLP appare, in effetti, la misura dei costi utilizzata nella prassi antitrust europea più prossima al CIM stimato dall'autorità antitrust danese in *Post Danmark*.

⁵¹ Il CEM coincide spesso con il CVM, ma è più elevato se l'impresa interessata sostiene costi fissi evitabili: cfr. Orientamenti, § 26, nota 2.

⁵² Secondo E. ROUSSEVA-M. MARQUIS, *op. cit.*, se prezzi compresi tra il CTM e il CIMLP possono essere illeciti in presenza di effetti escludenti, non vi sarebbe alcuna ragione per cui la medesima regola non debba applicarsi anche in caso di prezzi inferiori al CIMLP, ma almeno pari al CVM. In tale ottica, la sentenza *Post Danmark* avrebbe integrato il test *Akzo*, aggiungendo il criterio degli effetti a quello dell'intento monopolistico, che tenderebbe a convergere col primo nel quadro di un'analisi del complesso dei fattori rilevanti.

⁵³ *Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

⁵⁴ Cfr., in particolare, Corte giust. 14 novembre 1996, causa C-333/94, *Tetra Pak/Commissione*, cit., § 44; 2 aprile 2009, causa C-202/07 P, *France Télécom/Commissione*, in Raccolta, 2009, I-2369, §§ 110-113.

⁵⁵ *Orientamenti*, cit., §§ 70-71.

parametro più adeguato ad apprezzare il potenziale anticoncorrenziale di una politica di prezzo, in funzione delle caratteristiche del settore economico interessato e delle particolare modalità attuative della condotta controversa.

Tuttavia, la sovrapposizione di test non coordinati tra loro genera incertezza, potrebbe dare origine a incongruenze sul piano applicativo e rischia di offuscare la *ratio* dell'intervento antitrust. La valenza anticoncorrenziale di una politica di prezzo risiede nella sua capacità di escludere concorrenti efficienti e accrescere o proteggere il potere di mercato dell'impresa dominante, consentendole d'incamerare profitti maggiori di quelli che avrebbe realizzato in assenza della strategia escludente. L'analisi di predatorietà dovrebbe concentrarsi sui fattori che incidono sull'idoneità di una politica di prezzo a escludere concorrenti efficienti (quali, *inter alia*, il rapporto tra prezzi e costi, la struttura dei costi degli operatori e la – prevedibile – durata della condotta contestata) e sulla sua capacità di rafforzare o preservare il potere di mercato dell'impresa egemone ai danni dei consumatori (tra cui, in particolare, il grado di preclusione e la consistenza delle barriere all'accesso).

In tale contesto, prezzi inferiori al CTM, ma almeno pari al CIMLP, non dovrebbero in linea di principio essere considerati anticoncorrenziali, a meno che i costi comuni siano importanti e ostacoli giuridici o economici impediscano ai concorrenti d'ampliare la loro offerta per realizzare sufficienti economie di gamma. In caso di prezzi inferiori al CIMLP, ma almeno pari al CEM, occorre procedere a una valutazione più estesa, che tenga conto, *inter alia*, dell'importanza dei costi fissi non recuperabili e della durata della pratica. Se i costi fissi non recuperabili sono significativi, il CIMLP potrebbe offrire una rappresentazione più realistica e affidabile dei costi che devono essere coperti per entrare e continuare a operare nel mercato interessato, soprattutto nei casi in cui l'offerta contestata abbia carattere duraturo e non transitorio. Nel breve termine, le imprese non hanno, in linea di principio, incentivi a cessare un'attività se sono in grado di coprire il CEM, ma in un arco temporale più prolungato esse potrebbero decidere di non effettuare gli investimenti necessari per entrare o continuare a operare nel mercato, ove non abbiano una ragionevole prospettiva di recupero degli stessi. L'intento escludente, di per sé neutro sul piano concorrenziale, dovrebbe rilevare non in quanto elemento costitutivo della fattispecie abusiva, ma quale indice della volontà delle imprese di protrarre l'attuazione di una politica di prezzi aggressivi per un periodo sufficientemente lungo da forzare l'uscita dei rivali o disincentivare l'ingresso di nuovi operatori.

6.- I guadagni d'efficienza

La sentenza *Post Danmark* fornisce alcuni importanti chiarimenti circa il ruolo delle giustificazioni efficientistiche nell'analisi delle condotte unilaterali escludenti. Il formante giurisprudenziale e decisionale europeo ha tradizionalmente palesato scarsa sensibilità per le considerazioni d'efficienza nell'applicazione dell'art. 102 TFUE. Il concetto d'abuso ereditato dalla tradizione ordo-liberale, inteso come deviazione da un modello comportamentale virtuoso, fondato esclusivamente sulle *performance*, lascia poco spazio a giustificazioni efficientistiche⁵⁶: in linea di principio, la presenza di guadagni d'efficienza rileva esclusivamente nella misura in cui si rifletta in un

⁵⁶ Cfr. J. KALLAUGHER-B. SHER, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, in *European Competition Law Review*, 2004, 263.

miglioramento delle prestazioni e, quindi, la condotta commerciale dell'impresa egemone sia inquadrabile, in ultima istanza, nel paradigma della *competition on the merits*, esulando dalla nozione d'abuso.

L'adesione degli Orientamenti a uno standard di valutazione incentrato sull'impatto della pratica sul benessere dei consumatori ha comportato un cambiamento di prospettiva, imponendo l'apprezzamento delle possibili virtù redimenti anche qualora la condotta dell'impresa dominante sia astrattamente inquadrabile nella nozione d'abuso: in presenza di termini di paragone omogenei, riconducibili al minimo comune denominatore dell'interesse dei consumatori, difficilmente l'interprete potrebbe esimersi dal compito – tutt'altro che agevole – di operare un bilanciamento tra effetti di segno opposto. Tuttavia, nell'impianto degli Orientamenti, le efficienze non sono analizzate nell'ambito di una valutazione complessiva sulla legittimità della condotta, bensì sono prese in considerazione come possibile giustificazione dei comportamenti delle imprese dominanti, che sono gravate dell'onere di provare la sussistenza di stringenti condizioni, elaborate sulla falsariga del meccanismo d'esenzione delle intese restrittive di cui all'art. 101, par. 3, TFUE⁵⁷.

Il tentativo di codificare una sorta di art. 102, par. 3, TFUE è stato avallato dalla sentenza *Post Danmark*⁵⁸. La Corte ha chiarito che una politica di sconti selettivi potrebbe essere giustificata da una situazione di obiettiva necessità o prevalenti vantaggi in termini d'efficienza, quali risparmi di costo resi possibili dall'aumento dei volumi, che si traducono in un beneficio per i consumatori⁵⁹. In passato, la Corte aveva già riconosciuto, in astratto, che una condotta unilaterale può essere oggettivamente giustificata se gli effetti escludenti sono controbilanciati da guadagni d'efficienza che si traducono in un beneficio per i consumatori⁶⁰, ma la sentenza *Post Danmark* ha fornito alcune precisazioni ulteriori, chiarendo che la possibilità di fruire della scriminante è subordinata alla dimostrazione dell'esistenza di condizioni sostanzialmente coincidenti con quelle individuate dagli Orientamenti. In particolare, le imprese interessate devono dimostrare che: (i) i vantaggi in termini d'efficienza neutralizzano i probabili effetti svantaggiosi per la concorrenza e i consumatori sui mercati interessati; (ii) è stato o è possibile realizzare tali vantaggi grazie al comportamento contestato; (iii) quest'ultimo è indispensabile per realizzarli; e (iv) la condotta in questione non conduce all'eliminazione di una concorrenza effettiva⁶¹.

La Corte sembra suggerire che, se le menzionate condizioni sono soddisfatte, una politica di prezzo può essere giustificata anche se i ribassi non riflettono i risparmi di costo, come invece richiesto dall'orientamento tradizionale della giurisprudenza

⁵⁷ *Orientamenti*, cit., § 30. Per alcune considerazioni critiche sulla scissione dell'analisi degli effetti sulla concorrenza, cfr., *inter alia*, G. FAELLA-R. PARDOLESI, *Squeezing Price Squeeze under EC Antitrust Law*, in *European Competition Journal*, 2010, 255; G. BRUZZONE-M. BOCCACCIO, *Impact-Based Assessment and Use of Legal Presumptions in EC Competition Law: The Search for the Proper Mix*, in *World Competition*, 2009, 465.

⁵⁸ Cfr. Corte giust. 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, cit., §§ 40-43.

⁵⁹ *Id.*, §§ 40-43.

⁶⁰ Cfr. Corte giust. 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways/Commissione*, in *Raccolta*, 2007, I-2331, §§ 84-86; Corte giust. 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, cit., § 76.

⁶¹ Corte giust. 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, cit., § 42.

europea in tema di sconti fidelizzanti⁶². Peraltro, la possibilità di beneficiare della scriminante resta subordinata a una *probatio diabolica*, che postula la stima in termini prospettici di variabili che sarebbero difficilmente quantificabili anche in un arco temporale molto limitato. Il principale guadagno d'efficienza che può derivare da una politica di prezzi bassi è la realizzazione di economie di scala. Tuttavia, posto che le economie di scala dipendono dai volumi complessivi, l'effettivo risparmio di costi riconducibile all'incremento dell'*output* è conoscibile soltanto *ex post* e può variare, nel corso degli anni, in funzione dell'andamento delle vendite totali.

Ancor più difficile è stimare quale possa essere l'impatto dei possibili futuri guadagni d'efficienza sul livello dei prezzi. Secondo la teoria economica, infatti, non v'è un chiaro legame tra riduzione dei costi fissi e abbassamento dei prezzi, posto che questi ultimi sono influenzati soprattutto dall'andamento dei costi marginali. Inoltre, siccome le imprese dominanti sono dotate, per definizione, di un certo grado d'indipendenza di comportamento nei confronti di rivali e clienti, le autorità antitrust e le corti potrebbero essere inclini a ritenere che gli operatori interessati non abbiano sufficienti incentivi a trasferire ai consumatori eventuali guadagni d'efficienza, soprattutto a seguito dell'indebolimento del grado residuo di concorrenza esistente sul mercato.

Analoghe difficoltà solleva la stima degli effetti negativi, i quali, in uno scenario di predatorietà, sono destinati a materializzarsi, per definizione, soltanto in uno stadio successivo, dopo l'esclusione dei rivali e l'incremento dei prezzi dovuto al rafforzamento del potere di mercato dell'impresa dominante. Dunque, i termini del bilanciamento sono molto difficilmente quantificabili e l'estrema difficoltà d'effettuare, *ex ante*, stime realistiche del futuro impatto sui prezzi penalizza inevitabilmente le imprese, su cui grava l'*onus probandi*.

In molti casi, inoltre, potrebbe essere particolarmente arduo dimostrare che la condotta contestata è indispensabile per realizzare le prospettate efficienze. Il tentativo di dimostrare un fatto negativo, quale l'assenza di alternative realisticamente praticabili, potrebbe arenarsi di fronte all'obiezione che l'impresa dominante potrebbe aumentare le vendite in altro modo, ad esempio abbassando i prezzi praticati alla propria clientela consolidata o formulando offerte mirate a clienti che non hanno valore strategico per il rivale interessato. Infine, se la politica di prezzo contestata ha un effettivo impatto sul mercato, potrebbe essere estremamente difficile provare che il rafforzamento della posizione dell'impresa egemone, in uno scenario competitivo già indebolito, non si traduce, di fatto, nell'eliminazione di una concorrenza effettiva, considerata la tendenza a interpretare in modo estensivo siffatta nozione⁶³.

Nel complesso, quindi, il tentativo d'accrescere il grado di coerenza interna del sistema antimonopolistico, innestando nell'art. 102 TFUE, in via interpretativa, principî e criteri mutuati dalle norme in tema di intese restrittive, non sembra ampliare realmente i margini d'azione delle imprese dominanti. La scarsa maneggevolezza del concetto di giustificazione efficientistica nel quadro dell'art. 102 TFUE rende ancor più pressante l'esigenza di delineare adeguatamente i confini tra

⁶² Cfr., a titolo esemplificativo, Trib. UE 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways/Commissione*, cit., §§ 279-292; 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin/Commissione*, in *Raccolta*, 2003, II-4071, § 98.

⁶³ Cfr. P. MERLINO-G. FAELLA, *L'obbligo d'investire nello sviluppo di infrastrutture. Note a margine di due storie parallele*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2012, 297.

abuso e legittime iniziative concorrenziali, onde evitare d'interferire indebitamente con politiche commerciali pro-competitive.

7.- *Considerazioni conclusive*

La politica europea della concorrenza in tema di politiche di prezzo delle imprese dominanti versa in uno stato di flusso. Gli Orientamenti hanno dato l'avvio a un lento processo di razionalizzazione dell'*enforcement* antimonopolistico in materia, che aspira a superare le principali incongruenze del tradizionale approccio casistico mercé la definizione di un quadro analitico più trasversale e coerente. La sentenza *Post Danmark* dimostra che le istanze di modernizzazione cominciano a filtrare nella giurisprudenza della Corte, ma il guado non è ancora compiuto ed è probabilmente destinato a essere ancora lungo.

La sentenza *Post Danmark* ha lasciato aperti diversi interrogativi circa criteri di valutazione e limiti di liceità dei prezzi predatori e degli sconti selettivi. Inoltre, la sovrapposizione di test e criteri di valutazione non del tutto coerenti crea incertezza giuridica e potrebbe incidere negativamente sull'uniforme applicazione del diritto antitrust europeo all'interno dell'Unione. Il rischio di orientamenti e soluzioni applicative discordanti è accresciuto, da un lato, dalle elevate difficoltà applicative, dal notevole tecnicismo e dal margine d'apprezzamento che caratterizzano qualsiasi esercizio volto alla stima dei costi di un'impresa e, dall'altro, dalla possibilità che le autorità antitrust applichino, di volta in volta, test diversi in funzione delle priorità e degli obiettivi di politica di concorrenza in concreto perseguiti, sfruttando i margini di flessibilità concessi dall'elaborazione antimonopolistica europea per attuare interventi di vocazione regolatoria.

Ciò nondimeno, spostando il *focus* dell'art. 102 TFUE dalla salvaguardia dell'assetto concorrenziale del mercato alla tutela della concorrenza come strumento di promozione degli interessi dei consumatori, rimarcando la centralità del test del concorrente altrettanto efficiente e utilizzando parametri di costo di carattere incrementale, gli Orientamenti e la sentenza *Post Danmark* hanno segnato la rotta verso un'auspicabile razionalizzazione dei principî in tema di politiche di prezzo delle imprese dominanti e un affinamento degli strumenti d'analisi.

GIANLUCA FAELLA